

**LA SAUVEGARDE DES DROITS DE L'HOMME DANS
L'EXECUTION DE LA PEINE PRIVATIVE DE LIBERTÉ A
L'IMAGE NOTAMMENT DE LA SITUATION EN SUISSE
ET EN TURQUIE**

Thèse en cotutelle présentée
à la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel
et à la Faculté de droit de l'Université de Galatasaray

Pour l'obtention du grade de docteur en droit

Par
Emine Eylem Aksoy

Acceptée sur proposition du jury :

Prof. Pierre-Henri Bolle, Faculté de droit de l'Université de
Neuchâtel, co-directeur de thèse
Prof. Duygun Yarsuvat, Faculté de droit de l'Université de
Galatasaray, co-directeur de thèse
Prof. Giovanni Distefano, Faculté de droit de l'Université de
Neuchâtel, rapporteur interne
Prof. Pascal Mahon, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel,
rapporteur interne

Soutenue le 30 juin 2009

Université de Neuchâtel - Université de Galatasaray

2009

Mots clés: Etablissement pénitentiaire - Réforme pénale et pénitentiaire - Exécution de la peine privative de liberté - Dignité humaine - Droits de l'Homme - Prise en charge des détenus - Droit pénal.

Keywords: Prison system - Penal and penitentiary reform - Human Dignity - Human Rights - Execution of penalty of deprivation of liberty - Treatment of offenders - Criminal law.

Résumé:

Cette étude s'inscrit dans le cadre de la réforme de la politique pénitentiaire suisse et turque. Une transformation très nette s'est dessinée ces dernières années, dans le champ pénitentiaire, grâce notamment à l'impact croissant des droits de l'Homme. Cependant, les impératifs, l'organisation, le fonctionnement et les objectifs de l'institution pénitentiaire sont autant de paramètres difficilement compatibles avec l'exercice des droits du détenu. D'une part, il s'agit d'encadrer les limites du pouvoir punitif au nom du respect de la liberté de l'individu et d'autre part, l'administration pénitentiaire continue à déterminer la portée exacte de ces droits et surtout la façon dont ils sont exercés. Il ne suffit pas alors de reconnaître les droits fondamentaux; encore faut-il garantir leur exercice. Poussée par le mouvement d'expansion des droits de l'Homme et l'affirmation de la dignité humaine, l'exécution de la peine devient une notion dynamique. Cela a des conséquences sur l'organisation rationnelle de la vie quotidienne en prison. L'objectif de cette étude consiste-t-il en la proposition d'un moyen de résolution au conflit entre la gestion de la prison conforme aux impératifs de sécurité et la sauvegarde des droits de l'Homme.

Summary:

This work is placed within the framework of the revision of the Swiss and Turkish penitentiary policy. A transformation has drawn sharp in recent years in the penitentiary field, due to the growing impact of Human Rights. However, the requirements, organization, operation and objectives of the prison are parameters hardly compatible with the rights of the prisoner. On the one hand, it is

framing the limits of punitive power in the name of respect for freedom of the individual and on the other hand, the prison continues to determine the exact scope of these rights and especially how they are exercised. It is not enough to recognize the fundamental rights, must still ensure their exercise. The execution of penalty becomes a dynamic concept particularly by the influence of the expansion of human rights and the affirmation of human dignity. This phenomenon has consequences over the organization of everyday life in prison. The objective of this study is to propose a solution as a response to the conflict between the management of the prison in accordance with the security imperatives and the protection of human rights.

IMPRIMATUR POUR LA THESE

**La sauvegarde des droits de l'Homme dans l'exécution de la peine
privative de liberté à l'image notamment de la situation en Suisse et
en Turquie**

Emine Eylem AKSOY

UNIVERSITE DE NEUCHATEL

FACULTE DE DROIT

La Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel,
sur le rapport des membres du jury

- M. Piermarco Zen-Ruffinen (président)
- M. Duygun Yarsuvat (co-directeur de thèse, Université de Galatasaray)
- M. Pierre-Henri Bolle (co-directeur de thèse)
- M. Giovanni Distefano (rapporteur interne)
- M. Pascal Mahon (rapporteur interne)

autorise l'impression de la présente thèse.

Neuchâtel, le 14 septembre 2009


Jean-Philippe Dunand, doyen

Remerciements

J'exprime ma profonde reconnaissance envers mes deux directeurs de thèse, Monsieur le Professeur Pierre-Henri Bolle et Monsieur le Professeur Duygun Yarsuvat pour m'avoir initié au monde de la recherche, pour la chance qu'ils m'ont offert de travailler sous leur supervision, pour leurs précieux conseils et la bienveillance qu'ils n'ont cessé de me témoigner durant l'élaboration de la présente étude.

Je tiens ensuite à remercier les deux membres du jury ayant assumé la tâche de rapporteur de thèse: Monsieur le Professeur Pascal Mahon et Monsieur le Professeur Giovanni Distefano, pour leur relecture scrupuleuse du manuscrit et leurs précieux commentaires et leur disponibilité.

J'adresse mes sincères remerciements à Monsieur le Professeur Köksal Bayraktar et à Monsieur le Maître de conférence Ümit Kocasakal qui m'ont toujours encouragé et m'ont fait confiance.

La réalisation de cette thèse au sein de l'Université de Neuchâtel a été rendue possible grâce une bourse de doctorat octroyée par le Conseil supérieur de l'éducation turc (Yüksek Öğretim Kurumu).

Je remercie également Tevfik Süha Mutlu, juge honoraire et Semih Mutlu procureur auprès de la Cour de Cassation turque pour avoir fourni des arrêts des juges d'exécution des peines. Mes remerciements vont également à Maître Zeynep Elif Yarsuvat pour ses conseils bibliographiques.

J'associe à mes remerciements mes collègues Gülşah Kurt Yücekul, Güçlü Akyürek, Sedef Koç, Vesile Sonay Evik et Mehmet Erdem qui m'ont apporté leur soutien pour les démarches administratives en Turquie.

Pendant tous ces années de travail en Suisse, j'ai eu la chance d'avoir à mes côtés, Mehmet Can Ekzen, Mme İnal Bolle, Nevin et Mustafa Gözcan, Lucienne, Pierre-Alain et Philippe Rétornaz, Marie-Aline et Blaise Grandguillaume-Perrenoud, Meral Kaya et la famille Kaya, Dr. Gülgün Dursen, Désirée Vincente-Diaz,

Philippe Kitsos, Noémie Helle, Alexis Bolle, Cédric Mizel et Alison Carty. Qu'ils soient ici vivement remerciés.

Je voudrais également exprimer mon amitié à Çağla Tansuğ et à Işıl Bircan İlyas qui ont été présentes, tout au long de ce périple qui a débuté à Istanbul et s'est achevé à Neuchâtel.

Mes mots ne suffiraient pas à exprimer ma reconnaissance à mes parents, à mon frère Mert et à ma belle sœur Şennur. Malgré la distance qui nous sépareit, leur amour, leur soutien sans faille m'ont toujours accompagné.

Je n'aurais pas survécu à ce périple, si je n'avais pu compter sur l'amour, la présence, et le soutien inestimable de Valentin, mon fiancé. Rien n'aurait été possible sans lui. Je le réitère mes plus tendres remerciements.

«(...) la justice ne saurait s'arrêter à la porte des prisons».

Cour européenne des droits de l'Homme, *Campbell et Fell c. Royaume-Uni*, arrêt du 28 juin 1984, série A n° 80, § 69.

«Anyone who professes to take rights seriously (...) must have some sense of what point is. He must accept one or both of the important ideas. The first is the vague but powerful idea of human dignity».

Ronald DWORKIN, *Taking Rights seriously*, in: *Contemporary Political Philosophy: An Anthology*, 2^e édition (Eds) Robert E. Goodin, Philip Pettit, Blackwell Publishing, 2006, p. 297.

Avertissement: Ce travail rend compte en principe de la législation, de la jurisprudence et de la doctrine jusqu'au 2 février 2009. Tous les sites ont été consultés pour la dernière fois le 17 avril 2009.

TABLE DES MATIERES

TABLE DES MATIERES.....	XII
--------------------------------	------------

TABLE DES ABREVIATIONS	XVIII
-------------------------------------	--------------

1. INTRODUCTION	1
1.1. Contexte	1
1.2. Problématique	2
1.3. Plan	4
1.4. Délimitations et méthodologie	5
1.5. Précisions terminologiques	7

Titre Premier: Les droits de l'Homme dans l'optique pénitentiaire d'hier à aujourd'hui: de la reconnaissance à l'exercice des droits des détenus.....	8
--	----------

§ 1. De l'objet passif au sujet de droit	8
I. L'image de l'Homme détenu à travers la genèse de la prison	8
II. Le détenu: sujet de droit.....	18
A. L'affirmation des droits fondamentaux des détenus.....	18
B. Le statut juridique du détenu	21
§ 2. Les sources légales du respect des droits des détenus et de leur exercice.....	29
I. Introduction.....	29
II. Une efficacité limitée au niveau international	32
A. Les règles de portée contraignante	32
1. Le Pacte ONU II.....	32
1.1. La portée du Pacte ONU II	32
1.2. L'applicabilité directe du Pacte ONU II	33
1.3. Les mécanismes de contrôle	34
2. La Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants adoptée le 10 décembre 1984.....	36
2.1. La détention et les mauvais traitements	36
2.2. Les mécanismes de contrôle	36
B. Les règles de portée juridique non contraignante.....	38
III. Une plus grande efficacité au niveau européen	41
A. Le rôle moteur du juge	41
B. La volonté d'harmonisation par le biais des normes de référence	45
C. La pratique parallèle du Comité européen pour la prévention de la torture.....	52

IV.	Les sources des droits des détenus au niveau national	55
A.	Les fondements constitutionnels des droits des détenus.....	55
1.	Un bref aperçu du catalogue des droits fondamentaux	55
2.	Les buts et limites des restrictions qui peuvent être apportées aux droits fondamentaux des détenus.....	56
B.	L'abondance des bases juridiques de l'exécution des peines	58
1.	Le droit suisse	58
1.1.	Le droit fédéral.....	58
1.2.	Le droit intercantonal	60
1.3.	Le droit cantonal	63
2.	Le droit turc.....	64
V.	Conclusion liminaire.....	67
Titre Deuxième: Les textes à l'épreuve de la réalité des prisons		69
§ 1.	La dignité humaine: pierre angulaire de la sauvegarde des droits des détenus.....	69
I.	La dignité humaine: une notion ambivalente saisie par le droit.	69
A.	Les fondements de la notion de dignité humaine	69
B.	La réception juridique de la notion.....	71
II.	La dignité humaine au service de l'exécution de la peine privative de liberté	76
§ 2.	Une protection accrue des droits strictement attachés à la dignité humaine	77
I.	La protection du détenu contre la violence.....	78
A.	La protection du détenu contre sa propre violence.....	82
1.	Le suicide en milieu carcéral.....	82
1.1.	La prévention du suicide.....	82
1.2.	Les contours de la responsabilité de l'Etat du fait du suicide du détenu	86
2.	La grève de la faim en milieu carcéral.....	94
2.1.	La nature de la grève de la faim	94
2.2.	La gestion de la grève de la faim en milieu carcéral ..	96
a)	L'attitude de l'autorité pénitentiaire face à la grève de la faim.....	96
b)	L'attitude médicale face à la grève de la faim.....	103
c)	La Turquie face à la grève de la faim: une politique de circonstance.....	105
B.	La protection du détenu face à la violence d'autrui.....	107
C.	La protection du détenu contre la violence institutionnelle	110
D.	Les réponses à la violence dans l'établissement pénitentiaire.....	112
II.	Le droit à des conditions de détention conformes à la dignité humaine.....	115
A.	Les conditions matérielles de détention.....	115
1.	L'autonomisation de la dignité humaine dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme .	115

2.	Les conditions matérielles de détention en droit suisse et turc.....	119
2.1.	La surpopulation carcérale: un problème récurrent ..	121
2.2.	La mise à l'isolement des détenus.....	124
B.	Le respect de la santé du détenu.....	126
1.	L'obligation de fournir des services de santé.....	134
2.	Le maintien en détention et la prise en compte des particularités des personnes incarcérées.....	137
2.1.	Le grand âge	143
2.2.	Les maladies transmissibles.....	145
III.	Conclusion liminaire.....	147
§ 3.	Vers une concrétisation multiple de la notion de dignité humaine?	148
I.	Le droit à la liberté et à la sûreté.....	148
A.	La libération conditionnelle: un droit du condamné?	151
B.	La contestation du maintien d'une détention dans le cadre d'une peine à perpétuité.....	156
II.	L'exercice difficile par le détenu de son droit à la vie privée et familiale	163
A.	Le maintien des liens familiaux et l'incarcération.....	163
1.	Le droit de fonder un couple	163
1.1.	Le droit au mariage	163
a)	La création du couple	166
b)	La célébration du mariage.....	168
c)	La création d'autres formes de vie conjugale	170
(1)	Le couple de sexes opposés.....	170
(2)	Le couple de même sexe	171
1.2.	La vie du couple.....	174
a)	Les relations intimes.....	174
b)	Vers un droit à la procréation médicalement assistée?.....	181
2.	Le droit au respect de la vie familiale	186
2.1.	La notion de famille	186
a)	Absence de définition au niveau international	186
b)	Une notion évolutive au niveau européen.....	187
c)	Une formulation nationale.....	188
2.2.	Le droit au maintien des relations familiales	190
a)	Le droit de recevoir des visites.....	190
(1)	Les principes	190
(2)	La réception du droit de visite en droit suisse et en droit turc.....	195
2.3.	Les droits parentaux	198
a)	En général.....	198
b)	Parents et enfants en bas âge.....	204
2.4.	Les permissions de sortir	213
B.	Le droit au respect de la vie privée.....	216
1.	Le droit au respect de la correspondance	219

1.1.	La problématique générale.....	219
1.2.	La correspondance écrite.....	221
1.3.	Les conversations téléphoniques.....	231
1.4.	L'accès au réseau informatique de communication.....	238
2.	L'intimité du détenu	239
a)	La fouille corporelle	240
(1)	Le détenu.....	240
(2)	Les visiteurs	248
b)	La fouille de la cellule et des effets personnels.....	250
2.2.	La surveillance audio-visuelle du détenu.....	252
C.	Retour à la théorie des limitations implicites?	253
III.	Conclusion liminaire: Nécessaire réconciliation avec la dignité humaine.....	255
§ 4.	Les droits intellectuels et sociaux des détenus.....	259
I.	Liberté de pensée, de conscience et de religion	259
A.	Un droit pleinement acquis.....	259
1.	Le port de signes religieux et la détention d'objets religieux.	265
2.	Le régime alimentaire conforme aux convictions religieuses du détenu.....	270
3.	Contact avec le ministre du culte.....	272
4.	Participation au culte	273
B.	Le respect inégal des convictions religieuses.....	278
C.	Prosélytisme religieux et conversion en milieu carcéral.....	279
II.	La liberté d'expression en milieu carcéral: un triste bilan.....	280
A.	Présentation générale.....	280
B.	La liberté d'expression incarcérée.....	287
1.1.	L'accès au journaux, revues et livres.....	292
2.	L'accès à la radio et à la télévision	294
III.	Le travail pénitentiaire à l'épreuve des droits de l'Homme.....	296
A.	L'ombre du travail forcé.....	296
B.	Un droit au travail ou une obligation de travailler?.....	302
C.	Le travail pénitentiaire: du travail sans droit du travail	305
1.	L'absence de contrat de travail.....	305
2.	Une évolution nécessaire du travail pénitentiaire vers le droit commun	311
IV.	Les droits sociaux du détenu: autre moyen de concrétisation du respect de la dignité humaine du détenu	313
A.	La pauvreté et le logement décent.....	316
B.	L'éducation en prison: droit ou faveur?.....	318
V.	Le détenu citoyen	323
A.	L'exercice périlleux de la liberté d'association, de la liberté de réunion et de la liberté syndicale.....	323
B.	Le difficile accès au droit de vote	327

Titre Troisième: La garantie des droits de l'Homme du détenu..... 335

§ 1.	L'obligation de transparence dans l'exécution des sanctions ..	335
I.	Le contrôle administratif hiérarchique	335
A.	Les mécanismes du contrôle hiérarchique	335
B.	L'insuffisance du contrôle hiérarchique	345
II.	La responsabilité de l'Etat du fait de l'administration pénitentiaire.....	346
A.	Les fondements de la responsabilité civile de l'Etat en droit suisse.....	346
B.	La responsabilité de l'Etat en droit turc.....	348
III.	Responsabilité et recours effectif.....	349
§ 2.	Le contrôle juridictionnel.....	351
I.	Le droit d'accéder à un tribunal en matière d'exécution des peines.....	351
A.	Le contenu et la portée du droit	351
B.	Les juridictions susceptibles d'être saisies	353
C.	L'effectivité de l'accès à la juridiction	355
1.	La brièveté du délai de recours.....	356
2.	L'absence d'effet suspensif.....	357
II.	Les garanties du procès équitable.....	358
III.	Conclusion liminaire.....	359

Titre Quatrième: L'impact des droits de l'Homme sur la privation pénale de liberté: une perspective d'avenir 362

§ 1.	Les mutations des fonctions de la peine privative de liberté ...	362
I.	Les fonctions traditionnelles de la peine privative de liberté...	362
II.	Les objectifs assignés à l'exécution de la peine privative de liberté.....	363
A.	Les liens avec les fonctions de la peine privative de liberté	363
B.	L'approche traditionnelle de l'exécution de la peine privative de liberté.....	364
III.	Les conséquences de l'humanisation	364
A.	L'apport de la jurisprudence européenne.....	365
1.	La notion de «peine inhumaine ou dégradante»	365
2.	La solution de la double pesée d'intérêts	366
B.	La réception des principes en droit positif.....	366
C.	Les mutations dans la prise en charge psychosociale en milieu carcéral.....	368
§ 2.	Les droits de l'Homme: un outil au service de la privation pénale de liberté.....	372
I.	Le concept de normalisation pénitentiaire.....	372
II.	Le changement de paradigmes en matière de droits de l'Homme et ses effets sur la normalisation pénitentiaire.....	374
III.	Vers une approche dialectique.....	375
§ 3.	Les droits de l'Homme et le consensualisme	377

I.	La normalisation de l'établissement pénitentiaire.....	377
A.	L'évolution de la relation intra muros	377
B.	L'apparition du consensualisme.....	378
1.	La volonté du détenu comme élément fondateur du droit de l'exécution des peines.....	378
1.1.	L'investissement personnel du détenu.....	378
1.2.	Le pivot d'aménagement de la peine.....	379
1.3.	Le pragmatisme du consensualisme	379
2.	La réception du consensualisme.....	380
2.1.	Au plan européen	380
2.2.	Au plan national.....	381
a)	Le plan d'exécution de peine du Code pénal suisse	381
b)	La désuétude de la Loi pénitentiaire turque	382
II.	Discordance entre le consentement du détenu et l'exécution de la détention.....	384
A.	La volonté incarcérée	384
1.	Le renvoi à la conception civiliste du contrat.....	384
2.	Les limites à l'autonomie privée	385
2.1.	L'absence de marge de manœuvre morale.....	385
2.2.	La valorisation de la soumission	386
2.3.	L'inapplicabilité des vices du consentement.....	387
3.	La volonté du détenu: ni totalement libre, ni totalement captive.....	388
3.1.	L'absence de pertinence des conceptions civilistes..	388
3.2.	Le consentement dirigé.....	389
B.	La nécessité d'une nouvelle démarche	390
§ 4.	Le bon ordre en prison	392
I.	Les limites de l'approche strictement sécuritaire.....	392
A.	La valorisation morale des arguments sécuritaires.....	392
B.	La subordination de la politique pénitentiaire aux objectifs utilitaires.....	392
II.	Le «bon ordre» managérial	393
A.	La prison comme institution à gérer.....	393
B.	La dignité restaurée des droits de l'Homme	394
	CONCLUSION	396
	BIBLIOGRAPHIE.....	401

TABLE DES ABREVIATIONS

al.	alinéa
AComm. EDH	ancienne Commission européenne des droits de l'Homme
AJP/PJA	Aktuelle Juristische Praxis/Pratique juridique actuelle
AMM	Association médicale mondiale
art.	article
ASSM	Académie suisse des sciences médicales
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
AYM	Anayasa Mahkemesi (Cour constitutionnelle turque)
BIT	Bureau international du travail
BJP	Bulletin de jurisprudence pénale
BOCE	Bulletin officiel du Conseil des Etats
CCS	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
CCT	Code civil turc du 22 novembre 2001
CD	Ceza Dairesi (chambre pénale de Yargıtay)
CDH	Comité des droits de l'Homme
CEDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (Convention européenne des droits de l'Homme)
cf.	conferre
ch.	chiffre
CLDJP	Conférence latine des chefs des Départements de justice et police
Coll.	collection
coll.	collaboration

cons.	considérant
CPS	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0) (Nouvelle partie générale selon le ch. I LF du 13 décembre 2002 en vigueur depuis le 1 ^{er} janvier 2007)
CPT	Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants
CPTR	Code pénal turc (n°5237) du 1 ^{er} juin 2005
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101), Constitution de la République turque de 1982
CSCT	Comité suisse contre la torture
Cour EDH	Cour européenne des droits de l'Homme
D.	Danıştay (Conseil d'Etat turc)
D.R.	Décisions et rapports de la Commission européenne des droits de l'Homme
dir.	direction
DUDH	Déclaration universelle des droits de l'Homme du 10 décembre 1948
E.	Esas (numéro de l'affaire)
éd.	édition/ éditeur(s)
Ed/Eds	Editor/Editors
ex.	exemple(s)
FF	Feuille fédérale
FIPP	Fondation internationale pénale et pénitentiaire
Ibid.	ibidem
in	dans
infra	ci-dessous, plus bas
JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
JEP	Juge d'exécution des peines (İnfaz Hakimi)
JdT	Journal des Tribunaux
K.	Karar (numéro de l'arrêt)
LEPM	Loi n° 5275 sur l'exécution des peines et des mesures (Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun)
LSCP	Loi fédérale sur la surveillance de la correspondance par poste et

	télécommunication du 6 octobre 2000 (RS 780.1)
n°	numéro
OIT	Organisation internationale du travail
ONU	Organisation des Nations Unies
p./pp.	page/pages
Pacte ONU I	Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966
Pacte ONU II	Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966
par./ §	paragraphe
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal
RDPC	Revue de droit pénal et de criminologie
RFDA	Revue française d'administration publique
R.G.	Resmî Gazete (Journal officiel de la République Turque)
rés.	résumé
RICPTS	Revue internationale de criminologie et de police technique et scientifique
RJJ	Revue jurassienne de jurisprudence
RJN	Recueil de jurisprudence neuchâteloise
RPDP	Revue pénitentiaire et de droit pénal
RPS	Revue pénale suisse
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSC	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
RSDIE	Revue suisse de droit international et européen
RSF	Recueil systématique de la législation fribourgeoise
RSG	Recueil systématique de la législation genevoise
RSJU	Recueil systématique de la législation jurassienne
RSN	Recueil systématique de la législation neuchâteloise
RST	Recueil systématique de la législation tessinoise
RSVD	Recueil systématique de la législation

RSVS	vaudoise Recueil systématique de la législation valaisanne
RTDH	Revue trimestrielle des droits de l'Homme
s/ss	suivant/suivants
sida	syndrome immunodéficientaire acquis
SJ	La Semaine judiciaire
supra	ci-dessus, plus haut
TF	Tribunal fédéral
trad.	traduit/traduction
VIH	virus de l'immunodéficiency humaine
vol.	volume
Y.	Yargitay (Cour de cassation turque)

1. INTRODUCTION

1.1. Contexte

Le sort des détenus a préoccupé les humanistes depuis que les prisons existent et les pénologues depuis la naissance de leur science. Les travaux de Tocqueville et de John Howard, entre la fin du dix-huitième siècle et le début du dix-neuvième siècle, sur le sens de la peine et le traitement des détenus, dans un but comparatiste, afin de rechercher des idées pour améliorer les prisons de leurs pays respectifs, furent le début d'une longue tradition de comparaison en droit pénitentiaire¹.

Les régimes pénitentiaires ont connu des améliorations depuis lors et des aménagements qui ont abouti à des résultats qui diffèrent beaucoup de la conception classique des systèmes pénitentiaires depuis le début du vingtième siècle, et surtout depuis la fin de la deuxième guerre mondiale.

Il est étonnant de constater que depuis les années 1970, l'analyse comparée du droit pénitentiaire montre une longue et tumultueuse évolution largement commune aux Etats qui consiste à reconnaître les droits fondamentaux des détenus². Néanmoins, les modalités suivant lesquelles l'émergence du respect des droits de l'homme s'est opérée restent diverses. S'interroger sur la prison, c'est aussi dépasser le simple stade d'une étude de normes juridiques: il est nécessaire, dans ce domaine de prendre en compte les divergences d'une part des traditions diverses en matière d'exécution des peines et d'autre part entre *«le discours officiel et la réalité sociale, lesquels peuvent considérablement changer l'image de la prison»*³.

Notre étude s'inscrit dans le cadre de la réforme de la politique pénitentiaire suisse et turque. La nouvelle partie générale du Code pénal suisse (CPS), entrée en vigueur au 1er janvier 2007, témoigne de cette évolution et considère la peine privative de

¹ MANSUY (2007), p. 36.

² DE SCHUTTER/KAMINSKI (2002), p. 5; VALLOTTON (2006), p. 221.

³ MANSUY (2007), p. 37.

liberté en tant qu'*ultima ratio*⁴. Lorsqu'il est recouru à la peine privative de liberté, le CPS prévoit une prise en charge individualisée conforme à la personnalité du détenu dans une approche qui se veut respectueuse de la dignité humaine.

En Turquie, l'exécution de la peine privative de liberté ainsi que la législation, éparpillée dans différents textes chapeautés par la Constitution, ne répondaient pas aux exigences des principes modernes. C'est pourquoi pour rendre l'exécution compatible aux standards internationaux et élaborer en la matière de nouvelles perspectives, le parlement turc a adopté une nouvelle Loi pénitentiaire n° 5275⁵, entrée en vigueur le 1^{er} juin 2005. L'un des principes de la loi est que le but principal des institutions pénitentiaires est d'améliorer les détenus et de leur offrir l'occasion de se prendre en charge, comme le préconise la pénologie moderne. Si la situation des établissements pénitentiaires occupe, de temps à autre, l'actualité en Turquie, les droits des personnes incarcérées n'ont en revanche guère retenu l'attention de la doctrine.

Cependant, l'apparition des tendances modernes et les derniers développements des régimes pénitentiaires ainsi que la notion des droits de l'Homme en détention, leurs conséquences et leur sauvegarde, ont fait l'objet de contributions en droit helvétique. Si la Suisse a plus tôt que la Turquie accordé une place importante à l'émergence des droits des détenus, l'exercice de ces droits n'en reste pas moins un sujet d'actualité. Cela justifie donc le choix de la Suisse comme élément de comparaison avec le droit turc.

1.2. Problématique

Une transformation très nette s'est dessinée ces dernières années, dans le champ pénitentiaire, grâce notamment à l'impact croissant des droits de l'Homme⁶. Cela implique que soit clairement affirmé

⁴ Voir KUHN/MOREILLON/VIREDAZ/BICHOVSKY (2006).

⁵ La loi du 13.décembre 2004, publiée dans le R.G., n° 22685 du 29 décembre 2004.

⁶ La règle 1 de l'Annexe à la Recommandation R(2006)2 sur les Règles pénitentiaires européennes de 2006 témoigne de cette mutation en indiquant que

qu'à l'exception de la privation de «la liberté d'aller et de venir», l'ensemble des droits et libertés sont garantis aux personnes détenues. Si la peine privative de liberté doit se limiter à la seule privation de la liberté physique, alors l'exercice des autres droits ne devrait pas subir de limitations plus significatives qu'à l'extérieur. Or, la prison justifie elle-même des limitations dans l'exercice des droits de l'Homme des détenus, «plus amples» par rapport aux personnes libres, et ces restrictions sont justifiées aux yeux de la Cour européenne des droits de l'Homme⁷ et au sens des législations suisse⁸ et turque⁹.

Se pose alors la question de la compatibilité de l'affirmation des droits fondamentaux dans une institution totale comme l'a souligné GOFFMANN¹⁰ telle que la prison, où «*la liberté n'est pas la règle mais plutôt l'exception et dans laquelle la vie de l'individu est régie jusque dans ses plus infimes détails*»¹¹. Les impératifs, l'organisation, le fonctionnement et les objectifs de l'institution pénitentiaire sont autant de paramètres difficilement compatibles avec l'exercice des droits du détenu.

D'une part, il s'agit d'encadrer les limites du pouvoir punitif au nom du respect de la liberté de l'individu et d'autre part, l'administration pénitentiaire continue à déterminer la portée exacte de ces droits et surtout la façon dont ils sont exercés.

Néanmoins, il ne suffit pas de reconnaître les droits fondamentaux; encore faut-il garantir leur exercice. Se pose alors la question de savoir comment éviter une application partielle et partielle des droits fondamentaux des détenus? La notion de dignité humaine peut-elle jouer un rôle ?

«les personnes privées de liberté doivent être traitées dans le respect des droits de l'Homme».

⁷ Voir parmi d'autres, Cour EDH, *Silver et autres c. Royaume-Uni*, arrêt du 25 mars 1983, §§ 99-105, série A n° 67.

⁸ Art. 74 de la nouvelle partie générale du Code pénal suisse.

⁹ Art. 6 al. b de la Loi n° 5275 sur l'exécution des peines et des mesures.

¹⁰ GOFFMANN (1968), pp. 41-54.

¹¹ DE SCHUTTER/KAMINSKI (2002), p. 6.

Il importe aussi de savoir si les droits de l'Homme peuvent parvenir à encadrer et limiter les effets de la prison à la seule privation de la liberté physique.

Dans une approche comparatiste, la différence de culture a-t-elle une influence, et si tel est cas, en va-t-il de même en droit turc et en droit suisse? D'autre part, quel est l'impact des instruments des textes internationaux, et notamment de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme sur ces deux ordres juridiques?

Telles sont les questions auxquelles la présente étude se propose de répondre, selon le plan suivant.

1.3. Plan

Nos trois premiers titres seront consacrés à l'étude de la reconnaissance et de l'exercice des droits fondamentaux du détenu. Après un survol de l'histoire de la prison et une esquisse de l'image du détenu, nous aborderons les sources des droits fondamentaux du détenu. Ces trois titres présenteront le contenu des droits fondamentaux des détenus et les liens qu'ils entretiennent avec la dignité humaine. Il s'agit donc ici d'examiner l'exercice des droits fondamentaux du détenu dans le milieu carcéral au regard des dispositions légales, réglementaires, et nationales et supranationales, ainsi que la jurisprudence en la matière, puis de dégager les garanties accordées aux droits des détenus. Pour mieux saisir les enjeux, nous nous attarderons sur les fondements et la réception juridique de la notion de dignité humaine, notion ambiguë, afin de la rendre opérationnelle dans l'exercice des droits des détenus. Cette analyse permettra de dégager que la notion de dignité humaine est un concept utile en matière d'exécution des peines, dans la mesure où elle permet d'élaborer un modèle idéal de relation carcérale équilibrée, sans pour autant exclure l'optique classique de la sauvegarde des droits fondamentaux.

Ces trois premiers titres permettront en outre de constater qu'il n'est pas si facile de sauvegarder les droits des détenus. Ils concluront enfin qu'une protection accrue de certains droits

strictement attachée à la dignité humaine est accordée, tandis que d'autres restent modelés par les impératifs du milieu carcéral.

Le dernier titre portera sur l'apport des droits de l'Homme à l'institution pénitentiaire. Par une approche prospective, nous constaterons une mutation dans les fonctions attribuées à la peine privative de liberté et une redéfinition de certains concepts-clés de l'exécution de la peine. Poussée par le mouvement d'expansion des droits de l'Homme et l'affirmation de la dignité humaine, l'exécution de la peine devient une notion dynamique. Il importe de ne pas aggraver les souffrances inhérentes à l'incarcération. Cela a des conséquences sur l'organisation rationnelle de la vie quotidienne en prison. Emerge la notion de normalisation pénitentiaire, qui veut que la vie en prison soit aussi proche que possible de la vie en liberté.

L'exécution de la peine ne dépend plus des seules décisions des autorités, mais permet aussi au détenu de s'associer à l'élaboration du déroulement de sa peine. Les tendances consensualistes interviennent au cœur même de l'exécution de la peine. La volonté du détenu revêt une grande importance, car sans elle, rien ne peut se concrétiser, voire simplement être tenté. Sans la collaboration du principal protagoniste, tout effort tendant à sa resocialisation est vain. Nous approfondirons donc le concept de plan individuel d'exécution de peine et nous verrons qu'il ne saurait être totalement fait abstraction du caractère contraignant du statut du détenu et qu'il s'agit d'un consensualisme dirigé.

Dans ce dernier titre nous nous pencherons aussi sur le conflit entre la gestion de la prison conforme aux impératifs de sécurité et la sauvegarde des droits de l'Homme et nous trouverons dans la notion de bon ordre en prison un moyen de le résoudre.

1.4. Délimitations et méthodologie

Cette thèse traite des droits fondamentaux du détenu exclusivement dans l'exécution de la peine privative de liberté¹² en droit suisse et

¹² Voir notamment BAECHTOLD (2008), p. 52; PRADEL (2008), p. 63.

en droit turc et non celle des mesures. Notre étude se limite aux condamnés qui purgent leur peine dans un établissement pénitentiaire fermé. Seront donc exclues les personnes en garde à vue et en détention préventive ainsi que les personnes retenues dans les centres de rétention administrative et les détenus mineurs, dangereux ou souffrant de troubles psychiatriques. Des modalités de peine telles que la libération conditionnelle et les permissions de sortir seront abordées du point de vue des droits du détenu, mais elles ne seront pas examinées du point de vue de leur exécution. Le détenu dont il sera question tout au long de notre étude est donc un individu majeur, condamné à une peine privative de liberté et qui purge cette peine dans un établissement pénitentiaire fermé.

En droit suisse, l'exécution des peines est de la compétence des cantons qui peuvent donc légiférer en la matière et qui ont en la matière conclu des concordats intercantonaux. A défaut d'une loi définissant les modalités d'exercice des droits des détenus au niveau fédéral, une approche globale de la problématique ne pouvait se justifier. Par voie de conséquence, nous bornerons notre étude aux pratiques et législations cantonales de la Suisse romande et du Tessin, «*lesquelles reposent notamment sur une Weltanschauung et une culture socio-juridique sensiblement différentes des cantons alémaniques*»¹³, différences qui s'expriment d'ailleurs dans les concordats susmentionnés.

Certains s'étonneront peut-être du déséquilibre dans le traitement des droits suisse et turc en défaveur de ce dernier; cela s'explique par l'abondance des sources légales, jurisprudentielles et doctrinales en droit suisse et la relative pauvreté, voire parfois l'absence de sources doctrinales et jurisprudentielles en droit turc.

Nous essayerons non seulement de comparer les règles du droit et l'aménagement du contentieux pénitentiaire dans le cadre national des deux pays étudiés, mais nous tenterons également d'aborder l'impact des règles internationales et européennes sur les réalités et le fonctionnement des établissements pénitentiaires dans les deux pays. Nous focaliserons notre attention sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, abondante en la matière qui constitue un élément majeur de protection des droits des

¹³ JENDLY (2005), p. 7.

personnes incarcérées, dans les deux pays.

Les développements qui suivent sont le fruit principalement de recherches doctrinales et jurisprudentielles. La problématique de la sauvegarde des droits fondamentaux du détenu se situe cependant à la frontière des sciences juridique et sociales. De ce fait, l'approche de la prison¹⁴ par des chercheurs en criminologie et en sociologie a retenu notre attention. Le lecteur doit avoir néanmoins à l'esprit que l'examen de la sauvegarde des droits fondamentaux du détenu se fera constamment dans l'optique pénitentiaire et sous l'angle du droit pénitentiaire.

1.5. Précisions terminologiques

Certains termes, formules et notions employés dans le cadre de la présente étude sont susceptibles de prêter à confusion. Il importe donc d'emblée d'apporter certaines précisions.

Par personne «pénalement privée de liberté», «incarcérée», «détenue», par «prisonnier», nous entendons le condamné qui purge une peine privative de liberté.

Par la formule de «lieux de détention», nous entendons notamment des locaux de police, un centre de rétention administrative, un asile psychiatrique, une maison d'éducation au travail destinée aux mineurs délinquants ou un établissement affecté à la détention préventive. Nous employons ici indifféremment les termes «établissement (pénitentiaire)», «prison», «institution carcérale» et «lieu de détention» pour désigner l'établissement d'exécution de peines.

¹⁴ Parmi d'autres CLEMMER (1940); GOFFMAN (1968); FOUCAULT (1975); MONTANDON/CRETIAZ (1981); STASTNY/TYRNAUER (1982); MARCHETTI/COMBESSIE (1996); LHUILIER/LEMISZEWSKA (2001); CHANTRAINE (2004b); VACHERET/LEMIRE (2007).

Titre Premier: Les droits de l'Homme dans l'optique pénitentiaire d'hier à aujourd'hui: de la reconnaissance à l'exercice des droits des détenus

§ 1. De l'objet passif au sujet de droit

I. L'image de l'Homme détenu à travers la genèse de la prison

L'histoire de la reconnaissance de l'existence des droits de l'Homme lors de l'exécution des sanctions privatives de liberté implique de faire l'histoire de la prison¹⁵, de tracer l'évolution du droit des sanctions¹⁶ et de les confronter à l'histoire des droits de l'Homme. Cependant, il n'entre pas dans nos projets de dresser un historique de toute l'évolution des doctrines pénales ni même de l'ensemble de la doctrine relative aux droits de l'Homme¹⁷ qui ont fait tous deux l'objet d'une riche littérature. Toutefois, il nous paraît indispensable de nous attarder quelque peu sur les grandes tendances de l'évolution pénitentiaire et des droits de l'Homme, afin de faire une esquisse des transformations qui ont mené à la naissance de la prison en tant que peine et à la problématique de la reconnaissance des droits fondamentaux des personnes incarcérées.

La liberté n'étant pas reconnue comme un bien personnel, que ce soit durant l'Antiquité¹⁸ ou au cours du Moyen Age, la sanction pénale consistait en un châtement corporel infligé à un condamné, dont la qualité d'être humain à part entière était déniée. Quant à la prison, elle était une «*mesure de sûreté*»¹⁹ ou de coercition, elle

¹⁵ LEAUTE (1968); DEYRON (1975); PERROT (1980); PERROT (2001); PETIT (1990); RENAUT (1998), pp. 265s; CASTAN/ZYSBERG (2001).

¹⁶ PRADEL (1991); MARTINAGE (1998).

¹⁷ Cf. notamment MADIOT (1991); WACHSMANN (2008); MOURGEON (2003); LOCHAK (2005).

¹⁸ La prison est purement préventive dans l'Antiquité romaine comme le prouve la formule célèbre d'Ulpien «*Carcer ad continendos, non puniendos homines*» citée par ANCEL (1955), p. XVI.

¹⁹ CASTAN (1984), p. 31.

servait non pas à punir mais à garder²⁰, notamment pour «*trois usages principaux*»²¹. Elle avait pour rôle d'assurer la présence lors du procès de la personne qui allait être jugée, elle était un lieu d'exécution d'un ordre privatif de liberté²² qui se traduisait par les lettres de cachet²³ et un lieu de dépôt pour les «*personnes de conditions humbles*»²⁴ - les mendiants, les débiteurs, les prisonniers de guerre, les étrangers, les condamnés à mort graciés.

Cette longue période qui s'étend jusqu'à la fin du dix-septième siècle ne modifie pas considérablement la situation en ce qui concerne la reconnaissance de l'enfermement en tant que peine pénale. La dignité humaine étant inconnue comme notion juridique, il semble donc délicat de parler des droits de la personne incarcérée à ce stade. Exclu de la société dans la quelle il vivait, le détenu «*ne possède pas stricto sensu de droits*»²⁵. Il est complètement assujéti au pouvoir punitif de la société²⁶.

Il va falloir attendre le siècle des Lumières, pour que les philosophes se soucient de la conception de liberté, pour faire d'elle le «*bien le plus précieux*»²⁷, ce qui entraîna l'apparition d'une nouvelle conception de la prison comme devant ou pouvant servir de peine.

La liberté étant le bien suprême, il était logique qu'en sa privation résidât la pénalité par excellence²⁸. Les philosophes des Lumières

²⁰ CASTAN/ZYSBERG (2002), p. 15.

²¹ FAUGERON/LE BOULAIRE (1992), p. 7.

²² PETIT/FAUGERON/MICHEL/ZYSBERG (1991).

²³ CASTAN (1984), p. 31.

²⁴ SELLIN (1967), p. 1.

²⁵ LARRALDE (1993), p. 28.

²⁶ DAGA (1992), p. 162.

²⁷ LEAUTE (1968), p. 9.

²⁸ Dans l'Esprit des Lois, Montesquieu prône une meilleure proportion de la peine au délit, plus généralement, une modération des peines accompagnant une plus grande régularité et donc certitude de la sanction, préférable aux châtements cruels et arbitraires. La peine est le contraire de la liberté. A ce propos voir notamment BOLLE (2007). Rousseau, quant à lui, souligne que l'homme libre en consentant au «*contrat social*», accepte en même temps les limites de ce contrat présumé. En ce terme, le droit de punir n'est que l'expression de la volonté générale qui se traduit par une peine prévue dans la loi. En portant atteinte volontairement au contrat, l'homme renonce à sa liberté. A cet égard voir LERNELL (1969), p. 93.

considéraient que les supplices ne correspondaient pas à la notion de dignité humaine²⁹. Et pour cela les peines devaient s'appliquer à travers l'esprit mais pas à travers le corps³⁰.

Le marquis Cesare BECCARIA³¹ «*crystallise*»³² ces acquis aux Lumières, pour en développer le thème de l'utilité sociale et de l'adoucissement de la peine. Il soutient qu'il faut insister sur l'efficacité des peines et non pas sur leur sévérité. Pour qu'un châtiment produise l'effet voulu, il suffit qu'il surpasse l'avantage résultant du délit. Dans cette perspective, mettant l'accent sur la prévention, BECCARIA souligne que les peines doivent être proportionnées au délit, sans cruauté inutile. L'emprisonnement est une peine humaine, préventive, et socialement efficace³³. Pourtant, la prison de BECCARIA est une mesure exceptionnelle, à laquelle on ne doit recourir que dans des cas limités car elle est par essence contraire au principe de la sûreté personnelle³⁴. La prison constitue un véritable supplice et ce en raison des conditions matérielles qui y règnent. Le recours fréquent à l'emprisonnement comme peine n'est possible qu'«*à mesure que la misère et la faim disparaîtront des cachots (...) et l'humanité franchir[a] les portes de fer (...)*»³⁵.

L'emprisonnement comme peine, chez BECCARIA, entraîne en outre la perte totale et définitive de la liberté. Le condamné est «*transformé en quelque sorte en bête de somme, et qui paie par ses fatigues le tort qu'il a fait à la société*»³⁶. Il est difficile, à lire ces lignes, de voir en BECCARIA un philosophe qui s'intéresse à la condition juridique des détenus. Pour lui, la prison est donc un lieu de souffrance qu'il faut éviter, mais non pas nécessairement réformer. Ainsi la rénovation du droit pénal chez BECCARIA s'arrête en quelque sorte aux portes des lieux de détention et l'humanisme de cet auteur réside dans le fait qu'il souhaite

²⁹ Pour la notion de la dignité humaine voir infra pp. 69 ss et notamment FERNANDEZ/LECCIA/VELLUTINI (2003); BORELLA (1999).

³⁰ FOUCAULT (1975), p. 163.

³¹ Sur la vie et l'œuvre de Beccaria cf. notamment GRAVEN (1948); PRADEL (1991); PORRET (2003).

³² PERROT (2001), p. 226.

³³ PORRET (2003), p. 104.

³⁴ BECCARIA, Il s'agit d'une traduction de l'œuvre de Beccaria, «Des délits et des peines», par Maurice Chevalier, (rééd. 1991), p. 136.

³⁵ BECCARIA (rééd. 1991), p. 137.

³⁶ BECCARIA (rééd. 1991), p. 128.

soustraire les délinquants aux affres de la détention, et non dans le fait qu'il serait préférable selon lui d'améliorer les conditions de l'emprisonnement.

Mais il convient également de souligner que le siècle des Lumières est aussi le siècle de la philanthropie³⁷ et les philanthropes s'inquiétèrent du sort des détenus. Le souci d'humanisation réapparaîtra cette fois au sein de la prison qui a été imaginée comme un moyen plus humain que les châtements d'autrefois³⁸. Les philanthropes s'attachèrent à la condition physique et morale des détenus. Certes les prisonniers vus comme «*des animaux dangereux, dépouillés des droits que la loi leur avait reconnus*»³⁹ inspiraient la pitié, cette pitié qui animait les philanthropes plus que l'utilité sociale⁴⁰, mais «*leur humanisme fait silence sur les droits*»⁴¹.

John HOWARD, philanthrope anglais, publia en 1777, son livre sur «L'État des prisons européennes», dans lequel il attira l'attention de l'Europe sur l'état déplorable des maisons de détention et sur les mauvaises conditions d'incarcération.

HOWARD, le premier, réfléchit à la problématique du statut juridique des prisonniers⁴². Il souligna l'importance des droits élémentaires de l'humanité. Les prisonniers restent des hommes et par conséquent ils ont droit à un «*traitement humain*»⁴³. Les nombreux abus, la plupart contraires au «*simple principe d'humanité*»⁴⁴, mettent cependant en échec ces droits humains. Pour lui, tant que les prisonniers ne seront pas traités avec la dignité humaine, ils se trouveront dans l'impossibilité de devenir meilleurs. «*Ami de l'humanité*»⁴⁵, il est parmi les premiers à militer ainsi pour la reconnaissance des droits de l'homme en prison au

³⁷ CARLIER/PETIT (1994), p. 33.

³⁸ DUPREEL (1957), p. 163.

³⁹ GRELLET-WAMMY (1838-1839), p. 38.

⁴⁰ PERROT (2001), p. 227.

⁴¹ PIRES (1991), p. 81.

⁴² KREBS (1978), p. 42.

⁴³ CARLIER/PETIT (1994), p. 33.

⁴⁴ CARLIER/PETIT (1994), p. 33.

⁴⁵ PETIT (1990), p. 16.

nom de ce qui ressemble fort à la réinsertion sociale du condamné ayant purgé sa peine.

La réalisation des idées de HOWARD implique que les prisons soient des lieux de punition, et non de simples lieux de souffrance. L'amendement doit se faire par le travail et l'éducation religieuse. Il met en outre l'accent sur l'influence de l'architecture et sur la condition carcérale. Les prisons doivent être des lieux aérés en vue d'assurer l'hygiène corporelle, alimentaire et sanitaire⁴⁶.

Jeremy BENTHAM, tout à la fois disciple de BECCARIA et émule de HOWARD, est probablement celui qui soulignera pour la première fois la nécessité d'une adéquation entre les droits reconnus à la personne détenue et ceux dont jouissent les individus libres de sa classe⁴⁷. «*Sauf les égards dus à la vie, à la santé et au bien être physique, un prisonnier, subissant ce genre de peine pour des offenses qui ne sont guère commises que par des individus de la classe la plus pauvre, on ne doit rendre sa condition meilleure que celle des individus de cette même classe qui vivent dans un état d'innocence et de liberté*»⁴⁸. Même s'il précise que les peines doivent être très sévères et effrayantes pour garder leur pouvoir persuasif, il est hostile aux cruautés inutiles⁴⁹. Il s'intéresse en outre à l'architecture de la prison. Il conçoit l'idée du *Panoptique*⁵⁰ pour aller dans le sens d'un emprisonnement commun⁵¹ et de la surveillance continue des détenus.

Les efforts conjugués de HOWARD et BENTHAM auront pour conséquence la mise en branle de l'opinion publique européenne⁵²

⁴⁶ PEDRON (1995), p. 14.

⁴⁷ LARRALDE (1993), p. 32.

⁴⁸ BENTHAM (rééd. 1977), (traduction française de «Panopticon or the inspection house»), Dublin, 1791, p. 20.

⁴⁹ «*La condition ordinaire d'un prisonnier condamné à un travail forcé pour un long temps ne doit pas être accompagnée de souffrances corporelles, préjudiciables ou dangereuse à sa santé ou à sa vie*». BENTHAM (rééd. 1977), p. 20.

⁵⁰ Pour un commentaire critique du Panoptique cf. FOUCAULT (1975), la partie sur le «Panoptisme», pp. 228-264. Voir aussi ROTH (1981), pp. 125-131.

⁵¹ «*La solitude absolue si contraire à la justice et à l'humanité quand on en fait un état permanent, est encore heureusement combattue par les plus grandes raisons d'économie*», BENTHAM (rééd. 1977), p. 33.

⁵² BERTRAND (1934), p. 50.

en faveur des condamnés emprisonnés. C'est la mise en pratique de ces théories qui contribuera à la reconnaissance des droits des personnes incarcérées.

Entre-temps, la Révolution française, obéissant en cela aux vœux des philosophes des Lumières, avait fait de la peine privative de liberté la clé de voûte du système pénal. Les supplices vont disparaître à la fin du dix-huitième siècle pour céder la place à la prison. La Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789 vise expressément à garantir les libertés individuelles et à respecter les droits de l'Homme. L'arbitraire des lettres de cachet est aboli en faveur du principe de la légalité des incriminations et des peines. Ces nouveaux principes encadrent et structurent fortement la peine privative de liberté qui prend un tout autre sens⁵³.

Toutefois, ce progrès «*n'est pas complètement original*»⁵⁴: déjà en 1776 le Bill of Rights de l'Etat de Virginie avait marqué un pas considérable au plan théorique. Dans son article 9⁵⁵, il se préoccupait de l'exécution des peines en posant le premier élément des droits des détenus.

L'emprisonnement devient une peine de plus en plus répandue. L'évolution va se faire progressivement, avec des variantes régionales⁵⁶, sous l'influence des transformations économiques et

⁵³ LEAUTE (1968), p. 18.

⁵⁴ MARTINAGE (1998), p. 64.

⁵⁵ Art. 9: «*Qu'il ne doit point être exigé de caution excessive ni imposé de trop fortes amendes, ni infligé de peines cruelles ou inusitées*». La Déclaration des droits de Virginie, Etat de Virginie (Etats-Unis), 12 juin 1776.

⁵⁶ Pour l'historique de l'incarcération entre le dix-huitième siècle et le début du vingtième siècle dans les cantons de Suisse romande, cf. pour le canton de Neuchâtel BOLLE (1973), pour le canton de Vaud ANSELMIER (1993) et pour le canton de Genève ROTH (1981). Dans l'Empire Ottoman, les tours de forteresse appelés Zindan, à cause de leurs conditions humides et mauvaises, accueillait les criminels et les Mahbes, les accusés qui attendaient être jugés. Le terme de prison - au sens moderne du terme - ne peut être employé qu'à partir de la deuxième moitié du dix-neuvième siècle. C'est seulement à cette époque que la révision de la politique criminelle a figuré à l'ordre du jour. L'essor de la prison est la conséquence du rescrit impérial de Tanzimat (réorganisation) Fermanı (1839) et de l'Edit Islahat (réforme) Fermanı (1856) ainsi que de la réception du Code pénal français de 1810 en 1840 (1256) qui disposait l'emprisonnement comme peine. Le rescrit prévoyait un catalogue de droits y

sociales.

Le dix-neuvième siècle sera marqué par des débats, d'inspiration charitable, sur l'organisation des prisons, les conditions d'exécution de la privation de liberté. Les philanthropes⁵⁷, intellectuels et hommes politiques, de l'époque, souvent d'inspiration chrétienne, considèrent que la prison peut aider à résoudre la question sociale, à condition de moraliser les prisonniers⁵⁸.

Le détenu devrait être complètement transformé, tant dans son corps et ses habitudes que dans son esprit et sa volonté⁵⁹. La volonté d'améliorer le détenu durant sa détention ou l'idée d'une réinsertion possible dans la société⁶⁰ transparaissent en filigrane.

Le grand conflit entre les partisans de l'isolement et ceux du régime de la vie en communauté allait naître des deux côtés de l'Atlantique⁶¹ dans ce contexte.

Les uns⁶², inspirés par les idées de HOWARD, préconisent l'isolement complet, de jour et de nuit pour toute la durée de la peine, ce qu'on appela alors le *système pennsylvanien*. Les autres, dans le but de remédier aux inconvénients psychologiques de l'isolement complet, vont essayer d'alterner l'isolement de nuit et le travail en commun de jour sous la règle du silence, soit le

compris l'interdiction de la détention arbitraire et les garanties de procédure pénale et le principe de la légalité. L'édit portait des dispositions sur l'amélioration des conditions d'enfermement. Pour Tanzimat Fermanı et Islahat Fermanı, voir notamment TANÖR (1995), pp. 69-79. Sur l'évolution de la peine et la reconnaissance de la prison en Turquie, cf. YILDIZ (2002); DEMİRBAŞ (2005); ŞEN (2006).

⁵⁷ Pour la prison telle que conçue par les philanthropes, cf. DUPRAT (1981).

⁵⁸ LORCY (2004), p. 12.

⁵⁹ FOUCAULT (1975), p. 148.

⁶⁰ Voir MARTINAGE (1988), p. 74.

⁶¹ LANDREVILLE (1973), p. 149.

⁶² Le duc de ROCHEFOUCAULT-LIANCOURT puis DE TOCQUEVILLE ont particulièrement apprécié le système pennsylvanien, mis en place par les Quakers, lors de leurs visites des prisons aux États-Unis. Pour le voyage de ROCHEFOUCAULT-LIANCOURT, voir *The Monthly Review or Literary Journal* (1801), pp. 113-121. DE TOCQUEVILLE (rééd. 1984) et finalement DUCPETIAUX inspecteur général belge, sont adeptes de ce système. A ce propos voir DUPONT-BOUCHAT (1988).

système auburnien qui devint très vite célèbre pour les mauvais traitements infligés aux détenus et pour le travail excessif qui était exigé d'eux⁶³.

Ces régimes ne se conçoivent pas sur la question du régime pénitentiaire en termes de droits ou devoirs pour la personne détenue. L'isolement du reste de la société demeure le paradigme fondamental du système d'exécution des peines. Or il semble surprenant que la personne détenue, devant, théoriquement en tout cas, être capable de retourner vivre une vie «normale» au sein de la société une fois purgée sa peine n'entretient pratiquement pas de contact avec le monde extérieur. Le choix du système, qu'il soit pennsylvanien ou auburnien, prive manifestement le détenu d'un droit fondamental essentiel, soit celui d'avoir du contact avec l'extérieur dans le but de préparer la sortie de prison⁶⁴. L'absence de prise en charge pénitentiaire, due à une optique purement sécuritaire de la détention qui vise avant tout à protéger la société contre des délinquants dont elle présume systématiquement la dangerosité, entraîne de manière inéluctable l'atteinte grave à de nombreux droits fondamentaux des détenus.

Un dernier système sera envisagé dans la seconde moitié du dix-neuvième siècle. L'innovation viendra cette fois de l'Europe. Ce nouveau système envisagé par Sir Walter CROFTON, le *système irlandais*, est basé sur le principe de la progression dans l'exécution de la peine privative de liberté. Il s'agit dans une première phase de combiner les deux systèmes précédents. D'abord un isolement total qui dure neuf mois et qui était destiné à amener le détenu à méditer. Ensuite tout est organisé autour des phases successives menant le détenu vers la liberté, ce qui le «*contraint à se responsabiliser et à gagner la confiance du personnel pénitentiaire afin d'obtenir des points de bonne conduite lui octroyant le passage d'un régime à l'autre*»⁶⁵. C'est à la lumière de ce modèle que la libération conditionnelle, une véritable révolution, apparaît.

⁶³ Pour plus d'informations sur les régimes cf. BERTRAND (1934), pp. 108-232; CANNAT (1949), pp. 45-67; PINATEL (1950), p. 757; PLAWSKI (1977), pp. 53-58.

⁶⁴ CANNAT (1949), p. 74, constate que l'encellulement individuel assure la liberté morale des détenus. Selon lui, forcer un détenu à vivre avec des personnes qu'il ignore constitue bel et bien une atteinte à la liberté du détenu.

⁶⁵ JENDLY (2005), p. 65.

Dès le début du siècle et jusqu'à la deuxième moitié du vingtième siècle, les rencontres internationales sur la question de la protection des droits des détenus viendront relancer constamment les débats⁶⁶. Toutefois, la question ne figurera pas à l'ordre du jour de façon soutenue même après que la primauté et l'universalité des droits de l'Homme eurent été proclamées dans d'autres domaines⁶⁷. Malgré ces efforts, non seulement le détenu resta toujours dépourvu de ses droits les plus élémentaires pendant longtemps, mais en plus, avec l'enfermement, il perdait aussi son statut civil⁶⁸.

Au sortir de la deuxième guerre mondiale, la rhétorique internationale au sujet des droits de l'Homme constitua un facteur important d'évolution socio-juridique qui aboutit à l'adoption de la Déclaration universelle des droits de l'Homme (DUDH) et de la Convention européenne des droits de l'Homme⁶⁹ (CEDH).

Parallèlement à ce nouvel élan, un vent de réforme souffle sur l'institution carcérale, inspiré par le mouvement de la défense sociale nouvelle⁷⁰. D'importantes réformes visant spécialement l'humanisation de la détention et son orientation vers l'amendement et le reclassement social du condamné furent réalisées⁷¹. Par cette nouvelle conception philosophique, le droit de l'exécution des peines s'est rapproché de l'homme condamné, au point d'imprégner largement le droit répressif positif de l'influence des droits de l'Homme⁷².

⁶⁶ Londres 1872, Stockholm 1878, Rome 1885, Saint-Petersbourg 1890, Bruxelles 1900, Budapest 1905 et Washington 1910.

⁶⁷ PIRES (1991), p. 81, pose la problématique pour éclairer le fait que la question des droits des personnes incarcérées n'ait pas été discutée de façon soutenue au dix-neuvième siècle alors que ces droits étaient radicalement bafoués et qu'on proclamait en même temps, dans d'autres domaines, les vertus des droits de la personne.

⁶⁸ LEMIRE (1993), p. 63. En effet pendant très longtemps, comme confirmait la Cour suprême de l'Etat de Virginie aux Etats Unis, le détenu en conséquence de son crime *«perd non seulement sa liberté mais tous les droits personnels à l'exception de ceux que la loi dans son humanité lui accorde, il devient l'esclave de l'Etat»*, *Ruffin v. Commonwealth*, 62 790, 796 (1871).

⁶⁹ LEMONDE (2003), p. 423.

⁷⁰ Sur les origines du mouvement de politique criminelle de la Défense Sociale et les différentes étapes de son élaboration voir PINATEL (1964); ANCEL (rééd. 1981); BOLLE (1984).

⁷¹ LEMIRE (1993), p. 62; SPIELMANN (1985), p. 590.

⁷² O'BRIEN (1998), p. 197; BOLLE (2001), p. 154; LEMIRE (1993), p. 62.

Sur le plan des droits du détenu, l'Organisation des Nations Unies reprit les efforts déployés par les congrès pénitentiaires, en vue de l'adoption de règles minima pour le traitement des détenus au premier Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants tenu à Genève en 1955. Puis le Conseil économique et social approuva l'Ensemble des règles minima et invita les gouvernements à envisager favorablement leur adoption et leur application en 1957⁷³.

Le Conseil de l'Europe et la Cour européenne des droits de l'Homme (Cour EDH) joueront à leur tour un rôle important dans la recommandation d'un modèle de justice pénale et dans l'introduction des *«contentieux périphériques au droit pénal»*⁷⁴ d'une manière bien plus respectueuse des droits fondamentaux de la personne, en portant une attention toute particulière à sa dignité⁷⁵.

Les années 1970 seront marquées par les efforts déployés des droits nationaux en vue de réformer le régime pénitentiaire afin d'offrir une meilleure protection aux droits fondamentaux⁷⁶.

La nouvelle perception de l'exécution des peines s'exprime par une lecture plus subtile des fonctions assignées à la peine, notamment à la peine privative de liberté⁷⁷. Il est clair qu'aujourd'hui, l'emprisonnement ne remplit pas les fonctions qui lui sont traditionnellement attribuées⁷⁸. Nous aurons l'occasion d'examiner plus profondément cette mutation dans les fonctions de l'exécution de la peine dans notre étude. Nous nous bornerons à préciser que cette évolution est corrélative de la perte de légitimité de l'institution pénitentiaire. La promotion des droits des détenus s'inscrit alors dans ce contexte. Elle *«peut servir à accroître la légitimité de l'institution qui les reconnaît ou à améliorer la représentation de cette légitimité»*⁷⁹.

⁷³ LANDREVILLE (1978), p. 387.

⁷⁴ LANDREVILLE (1978), p. 387.

⁷⁵ BOLLE (2001), p. 155.

⁷⁶ CERE (2001), p. 418.

⁷⁷ LARRALDE (1993), p. 70.

⁷⁸ A ce propos voir PIRES (1991), pp. 77-104; KAMINSKI (2002), pp. 92-93.

⁷⁹ KAMINSKI (2002), p. 99.

II. Le détenu: sujet de droit

A. L'affirmation des droits fondamentaux des détenus

Par le prononcé d'une peine privative de liberté à son égard, l'individu purgeant cette peine est privé de l'un de ses principaux attributs, il perd sa liberté. Le problème majeur réside dans le fait de savoir s'il s'agit d'une perte de liberté ou de libertés⁸⁰ et dans quelle mesure cette privation est compatible avec les droits et libertés de l'individu⁸¹.

A cette question, on répond aujourd'hui que la sanction pénale se limite exclusivement à la privation de la liberté d'aller et de venir⁸². Cette sanction ne doit absolument pas causer de souffrances supplémentaires⁸³. Il ne devrait pas s'agir d'une

⁸⁰LERNELL (1969), p. 91. La conception classique de la privation de liberté était incompatible avec la revendication des droits fondamentaux du détenu. Le détenu était soumis à un système juridique particulier, celui de l'établissement carcéral, qui créait, interprétait et exécutait ses propres règles et subvenait à ses propres besoins, comme à tous ceux de ses usagers. Dans cette optique la prison correspond à la conception d'institution totalitaire telle que décrite par GOFFMANN (1968). Toujours dans le même sens FOUCAULT (1975), pp. 250-251 déclare que le système pénitentiaire se présente comme «*un pouvoir qui a non seulement son autorité administrative, mais comme une part de la souveraineté punitive*», cette autonomie du droit interne des prisons s'exprimant notamment par le despotisme d'une administration qui a les privilèges des lieux clos. A cet égard, voir en outre, ROSTAING (2001), pp. 137-153. Fermée matériellement sur l'extérieur par les murs d'enceinte qui masquaient ce qui se passait à l'intérieur et en même temps qui empêchaient une ouverture sur l'extérieur, la prison était «une zone de non droit» (selon l'expression de ZAKINE (1982), pp. 267-284) coupée de la société et donc de ses moyens de contrôle. Les détenus, assujettis totalement à cette institution, perdaient leur statut de citoyen et en même temps la jouissance de leurs droits et de celui de s'en prévaloir face au pouvoir. Les droits qui leur ont été confiés n'étaient que des simples facultés accordées sans protection juridique. Voir notamment LEMONDE (2003), p. 421; SERIAUX (1979), p. 453.

⁸¹ DETIENNE (2003), p. 525.

⁸² DINTILHAC (1990), p. 8; TRECHSEL (1990), p. 34; TULKENS F. (2002a), p. 251; GIUDICELLI-DELAGE/MASSE (1993), p. 19. Voir en outre les Règles pénitentiaires européennes de 2006.

⁸³ Ce qui est défini par la règle 102.2 des Règles pénitentiaires européennes de 2006 et déjà par la règle 57 de l'Ensemble des règles minima pour le traitement des détenus de 1955.

atteinte généralisée aux autres droits fondamentaux des détenus. Les détenus conservent théoriquement tous les autres droits.

Se pose aussi la question de savoir s'il s'agit de droits généraux, ou de droits spécifiques aux détenus⁸⁴. La doctrine est divisée sur ce concept. Certains auteurs utilisent l'expression «droits du détenu»⁸⁵, d'autres défendent la reconnaissance de droits spécifiques en raison des conditions spécifiques du milieu carcéral⁸⁶. Il s'agit, à notre avis, d'un faux débat.

Tout d'abord, aborder la sauvegarde des droits fondamentaux des personnes incarcérées implique une référence explicite aux instruments internationaux sur les droits de l'Homme et par là-même la prise en compte de droits fondamentaux indépendamment du contexte pénitentiaire. La jouissance des droits de l'Homme ne dépend pas d'un statut particulier; ils sont attribués à cause de «*la seule qualité de personne humaine*»⁸⁷. L'idée même des droits de l'Homme renvoie à l'identité universelle de la personne humaine qui en découle⁸⁸.

De plus, le champ d'application de ces instruments est ainsi conçu qu'il englobe nécessairement les personnes détenues. L'art. 2 de la DUDH prévoit expressément que «*chacun peut se prévaloir de tous les droits et toutes les libertés proclamées dans la présente déclaration sans distinction aucune*». Ainsi, le détenu peut-il faire valoir ses droits de la même manière qu'une personne en liberté. L'art. 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (Pacte ONU II) impose aux États parties l'obligation générale de respecter les droits énoncés dans le Pacte et de les garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence.

En outre et sur un plan purement européen, l'art. 1^{er} de la CEDH prévoit que toute personne relevant de la juridiction d'une haute partie contractante bénéficie des droits et libertés garantis aux termes de la Convention. Cela implique que, sans aucune

⁸⁴ KAMINSKI (2002), p. 106.

⁸⁵ DUPREEL (1960), p. 87; DAGA (1992), p. 165.

⁸⁶ RICHARDSON (1995), p. 181.

⁸⁷ SUDRE (2008), p. 58.

⁸⁸ SUDRE (2008), p. 38.

discrimination, toute personne peut faire valoir ces droits dans un Etat contractant. Malgré l'absence de dispositions spécifiques, l'esprit de la Convention incite à affirmer que les détenus aussi peuvent faire valoir leurs droits au même titre que n'importe quel autre individu. La privation de liberté ne constitue donc pas une limitation aux droits garantis par la Convention⁸⁹.

Il n'est dès lors pas soutenable d'opposer les droits de l'Homme libre aux droits de l'Homme détenu, étant donné que le second continue, malgré sa détention, à jouir des droits accordés au premier. Par contre, et nous allons le voir ci-après, la condition du détenu peut impliquer certaines restrictions à leur exercice, auxquelles l'homme en liberté n'est pas assujéti. Un tel constat nous mène à considérer que ses droits fondamentaux doivent se définir à partir des droits reconnus à tous les citoyens.

Cette égalité dans la jouissance des droits devrait également se retrouver sur le plan national, étant donné que les instruments internationaux obligent les Etats à accorder les mêmes droits aux détenus en leur pouvoir qu'aux citoyens libres. A ce titre, ni la Constitution suisse ni celle de la Turquie n'excluent de leur champ d'application les détenus⁹⁰. L'art. 67 al. 5 de la Constitution turque dispose que les condamnés se trouvant dans les établissements pénitentiaires, sauf ceux dont la condamnation résulte d'une infraction involontaire, sont privés de leurs droits civiques. Dans la Constitution suisse de 1999, les titulaires des droits de l'homme ne sont pas toujours désignés de façon uniforme; pourtant l'esprit du texte ainsi que la jurisprudence du Tribunal fédéral⁹¹ permettent de déduire que les détenus restent titulaires des droits de l'Homme. Ils bénéficient des droits fondamentaux reconnus à tous les citoyens. Par définition, ils peuvent invoquer les droits garantis par la Constitution, et ce au nom d'une égalité de traitement.

⁸⁹ AComm. EDH, *Ilse Koch*, décision du 8 mars 1962, Annuaire 5, 127.

⁹⁰ Préambule de la Constitution de la République de Turquie (modifié par les lois n° 4121 du 23.7.1995 et n° 4709 du 3.10.2001): «(...) *considérant que chaque citoyen turc bénéficie, conformément aux impératifs d'égalité et de justice sociale, des droits et libertés fondamentaux énoncés dans la présente Constitution*».

⁹¹ ATF 118 Ia 64, JdT 2007 IV 43.

Toutefois, afin d'éviter de recourir à des formulations complexes, nous continuerons de parler des droits des détenus plutôt que des «droits fondamentaux de l'homme détenu», expression bien plus correcte, mais d'un maniement peu aisé.

B. Le statut juridique du détenu

Accepter que le détenu soit titulaire des mêmes droits que tout individu implique que l'Etat n'empiète plus sur ceux-ci sans raison valable. Toutes les restrictions qui sont susceptibles d'être apportées à ces droits fondamentaux doivent être déterminées à partir des conditions de forme et de fond prévues pour restreindre ceux des personnes libres⁹².

Même si les droits fondamentaux ne sont pas retirés aux détenus, la vie pénitentiaire confère un statut personnel entièrement nouveau à l'homme qui passe du statut d'individu «libre» à celui d'individu «non libre». La privation de liberté, à l'origine une conception pénale, devient une conception administrative. Le condamné qui jusqu'alors était protégé par un statut pénal est pris en charge par l'administration.

Les relations entre le détenu et l'administration pénitentiaire sont de type vertical. L'administration se charge de protéger l'intérêt général, l'intérêt public ou encore le bien commun en régissant la condition des détenus⁹³. De ce fait, le détenu est subordonné à l'autorité de l'Etat qui a envers lui une responsabilité. Il perd son autonomie⁹⁴ ainsi que dans une large mesure le libre choix concernant les modalités d'exercice de ses droits⁹⁵. Etant donné que le détenu n'est pas à la seule disposition de l'administration pénitentiaire, mais qu'il conserve des droits à son égard, on rencontre fréquemment dans le domaine de l'exécution des peines des cas de collision entre les intérêts individuels et les intérêts

⁹² VERDUSSEN (1995), p. 474; DETIENNE/SERON (2008), p. 248.

⁹³ Pour les notions d'intérêt public, d'intérêt général, cf. MAHON in AUBERT/MAHON (2003), pp. 326-327.

⁹⁴ TRECHSELL (2004), p. 99.

⁹⁵ TCHEN (1997), p. 607.

publics⁹⁶. Ses droits fondamentaux sont soumis aux conditions particulières du milieu carcéral. Les impératifs du maintien de l'ordre et de la sécurité au sein de l'établissement se traduisent en une intervention de l'administration pénitentiaire dans l'exercice de ceux-ci⁹⁷.

Pendant longtemps, tant les juges nationaux qu'européens ont été amenés à conclure que le statut particulier du détenu entraînait inévitablement une restriction des libertés inhérente à la privation de liberté⁹⁸, ce qu'on appelait la théorie des «*limitations implicites*». A cet égard, l'ancienne Commission européenne des droits de l'Homme estimait que toutes les limitations des droits et libertés fondamentaux étaient inhérentes à la privation de liberté admise à l'art. 5 par. 1 CEDH⁹⁹ et que dès lors les requêtes émanant de personnes détenues étaient systématiquement rejetées sans examen au fond¹⁰⁰. La Cour EDH a profité des mouvements de libéralisation et des perspectives de réforme en milieu pénitentiaire des années 1970, pour mettre fin à la jurisprudence de la Commission dans l'arrêt *Golder c. Royaume-Uni*¹⁰¹.

Selon cette nouvelle vision, les détenus jouissent des droits fondamentaux. Les restrictions des droits fondamentaux doivent être conformes aux critères de limitation prévue par la Convention. La Cour EDH a affirmé par la suite, dans son arrêt *Campbell et Fell*¹⁰², que «*la justice ne saurait s'arrêter à la porte des prisons*». «*Toutefois, il faut éviter la fiction selon laquelle le détenu jouit de ses droits «comme si» il était en liberté*»¹⁰³.

A cet égard, SMAERS note que les juridictions européennes appliquent un double standard: elles interprètent les droits absolus de manière limitative tandis que, inversement, en ce qui concerne

⁹⁶ MÜLLER (2003), p. 27.

⁹⁷ TCHEN (1997), p. 607.

⁹⁸ TRECHSEL (1990), p. 36.

⁹⁹ MALINVERNI (1984a), p. 79; BECHLIVANOU (1992), pp. 1609 ss; DE BECO (1995), p. 328; TULKENS F. (2002b), p. 30.

¹⁰⁰ Cour EDH, n° 9054/80, décision du 8 novembre 1982, D.R. 30, p. 113.

¹⁰¹ Cour EDH, *Golder c. Royaume-Uni*, n° 4451/70, arrêt du 21 février 1975, série A n° 18.

¹⁰² Cour EDH, *Campbell et Fell c. Royaume-Uni*, n° 7819/77; 7878/77, arrêt du 28 juin 1984, § 69, série A n° 30.

¹⁰³ TRECHSEL (1990), p. 37.

les droits à protection relative, les limitations doivent être interprétées largement¹⁰⁴.

TULKENS considère toutefois que depuis l'arrêt *Ploski c. Pologne*¹⁰⁵ du 12 novembre 2002, il n'est plus possible de n'effectuer aucune distinction au niveau des conditions de restriction apportée aux droits fondamentaux entre les détenus et les personnes libres. Dans cet arrêt, la Cour EDH constate que les restrictions prévues à l'article 8 CEDH s'appliquent également aux détenus et que l'application de celles-ci doit se faire de la même manière que pour tous les autres citoyens, c'est-à-dire être justifiable dans une société démocratique¹⁰⁶.

A notre avis, cette opinion se heurte aux conditions matérielles mêmes de la détention. Même s'il faut tendre dans toute la mesure du possible à traiter le détenu de la même manière que l'homme libre, ce serait faire preuve d'aveuglement que de nier certaines différences découlant du simple fait que le détenu est maintenu en un endroit contre sa volonté.

En droit suisse, dans un premier temps, il était admis que les personnes détenues, du fait de la privation de liberté, entraient dans un «rapport de droit spécial» avec les autorités, «un rapport de dépendance particulier» envers l'Etat¹⁰⁷, ou «rapport de sujétion spécial», se référant à des droits et des devoirs particuliers. Toutefois, le Tribunal fédéral, en faisant primer l'intérêt public sur l'intérêt individuel¹⁰⁸, a subordonné les restrictions de liberté au principe de l'intérêt public, atténuant les insuffisances du principe de légalité¹⁰⁹. Il a renoncé à exiger une base légale pour restreindre les droits fondamentaux des détenus¹¹⁰. Selon lui, du simple fait de la privation de liberté, le détenu entrerait dans ce qui justifierait que le principe de la légalité ne puisse pas être rigoureusement appliqué¹¹¹. Les limitations des droits des détenus découlaient donc

¹⁰⁴ SMAERS, p. 8, cité par TULKENS F. (2002b), p. 254.

¹⁰⁵ Cour EDH, *Ploski c. Pologne*, n°26761/95, arrêt du 12 novembre 2002.

¹⁰⁶ TULKENS F. (2002b), p. 254.

¹⁰⁷ ATF 68 I 78.

¹⁰⁸ ATF 98 Ib 301.

¹⁰⁹ GRISEL A., vol. I, (1984), p. 166.

¹¹⁰ GRISEL A., vol. I, (1984), p. 166.

¹¹¹ ATF 97 I 45, JdT I 1972 I 4.

directement «*du rapport de sujétion soit du but assigné à la privation de liberté pénale*»¹¹². Les personnes soumises à un tel rapport ne pouvaient dès lors plus se prévaloir utilement d'un droit ou d'un principe constitutionnel. Ainsi défini, le statut juridique du détenu était d'un rang inférieur.

Suite à un revirement de jurisprudence¹¹³, par l'arrêt MINELLI I¹¹⁴, revirement qui eut lieu en même temps que l'adoption de la première version des règles pénitentiaires européennes¹¹⁵, le Tribunal fédéral a abandonné sa jurisprudence d'alors qui s'inscrivait dans la droite ligne de la jurisprudence de l'ancienne Commission européenne des droits de l'Homme¹¹⁶.

Dans l'arrêt MINELLI I, pour des raisons reposant sur la conception même de l'Etat de droit, le Tribunal fédéral a très clairement précisé que le principe de légalité devait «*s'appliquer aux personnes qui sont liées à lui par un rapport de sujétion spécial en tous cas dans la même mesure qu'au citoyen ordinaire, précisément parce qu'elles se trouvent dans un rapport de dépendance*»¹¹⁷.

Le Tribunal fédéral a affirmé aussi le principe selon lequel il n'est ni nécessaire ni possible de réglementer d'une manière détaillée toutes les restrictions aux libertés. Cependant, il est indispensable de formuler «*le contenu le plus essentiel*»¹¹⁸ d'une telle restriction

¹¹² BAECHTOLD (2008), p. 201.

¹¹³ Le Tribunal fédéral a opté également pour un changement de terminologie en utilisant les termes de «rapports de droit particuliers». A cet égard voir MOOR (2002), p. 362.

¹¹⁴ ATF 99 Ia 262, JdT 1974 I 656.

¹¹⁵ Sur l'impact des Règles pénitentiaires européennes sur les activités des autorités, fédérale, cantonale, législative, administrative et judiciaire, cf. BOLLE (1987).

¹¹⁶ Même si le Tribunal fédéral s'est avéré revenir à son ancienne jurisprudence, dépassée par l'arrêt MINELLI, dans l'ATF 100 Ia 454, en considérant que «*les limitations à la liberté personnelle résultant du rapport de force particulier créé entre l'Etat et le détenu par l'incarcération ne nécessitent pas un fondement légal exprès, dans la mesure où elles ne vont pas au-delà de ce que le rapport de force exige et où elles sont justifiées par des raisons objectives*», il a tout de suite réaffirmé sa jurisprudence dans l'ATF 106 Ia 281 ss. A cet égard voir MÜLLER (2003), pp. 27 ss.

¹¹⁷ MALINVERNI (1984a), p. 81.

¹¹⁸ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER vol. II, (2006), p. 95.

dans un texte de caractère général. Toutefois, le Tribunal fédéral ne s'est pas prononcé de manière très claire sur ce contenu essentiel. En revanche, il a tout de même fixé des critères précis lorsqu'il s'agit de la sauvegarde des droits des détenus. Il affirme qu'il faut cependant formuler des conditions de détention aussi claires et précises qu'elles permettent au détenu ainsi qu'au personnel pénitentiaire - qui la plupart du temps ne bénéficie pas d'une formation juridique et pour cela a besoin de lignes directrices claires - de comprendre les conséquences de leur comportement dans un degré de conscience correspondant aux circonstances et qu'ils puissent adapter ainsi leur comportement¹¹⁹. Si une réglementation détaillée n'existe pas, l'examen du respect de la proportionnalité acquiert plus d'importance¹²⁰. En tout cas, ces éléments ne devaient pas laisser un pouvoir d'appréciation trop large à l'administration pénitentiaire¹²¹.

Toutefois, ce principe n'empêche pas les autorités de réglementer les mesures nécessaires au but de l'incarcération dans une loi au sens matériel¹²². En outre, les restrictions des libertés des détenus ne peuvent désormais aller au delà de ce qui est nécessaire à garantir le but de l'emprisonnement¹²³. Ces principes se voient confirmés à l'art. 74 du Code pénal suisse. Cette disposition prévoit que les restrictions de l'exercice des droits des détenus ne peuvent excéder la mesure requise par la privation de liberté et les exigences de la vie collective dans l'établissement.

Le Tribunal fédéral accorde une attention particulière aux droits des détenus et établit des règles d'interprétation détaillées en vue de les protéger¹²⁴.

En droit turc, le détenu, par la décision judiciaire, était soumis, jusqu'à l'entrée en vigueur de la Loi pénitentiaire n° 5275 sur

¹¹⁹ ATF 106 Ia 136, JdT 1981 IV 158; ATF 119 Ia 279; ATF 122 I 222; ATF 123 I 221; ATF 124 I 203.

¹²⁰ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER vol. II, (2006), p. 95 ainsi que la jurisprudence citée.

¹²¹ MÜLLER (2003), p. 60.

¹²² ATF 106 Ia 277 cons. 3.

¹²³ ATF 97 Ia 45, JdT 1972 I 4; ATF 99 Ia 62; ATF 118 Ia 64, JdT 2007 IV 43.

¹²⁴ MÜLLER (2003), p. 60.

l'exécution des peines et des mesures de sûreté¹²⁵, à un statut particulier, d'où résulte un rapport «d'administration à administré». Ce statut, toujours modifiable, ne donnait pas le droit à ses titulaires d'évoquer, à l'encontre de l'administration, aucun droit acquis au maintien de la situation antérieure¹²⁶. Cela eut pour conséquence que le détenu était assujéti à un rapport de droit spécial et en proie aux immenses prérogatives qu'exerce la puissance publique au sein de cette institution fermée qu'est la prison. La situation était donc semblable à celle que connaissait le droit suisse quand la théorie du rapport de sujétion spécial s'appliquait inconditionnellement.

Malgré les dispositions de la Constitution turque de 1982 qui exigent une loi formelle pour la limitation des droits fondamentaux, les dispositions concernant les éventuelles restrictions figuraient jusqu'à l'entrée en vigueur de la Loi pénitentiaire en 2005 dans des règlements ainsi que dans des décrets en Conseil d'Etat¹²⁷. La pratique s'est accommodée de cette situation, qui n'a curieusement jamais été contestée devant les tribunaux. Le cloisonnement étanche qui isolait la prison du monde extérieur et qui caractérisait si bien le droit pénitentiaire turc s'est perméabilisé progressivement par l'infiltration des conceptions européennes¹²⁸.

¹²⁵ Le motif général de la loi, évoqué par le législateur, est l'adaptation aux conceptions européennes. Voir www.ceza-bb.adalet.gov.tr/.

¹²⁶ ONAR (1966), p. 540.

¹²⁷ Le décret en Conseil d'Etat est un acte édicté par le Conseil des Ministres en vue de concrétiser l'application des lois conformément à la compétence accordée par l'art. 115 de la Constitution. Cette compétence est utilisée conjointement par le Conseil d'Etat qui examine et modifie, le cas échéant, le projet de décret qui lui est soumis pour un avis préalable. Après l'examen, le décret en Conseil d'Etat, signé par le Président de la République, est publié au Journal officiel. Même si la traduction en français de la Constitution fournie par le site internet de la Cour Constitutionnelle utilise pour ce type de réglementation le terme de «règlement d'administration publique», nous préférons employer le terme de «décret en Conseil d'Etat» utilisé en droit français qui correspond mieux à la nature de l'acte et notamment pour éviter le risque de confusion avec les règlements (yönetmelik- décrets simples) qui peuvent être édictés à leur tour par les entités administratives, tant par le Conseil des Ministres que par les ministres séparément en vertu de l'art. 124 de la Constitution.

¹²⁸ YENISEY (2001), p. 8.

Aux termes de l'art. 6 de la LEPM turque, une fois placés dans un établissement pénitentiaire, les détenus purgent leur peine conformément à la dignité humaine. Pour que les droits fondamentaux soient respectés dans le cadre de l'exécution des peines privatives de liberté, les établissements pénitentiaires doivent veiller à offrir des conditions de vie décentes. Des restrictions peuvent être toutefois apportées aux droits fondamentaux aux termes de ladite loi, tout en prenant en considération le but de l'exécution.

Or, la Constitution a fixé clairement, les règles selon lesquelles l'exercice des droits fondamentaux peut être limité par l'administration¹²⁹. Le pouvoir exécutif ne peut pas restreindre les droits fondamentaux sur la base d'un décret en Conseil d'Etat ou d'un règlement. En outre, le législateur ne peut pas prévoir de dispositions contraires à ces motifs.

Il y a cependant loin de la coupe aux lèvres. Par exemple, l'article 6 de la Loi pénitentiaire est en totale contradiction avec certaines dispositions de la Constitution. Aux termes de l'art. 20 de la Constitution de 1982, les restrictions au droit à la vie privée ne peuvent être apportées que par une décision judiciaire. L'expression «toute personne» utilisée dans le texte de l'art. 13 ainsi qu'à l'art. 20 de la Constitution de 1982¹³⁰ signifie que les détenus jouissent aussi de ce droit. Or, l'article 6 de la Loi pénitentiaire autorise l'administration à restreindre les droits fondamentaux en respectant les buts de la loi, ce qui constitue une violation flagrante de l'article 20 de la Constitution.

¹²⁹ TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU (2006), p. 123.

¹³⁰ Art. 20 de la Constitution de 1982 (modifié par la loi n° 4709 du 3.10.2001): *«Toute personne a le droit d'exiger le respect de sa vie privée et de sa vie familiale. Le secret de la vie privée et familiale est inviolable. Nul ne peut être fouillé sur sa personne ni dans ses papiers et effets personnels, et ceux-ci ne peuvent être saisis qu'en vertu d'une décision dûment rendue par un juge ou, dans les cas où un retard serait préjudiciable, en vertu d'un ordre écrit de l'autorité habilitée à cet effet par la loi, et en tout état de cause uniquement pour un ou plusieurs des motifs suivants: sauvegarder la sécurité nationale ou l'ordre public, empêcher la commission d'un délit, préserver la santé publique ou les bonnes mœurs, ou protéger les droits et libertés d'autrui. La décision de l'autorité compétente est soumise à l'approbation du juge dans les vingt-quatre heures. Le juge doit statuer dans les quarante-huit heures de la saisie, faute de quoi celle-ci est levée de plein droit».*

Ainsi, dans les ordres juridiques suisse et turc, les droits fondamentaux des personnes détenues liées à l'Etat par un rapport de droit spécial continuent d'être restreints dans la mesure où l'exige la privation de liberté ou la vie collective dans l'établissement pénitentiaire. La grande difficulté causée par cette approche classique des restrictions aux droits fondamentaux provient de ce qu'elle est avant tout centrée sur des cas concrets. Elle permet certainement de se prononcer sur une situation particulière vécue par un détenu particulier. Il est cependant délicat de l'utiliser pour établir des règles générales sur la gestion des prisons. On peut bien sûr partir de l'idée des droits fondamentaux du détenu moyen et examiner ensuite si d'éventuelles restrictions sont justifiables par un intérêt public et si elles sont proportionnées. Cette approche est cependant désincarnée, en ce sens qu'elle part d'une fiction («le détenu moyen») pour arriver à une hypothèse («le détenu moyen dont les droits sont restreints de manière adaptée»).

La recherche constante d'un équilibre entre la sécurité et l'exercice des droits des détenus n'est pas exclusivement un problème d'opportunité qu'il appartiendrait à l'administration pénitentiaire d'apprécier souverainement et sans contrôle. Le détenu est un individu vulnérable qui doit bénéficier d'une protection accrue liée à sa condition. L'administration pénitentiaire doit donc assurer sa mission de sécurité en veillant, en même temps, au respect de la dignité des êtres humains dont elle a la garde.

§ 2. Les sources légales du respect des droits des détenus et de leur exercice

I. Introduction

Les instruments internationaux et régionaux sur les droits de l'Homme visent aussi la sauvegarde des droits des personnes détenues directement ou indirectement. Même si leurs dispositions sur les personnes privées de liberté sont parfois «*marginales*»¹³¹, ils renforcent les droits fondamentaux des détenus.

Les textes sur les droits de l'Homme et les textes relatifs à la détention se réfèrent à deux niveaux distincts de règles. La première catégorie réunit en son sein des règles de portée juridique contraignante, la deuxième catégorie, celles sans portée contraignante qui illustrent les critères d'une exécution moderne des peines privatives de liberté.

En Suisse comme en Turquie, le droit de l'exécution des peines privatives de liberté s'interprète à la lumière de ces deux types de textes. En ce qui concerne l'intégration du droit international dans l'ordre juridique interne, les deux pays se réclament du système moniste. Autrement dit les engagements internationaux valablement adoptés et entrés en vigueur «*font partie intégrante de l'ordre juridique (...) sans qu'il soit nécessaire de les transformer par un acte de droit interne par un acte spécial*»¹³². Ainsi, le système moniste admet en général la primauté du droit international sur le droit interne. Les dispositions d'un instrument sur les droits de l'Homme, entrées en vigueur conformément aux dispositions de la Constitution, deviennent du droit interne.

La Constitution suisse de 1999 ne contient aucune disposition concernant l'intégration du droit international dans l'ordre juridique interne. Toutefois, le Tribunal fédéral, le Conseil fédéral

¹³¹ LARRALDE (1993), p. 57.

¹³² AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, vol. I, (2006), p. 456.

ainsi que la doctrine en la matière affirment que la Suisse adopte le système moniste¹³³.

Aux termes de l'art. 90 de la Constitution turque, la ratification des conventions conclues avec les Etats étrangers et les Organisations internationales au nom de la République de Turquie est subordonnée à la confirmation de leur ratification par la Grande Assemblée nationale de Turquie en vertu d'une loi. Les conventions internationales dûment mises en vigueur ont force de loi. Elles ne peuvent pas faire l'objet d'un recours en inconstitutionnalité devant la Cour constitutionnelle¹³⁴.

Les deux ordres juridiques connaissent aussi la primauté du droit international sur le droit interne en ce qui concerne les traités sur les droits de l'homme.

En droit suisse, cette primauté de la norme internationale découle du principe du respect du droit international prévu à l'art 5 al. 4 de la Constitution suisse¹³⁵. En ce qui concerne la CEDH, il est possible d'en déduire la primauté sur toute la législation fédérale¹³⁶.

En revanche, l'art. 5 al. 4 n'indique pas comment résoudre le cas échéant un conflit entre une norme de droit international et une norme de droit interne¹³⁷. A cet égard, le Tribunal fédéral avait admis que le législateur suisse conservait la faculté de déroger intentionnellement au principe de la primauté du droit international, pour sauvegarder en pratique certains intérêts

¹³³ A ce sujet, voir notamment MAHON in AUBERT/MAHON (2003), p. 47; KRAFFT (1985), p. 20. Voir aussi ATF 130 I 312 cons. 4.1. JAAC n° 58, n° 132 p. 816. Voir en outre les Rapports entre le droit international et le droit interne au sein de l'ordre juridique suisse, publication commune de l'Office fédéral de la Justice et de la Direction du droit international public du 26 avril 1989, JAAC 53 n° 54 (a) p. 446; FF 1997 I 136.

¹³⁴ Voir notamment YILDIRIM (1997), p. 34.

¹³⁵ Cf. ATF 122 II 234, JdT 1997 I 556 (rés.); ATF 130 I 312 cons. 4.1; ROUILLER (1995), pp. 248-256.

¹³⁶ ATF 125 II 417; SJ 2000 p. 202 (rés.); ATF 128 IV 201, JdT 2005 IV 57 cons. 1.3. Voir en outre JACOT-GUILLARMOD (1985), pp. 383-428.

¹³⁷ FF 1997 I 136.

essentiels¹³⁸. Néanmoins dans un arrêt rendu le 26 juillet 1999, le Tribunal fédéral observe qu'il est impossible d'appliquer simultanément un traité et une loi qui lui est contraire¹³⁹. Selon le TF, outre à l'art. 5 al. 4 de la Constitution fédérale on doit recourir aux principes généraux reconnus du droit international coutumier qui lient la Suisse et au droit conventionnel en vigueur, soit les articles 26 et 27 de la Convention de Vienne¹⁴⁰. Cela a amené la juridiction suprême à faire primer un accord international concernant le droit de fond sur le droit national qui lui était contraire, quand bien même ce dernier aurait été postérieur au texte international en question¹⁴¹.

Selon l'art. 90 de la Constitution turque, *«les instruments internationaux sur les droits de l'Homme ont la primauté sur la législation nationale. En cas de conflit entre des dispositions d'un tel instrument avec la législation, les dispositions du traité prévalent»*.

Cependant, dans ces deux pays, la possibilité offerte aux citoyens d'invoquer les instruments internationaux est limitée à ceux qui leur confèrent directement des droits¹⁴². Dès lors, il est peu probable qu'un recours soit déclaré recevable si, d'aventure, le recourant se borne à invoquer uniquement des règles de la seconde catégorie. Par contre, rien n'interdit de les utiliser pour interpréter d'autres notions à portée contraignante, ce que le Tribunal fédéral suisse et les tribunaux turcs ne se sont pas privés de faire.

¹³⁸ ATF 99 Ib 39, Schubert ; la jurisprudence du Tribunal fédéral avait confirmé ce principe, voir ATF 111 V 201 ; ATF 112 II 1, JdT 1986 I 633 ; ATF 116 IV 262, JdT 1993 IV 12 ; ATF 117 IV 124, JdT 1993 IV 189. FF 1997 I 137.

¹³⁹ ATF 125 II 417.

¹⁴⁰ MACH (2002), p. 339.

¹⁴¹ ATF 133V 367.

¹⁴² TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU (2006), pp. 473 ss; ATF 118 Ia 112, JdT 1994 I 145 (rés.); ATF 124 III 90; ATF 124 IV 23, JdT 2000 IV 145; ATF 125 III 277, JdT 2000 I 240 et ATF 126 I 240, JdT 2002 I 262.

II. Une efficacité limitée au niveau international

A. Les règles de portée contraignante

Au niveau international, deux textes internationaux, élaborés sous l'égide de l'Organisation des Nations Unies¹⁴³, le Pacte ONU II¹⁴⁴ et son Protocole facultatif¹⁴⁵, ainsi que la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants¹⁴⁶ prennent en considération le besoin accru de protection du détenu. Nous allons les examiner ci-après.

1. Le Pacte ONU II

1.1. La portée du Pacte ONU II

L'art. 10 du Pacte ONU II impose aux Etats parties une obligation positive en faveur des détenus particulièrement vulnérables du fait de la privation de liberté. L'interdiction de la torture et des autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants prévue à l'art. 7 du Pacte ONU II complète cette obligation. Ainsi, les

¹⁴³ Pour le rôle de l'ONU dans l'élaboration des standards minima en prison, cf. BOULOUKOS/DAMMANN (2001).

¹⁴⁴ Adopté par l'Assemblée générale de l'ONU le 16 décembre 1966 et entré en vigueur le 23 mars 1976. Entré en vigueur pour la Suisse le 18 septembre 1992 (RS 0.103.2), pour la Turquie, par la publication de la loi n° 4868 sur la confirmation de la ratification du Pacte international relatif aux droits civils et politiques dans le R.G. n° 25412, du 18 juin 2003.

¹⁴⁵ Adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies le 16 décembre 1976, entré en vigueur le 23 mars 1976. Entré en vigueur pour la Turquie par la publication de la loi n° 5468 sur la confirmation de la ratification du Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques dans le R.G. n° 26111 du 17 mars 2006. La Suisse n'a pas encore ratifié ce protocole facultatif. Dans le rapport du Conseil fédéral du 1er mars 2000 sur la planification de la législature de 1999-2003, on trouve la volonté de soumettre au parlement un message pour la ratification de ce Protocole facultatif.

¹⁴⁶ Adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 10 décembre 1984. Entrée en vigueur pour la Suisse le 26 juin 1987 (RS 0.105), pour la Turquie par la publication de la loi n° 3441 sur la confirmation de la ratification de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants dans le R.G. n° 19895, du 10 août 1988.

personnes privées de leur liberté non seulement ne peuvent être soumises à un traitement contraire à l'art. 7, mais encore ne doivent pas subir de privations ou de contraintes autres que celles qui sont inhérentes à l'incarcération. Le Pacte ONU II contient donc des dispositions parfaitement adaptées à la situation des détenus, vu que contrairement à la CEDH leur statut y fait l'objet d'une réglementation particulière.

1.2. L'applicabilité directe du Pacte ONU II

L'applicabilité directe du Pacte ONU II en droit interne est reconnue en droit suisse¹⁴⁷ et en droit turc.

En droit suisse, le Conseil fédéral estime que certaines dispositions du Pacte ne peuvent être invoquées directement devant les tribunaux suisses, que *«dans la mesure où celles-ci, considérées dans leur contexte et à la lumière tant de l'objet que du but du Pacte, sont inconditionnelles et suffisamment précises pour produire un effet direct et s'appliquer comme telles à un cas d'espèce, et constituer le fondement d'une décision concrète»*¹⁴⁸. Cette approche, conforme au système général du droit suisse, est assez restrictive et devrait, dans la majorité des cas, aboutir à ce que les dispositions du Pacte ONU II ne puissent pas être invoquées devant les tribunaux suisses. Tel n'est pas l'opinion du Tribunal fédéral qui a assimilé très vite le Pacte ONU II à la CEDH en *«étendant la présomption d'applicabilité directe»*¹⁴⁹.

Le Tribunal fédéral, dans le domaine de l'exécution des peines, a utilisé expressément comme norme interprétative le Pacte et son article 10¹⁵⁰. On peut dès lors considérer que le Pacte possède un effet limité, parce qu'indirect, à tout le moins en matière d'exécution des peines.

¹⁴⁷ Pour l'applicabilité du Pacte ONU II en droit suisse voir MALINVERNI (1997); DE VRIES REILINGH (1998).

¹⁴⁸ FF 1991 I 1142.

¹⁴⁹ DE VRIES REILINGH (1998), p. 140.

¹⁵⁰ ATF 123 I 221 cons. II/1; ATF 122 I 222 cons. 2, JdT 1998 IV 125 (rés.).

Aux termes de l'art. 90 de la Constitution turque le Pacte a un effet direct en droit interne turc¹⁵¹. Le fait que le Pacte ait été ratifié récemment a pour conséquence qu'on ne rencontre pas encore de jurisprudence permettant de tirer certaines conséquences de cette applicabilité directe.

1.3. Les mécanismes de contrôle

Le contrôle de l'application du Pacte ONU II par les Etats parties s'effectue par le biais du Comité des droits de l'homme (CDH) institué par le Pacte même¹⁵². L'article 1^{er} du Protocole facultatif accorde au CDH la compétence de recevoir et d'examiner des griefs concernant d'éventuelles atteintes aux droits énoncés dans le Pacte. La communication individuelle peut être soumise au CDH par un ou plusieurs particuliers¹⁵³ relevant de la juridiction¹⁵⁴ d'un Etat contractant après l'épuisement des voies de recours internes. Le Comité constate les éventuelles violations des droits fondamentaux et indique à l'Etat les mesures nécessaires qu'il doit prendre pour se conformer au Pacte.

Malgré l'absence de caractère juridique obligatoire des décisions du CDH, le mécanisme de contrôle n'est pas dépourvu d'efficacité. Le catalogue des droits du Pacte ainsi que la jurisprudence en la matière offrent au juge national «*un repère pour sanctionner les abus*»¹⁵⁵. Tel est le cas dans le domaine de l'exécution des peines privatives de liberté: se penchant sur les conditions sanitaires des prisons, le Comité a dressé une liste des éléments d'une détention conforme au Pacte¹⁵⁶.

¹⁵¹ Voir supra p. 31.

¹⁵² SUDRE (2008), p. 758.

¹⁵³ La notion de victime a été considérablement élargie à l'instar de la jurisprudence de la Cour EDH. L'auteur d'une communication doit en principe se prétendre personnellement et effectivement victime d'une violation et avoir un intérêt personnel à agir. Toute personne sujette à la juridiction de l'Etat partie peut déposer une plainte écrite auprès du CDH.

¹⁵⁴ Selon le CDH, la juridiction doit être comprise au sens large. Elle ne se limite pas au territoire national de l'Etat. Cf. *Lopez Burgos c. Uruguay*, décision du 29 juillet 1981.

¹⁵⁵ ERGEC (2006), p. 49.

¹⁵⁶ KOLB (2004), p. 258.

Le droit suisse et le droit turc diffèrent également en ce qui concerne l'admission des requêtes individuelles au CDH institué par le Pacte ONU II. En droit suisse, le détenu ne bénéficie pas du mécanisme instauré par le protocole facultatif. Par contre, en droit turc, il peut dénoncer la violation des droits énoncés dans le Pacte, par l'intermédiaire du système de protection¹⁵⁷.

Outre la requête individuelle, il existe un contrôle administratif qui s'effectue par le biais des rapports. En vertu de l'art. 40 du Pacte ONU II, tous les États parties sont tenus de présenter au Comité, à intervalles réguliers¹⁵⁸, des rapports sur la mise en œuvre des droits consacrés par le Pacte.

Le système du rapport dépend largement du degré de coopération des États. De plus, l'individu n'a aucun droit d'action dans le cadre du mécanisme des rapports étatiques, contrairement à l'autre procédure de contrôle instituée par les instruments avec force contraignante, celle des requêtes individuelles.

¹⁵⁷ Dans la mesure où joue la déclaration de réserve faite par la Turquie à l'art. 5 §2 (a) au moment de la ratification. Selon cette réserve, la compétence du Comité des droits de l'Homme des Nations Unies ne porterait pas sur la faculté de recevoir et d'examiner des requêtes individuelles relatives à des affaires qui sont en train d'être, ou ont déjà été examinées dans une autre procédure. Elle sera limitée en outre, à des violations alléguées qui résultent des actes, des omissions, des développements ou des événements qui peuvent se produire dans les frontières nationales du territoire de la République turque après la date d'entrée en vigueur dudit protocole ou d'une décision concernant les actes, les omissions, les développements ou les événements qui peuvent se produire pour la République turque, après la date d'entrée en vigueur. Le Protocole ne s'appliquera pas non plus aux communications à des droits autres que ceux qui sont garantis par le Pacte. Ces réserves sont conformes à la Résolution (70) 17 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe qui envisage de résoudre des problèmes liés à la coexistence ou à la concurrence des procédures prévues par le Pacte et la CEDH.

¹⁵⁸ Un rapport doit être présenté pour la première fois dans un délai d'un an après l'entrée en vigueur du Pacte pour l'État intéressé et ensuite des rapports sont présentés tous les cinq ans. En outre, les États doivent fournir un rapport chaque fois que le Comité en fait la demande.

2. La Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants adoptée le 10 décembre 1984

Sur le plan international, le deuxième instrument à portée contraignante est la Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants adoptée le 10 décembre 1984.

2.1. La détention et les mauvais traitements

L'intérêt majeur pour la personne incarcérée est - hormis la définition à l'art. 1^{er} d'une manière précise de ce qui constitue la torture - que l'art. 11 exige que les Etats partie exercent *«une surveillance systématique sur les règles, instructions, méthodes et pratiques d'interrogatoire et sur les dispositions concernant (...) [les personnes] emprisonnées (...) en vue d'éviter tout cas de torture»*.

A cette disposition, s'ajoutent encore deux autres dispositions préventives: en vertu de l'art. 2 de la Convention, afin d'empêcher les actes de torture, les Etats doivent prendre toutes les mesures administratives, législatives et judiciaires et ils doivent incriminer la torture dans leur droit pénal au titre de l'art. 4.

2.2. Les mécanismes de contrôle

A côté de ces dispositions d'ordre préventif, la Convention instaure un Comité contre la torture à son art. 17, qui a les compétences les plus larges parmi d'autres organes de contrôle de Nations Unies¹⁵⁹. Le Comité a le pouvoir d'examiner les rapports présentés par les Etats, de recevoir les requêtes étatiques, ainsi que les allégations individuelles après épuisement des voies de recours internes, dans

¹⁵⁹ SUDRE (2008), p. 311.

la mesure où l'Etat en question reconnaît la compétence du Comité¹⁶⁰.

En dehors de ces deux systèmes de plainte, il existe un mécanisme d'enquête. Le Comité peut faire des enquêtes de sa propre initiative quand des renseignements au sujet d'un ou plusieurs cas de torture lui paraissent crédibles. Cela s'avère particulièrement important lorsqu'il s'agit des conditions de détention dans un établissement pénitentiaire¹⁶¹.

Le système des visites est destiné à intervenir suite au constat d'un acte de torture. Il est complété par un protocole facultatif¹⁶², adopté le 18 décembre 2002, prévoyant un système de visites régulières des lieux de détention, exercé par un sous-comité international et par des organes nationaux. Ce protocole est entré en vigueur le 22 juin 2006. Il oblige les Etats contractants à établir, désigner ou maintenir des mécanismes nationaux de prévention qui auront notamment la compétence nécessaire pour effectuer des visites des lieux où une peine privative de liberté est exécutée. Les visites ne dépendent pas du consentement de l'Etat qui ne peut pas non plus se défendre en invoquant l'état d'urgence, aux termes de l'art. 16 du Protocole.

Les Etats sont donc libres de choisir de créer entièrement un mécanisme nouveau, ou de désigner un mécanisme préexistant.

¹⁶⁰ Art. 18 à 22.

¹⁶¹ Cette procédure a été appliquée pour la première fois à l'encontre de la Turquie. A l'issue de l'enquête, qui a été menée entre avril 1990 et octobre 1992, le Comité a publié le compte rendu des résultats des travaux le 9 novembre 1993 dans lequel il a constaté une pratique systématique de la torture. En ce qui concerne les établissements pénitentiaires, il a recommandé au gouvernement turc de prendre les mesures nécessaires en vue de résoudre le problème de la surpopulation pénitentiaire, la construction de nouveaux bâtiments, ainsi que l'amélioration des conditions de détention. Pour le compte-rendu de l'enquête, ainsi que la réponse du gouvernement, voir *Revue universelle des droits de l'Homme* (1994), pp. 304-310.

¹⁶² Un projet d'arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre du Protocole facultatif se rapportant à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants a été remis au Parlement le 8 décembre 2006. Le Protocole fera l'objet d'une ratification ultérieure, voir FF 2007 283. En outre, le Conseil fédéral a proposé un projet de loi fédérale sur la commission nationale de torture, voir FF 2004 1087 ss. La Turquie a signé le Protocole le 14 septembre 2005 mais ne l'a pas ratifié jusqu'à ce jour.

Certains pourraient préférer un mécanisme unique, contrairement à d'autres qui désigneront une multitude de mécanismes sur des bases thématiques ou géographiques. Aucune de ces solutions n'est limitative ni exclusive l'une de l'autre. La désignation de mécanismes multiples pose des questions relatives d'une part à la coordination entre les différents mécanismes et d'autre part aux relations avec le Sous-comité de la prévention.

Ce «premier» Sous-comité aura un rôle important à jouer dans la mesure où l'interprétation qu'il fera de son mandat aura une incidence considérable sur son fonctionnement futur¹⁶³.

Le Conseil fédéral a adopté un projet, en accord avec les cantons, en vue de créer une Commission fédérale de prévention de la torture en tant que «mécanisme national de prévention». La Commission se composera de douze membres nommés pour quatre ans dont les tâches et les compétences sont largement déterminées par les dispositions du Protocole facultatif. Cette commission aura un droit inconditionnel de visiter tous les lieux, y compris leurs installations et équipements, où pourraient se trouver des personnes privées de liberté¹⁶⁴.

B. Les règles de portée juridique non contraignante¹⁶⁵

Les efforts conjugués depuis le milieu du dix-neuvième siècle par les Congrès pénitentiaires internationaux ainsi que par la Commission internationale pénale et pénitentiaire au début du vingtième siècle ont permis d'établir un corpus de règles sur la reconnaissance des droits des personnes incarcérées¹⁶⁶. La première mouture des règles minima de traitement pour les détenus

¹⁶³ DELAPLACE (2007), p. 4.

¹⁶⁴ Message relatif à un projet d'arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre du Protocole facultatif se rapportant à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. FF 2007 261.

¹⁶⁵ Ces textes souvent désignés sous le terme de «soft law» existent tant au niveau international qu'au niveau européen. A ce propos voir LARRALDE (1996), pp.189 ss.

¹⁶⁶ LANDREVILLE (1973), p. 154; LARRALDE (1993), p. 57.

qui comportait cinquante-cinq règles fut adoptée par la Société des Nations en 1934¹⁶⁷.

Dès la fin de la deuxième guerre mondiale, face à la nécessité d'encore mieux protéger les droits des personnes détenues, ces règles ont été reprises et révisées par l'Organisation des Nations Unies. Ainsi naquit l'Ensemble des règles minima pour le traitement des détenus de 1955¹⁶⁸.

Il s'agit d'un texte «à vocation universelle»¹⁶⁹ qui, pour la première fois, s'intéresse au statut du détenu ainsi qu'à la protection de ses droits fondamentaux et de sa dignité¹⁷⁰. La plus grande partie des règles vise à rendre les conditions de détention décentes et à promouvoir le traitement pénitentiaire. Les règles considèrent que dans tout prisonnier, on retrouve les trois aspects fondamentaux de la personne: l'homme, le détenu, le citoyen¹⁷¹.

Cet ensemble de quatre-vingt quinze règles se compose de deux parties distinctes. La première partie des règles contient des dispositions sur les conditions de détention ainsi que sur l'administration générale des établissements pénitentiaires. Ces principes généraux sont applicables à toute personne privée de liberté¹⁷². La deuxième partie des Règles est applicable à des catégories spéciales telles que les condamnés, les détenus aliénés et anormaux, les personnes en détention préventive et les personnes subissant la contrainte par corps à raison de leurs dettes.

¹⁶⁷ Le projet de la Commission internationale pénale et pénitentiaire, qui a pour objet de reconnaître un minimum de droits aux personnes privées de liberté, établi en 1926, fut adopté par la Commission en 1929, et approuvé par la Société des Nations en 1934. Pour l'historique des règles de la Société des Nations, voir CORNIL (1968), pp. 3-16.

¹⁶⁸ Adopté par le premier Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants, tenu à Genève en août 1955 et approuvé par le Conseil économique et social dans ses résolutions 663 C (XXIV) du 31 juillet 1957 et 2076 (LXII) du 13 mai 1977.

¹⁶⁹ BOLLE (1992), p. 452

¹⁷⁰ LANDREVILLE (1973), p. 154; BOLLE (1992), p. 454.

¹⁷¹ VERNET (1967), p. 616

¹⁷² Règle 4. 1): «La première partie de l'Ensemble de règles traite des règles concernant l'administration générale des établissements pénitentiaires et est applicable à toutes les catégories de détenus, criminels ou civils, prévenus ou condamnés, y compris les détenus faisant l'objet d'une mesure de sûreté ou d'une mesure rééducative ordonnée par le juge».

Les principes concernant les condamnés ne soulignent que les caractéristiques essentielles de la peine et du but de l'emprisonnement en affirmant qu'il s'agit de la séparation du délinquant du monde extérieur. Par conséquent, «*le système pénitentiaire ne doit pas aggraver les souffrances inhérentes à une telle situation*»¹⁷³. Quant au but de la peine qui tend à la protection de la société, il ne sera atteint qu'avec la resocialisation du détenu. Un effort particulier doit être fait par les Etats afin d'assurer cette resocialisation.

Formulées sous forme de résolution, dépourvues de portée contraignante, les règles minima onusiennes contiennent des lacunes et ne reflètent pas les conséquences du développement qui s'est produit dans le domaine pénitentiaire depuis leur adoption en 1955. D'ailleurs plusieurs résolutions adoptées au cours des Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et la justice pénale ont fait état de la nécessité pressante de réviser les règles minima onusiennes. A réitérées reprises, il fut en vain recommandé d'examiner à nouveau leur pertinence afin d'accroître le seuil de protection d'une manière qui soit conforme à la philosophie se dégageant de la DUDH¹⁷⁴. Seul un examen complet des règles permettrait de renforcer leur effet. Ce processus servirait à fournir une base solide pour interpréter et mettre en application les règles en accord avec le souci de longue date de l'ONU à l'égard de la dignité humaine et du développement de la personne humaine.

L'Ensemble des règles minima fut le centre de débats du sixième Congrès tenu en 1980 à Caracas, du septième Congrès tenu en 1985, du neuvième Congrès tenu au Caire en 1995, et enfin il fit l'objet d'une Résolution du onzième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et la justice pénale qui s'est tenue à Bangkok entre le 18 et le 25 avril 2005. A l'issue du Congrès, il a été recommandé que «*la Commission pour la prévention du crime et la justice pénale envisage d'examiner la pertinence des règles et des normes relatives à la gestion des prisons et au traitement des détenus*»¹⁷⁵.

¹⁷³ Règle 57 de l'Ensemble des règles minima de l'ONU de 1955.

¹⁷⁴ NEALE (1987), p. 200.

¹⁷⁵ Rapport du onzième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et la justice pénale (2005). A/CONF.203/18.

Malgré leur efficacité limitée, l'Ensemble des règles minima constitue aujourd'hui toujours le «*socle fondateur*»¹⁷⁶ du droit pénitentiaire. Elles représentent un catalogue de conditions minimales¹⁷⁷ au dessous desquelles les réglementations nationales ne devraient pas aller¹⁷⁸. Il incombe aux autorités nationales de construire sur la base de cette infrastructure incontournable une superstructure nécessaire à l'exécution des peines.

III. Une plus grande efficacité au niveau européen

A. Le rôle moteur du juge

Au niveau régional, sur le plan européen, la CEDH¹⁷⁹, la Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants et la Convention sur le transfèrement des personnes condamnées sont les textes à caractère juridique contraignant.

La CEDH, contrairement au Pacte ONU II, ne contient aucune disposition spécifique relative aux droits des personnes incarcérées¹⁸⁰ sauf réserve de la disposition générale de l'art. 5. La CEDH ne contient pas en outre un catalogue complet des droits de l'Homme, car il y manque surtout les droits et libertés de deuxième génération. Or, certains d'entre eux, tel que le droit à l'éducation ou le droit à la santé ont des répercussions particulières dans la vie

¹⁷⁶ QUERO (2004), p. 329.

¹⁷⁷ Toutefois, la règle 2 de l'Ensemble des règles semble être en contradiction avec le caractère minimum du texte. Selon cet article, la diversité «*des conditions juridiques, sociales, économiques et géographiques*» constitue un obstacle à l'application des règles en «*tout lieu et en tout temps*».

¹⁷⁸ BOLLE (1992), p. 453.

¹⁷⁹ Entrée en vigueur pour la Suisse le 28 novembre 1974 (RS0. 0.101), pour la Turquie, par la publication de la loi n° 6366 sur la confirmation de la ratification de la Convention européenne des droits de l'Homme dans le R.G. n° 19895, du 18 mai 1954. La Turquie a reconnu la juridiction obligatoire de la Cour EDH le 22 janvier 1990.

¹⁸⁰ Sur l'hypothèse d'une disposition spécifique aux détenus dans la CEDH, voir DAGA (1990), pp. 73 ss; SPIELMANN (2000), pp. 783-784.

en prison dans la mesure où les prisonniers sont totalement dépendants de l'autorité pénitentiaire sur ce point¹⁸¹.

Cette lacune a été comblée par le biais du mécanisme de protection instauré¹⁸² par la CEDH d'une manière qui se démarque des règles classiques du droit international¹⁸³. Dans une décision antérieure au Pacte, l'AComm. EDH a souligné que «*même si un requérant se trouve détenu en exécution d'une condamnation qui lui a été infligée en raison de crimes perpétrés au mépris des droits les plus élémentaires de la personne humaine, cette circonstance ne le prive cependant point de la garantie des droits et libertés définis dans la Convention européenne des droits de l'Homme*»¹⁸⁴. Cette position a été reprise par la Cour EDH dans l'arrêt *Golder c. Royaume Uni*¹⁸⁵.

La philosophie humaniste qui se dégage de cette jurisprudence a voulu empêcher que l'exécution des peines s'enferme dans des cadres nationaux trop rigides.

Les conditions de détention ne pouvaient cependant faire l'objet d'un examen que dans la mesure où elles entraînaient une violation directe d'un droit garanti par la CEDH¹⁸⁶. Ceci avait pour

¹⁸¹ LIVINGSTONE (2000), p. 312.

¹⁸² Dans un rapport, la Direction des droits de l'Homme du Conseil de l'Europe affirme qu'à défaut d'une disposition spécifique sur le traitement du détenu, les organes de Strasbourg ont quand même de «*nombreuses possibilités d'examiner les conditions de détention*». Voir, Les conditions de détention (1981), p. 2.

¹⁸³ Le mécanisme de contrôle instauré par la CEDH est un mécanisme supranational. La Cour EDH est chargée d'examiner la mise en œuvre des garanties de la Convention par le biais de requêtes individuelles qui donnent aux requérants le statut de sujet du droit international. Les arrêts de la Cour, rendus à l'issue d'une procédure contradictoire, ont force obligatoire pour l'Etat à l'encontre duquel la décision a été rendue. Toutefois, même si cet arrêt ne lie pas les autres Etats contractants, il les incite à prendre des mesures nécessaires dans leur ordre juridique, afin d'empêcher les procédures sur le même sujet qui pourraient être dirigées contre eux. La Cour peut également accorder une satisfaction équitable et peut décider, le cas échéant, de radier l'affaire du rôle si un règlement amiable respectueux des droits de l'Homme est intervenu entre les parties.

¹⁸⁴ AComm. EDH, *Ilse Koch. c. RFA*, décision précitée.

¹⁸⁵ «*La Cour n'a pas à échafauder une théorie générale des limitations admissibles dans le cas de condamnés détenus*», Cour EDH, *Golder c. Royaume Uni*, arrêt précité, § 39.

¹⁸⁶ LAMBERT (1998), p. 292; Les conditions de détention (1981), p. 5.

conséquence que la Commission admettait toute une série de restrictions implicitement liées au statut de détenu, avec pour conséquence inévitable le rejet systématique des requêtes qui lui étaient adressées. La Cour EDH entendit y remédier par une interprétation dynamique et évolutive du texte de la Convention et adopta une interprétation élargie du champ d'application de l'article 3 en retenant que des conditions de détention inadmissibles constituaient une violation de cet article. Le juge européen a joué ainsi un rôle important en matière pénitentiaire en instituant une protection «*par ricochet*»¹⁸⁷ des droits du détenu¹⁸⁸.

Depuis l'arrêt *Kudla c. Pologne*¹⁸⁹ du 26 octobre 2000, la Cour EDH s'attache désormais à l'impact moral des mesures prises par les autorités pénitentiaires, sans nécessairement en rechercher les effets physiques ou psychiques sur le détenu. Elle exerce un examen méticuleux des conditions de détention, et apprécie les actions entreprises par les autorités pour les améliorer. Depuis, ce principe a été confirmé à plusieurs reprises par la Cour EDH¹⁹⁰.

Désormais, la Cour EDH va au delà de la protection par ricochet,

¹⁸⁷ COHEN-JONATHAN (1989), p. 84.

¹⁸⁸ Selon certains auteurs, il serait indispensable d'introduire au sein de la Convention une disposition concernant expressément le traitement pénitentiaire (à l'instar de l'art 10 du Pacte ONU II). Ceci permettrait aux détenus de porter devant la Cour EDH leurs griefs relatifs aux conditions matérielles d'incarcération déficientes. Les promoteurs de cette réforme soulignent que ceci permettrait de donner un fondement juridique incontestable à la jurisprudence européenne dépassant la protection «*par ricochet*» de la Convention dont jouissent les détenus pour une partie importante de leurs droits. En raison de ces difficultés, d'autres auteurs ont imaginé une réforme plus restreinte, mais peut-être plus réaliste quant à son application effective. Pour eux, il serait indispensable d'introduire au sein de la Convention une disposition concernant expressément le traitement pénitentiaire (à l'instar de l'art 10 du Pacte ONU II). Voir SPIELMANN (2000), pp. 783 ss; SUDRE (2004), p 107. Nous estimons qu'il s'agit d'un faux débat puisque la Cour EDH étend la protection de l'art. 3 aux détenus.

¹⁸⁹ Cour EDH, *Kudla c. Pologne*, n° 390210/96, arrêt du 26 octobre 2000.

¹⁹⁰ Cour EDH, *Peers c. Grèce*, n° 28524/95, arrêt du 6 mars 2001, CEDH 2001-III, et Cour EDH, *Dougoz c. Grèce*, n° 40907/98, arrêt du 6 mars 2001, CEDH 2001-II; Cour EDH, *Valasinas c. Lituanie*, n° 390210/96, arrêt du 3 avril 2001, CEDH 2001-VIII; Cour EDH, *Keenan contre Royaume-Uni*, n° 27229/95, arrêt du 7 juin 2001; Cour EDH, *Papon c. France*, n° 54210/00, arrêt du 25 juillet 2002, Recueil des arrêts et décisions 2002-VII; Cour EDH, *Moussel c. France*, n° 67263/01, arrêt du 14 novembre 2002, CEDH 2002-IX.

puisque le fait de ne pas être détenu dans des conditions décentes viole directement la Convention.

Ce contrôle exercé par la Cour est important pour les détenus dans la mesure où ils peuvent ainsi remédier à des voies de recours internes insuffisantes ou défectueuses. Il est d'autant plus important quand l'ordre juridique national ne présente pas de recours effectif¹⁹¹. La requête individuelle constitue en quelque sorte un contrepoids en faveur du détenu au pouvoir de l'administration à son encontre.

Pourtant, l'accès à cette juridiction n'est pas aisé pour le détenu¹⁹², ceci notamment en raison du principe de «*subsidiarité*»¹⁹³ qui caractérise le rôle de la Cour EDH par rapport aux autorités nationales. Cette condition de recevabilité implique que les détenus doivent d'abord épuiser les voies de recours internes¹⁹⁴ avant de saisir la Cour. En outre, la Cour EDH considère que la diversité des systèmes et pratiques juridiques justifie que les Etats contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer les mesures destinées à assurer la reconnaissance des droits garantis par la CEDH. Il existe à cet égard différentes manières de garantir un droit de la CEDH et même s'il existe une limite inférieure que les Etats ne peuvent franchir, la Cour EDH n'interdit pas d'entrée de cause que des différences quant au degré de protection puissent exister. A cela s'ajoutent encore des obstacles sociaux-culturels liés au degré de connaissance que les détenus ont des mécanismes de protection¹⁹⁵.

N'oublions pas que la Cour EDH interprète la CEDH de manière autonome, c'est-à-dire qu'elle peut qualifier les problèmes juridiques qui lui sont soumis selon son interprétation de la CEDH et non selon les droits nationaux. Cette indépendance a ses limites.

¹⁹¹ LIVINGSTONE (2000), p. 313.

¹⁹² TULKENS F. (2002a), p. 277.

¹⁹³ Sur le principe de subsidiarité, cf. notamment, PASTOR RIDRUEJO (2005).

¹⁹⁴ Selon la Cour EDH, certaines circonstances particulières dispensent le requérant de l'obligation d'épuiser les recours internes. Voir entre autres, Cour EDH, *Vernillo c. France*, n° 11889/85, arrêt du 20 février 1991, série A n° 198; Cour EDH, *X. c. France*, n° 18020/91, arrêt du 31 mars 1992, série A n° 234-C; *Akdivar c. Turquie*, arrêt du 16 septembre 1996, Recueil des arrêts et des décisions 1996-IV.

¹⁹⁵ TRECHSEL (1990), p. 37.

Tout d'abord sur le plan philosophique, car les instances de prévention et les organes du Conseil de l'Europe produisent des recommandations, certes sans pouvoir de contrainte, mais que la Cour peut difficilement ignorer. Ainsi, la Cour EDH interprète la CEDH avec une grande prudence lorsqu'il existe d'autres instruments sur le même sujet élaborés au sein du Conseil de l'Europe, car, constate TULKENS, «*si la Cour avance de manière solitaire et aveugle, les Etats résistent et rien n'avance*»¹⁹⁶.

Nous n'allons pas d'ores et déjà entrer dans le détail de la jurisprudence de la Cour EDH, car nous aurons l'occasion de le faire dans la partie consacrée à l'analyse des droits fondamentaux des détenus. Il est cependant important de remarquer dès maintenant que celle-ci a une influence certaine sur l'état du droit au niveau national.

B. La volonté d'harmonisation par le biais des normes de référence

Sur le plan européen, la volonté d'harmoniser les politiques pénitentiaires des États membres du Conseil de l'Europe en établissant des normes pénitentiaires relatives aux conditions de détention et au traitement des détenus remonte à l'adoption par le Conseil de l'Europe de la «*Résolution (73) 5 relative à l'ensemble des Règles minima pour le traitement des détenus*» le 19 janvier 1973. Ces normes ne sont pas le fruit d'une réflexion originale¹⁹⁷ mais sont une version adaptée à la situation européenne de l'Ensemble de règles minima des Nations Unies pour le traitement des détenus de 1955.

Pour se conformer aux besoins et évolutions dans le domaine, les règles ont été révisées. Le 12 février 1987 le Conseil des ministres adopta la Recommandation R(87)3 contenant les Règles pénitentiaires européennes.

¹⁹⁶ cité par BERARD (2006), p. 19.

¹⁹⁷ La similitude des deux textes ne s'arrête pas seulement au titre. La structure des deux textes et la disposition d'un certain nombre d'articles sont identiques. Voir DUPREEL (1960), pp. 11-46.

Il s'agit d'une évolution à ce point marquante que le titre ainsi que la structure du texte ont été modifiés¹⁹⁸. L'abandon du terme «minima» dans le titre indique qu'il s'agit non seulement d'une évolution linguistique, mais que les rédacteurs ont entendu montrer leur volonté de rehausser le seuil de protection reconnu par rapport aux exigences du texte précédent.

De nouvelles règles ont été formulées «*afin de renforcer certains aspects auxquels il était nécessaire d'accorder une priorité*»¹⁹⁹. Dans le même ordre d'idées, la priorité fut donnée au principe de la dignité humaine qui domine l'ensemble du texte par la promotion «*d'une administration pénitentiaire fondée sur le principe du respect de la dignité humaine*»²⁰⁰. En outre, le statut des règles a été renforcé par des inspections régulières des institutions, ainsi que par un contrôle exercé par une autorité judiciaire ou toute autre autorité indépendante de l'administration pénitentiaire²⁰¹.

De multiples critiques ont été adressées à l'encontre de cette version. Certaines formules seraient vagues²⁰², malgré le fait que le titre des règles laisserait entendre le contraire. Dépourvues de portée contraignante, elles auraient «*une valeur de code de déontologie*»²⁰³.

Au contraire, d'autres auteurs considèrent que ces règles forment un «*Code pénitentiaire européen*»²⁰⁴ susceptible de servir de critère d'évaluation des règles et de la pratique nationale.

¹⁹⁸ Contrairement à la division bipartite entre les règles d'application générale et les règles applicables à des catégories spéciales de détenus du texte de 1973, les règles de 1987 se présentent sous la forme de cinq parties de cent règles, qui disposent successivement les principes fondamentaux, l'administration pénitentiaire, le personnel pénitentiaire, les objectifs du traitement et les régimes et enfin les règles applicables à certaines catégories de détenus.

¹⁹⁹ NEALE (1987), p. 6.

²⁰⁰ Exposé des motifs des principes fondamentaux de la Recommandation R(87)3 adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 12 février 1987, Strasbourg, p. 34.

²⁰¹ Sur les règles pénitentiaires de 1987 voir notamment, Bulletin d'information pénitentiaire du Conseil de l'Europe, 9 juin 1997, pp. 4-13 ; PRADEL (1988); COUV RAT (1988); TULKENS H. (1988); GONSA (1995).

²⁰² COUV RAT (1988), pp. 132-135.

²⁰³ Règles Pénitentiaires européennes (2006), p. 29.

²⁰⁴ Voir LARRALDE (1996), pp. 189 ss.

L'évolution de la société, ainsi que les développements de la pratique en la matière rendirent nécessaires la révision des règles de 1987, cela d'autant plus qu'elles n'incorporaient pas les normes établies par la jurisprudence de la Cour EDH pas plus que les principes adoptés par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants.

Le 11 janvier 2006, une nouvelle recommandation²⁰⁵ mettant à jour les règles pénitentiaires de 1987 fut adoptée par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe²⁰⁶.

Les nouvelles règles se divisent en neuf parties qui contiennent cent huit recommandations au total. La première partie est consacrée aux principes fondamentaux, qui forment la base de tout système pénitentiaire moderne. Les autres règles doivent être appliquées à la lumière de ceux-ci. La philosophie générale des règles qui se dégage de cette partie est le respect absolu des droits de l'Homme des détenus.

La deuxième partie, la plus longue et aussi la plus confuse, aborde les conditions de détention. Les normes concernant la santé des personnes détenues et l'accès aux soins se trouvent dans la troisième partie. La quatrième partie établit le principe de l'équilibre permanent entre le maintien de l'ordre et la sécurité. La cinquième partie concerne le personnel pénitentiaire. La sixième partie porte sur les inspections et contrôles des administrations pénitentiaires. Les règles concernant les détenus et les condamnés contenues dans les parties sept et huit dressent les spécificités concernant le régime de détention applicable aux prévenus et aux condamnés. Enfin, la neuvième partie souligne la nécessité de mettre à jour régulièrement ces règles.

Même si ce nouveau texte illustre certaines questions qui n'ont pas été traitées dans la version précédente, en utilisant «*une terminologie rénovatrice*»²⁰⁷, il n'est pas révolutionnaire. Il «*s'appuie à la fois sur les règles pénitentiaires antérieures et sur*

²⁰⁵ Recommandation R(2006)2, adoptée par le Comité des Ministres le 11 janvier 2006, lors de la 952^e réunion des Délégués des Ministres.

²⁰⁶ Pour l'historique de l'élaboration des règles de 2006, voir DUPONT/GREET (2006), pp. 297-321.

²⁰⁷ BOLLE (2006), p. 182.

*les valeurs fondamentales énoncées dans la Convention européenne des droits de l'Homme*²⁰⁸. On peut aussi se poser la question du lien entre ces règles et les nombreuses recommandations²⁰⁹ sur les questions pénitentiaires antérieurement adoptées par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe. Les règles se fondent sur les recommandations et les complètent. La Cour EDH partage elle aussi cette approche en précisant que les règles doivent être lues en parallèle avec ces dernières²¹⁰.

Les griefs formulés à l'encontre de la version de 1987 sont valables aussi pour cette nouvelle mouture: Le texte est sujet à plusieurs critiques aussi bien pour sa structure que pour son contenu: il serait «*insatisfaisant*»²¹¹, le libellé serait «*flou et incohérent*»²¹² et une réécriture des règles s'avérerait souhaitable²¹³.

La recherche d'un consensus sur un texte qui peut être accepté par tous les Etats membres, et la volonté d'empêcher l'apparition d'une Europe des prisons à deux vitesses suite à l'adhésion de nouveaux membres connus pour leurs problèmes liés à la transition démocratique, ont eu pour conséquence l'adoption d'un texte possédant certes «*un effet d'entraînement considérable*»²¹⁴, mais dépendant entièrement de la volonté des Etats pour sa concrétisation. Le choix s'est donc porté sur un texte flou réservant plusieurs interprétations possibles plutôt que de retenir une

²⁰⁸ Règles pénitentiaires européennes (2006), p. 41.

²⁰⁹ Les principales recommandations en la matière sont: R(89)12 sur l'éducation en prison, R(93)6 concernant les aspects pénitentiaires et criminologiques du contrôle des maladies transmissibles et notamment du sida, et les problèmes connexes de santé en prison, R(97)12 sur le personnel chargé de l'application des sanctions et mesures, R (98)7 relative aux aspects éthiques et organisationnels des soins de santé en milieu pénitentiaire, R(99)22 concernant le surpeuplement des prisons et l'inflation carcérale, R(2003)22 concernant la libération conditionnelle et R(2003)23 concernant la gestion par les administrations pénitentiaires des condamnés à perpétuité et des autres détenus de longue durée. Pour une étude approfondie du rôle des recommandations dans la politique pénale du Conseil de l'Europe, voir ROTH/PONCELA (2006).

²¹⁰ Cour EDH, *Léger c. France*, n° 19324/02, arrêt du 11 avril 2006, § 45, CEDH 2006-IV.

²¹¹ PONCELA (2007a), p. 128.

²¹² BOLLE (2006), p. 186.

²¹³ PONCELA (2007a), p. 127.

²¹⁴ LARRALDE (1996), p. 190.

formulation détaillée dont l'exigence aurait inmanquablement entraîné un nivellement par le bas.

Ceci a pour conséquence directe la difficulté d'incorporer ces règles dans les ordres juridiques nationaux. Elles doivent être considérées comme «*une source d'inspiration, un modèle vers lequel doit tendre tout système pénitentiaire*»²¹⁵, soit comme un socle de la protection européenne de la prison, complétant la jurisprudence de la CEDH²¹⁶.

Malgré leur absence de force contraignante, elles indiquent la marche à suivre aux tribunaux et aux autorités pénitentiaires, ainsi qu'aux législateurs nationaux²¹⁷ pour la sauvegarde des droits de l'Homme des détenus, lesquels sont considérés comme totalement insérés dans le contexte général des droits de l'Homme²¹⁸. Elles affirment le principe selon lequel les droits des détenus ne sont pas retirés à leurs titulaires automatiquement par la privation de liberté. Les principes fondamentaux de la version des règles de 2006 reflètent cette approche et incitent à la reconnaissance de la dignité des détenus de façon indiscutable.

Toutefois, cela n'empêcherait pas les autorités administratives d'adopter, le cas échéant, une position contraire à celle proposée par ces règles²¹⁹.

Ce texte constitue une source d'inspiration tant pour le Tribunal fédéral suisse que pour le juge turc. Le Tribunal fédéral, soulignant le caractère non contraignant de ces règles, constate «*qu'en principe le recours de droit public n'est pas ouvert pour la*

²¹⁵ CERE (2006a), p. 422.

²¹⁶ DARBEDA (2006), p. 666.

²¹⁷ «*Elles font référence à des mesures devant plutôt être intégrées au «droit interne» qu'à «la législation interne» dans la mesure où elles reconnaissent que cette dernière peut prendre des formes diverses dans les différents Etats membres du Conseil de l'Europe. Le terme «droit interne» a été créé pour englober non seulement la législation primaire adoptée par un parlement national mais également toute autre réglementation ou ordonnance ayant force de loi, ou encore la loi dictée par les cours et tribunaux, et ce, tant que ces formes d'établissement de la loi sont reconnues par les systèmes juridiques nationaux*», Règles pénitentiaires européennes (2006), p. 42.

²¹⁸ CERE (2006a), p. 416.

²¹⁹ BOLLE (1987), p. 82.

violation de ces règles minimales»²²⁰. Ainsi, le Tribunal fédéral prend en considération les règles européennes au moment de concrétiser la liberté personnelle et les autres droits fondamentaux garantis par la CEDH et la Constitution²²¹ «*en tant que reflet des traditions juridiques communes à ces Etats*»²²². Les règles permettent ainsi au détenu d'illustrer et de préciser certains aspects de ces droits dans le cas où il parvient à «*démontrer que la violation d'une des Règles a porté atteinte à sa liberté personnelle ou à un autre de ses droits constitutionnels*»²²³.

Le juge turc se contente de citer comme normes de référence les recommandations en matière pénitentiaire du Conseil de l'Europe pour étayer son argumentation²²⁴.

L'impact des règles pénitentiaires se manifeste, en droit turc, dans l'élaboration de la Loi pénitentiaire n° 5275. Dans les motifs généraux, les règles pénitentiaires européennes de 1987 sont citées parmi les sources du droit pénitentiaire turc.

En droit suisse, étant donné que l'exécution des peines relève de la compétence des cantons²²⁵, les règles pénitentiaires possèdent un impact faible au plan fédéral, vu qu'elles pourront tout au plus servir à interpréter les articles du Code pénal suisse relatifs à l'exécution des peines. Au niveau cantonal, et pour les cantons romands, le Concordat latin sur la détention pénale des adultes fait référence au droit international ainsi qu'au droit européen, et dans le commentaire officiel les règles sont expressément mentionnées²²⁶. Par contre, les détenus ne peuvent pas former un

²²⁰ ATF 102 Ia 279 (Minelli); ATF 106 Ia 277 (Groupe action prison contre Conseil d'Etat du Canton de Vaud).

²²¹ ATF 102 Ia 284, JdT 1978 I 312 (rés.) ; ATF 122 I 222, JdT 1998 IV 125 (rés.), cons. 4a; ATF 124 I 231 cons. 2b; ATF 126 I 153 cons. 3.

²²² ATF 124 I 231 cons. 2b.

²²³ QUELOZ (2006), p. 83.

²²⁴ L'arrêt du Conseil d'Etat turc du 20 novembre 2002 sur les grèves de la faim dans les établissements pénitentiaires, D., 10. Dairesi, E. 2000/936, K. 2002/4487.

²²⁵ Art. 123 Cst.

²²⁶ Commentaire article par article du Concordat du 10 avril 2006 sur l'exécution des peines privatives de liberté et des mesures concernant les adultes et les jeunes adultes dans les cantons latins (Concordat latin sur la détention pénale des adultes), p. 1.

recours devant les tribunaux en droit suisse ainsi qu'en droit turc en invoquant la violation des principes énoncés dans ces règles, à moins qu'elles n'aient été reçues dans l'ordre juridique interne.

La sauvegarde des droits fondamentaux des détenus par les nouvelles règles s'avère insuffisante aux yeux de l'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe qui, peu après les règles adopta une recommandation R(1747)2006²²⁷ sur la Charte pénitentiaire européenne. L'Assemblée réitéra sa recommandation R(1656)²²⁸ sur la situation des prisons et des maisons d'arrêt en Europe, dans laquelle elle recommandait l'élaboration d'une charte pénitentiaire européenne²²⁹. Cette charte devrait comporter un système de contrôle permanent, en établissant des *«règles précises et obligatoires (...) au cours de l'emprisonnement avant et après jugement, et au-delà, en traitant également de la réinsertion sociale des prisonniers»*²³⁰.

Le Comité des Ministres, suivant en cela la position du Comité directeur pour les problèmes criminels, a rejeté cette idée en soulignant la difficulté d'un consensus sur un texte contenant des règles juridiques contraignantes. Selon lui, un tel texte *«appauvrirai[en]t et stigmatiserai[en]t les normes existantes et diminuerai[en]t en outre l'importance des Règles pénitentiaires européennes et leur impact sur le travail des administrations pénitentiaires dans les Etats membres et au niveau européen en général»*²³¹.

Sans doute, une telle charte munie d'un mécanisme de contrôle serait préférable à une recommandation, mais les Etats resteront libres de ratifier une telle convention, ainsi que dans le choix des engagements auxquels ils entendent se soumettre. Dès lors, il y a fort à parier que ceux d'entre eux dont l'organisation pénitentiaire

²²⁷ Adoptée par l'Assemblée le 29 mai 2006.

²²⁸ Adoptée par l'Assemblée le 27 avril 2004.

²²⁹ Sur l'élaboration de la Charte pénitentiaire européenne, cf. HUNAULT (2008).

²³⁰ Art. 5 de la recommandation R(1747)2006 de l'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe.

²³¹ Réponse adoptée par le Comité des Ministres le 27 septembre 2006 lors de la 974^e réunion des Délégués des Ministres à la recommandation R(1747)2006 de l'Assemblée parlementaire.

est la plus défaillante s'en abstiendront, si bien qu'au final, une telle convention ne contribuerait pas nécessairement à améliorer dans l'immédiat le sort des détenus.

En attendant, les références aux règles pénitentiaires européennes dans la jurisprudence de la Cour EDH²³², rares pour l'instant, permettraient aux règles de se voir attribuer un effet contraignant indirect afin de leur conférer l'autorité juridique qui leur manque.

Le contenu des Règles pénitentiaires de 2006 sera abordé dans les parties concernées.

C. La pratique parallèle du Comité européen pour la prévention de la torture

La prise de conscience de la nécessité de protéger les personnes privées de liberté contre les mauvais traitements aboutit en 1987 à l'adoption, au sein du Conseil de l'Europe, de la Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines et traitements inhumains ou dégradants²³³. Le concept et la méthodologie furent repris des idées de Jean-Jacques Gautier, fondateur du Comité suisse contre la torture (CSCT).

Son but est d'instaurer un mécanisme de protection «*pro-actif en parallèle au mécanisme judiciaire de contrôle a posteriori de la Cour européenne des droits de l'Homme*»²³⁴. Le mécanisme, de nature préventif, et donc extra-judiciaire, repose sur l'action du Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT), organe institué par l'art. 1^{er} de la Convention. Le CPT se compose d'un certain nombre

²³² CEDH, *Ramirez Sanchez c. France*, n° 59450/00, [GC], arrêt du 04 juillet 2006, § 51.

²³³ Ouverte à la signature en 1987 et entrée en vigueur en 1989. Les Protocoles n° 1 sur l'ouverture de la Convention à des États non membres du Conseil de l'Europe et n° 2, entrée en vigueur le 1^{er} mars 2002, ont amendé la Convention. Ces deux protocoles ont été ratifiés par la Suisse le 9 mars 1994 et par la Turquie le 17 mars 1997.

²³⁴ Voir le préambule du treizième rapport général d'activités du CPT, CPT/Inf (2003) 35.

de membres égaux au nombre des Etats parties, membres qui sont élus pour une période de quatre ans. Les experts doivent être indépendants et impartiaux en vertu de l'art. 4 de la Convention.

Le Comité est doté d'une compétence révolutionnaire dont nul autre organe interétatique ne bénéficiait jusqu'alors. Il peut effectuer une visite à tout moment, inopinément, dans tous les lieux de détention²³⁵ situés dans un Etat contractant, en vue de contrôler le traitement des personnes privées de liberté dans cet Etat. Ces visites peuvent être périodiques ou ponctuelles selon ce que les circonstances exigent²³⁶. Les Etats doivent coopérer afin de faciliter la tâche du CPT lors de sa visite. La coopération concerne aussi le moment choisi pour effectuer la visite. Les Etats peuvent formuler une objection ultime pour des motifs de *«défense nationale ou de sûreté publique ou en raison de troubles graves dans les lieux où les personnes sont privées de liberté, de l'état de santé d'une personne ou d'un interrogatoire urgent dans une enquête en cours en relation à une infraction pénale grave»*.

Le CPT élabore un rapport sur les faits et la situation observés dans les lieux de visite aux termes de l'article 10 de la Convention ; s'il l'estime nécessaire, il formule des recommandations destinées à l'amélioration de la situation. Le rapport demeure, en principe, confidentiel²³⁷ et est soumis à l'Etat avec la demande d'une réponse écrite. Faute de coopération ou de refus de mettre en œuvre les recommandations, le CPT peut faire une déclaration publique sur

²³⁵ Aux termes de l'art. 2 de la Convention, le champ d'intervention du Comité ne relève pas exclusivement du domaine pénitentiaire, mais peut être étendu aux centres d'internement psychiatriques, postes de police et zones de rétention administrative. La seule limite est la sphère de compétence du Comité international de la Croix-Rouge concernant les prisonniers de guerre en vertu de l'article 17 § 3 de la Convention.

²³⁶ Le CPT a effectué au total 268 visites jusqu'au 19 mai 2009, dont 163 visites périodiques et 105 visites ad hoc.

²³⁷ Cette règle a été critiquée par l'Assemblée Parlementaire qui a adopté une recommandation sur les méthodes de travail du CPT, R(1517)2001; elle a considéré que cette règle *«nuît à la connaissance de ses travaux et entrave la coopération avec les ONG. Par ailleurs, le fait de ne pas rendre publiques des informations sur des situations très graves lui fait courir le risque d'apparaître comme complice des gouvernements»*. Elle a invité *«les États parties à la convention à autoriser le CPT à interpréter de manière moins rigoureuse et plus ouverte la règle de la confidentialité de ses travaux»*.

la situation examinée²³⁸. L'Etat en cause peut aussi autoriser la publication du rapport le concernant. Dans le cas de formulation de recommandations à l'égard d'un Etat, celui-ci est tenu de produire un rapport intermédiaire dans un délai de six mois à partir de la communication du rapport et de fournir un rapport de suivi dans le délai d'un an. Quant au Comité, il soumet chaque année au Comité des Ministres un rapport d'activité général en vertu de l'art. 12 de la Convention.

Le CPT, dans l'exercice de ses missions, peut se référer non seulement aux normes de la CEDH, mais également à d'autres instruments de sauvegarde de droits de l'Homme et à leur interprétation²³⁹. Le CPT n'est pas lié par la jurisprudence des organes judiciaires ou quasi judiciaires qui agissent dans le même domaine. Ainsi, l'interprétation de l'article 3 CEDH qui se dégage de la jurisprudence de la Cour EDH peut être utilisée comme point de départ ou comme référence par le CPT. Le CPT peut aussi étendre ses exigences au delà des interprétations données par la Cour EDH²⁴⁰. De ce fait, au fil des années, le Comité non seulement a élaboré des «*concepts autonomes*»²⁴¹ en ce qui concerne la torture, le traitement inhumain ou dégradant, mais aussi son propre ensemble de normes pour guider les autorités nationales en matière de prévention²⁴². Les normes ne forment pas encore un système logique de règles telles que les règles européennes sur le traitement des détenus, mais elles renforcent le rôle du «*soft law*» en droit international²⁴³.

La Cour EDH, elle non plus, n'est pas liée par les rapports de visite du CPT. Pourtant, dans plusieurs arrêts, elle s'est servie de ces rapports comme d'une source d'inspiration principale²⁴⁴, ou s'est appuyée sur les normes du CPT²⁴⁵, qu'elle a parfois utilisées

²³⁸ Cette possibilité a été utilisée à deux reprises à l'encontre de la Turquie.

²³⁹ Premier rapport général d'activités du CPT. CPT/Inf(91) § 5.

²⁴⁰ PEUKERT (1999), p. 87; LARRALDE (2004), p. 34.

²⁴¹ LARRALDE (2004) explique cette dissociation par la volonté du CPT d'offrir un degré plus haut de protection.

²⁴² KICKER (1999), p. 595.

²⁴³ DÜRNSTEINER/KETTEMANN (1999), p. 79.

²⁴⁴ Cour EDH, *Aerts c. Belgique*, arrêt du 30 juillet 1998, Recueil des arrêts et décisions 1998-V.

²⁴⁵ Cour EDH, *Kalashnikov c. Russie*, arrêt du 18 septembre 2001, Recueil des arrêts et décisions 2002-VI.

comme droit applicable à la résolution du problème dont elle avait été saisie²⁴⁶. De ce fait, elle a participé conjointement avec le CPT au renforcement de la dignité humaine des personnes privées de liberté²⁴⁷.

Dans son seizième rapport d'activité, le CPT souligne qu'il existe «*un haut niveau de concordance entre les RPE et les principes et recommandations contenus dans les rapports de visite du CPT, ainsi que dans les rapports généraux d'activités*»²⁴⁸.

Même si le contrôle du CPT est indispensable pour améliorer les conditions de détention, il incombe aux autorités nationales de concrétiser les exigences du CPT et de rester vigilantes²⁴⁹. On ne peut pas toujours compter sur l'exactitude de la traduction des rapports du CPT, même s'ils sont rendus publics²⁵⁰. Ils devraient établir avec précision comment les recommandations pourraient être concrétisées par les Etats. La protection des droits des détenus exige souvent que l'attention soit accordée «*d'avantage aux causes des violations des droits de l'Homme puis à la recherche de la réparation des symptômes*»²⁵¹.

IV. Les sources des droits des détenus au niveau national

A. Les fondements constitutionnels des droits des détenus

1. Un bref aperçu du catalogue des droits fondamentaux

Les ordres juridiques suisse et turc abordent la question des droits fondamentaux de manière assez similaire. La Constitution fédérale suisse de 1999 et la Constitution turque de 1982 édictent un catalogue de droits fondamentaux. Le titre 2 de la Constitution fédérale de 1999, sous trois chapitres, dresse le catalogue des droits

²⁴⁶ Cour EDH, *Mouisel c. France*, arrêt précité.

²⁴⁷ LARRALDE (2004), p. 34.

²⁴⁸ Quinzième rapport d'activité général du CPT. CPT/Inf (2005) 17.

²⁴⁹ MAYER (2002), p. 16.

²⁵⁰ GEMALMAZ (1999), pp. 235-263.

²⁵¹ MURDOCH (1999), p. 104.

fondamentaux²⁵². A l'instar de la Constitution suisse, les droits fondamentaux sont énumérés dans la deuxième partie de la Constitution turque²⁵³. Nous nous bornerons à préciser que le constituant suisse a renoncé à regrouper les droits fondamentaux en catégories; néanmoins, le catalogue des droits fondamentaux comprend des droits de première et de deuxième générations qui n'ont pas la même nature²⁵⁴. Quant à la constitution turque de 1982, elle distingue les droits fondamentaux en trois chapitres : droits et obligations de l'individu (art. 14-34) ; droits et obligations sociaux et économiques (art. 35-53); droit et obligations politiques (art. 54-62).

Dans le cadre de l'exécution de la peine privative de liberté, certains droits fondamentaux, dont le droit à la vie, l'interdiction des traitements inhumains et dégradants, la liberté personnelle, le droit à la vie privée, la liberté de religion, la liberté d'expression, certains droits sociaux, ainsi que les droits de citoyenneté et les garanties de procédure sont particulièrement importants.

Nous reviendrons sur le contenu de ces droits et leur consécration en droit suisse et en droit turc dans la partie consacrée au contenu des droits fondamentaux.

2. Les buts et limites des restrictions qui peuvent être apportées aux droits fondamentaux des détenus

Certains des droits fondamentaux ne sont pas absolus et peuvent faire l'objet de restrictions conformément aux règles de fond et de forme fixées par le constituant suisse et le constituant turc²⁵⁵.

Le système de restriction prévu par l'art. 36 de la Constitution suisse et l'art. 13 de la Constitution turque sont en partie semblables. Les deux constitutions optent pour une disposition

²⁵² Articles 7 à 41 de la Constitution fédérale de 1999.

²⁵³ Articles 17 à 74 la Constitution turque de 1982.

²⁵⁴ A cet égard voir MAHON in AUBERT/MAHON (2003), p. 61.

²⁵⁵ Pour le système de restriction des droits fondamentaux en droit turc voir ALİEFENDİOĞLU (2002) ; GİRİTLİ (2002); FENDOĞLU (2002); ASLAN (2002); SAĞLAM M. (2002).

générale prévoyant la restriction éventuelle des droits fondamentaux. Pour restreindre les droits et les libertés fondamentaux il faut une base légale. En vertu de l'art. 13 de la Constitution turque de 1982, seule une loi formelle peut fixer le cadre juridique de l'exercice des libertés.

A cette condition de forme s'ajoutent des conditions de fond: la proportionnalité et le respect du noyau dur. Contrairement à l'art. 13 de la Constitution turque, l'art. 36 de la Constitution suisse prévoit que toute restriction doit se justifier par l'intérêt public. Quant à l'art. 13 de la Constitution turque, il prévoit que les limitations dont les droits et libertés fondamentaux font l'objet ne peuvent être en contradiction ni avec la lettre et l'esprit de la Constitution, ni avec les exigences d'un ordre social démocratique et laïque. En outre, la Constitution Turque comprend une disposition interdisant l'abus de droit, à son article 14.

Il est admis qu'en droit Suisse les droits des détenus en raison du rapport de droit spécial peuvent faire l'objet de restrictions plus nombreuses²⁵⁶. Le Tribunal fédéral estime que les restrictions apportées aux droits des détenus ne sauraient aller au-delà de ce qui est nécessaire au but de l'incarcération et au fonctionnement normal de l'établissement carcéral²⁵⁷. Il en ressort que *«des ingérences étatiques aux droits fondamentaux du détenu pourront notamment se justifier si elles apparaissent nécessaires au maintien de la sécurité et du bon ordre au sein de l'établissement de détention»*²⁵⁸. A cet égard, il convient de noter qu'aux yeux du Tribunal fédéral, le maintien de la sécurité a pour but non seulement la protection de la collectivité publique, mais également celle du personnel pénitentiaire et des codétenus. Cependant, le Tribunal fédéral n'a pas résolu le conflit entre l'intérêt individuel et l'intérêt sécuritaire²⁵⁹.

En droit turc, des dispositions particulières prescrivent des motifs spécifiques ou des modalités particulières pour la restriction de certains droits et libertés fondamentaux²⁶⁰. Dans de tels cas, selon

²⁵⁶ Voir supra, pp. 24 ss.

²⁵⁷ ATF 113 Ia 325 cons. 4 (f); ATF 118 Ia 64, JdT 2007 IV 43.

²⁵⁸ VIREDAZ (2007), p. 70.

²⁵⁹ VIREDAZ (2007), p. 70.

²⁶⁰ Les articles 20 à 23 de la Constitution turque de 1982.

la doctrine constitutionnelle turque, pour qu'une limitation des droits et libertés fondamentaux puisse intervenir, deux conditions cumulatives doivent être réunies : l'existence d'une loi au sens formel, qui contienne des cas de restrictions conformes aux motifs spéciaux prévu par la Constitution au regard du droit fondamental restreint²⁶¹. La portée de cette prescription ne saurait varier selon le service public concerné. De plus, l'administration ne peut en aucun cas imposer des sanctions qui peuvent entraîner une restriction de droits et libertés fondamentaux²⁶².

B. L'abondance des bases juridiques de l'exécution des peines

1. Le droit suisse

1.1. Le droit fédéral

En droit suisse, en vertu de l'art. 123 de la Constitution suisse, et contrairement à ce qui vaut pour le droit pénal matériel, la compétence en matière d'exécution des peines est attribuée aux cantons²⁶³. La Confédération se contente de jouer un rôle limité en accordant aux cantons des contributions pour la construction et pour l'amélioration de l'exécution des peines et des mesures selon l'art. 123 al. 3²⁶⁴.

La nouvelle partie générale du Code pénal suisse²⁶⁵ dans son quatrième titre, aux articles 74 à 93, édicte toutefois une ligne de

²⁶¹ ALIEFENDİOĞLU (2002), p. 165; TANÖR-YÜZBAŞIOĞLU (2006), pp. 133 ss.

²⁶² Art. 38 de la Constitution turque de 1982.

²⁶³ Le Conseil fédéral était conscient en 1918 de la difficulté «*de tracer la limite entre ce domaine et celui du droit pénal*». FF 1918 IV, 17.

²⁶⁴ Sur le rôle de la Confédération en matière d'exécution des peines voir BAECHTOLD (1987).

²⁶⁵ Conformément à la révision de la partie générale du Code pénal suisse (art. 1^{er} à 110 et 333 à 401) entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2007. Le nouveau code pénal comporte une refonte totale du système des sanctions. Le nouveau système envisage le remplacement des courtes peines d'emprisonnement ou d'arrêts par d'autres types de sanctions (peine pécuniaire et travail d'intérêt général). Le

conduite pour l'exécution des peines²⁶⁶ susceptible de servir dans tous les types d'établissements ainsi que pour tous les détenus²⁶⁷.

Aux termes de l'art. 74 du CPS les peines doivent être exécutées dans le respect de la dignité humaine. Les droits des détenus ne peuvent être restreints au delà des nécessités inhérentes à la privation de liberté et découlant de l'exigence de la vie en prison. L'objectif principal de la peine désormais consiste à atteindre le développement du «comportement social» du détenu en vertu de l'art. 75 CPS²⁶⁸. Les autorités s'engagent à mettre en œuvre les quatre règles fondamentales prescrites à l'art. 75²⁶⁹.

Il appartient en revanche aux cantons de réglementer les détails dans les limites des dispositions générales du Code pénal, dispositions qui d'ailleurs leur prescrivent d'adopter une législation cantonale d'application²⁷⁰.

Les normes relatives à l'exécution des sanctions sont réparties sur plusieurs niveaux: au niveau constitutionnel et de droit public international, aux niveaux légal et réglementaire (les règles fondamentales réunies dans le code pénal ainsi que dans la loi fédérale du 5 octobre 1984 sur les prestations de la Confédération dans le domaine de l'exécution des peines et des mesures) et le droit cantonal et au niveau concordataire. A cela s'ajoutent, les principes généraux qui se dégagent de la jurisprudence du Tribunal fédéral relatifs à l'exécution des peines et aux droits fondamentaux

système des mesures vise à assurer la sécurité publique. Le nouveau système plus «souple et perméable» étend l'application du sursis et introduit le sursis partiel. Il abandonne la distinction entre la réclusion pour les crimes et l'emprisonnement pour les délits en ce qui concerne la peine privative de liberté, peine qui n'est plus la peine centrale, mais l'«ultima ratio». A cet égard voir notamment KUHN/MOREILLON/VIREDAZ/BICHOVSKY (2006); ROTH (2006).

²⁶⁶ Contrairement au Code pénal de 1937, le but proprement dit de l'exécution des peines privatives de liberté n'est pas défini par le législateur afin d'éviter le risque de conflits entre les objectifs à atteindre. A cet égard cf. Message du Conseil fédéral du 21 septembre 1998, FF 1999 1916.

²⁶⁷ MICHOD (2004), p. 166.

²⁶⁸ FF 1999 1917.

²⁶⁹ La première règle concerne le rapprochement de la vie en prison et de la vie en liberté, la deuxième vise l'assurance de l'assistance au détenu, la troisième consiste à combattre les effets nocifs de la privation de liberté et enfin la dernière est la prise en considération du besoin de protection de la collectivité, du personnel et des codétenus. Sur ces principes, voir VIREDAZ (2006).

²⁷⁰ FF 1999 1916.

des détenus.

1.2. Le droit intercantonal

La teneur de l'art. 123 al. 2 de la Constitution suisse implique pour les cantons la responsabilité d'exécuter les jugements ainsi que la concrétisation de l'infrastructure nécessaire telles que la construction et l'exploitation des établissements pénitentiaires. Afin d'exécuter la tâche qui leur est confiée en vertu de l'article 378 CPS, les cantons coopèrent entre eux par le biais de concordats²⁷¹ intercantonaux²⁷² en ce qui concerne la gestion et l'utilisation communes des structures dont ils disposent. Le fruit de cette collaboration réside dans trois concordats régionaux²⁷³.

La structure concordataire est chapeauté par une Conférence qui réunit en son sein les représentants de chaque gouvernement cantonal partie à la convention. Elle s'emploie à la collaboration des cantons entre eux, avec la Confédération et avec d'autres

²⁷¹ Nous utiliserons les termes de concordat et de convention indifféremment. AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, vol. I, (2006), p. 565, constatent qu'«une convention intercantonale est un accord ressortissant au droit public, conclu entre deux ou plusieurs cantons, qui crée des droits et des obligations pour les cantons signataires (effet obligationnel) et pour les particuliers résidant sur leur territoire (effet normatif; concordat self-executing)».

²⁷² BOLLE (1973) constate que la première tentative d'un concordat intercantonal concernant la création d'un établissement pénitentiaire intercantonal a été initiée par le Conseil d'Etat neuchâtelois entre 1862 et 1866, mais qu'elle échoua bien vite.

²⁷³ Le premier concordat, du 23 juin 1944, concernait les frais d'exécution des peines et des mesures. Les trois concordats régionaux, soit le Concordat entre les cantons de Zurich, Glaris, Schaffhouse, Appenzell Rhodes-Extérieures, Appenzell Rhodes-Intérieures, Saint-Gall, Grisons et Thurgovie concernant l'exécution des peines et des mesures privatives de libertés ordonnées en application du Code pénal suisse, ainsi que des mesures privatives de libertés ordonnées en vertu du droit fédéral et cantonal du 19 juin 1975 (Concordat entre les cantons de Suisse orientale), le Concordat concernant l'exécution commune des peines et des mesures selon le Code pénal suisse et la législation des cantons de la Suisse du Nord-Ouest et de Suisse centrale du 4 mars 1959, le Concordat sur l'exécution des peines privatives de liberté et les mesures concernant les adultes et les jeunes adultes dans les cantons latins du 22.10.1984 qui a été abrogé et remplacé en 2007 par un nouveau concordat.

organisations. La Conférence veille à l'application adéquate du Concordat, elle statue en cas de litige et émet des directives.

La coordination entre les concordats et les cantons s'effectue par le biais de la Commission pour l'exécution des peines et les établissements de détention. Cette commission constitue une des quatre commissions permanentes de la Conférence des directeurs des départements cantonaux de justice et de police. Les organes concordataires et ceux de la Conférence visent à l'uniformisation juridique au moyen de directives, de normes et de recommandations. Ces trois concordats sur l'exécution des peines sont adaptés au nouveau droit pénal fédéral²⁷⁴.

Le Concordat du 10 avril 2006 sur l'exécution des peines privatives de liberté et des mesures concernant les adultes et les jeunes adultes dans les cantons latins (Concordat latin sur la détention pénale des adultes) se conçoit comme la poursuite de la collaboration intercantonale et interconcordataire existant dans ce domaine. Le concordat vise à garantir *«une application uniforme des principes régissant les règles et les régimes de détention, tout en permettant de tenir compte des capacités et des particularités cantonales»*²⁷⁵. Ainsi toutes les peines privatives de liberté ainsi que les mesures privatives de liberté y visées. Le Concordat est doté d'un organe supérieur, la Conférence latine des chefs des Départements de justice et police (CLDJP)²⁷⁶. L'organe supérieur du concordat, la Conférence, peut se prononcer par la voie de directives ou de recommandations, de décisions ou de règlements pour maintenir une vision large et consensuelle et atteindre les objectifs fixés. Les directives, les recommandations, les décisions ou les règlements édictés par la Conférence ont une portée

²⁷⁴ La conférence concordataire du Concordat de Suisse orientale a adopté le 7 avril 2006 diverses directives concordataires applicables au moment de l'entrée en vigueur du nouveau CPS. De nouvelles directives et conventions conformément à la nouvelle partie générale du CPS avec entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2008 ont été approuvées par les cantons membres des concordats de la Suisse du Nord-Ouest et de Suisse centrale. A cet égard, voir Concordat sur l'exécution des peines privatives de liberté et des mesures concernant les adultes et les jeunes adultes dans les cantons latins du 10 avril 2006. Voir NUOFFER (2006a).

²⁷⁵ NUOFFER (2006b), p. 24.

²⁷⁶ Sur les attributions de la CLDJP, voir l'art. 4 du Concordat latin sur la détention pénale des adultes.

contraignante pour les parties, en particulier lorsqu'ils touchent à la situation juridique des personnes²⁷⁷.

Le Secrétaire permanent, désigné par la Conférence remplit plusieurs tâches: soumission des propositions, surveillance de l'exécution des décisions de la Conférence, exécution des travaux dont cette dernière le charge, etc.²⁷⁸.

Quant à la Commission concordataire, elle est notamment chargée d'étudier les questions qui lui sont soumises par la Conférence ou par le secrétariat de celle-ci ainsi que de faire toutes les propositions utiles à l'application ou à l'adaptation du concordat et de promouvoir la coordination et l'harmonisation de la pratique, en particulier en matière d'exécution des peines privatives de liberté²⁷⁹. La coordination et l'harmonisation de la pratique de la probation des cantons partenaires est du ressort de la Commission de probation²⁸⁰.

Les cantons harmonisent en partie les règles régissant certains aspects particuliers de la vie en détention. Néanmoins, les législations cantonales sur l'exécution des peines et la prise en charge concrète des personnes privées de liberté demeurent encore en Suisse éclatées et «*fort différentes*»²⁸¹ ainsi que nous le constaterons dans les développements qui suivent. Les cantons devront garantir une exécution uniforme de la peine privative de liberté. Il leur appartiendra de la rendre uniforme par le biais des principes définis par le droit international, le droit fédéral et la jurisprudence du Tribunal fédéral²⁸².

²⁷⁷ Commentaire article par article du Concordat du 10 avril 2006 sur l'exécution des peines privatives de liberté et des mesures concernant les adultes et les jeunes adultes dans les cantons latins (Concordat latin sur la détention pénale des adultes), (2006).

²⁷⁸ Art. 6 al. 3 du Concordat latin sur la détention pénale des adultes.

²⁷⁹ Art. 8 du Concordat latin sur la détention pénale des adultes.

²⁸⁰ Art. 9 et 10 du Concordat latin sur la détention pénale des adultes.

²⁸¹ BAECHTOLD (2008), p. 61.

²⁸² NUOFFER (2006a), p. 667.

1.3. Le droit cantonal

En ce qui concerne notre sujet, il échet de souligner que la plupart des constitutions cantonales comprennent un catalogue des droits fondamentaux²⁸³. Dépourvues de portée juridique propre, indépendante - sauf si elles garantissent formellement un droit ignoré par la Constitution fédérale ou qu'elles confèrent une garantie à un droit donné plus large que celle offerte par la Constitution fédérale - les constitutions cantonales sont en quelque sorte «*suspendues*»²⁸⁴.

En ce qui concerne la réglementation de l'exécution des peines et des mesures, les cantons possèdent une marge d'appréciation considérable²⁸⁵, du fait de l'art. 123 de la Constitution suisse et des articles 372 et 377 du CPS. Cette marge d'appréciation se manifeste dans le choix des bases légales ainsi que dans la façon dont les dispositions sont formulées. La manière dont cette législation est adoptée varie considérablement d'un canton à l'autre. Certains cantons réglementent l'exécution des peines par une série de normes claires, intégrées dans une loi générale²⁸⁶ et précisées dans un règlement d'exécution²⁸⁷, tandis que dans d'autres cantons les dispositions concernant l'exécution des peines sont imprécises, voire obsolètes, et dispersées dans plusieurs textes, de niveau normatif distinct. Ainsi, vingt-six corpus de normes d'exécution différents régissent l'exécution des peines en droit suisse.

A «*cette pléthore relativement chaotique*»²⁸⁸ s'ajoutent les règlements et/ou directives internes des prisons qui viennent

²⁸³ Par ex. la Constitution de Neuchâtel, (RSN 101).

²⁸⁴ cf. MAHON in AUBERT/MAHON (2003), p. 65; pour une thèse différente voir AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, vol. II, (2006), pp 40-41.

²⁸⁵ JENDLY (2005), p. 56.

²⁸⁶ Cf. notamment la Loi sur l'exécution des peines privatives de liberté et des mesures pour les personnes adultes (LPMA), du 3 octobre 2007 du Canton de Neuchâtel (RSN 351.0), la Loi vaudoise sur l'exécution des condamnations pénales du 4 juillet 2006 (RSVD 340.01), la Loi tessinoise sur l'exécution des peines et des mesures pour les adultes du 27 novembre 2006 (RST 4.2.1.1.).

²⁸⁷ Par exemple, le Règlement sur le statut des condamnés exécutant une peine privative de liberté et les régimes de détention applicables, du 24 janvier 2007 du canton de Vaud (RSVD 340.01.1) et le Règlement fribourgeois des prisons du 12 décembre 2006 (RSF 341.2.11).

²⁸⁸ JENDLY (2005), p. 55.

préciser encore les détails de la vie en détention, ce qui implique une disparité entre les différents établissements de l'organisation du quotidien carcéral.

La Suisse avec son système original en matière d'exécution des peines est loin de répondre aux attentes de la résolution du 17 décembre 1998 du Parlement européen qui invite les Etats membres à élaborer une *«loi fondamentale sur les établissements pénitentiaires qui définisse un cadre réglementant à la fois le régime juridique, le droit de réclamation ainsi que les obligations des détenus et prévoie un organe de contrôle indépendant auquel les détenus puissent s'adresser en cas de violation de leurs droits»*²⁸⁹.

2. Le droit turc

Contrairement à ce qui se fait en droit suisse, en droit turc, il n'existe aucune disposition d'ordre général sur l'exécution des peines et des mesures dans la Constitution de 1982. Seul l'art. 38 consacre le principe de la légalité des délits et des peines. L'alinéa 2 dudit article prévoit que ce principe est applicable «aux effets juridiques» des condamnations pénales. Cette disposition peut être interprétée de façon à ce que le principe de la légalité puisse aussi valoir pour l'exécution des peines²⁹⁰.

La LEPM régit la mise en œuvre des peines privatives de liberté²⁹¹. Les diverses institutions pénitentiaires et leurs modes d'application

²⁸⁹ Résolution sur les conditions carcérales dans l'Union européenne: aménagements et peines de substitution, adoptée par le Parlement européen le 17 décembre 1998, A4-0369/1998.

²⁹⁰ ÖZBEK (2007), p. 27.

²⁹¹ La loi est constituée de 124 articles sur deux titres, chaque titre composé de chapitres et les chapitres comptent plusieurs parties. Le premier titre est intitulé «Le but et les principes généraux, la peine privative de liberté et les mesures de sécurité». Le premier chapitre de ce titre porte sur le but et les principes, le deuxième chapitre sur les peines privatives de liberté et les mesures de sécurité. Le troisième chapitre s'intitule: les droits des condamnés dans l'établissement pénitentiaire, la garantie de ces droits et les restrictions. Le quatrième chapitre est consacré au «traitement» et le cinquième et le dernier chapitre de ce titre à l'aide au détenu et au détenu libéré. Le deuxième titre dispose les autres peines et mesures, la libération conditionnelle et la détention provisoire. Ce dernier titre se

sont définies dans la loi. Contrairement au droit suisse, aucun article du Code pénal, ni du Code de procédure pénale ne contient de prescriptions relatives à l'exécution des peines.

Quatre principes constituent les fondements de la loi pénitentiaire turque: le principe de sécurité, le principe d'ordre, le régime progressif et le principe de justice²⁹². Ces quatre principes sont mutuellement pondérés. La loi garantit l'équivalence de ces principes et veille à leur mise en œuvre au cours de l'exécution des peines.

Le souci du respect de la dignité humaine ainsi que la manière dont on peut restreindre les droits fondamentaux des détenus semblent occuper le législateur turc tout aussi intensément que le suisse. La loi pénitentiaire prescrit dans son article 2 que l'exécution doit se conformer à la dignité humaine. Contrairement au législateur suisse, le législateur turc définit cependant dans l'art. 3 LEPM le but proprement dit de l'exécution des peines²⁹³. Selon cette définition, le but principal de l'exécution est la prévention générale et spéciale et afin d'y parvenir, vise au renforcement des effets qui permettent d'empêcher la récidive du détenu, la protection de la société contre le crime, l'encouragement de la resocialisation du détenu, la favorisation de son adaptation à un mode de vie dans lequel il serait productif, aurait le sens des responsabilités et respecterait les lois, les règlements et les normes de la société.

Le législateur turc semble ne pas distinguer les finalités d'exécution principalement éducatrices et resocialisantes de celles propres au jugement de condamnation ou à la peine. Alors que le but principal du jugement vise à sanctionner le coupable et à assurer la prévention générale, celui de la peine est principalement la prévention spéciale et la répression. Le législateur aurait dû établir cette hiérarchie, en faisant primer la finalité de l'exécution, soit la resocialisation, tout en admettant, peut-être, que cette hiérarchie puisse être inversée dans des cas particuliers, notamment lorsqu'il s'agit d'un délinquant dangereux. En mettant

compose de deux chapitres. Les diverses institutions pénitentiaires et leurs modalités d'exécution sont définies dans la loi.

²⁹² DÖNMEZER (2004), p. 25.

²⁹³ L'exposé des motifs à l'appui de l'art. 3 de LEPM précise l'abandon de la conception de l'expiation de la faute.

autant de principes différents sur un pied d'égalité, le législateur turc rend d'autant plus difficile, sinon impossible, la création d'un cadre méthodologique pour l'exécution des peines.

La responsabilité de l'exécution des peines et des mesures est assumée par les procureurs de la République nommés uniquement à cet effet ou en plus de leurs fonctions ordinaires, en vertu de l'art. 5 de la loi pénitentiaire. L'exercice du service public de l'exécution des peines privatives de liberté est en outre partagé entre différentes autorités administratives.

En vertu de l'art. 11 de la Loi n° 2992 sur l'organisation et la compétence du Ministre de la Justice, la Direction générale de l'Administration pénitentiaire est chargée de la gestion et de l'exploitation des prisons, de l'hébergement, du ravitaillement et de la (ré)éducation des détenus, ainsi que de la nomination et de la formation du personnel pénitentiaire. A cela viennent s'ajouter divers aspects de l'exécution des peines relevant de la compétence de la Direction générale de l'Administration pénitentiaire²⁹⁴.

Il en résulte donc que l'administration est responsable conjointement avec le procureur de la République de la gestion du service pénitentiaire, service déconcentré du Ministère de la Justice, au sens de l'art. 4 al. 4 lit. a du Décret en Conseil d'Etat d'application de la Loi pénitentiaire. Toutefois, dans la pratique, les procureurs de la République n'interviennent que peu, surtout lorsqu'il s'agit d'un problème débattu au sein de l'opinion publique²⁹⁵.

Il existe par ailleurs d'autres lois contenant des dispositions susceptibles de réglementer l'exécution des peines et mesures en droit turc. La loi pénitentiaire, tout fondamentale qu'elle soit, ne jouit donc pas d'un quelconque monopole normatif.

²⁹⁴ Voir également la Loi n° 1721 sur la gestion des établissements pénitentiaires et des maisons de détention, l'art. 10b de la Loi n° 5442 sur la gestion de la ville qui place dans la compétence du préfet et du procureur de la République les questions relatives à la sécurité des prisons et la surveillance des conditions sanitaires régnant sur les lieux.

²⁹⁵ SAĞLAM Y. (2003), p. 50.

La Loi du 12 avril 1991 relative à la prévention du terrorisme soumet à un régime différent les détenus condamnés pour actes de terrorisme. Pour mettre en œuvre le principe de justice prévu par la LEPM, l'une des lois majeures adoptées dans ce domaine est la Loi du 16 mai 2001 relative aux juges de l'application des peines, qui prévoit que des juges seront spécialement chargés de superviser les établissements pénitentiaires et de statuer sur les plaintes des détenus. Une autre disposition importante figure dans la Loi du 14 juin 2001 relative aux commissions de contrôle des établissements pénitentiaires, qui régit la supervision des établissements pénitentiaires par des commissions spécialisées.

V. Conclusion liminaire

Une personne incarcérée est, et demeure, «une personne humaine» à part entière dont les droits fondamentaux ne peuvent être méconnus. Par conséquent, l'Etat est soumis à diverses obligations pour garantir, en toutes circonstances, le respect des libertés individuelles.

Si les règles internationales relatives à la sauvegarde des droits de l'Homme nous semblent manquer d'efficacité à cause de leur force contraignante relative, il n'en demeure pas moins que les instruments adoptés au sein du Conseil de l'Europe, tout particulièrement la CEDH, ont permis de substantiels progrès dans ce domaine. On peut d'ailleurs légitimement penser que l'action conjointe de la Cour de Strasbourg et du Comité européen pour la prévention de la torture, ajoutée aux Règles pénitentiaires européennes et aux Recommandations du Conseil de l'Europe en matière d'exécution des peines privatives de liberté ont contribué à la création d'un socle commun d'idées ressemblant fort à un Code pénitentiaire européen.

L'accroissement du contrôle sur le plan européen n'a pas manqué d'entraîner une modification fondamentale des réglementations nationales. Les divergences entre l'organisation constitutionnelle turque et suisse ont eu pour conséquence que cette évolution connaît des modalités différentes. Si la Turquie a réformé ses

prisons au moyen d'une loi pénitentiaire détaillée, l'approche suisse combine à la fois l'approche législative et judiciaire. Les dispositions du CPS relatives à l'exécution des peines ne vont très certainement pas aussi loin dans la densité normative que la loi pénitentiaire turque, fédéralisme oblige, même s'il nous semble que les dispositions suisses procèdent d'un esprit plus moderne que celui baignant la législation turque. C'est pourquoi il est indispensable de consulter l'abondante jurisprudence constitutionnelle du Tribunal fédéral suisse.

Titre Deuxième: Les textes à l'épreuve de la réalité des prisons

§ 1. La dignité humaine: pierre angulaire de la sauvegarde des droits des détenus

I. La dignité humaine: une notion ambivalente saisie par le droit

Même si le détenu jouit de la protection des droits fondamentaux de la même manière que s'il était libre, comme on vient de le voir, cela ne veut nullement dire que sa situation matérielle soit comparable à celle d'un homme libre.

L'invocation de la dignité humaine au cours de l'exécution de la peine privative de liberté prend en effet une consonance particulière. Nous proposons tout d'abord une présentation générale de la notion de dignité humaine pour rendre cette notion opérationnelle dans le milieu pénitentiaire. Nous en examinerons par la suite les conséquences dans l'exécution de la peine privative de liberté.

L'expression de «dignité humaine» est souvent utilisée dans un sens très vague et en l'absence de toute définition. Nous ne tenterons pas de donner une définition précise de la notion, mais nous essayerons d'évoquer certains éléments qui peuvent fournir quelques explications sur ladite notion.

A. Les fondements de la notion de dignité humaine

Certes, si on veut aller plus loin et s'interroger sur ce qu'est la dignité humaine, la question devient plus complexe, car il semble impossible d'éviter de recourir à des références religieuses ou philosophiques²⁹⁶.

²⁹⁶ABIKHZER (2005), Tome I, p. 19.

L'idée d'appartenance à l'Humanité apparaît souvent dans les explications relatives à la notion de dignité humaine²⁹⁷. Elle se réfère à une qualité inséparablement liée à l'être humain, une éminence qui fait de l'Homme une valeur à respecter sans autre condition que d'être humain²⁹⁸. Cette approche reprend l'affirmation kantienne selon laquelle: «*l'Humanité est elle-même une dignité*»²⁹⁹. L'Humanité inhérente à chaque personne est une valeur immanente à protéger qui se matérialise à travers la notion de la dignité humaine³⁰⁰. La notion est donc indissociable de celle d'Humanité³⁰¹.

Apparemment, la relation entre les concepts d'Humanité et de dignité humaine reposerait sur une tautologie négative. L'absence d'Humanité est considérée comme contraire à la dignité humaine. Elle est la caractéristique même de l'absence de dignité humaine³⁰². Cela n'est pas entièrement exact dans la mesure où toute action niant l'Humanité d'une personne est forcément indigne, alors que toute action indigne n'est pas nécessairement inhumaine³⁰³.

La notion de dignité humaine est aussi liée à celles de respect et d'humiliation. La personne est considérée comme un être social. La notion implique donc la reconnaissance respectueuse de la dignité d'autrui³⁰⁴. Les idées d'humiliation et de respect peuvent servir à l'interprétation de la dignité humaine. Définir la violation de la dignité en tant que comportement qui humilie, peut permettre de tenter d'ébaucher une définition conceptuelle de la dignité humaine³⁰⁵. En outre, la perception de l'humiliation doit être comprise de façon subjective, c'est-à-dire comment la personne perçoit l'acte.

²⁹⁷ ABIKHZER (2005) Tome I, p. 19; EDELMAN (1999), pp. 25-34.

²⁹⁸ L'idée est inspirée de la nature spirituelle de l'âme chez Platon et dans la théologie chrétienne, selon laquelle l'âme humaine, en vertu de sa nature spirituelle, a une certaine ressemblance divine (imago Dei). Voir *L'Etat ou La République de Platon*, (traduction), (1840), p. 426.

²⁹⁹ KANT (1952), p. 758.

³⁰⁰ ABIKHZER (2005) Tome I, p. 52.

³⁰¹ FIERENS (2003), pp. 171-184.

³⁰² ABIKHZER (2005), Tome I, p. 52.

³⁰³ STATMAN (2000), pp. 523-540.

³⁰⁴ ATLAN (2006), p. 12.

³⁰⁵ ATLAN (2006), p. 12.

Il en ressort donc que la notion de respect de la dignité humaine vise à protéger les intérêts multiples et interdépendants de la personne allant de son intégrité corporelle à son intégrité morale et à son épanouissement personnel. La notion de dignité humaine possède une double dimension. La première, appelée la dignité «fondamentale»³⁰⁶ ou «inhérente»³⁰⁷ est une notion «statique»,³⁰⁸ puisque elle revient à tout être humain du simple fait de l'appartenance à l'Humanité et indépendamment des qualités morales de l'individu en question. La deuxième est la dignité «actuelle»³⁰⁹ ou «éthique», qui est une notion «dynamique»³¹⁰ car elle ne s'applique pas à la personne même, mais à son action qui varie en fonction des manifestations, et se traduit par les droits de la personnalité.

Une personne, tout en gardant sa dignité «fondamentale» ou «inhérente», peut connaître des conditions de vie indécentes contraires au principe d'Humanité. Dans ce cas, ce n'est pas sa dignité humaine «fondamentale» ou «inhérente» qui est mise en question, mais au contraire sa dignité «actuelle» ou «éthique»³¹¹.

Il découle de ce qui précède que la notion actuelle de dignité humaine se comprend comme la synthèse d'une valeur de l'Humanité et d'une qualité essentielle reconnue à toute personne³¹². L'intérêt de cette notion réside donc dans son aptitude à incorporer plusieurs dimensions. C'est pourquoi elle ne peut être définie simplement. Une partie de son contenu est du ressort de l'individu. Mais une autre découle des valeurs de la société.

B. La réception juridique de la notion

La notion est proclamée pour la première fois dans le texte de la Déclaration universelle des droits de l'Homme (DUDH) de

³⁰⁶ MAURER (1999), pp. 50-51.

³⁰⁷ ANDONO (2005), p. 9.

³⁰⁸ ANDONO (2005), p. 96.

³⁰⁹ MAURER (1999), p. 51.

³¹⁰ ANDONO (2005), p. 96.

³¹¹ MAURER (1999), pp. 49-50.

³¹² PAVIA (2006), pp. 143- 162.

1948³¹³. On passe donc d'une approche philosophique à la consécration d'une notion juridique³¹⁴. On retrouve par la suite des références à la dignité humaine dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (Pacte ONU II) et dans le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (Pacte ONU I).

La dignité telle que conçue dans ces instruments renvoie à la dignité de l'individu et à celle de l'Humanité³¹⁵. Elle joue un rôle central comme l'une des valeurs inspirant les droits de l'Homme et la société démocratique³¹⁶. La notion est toutefois employée en l'absence de toute définition³¹⁷.

La réception de la dignité humaine par l'ordre juridique cause un certain nombre de difficultés. La première découle de l'ambiguïté de la notion, car contrairement aux droits fondamentaux, la dignité humaine ne protège pas une activité spécifique, mais l'ensemble des droits de l'Humanité³¹⁸.

Il se pose aussi la question de savoir si la dignité humaine est bien dans la lignée des droits de l'Homme, car ces instruments se réfèrent à la dignité humaine en même temps qu'à l'égalité, à la liberté et aux droits fondamentaux³¹⁹.

Pour une partie de la doctrine, la dignité est «*inhérente*» (innée) et «*inaliénable*»³²⁰; autrement dit, elle est une valeur primordiale et prééminente et s'impose à toute activité étatique. Il s'agit d'un «*principe axiologique*»³²¹.

³¹³ Pour le principe de la dignité humaine tel qu'utilisé dans la DUDH, cf. notamment ARIELI (2002).

³¹⁴ LECOMPTE (2003), pp. 159-166.

³¹⁵ ANDRIANTSIMBAZOVINA (2006), p. 131.

³¹⁶ ROUSSEAU (1999), p. 110.

³¹⁷ ABIKHZER (2005), Tome I, p. 27; ATLAN (2006), p. 27.

³¹⁸ ATLAN (2006), p. 27.

³¹⁹ WALTER (1999), pp. 26-44.

³²⁰ LEWASZKIEWICZ-PETRYKOWSKA (1999), pp. 15-25.

³²¹ ANDRIANTSIMBAZOVINA (2006), pp. 131-142.

Certains n'hésitent pas à considérer la dignité humaine comme «*un principe matriciel*»³²². Elle est donc le fondement des autres droits, un objectif principal de la sauvegarde des droits de l'Homme. Elle sert à interpréter et concrétiser ces droits. Cette qualification est celle de la DUDH. Il suffit de lire le préambule de la DUDH, qui proclame dès sa première ligne que «*la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde*». Le Pacte ONU II et le Pacte ONU I reprennent les termes de la DUDH. La dignité humaine y est vue comme un principe fondateur dont découlent des conséquences juridiques³²³.

Pour d'autres, la dignité humaine, telle que conçue dans la DUDH, ne sert pas de fondement unique aux droits de l'Homme qui reposent également sur la liberté, la justice et la paix. Dans la mesure où d'autres instruments internationaux n'adoptent pas la même idée de la dignité humaine, on peut penser qu'il n'y a pas de consensus interétatique pour établir une hiérarchie entre les droits de l'Homme³²⁴. Quant aux Pactes ONU I et II, ils reconnaissent en outre «*que ces droits découlent de la dignité inhérente à la personne humaine*». La dignité humaine y est davantage une source des droits de l'Homme que leur fondement.

D'autres soulignent le fait que la dignité humaine est un concept nouveau qui a une autonomie théorique par rapport aux droits de l'Homme³²⁵. La liberté serait le concept fondateur des droits de l'Homme, tandis que la dignité désignerait plutôt l'essence de l'Humanité³²⁶. Par conséquent, les restrictions de la liberté au nom de la dignité se justifient. La dignité serait alors située au plus profond de l'essence de l'Homme, de sorte que la liberté lui serait subordonnée.

³²² MATHIEU B. (1995), p. 211. Pour certains auteurs, la tentative d'affirmer un principe matriciel des droits de l'Homme introduirait la confusion quant à leur valeur. A cet égard voir notamment PAVIA (2006).

³²³ BORELLA (1999), pp. 29-38.

³²⁴ BENCHICKH (1999), pp. 37-52.

³²⁵ EDELMAN (1997), p. 185.

³²⁶ EDELMAN (1997), p. 185.

A notre avis, la troisième approche est celle qui rend le mieux compte des rapports entre la dignité humaine et les droits de l'Homme. Elle doit cependant être complétée. On ne peut pas pour autant considérer la dignité humaine comme le noyau dur des droits fondamentaux. La dignité humaine est en effet violée bien avant que l'essence d'un droit fondamental ne soit atteinte. Le contexte dans lequel la restriction intervient est également important. Ainsi, une restriction bénigne, mais chicanière, des droits de l'Homme peut s'avérer contraire à la dignité humaine sans pour autant que l'essence du droit fondamental ne soit atteinte ou que la restriction s'avère disproportionnée eu égard à l'intérêt public protégé.

La réception juridique de la notion de dignité humaine apporte certains éclaircissements à la notion jusqu'ici restée vague, notamment du fait de l'absence de toute définition faisant autorité en droit international des droits de l'Homme.

Il convient de faire une distinction entre les différents rôles que peut jouer la dignité: comme susmentionné, elle peut servir de base à des droits définis, ou de valeur. En vertu de ces rôles, elle peut être invoquée à l'appui du constat de la violation de ces droits, mais aussi pour promouvoir des valeurs qui devraient être partagées au niveau de la société. Enfin, la dignité humaine peut être invoquée au même titre que d'autres principes fondamentaux³²⁷. Il s'agit d'une notion cadre³²⁸.

Sur le plan européen, à défaut d'une disposition spécifique dans le texte de la Convention européenne des droits de l'Homme, la Cour EDH a comblé cette lacune. Selon elle, la dignité constitue «*l'essence même de la Convention*»³²⁹. Le juge européen en fait une notion prétorienne³³⁰.

Les ordres juridiques nationaux soulignent aussi le respect de la dignité humaine. Ils n'apportent pas cependant plus de précision à la définition de cette notion. Le respect de la dignité humaine prescrit à l'art. 7 de la Constitution suisse s'entend comme le

³²⁷ MOON/ALLEN, p. 6.

³²⁸ TERRE (2007), p. 108.

³²⁹ Cour EDH, *S.W. c. Royaume-Uni*, n°20166/92, arrêt du 22 novembre 1995, § 44, série A n° 335-B.

³³⁰ JEANNIN (2006), pp. 101-120.

noyau des droits fondamentaux. Il ne s'agit pas toutefois pas d'un droit subjectif, mais d'un droit objectif qui représente une valeur-clé dans l'interprétation des droits fondamentaux³³¹.

Quant à la Constitution turque, elle mentionne les attributs essentiels de la dignité humaine dans son article 17, sans toutefois y faire référence d'une manière explicite. D'ailleurs, cet article n'est pas une disposition ayant pour objectif l'affirmation de la reconnaissance de cette notion comme base du système juridique. Cependant, l'article 2 qui stipule que la République Turque est «respectueuse des droits de l'Homme», ainsi que l'article 12, qui énonce l'inviolabilité et l'inaliénabilité des droits fondamentaux, doivent également être pris en compte. En outre, d'autres dispositions constitutionnelles traduisent cette approche et la signification croissante de la dignité humaine dans l'ordre constitutionnel, comme l'interdiction de toucher à l'essence des droits fondamentaux ou l'obligation de proportionnalité en cas de restriction d'un droit fondamental. Sans être mentionnée expressément, la dignité humaine nous semble toutefois constituer l'arrière-plan de tout le discours sur les droits fondamentaux contenu dans la Constitution turque.

Au niveau législatif, les législations internes contiennent également des dispositions qui traduisent le respect dudit principe dans le domaine pénitentiaire. L'administration pénitentiaire doit assurer le respect de la dignité inhérente à la personne humaine au cours de l'exécution de toutes les peines et mesures³³².

La notion de dignité humaine est devenue un concept juridique opérationnel pour désigner ce qu'il y a d'humain dans l'homme, ce qui mérite d'être protégé. Tout ce qui tend à dénier l'humanité de l'homme sera considéré comme une atteinte à cette dignité. Le respect de la dignité humaine exige donc le caractère inconditionnel de la garantie. Le respect de la dignité humaine est un bouclier qui peut se justifier comme moyen d'empêcher toute atteinte à la condition humaine.

³³¹ Voir AUER/MALINVERNI/ HOTTELIER, vol. II, (2006), p. 144. En ce qui concerne notre sujet, le Tribunal fédéral se réfère à la notion en matière de conditions de détention. A cet égard, voir notamment ATF 123 I 221, 229 et 233. Voir aussi FF 1997 I 198.

³³² Art. 74 CPS; art. 2 de la LEPM.

II. La dignité humaine au service de l'exécution de la peine privative de liberté

Il est indéniable que les privations que le détenu endure entraînent des conséquences tant sur le plan psychique que relationnel³³³. Le détenu développe une image négative de lui-même, un sentiment d'infériorité³³⁴. L'individu incarcéré peut se sentir exclu de l'Humanité.

La double dimension susmentionnée de la dignité humaine lui convient donc parfaitement. Quel que soit le comportement par lequel l'individu en prison a enfreint la loi, sa dignité, soit son appartenance à l'Humanité doit être respectée, car il la garde indépendamment de son acte et de sa condamnation³³⁵.

Il devient impossible de parler d'humanisation de la prison sans reconnaissance préalable de la dignité humaine. Cela se traduit dans le domaine pénitentiaire par un mouvement de réforme inspiré de la dignité humaine, visant à traiter avec davantage d'humanité l'Homme détenu³³⁶.

³³³ VACHERET/LEMIRE (2007), p. 42.

³³⁴ POULALION (2004), pp. 339-366.

³³⁵ MAURER (1999), p. 52.

³³⁶ DEBOVE (1997), pp. 49-61.

§ 2. Une protection accrue des droits strictement attachés à la dignité humaine

L'atteinte à l'intégrité physique et psychique en milieu pénitentiaire revêt un aspect primordial. La première dimension de la dignité humaine, dignité fondamentale, se concrétise à travers le droit à la vie, l'inviolabilité du corps humain et l'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants. Il s'agit de droits strictement attachés à la notion de dignité humaine³³⁷ garantis respectivement par les articles 6 et 7 du Pacte ONU II, par les articles 2 et 3 de la CEDH³³⁸, par l'art. 10 de la Constitution suisse et par l'art. 17 de la Constitution turque. A ces droits s'ajoutent l'interdiction de l'esclavage.

Reconnaissant l'importance de la protection octroyée par le droit à l'intégrité physique, à l'instar de l'art. 3 CEDH, les ordres juridiques mettent en avant son caractère absolu, en refusant une éventuelle dérogation dans les cas d'état de nécessité, d'urgence ou de guerre.

En revanche, le droit à la vie souffre plusieurs exceptions. De ce fait, certains auteurs estiment que *«le principal droit à la protection absolue n'est pas la vie, c'est le droit à la dignité humaine dans la mesure où il fonde l'interdit absolu de la torture, des traitements inhumains ou dégradants, de l'esclavage»*³³⁹.

L'interdiction des traitements inhumains et dégradants exprime ainsi la dignité fondamentale, c'est-à-dire une dignité attachée à la

³³⁷ MATHIEU B. (2005), p. 13.

³³⁸ Selon la Cour EDH, l'art. 2 de la Convention qui garantit le droit à la vie figure parmi les articles primordiaux de la Convention et, combiné avec l'article 3 qui assure l'interdiction des mauvais traitements, consacre *«l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques qui forment le Conseil de l'Europe»*.

³³⁹ DELMAS-MARTY (1994), p. 486. Dans le même sens, dans la décision d'irrecevabilité du 2 mars 1994, *Lanz c. Suisse*, n° 20881/92, l'AComm. EDH estima que la dignité humaine était garantie par l'art. 3 de la CEDH.

personne humaine³⁴⁰. On peut néanmoins trouver dans la pratique jurisprudentielle de la Cour européenne des droits de l'Homme à propos de l'article 3 quelques éclaircissements relatifs aux liens entre la dignité humaine et l'Humanité, similaires à ceux dont nous avons traité à propos des fondements philosophiques de la dignité humaine. L'interprétation de l'art. 3 nous conduit à conclure que tous les actes considérés comme inhumains par la Cour EDH sont forcément dégradants, alors que les actes dégradants ne sont pas nécessairement inhumains. Un acte dégradant est donc contraire à la dignité humaine, pas forcément à l'Humanité, alors qu'un acte inhumain viole également la dignité humaine. La Cour EDH va même plus loin en retenant qu'il existe une troisième catégorie d'actes, qui constitue en fait une sous-catégorie des actes inhumains et qui se démarquent par l'intensité de la souffrance infligée aux victimes: les actes de torture³⁴¹.

L'exégèse des dispositions conventionnelles par la jurisprudence devrait suffire à identifier les actes tolérés ou intolérables en milieu carcéral, ce que nous allons aborder dans les développements qui suivent.

I. La protection du détenu contre la violence

L'individu incarcéré se voit exclu du monde extérieur et privé de l'exercice de ses libertés³⁴². Il est indéniable que ces privations entraînent des conséquences sur le détenu tant sur le plan psychique que relationnel³⁴³, car elles touchent à «*des secteurs névralgiques de l'activité humaine*»³⁴⁴. A ces souffrances inhérentes à l'incarcération³⁴⁵ s'ajoutent l'inégalité des rapports de force³⁴⁶, ainsi que les obligations et les interdictions qui s'imposent

³⁴⁰ MAURER (1999), p. 625; GABORIAU (2006).

³⁴¹ Voir notamment, Cour EDH, *Irlande c. Royaume-Uni*, arrêt du 18 janvier 1978, § 162, série A n° 25, p. 65.

³⁴² COMBESSIE (2000), p. 26.

³⁴³ VEDRINNE (1980), p. 15.

³⁴⁴ VACHERET/LEMIRE (2007), p. 42.

³⁴⁵ HATTEM (1991), pp. 137-156.

³⁴⁶ TARTAKOWSKY (1995), p. 239; COMBESSIE (2000) p. 86; CHAUVENET (2006), p. 374. A ce propos, CARDET (2004), p. 534, note que «*de la violence structurelle et diffuse générée par l'établissement pénitentiaire*

à lui³⁴⁷. Les tensions augmentent et les sources de conflits se multiplient à l'intérieur des murs³⁴⁸.

Les détenus qui se retrouvent incapables d'extérioriser «*les sentiments auxquels ces contraintes donnent lieu*»³⁴⁹, deviennent ainsi frustrés³⁵⁰, fragilisés, vulnérables³⁵¹ face à l'institution³⁵². Leur identité est «blessée»³⁵³, ils développent, répétons-le, une image de soi négative, un sentiment d'infériorité³⁵⁴.

Ils se trouvent subitement dans une impasse, dont ils ne pensent pouvoir s'échapper que par la violence³⁵⁵; leur motivation est claire: se battre contre la violence institutionnelle ou lui échapper³⁵⁶, voire se protéger contre elle³⁵⁷. Les détenus s'prennent, par leurs comportements agressifs, à eux-mêmes, à leurs codétenus ou aux intervenants de l'exécution des peines³⁵⁸. Même si tout acte auto-agressif relève apparemment du libre choix du détenu, il est tout de même possible de s'interroger sur la liberté de ce choix³⁵⁹.

Les comportements auto-agressifs se manifestent par le suicide, les grèves de la faim et l'automutilation. Quant aux comportements

au travers notamment de ses privations, humiliations et techniques de dépersonnalisation à la violence psychologique subie par le personnel pénitentiaire et les détenus du fait même d'être enfermés, en passant par la violence institutionnelle née de la confrontation d'un individu avec une structure d'essence totalitaire, l'incarcération, qui participe incontestablement d'une mise à distance de la violence, constitue donc une violence, avant même de produire de la violence».

³⁴⁷ En ce sens, FOUCAULT (1975), p. 22, précise que le corps n'est plus tranché dans sa chair, mais dans ses processus mentaux et affectifs.

³⁴⁸ COMBESSIE (2000), p. 86; CHAUVENET (2006), p. 374.

³⁴⁹ HATEM (1991), p. 138.

³⁵⁰ Voir DAIGLE/COTE (2005).

³⁵¹ MAURER (1999); TRECHSEL (2004a).

³⁵² COMBESSIE (2000), pp. 86 ss.

³⁵³ ROSTAING (1997), p. 246.

³⁵⁴ POULALION (2004), p. 340; BARTHOLEYNS/BEGHIN/BELLIS/MARY (2002), p. 156.

³⁵⁵ CHAUVENET (2006), p. 373.

³⁵⁶ Voir GROVES (2004), pp. 49-64.

³⁵⁷ CHAUVENET (2006), p. 374.

³⁵⁸ GROVES (2004), pp. 49- 64

³⁵⁹ LAMOTHE (1997), p. 158; MALEMPRE (2001), pp. 110 ss; TRECHSEL (2004), p. 106; JENDLY (2005), p. 276.

«hétéro-agressifs», ils apparaissent quand le détenu «*profère de sérieuses menaces d'attenter à la vie d'autrui ou (...) présente de sérieux signes allant dans ce sens*»³⁶⁰. La violence en prison revêt aussi une dimension collective. Cette forme de violence est «*hétérogène*»³⁶¹ et découle d'un rassemblement de détenus qui partagent «*un ou plusieurs objectifs communs liés au fonctionnement de l'établissement ou matérialisant le refus de leurs conditions de détention*»³⁶².

Les comportements agressifs portent atteinte au corps humain, peuvent même entraîner la mort ou une maladie ou une blessure grave de la personne incarcérée. La question se pose dès lors de savoir quel doit être le degré d'intervention de l'administration pénitentiaire dans la liberté personnelle des détenus pour prévenir de tels comportements et quelle est sa responsabilité si l'événement se produit. La tâche confiée à l'Etat est délicate, voire complexe, lorsque les comportements auto-agressifs et hétéro-agressifs qui visent la vie sont commis par une personne incarcérée.

Le droit d'un individu est avant tout celui d'exister. Il est la condition même de la jouissance de l'un quelconque des autres droits fondamentaux³⁶³. Il s'agit d'une liberté «*centrale*»³⁶⁴, qui protège l'individu dans ce qu'il a de plus élémentaire et de plus précieux, soit dans son intégrité physique. Ce droit est affirmé aussi bien dans les instruments internationaux que dans les constitutions. La DUDH en son article 3, le Pacte ONU II en son

³⁶⁰ JENDLY (2005), p. 276.

³⁶¹ CERE (2007a), p. 92.

³⁶² CERE (2007a), p. 92.

³⁶³ MATHIEU B. (2006); SAVCI B. (1980), pp 39-40; MAHON in AUBERT/MAHON (2003), p. 103. Principe confirmé par la Cour EDH dans son arrêt *Pretty c. Royaume-Uni*, du 29 avril 2002, § 37, Recueil des arrêts et décisions 2002-III.

³⁶⁴ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, vol. II, (2006), p. 143; HOTTELIER (2003), p. 1; ATF 90 I 29, JdT 1964 I 596. Il convient aussi de noter que la Cour EDH dans l'arrêt *Pretty c. Royaume-Uni* considère que si l'art. 2 CEDH protège le droit à la vie et représente une disposition primordiale sans laquelle la jouissance de l'un quelconque des autres droits et libertés garantis par la Convention serait illusoire, la disposition de la Convention ne saurait pour autant être interprétée comme conférant un droit diamétralement opposé, autrement dit un droit de mourir, ni conférer un droit à l'autodétermination donnant le droit de choisir la mort plutôt que la vie. Voir HOTTELIER (2003), p. 11.

article 6, la CEDH en son article 2 § 1, la Constitution suisse en son art. 10 §1 et la Constitution turque en son art. 17 consacrent le droit à la vie.

La convergence des systèmes conventionnels et constitutionnels est significative : elle affirme que le droit à la vie constitue «*un attribut inaliénable de la personne humaine et qu'il forme la valeur suprême dans l'échelle des droits de l'homme*»³⁶⁵. Il découle d'un tel constat que ce droit bénéficie d'une protection absolue et que toute violation volontaire constitue une atteinte à son essence même³⁶⁶.

Le droit à la vie, l'inviolabilité du corps humain et l'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants sont des droits strictement attachés à la notion de dignité humaine³⁶⁷. La protection du corps incarcéré est l'un des plus anciens objectifs de l'emprisonnement³⁶⁸. Bien que l'obligation de protection du détenu ne soit pas expressément prévue par les dispositions pertinentes sur les droits de l'Homme, ces dernières ont été interprétées de façon à imposer à l'État un devoir de protection spécial du fait de la situation de dépendance de la personne incarcérée, et du fait de sa vulnérabilité³⁶⁹.

Il ressort de la jurisprudence de la Cour EDH que les exigences découlant des articles 2 et 3 CEDH peuvent, dans certaines circonstances bien définies, mettre à la charge des autorités l'obligation positive de prendre préventivement des mesures d'ordre pratique pour protéger l'individu contre autrui ou contre lui-même, ainsi que contre la violence institutionnelle³⁷⁰.

³⁶⁵ cf. Cour EDH, *Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne* arrêt du 22 mars 2001, § 94, Recueil des arrêts et décisions 2001-II; dans le même sens MAHON in AUBERT/MAHON (2003), p. 105; FF 1997 I 148.

³⁶⁶ ATF 98 Ia 508, JdT 1973 I 490, cons. 4a.

³⁶⁷ MATHIEU B. (2005), p. 13.

³⁶⁸ LARRALDE (1993), p. 284.

³⁶⁹ RICHARDSON (1995), p. 191; EREM (1997), p. 342; VAN KEMPEN (2008), p. 23.

³⁷⁰ Cour EDH, *Tanribilir c. Turquie*, n° 21422/93, arrêt du 16 novembre 2000, § 70; Cour EDH, *Keenan c. Royaume-Uni*, n° 27229/95, arrêt du 3 avril 2001, § 89, Recueil des arrêts et décisions 2001-III.

Les textes internationaux, tels que les règles pénitentiaires de 2006, les normes du CPT et les recommandations du Conseil de l'Europe soulignent aussi que l'obligation pour l'Etat de protéger la vie d'une personne est renforcée lorsque cette dernière se trouve sous sa garde³⁷¹. Le seul fait qu'une personne privée de liberté décède dans de telles conditions est susceptible de poser la question du respect par l'Etat de son obligation de protéger la vie de cette personne. Nous pensons que l'administration doit mettre en œuvre les moyens susceptibles de prévenir la réalisation de tels actes.

Cependant, il convient alors de distinguer plusieurs cas de violence au sein de la prison pour tracer les contours de la responsabilité des autorités pénitentiaires ainsi que pour préciser les ingérences permises dans les droits des détenus.

A. La protection du détenu contre sa propre violence

1. Le suicide en milieu carcéral

1.1. La prévention du suicide

La prévention du suicide est une tâche épineuse. Il peut y avoir des difficultés tant au niveau des mesures à prendre qu'à celui de l'identification des individus présentant un risque de suicide. L'évaluation de la vulnérabilité du détenu ainsi que le repérage du risque suicidaire sont essentiels pour la prévention du suicide. Il convient de connaître les indices de cette vulnérabilité et par la suite, pour parer au risque, d'adopter une prise en charge conçue à cet effet³⁷². Pourtant, des mesures d'ordre général peuvent provoquer du mécontentement dans l'ensemble des détenus et présenter ainsi un danger pour l'ordre au sein de l'établissement³⁷³.

Les textes internationaux ne prescrivent pas de mesures ou de précautions applicables en vue de la prévention du suicide en

³⁷¹ TULKENS F. (2004), p. 1614.

³⁷² TERRA (2006), p. 336.

³⁷³ HERZOG-EVANS (1998b), p. 128.

milieu carcéral. Les Règles minima des Nations Unies consacrent une règle³⁷⁴ sur les services médicaux. Elle dispose que les services médicaux interviennent en cas de suicide. Selon le libellé de la disposition, le médecin pénitentiaire est chargé de surveiller la santé physique et mentale des détenus. Il devrait voir chaque jour tous les détenus malades, tous ceux qui se plaignent d'être malades, et tous ceux sur lesquels son attention est particulièrement attirée. Il doit en outre présenter un rapport au directeur chaque fois qu'il estime que la santé physique ou mentale d'un détenu a été, ou sera affectée par la prolongation de la détention ou par une modalité quelconque de celle-ci.

Quant aux Règles pénitentiaires européennes de 2006, elles se contentent de préciser à leur article 47 que le service médical en milieu pénitentiaire devrait porter une attention particulière à la prévention du suicide.

Cependant, des solutions concrètes se dégagent des normes du CPT. Le Comité souligne que la prévention des suicides constitue un domaine relevant de la compétence d'un service de santé pénitentiaire³⁷⁵. Il revient à celui-ci d'assurer une sensibilisation à ce problème au sein de l'établissement, ainsi qu'une mise en place de dispositifs appropriés.

Selon le CPT, le contrôle médical lors de l'admission peut jouer un rôle important dans le processus de repérage des détenus à tendance suicidaire et atténuer en partie l'anxiété éprouvée par tous les détenus nouvellement arrivés. Il convient de placer les détenus présentant un risque de suicide en observation particulière. Les autorités pénitentiaires doivent veiller, en outre, à ce que les installations à l'intérieur des cellules ne donnent pas à ces détenus le moyen de s'automutiler.

A cet effet, elles doivent retirer tous les objets tels que les instruments tranchants, la ceinture ou les lacets, et le cas échéant, les draps ou une partie des vêtements. Les autorités pénitentiaires doivent prendre *«des mesures nécessaires pour assurer une bonne circulation de l'information - tant au sein d'un établissement donné*

³⁷⁴ Règle 25 des Règles minima de 1955.

³⁷⁵ Cf. les normes du CPT, CPT/Inf/E (2002) 1, Rev. 2006.

que, si nécessaire, entre des établissements (et plus particulièrement entre leurs services de santé respectifs) - au sujet des personnes ayant été identifiées comme potentiellement à risque»³⁷⁶.

A cela s'ajoute la Recommandation R(98)7(2) du Comité des ministres du Conseil de l'Europe relative aux aspects éthiques et organisationnels des soins de santé en milieu pénitentiaire, précisant que les risques de suicide devraient être appréciés en permanence par le personnel médical et pénitentiaire. Suivant le cas, des mesures de contention physique conçues pour empêcher les détenus malades de se porter préjudice à eux-mêmes, une surveillance étroite et permanente et un soutien relationnel devraient être utilisés pendant les périodes de crise. Pourtant, cette observation particulière doit être proportionnée: une surveillance renforcée durant la journée entière, surtout la nuit, afin de vérifier le plus souvent possible que le détenu est en vie, est considérée comme un système de prévention qui peut générer en soi des comportements suicidaires par son aspect totalitaire et, paradoxalement, inhumain.

Le suicide figure parmi les principales causes de décès dans les établissements pénitentiaires suisses³⁷⁷. Faute de statistique concernant les causes de décès dans les établissements pénitentiaires, il nous est impossible de préciser dans quelle mesure le phénomène du suicide est récurrent dans les établissements pénitentiaires turcs. Toutefois, il ressort de la jurisprudence que la Turquie, à l'instar de la Suisse, n'est pas épargnée. La jurisprudence, tout comme l'administration pénitentiaire, semblent nier l'obligation positive de l'Etat de protéger le détenu contre sa propre violence. L'administration pénitentiaire turque n'aborde la question du suicide en prison que sous l'angle de la sanction disciplinaire qui y est attachée. Cela revient à considérer la tentative de suicide comme un caprice du détenu aux fins de faire plier l'administration pénitentiaire, caprice qui doit être sanctionné. En fait, une telle approche, outre son côté ouvertement choquant, revient à nier purement et simplement le

³⁷⁶ Voir les normes du CPT, CPT/Inf/E (2002) 1, Rev. 2006.

³⁷⁷ Pour une étude criminologique du suicide en milieu carcéral en Suisse cf. notamment SATTAR/KILLIAS (2005).

droit des détenus à la vie, vu que le suicide est davantage considéré comme un acte de défiance que comme l'anéantissement d'une vie. Malheureusement, cette approche semble partagée, dans une certaine mesure, par les juges turcs chargés de l'exécution des peines. Dans une affaire où les détenus ayant tenté de se suicider ont été frappés de la sanction disciplinaire d'interdiction de recevoir des visites, au motif qu'ils ont porté atteinte à l'ordre de l'établissement pénitentiaire, le juge d'exécution des peines a certes annulé la sanction disciplinaire, mais pour des motifs pour le moins surprenants. Il a souligné le fait que les détenus étaient seuls lorsqu'ils ont commis leur tentative de suicide et donc qu'ils ne pouvaient pas porter atteinte à l'ordre ni présenter un mauvais exemple pour d'autres détenus³⁷⁸. Il ressort *a contrario* que lorsque le détenu commet une tentative de suicide en présence de codétenus, cet acte mériterait une sanction disciplinaire. Cette approche est pour le moins incompatible avec l'obligation positive de l'Etat en matière de prévention des suicides³⁷⁹.

Dans une affaire où le détenu avait des antécédents psychologiques, le juge, en se référant à l'état de santé fragile du détenu, a estimé que la sanction disciplinaire d'interdiction de recevoir des visites aggraverait l'état du détenu et que cela inciterait le détenu à commettre l'irréparable³⁸⁰.

Nous pensons qu'il revient à l'administration pénitentiaire de se doter d'une norme minimale valable pour tous les détenus, à l'exception de ceux qui requièrent une attention particulière. Il est indispensable de prévenir des comportements auto-agressifs notamment le suicide, en adoptant toutes les mesures qui s'avèrent nécessaires. Pourtant, il est fondamental que ces mesures ne portent pas atteinte aux droits fondamentaux des détenus. Il nous paraît approprié d'adopter à cette fin un manuel qui indique les mesures nécessaires à prendre. Ce manuel doit contenir en outre les indications concernant la prévention du suicide à l'usage du personnel pénitentiaire établies par l'Organisation mondiale de la santé.

³⁷⁸ Adana İnfaz Hakimliği (JEP), 25 mars 2004, E. 2004/50, K. 2004/50.

³⁷⁹ Ankara İnfaz Hakimliği (JEP), 22 août 2003, E. 2003/90, K. 2003/86.

³⁸⁰ Adana İnfaz Hakimliği (JEP), 22 avril 2004, E. 2004/69, K. 2004/69.

1.2. Les contours de la responsabilité de l'Etat du fait du suicide du détenu

La personne incarcérée jouit, tout comme la personne en milieu libre, du droit de disposer de son corps³⁸¹. Bien que ce droit ne signifie nullement qu'une prérogative positive est accordée à l'individu en tant que corollaire du droit à la vie, à savoir un droit à mourir³⁸², le suicide en liberté n'est pas incriminé et n'entraîne pas - en principe - la responsabilité de l'Etat de protéger la vie du détenu contre lui - même.

Cependant, le cas du suicide en prison³⁸³ se distingue du suicide en milieu libre³⁸⁴. Il s'agit du comportement auto-agressif le plus fréquent et d'un des plus violents³⁸⁵ en prison. C'est un phénomène complexe et plurifactoriel³⁸⁶. Il se soumet, contrairement à ce qu'on pense, à une logique rationnelle³⁸⁷. Ces facteurs sont liés aux conditions de l'emprisonnement³⁸⁸, au vécu du détenu, à la gestion pénitentiaire³⁸⁹, ainsi qu'aux effets de l'incarcération³⁹⁰ sur l'état de santé mentale du détenu: refus de la logique pénale et des contraintes, protestation de son innocence, renversement des rapports de force, évasion par la mort³⁹¹, «*volonté de s'auto-punir*»³⁹².

La jurisprudence de la Cour EDH trace de manière précise et détaillée les contours de la responsabilité des autorités pénitentiaires en ce qui concerne la protection du détenu contre sa

³⁸¹ DE SCHUTTER (2003), p. 92.

³⁸² Voir, Cour EDH, *Pretty c. Royaume-Uni*, arrêt précité.

³⁸³ Sur le suicide en prison voir BERNHEIM (1987); BOURGOIN (1994), TOURNIER/CHEMITHE (1979); CHESNAIS (1977).

³⁸⁴ BOURGOIN (2001), p. 134; CERE (2007a), p. 102.

³⁸⁵ BOURGOIN (2001), p. 133; VACHERET/LEMIRE (2007), p. 48.

³⁸⁶ MALEMPRE (2001), p. 112.

³⁸⁷ BOURGOIN (1994); dans son étude sociologique sur le suicide en prison l'auteur a démontré que le suicide en prison se soumet à une logique rationnelle.

³⁸⁸ CERE (2007a), p. 101.

³⁸⁹ MALEMPRE (2001), p. 112.

³⁹⁰ HIVERT (1980), p. 99.

³⁹¹ BOURGOIN (1998), p. 229; dans le même sens SCHAUB-LANDAU (1972) p. 43.

³⁹² HERZOG-EVANS (1998b), p. 126; dans le même sens HIVERT (1980); BOURGOIN (1994).

propre violence. Dans certaines circonstances particulières, la Cour EDH estime également que l'art. 2 de la Convention peut mettre à la charge des autorités l'obligation positive de prendre préventivement des mesures d'ordre pratique contre lui-même³⁹³.

Face à cette situation d'automutilation, quelle est alors la légitimation d'une intervention des autorités administratives ?

Selon HERZOG-EVANS, dans le cas d'une automutilation en prison, le respect du désir de mort de la personne ne constitue qu'un «(...) *argument philosophique qui n'emporte pas la conviction dans la mesure où les causes de suicide (...) sont principalement liées à l'incarcération elle-même : leurs auteurs ne se seraient pas suicidés s'ils étaient restés libres. L'incarcération a par ailleurs aggravé leur désocialisation voire est responsable de celle-ci*»³⁹⁴.

D'aucuns situent cette contradiction entre le «laisser-faire» et la prévention de ces actes pour en conclure que *«de cet état de fait paradoxal émerge une certitude: le passage à l'acte quel qu'il soit, ne doit pas être provoqué par le fonctionnement carcéral dans son ensemble, et si - comme on pourrait légitimement penser -, c'est malgré tout le cas, l'administration pénitentiaire devrait être à même de prévoir la mise en place de mesures de prévention (...)»*³⁹⁵.

Se pose alors la question de savoir comment rendre compatible cette obligation de prévention incombant aux autorités pénitentiaires avec la liberté personnelle du détenu, et surtout comment déterminer le degré de la responsabilité des autorités en cas de suicide.

Il ressort de la jurisprudence de la Cour EDH que les autorités pénitentiaires doivent s'acquitter de leurs tâches de manière compatible avec les droits et libertés de l'individu concerné³⁹⁶. Les

³⁹³ Cour EDH, *Tanribilir c. Turquie*, arrêt précité, § 70.

³⁹⁴ HERZOG-EVANS (1998b), p. 129.

³⁹⁵ LAMOTHE (1997), p. 158; MALEMPRE (2001), pp. 110 ss.

³⁹⁶ Cour EDH, *Keenan c. Royaume-Uni*, arrêt précité, § 92 ; Cour EDH, *Younger c. Royaume-Uni*, décision d'irrecevabilité du 7 janvier 2003, § 70, Recueil des

mesures et les précautions de nature générale prises en la matière, doivent être compatibles avec le droit à l'autodétermination de l'intéressé. Quant à savoir s'il faut prendre des mesures plus strictes à l'égard d'un détenu et s'il est raisonnable de les appliquer, cela dépend des circonstances de l'affaire.

Le suicide d'une personne dont l'Etat doit assurer la surveillance constitue l'une des situations les plus délicates à traiter pour une juridiction³⁹⁷. Pour engager la responsabilité de l'autorité pénitentiaire, il faudra prouver l'incidence du comportement de l'administration sur le déclenchement du suicide.

Deux éléments entrent en ligne de compte dans l'examen du manquement à l'obligation positive, dans la jurisprudence de la Cour EDH. La Cour cherche à savoir dans un premier temps si les autorités connaissaient ou auraient dû connaître l'existence d'un «*risque immédiat et réel*»³⁹⁸ que le détenu attenterait à sa vie. Une simple négligence ne suffit pas pour entraîner la responsabilité de l'Etat. Dans le cas où la santé psychique du détenu demeure incertaine et indécise, et qu'il a été placé, seul, dans une cellule d'observation et a été autorisé à disposer d'une ceinture et d'un drap, la Cour EDH a considéré que ces manquements vont au-delà de simples erreurs de jugement ou d'imprudences et constituent une négligence en matière de précautions minimales inhérentes à la vie carcérale³⁹⁹.

Il faut que la négligence susceptible d'être reprochée à un Etat soit d'une certaine importance, puisque l'Etat n'a pas l'obligation «*d'empêcher toute violence potentielle*»⁴⁰⁰. La Cour EDH refuse donc d'appliquer un test de «*possibilité réelle*» afin d'imaginer la situation si les autorités avaient agi avec une précaution raisonnable en vue de se rendre compte d'un risque de suicide.

arrêts et décisions 2003-I ; Cour EDH, *Renolde c. France*, n° 5608/05, arrêt du 16 octobre 2008, § 83.

³⁹⁷ PECHILLON (2006), p. 133.

³⁹⁸ Cour EDH, *Keenan c. Royaume-Uni*, arrêt précité, § 92.

³⁹⁹ Cour EDH, *Kilavuz c. Turquie*, n° 8327/03, arrêt du 21 octobre 2008.

⁴⁰⁰ Cour EDH, *Mastromatteo c. Italie* [GC], n° 37703/97, arrêt du 24 octobre 2002, §68, ECHR 2002-VIII ; *Tanribilir c. Turquie*, arrêt précité, § 71.

Selon la Cour EDH, un tel test placerait «*beaucoup trop bas le seuil de violation de l'article 2*»⁴⁰¹.

En outre, il faut tenir compte de «*l'imprévisibilité du comportement humain et des choix opérationnels à faire en termes de priorités et de ressources*»⁴⁰². Pour conclure à la responsabilité de l'Etat, selon la Cour EDH, il faut que le moyen choisi par le détenu soit facilement prévisible pour les autorités pénitentiaires. A cet encontre, des cordes fabriquées à partir des manches décousues de la chemise du détenu constituent un moyen difficilement prévisible de mettre fin à ses jours⁴⁰³.

Une fois que la Cour EDH estime qu'il y avait un risque immédiat et réel pour la vie du détenu, elle évalue si les autorités en question ont pris toutes les mesures qui s'avèrent nécessaires pour pallier à ce danger. A l'issue de cet examen, si la Cour EDH constate que les autorités ont eu connaissance du risque de suicide, et que malgré cela, elles n'ont pas accompli ce qu'il leur incombait, la Cour EDH conclut à la violation de l'art. 2 § 1 de la CEDH.

Dans un cas où le détenu, le matin même de son suicide, avait sans succès fait appel deux fois à un médecin et qu'il avait à ce moment révélé qu'il était toxicomane, la Cour EDH a considéré que ce ne sont pas des données suffisantes pour permettre aux autorités de savoir qu'il était un sujet à risque⁴⁰⁴. Dans une autre affaire, la Cour EDH estima que les antécédents du détenu auraient dû interpeller les autorités sur les risques d'un état d'ébriété associé à une punition de cellule. Pour autant, même si la Cour s'interroge sur le fait que le détenu a pu avoir accès à l'alcool le jour de sa mort, elle ne trouve pas ce manque de réaction de l'autorité suffisant pour impliquer la responsabilité de l'Etat⁴⁰⁵. La

⁴⁰¹ Cour EDH, *Younger c. Royaume Uni*, décision d'irrecevabilité précitée.

⁴⁰² Cour EDH, *Keenan c. Royaume-Uni*, arrêt précité, dans le même sens *Younger c. Royaume Uni*, décision d'irrecevabilité précitée.

⁴⁰³ Cour EDH, *Tanribilir c. Turquie*, arrêt précité, § 76.

⁴⁰⁴ Cour EDH, *Younger c. Royaume Uni*, décision d'irrecevabilité précitée.

⁴⁰⁵ Cour EDH, *Trubnikov c. Russie*, arrêt du 5 juillet 2005. Contrairement à la Cour EDH, nous estimons que les faits de l'affaire correspondaient parfaitement aux critères d'évaluation de la Cour, en matière d'obligation positive en ce qui concerne le suicide en prison. Les multiples tentatives de suicide du détenu auraient dû alerter les autorités. En outre, le détenu était sous l'empire de l'alcool alors qu'il était placé en isolement cellulaire, ce qui présentait un certain risque

surveillance tous les quarts d'heure d'un détenu placé dans une cellule disciplinaire, alors qu'il présentait un risque de suicide connu, est adéquate aux yeux de la Cour EDH⁴⁰⁶. En revanche, faute de personnel suffisant, un contrôle effectué dans le bloc d'observation, à l'intérieur duquel se trouvaient les cellules, qui consistait à écouter de l'extérieur du portail d'accès fermé, dont le soupirail n'offrait guère de visibilité sur la cellule de ce dernier ne suffit pas⁴⁰⁷.

En outre, cette obligation de protection de la vie ne se borne pas au détenu quand il s'agit de l'exécution des peines. Dans une affaire, une requérante avait prétendu que l'exécution de la peine infligée à son époux l'inciterait, elle, à se suicider et de ce fait violerait l'obligation qui découle de l'article 2 § 1 de la Convention. L'AComm. EDH a estimé qu'à supposer même que l'Etat fût tenu de renoncer à l'exécution d'une peine si cela risquait nécessairement d'inciter un proche parent du condamné à se suicider, rien ne prouvait qu'il y eût violation de cette obligation en l'espèce, car les autorités avaient soigneusement examiné le risque supposé du suicide et avait pris les mesures nécessaires, comme par exemple autoriser des conditions de détention permettant des contacts étroits entre les deux intéressés⁴⁰⁸. On pourrait donc en déduire que le risque de suicide d'un proche du détenu peut être imputé à l'Etat lorsqu'il ne prend pas les mesures appropriées pour diminuer ce risque. La formulation dubitative utilisée par l'AComm. EDH ne nous permet cependant pas d'être catégorique.

Il découle de la jurisprudence en la matière que la Cour EDH ne met donc pas à la charge des Etats une charge insurmontable. Il est posé par la jurisprudence que la responsabilité de l'Etat du fait du manquement à l'obligation positive de prévenir le suicide d'un détenu peut être recherchée en cas de faute lourde de la part des autorités. Il suffit, pour se libérer de leur obligation de protéger la vie, que les autorités pénitentiaires démontrent qu'elles ont pris les

concernant son état. On peut en déduire que le risque de suicide était immédiat et réel, et devait être connu des autorités et qu'elles n'ont pas pris les mesures adéquates.

⁴⁰⁶ Cour EDH, *Keenan c. Royaume-Uni*, arrêt précité.

⁴⁰⁷ Cour EDH, *Kılavuz c. Turquie*, arrêt du 21 octobre 2008, § 96.

⁴⁰⁸ AComm EDH, *Naddaf c. République fédérale d'Allemagne*, D.R. 50, 261.

mesures adéquates⁴⁰⁹. Si toutes les mesures adéquates sont prises par l'autorité pénitentiaire, la responsabilité en cas de suicide incomberait au détenu lui-même.

L'obligation qui découle de l'article 2 exige de l'Etat que la cause du décès soit éclaircie afin d'exclure un accident ou un homicide et, en cas de suicide avéré, il y a lieu d'examiner si le décès du détenu ne pouvait pas être empêché. En d'autres termes, cette obligation implique la mise en place de la part de l'État d'un système juridique efficace et indépendant permettant d'établir les causes du décès survenu dans l'établissement pénitentiaire. L'enquête ouverte à la suite du décès doit répondre aux critères minima d'effectivité requis par la jurisprudence, tels que la célérité, la diligence et l'initiative de la part des autorités⁴¹⁰. Si la Cour constate que l'enquête ne remplit pas les exigences essentielles, elle conclura à une violation⁴¹¹.

Le droit turc ainsi s'inscrit dans la droite ligne de la jurisprudence de la Cour EDH en ce qui concerne l'obligation de l'administration en cas de suicide. La responsabilité de l'administration pénitentiaire du fait du suicide d'un détenu peut être engagée dans la mesure où il s'agit d'un dysfonctionnement objectif du service pénitentiaire. Pour engager la responsabilité de l'administration pénitentiaire, il est nécessaire de prouver le lien de causalité entre le dommage et la faute de l'administration⁴¹².

Concilier les impératifs de l'ordre et de la sécurité à l'intérieur des établissements pénitentiaires et les obligations découlant du droit à la vie du détenu implique la nécessité d'apporter des preuves d'une faute lourde de l'Etat. Cette approche limite ainsi la responsabilité des autorités pénitentiaires. Néanmoins, le suicide en milieu pénitentiaire exige un examen minutieux, car le juge doit établir si les antécédents médicaux ou l'expression claire d'une détresse auraient dû amener le personnel pénitentiaire à une vigilance

⁴⁰⁹ Cour EDH, *Renolde c. France*, arrêt précité, § 83.

⁴¹⁰ Cour EDH, *Hugh Jordan c. Royaume-Uni*, n° 24746/94, § 127, CEDH 2001-III; Cour EDH *Mahmut Kaya c. Turquie*, n° 22535/93, §§ 106-107, CEDH 2000-III.

⁴¹¹ Cour EDH, *Paul et Audrey Edwards c. Royaume-Uni*, n° 46477/99, § 69, CEDH 2002-II.

⁴¹² GÖZLER (2008), p. 619.

renforcée à l'égard du détenu. Certes, l'absence de surveillance ou de prise de mesures nécessaires de la part des autorités administratives peut constituer une faute lourde. Mais, en matière de suicide, la négligence fautive se laisse rarement deviner de manière aussi évidente. Le plus souvent, le détenu ne semblait pas appeler une surveillance plus attentive que les autres, ou le comportement du détenu ne pouvait laisser prévoir un suicide. Même si le détenu avait des idées suicidaires, les dispositions prises sont souvent considérées comme satisfaisantes.

Une faute lourde des autorités peut résulter de la succession d'une série de fautes et négligences plus légères et peut entraîner la responsabilité de l'Etat. Ainsi sera assurée une meilleure protection du détenu contre sa propre violence.⁴¹³

La responsabilité de l'administration pénitentiaire du fait du suicide du détenu pendant l'exécution de la peine privative de liberté ou la détention avant jugement fait en Suisse l'objet de jurisprudence cantonale et fédérale.

La jurisprudence cantonale⁴¹⁴ et fédérale⁴¹⁵ en la matière admet que l'emprisonnement peut provoquer, en tout état de cause, un état d'accablement, même chez un individu équilibré. La jurisprudence cantonale a examiné le suicide d'un détenu sous la responsabilité pénale du juge et/ou du médecin qui s'était opposé à un transfert hospitalier du détenu présentant un risque de suicide. Il est précisé toutefois qu'un tel fait ne doit pas *«transformer juges et médecins en des prévenus en puissance chaque fois qu'ils se*

⁴¹³ En raison de la similarité entre le droit administratif turc et le droit administratif français, il sera intéressant d'examiner brièvement l'approche par le juge administratif français du suicide du détenu. En droit français, la responsabilité de l'Etat du fait du suicide du détenu était traditionnellement subordonnée à l'existence d'une faute lourde. Dans l'arrêt Chabba du 23 mai 2003, le Conseil d'Etat français opéra un revirement de jurisprudence et reconnut la responsabilité de l'Etat dans le suicide d'un détenu en détention provisoire, en raison d'une succession de fautes simples imputables au service pénitentiaire. Cette jurisprudence a été confirmée depuis lors (cf. notamment Conseil d'Etat, Garde des sceaux, Ministre de la justice contre consorts Gilles A. du 31 mars 2008). Voir ARBOUSSET (2007), pp. 563 ss.

⁴¹⁴ Arrêt de la Chambre d'accusation du Canton de Neuchâtel du 30 janvier 1981 en la cause X., RJN (1980), pp. 108-109.

⁴¹⁵ TF, 2C.1/1998, arrêt du 21 février 2000.

*trouvent en présence de détenus émettant des idées de suicide et (...) les obliger à ordonner un transfert, même en présence de menaces émanant de simulateurs, sous peine de mettre la vie ou la santé d'autrui en danger et d'enfreindre ainsi l'art. 127CP»*⁴¹⁶. Certes, dans un tel cas, le lien de causalité fait défaut, car ni le juge ni le médecin ne provoquent les idées suicidaires du détenu. Il est difficile de concevoir ici une responsabilité pénale. Mais cela n'exclut pas, à notre avis, la responsabilité de l'administration pénitentiaire.

Quant au Tribunal fédéral, il examine la responsabilité de l'administration pénitentiaire en cas de décès dans l'établissement pénitentiaire sous l'angle de l'acte licite et de l'acte illicite. Aux yeux du Tribunal fédéral, pour que la responsabilité de l'Etat en raison d'actes licites soit engagée, un lien de causalité entre l'incarcération et le décès du détenu doit exister. Autrement dit, la mort du détenu doit être un fait qui, d'après le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, est propre à entraîner la mort.

Dans une affaire où une détenue, en détention préventive s'éteignit par intoxication à l'héroïne, le Tribunal fédéral estima que s'il était fréquent que l'incarcération puisse avoir des conséquences nuisibles sur le détenu, elle n'entraînait pas en soi un lien de causalité adéquate avec le décès de la détenue. Retenir une responsabilité dans un tel cas reviendrait à exposer l'Etat à répondre de tous les agissements des prisonniers, même les plus imprévisibles. Même le Tribunal fédéral admet des dysfonctionnements tels que l'incarcération de la détenue avec une codétenue toxicomane et la présence de produits interdits dans un établissement, il se montre indulgent vis-à-vis de l'établissement pénitentiaire. Aux yeux du Tribunal fédéral, les dysfonctionnements en question ne constituent pas un manquement à l'obligation positive de la protection contre la propre violence du détenu. Le Tribunal fédéral écarte toute possibilité de responsabilité pour l'acte illicite, en constatant qu'aucune négligence ne peut être reprochée aux agents de l'Etat dans la façon dont la détenue a été surveillée et soignée durant son séjour en prison⁴¹⁷.

⁴¹⁶ Arrêt de la Chambre d'accusation du Canton de Neuchâtel précité.

⁴¹⁷ TF, 2C.1/1998, arrêt du 21 février 2000. cons. 5.

Certes, l'appréciation du lien de causalité apparaît quelque peu difficile lors du suicide d'un détenu. La décision de se donner la mort est en effet un acte éminemment personnel. De prime abord, il peut sembler difficile de distinguer ce qui est effectivement dû aux négligences ou aux dysfonctionnements de l'administration pénitentiaire, et ce qui relève d'une fragilité psychologique révélée ou aggravée par l'emprisonnement. Or, nous estimons que pour engager la responsabilité de l'Etat, la démonstration du lien de causalité entre la faute de l'administration pénitentiaire et le dommage - autrement dit le suicide du détenu - implique d'établir que les manquements de l'administration ont conduit le détenu à mettre fin à ses jours.

2. La grève de la faim en milieu carcéral

2.1. La nature de la grève de la faim

La grève de la faim⁴¹⁸ en milieu carcéral est un acte volontaire qui se traduit par le refus d'un détenu ou d'un groupe de détenus de s'alimenter dans un but de protestation, de contestation ou de revendication, contre le régime pénitentiaire⁴¹⁹.

La grève de la faim est le révélateur d'un état de crise en milieu carcéral. Elle paraît être le recours de celui qui se trouve dans une situation où il ne voit pas d'autre issue que cette mise en danger délibérée de sa propre personne physique. Le détenu qui

⁴¹⁸ Certains auteurs considèrent que l'utilisation des termes de «grève de la faim» est erronée du point de vue sémantique. HIVERT-RIBOT (1970), p. 635, propose l'utilisation du terme de «refus alimentaire» au lieu de grève de la faim. SABATINI (1980) propose le terme de «jeûne de protestation».

⁴¹⁹ HIVERT-RIBOT(1970), p. 635. «*Un gréviste de la faim est celui qui, en pleine possession de ses capacités mentales, fait connaître sa décision d'entamer une grève de la faim, et qui, pendant un laps de temps considérable, refuse toute alimentation*», définition tirée de la Déclaration de l'Association médicale mondiale sur les grévistes de la faim (adoptée par la 43^e Assemblée médicale mondiale médicale à Malte en novembre 1991, et révisée ultérieurement sur le plan éditorial lors de la 44^e Assemblée mondiale médicale, Marbella (Espagne) septembre 1992). Voir CASILE-HUGUES (1994); FEYZİOĞLU (1993).

entrepris une grève de la faim se trouve, en effet, dans une situation conflictuelle dont il pense ne pouvoir se tirer autrement en raison du milieu dans lequel il se trouve⁴²⁰. La grève de la faim se distingue des conduites suicidaires par les moyens de pression et de menace. Le suicide met les autorités devant le fait accompli en les privant de la possibilité d'intervenir⁴²¹, tandis que dans le cas de la grève de la faim, la «*mise en péril de l'intégrité corporelle (...), est élaborée, déterminée et, à tout moment, contrôlée dans le temps*»⁴²². Il s'agit d'un stratagème dissuasif et lent⁴²³.

Alors que certains auteurs⁴²⁴ sont conduits à définir les grèves de la faim comme un mode de revendication non violent, cette perception semble trompeuse. Le détenu, en cessant de s'alimenter, montre sa volonté de contraindre l'administration pénitentiaire de faire pression sur elle⁴²⁵. Il essaie de susciter un sentiment de culpabilité en la prenant à témoin⁴²⁶ et en la rendant responsable du risque de la mort d'un innocent, d'un non-violent. Il prend donc son corps en otage⁴²⁷, corps qui devient une «*mise en scène théâtralisée de la violence subie par le gréviste*»⁴²⁸. La grève de la faim constitue donc une conduite auto-agressive⁴²⁹, un autre mode de violence contre soi dans le milieu carcéral. De surcroît, la décision d'entreprendre une grève de la faim est rarement le fruit d'une volonté intacte. La grève de la faim «*se développe sur un mode de relations spécifiques à la vie carcérale caractérisée par l'inégalité des rapports de force entre personnels et détenus*»⁴³⁰.

⁴²⁰ CASILE-HUGUES (1994), p. 172.

⁴²¹ ROUX (1997), p. 112.

⁴²² HIVERT (1980), p. 99.

⁴²³ SIMEANT (1998), p. 60.

⁴²⁴ CORBOZ (1980), p. 5; LARRALDE (1993), p. 309. Voir aussi GROJEAN (2006), p. 168.

⁴²⁵ Cf. CORBOZ (1980), pp. 3-6.

⁴²⁶ ROUX (1997), p. 133.

⁴²⁷ CASILE HUGUES (1994), p. 252.

⁴²⁸ SIMEANT (1998), p. 61. L'auteur considère que dans le cas de la grève de la faim, la violence du gréviste ne peut pas se résumer en une violence au sens «physique». La grève de la faim est un acte violent car «elle porte sur un corps qui est par définition lié à l'identité de la personne».

⁴²⁹ CASILE-HUGUES (1994), p. 172.

⁴³⁰ BOURGOIN (2001), p. 133.

La grève de la faim apparaît ainsi liée aux contraintes de l'enfermement et relève d'une «*culture carcérale*»⁴³¹ marquée par un rapport instrumental au corps⁴³². Il est donc justifié d'examiner la grève de la faim dans le cadre de la protection du détenu contre sa propre violence.

2.2. La gestion de la grève de la faim en milieu carcéral

a) L'attitude de l'autorité pénitentiaire face à la grève de la faim

La grève de la faim en milieu pénitentiaire génère un conflit entre le détenu et les autorités pénitentiaires. L'administration pénitentiaire doit assurer les besoins fondamentaux et la sécurité du détenu placé sous sa garde. Elle ne peut ainsi laisser un détenu sans accès à une alimentation adéquate ni à des soins médicaux appropriés. Cependant, si la poursuite de la grève de la faim est autorisée, la pression exercée tant sur le détenu que sur les autorités en est renforcée. Les autorités ne seront pas en mesure de se prononcer sur le point de savoir si les revendications des détenus grévistes seraient traitées de façon appropriée. Etant donné que la situation se trouve dans une impasse, elle aurait des implications sur la sécurité dans la prison. L'administration pénitentiaire se trouve confrontée à des problèmes d'ordre juridique, médical voire politique à gérer.

Se pose dès lors la question de l'attitude à adopter par les autorités devant un tel comportement, surtout quand il s'agit d'intervenir pour alimenter de force un détenu gréviste de la faim. Comme le constate RIVERO, «*entre la nécessité de protéger la vie humaine*

⁴³¹ GIRARD (1998); BOURGOIN (2001), p. 135.

⁴³² GROJEAN (2006), considère que les détenus tentent de briser le monopole de la violence légitime de l'Etat sur les corps, en lui soustrayant le leur. Selon SIMEANT (1998), il s'agit d'une revendication de statut. Le détenu violente son propre corps pour contester le monopole de l'Etat en ce qui concerne le statut juridique qui lui est attribué. Ainsi, il s'attribue son propre statut, le statut de victime, en faisant appel à l'opinion publique. Dans le même sens, voir CASILE-HUGUES (1994), pp. 179 ss; GROJEAN (2006), pp. 165-180.

et celle de respecter la liberté humaine, comment l'Etat va-t-il effectuer son choix?»⁴³³. Il s'agit d'une question délicate, au sujet de laquelle les points de vue diffèrent.

La doctrine cherche une réponse à ces questions qui supposent de dépasser la difficulté de savoir si le détenu a un droit de refuser les services offerts par les autorités pénitentiaires ou, autrement dit, à un droit d'agir ainsi ou pas.

Dans l'hypothèse où on considère que le détenu a un droit de mener une grève de la faim, droit qui s'inscrit dans le cadre de la liberté d'expression ou du droit à l'autonomie personnelle, il est admis que l'autorité pénitentiaire ne doit pas intervenir, à tout le moins par la force, à l'encontre de la grève de la faim.

Certains auteurs⁴³⁴ considèrent que la grève de la faim est une forme de manifestation de la liberté d'expression, car ladite liberté, selon l'art. 10 CEDH, ne s'étend pas seulement à la substance des idées et informations exprimées, mais aussi à leur mode de diffusion⁴³⁵. En ce sens, les grèves de la faim supposent un respect des libertés politiques et notamment de la liberté de manifestation. La grève de la faim en milieu pénitentiaire peut faire dès lors l'objet des mêmes restrictions que peut subir la liberté d'expression et de manifestation. Autrement dit, tant que les critères de restriction ne sont pas remplis, le passage à l'acte, dans le cas de la grève de la faim, ne peut pas être entravé par l'autorité pénitentiaire. D'aucuns estiment que seules les grèves de la faim limitées dans le temps, qui ne portent pas atteinte à la santé du gréviste, pourraient être considérées comme une manifestation de la liberté d'expression⁴³⁶.

La grève de la faim est conçue aussi comme la revendication ultime du droit à l'autodétermination⁴³⁷, car le droit à l'autodétermination, la notion d'autonomie personnelle qui accorde

⁴³³ RIVERO (1984), p. 163.

⁴³⁴ LOMBOIS (1984), p. 75; LECARPENTIER (2006), p. 80; SEVINÇ (2002), FEYZİOĞLU (1993), p. 168; SOYASLAN (1990), p. 269.

⁴³⁵ Cour EDH, *Oberschlick c. Autriche*, n° 11662/85, arrêt du 23. mai 1991, § 57, série A n° 204.

⁴³⁶ Dans le même sens ERMAN (2003), p. 190.

⁴³⁷ LARRALDE (1993), p. 217.

à l'individu «*la faculté (...) de mener sa vie comme il l'entend, peut également inclure la possibilité de s'adonner à des activités perçues comme étant d'une nature physiquement ou moralement dommageables ou dangereuses pour sa personne*»⁴³⁸. En conséquence, un individu qui a la capacité de discernement est le seul responsable de ses actes, même si ces actes mettent en danger sa vie. Il en est de même pour la personne incarcérée. Le choix de cesser de se nourrir est le fruit du propos délibéré de l'intéressé et doit de ce fait être respecté.

Le respect absolu du droit à l'autonomie personnelle du détenu signifierait alors ne pas intervenir dans le processus, ni d'infliger une prise en charge médicale du détenu gréviste. Ainsi, toute intervention médicale, y compris l'alimentation forcée, porterait atteinte à l'intégrité corporelle du détenu et exigerait de ce fait un consentement préalable explicite ou tacite de sa part, comme en milieu libre.

Pour d'autres⁴³⁹, le passage à l'acte dans le cas de la grève de la faim ne peut pas être interdit. Cette approche se justifie alors par le fait que les grèves de la faim sont des actes de désobéissance civile. A partir de la définition donnée à la notion de désobéissance civile, à savoir «*un acte de protestation non violent, de caractère illégal et public, commis pour la défense des valeurs suprêmes introduites par l'idée de l'Etat de droit et qui ne porte pas atteinte aux droits des tiers lors de sa commission*»⁴⁴⁰, il nous paraît impossible de considérer l'acte du détenu gréviste de la faim comme un acte de désobéissance civile.

D'aucuns considèrent qu'il est du devoir de l'administration pénitentiaire d'intervenir dans le processus de la grève de la faim. Pour ces auteurs, la décision d'entamer et de mener une grève de la faim est rarement le produit de la volonté intacte. Même si elle l'était, le droit à l'autodétermination est accordé aux personnes en vue de préserver et de développer leur intégrité physique et morale,

⁴³⁸ Cour EDH, *Pretty c. Royaume-Uni*, arrêt précité, § 66.

⁴³⁹ AKINCI (1998), p. 749.

⁴⁴⁰ ÖKÇESİZ (2004), p. 129, voir en outre TANÖR (1993), p. 703.

mais non pas pour la détruire⁴⁴¹. De surcroît, le détenu gréviste ne peut pas renoncer à son droit à la vie⁴⁴².

En outre, l'Etat a le droit d'interrompre les grèves de la faim. Il est en effet admis que l'Etat peut mettre fin aux actes qui nuisent à l'exécution, en tant que telle, de la peine ou qui empêchent d'atteindre les buts qui lui sont assignés. Or, la grève de la faim met le détenu hors d'état d'entreprendre le processus de (re)socialisation que suppose l'exécution d'une peine privative de liberté, car il entre dans une dialectique d'opposition totale à l'administration pénitentiaire⁴⁴³. D'aucuns s'interrogent sur l'éventuelle interruption contrainte de la grève de la faim d'une personne au nom de «l'intérêt imminent»⁴⁴⁴ d'autrui, par exemple de ses enfants.

Enfin, et surtout, l'obligation positive de l'État, qui consiste à préserver la vie et la santé des détenus qui lui sont confiés, est une obligation qui l'emporte sur le droit personnel à l'autodétermination⁴⁴⁵. Cette approche constitue, à notre avis, la base juridique la plus convaincante pour justifier une interruption forcée de la grève de la faim du détenu.

Telle est la position de la Cour EDH⁴⁴⁶, qui a essayé de trouver un équilibre entre les intérêts de l'administration pénitentiaire et ceux du détenu gréviste. Selon la Cour EDH, toute atteinte de caractère médical, même mineure, à l'intégrité corporelle, s'analyse en une ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée⁴⁴⁷; néanmoins la Cour examine la grève de la faim sous l'angle de l'art. 3 CEDH. Elle estime qu'une mesure prise par nécessité thérapeutique, du point de vue des conceptions médicales établies,

⁴⁴¹ AKINCI (1998), p. 756; ÇAKMUT YENERER (2003), pp. 186-187.

⁴⁴² İNCEOĞLU (1999), pp. 35 ss; FEYZIOĞLU (1993), pp. 163 ss; ÇAKMUT YENERER (2003), p. 186 ; TAŞKIN (2005), p. 144; ÖNOK (2007), p. 183.

⁴⁴³ AKAL (1992), p. 293; AKINCI (1998); CENTEL (1992), p. 192.

⁴⁴⁴ MARTIN (2002), pp. 1281-1283.

⁴⁴⁵ YENİSEY (2001b), p. 249; ERMAN (2003), pp. 195-196.

⁴⁴⁶ L'AComm. EDH avait estimé que ce conflit n'était pas résolu par la Convention elle-même. AComm. EDH, *X c. Allemagne*, (1984), European Human Rights Reports 7, p. 152.

⁴⁴⁷ MANAI (2006), p. 33.

ne saurait en principe passer pour inhumaine ou dégradante⁴⁴⁸. Il en va ainsi de l'alimentation forcée destinée à sauver la vie d'une personne qui mène une grève de la faim⁴⁴⁹. Néanmoins, la Cour EDH soumet l'alimentation forcée à des conditions strictes. Elle exige la démonstration de manière convaincante de la nécessité médicale. Elle cherche à savoir si l'alimentation forcée a causé à la personne concernée de vives douleurs ou souffrances physiques, si elle a été ordonnée et exécutée par des médecins, si la personne concernée a fait l'objet d'une surveillance médicale constante et, enfin, si ladite alimentation a entraîné une aggravation de l'état de santé du détenu ou a eu des conséquences durables pour sa santé. Ainsi, les méthodes utilisées pour l'alimentation forcée ne doivent pas représenter un traitement dépassant le seuil minimum de gravité envisagé par la jurisprudence de la Cour au sens de l'article 3 de la Convention. A l'instar de la protection du détenu contre le suicide, l'Etat doit donc intervenir de manière compatible avec les droits et libertés de l'individu concerné⁴⁵⁰.

L'approche du CPT est similaire: le Comité donne clairement le message que *«le devoir des soignants est d'assister dans la continuité de la vie. Le droit à la vie, qui est le plus fondamental des droits et libertés, ne saurait être limité par aucune norme ni aucun critère»*⁴⁵¹. Plus spécifiquement, il affirme que *«dès l'instant où une détérioration organique est constatée, il faut administrer une nutrition parentérale totale»*⁴⁵².

Il échet alors de respecter, selon nous, le principe d'un consentement libre et éclairé préalable à toute intervention médicale, principe qui est clairement et unanimement affirmé tant

⁴⁴⁸ Cour EDH, *Jalloh c. Allemagne*, [GC], n° 54810/00, arrêt du 11 juillet 2006, § 69.

⁴⁴⁹ Cour EDH, *Nevmerjitski c. Ukraine*, n° 54825/00, arrêt du 5 avril 2005, § 94, Recueil des arrêts et décisions 2005-II; Cour EDH, *Ciorap c. Moldavie*, n° 12066/02, arrêt du 19 juin 2007.

⁴⁵⁰ Cour EDH, *Keenan c. Royaume-Uni*, arrêt précité, § 92; Cour EDH, *Trubnikov c. Russie*, arrêt précité, § 70; Cour EDH, *Renolde c. France*, arrêt précité, § 83; AComm EDH, *Ilijkov c. Bulgarie*, n° 33977/96, décision du 20 octobre 1997.

⁴⁵¹ Rapport du CPT sur ses visites ad hoc en Turquie en décembre 2000/janvier 2001 et avril/mai 2001. CPT/Inf (2001) 31.

⁴⁵² CPT/Inf (2001) 31.

sur le plan international⁴⁵³ qu'européen⁴⁵⁴ et aussi bien dans les ordres juridiques suisse⁴⁵⁵ et turc⁴⁵⁶.

Le CPT souligne que «*la liberté du consentement relève des droits fondamentaux de l'individu*»⁴⁵⁷ et ajoute que les normes générales en matière de consentement en toute connaissance de cause avant un traitement doivent s'appliquer dans le milieu pénitentiaire⁴⁵⁸. Dans le même sens, la Recommandation R(98)7 relative aux aspects éthiques et organisationnels des soins de santé en milieu pénitentiaire du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe institue un critère essentiel de validité du consentement. Toute restriction à la liberté de consentement du patient doit avoir une base légale et se rapporter uniquement à des circonstances exceptionnelles, définies de manière claire et stricte, applicables à la population tout entière.

Il ressort donc de ce qu'on vient de dire qu'à l'instar de ce qui se passe lors d'autres interventions médicales⁴⁵⁹, le détenu gréviste doit garder le choix d'accepter ou de refuser une prise en charge thérapeutique lorsqu'il est dûment informé des conséquences de sa décision. Certes, le refus peut avoir des conséquences graves, voire irrémédiables pour le gréviste et créer une tension. Néanmoins, un refus, même contraire à l'intérêt thérapeutique du détenu, doit être respecté et la protection de la santé de l'individu ne constitue pas un motif justifiant une intervention contre son gré⁴⁶⁰.

Tant qu'il aura la capacité de discernement, il sera libre d'accorder ou non son consentement à une éventuelle prise en charge

⁴⁵³ Déclaration d'Helsinki de l'Association médicale mondiale et Déclaration pour la promotion des droits des patients en Europe.

⁴⁵⁴ L'art. 5 de la Convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine du Conseil de l'Europe du 4 avril 1997.

⁴⁵⁵ A l'égard du droit à l'information libre et éclairé du patient, voir RÜEDI (1995), pp. 377; MANDOFIA/BERNEY/MAURON (1995), pp. 350-358; GUILLOD (2003), pp. 35s; CLEMENT/HÄNNI/SPRUMONT (2003), pp. 72-74 et MANAI (2006).

⁴⁵⁶ Voir OZANOĞLU (2003); HAKERİ (2007); ÖZCAN/ÖZEL (2008).

⁴⁵⁷ CPT/Inf (93) 12, § 45.

⁴⁵⁸ CPT/Inf (93), 12.

⁴⁵⁹ Voir ERMAN (2003); ÇAKMUT YENERER (2003).

⁴⁶⁰ MANAI (2006), p. 34.

médicale. Il participe ainsi «à sa prise en charge médicale et au processus décisionnel y relatif»⁴⁶¹. En revanche, nous estimons qu'une alimentation forcée n'est possible qu'en cas d'altération de la conscience du détenu et lorsque le détenu court un danger grave et imminent pour sa santé.

En droit suisse, il est en principe admis qu'aussi longtemps que le détenu a la capacité de discernement, aucune intervention ne peut être faite contre son gré sur sa personne⁴⁶². A défaut de lignes directrices nationales sur le sujet⁴⁶³, certains cantons apportent des précisions en la matière dans leurs législations pénitentiaires. L'art. 49 al. 5 du Règlement sur les établissements de détention du canton du Valais⁴⁶⁴ se borne à dire qu'en cas de grève de la faim, la direction prend contact avec le médecin et agit selon les principes dictés par la conscience universelle et la morale traditionnelle. L'art. 68 de la Loi sur l'exécution des peines privatives de liberté et des mesures pour les personnes adultes du canton de Neuchâtel⁴⁶⁵ souligne que l'alimentation forcée peut être ordonnée sous la conduite d'un médecin, pour autant que la personne concernée soit en danger de mort ou coure un danger grave. La mesure de l'alimentation forcée doit être raisonnable et ne doit pas entraîner de danger grave pour la vie ou la santé de la personne détenue.

L'art. 82 de la LEPM turque prévoit l'alimentation forcée des détenus qui ont recouru aux grèves de la faim, sans chercher nécessairement leur consentement. Le médecin pénitentiaire informe tout d'abord le détenu sur les effets néfastes de ses actes ainsi que sur les effets physiques et psychiques. Parallèlement, les assistants sociaux tenteront d'inciter le détenu à abandonner la grève de la faim; s'ils échouent, le détenu sera nourri selon le régime fixé par le médecin.

⁴⁶¹ JENDLY (2005), p. 250.

⁴⁶² RESTELLINI (1989), p. 402, BAECHTOLD (2008), p. 195.

⁴⁶³ BAECHTOLD (2008), p. 195 note que lors de la grève de la faim les détenus continuent à recevoir de la nourriture et sont informés sur les conséquences de leur acte et sont encouragés à abandonner la grève de la faim, par exemple à l'occasion de discussions avec le médecin, l'aumônier ou avec leurs proches.

⁴⁶⁴ RSVD 340.200.

⁴⁶⁵ RSN 351.0.

Dans le cas où le médecin pénitentiaire diagnostique que la vie ou la santé des détenus grévistes est en danger grave et imminent ou qu'ils ont perdu conscience malgré les soins médicaux administrés conformément à l'art. 82 al. 1, il leur dispense les soins nécessaires. Si un tel soin n'est point possible dans l'établissement, les détenus seront transférés dans un hôpital.

Il importe dès lors de savoir qui gèrera la situation en cas d'altération de la conscience du détenu gréviste de la faim. L'initiative sera-t-elle laissée au médecin pénitentiaire? Le médecin pénitentiaire interviendra-t-il sur demande des autorités pénitentiaires dès que le malade présente une altération grave de la conscience⁴⁶⁶?

Nous allons d'examiner l'attitude du médecin en cas de grève de la faim, notamment de grève prolongée.

b) L'attitude médicale face à la grève de la faim

De plusieurs textes émanent des lignes directrices relatives à l'attitude du médecin en cas de grève de la faim. Il convient de citer la Déclaration de l'Association Médicale Mondiale (AMM) sur les grévistes de la faim, adoptée par la quarante-troisième Assemblée médicale mondiale à Malte en novembre 1991 et révisée par la quarante-quatrième Assemblée à Marbella, en novembre 1992; la règle 5 de la Déclaration de l'AMM relative à des Directives à l'intention des médecins en ce qui concerne la torture et autres peines cruelles, inhumaines ou dégradantes en relation avec la détention ou l'emprisonnement, adoptée par la vingt-neuvième Assemblée médicale mondiale à Tokyo en octobre 1975; les par. 60-63 de l'Annexe à la Recommandation R(98)7 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe relative aux aspects éthiques et organisationnels des soins de santé en milieu pénitentiaire, ainsi que les règles 9.1 et 9.5 des Directives médico-éthiques de l'ASMM concernant l'exercice de la médecine auprès de personnes détenues. Ces textes s'accordent pour considérer que la gestion de la grève de la faim dans le milieu carcéral est une relation entre le médecin et le patient.

⁴⁶⁶ İNCEOĞLU (1999), p. 69.

Le médecin doit informer à intervalles réguliers le gréviste de la faim des conséquences pour sa santé de son action. Il doit également surveiller son état physique et psychique pour proposer une hospitalisation s'il l'estime nécessaire et si le patient y consent. Aucun traitement ne doit être dispensé en l'absence du consentement de l'intéressé. Au cas où le patient est sur le point de tomber dans le coma, il lui sera demandé antérieurement d'exprimer sa volonté de poursuivre ou non la grève ; dans l'affirmative, sa volonté devra être respectée⁴⁶⁷.

Le droit suisse s'inscrit dans la ligne des textes pertinents en la matière. La gestion de la grève de la faim est du ressort du médecin pénitentiaire. Il convient de noter que la doctrine suisse considère que si le patient est devenu incapable de discernement par inanition causée par son jeûne, le médecin se place en situation de gestion d'affaires au sens de l'art. 419 CO et doit gérer la santé de son patient au mieux de ses intentions et intérêts présumables⁴⁶⁸. A cet égard, la LPMA neuchâteloise souligne que l'établissement doit respecter les directives anticipées qui lui ont été remises⁴⁶⁹.

Il ressort de l'art. 82 de la LEPM que la gestion de la grève de la faim n'est nullement une relation entre le détenu gréviste patient et le médecin. Cette disposition dicte en quelque sorte le comportement du médecin en cas de grève de la faim en ne laissant aucune marge de manœuvre. L'intervention à l'encontre de la grève de la faim se réalise en deux étapes. La législation turque confie aux médecins le devoir d'intervenir. A ce propos, l'Union des ordres de médecins avait recouru devant le Conseil d'Etat afin d'obtenir l'annulation de l'art. 19 du Protocole sur les prestations de services de gestion, de la sécurité extérieure et de santé des établissements pénitentiaires⁴⁷⁰. Ledit article prévoit l'alimentation forcée en cas d'aggravation de l'état de santé du détenu, sans tenir compte de son consentement antérieur. L'Union des ordres de

⁴⁶⁷ Dans le même sens RESTELLINI (1989), pp. 398-401; BERNHEIM (1991), p. 38 ; MARTIN (2002), pp. 1282-1283. Pour une étude de la prise en charge de la grève de la faim, lire notamment GUILBERT (2001).

⁴⁶⁸ RESTELLINI (1989), p. 402.

⁴⁶⁹ Art. 68 al. 4.

⁴⁷⁰ Protocole signé, le 6 janvier 2000, entre le Ministère de la justice, le Ministère de la santé et le Ministère des affaires intérieures, entré en vigueur le 17 janvier 2000.

médecins estimait que cet article était contraire aux déclarations médicales internationales susmentionnées. Le Conseil d'Etat a refusé de suivre le raisonnement de l'Union, en considérant l'obligation de protection qui incombe à l'Etat du fait de l'art. 2 CEDH. L'art. 17 de la Constitution turque l'emportait sur lesdites déclarations⁴⁷¹. Cette approche est celle, comme on vient de le voir, des pères de la LEPM turque.

c) La Turquie face à la grève de la faim: une politique de circonstance

La Turquie s'était vue confrontée aux mouvements de grève de la faim déclenchés en 1982, 1984, 1996 et notamment en 2000, ce dernier pour protester contre l'instauration des prisons de «type F» prévoyant des unités de vie d'une à trois personnes au lieu de dortoirs dans les établissements de détention⁴⁷². Il échet de noter que le CPT, lors de sa visite en 1996, avait considéré le système des dortoirs et des quartiers inhumain du fait du surpeuplement, de la misère et de la violence qui y régnaient. Ce système impliquait inévitablement un manque de respect quotidien de la vie privée des détenus. Le risque d'intimidation et de violence était par ailleurs très élevé, en particulier dans les dortoirs. Ce type d'hébergement facilitait le maintien de la cohésion des organisations criminelles au sein de l'établissement pénitentiaire. La mise en place des prisons de «type F» faisait partie des projets des autorités turques visant à mettre en service des unités de vie plus petites pour les détenus, dans le cadre de la réforme du système pénitentiaire turc. Les nouvelles prisons de «type F» ont été construites pour se conformer aux standards européens en matière pénitentiaire, ainsi que dans le cadre du processus de pré-adhésion à l'Union européenne.

Nonobstant les inconvénients du système des dortoirs et des quartiers, les détenus témoignaient paradoxalement que

⁴⁷¹ D., 10. Daire, E. 2000/936, K. 2002/4487, 20 novembre 2002.

⁴⁷² Déjà en 1996, la modification de l'art. 8 de la loi sur la lutte contre le terrorisme, qui introduisait le système de la cellule individuelle pour les détenus terroristes avait provoqué une grève de la faim au cours de laquelle douze détenus avaient trouvé la mort.

l'emprisonnement dans les établissements pénitentiaires turcs était une expérience moins inhumaine que l'incarcération dans de nombreux établissements d'Europe de l'Ouest⁴⁷³. Selon les détenus, le système traditionnel de l'hébergement en dortoir permet plus facilement la communication entre les détenus et permet d'éviter le sentiment de solitude provoqué par l'incarcération. Il importe de souligner que, sociologiquement parlant, le peuple turc a l'habitude de tisser des liens de solidarité par le biais de la vie en communauté. Les détenus percevaient donc ce nouveau type de prison comme un isolement. Cela explique pourquoi l'attitude des détenus était si violente à l'égard de ce nouveau mode de vie dans les établissements pénitentiaires.

Lors de la grève de la faim de 2000, qui a duré plusieurs mois, les tentatives des intellectuels et des organisations, notamment du Barreau d'Istanbul, de rechercher un consensus entre les détenus grévistes et les autorités ont échoué. Pour apaiser les tensions dues à la crise engendrée par les grèves de la faim, et notamment par la mort de vingt-sept détenus grévistes, des interventions ont été opérées par les forces de sécurité dans les prisons où se déroulaient des grèves de la faim, interventions au cours desquelles il y a eu trente-deux morts et un grand nombre de blessés⁴⁷⁴.

La criminalisation de l'obstacle à l'alimentation se trouve dans le prolongement de cette crise. Aux termes de l'art. 298 al. 2 CPTR: *«Celui qui aura empêché l'alimentation des détenus condamnés et/ou d'une personne en détention préventive sera puni d'une peine privative de liberté de deux à quatre ans. Sera considéré comme obstacle à l'alimentation tout acte d'inciter, de décider ou de donner des instructions aux détenus condamnés ainsi qu'à des personnes en détention préventive pour une grève de la faim ou un jeûne à mort»*⁴⁷⁵.

Le détenu qui mène une grève de la faim sera frappé de la sanction disciplinaire de suppression des activités sportives et culturelles offertes par l'établissement pénitentiaire aux termes de l'art. 40 al. 2 lit. g de la LEPM turque. En outre, le détenu qui incite à une

⁴⁷³ GREEN (2002), p. 98.

⁴⁷⁴ Onzième rapport général d'activité du CPT, CPT/Inf (2001) 16.

⁴⁷⁵ Voir notamment FEYZİOĞLU (2006); TAŞKIN (2006).

grève de la faim sera mis en isolement cellulaire d'un à 10 jours, en vertu de l'art. 44 al. 2 lit. m de la LEPM turque⁴⁷⁶.

Ces sanctions confirment que les autorités pénitentiaires considèrent les grèves de la faim comme un acte de désobéissance qui exige une réponse ferme. Les juridictions nationales ont, semble-t-il, adopté une position similaire.

B. La protection du détenu face à la violence d'autrui

L'obligation positive mise à la charge des Etats de protéger la vie des personnes privées de liberté englobe la responsabilité de prendre les mesures adéquates pour protéger le détenu dont la vie est menacée par la violence d'autrui à l'intérieur des murs⁴⁷⁷. La prison est la scène de violences, les incidents violents entre détenus sont courants. Les détenus s'insurgent contre les contraintes presque toujours ressenties comme excessives, illégitimes, arbitraires⁴⁷⁸. Les violences entre les détenus s'inscrivent dans un rapport de force, de domination et de soumission. Elles peuvent revêtir plusieurs formes, «*allant de formes subtiles de harcèlement à des intimidations patentes et des agressions physiques graves*»⁴⁷⁹.

Le CPT a constaté que les personnes incarcérées pour des infractions contre les mœurs sont exposées à un risque important d'agression de la part de codétenus⁴⁸⁰. Le Comité invite les administrations à réagir à l'égard de ces violences sous-estimées ou négligées en mettant en œuvre des stratégies destinées à protéger les plus vulnérables. Il ne se prononce pas en faveur d'une

⁴⁷⁶ Dans le même sens, avant l'entrée en vigueur de la LEPM, les juges d'exécution des peines avaient confirmé la sanction disciplinaire d'interdiction de recevoir des visites dont les détenus ont été frappés pour motif de grève de la faim. Adana İnfaz Hakimliği (JEP), 18 janvier 2001, E. 2002/9, K. 2002/9; Adana İnfaz Hakimliği (JEP), 25 mars 2004, E. 2004/15, K. 2004/15.

⁴⁷⁷ Onzième rapport général d'activité du CPT, CPT/Inf(2001) 16, § 27.

⁴⁷⁸ DARBEDA (2004), pp. 897-898.

⁴⁷⁹ Onzième rapport général d'activité du CPT, CPT/Inf(2001) 16, § 27.

⁴⁸⁰ Sur la sexualité et la violence en prison cf. notamment WELZER-LANG/MATHIEU/FAURE (1997).

approche spécifique de regroupement ou au contraire de dispersion en détention ordinaire. Il incite les administrations à adopter une approche pragmatique, en fonction des circonstances. L'essentiel est d'assurer la sécurité de ces détenus qui sont en nombre croissant⁴⁸¹.

La Cour EDH s'est également occupée de la question. Elle rappelle que les exigences découlant de l'art. 2 CEDH peuvent, dans certaines circonstances bien définies, conduire à mettre à la charge des autorités l'obligation positive de prendre préventivement des mesures d'ordre pratique pour protéger l'individu contre autrui. L'arrêt *Paul & Audrey Edwards c. Royaume-Uni*⁴⁸² concernait la situation d'un détenu qui a été tué par un codétenu, compagnon de cellule souffrant de troubles mentaux. La Cour a cherché à savoir dans quelle mesure il existait un risque réel et immédiat pour la vie de l'intéressé. Le point essentiel consistait à déterminer «*si les autorités carcérales savaient ou auraient dû savoir, au moment où elles prirent la décision de l'enfermer dans la même cellule, que le codétenu était extrêmement dangereux*»⁴⁸³. La Cour a conclu à la violation de l'art. 2 CEDH en raison d'une série de dysfonctionnements liés au non-partage de certaines informations concernant la dangerosité du compagnon de cellule.

Dans l'affaire *Rodić et autres c. Bosnie-Herzégovine*⁴⁸⁴, les détenus, condamnés pour des crimes de guerre contre les civils bosniaques, étaient initialement placés au milieu de détenus de droit commun appartenant à une majorité bosniaque, puis isolés dans le service hospitalier de la prison. Ils allèguent avoir été persécutés par leurs compagnons de détention, notamment avoir été victimes d'incidents variés: crachats dans leur nourriture, aspersion d'eau sur leur lit, menaces de mort, coups. Dans la prison en question, des incidents graves impliquant des actes de violence à connotation ethnique dirigés contre les détenus étaient rapportés. Tout en admettant l'existence d'un risque grave pour l'intégrité physique des détenus, la Cour EDH a observé que ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles qu'une agression physique

⁴⁸¹ Onzième rapport général d'activité du CPT, CPT/Inf(2001) 16, § 27.

⁴⁸² Cour EDH, *Paul & Audrey Edwards c. Royaume-Uni*, arrêt précité.

⁴⁸³ TULKENS F. (2002b), p. 250.

⁴⁸⁴ Cour EDH, *Rodić et autres c. Bosnie-Herzégovine*, n° 22893/05, arrêt du 27 mai 2008.

par des agents de l'Etat ou par des tiers qui n'a pas la mort pour conséquence peut emporter violation de l'article 2. Il en découle qu'à ses yeux les agressions subies par les détenus ne figurent pas parmi les circonstances exceptionnelles. Elle ajoute en outre qu'à supposer l'article 2 applicable en l'espèce, les faits de la cause ne révèlent pas que les autorités ont failli à protéger la vie des requérants, eu égard à la nature et au degré de la force utilisée à l'encontre de ceux-ci. Toutefois, la Cour EDH a admis que l'intégrité physique des requérants n'a pas été garantie de manière adéquate depuis leur arrivée à la prison jusqu'à leur placement dans le service hospitalier et a conclu à une violation de l'art. 3 CEDH compte tenu de l'épreuve subie par les détenus, en particulier du sentiment d'angoisse constant impliqué par la menace de violences physiques. La Cour s'abstient clairement d'étendre les exigences découlant de l'art. 2 CEDH au cas de violence entre les codétenus. L'obligation de prévention qui incombe à l'Etat se limite alors aux cas de violence contre la propre violence du détenu et de celle des agents de l'Etat. Nous estimons toutefois que cette approche est contradictoire avec la jurisprudence de la Cour EDH affirmant le devoir des autorités de protéger les détenus.

En revanche, dans l'arrêt *Pantea c. Roumanie*⁴⁸⁵, la victime avait été placée dans une cellule de détenus dangereux et, après les actes de violence, elle avait été laissée par les surveillants dans la même cellule que ses agresseurs, de surcroît immobilisée. Se pose la question de savoir si la responsabilité des autorités nationales peut être engagée sur le terrain de l'article 3 pour des mauvais traitements infligés par des codétenus. A ce propos, la Cour EDH, «*sans imposer aux autorités de fardeau insupportable ou excessif, astreint les Etats à prendre toutes mesures préventives nécessaires à la protection de l'intégrité physique et de la santé des personnes privées de liberté*»⁴⁸⁶.

⁴⁸⁵ Cour EDH, *Pantea c. Roumanie*, n° 33343/963, arrêt du 3 juin 2003, Recueil des arrêts et décisions 2003-VI.

⁴⁸⁶ CERE/HERZOG-EVANS/PECHILLON (2004), p. 1095.

C. La protection du détenu contre la violence institutionnelle

L'interdiction des traitements inhumains et dégradants fait l'objet d'instruments tant au niveau international, européen que national. Ainsi, la prohibition des mauvais traitements figure à l'art. 5 DUDH, est reprise par l'art.7 du Pacte ONU II, ainsi que par l'art. 3 CEDH, l'art. 10 de la Constitution fédérale suisse et l'art. 17 de la Constitution turque. L'interdiction des mauvais traitements fait aussi l'objet d'instruments spécifiques tels que la Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants et la Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines et traitements inhumains ou dégradants.

Il n'entre pas dans nos projets de nous attarder sur ces instruments qui ont fait couler beaucoup d'encre, mais nous nous bornerons à préciser que ces textes n'admettent aucune dérogation à cette interdiction.

Dans un premier temps, ce n'était qu'une illusion de penser que ces textes constituaient un bouclier contre toute forme de mauvais traitements éventuels en prison⁴⁸⁷. A cet égard, la jurisprudence bien peu protectrice de l'AComm. EDH et de la Cour EDH, admettaient «une certaine forme de légalisation de la violence à l'égard des personnes privées de liberté, tout spécifiquement dans les établissements pénitentiaires»⁴⁸⁸. Ainsi, les mesures violentes employées contre un détenu fugitif pour le faire regagner sa cellule⁴⁸⁹, ou l'usage de la force par les surveillants pénitentiaires à l'encontre d'un détenu qui refusait de quitter sa cellule⁴⁹⁰ ne constituaient pas une violation de l'art. 3 CEDH.

⁴⁸⁷ LARRALDE (1993), p. 251.

⁴⁸⁸ LARRALDE (2006), p. 213.

⁴⁸⁹ AComm. EDH, *Zeidler-Kornmann c. République fédérale d'Allemagne*, n° 2686/65, Recueil n° 22, p. 1.

⁴⁹⁰ AComm EDH, *Wemhoff c. République fédérale d'Allemagne*, n° 3448/67, Recueil n° 30, p. 56.

Cette jurisprudence prônant l'ordre et la sécurité au détriment du respect de l'intégrité physique du détenu est aujourd'hui en partie révolue. La protection physique de la personne est devenue un véritable impératif⁴⁹¹. Il découle aujourd'hui de la jurisprudence de la Cour EDH une obligation positive de protéger l'intégrité physique et morale des personnes en situation de vulnérabilité, telles les personnes purgeant une peine privative de liberté⁴⁹². Le détenu ne doit pas être soumis à des traitements humiliants ou rabaisant sa personnalité.

L'obligation de protéger l'intégrité physique du détenu qui incombe aux autorités pénitentiaires est la manifestation de la volonté de réduire la violence inhérente aux situations de privation de liberté⁴⁹³.

Aux yeux de la Cour EDH, l'utilisation de la force physique à l'encontre d'un détenu, alors qu'elle n'est pas rendue strictement nécessaire par son comportement, porte atteinte à la dignité humaine et constitue, en principe, une violation du droit garanti par l'article 3⁴⁹⁴.

Néanmoins, pour tomber sous le coup de l'art. 3, un mauvais traitement doit atteindre un minimum de gravité. Il n'entre pas dans nos projets de nous attarder sur les conditions d'applicabilité de l'art. 3 CEDH qui sont bien définies par la jurisprudence⁴⁹⁵ de la Cour EDH; nous nous bornerons à préciser que le seuil de gravité pour tomber sous le coup de l'art. 3 vaut également quand il s'agit de l'appréciation de ce minimum. Etant «*relative par essence*»,⁴⁹⁶ cette gravité dépend de l'ensemble des circonstances propres à l'affaire.

⁴⁹¹ LARRALDE (2006), p. 213.

⁴⁹² SUDRE (2008), p. 307.

⁴⁹³ LARRALDE (2006), pp. 209-236.

⁴⁹⁴ Cour EDH, *Tekin c. Turquie*, n° 22496/93, arrêt du 9 juin 1998, §§ 52 et 53, Recueil des arrêts et décisions 1998-IV; Cour EDH, *Assenov et autres c. Bulgarie*, n° 24760/94, arrêt du 28 octobre 1998, § 94, Recueil des arrêts et décisions 1998-VIII; Cour EDH, *Labita c. Italie*, n° 26772/95, arrêt du 6 avril 2000, § 120, Recueil des arrêts et décisions 2000-IV.

⁴⁹⁵ Voir notamment, Cour EDH, *Irlande c. Royaume-Uni*, arrêt précité.

⁴⁹⁶ Cour EDH, *Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni*, n° 13163/87; 13164/87; 13165/87 ; 13447/87; 13448/87, arrêt du 30 octobre 1991, série A n° 215, § 107.

L'existence d'un seuil minimum de souffrance pour bénéficier de la protection de l'intégrité physique et psychique mène à une situation paradoxale⁴⁹⁷; alors que l'ensemble des textes supranationaux interdit en des termes absolus les peines inhumaines et dégradantes, la Cour EDH admet que l'incarcération comporte inévitablement une souffrance ou l'humiliation. Pour qu'une peine ou le traitement dont elle s'accompagne soient «inhumains» ou «dégradants», la souffrance ou l'humiliation doivent en tout cas aller au-delà de cette souffrance inhérente à l'emprisonnement⁴⁹⁸. Cela revient à reconnaître qu'il y a une certaine forme de souffrance et d'humiliation, donc une violence qui échappe à la protection de l'art. 3 CEDH⁴⁹⁹.

Il ne paraît pas possible de trouver dans la jurisprudence de la Cour EDH une frontière étanche entre une souffrance ou humiliation inhérente à l'emprisonnement et une souffrance qui tombe sous le coup de l'art. 3 CEDH. Même si l'appréciation de la Cour dépend des circonstances de l'espèce, la dignité du détenu est réputée avoir été violée lorsque l'individu est traité comme un objet entre les mains de la puissance publique.

D. Les réponses à la violence dans l'établissement pénitentiaire

Il est vrai que la violence en prison peut «*apparaître comme consubstantielle du lieu dans lequel elle s'exprime*»⁵⁰⁰. Toutefois, il est de l'intérêt des détenus comme de l'administration pénitentiaire et notamment des surveillants qui y sont quotidiennement confrontés, comme témoins ou comme victimes, de tenter de mettre fin, le plus tôt possible, à l'accumulation de la violence. Les réponses à la violence en milieu carcéral sont aussi diverses que les formes que celle-ci y revêt. Les réponses

⁴⁹⁷ LARRALDE (1993), p. 253.

⁴⁹⁸ Cour EDH, *V. c. Royaume-Uni*, [GC], n° 24888/94, arrêt du 16 décembre 1999, CEDH 1999-IX, § 71; Cour EDH, *Raninen c. Finlande*, n° 20972/92, arrêt du 16 décembre 1997, Recueil 1997-VIII, § 55.

⁴⁹⁹ LARRALDE (2006), p. 214.

⁵⁰⁰ CARDET (2004), p. 539.

traditionnelles sont fondées sur le rappel à la discipline et la restauration de l'autorité⁵⁰¹. Il en va de même pour le droit turc: toute forme de violence commise à l'encontre d'un codétenu mérite l'isolement cellulaire du détenu aux termes de l'art. 44 de la LEPM.

Toutefois, la réponse à la violence ne saurait se réduire à la procédure disciplinaire. Les violences induisent des réactions classiques de l'administration pénitentiaire en termes de sécurité. Malgré la grande variété des comportements visés par ces articles et en dépit du caractère pénal de nombreuses fautes, l'outil disciplinaire ne permet d'identifier qu'une fraction des violences en prison. Néanmoins, cette approche de la violence en prison au travers des actes de violence prévus et sanctionnés par le code pénal ne prend en considération qu'une dimension du phénomène: les violences qui entrent dans le cadre d'une réglementation. Or, *«le phénomène de la violence en prison, est, par nature, complexe et [qu']il ne peut être envisagé en dehors de cette complexité»*⁵⁰². Il convient donc de tenir compte de toutes les dimensions notamment sociologiques et psychologiques de la violence. En droit suisse, le CPS contient une norme expresse en matière disciplinaire qui énonce un catalogue des sanctions disciplinaires et se borne à viser les détenus qui contreviennent aux prescriptions et au plan d'exécution de la peine et à fixer les principes régissant le droit disciplinaire. Il est donc du ressort des cantons d'édicter des sanctions disciplinaires à l'égard de la violence des détenus. Le règlement valaisan⁵⁰³ et la loi neuchâteloise⁵⁰⁴ érigent expressément les actes violents des détenus en infraction disciplinaire.

La plupart de ces atteintes correspondent à des infractions réprimées par les Code pénaux et donc peuvent faire l'objet de poursuite pénale et disciplinaire⁵⁰⁵.

⁵⁰¹ DARBEDA (2004), p. 900.

⁵⁰² CARDET (2004), p. 534.

⁵⁰³ Art. 54. RSVS 340.200.

⁵⁰⁴ Art. 78. RSN 351.0.

⁵⁰⁵ La situation délicate du concours entre une infraction disciplinaire et une infraction pénale n'est pas réglée dans la nouvelle partie générale du CPS. Voir BAECHTOLD (2008), p. 198. Un acte qui constitue à la fois une infraction

De nouveaux modes de régulation de la violence doivent être instaurés. L'autorité pénitentiaire, particulièrement les surveillants, sont amenés à adopter des stratégies pour s'adapter aux contextes imprévisibles et complexes de la situation. A ce propos, LHUILIER définit deux logiques: «une logique bureaucratique qui promeut l'autorité hiérarchique et la conformité aux règles, une logique professionnelle qui valorise l'autorité négociée et l'efficacité de gestion de tensions»⁵⁰⁶. Il en découle que l'administration pénitentiaire doit prôner une approche plus humaine, basée sur la coopération, centrée sur un soutien psychologique du détenu, ainsi qu'une prestation de service concernant la modification des conditions concrètes de détention dans lesquelles le détenu vit.

Une autre mesure possible serait de revoir la conception architecturale de l'établissement pénitentiaire⁵⁰⁷. Il est possible de concevoir des espaces de vie qui diminueraient le sentiment d'angoisse et qui seraient de nature à atténuer les tensions⁵⁰⁸.

On a constaté que la surpopulation carcérale est à l'origine de la violence dans les prisons, car l'encombrement des établissements pénitentiaires induit *ipso facto* une seconde peine, celle de la souffrance physique et morale⁵⁰⁹, celle qui porte atteinte à la dignité humaine et, dans certains cas, à l'intégrité physique, voire à la vie⁵¹⁰.

De prime abord, l'on peut envisager le réaménagement des espaces de vie à taille humaine, voire un système de cellules individuelles⁵¹¹, pour assurer une protection suffisante aux personnes détenues. Néanmoins, l'expérience turque de l'instauration des prisons de «type F» montre qu'une stratégie non conforme peut provoquer davantage de violence, parfois difficile à

pénale et une infraction disciplinaire fera l'objet de deux poursuites. Voir DEMİRBAŞ (2008), p. 57.

⁵⁰⁶ Voir LHUILIER/AYMARD (1997).

⁵⁰⁷ DARBEDA (2004), p. 902.

⁵⁰⁸ Sur l'architecture des établissements pénitentiaires, voir notamment KIVIRCIK (2004).

⁵⁰⁹ RICŒUR (1995), p. 18.

⁵¹⁰ Sénat français, Prisons: une humiliation pour la République, juin 2000, p. 120.

⁵¹¹ Telle est la proposition de la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNDH) française, voir Les Etudes de la CNDH vol I. (2007), p. 48.

pallier. Il convient alors de prendre en considération les données sociologiques du monde carcéral avant d'adopter une réponse à la violence. Il nous paraît clair qu'une meilleure sauvegarde des droits des détenus notamment en respectant leur dignité humaine, permettra de réduire les phénomènes de violence au sein des prisons.

II. Le droit à des conditions de détention conformes à la dignité humaine

A. Les conditions matérielles de détention

1. L'autonomisation de la dignité humaine dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme

Les atteintes à l'intégrité physique et psychique en milieu pénitentiaire revêtent un aspect primordial. Or, à l'exception de l'art. 5, la CEDH ne contient aucune disposition spécifique relative aux détenus ou à leur dignité.

La Cour EDH y a remédié par une interprétation dynamique et évolutive du texte de la Convention⁵¹². Elle adopta une interprétation élargie du champ d'application de l'article 3 CEDH sur la base de l'obligation négative dégagée dudit article, en retenant que des conditions de détention inadmissibles constituent une violation de cette disposition.

Le juge européen a joué ainsi un rôle important en matière pénitentiaire en instituant une protection «*par ricochet*»⁵¹³ des

⁵¹² Dans un rapport, la Direction des droits de l'homme du Conseil de l'Europe affirme que à défaut de dispositions spécifiques sur le traitement du détenu, les organes de Strasbourg ont quand même de «*nombreuses possibilités d'examiner les conditions de détention*». Voir, Les conditions de détention (1981), p. 2.

⁵¹³ Il s'agit d'une méthode purement prétorienne utilisée par la Cour EDH pour combler les lacunes de la CEDH notamment dans deux domaines : les conditions de détention et les mesures d'éloignement des étrangers, qui se situaient initialement «*hors du droit*» de la Convention. L'arrêt *Soering c. Royaume-Uni*,

conditions de détention conformes au respect de la dignité humaine. La Cour EDH affirma pour la première fois dans son arrêt *Kudla c. Pologne* du 26 octobre 2000⁵¹⁴, que l'article 3 de la Convention garantit le droit de toute personne à être détenue dans des conditions qui sont compatibles avec le respect de la dignité humaine. Dans cet arrêt, la Cour va au delà de la protection par ricochet expliquée précédemment, puisque, selon cette interprétation, le fait de ne pas être détenu dans des conditions décentes viole directement la Convention⁵¹⁵. A ce propos, pour protéger les détenus, dont il faudrait faire une catégorie spécifique, SUDRE propose d'ajouter un art. 3bis à la CEDH. Pour TULKENS, il s'agit pour la jurisprudence de passer «*du stade de l'ignorance des conditions générales de détention à celui de la reconnaissance du droit de tout détenu à des conditions respectueuses de la dignité humaine*»⁵¹⁶.

La Cour EDH s'attache désormais à l'impact moral des mesures prises par les autorités pénitentiaires, sans nécessairement en rechercher les effets physiques ou psychiques sur le détenu. Elle procède à un examen méticuleux des conditions de détention et apprécie les actions entreprises par les autorités pour les améliorer. Depuis, ce principe a été confirmé à plusieurs reprises⁵¹⁷.

En conséquence de l'arrêt *Kudla c. Pologne*⁵¹⁸, des obligations positives, lesquelles découlent du droit à des conditions de détention conformes à la dignité humaine, s'ajoutent aux obligations négatives susmentionnées. L'obligation de placer les détenus dans des lieux qui ne portent pas atteinte à leur dignité est une obligation de résultat⁵¹⁹.

n° 14038/88 arrêt du 7 juillet 1989, série A n° 161 consacre formellement ce mécanisme. Voir COHEN- JONATHAN (1989), p. 84.

⁵¹⁴ Cour EDH, *Kudla c. Pologne*, du 26 octobre 2000, [GC], n° 30210/96, § 92, Recueil des arrêts et décisions 2000-XI.

⁵¹⁵ SUDRE (2004), pp. 1499-1514.

⁵¹⁶ TULKENS F. (2002b), p. 262; LARRALDE (2006), p. 219.

⁵¹⁷ Cour EDH, *Peers c. Grèce*, arrêt précité; Cour EDH, *Dougoz c. Grèce*, arrêt précité; Cour EDH, *Valasinas c. Lituanie*, arrêt précité; Cour EDH, *Keenan c. Royaume-Uni*, arrêt précité; Cour EDH, *Papon c. France*, arrêt précité; Cour EDH, *Mouisel c. France*, arrêt précité.

⁵¹⁸ Cour EDH, *Kudla c. Pologne*, arrêt précité.

⁵¹⁹ ECOCHARD (2003), p. 99.

La primauté de la dignité humaine du détenu a permis à la Cour d'imposer des standards à propos des conditions matérielles de détention et d'exiger la mise en place d'un système pénitentiaire respectant cette dignité⁵²⁰. Elle considère que quelles que soient les difficultés d'ordre financier, ou logistique, auxquelles un État contractant peut se trouver confronté, il lui incombe d'organiser son système pénitentiaire de manière à assurer le respect de la dignité des détenus⁵²¹. Ainsi, la Cour EDH suit le Comité européen pour la prévention de la torture qui promeut la qualité de la vie dans les établissements pénitentiaires⁵²².

En examinant la compatibilité des conditions de détention avec la dignité humaine, la Cour EDH exigeait, jusqu'aux arrêts *Dougoz et Peers contre Grèce* du 6 mars et du 19 avril 2001, la réunion de deux conditions: elle cherchait à savoir si un tel traitement a été infligé intentionnellement et si les conditions de détention étaient objectivement indécentes. Depuis les arrêts précités, la Cour EDH a opté pour un contrôle concret des conditions matérielles de la détention. Elle estime que l'intention d'humilier n'est plus nécessaire. Désormais, des conditions de détention objectivement indécentes suffisent pour conclure à une violation de l'art. 3 CEDH.

A ce titre, la fouille corporelle et l'examen des parties génitales d'un détenu en présence d'une personne du sexe opposé⁵²³, le fait de raser le crâne d'un détenu qui allait comparaître dans quelques jours en audience publique, compte tenu de son âge⁵²⁴, l'obligation faite à un détenu de se mettre nu devant un groupe de gardiens avant qu'il exerce son droit de vote aux élections législatives⁵²⁵ constituent des traitements qui peuvent «amoindrir sa dignité»⁵²⁶.

⁵²⁰ Voir KUHN/MOREILLON (2006) qui revisite les «sept maximes universelles de la bonne condition pénitentiaire de Foucault» (FOUCAULT (1975), pp. 274 ss) au regard du Conseil de l'Europe.

⁵²¹ Cour EDH, *Mamedova c. Russie*, arrêt du 1er juin 2006, § 63.

⁵²² Deuxième rapport d'activité générale du CPT, CPT/Inf (92) 3, p. 15.

⁵²³ Cour EDH, *Valasinas c. Lituanie*, arrêt précité.

⁵²⁴ Cour EDH, *Yankov c. Bulgarie*, n° 39084/97, arrêt du 11 décembre 2003, Recueil des arrêts et décisions 2003-XII.

⁵²⁵ Cour EDH, *Iwanzuck c. Pologne*, n° 25196/94, arrêt du 15 novembre 2001.

⁵²⁶ Voir Cour EDH, *Valasinas c. Lituanie*, arrêt précité, § 117.

Des conditions de détention objectivement inadaptées au bien-être des détenus constituent un traitement inhumain et dégradant aux yeux de la Cour EDH. La Cour prend en compte l'aménagement des cellules⁵²⁷, notamment les conditions d'aération et la luminosité, la température, la séparation des sanitaires, ainsi que la surpopulation et ses effets.

L'affaire *Kalashnikov c. Russie* du 15 juillet 2002 illustre la volonté de la Cour EDH d'imposer des conditions de détention compatibles avec la dignité humaine. La Cour estime que le requérant était soumis à un traitement dégradant eu égard à ses conditions de détention: surpeuplement, absence d'aération, insectes nuisibles, toilettes exposées à la vue des codétenus.

Pour la Cour EDH, le seul fait qu'un détenu ait été contraint de vivre, de dormir et d'utiliser les toilettes dans une cellule qu'il partageait avec de très nombreux codétenus était suffisant pour le soumettre à une détresse ou à une épreuve d'une intensité excédant le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention et était de nature à lui inspirer des sentiments de peur, d'angoisse et d'infériorité propres à l'humilier et à l'avilir⁵²⁸.

Il convient de souligner que depuis l'arrêt *Mayzit c. Russie* du 20 janvier 2005, la Cour EDH applique les standards élaborés par le CPT en matière de conditions matérielles de détention.

Cette nouvelle jurisprudence s'inscrit dès lors dans la ligne des Règles pénitentiaires européennes qui énoncent les éléments des conditions dignes de détention⁵²⁹. Il échet de préciser que la version 2006 des Règles exige que les conditions de vie respectent la dignité humaine, notamment la règle 18 relative aux locaux de détention et la règle 49 concernant le bon ordre en prison. La Cour EDH attache une attention toute particulière à des conditions de détention sévères, à la santé des détenus et à la détention des personnes âgées.

⁵²⁷ Cour EDH, *Peers c. Grèce*, arrêt précité.

⁵²⁸ Règles pénitentiaires européennes de 2006, §§ 43-45.

⁵²⁹ Voir SUDRE (2004), p. 1508.

2. Les conditions matérielles de détention en droit suisse et turc

Les conditions matérielles de détention tels que l'hébergement, l'équipement de la cellule, les vêtements, la nourriture ne font pas l'objet d'une disposition spécifique en droit fédéral⁵³⁰. Néanmoins, les principes généraux de l'exécution prévus aux art. 74 et 75 CPS conditionnent l'aménagement des conditions matérielles de détention⁵³¹. A quelques exceptions près, les droits cantonaux ne règlent ce domaine que de manière lacunaire et parfois uniquement au niveau des règlements d'établissement. Confirmant ainsi la pratique établie, de nombreux cantons ont prévu une disposition selon laquelle les détenus sont normalement hébergés seuls, dans des cellules individuelles. De rares cellules pour deux à trois détenus restent cependant à disposition pour y loger des cas psychiques sévères ou des détenus présentant des tendances suicidaires⁵³².

Le principe de normalisation⁵³³, admis par la jurisprudence du Tribunal fédéral, qui considère que les conditions matérielles de détention devraient être comparables au «*standard de vie moyen*»⁵³⁴, joue un rôle considérable en ce qui concerne les conditions de détention. Des exigences minimales en matière de grandeur de la cellule, d'éclairage, d'aération, de chauffage, d'installations sanitaires, de mobilier ainsi que d'espace réservé au détenu pour l'aménagement de locaux affectés au travail, au temps libre ainsi qu'aux repas découlent également du principe de normalisation. Néanmoins, la vérification de la compatibilité des conditions matérielles de détention avec les droits fondamentaux se fera toujours dans le cadre d'une appréciation d'ensemble⁵³⁵.

A côté d'une jurisprudence par ailleurs peu abondante du Tribunal fédéral, les normes pratiques de l'Office fédéral de la justice, relatives au subventionnement de la construction d'établissements

⁵³⁰ BAECHTOLD (2008), p.165.

⁵³¹ Pour un aperçu des conditions matérielles de détention en Suisse, cf. Le rapport de l'Association pour la prévention de la torture.

⁵³² Ibidem.

⁵³³ Voir infra, p. 374.

⁵³⁴ ATF 99 Ia 274, JdT 1974 I 656.

⁵³⁵ ATF 123 I 221, cons. II c, JdT 1999 I 212.

pénitentiaires jouent également un rôle essentiel pour concrétiser les exigences relatives aux conditions matérielles de détention. Les quelques arrêts du Tribunal fédéral relatifs aux conditions matérielles de détention ont introduit des critères précis en ce qui concerne la lumière du jour⁵³⁶, l'eau courante, l'aération naturelle ou une aération artificielle adéquate, la température ambiante, l'équipement des cellules⁵³⁷ et l'admission d'objets personnels à disposition du détenu⁵³⁸.

En droit turc, les articles 8 à 15 LEPM se bornent à mentionner les différents types d'établissements pénitentiaires⁵³⁹ sans pour autant préciser les conditions matérielles de détention. La construction des établissements pénitentiaires relève de la compétence du Ministère de la justice aux termes du Décret-loi n° 529⁵⁴⁰, qui peut déterminer les lieux ainsi que les modalités de construction⁵⁴¹. Il sied d'édicter un corps de lignes directrices sur les conditions matérielles de détention dans une loi.

Il convient de noter que les conditions de détention ont suscité des craintes de la part du CPT. Le système de dortoir s'est avéré problématique et fut l'objet de plusieurs rapports du CPT⁵⁴². Le CPT indiqua en outre que les unités d'hébergement des établissements dans leur ensemble sont en très mauvais état et souvent sales⁵⁴³.

Comme nous l'avons déjà relevé, la Turquie s'est engagée à améliorer les conditions de détention dans les prisons. Un nouveau

⁵³⁶ ATF 97 I 839, JdT 1973 I 514 (rés).

⁵³⁷ ATF 102 Ia 288, JdT 1997 IV 158.

⁵³⁸ ATF 118 Ia 64 cons. 3b bb, JdT 2007 IV 43.

⁵³⁹ Ces dispositions prévoient des établissements fermés de haute sécurité, des établissements pour femmes, pour mineurs, des établissements ouverts et des maisons d'éducation.

⁵⁴⁰ Décret-loi n° 529 sur la construction et le fonctionnement des maisons de détention et de prison, publié dans R.G. n° 21939 (bis) du 20 mai 1994.

⁵⁴¹ Les types d'établissements de A, A1, A2, B, C, D, E, H, K1, K2, M, T sont des établissements fermés. Les établissements de type F sont des établissements de haute sécurité. Sur ces différents types d'établissements pénitentiaire, cf. «The Physical Structure and Equipment in Penitentiary Institutions» rapport du Ministère de la Justice turc.

⁵⁴² Visite du CPT en 1996 organisée suite à une invitation du gouvernement turc. Voir le rapport du CPT/Inf (2001).

⁵⁴³ CPT/Inf (2005) 18.

parc pénitentiaire se met en place, conforme aux critères du CPT. Dans l'attente de la fermeture des établissements pénitentiaires insalubres, des efforts devraient être faits pour atténuer les difficultés découlant de l'insuffisance des conditions de détention.

2.1. La surpopulation carcérale: un problème récurrent

La situation de promiscuité imposée à la majorité des personnes incarcérées est *«un véritable facteur aggravant les conditions générales de la détention»*⁵⁴⁴. Le surencombrement a des incidences dramatiques sur toutes les dimensions de la vie en prison. Le CPT constate que l'effet cumulé d'une combinaison de surpeuplement, de régimes pauvres en activités et d'un accès inadéquat aux toilettes ou locaux sanitaires peut s'avérer extrêmement néfaste pour les détenus⁵⁴⁵.

La surpopulation carcérale *«n'est pas non plus étrangère à la survenance plus en plus fréquente d'actes d'auto-agression (automutilations, tentatives de suicide ou suicides), d'agressions entre détenus, de phénomènes de racket ou d'actes de violence envers les surveillants»*⁵⁴⁶.

Il est aujourd'hui incontestable qu'une situation avérée de surpopulation carcérale suffit à entraîner la violation de l'art. 3 CEDH, indépendamment de toute intention d'humilier ou de rabaisser le détenu⁵⁴⁷. L'admission par l'Etat de surencombrement dans le cas d'espèce ou les rapports du CPT dénonçant un tel problème sont des critères suffisants aux yeux de la Cour EDH pour constater des conditions de détention non conformes à la dignité humaine. La Cour avait déjà été amenée à considérer qu'*«elle devait tirer les conséquences de l'impossibilité pour le gouvernement défendeur de fournir des éléments précis sur le nombre de détenus»*⁵⁴⁸. A défaut d'une explication plausible de la

⁵⁴⁴ BECHLIVANOU (1999), p. 66.

⁵⁴⁵ Onzième rapport d'activité général du CPT. CPT/Inf (2001) 16, § 50.

⁵⁴⁶ La France face à ses prisons, p. 40.

⁵⁴⁷ Deuxième rapport général d'activité du CPT, CPT/Inf (92) 3, § 46. Dans le même sens, CERE (2007 b), p. 424.

⁵⁴⁸ CERE (2007 b), p. 424.

part de l'Etat concernant les conditions de détention, la Cour EDH examine les allégations de mauvais traitements sur la base des seuls arguments du détenu⁵⁴⁹. Cela revient à admettre que du fait de leur vulnérabilité, les détenus ne disposent pas des mêmes facilités pour prouver leurs allégations.

La Suisse et la Turquie ne sont pas épargnées par la surpopulation carcérale. Comme indiqué dans les rapports du CPT rendus à l'issue de la visite d'établissements pénitentiaires suisses, l'établissement pénitentiaire de Champ-Dollon, du canton de Genève, est affecté d'une surpopulation chronique⁵⁵⁰. En Turquie, lors de la visite du CPT en décembre 2005, la prison de type E d'Adana était surpeuplée avec quelque neuf-cent-cinquante détenus pour une capacité de quatre-cent-cinquante. Pour donner un exemple des effets néfastes de cette situation, la délégation a constaté que dans une unité vingt-deux détenus partageaient un dortoir d'environ vingt-quatre m², dix d'entre eux dormaient sur le sol, sur des matelas⁵⁵¹.

De prime abord, la construction de nouveaux établissements pénitentiaires pour mettre en œuvre le principe de l'encellulement individuel apparaît essentiel à la préservation de la dignité des personnes et à la protection de leur intégrité physique. Néanmoins, cela n'est pas en soi une solution durable au problème du surpeuplement.

L'examen de la politique pénitentiaire des pays qui ont réussi à surmonter le problème de la population carcérale montre qu'une politique cohérente est nécessaire⁵⁵². Cette politique doit être *«caractérisée par un scepticisme généralisé de la part des acteurs*

⁵⁴⁹ Cour EDH, *Benediktov c. Russie*, n° 106/02, arrêt du 10 mai 2007.

⁵⁵⁰ CPT/Inf (2008) 33, Rapport au Conseil fédéral suisse relatif à la visite effectuée en Suisse par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) du 24 septembre au 5 octobre 2007. Voir aussi le rapport sur la situation des droits fondamentaux des personnes détenues à la prison de Champ-Dollon, daté du 13 avril 2007, de la Ligue Suisse des Droits de l'Homme, section de Genève.

⁵⁵¹ CPT/Inf (2006) 30 Report to the Turkish Government on the visit to Turkey carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 7 to 14 December 2005.

⁵⁵² Onzième rapport d'activité général du CPT. CPT/Inf (2001) 16.

du système de justice pénale face à l'emprisonnement, une réduction de l'application et de la durée des peines de prison, une intolérance absolue au surpeuplement et un refus d'augmenter la capacité pénitentiaire»⁵⁵³. Nous ne nous attarderons point sur les causes et les solutions proposées pour réduire la surpopulation carcérale⁵⁵⁴, mais nous nous bornerons à préciser qu'en termes de droits fondamentaux des détenus, il convient de limiter la durée des peines, de faire un usage renforcé des mesures d'individualisation de la peine telles que la libération conditionnelle et la semi-liberté, voire de prévoir l'«instauration d'un numerus clausus (pas plus de détenus qu'il n'y a de places)»⁵⁵⁵, autant de mesures que recommande le Conseil de l'Europe depuis plusieurs années⁵⁵⁶.

A cet égard, le CPT constate qu'il ne peut que «saluer les modifications de la partie générale du Code pénal suisse concernant les alternatives aux peines privatives de liberté et le sursis»⁵⁵⁷.

Malgré les réformes récentes, avec l'entrée en vigueur du nouveau code pénal en 2005⁵⁵⁸ et l'instauration d'alternatives aux peines privatives de liberté, le droit turc continue à prôner la peine privative de liberté; il importe de faire les aménagements nécessaires pour un recours plus fréquent aux alternatives à ce type de peine.

⁵⁵³ SNACKEN (1999), p. 10.

⁵⁵⁴ Pour un état de la situation générale en ce qui concerne la surpopulation carcérale dans plusieurs Etats européens, aux Etats-Unis, en Australie et au Japon et des propositions susceptibles de diminuer le surpeuplement, lire KUHN (2000).

⁵⁵⁵ MANSUY, (2005).

⁵⁵⁶ Cf. entre autres la Recommandation R(99)22 du 30 septembre 1999 concernant le surpeuplement des prisons et l'inflation carcérale, la Recommandation R(2003)22 du 24 septembre 2003 concernant la libération conditionnelle et la Recommandation R(2003)23 du 9 octobre 2003 concernant la gestion par les administrations pénitentiaires des condamnés à perpétuité et des autres détenus de longue durée.

⁵⁵⁷ CPT/Inf (2008) 33, Rapport au Conseil fédéral suisse relatif à la visite effectuée en Suisse.

⁵⁵⁸ Loi n° 5235 sur le Code pénal turc.

2.2. La mise à l'isolement des détenus

La mise à l'isolement du détenu signifie d'abord la détention cellulaire ininterrompue, sans contacts tant acoustiques qu'optiques avec les autres détenus⁵⁵⁹. En raison de ses effets physiques et psychiques possiblement dévastateurs⁵⁶⁰, elle est considérée par les détenus et la doctrine comme une «torture blanche»⁵⁶¹.

Dans les ordres juridiques suisse et turc, l'isolement carcéral peut revêtir plusieurs formes. La mise en isolement peut être ordonnée au début de la peine en vue de préparer l'exécution. La détention cellulaire ne constituant plus la première phase obligatoire de l'exécution de la peine, l'art. 75 al. 1 CPS préconise de recourir à la détention cellulaire de manière restrictive. Le principe de proportionnalité doit être respecté, tout en tenant compte des effets nocifs sur la santé physique et psychique et sur le comportement social du détenu⁵⁶². Au contraire, en droit turc, la première phase de la peine privative de liberté peut être exécutée sous forme de détention cellulaire ou dans une unité d'admission en vertu de l'art. 23 al. 1 lit. a LEPM pour une durée maximale de soixante jours. Il est possible de déroger à ce principe et de ne pas mettre le détenu en isolement cellulaire. La mise en isolement cellulaire comme première phase de l'exécution de la peine se fait dans des centres d'admission en dehors de l'établissement pénitentiaire; à défaut d'infrastructure adéquate dans une région, les femmes détenues seront placées dans une unité d'admission au sein de la prison.

L'isolement à titre de sûreté prévu en droit suisse, contrairement au droit turc, a pour but d'assurer le maintien de l'ordre et de la sécurité en prison. Cette forme d'isolement s'applique à l'encontre des détenus susceptibles de perturber l'ordre, mais aussi pour protéger un détenu contre ses codétenus. Dans ce cas-là, la durée

⁵⁵⁹ BAECHTOLD (2008), p. 144.

⁵⁶⁰ GOURDOU (2007), p. 27.

⁵⁶¹ HERZOG-EVANS (1996), p. 275.

⁵⁶² BAECHTOLD (2008), p. 145. Néanmoins, l'on trouve dans la législation cantonale la possibilité de recourir à la détention cellulaire au moment de l'admission du détenu; à titre d'exemple voir l'art.15 du règlement vaudois (RSC) RSVD 340.01.1.

de l'isolement ne doit pas excéder le temps nécessaire et être proportionné afin de garantir la protection désirée.

L'isolement à titre de sûreté et l'isolement en tant que sanction disciplinaire correspondent à des mesures coercitives en raison de leurs effets⁵⁶³. La décision d'isoler en détention le détenu appartient à l'administration.

Pendant longtemps, en droit turc, ces mesures ont pu être appliquées en dehors de tout contrôle du juge. Nous en traiterons plus loin.

La question de la mise en isolement s'est régulièrement posée sous l'angle de l'art. 3 CEDH. La jurisprudence en la matière a permis de préciser les conditions et modalités de l'isolement de sécurité⁵⁶⁴. Pour résumer la position constante du juge de Strasbourg sur ce point, il convient d'affirmer que l'exclusion d'un détenu de la collectivité carcérale, y compris son placement en quartier de haute sécurité ne constitue pas, en elle-même, une forme de traitement inhumain ou dégradant⁵⁶⁵. Néanmoins, la Cour EDH tient compte de la rigueur, de la durée, de l'objectif poursuivi ainsi que de l'effet de l'isolement sur le détenu⁵⁶⁶ pour constater une éventuelle violation de l'art 3 CEDH. Ainsi, un isolement social et sensoriel total constitue immanquablement un traitement inhumain et ne saurait se justifier par des exigences de sécurité ou toute autre raison⁵⁶⁷.

Dans son arrêt *Ramirez Sanchez c. France*⁵⁶⁸, en appliquant les critères susmentionnés, la Cour EDH a considéré que les conditions de maintien à l'isolement n'ont pas atteint le seuil minimum de gravité nécessaire pour constituer un traitement inhumain au sens de l'article 3 de la Convention, compte tenu

⁵⁶³ CERE (2006b), p. 478.

⁵⁶⁴ PONCELA (2005), p. 394.

⁵⁶⁵ GOURDOU (2007), p. 28.

⁵⁶⁶ Voir Cour EDH, *Lorsé c. Pays Bas*, n°52750/99, arrêt du 4 février 2003.

⁵⁶⁷ Cour EDH, *Messina c. Italie*, n°13803/88, arrêt du 8 juin 1999, série A n° 257-H; Cour EDH, *Öcalan c. Turquie*, n° 46221/99, arrêt du 12 mars 2003.

⁵⁶⁸ Cour EDH, *Ramirez Sanchez c. France*, [GC], n°59450/00, arrêt du 4 juillet 2006.

notamment de la personnalité et de la dangerosité hors normes de l'intéressé.

La Cour EDH prend acte de l'existence dans de nombreux Etats des régimes de plus grande sécurité à l'égard des détenus dangereux. Destinés à prévenir les risques d'évasion, d'agression ou de perturbation de la collectivité des détenus, ces régimes ont comme base la mise du détenu à l'écart de la communauté pénitentiaire, accompagnée d'un renforcement des contrôles.

La Cour EDH estime que les décisions de prolongation d'un isolement devraient être motivées de manière substantielle, afin d'éviter tout risque d'arbitraire et que l'on ne devrait recourir à cette mesure, qui représente une sorte d'emprisonnement dans la prison, qu'exceptionnellement et avec beaucoup de précautions.

La Cour EDH tient, de plus, à souligner qu'un maintien à l'isolement, même relatif, ne saurait être imposé à un détenu indéfiniment. En outre, il est indispensable que le détenu puisse voir une autorité judiciaire indépendante statuer sur le bien-fondé et les motivations de cette mesure prolongée. Il serait également souhaitable que des solutions alternatives à la mise à l'isolement soient recherchées pour les individus considérés comme dangereux et pour lesquels une détention dans une prison ordinaire et dans des conditions normales est considérée comme inappropriée

B. Le respect de la santé du détenu

La fourniture des soins de santé dans le milieu carcéral contribue de manière positive à la qualité de la vie et à prévenir des mauvais traitements, et par voie de conséquence au respect de la dignité humaine du détenu⁵⁶⁹. La définition de la santé peut être interprétée au sens large, conformément au préambule de la Constitution de l'Organisation Mondiale de la Santé qui préconise que: *«la santé est un état de complet bien-être physique, mental et social, et ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou*

⁵⁶⁹ MURDOCH (2007), p. 236.

d'infirmité»⁵⁷⁰. Néanmoins, la notion de santé doit être ici interprétée «*dans le sens juridique plus restreint d'intégrité physique et psychique*»⁵⁷¹.

Les problèmes causés par les soins prodigués en prison ont fait l'objet de divers instruments internationaux. On remarque, à ce propos, deux Résolutions de l'ONU, adoptées en 1982⁵⁷² et 1988⁵⁷³. Au niveau régional, le Conseil de l'Europe a édicté des recommandations relatives aux soins médicaux⁵⁷⁴. A cela viennent s'ajouter les dispositions y relatives contenues dans l'Ensemble des règles minima pour le traitement des détenus⁵⁷⁵ et dans les Règles pénitentiaires européennes de 2006⁵⁷⁶.

Ces différents instruments transposent dans le milieu carcéral le droit à la santé⁵⁷⁷, droit fondamental⁵⁷⁸ consacré notamment par les

⁵⁷⁰ La Constitution a été adoptée par la Conférence internationale de la Santé, tenue à New York du 19 juin au 22 juillet 1946, signée par les représentants de 61 Etats le 22 juillet 1946 (Actes off. Org. mond. Santé, 2, 100) et est entrée en vigueur le 7 avril 1948. Les amendements adoptés par la vingt-sixième, la vingt-neuvième, la trente-neuvième et la cinquante et unième Assemblées mondiales de la Santé (résolutions WHA26.37, WHA29.38, WHA39.6 et WHA51.23) sont entrés en vigueur le 3 février 1977, le 20 janvier 1984, le 11 juillet 1994 et le 15 septembre 2005 respectivement.

⁵⁷¹ QUELOZ (2006), p. 84.

⁵⁷² Résolution 37/194 relative aux Principes d'éthique médicale applicables au rôle du personnel de santé, en particulier des médecins, dans la protection des prisonniers et des détenus contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 18 décembre 1982.

⁵⁷³ Résolution 43/173 portant l'Ensemble de principes pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 9 décembre 1988.

⁵⁷⁴ Recommandation R(93)6 concernant les aspects pénitentiaires et criminologiques du contrôle des maladies transmissibles et notamment du SIDA, et les problèmes connexes de santé en prison, la Recommandation R(97)5 relative à la protection des données médicales et la Recommandation R(98)7 relative aux aspects éthiques et organisationnels des soins de santé en milieu pénitentiaire. Enfin, la Recommandation 1235 (1994) relative à la psychiatrie et aux droits de l'homme.

⁵⁷⁵ Règle 22 sur les services médicaux.

⁵⁷⁶ Règles 39 à 48.

⁵⁷⁷ Sur les fondements du droit à la santé et le droit aux soins dans les instruments internationaux cf. notamment SPRUMONT (2002); SARITAŞ (2006).

articles 22 et 25 DUDH, l'art. 12 du Pacte ONU II ainsi que les articles 11 et 13 de la Charte sociale européenne révisée⁵⁷⁹ et l'art. 3 de la Convention pour la protection des droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine de 1997⁵⁸⁰. S'ajoute des droits des patients⁵⁸¹. Ces droits sont également reconnus par les ordres juridiques suisse⁵⁸² et turc⁵⁸³.

Les textes sur la santé en milieu carcéral répondent en des termes relativement similaires, aux préoccupations majeures des fournisseurs de soins en milieu carcéral. Ils identifient des situations spécifiques et un certain nombre de problèmes connexes afin d'y remédier en émettant des principes essentiels. Il ressort, à leur lecture, que *«la promotion et la sauvegarde de la santé en prison sont élevées au rang des priorités les plus essentielles à la*

⁵⁷⁸ CHAUVIN (2000), p. 18. A ce propos, SPRUMONT (2002), p. 31 constate que le droit à la santé *«rejoint dans ce sens les droits fondamentaux dits de la première génération et dont la portée est essentiellement défensive, comme le droit à la vie ou le respect de l'intégrité corporelle»*. Pour le droit fondamental à la santé en tant que droit de l'Homme cf. la publication collective, Le droit à la santé en tant que droit de l'Homme (1979). Pour CASAUX-LABRUNEE (2006), p. 765, *«le droit à la santé [...] n'existe pas. Le «droit à la protection de la santé» est évidemment la formule la plus juste»*.

⁵⁷⁹ Charte sociale européenne (révisée) du 3 mai 1996. La Suisse a signé la Charte sociale européenne mais ne l'a pas ratifiée. En revanche, elle n'a ni signé ni ratifié la Charte sociale européenne révisée. La Charte sociale européenne est entrée en vigueur, pour la Turquie, par la publication de la Loi n° 3581 sur la confirmation de la Charte sociale européenne dans le R.G. n° 20215 du 4 juillet 1989. La Turquie a également ratifié la Charte sociale européenne révisée qui est entrée en vigueur, par la publication de la Loi n° 3581 sur la confirmation de la Charte sociale européenne révisée dans le R.G. n° 26308 du 3 octobre 2006.

⁵⁸⁰ Entrée en vigueur pour la Suisse le 1^{er} novembre 2008, (RS0.810.2). Entrée en vigueur pour la Turquie, par la publication de la Loi n° 5013 sur la confirmation de la ratification de la Convention pour la protection des droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine, dans le R.G. n° 25311 du 9 décembre 2003.

⁵⁸¹ CLEMENT/HÄNNI/SPRUMONT (2003), p. 52, définissent les droits des patients *«comme l'ensemble des droits visant la protection de la personnalité des patients dans leurs rapports avec les professionnels des soins et les institutions de santé»*. Cet ensemble est composé de droits tels que le droit d'accès aux soins, le droit au libre choix, le droit à l'information, le droit de consentir aux soins, le droit au respect de sa vie privée, le droit à la protection des données médicales.

⁵⁸² Sur le droit à la santé et les droits des patients et l'évolution en droit suisse, voir GUILLOD (2006); MANAI (2006).

⁵⁸³ Pour le droit turc, cf. ÖZSUNAY (1983); HAKERİ (2007).

protection des droits des détenus»⁵⁸⁴ et au rang d'enjeux de santé publique⁵⁸⁵.

A ce propos, la troisième partie des Règles pénitentiaires européennes de 2006, consacrée à la santé dans les prisons, rassemble en son sein les règles concernant les soins, l'organisation des soins de santé, le personnel médical soignant, les devoirs du médecin ainsi que le traitement des détenus souffrant de troubles mentaux.

La règle 39 des Règles pénitentiaires de 2006 se base sur l'art. 12 du Pacte ONU I qui prescrit le droit de jouir d'un bon état de santé physique et mentale. Du fait que le respect de la dignité humaine du détenu exige des conditions de détention qui ne portent pas atteinte à la santé⁵⁸⁶ et que, réciproquement, si l'exécution de la peine privative de liberté ne respecte pas la dignité humaine, la santé du détenu sera menacée, les Règles pénitentiaires font aux autorités pénitentiaires l'obligation de protéger la santé des détenus.

A cet éventail de normes s'ajoutent des critères élaborés par le CPT sur la base de l'expérience et des observations de ses membres et d'experts. Le CPT dans son troisième rapport d'activité général⁵⁸⁷ édicte un corpus de lignes directrices en matière de services de santé en prison⁵⁸⁸: accès au médecin⁵⁸⁹; équivalence des soins⁵⁹⁰; consentement du patient et

⁵⁸⁴ JENDLY (2005), p. 248.

⁵⁸⁵ L'HUILIER (2000), p. 192.

⁵⁸⁶ QUELOZ (2006), p. 84.

⁵⁸⁷ CPT/Inf (93) 12.

⁵⁸⁸ Sur ces lignes directrices cf. notamment BERTRAND/UMMEL/HARDING (2006).

⁵⁸⁹ Par. 33-37 du troisième rapport d'activité général du CPT et par. 1-9 de l'Annexe à la Recommandation R(98)7 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe. Dans le même sens, le principe 24 de l'Ensemble de principes pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement et la règle 40.3 des Règles pénitentiaires européennes de 2006.

⁵⁹⁰ Par. 38-44 du troisième rapport d'activité général du CPT et par. 1-9 de l'Annexe à la Recommandation R(98)7 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, ainsi que la règle 40.5 des Règles pénitentiaires européennes de 2006. Voir également le par. 2 de la Déclaration d'Edimbourg de l'AMM sur les conditions carcérales et la propagation de la tuberculose et autres maladies transmissibles, et le principe premier de la Résolution 37/194 de l'ONU sur les

confidentialité⁵⁹¹; prévention sanitaire⁵⁹²; intervention humanitaire⁵⁹³; indépendance professionnelle⁵⁹⁴; compétence professionnelle⁵⁹⁵.

Cette attention portée à la santé en milieu pénitentiaire, dans les instruments susmentionnés, est tout à fait justifiée. Tout d'abord l'incarcération a inévitablement des effets sur la santé physique et psychique du détenu⁵⁹⁶. L'impératif de sécurité a tout aussi inévitablement un impact sur l'exercice des droits du détenu-patient. Si l'art. 75 al. 1 CPS⁵⁹⁷, le Tribunal fédéral, les législations cantonales⁵⁹⁸ et l'art. 71 LEPM⁵⁹⁹ reconnaissent que le détenu a le droit à la santé, on admet cependant que le statut du détenu justifie des restrictions plus amples que si le patient était en liberté,

Principes d'éthique médicale applicables au rôle du personnel de santé, en particulier des médecins, dans la protection des prisonniers et des détenus contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Cf. enfin la règle 5 des Directives de l'ASSM concernant l'exercice de la médecine auprès des personnes détenues.

⁵⁹¹ Par. 45-47 du troisième rapport d'activité général du CPT et par. 13-18 de l'Annexe à la Recommandation R(98)7 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe. Voir également le par. 8 de la Recommandation R(93)6 concernant les aspects pénitentiaires et criminologiques du contrôle des maladies transmissibles et notamment du sida, et les problèmes connexes de santé en prison et la règle 48.1 des Règles pénitentiaires européennes de 2006.

⁵⁹² Par. 52-63 du troisième rapport d'activité général du CPT et par. 13-18 de l'Annexe à la Recommandation R(98)7 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe.

⁵⁹³ Troisième rapport général d'activité du CPT. CPT/Inf (93) 12, §§ 64-70.

⁵⁹⁴ Troisième rapport général d'activité du CPT. CPT/Inf (93) 12, §§ 71-74. §§ 19-22 de l'Annexe à la Recommandation R(98)7 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe. Voir également la Déclaration de Madrid de l'AMM sur l'autonomie et l'auto-régulation professionnelle, adoptée par la trente-neuvième Assemblée Médicale Mondiale, à Madrid en octobre 1987 et révisée par la cent soixante-dixième session du Conseil, Divonne-les-Bains, France, mai 2005.

⁵⁹⁵ Troisième rapport d'activité général du CPT, §§ 75-77.

⁵⁹⁶ OBRECHT (2002).

⁵⁹⁷ BAECHTOLD (2008), p. 227, note que «le devoir de l'assistance nécessaire mentionnée à l'art. 75 al. 1 CPS inclut également le traitement médical des détenus malades (ou accidentés)».

⁵⁹⁸ ATF 106 Ia 299, JdT 1982 I 230; ATF 123 I 221.

⁵⁹⁹ Art. 71 : «*Le détenu, pour la protection de sa santé physique et psychique et pour le diagnostic et la prise en charge thérapeutique des maladies, a le droit de bénéficier des services de soins. Le détenu doit d'abord être soigné dans la division de médecine pénitentiaire de l'établissement, et si les circonstances l'exigent, les soins médicaux sont prodigués au quartier cellulaire des hôpitaux étatiques ou universitaires*».

notamment en ce qui concerne l'accès aux soins, le droit au libre choix du médecin et du lieu d'hospitalisation. De surcroît, des antagonismes demeurent entre une situation de droit et une situation de fait⁶⁰⁰. A cet égard, JENDLY constate que «*si l'importance de ces principes est fondamentale et s'ils ont incontestablement amené la Suisse à «modifier et améliorer» la prise en charge médicale des détenus, nombre d'entre eux ne sont encore à l'heure actuelle que partiellement suivis*»⁶⁰¹. Cette remarque est transposable dans le contexte turc.

Le Tribunal fédéral accorde une protection au droit à la santé en tant qu'élément essentiel de la liberté personnelle⁶⁰². Ainsi le contenu de la garantie de ce droit «*va au delà d'un simple accès aux soins en garantissant aux détenus des conditions de vie compatibles avec la dignité humaine*»⁶⁰³. S'il admet l'existence d'un droit à la santé, le Tribunal fédéral s'abstient d'étendre cette protection au libre choix du médecin⁶⁰⁴. Dans le même sens, les législations cantonales excluent le libre choix du médecin⁶⁰⁵. Il en va ainsi du droit turc. Toutefois, lorsque le rapport de confiance entre le médecin de l'établissement pénitentiaire et le détenu est rompu, le Tribunal fédéral reconnaît le droit d'être examiné par un autre médecin⁶⁰⁶.

⁶⁰⁰ THIERRY (2004).

⁶⁰¹ JENDLY (2005), p. 253 et les références citées.

⁶⁰² ATF 102 Ia 279, JdT 1977 158 (rés).

⁶⁰³ SPRUMONT (2002), p. 33.

⁶⁰⁴ ATF 102 Ia 279, JdT 1977 IV 158.2 (rés); SPRUMONT (2002), p. 36.

⁶⁰⁵ Art. 22 de la Loi sur l'exécution des peines privatives de liberté et des mesures pour les personnes adultes (LPMA) du 19 octobre 2007 du canton de Neuchâtel.(RSN 351.0). Art. 31 du Règlement fribourgeois des prisons du 12 décembre 2006 (RSF 341.2.11). Art. 20 du Règlement des établissements de détention du canton de Jura du 21 décembre 2004 du Canton du Jura, (RSJU 342.111). Art. 42. al. 2 du Règlement sur les établissements de détention dans le canton du Valais du 10 décembre 1993 (RSVS 340.200). Art. 74 du Règlement vaudois sur le statut des condamnés exécutant une peine privative de liberté et les régimes de détention applicables du 24 janvier 2007 (RSVD 340.01.1) Art. 29 du Règlement sur le régime intérieur de la prison et le statut des personnes incarcérées (RRIP) du 30 septembre 1985 (RSG F 1 50.04). Art. 37 Regolamento sull'esecuzione delle pene e delle misure per gli adulti (del 6 marzo 2007) (RST4.2.1.1.1).

⁶⁰⁶ ATF 102 Ia 302, JdT 1978 IV 31 (rés).

Cependant, nous estimons que le recours au médecin de confiance du détenu ne paraît pas incompatible avec le but de l’incarcération et les exigences raisonnables pour le bon fonctionnement de l’établissement pénitentiaire. Il est vrai que ce choix peut avoir des impacts sur la surveillance adéquate lors de la visite, et peut exiger l’aménagement des lieux de soins, mais ces difficultés ne justifient pas en elles-mêmes une restriction du libre choix du médecin⁶⁰⁷.

Concernant le lieu des soins, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral et les législations cantonales⁶⁰⁸, en principe, les détenus sont soignés sur place par le médecin pénitentiaire, sauf si leur état de santé exige leur hospitalisation. L’art. 71 de la LEPM turque prévoit également la prise en charge médicale du détenu par le médecin pénitentiaire et le cas échéant par des structures hospitalières⁶⁰⁹.

Le milieu carcéral et les contraintes qu’il engendre sont des sources de conflits en matière de protection de la santé du détenu⁶¹⁰. Si le droit à la santé est reconnu, plusieurs problèmes demeurent, quant au secret médical⁶¹¹ et à la protection des données personnelles⁶¹². La préservation stricte de ce secret se révèle dans bien des cas difficile⁶¹³.

⁶⁰⁷ Dans le même sens SPRUMONT (2002), p. 36.

⁶⁰⁸ Art. 22 de la Loi sur l’exécution des peines privatives de liberté et des mesures pour les personnes adultes (LPMA) du 19 octobre 2007 du canton de Neuchâtel (RSN 351.0). Art. 31 du Règlement fribourgeois des prisons du 12 décembre 2006 (RSF 341.2.11). Art. 20 du Règlement des établissements de détention du canton de Jura du 21 décembre 2004, (RSJU 342.111). Art 42. al. 2 du Règlement sur les établissements de détention dans le canton du Valais du 10 décembre 1993 (RSVS 340.200). Art. 74 du Règlement vaudois sur le statut des condamnés exécutant une peine privative de liberté et les régimes de détention applicables du 24 janvier 2007 (RSVD 340.01.1) Art. 29 du Règlement sur le régime intérieur de la prison et le statut des personnes incarcérées (RRIP) du 30 septembre 1985 (RSG F 1 50.04). Art. 37 Regolamento sull’esecuzione delle pene e delle misure per gli adulti (del 6 marzo 2007) (RST 4.2.1.1.1).

⁶⁰⁹ DEMİRBAŞ (2008), p. 424

⁶¹⁰ GRAVIER/SPRUMONT (2003), p. 220.

⁶¹¹ Sur le secret médical du médecin pénitentiaire en droit pénal suisse, lire JENDLY (2006a). Pour une étude générale sur le secret médical en droit turc, cf. KARASU (2009).

⁶¹² Sur la protection des données dans les établissements pénitentiaires du Concordat romand sur l’exécution des sanctions, cf. JENDLY (2006b).

⁶¹³ Pour une proposition de modèle de partage des informations confidentielles en exécution de peine privative de liberté, cf. JENDLY (2006c).

Ce survol du droit à la santé en milieu pénitentiaire montre qu'en la matière, le détenu est entièrement dépendant de l'administration pénitentiaire. Conscient des difficultés qui entourent la santé du détenu, le Comité des droits de l'Homme et la Cour EDH ont imposé aux Etats le respect de certaines règles au nom de la protection de la dignité humaine⁶¹⁴. C'est ainsi que la dépendance du détenu vis-à-vis de l'administration pénitentiaire fait l'objet d'un contrôle minimal⁶¹⁵.

En ce qui concerne le Pacte ONU II, aucune disposition de celui-ci ne traite directement de la santé des personnes détenues. Le Comité des droits de l'Homme a considéré que le libre accès aux soins doit être garanti dans la pratique, immédiatement après l'arrestation et à tous les stades de détention. Il se fonde à ce propos sur les art. 6, 7 et 10 § 1 du Pacte ONU II. Cela, cependant, ne signifie pas nécessairement que les détenus ont le droit de choisir un médecin de confiance⁶¹⁶. Le manque de moyens financiers ne constitue pas un argument recevable pour supprimer la responsabilité de l'Etat en question⁶¹⁷.

Le CDH accorde une garantie plus étendue en matière du droit à la santé, car le refus d'administrer des soins nécessaires à un détenu souffrant constitue une violation de l'art. 10 § 1 du Pacte ONU II⁶¹⁸.

En revanche, de prime abord, la Cour EDH ne semble pas déduire de la garantie du droit à la vie et de l'interdiction des traitements inhumains un droit général aux soins de santé. L'obligation de la protection contre la propre violence du détenu sous l'angle de l'art. 2 CEDH et la protection «par ricochet» au regard de l'art. 3 CEDH ont permis au juge européen de dégager une obligation positive en

⁶¹⁴ LARRALDE (2006), p. 227.

⁶¹⁵ CDH, Observations finales, *République populaire démocratique de Corée*, CCPR, A/56/40 vol. I (2001), p. 85 § 86 (16); CDH, Observations finales, *Portugal*, CCPR, A/58/40 vol. I (2003) p.51 § 83 (11); CDH, Observations finales, *Kenya*, CCPR, A/60/40 vol. I (2005), p. 48, § 86 (19).

⁶¹⁶ VAN KEMPEN (2008), p. 33.

⁶¹⁷ CDH, *Kalenga c. Zambie*, Comm. 326/1988, constatations adoptées, le 27 juillet 1993, § 6.5.

⁶¹⁸ CDH, *Lewis c. Jamaïque*, Comm. 527/1993, constatations adoptées, le 18 juillet 1996, § 3.5, 3.6 et 10.4.

ce qui concerne la protection de la santé des détenus⁶¹⁹. A cet égard, la Cour EDH constate que, «*outre la santé du prisonnier, c'est son bien-être qui doit être assuré de manière adéquate eu égard aux exigences pratiques de l'emprisonnement*»⁶²⁰. Néanmoins, la jurisprudence de la Cour EDH, à l'instar du CDH ne reconnaît pas non plus le libre choix du médecin⁶²¹.

L'obligation de la protection de la santé du détenu a deux volets: d'une part, l'Etat est tenu d'administrer les soins médicaux nécessaires⁶²², et d'autre part, il incombe à l'Etat d'assurer des conditions de détention conformes à la dignité humaine de manière à assurer que les modalités d'exécution des mesures prises ne soumettent pas l'intéressé à une détresse ou à une épreuve d'une intensité qui excède le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention⁶²³.

1. L'obligation de fournir des services de santé

L'obligation positive de la protection de la santé et de la fourniture de soins de santé adéquats en milieu carcéral existe lorsqu'il y a lieu de craindre une violation des art. 2 et 3 de la CEDH⁶²⁴. Sous l'angle de l'art. 2, la fourniture des services de santé est étroitement liée à la protection du détenu contre sa propre violence. Comme nous l'avons vu, un suivi médical régulier peut jouer un rôle dans la prévention de la violence au sein de la prison⁶²⁵. Un suivi médical doit être proposé à tout détenu et des soins médicaux

⁶¹⁹ MUTAF (2006), p. 38.

⁶²⁰ Cour EDH, *Kudla c. Pologne*, arrêt précité, § 94; *Mouisel c. France*, arrêt précité, § 40; Cour EDH, *Rivière c. France*, n° 33834/03, arrêt du 11 juillet 2006, § 62.

⁶²¹ VAN KEMPEN (2008), p. 33, explique cette approche par le fait que le droit à la santé n'est pas un droit expressément reconnu par le Pacte ONU II et la CEDH.

⁶²² Cour EDH, *Hurtado c. Suisse*, n°17549/90, arrêt du 28 janvier 1994, série A n° 280, avis de l'AComm. EDH, pp. 15-16, § 79.

⁶²³ Cour EDH, *Kudla c. Pologne*, arrêt précité, § 94.

⁶²⁴ Cour EDH, *Keenan c. Royaume-Uni*, arrêt précité; Cour EDH, *Velikova c. Bulgarie*, n° 41488/98, arrêt du 18 mai 2000, §§ 75-76, Recueil des arrêts et décisions 2000-VI; Cour EDH, *Ilhan c. Turquie*, n° 22277/93, arrêt du 27 juin 2000, § 87, Recueil des arrêts et décisions 2000-VII.

⁶²⁵ LARRALDE (2006), p. 228.

appropriés doivent être dispensés à des détenus souffrant de troubles psychiques⁶²⁶.

Au regard de l'art. 3 CEDH, il importe que les contraintes de l'enfermement ne contribuent pas à la dégradation de l'état de santé du détenu, ce qui implique de lui administrer des soins médicaux adéquats et suffisamment tôt⁶²⁷. La Cour EDH s'autorise également à vérifier la nature des soins administrés⁶²⁸. L'examen qu'elle effectue et les preuves dont elle dispose doivent lui permettre d'affirmer au-delà de tout doute raisonnable que le traitement était abusif et contraire aux prescriptions de l'article 3.

Le défaut de fournir une assistance médicale à des détenus dont l'état de santé l'exige peut générer des sentiments de stress et d'angoisse allant au-delà du degré de souffrance inhérent à toute privation de liberté et de ce fait constituer une violation de l'art. 3 CEDH⁶²⁹. A défaut de service de santé approprié dans un délai raisonnable à l'intérieur de l'établissement pénitentiaire, le détenu doit être hospitalisé ou placé dans un lieu où il sera «*suivi et sous surveillance, en particulier la nuit*»⁶³⁰. Il convient aussi de noter que le cadre des soins hospitaliers apparaît crucial. La Cour EDH considère que le fait d'attacher un détenu à son lit d'hôpital la veille de son opération alors que cette mesure était disproportionnée au regard des nécessités de la sécurité, et que deux policiers étaient placés en faction, entraîne la violation de l'article 3⁶³¹.

⁶²⁶ VAN KEMPEN (2008), p. 33.

⁶²⁷ Cour EDH, *Melnik c. Ukraine*, n° 72286/01, arrêt du 29 mars 2006.

⁶²⁸ Par exemple, Cour EDH, *Naoumenko c. Ukraine*, n° 42023/98, arrêt du 10 février 2004.

⁶²⁹ Cour EDH, *Koval c. Ukraine*, n° 65550/01, arrêt du 10 octobre 2006; Cour EDH, *Khudobine c. Russie*, n° 59696/00, arrêt du 26 octobre 2006; Cour EDH, *Serifis c. Grèce*, n° 27695/03, arrêt du 2 novembre 2006; Cour EDH, *Holomiov c. Moldovie*, n° 30649/05, arrêt du 7 novembre 2006; Cour EDH, *Filip c. Roumanie*, n° 41124/02, arrêt du 14 décembre 2006; Cour EDH, *Paladi c. Moldavie*, n° 39806/05, arrêt du 10 juillet 2007; Cour EDH, *Testa c. Croatie*, n° 20877/04, arrêt du 12 juillet 2007.

⁶³⁰ Cour EDH, *Mouisel c. France*, arrêt précité, § 45.

⁶³¹ Cour EDH, *Hénaf c. France*, n° 65436/01, arrêt du 27 novembre 2003, Recueil des arrêts et décisions 2003-XI. Voir la note sur cet arrêt de ROETS (2004).

L'obligation de protection de l'intégrité physique des détenus «implique également que les autorités pénitentiaires ne prennent pas non plus de décisions pouvant affecter la santé d'un détenu sur le long terme»⁶³². Ainsi, l'incarcération d'un détenu asthmatique non-fumeur dans une cellule occupée par des fumeurs et le refus de le transférer dans une cellule pour non-fumeur entraîne la violation de l'article 3⁶³³. Néanmoins, lorsque le détenu ne souffre d'aucun problème de santé, l'inhalation de la fumée du tabac ne constitue pas une violation de l'art. 3 CEDH⁶³⁴. Cette décision montre que la Cour EDH fait preuve de réserve dans l'appréciation des circonstances en matière de protection de la santé.

Néanmoins, la Cour EDH peut conclure à une violation de l'art. 3 CEDH en l'absence de toute intention de la part des autorités de faire souffrir le détenu au delà de sa maladie et des exigences de l'incarcération⁶³⁵. Ainsi, la Cour, en renforçant les obligations de l'Etat en la matière, inclut dans le champ d'application de l'art. 3 les règles d'exécution des peines⁶³⁶.

⁶³² CERE/HERZOG-EVANS/PECHILLON (2007), p. 1229.

⁶³³ Cour EDH, *Ostrovar c. Moldavie*, Voir l'observation de CERE (2005).

⁶³⁴ Cour EDH, *Aparicio Benito c. Espagne*, n° 36150/03, décision d'irrecevabilité du 13 novembre 2006. En ce qui concerne la fumée passive, le Tribunal fédéral avait considéré qu'un article d'un règlement intérieur de prison qui tolérait la consommation de cigarettes dans la cellule ne portait pas atteinte à la liberté personnelle. Une telle disposition ne signifiait pas que les détenus étaient automatiquement exposés à la fumée passive contre leur volonté. Aux yeux du TF, il est tout à fait possible d'envisager des solutions valables, par exemple, qu'un fumeur puisse fumer dans une cellule individuelle, ou que deux fumeurs puissent fumer dans la cellule qu'ils partagent. Le règlement intérieur peut très bien prévoir une protection appropriée contre la fumée passive indésirable dans les logements et les secteurs communautaires. ATF 118 Ia 64 cons. 3i, JdT 2007 IV 43; sur cet arrêt voir aussi VIREDAZ (2007). Sur la conformité de l'interdiction de fumer dans les lieux publics intérieurs ou fermés avec les droits fondamentaux, cf. MARTENET (2007). En droit turc, aux termes de la Loi n° 4207 sur la prévention des effets néfastes des produits du tabac et de leur contrôle, il est interdit de fumer dans les lieux publics intérieurs ou fermés, néanmoins, l'art. 2 al. 2 lit. a de ladite loi, tel que modifié par la loi n° 5727, prévoit la possibilité d'aménager des fumoirs dans les établissements pénitentiaires.

⁶³⁵ Cour EDH, *Mouisel c. France*, arrêt précité, § 48.

⁶³⁶ TIGROUDJA (2003), p. 20.

2. Le maintien en détention et la prise en compte des particularités des personnes incarcérées

L'obligation de protéger la santé des détenus implique également la compatibilité avec l'art. 3 CEDH du maintien en détention d'un détenu⁶³⁷. Le maintien en détention d'un détenu en mauvais état de santé est susceptible de constituer un traitement inhumain ou dégradant⁶³⁸ s'il risque d'aggraver l'état de santé du détenu voire même d'entraîner une maladie⁶³⁹. Ainsi, la santé du détenu «*fait partie des facteurs à prendre en compte dans les modalités de l'exécution de la peine privative de liberté, notamment en ce qui concerne la durée du maintien en détention*»⁶⁴⁰. La Cour EDH souligne en outre que les modalités d'exécution de la mesure ne doivent pas soumettre le détenu «*à une détresse ou une épreuve d'une intensité qui excède le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention*»⁶⁴¹. Pourtant, elle refuse d'en déduire une obligation générale de libérer un détenu pour motif de santé⁶⁴², sans pour autant «*exclure que dans des conditions d'une particulière gravité l'on puisse se trouver en présence de situations où une bonne administration de la justice pénale commande que des mesures de nature humanitaire soient prises pour y parer*»⁶⁴³. Pour examiner la capacité à la détention du détenu, la Cour EDH tient compte de trois critères: l'état de santé de l'intéressé; la qualité des soins dispensés et enfin l'opportunité de maintenir le détenu en prison au vu de son état de santé⁶⁴⁴.

Dans l'arrêt *Matencio c. France*⁶⁴⁵, la Cour EDH n'estime pas que le maintien en détention d'un détenu souffrant d'une hémiparésie droite suite à un accident vasculaire-cérébral, et auquel un taux

⁶³⁷ TULKENS F. (2008), p. 134.

⁶³⁸ AComm EDH, *Bonnechaux c. Suisse*, décision du 8 décembre 1992, D.R. 18, p. 124; AComm. EDH, *Chartier c. Italie*, rapport de 8 décembre 1982, D.R. 33, p. 41; AComm. EDH, *B. c. République Fédérale d'Allemagne*, décision du 10 mars 1988, D.R. 55, p. 271.

⁶³⁹ SUDRE (2004), p. 1511; TULKENS F. (2008), p. 134.

⁶⁴⁰ Cour EDH, *Mouisel c. France*, arrêt précité § 43.

⁶⁴¹ Cour EDH, *Kudla c. Pologne*, arrêt précité § 94.

⁶⁴² MUTAF (2006), p. 39.

⁶⁴³ AComm. EDH, *Chartier c. Italie*, rapport précité.

⁶⁴⁴ Cour EDH, *Sakkopoulos c. Grèce*, n° 61828/00, arrêt du 15 janvier 2004, § 39 ; voir aussi Cour EDH, *Khoudobine c. Russie*, arrêt précité, § 92.

⁶⁴⁵ Cour EDH, *Matencio c. France*, n° 58749/00, arrêt du 15 janvier 2004, § 83.

d'incapacité de quatre-vingts pour cent avait été reconnu, ait atteint le seuil de gravité nécessaire à une qualification de traitement contraire à l'article 3. Elle constate que l'intéressé jouissait d'une autonomie lui permettant de «*s'occuper des gestes quotidiens de la vie, de son hygiène, de son alimentation, mais surtout de pouvoir lire et écrire ce qui paraît pour lui d'une importance capitale*»⁶⁴⁶. Elle a souligné que ce dernier a refusé les solutions qui lui étaient proposées afin d'être transféré dans un établissement disposant d'une permanence médicalisée et qu'il semblait disposer des soins que nécessitait son état de santé.

Dans l'arrêt *Sakkopoulos c. Grèce*⁶⁴⁷, la Cour EDH parvient à une solution similaire. Elle estime en effet qu'en maintenant en détention un détenu qui souffrait de diabète et d'une insuffisance cardiaque, les autorités grecques n'ont pas failli à leurs obligations conventionnelles. Elle relève notamment que des soins appropriés ont été dispensés au requérant, et que l'aggravation de son état de santé n'a pu trouver sa cause dans le manque de soins prodigués, de sorte que les autorités ont bien rempli leur devoir de protection de son intégrité physique.

La solution inverse a été adoptée par les juges de Strasbourg dans l'affaire *Hüseyin Yıldırım c. Turquie*⁶⁴⁸; ils relèvent que le détenu était invalide à un point tel qu'il ne pouvait accomplir la plupart des actes élémentaires de la vie quotidienne sans l'assistance d'autrui. Tout au long de sa détention, le détenu était incapable de se nourrir, de se lever, de s'asseoir, de se déplacer, de s'habiller ou de faire sa toilette lui-même. En dépit de son invalidité, M. Yıldırım a été laissé sous la surveillance et l'assistance de ses codétenus agissant par camaraderie et, dans l'unité des détenus de l'hôpital civil de Tekirdağ, son frère et ses deux sœurs se relayaient pour subvenir à ses besoins, en restant régulièrement avec lui jusqu'à 24 heures. La Cour EDH considère que cette situation qui avait duré environ trois ans, ne pouvait que créer chez le détenu des sentiments constants d'angoisse, d'infériorité et d'humiliation

⁶⁴⁶ Cour EDH, *Matencio c. France*, arrêt précité § 83.

⁶⁴⁷ Cour EDH, *Sakkopoulos c. Grèce*, arrêt précité.

⁶⁴⁸ Cour EDH, *Hüseyin Yıldırım c. Turquie*, n° 2778/02, arrêt du 3 mai 2007.

suffisamment forts pour constituer un «traitement dégradant», au sens de l'article 3⁶⁴⁹.

Dans le même sens, dans l'arrêt *Tekin Yıldız c. Turquie*⁶⁵⁰, la Cour EDH a estimé incompatible avec l'art. 3 CEDH, une réincarcération éventuelle de détenus, souffrant du syndrome de Wernicke-Korsakoff en raison de la grève de la faim qu'ils menèrent durant leur détention. Les détenus en question bénéficièrent par la suite d'un sursis à l'exécution du solde de leur peine pour motif de santé. Aux yeux de la Cour EDH, «*cette situation n'est imputable qu'au dysfonctionnement du mécanisme de protection mis en place en Turquie qui, en pratique, s'est avéré défaillant quant à cet épisode des événements. Les autorités turques auraient dû agir avec célérité pour remédier à la situation dans laquelle les intéressés se trouvaient. Quel que soit le mal que les requérants aient pu s'infliger en décidant d'entamer une grève de la faim de longue durée, cela ne dispense aucunement la Turquie de ses obligations face à de telles personnes, au regard de l'article 3*»⁶⁵¹.

Ces arrêts synthétisent l'approche de la Cour EDH quant au maintien en détention de détenus souffrants. Aux yeux de la Cour EDH, tous les troubles ou maladies, qu'ils soient physiques ou

⁶⁴⁹ Il est intéressant de mentionner l'opinion dissidente du juge TULKENS dans l'arrêt de la Cour EDH, *Matencio c. France*, précité. Soulignant notamment l'idée que «*le niveau d'exigence croissant en matière de protection des droits fondamentaux vaut aussi pour une possible aggravation d'une qualification sous l'angle de l'article 3 et qu'il «s'ensuit que certains actes autrefois exclus du champ d'application de l'article 3 pourraient présenter le degré minimum de gravité requis à l'avenir*» (cf. Cour EDH, *Hénaf c. France*, 27 novembre 2003, § 55 in fine) et que, désormais, c'est non seulement la santé du prisonnier mais aussi «*son bien-être qui doit être assuré de manière adéquate*», elle considère que la Cour EDH n'a pas apprécié de manière adéquate la gravité de la situation dans laquelle se trouvait l'intéressé. Le maintien en détention du détenu, alors que plusieurs certificats médicaux soulignaient «*la difficulté, voire l'impossibilité, de faire bénéficier le requérant, dans le milieu carcéral, des soins rendus nécessaires par son état de santé*», ainsi que la décision qui fut prise quelque temps plus tard, de le placer sous un régime de liberté conditionnelle, emportent sa conviction que les autorités françaises n'ont pas, dès la constatation de la situation du requérant, fait tout ce qui était en leur pouvoir pour lui éviter de subir un traitement contraire à l'article 3. A ce propos voir SCHAUDER (2004).

⁶⁵⁰ Cour EDH, *Tekin Yıldız c. Turquie*, n° 22913/04, arrêt du 10 novembre 2004.

⁶⁵¹ Cour EDH, *Tekin Yıldız c. Turquie*, arrêt précité, § 81.

psychiques, même directement imputables à la détention, ne rendent pas pour autant celle-ci incompatible avec l'art. 3 CEDH⁶⁵². La Cour EDH admet un certain degré de pathologie tant que ces problèmes médicaux ont été correctement pris en charge au sein de l'établissement pénitentiaire et que le détenu a une certaine autonomie dans ses gestes quotidiens. A cela s'ajoute, comme nous avons vu, le droit à une prise en charge médicale conforme à la dignité humaine. Ainsi, de plus en plus elle édicte «*un code des droits des détenus malades en prison*»⁶⁵³.

Nous estimons qu'il découle de ces arrêts que l'Etat a bel et bien une obligation de libération anticipée des détenus qui ne peuvent pas supporter, du fait de leur état de santé, leur détention⁶⁵⁴.

Les législateurs turc et suisse admettent que l'état de santé du détenu peut être une circonstance permettant de déroger aux règles sur l'exécution de la peine, voire d'interrompre l'exécution de la peine. L'art. 80 CPS prévoit en faveur du détenu une telle dérogation codifiant ainsi la notion d'«exécution sous une forme appropriée» tirée de la jurisprudence du Tribunal fédéral⁶⁵⁵.

Le Tribunal fédéral a en effet considéré que l'incapacité de subir la détention n'entraînait pas l'interruption de l'exécution de la peine⁶⁵⁶ s'il était médicalement admissible de faire purger au détenu la suite de sa privation de liberté dans un établissement approprié⁶⁵⁷. Un motif grave peut justifier l'interruption de l'exécution de la peine en vertu de l'art. 92 CPS. Ladite disposition ne définit pas ce qu'est un motif grave. Il découle de la jurisprudence du TF qu'une maladie grave du détenu peut être considérée comme tel⁶⁵⁸. L'état de santé du détenu peut aussi justifier, dans des circonstances exceptionnelles, le renvoi de l'exécution de la peine à une date ultérieure⁶⁵⁹. Le Conseil fédéral,

⁶⁵² LARRALDE (2006), p. 230.

⁶⁵³ SUDRE (2004), p. 1513; TULKENS F. (2008), p. 136.

⁶⁵⁴ Dans le même sens, TIGROUDJA (2003), p. 21.

⁶⁵⁵ DUPUIS/GELLER/MONNIER/MOREILLON/PIGUET (2008), p. 720.

⁶⁵⁶ Sur l'interruption et l'ajournement de la peine en droit suisse, cf. PERRIN (2002).

⁶⁵⁷ ATF 103 Ib 184, JdT 1978 IV 98.

⁶⁵⁸ ATF 103 Ib 184, JdT 1978 IV 98.

⁶⁵⁹ ATF 108 Ia 69, JdT 1983 IV 34. Voir aussi Tribunal cantonal jurassien, Arrêt de la Chambre administrative du 17 mai 1993 en la cause S. c/Département de la Justice, de la Santé et des Affaires sociales, RJJ,1993, p. 372 ; BJP 1998 n° 337,

après consultation des cantons, peut édicter des dispositions concernant l'exécution des peines de personnes malades, infirmes ou âgées, en vertu de l'art. 348 al. 1 lit. c CPS⁶⁶⁰.

La simple éventualité d'un danger pour la vie et la santé ne suffit pas pour que le renvoi ou l'interruption soit ordonné⁶⁶¹. La maladie du détenu doit entraîner une incapacité durable de supporter la peine⁶⁶². A l'instar du juge de Strasbourg, il est ainsi requis en Suisse une certaine gravité pour ordonner l'interruption de la peine. Ainsi, le fait qu'un détenu toxicomane soit atteint du sida ne justifie pas une interruption de la peine tant qu'il reçoit des soins adéquats⁶⁶³.

En ce qui concerne les détenus souffrant d'une maladie mentale, le report ou la suspension de la peine se justifie uniquement si cette atteinte permet de conclure à l'irresponsabilité pénale du détenu⁶⁶⁴.

Aux yeux du Tribunal fédéral⁶⁶⁵, lorsqu'il apparaît que l'exécution d'une peine privative de liberté est de nature à constituer un danger pour la vie ou pour la santé du détenu, le juge doit non seulement prendre en considération les impératifs médicaux, mais également mettre en balance les circonstances et la gravité de l'infraction. Plus l'infraction est grave et la peine est lourde, plus la nécessité d'exécuter la peine se révèle impérieuse, malgré l'atteinte possible à l'intégrité corporelle du détenu. Suivant la jurisprudence fédérale, le Tribunal administratif neuchâtelois a considéré que l'intérêt public à l'exécution d'une peine privative de liberté infligée pour des actes sexuels sur des enfants l'emportait sur le

arrêt du Tribunal administratif du canton de Neuchâtel du 17 juin 1997 en la cause X. c/Département de la justice, de la santé et de la sécurité, RJN 1997 p. 321; BJP 2000 n° 745.

⁶⁶⁰ BAECHTOLD (2008), p.277, note qu'«on ne saurait toutefois attendre du Conseil fédéral qu'il fasse usage de cette compétence dans un avenir proche, puisqu'une disposition identique contenue dans l'ancien CPS ne l'avait pas non plus incité à légiférer».

⁶⁶¹ Arrêt du Tribunal administratif neuchâtelois du 30 mai 1995 en la cause Ministère public c/ Département de la justice, de la santé et de la sécurité (NE), RJN 1995 p. 165; BJP 1998 n° 338.

⁶⁶² ATF 106 IV 321, JdT 1982 IV 98.

⁶⁶³ ATF 106 IV 321, JdT 1982 IV 98.

⁶⁶⁴ OG SH du 26 mars 2003, RSJ 2005 p.75. Sur la prise en charge des détenus souffrant de troubles psychiques en droit suisse cf. QUELOZ (2008).

⁶⁶⁵ ATF 108 Ia 69 cons. 2 b et c, JdT 1983 IV 34.

risque d'atteinte à l'intégrité corporelle du fait de l'aggravation de la maladie cardiaque dont souffrait le condamné⁶⁶⁶. Cette approche est complètement contradictoire avec l'art. 74 du CPS qui prévoit que le détenu a droit au respect de la dignité humaine. Il est évident que prendre le risque de porter atteinte à l'intégrité physique du détenu, par une décision judiciaire, revient à nier que le détenu est un sujet de droit.

L'art. 16 de la LEPM turque, fait une distinction entre les détenus souffrant d'une maladie mentale et ceux qui souffrent d'autres maladies. L'exécution de la peine d'un détenu souffrant d'une maladie mentale sera interrompue⁶⁶⁷ et le détenu sera placé dans un établissement hospitalier aux termes de l'art. 57 du Code pénal jusqu'à la guérison. La durée du placement en l'établissement sera déduite de la durée de la peine encore à exécuter en établissement pénitentiaire.

En cas de maladie du détenu, la peine privative de liberté s'exécute en principe dans les quartiers cellulaires des établissements publics hospitaliers en vertu de l'art. 16 al. 2 LEPM turque. Si le détenu est placé dans un tel établissement, mais que cette mesure constitue elle aussi un danger certain pour sa vie, l'exécution de la peine privative de liberté est suspendue jusqu'à la guérison.

Il appartient au procureur de la République du lieu d'exécution de la peine de se prononcer sur la décision de suspension de l'exécution de la peine. Le procureur doit prendre en considération le rapport d'expertise sur la capacité du détenu à subir la détention, délivré par l'Institut médico-légal⁶⁶⁸ ou celui d'un comité de santé d'un hôpital public désigné par le Ministère de la justice et approuvé ultérieurement par l'Institut médico-légal. Le détenu ou son représentant légal sont tenus de communiquer au procureur de

⁶⁶⁶ Arrêt du Tribunal administratif neuchâtelois en la cause C. c/ Département de la justice, de la santé et de la sécurité, du 18 juin 1996, RJN 1996, p. 141; BJP 2000, n° 749.

⁶⁶⁷ Sur l'interruption de la peine en droit turc voir DEMİRBAŞ (2008a).

⁶⁶⁸ Dans le système judiciaire turc, l'Institut médico-légal, composé de cinq chambres de spécialistes, est l'autorité qui a la compétence exclusive de délivrer des rapports d'expertise médicale définitifs dans le domaine judiciaire. Telle qu'amendée par la Loi n° 4810 du 25 février 2003, la Loi n° 2659 du 14 avril 1982 portant instauration de l'Institut confirme le rattachement de celui-ci au Ministère de la Justice et précise que sa fonction principale est de procéder aux expertises commandées par les tribunaux et, selon les cas, par les parquets.

la République le lieu où le détenu séjournera pendant la durée de la suspension de la peine. Sur demande du procureur de la République qui a rendu la décision, adressée au procureur de la République du lieu où se trouve le détenu, l'état de santé de l'intéressé fera l'objet d'un examen en respectant les délais antérieurement prévus par le rapport d'expertise, et à défaut d'un tel délai indiqué, tous les trois mois. Suite à l'examen, le procureur de la République qui a rendu la décision de suspension peut se prononcer sur une éventuelle réintégration en établissement pénitentiaire. Si tel est le cas, sa décision est susceptible de recours devant le juge d'exécution des peines.

Il convient de noter que dans les ordres juridiques suisse et turc, un détenu gravement malade peut toujours bénéficier de la grâce⁶⁶⁹ en raison de son état. La grâce est accordée respectivement par l'Assemblée fédérale ou l'autorité cantonale compétente aux termes des art. 381 à 383 du CPS et par le Président de la République en vertu de l'article 104 de la Constitution turque de 1982⁶⁷⁰.

2.1. Le grand âge

L'administration pénitentiaire confrontée au problème du vieillissement de la population carcérale⁶⁷¹ doit faire face à une augmentation de la prévalence des maladies chroniques et des pertes d'autonomie des personnes âgées et plus largement des détenus en fin de vie. Or, la prison n'est pas conçue pour accueillir des personnes non autonomes. Cette réalité exige l'adaptation de l'infrastructure de l'établissement pénitentiaire ainsi que la prise en

⁶⁶⁹ Pour la grâce en droit suisse voir MAHON (2007). Sur le droit de grâce du Président de la République turque voir GÖZLER (2001), ARMAGAN (2001).

⁶⁷⁰ Art. 104: «Le Président de la République a les pouvoirs et attributions suivants: lit. b (...) *gracier des individus ou réduire leur peine pour cause de maladie chronique, d'infirmité ou de sénilité*».

⁶⁷¹ Selon les données de 2006 de l'Office fédéral de statistique suisse, la population carcérale se compose de 8069 détenus dont 152 détenus âgés de plus de 60 ans. La population carcérale turque se compose de 77884 personnes dont 736 détenus âgés de plus de 65 ans, selon les statistiques de 2006 de l'Institution turque de statistique.

charge psycho-médico-sociale des détenus conforme à leur situation.

Le CPT, dans son troisième rapport d'activité général, constate que la détention d'une personne de grand âge en milieu pénitentiaire peut créer une situation humainement intolérable. Dans des cas de ce genre, il appartient au médecin pénitentiaire d'établir un rapport à l'attention de l'autorité compétente, afin que les dispositions qui s'imposent soient prises⁶⁷².

La Cour EDH observe que dans aucun des pays membres du Conseil de l'Europe, le grand âge ne constitue en tant que tel un obstacle à la détention, qu'elle soit provisoire ou en exécution d'une condamnation⁶⁷³. Sa position est donc particulièrement claire: la privation de liberté de personnes âgées ne constitue pas en soi une mesure contraire à l'art. 3 CEDH⁶⁷⁴. Néanmoins, la Cour EDH n'exclut pas que la combinaison d'un âge avancé et d'un état de santé défaillant peut rendre la détention incompatible avec l'art. 3 CEDH⁶⁷⁵. Il convient dans chaque cas d'avoir égard aux circonstances particulières de l'espèce. Même si la Cour EDH fait preuve d'une grande réserve concernant la situation des détenus âgés, elle semble cependant admettre de plus en plus que les prisons ne sont pas conçues pour accueillir les grands vieillards⁶⁷⁶.

Le législateur suisse envisage des solutions aux besoins des détenus de grand âge. Le Conseil fédéral peut édicter des dispositions concernant l'exécution des peines des personnes âgées⁶⁷⁷. L'art. 377 al. 2 lit. b CPS prévoit que les cantons peuvent aménager des sections distinctes pour les détenus de classes d'âge déterminées. Il est possible de prévoir des formes dérogatoires d'exécution de la peine aux termes de l'art. 80 CPS.

⁶⁷² CPT/Inf (93) 12, § 70.

⁶⁷³ Cour EDH, *Papon c. France*, n° 64666/01, décision du 7 juin 2001.

⁶⁷⁴ LARRALDE (2006), p. 231.

⁶⁷⁵ Cour EDH, *Priebke c. Italie*, n° 48799/99, décision non publiée du 5 avril 2001; Cour EDH, *Sawoniuk c. Royaume-Uni*, n° 63716/00, décision non publiée du 29 mai 2001; Cour EDH, *Farbtuhs c. Lettonie*, n° 4672/02, arrêt du 2 décembre 2004, § 51.

⁶⁷⁶ MASSIAS (2003), p. 151.

⁶⁷⁷ BAECHTOLD (2008), p. 226.

L'ordre juridique turc ne permet pas de déroger aux règles ordinaires d'exécution de la peine pour les détenus âgés⁶⁷⁸. A part la grâce du Président de la République pour sénilité, prévue à l'art. 104 de la Constitution turque de 1982, aucune disposition ne concerne les détenus âgés.

Or, nous soulignons que dans l'arrêt *Mouisel c. France*⁶⁷⁹, la Cour EDH avait constaté que la grâce médicale réservée au président de la République n'offrait aucune garantie, car elle était discrétionnaire et n'était soumise à aucun contrôle juridictionnel. C'est encore une raison pour le législateur turc d'entreprendre des réformes⁶⁸⁰.

2.2. Les maladies transmissibles

Des problèmes particuliers liés notamment aux maladies transmissibles se posent dans les établissements pénitentiaires⁶⁸¹. L'administration pénitentiaire doit faire face à un dilemme concernant le maintien en équilibre des mesures de santé nécessaires pour contenir l'expansion des maladies transmissibles et les impératifs de sécurité⁶⁸².

Les problèmes concernant les maladies transmissibles font l'objet de plusieurs textes⁶⁸³ afin de lutter contre les ravages croissants du sida⁶⁸⁴ et d'apaiser les tensions dans de nombreux établissements

⁶⁷⁸ DÖNMEZER (2008), p. 303.

⁶⁷⁹ Cour EDH, *Mouisel c. France*, arrêt précité.

⁶⁸⁰ A ce propos TIGROUDJA (2003) p.20, constate que «*désormais, l'exercice de la grâce est soumis au contrôle juridictionnel européen, même si ce contrôle ne sera qu'un contrôle minimum*».

⁶⁸¹ Onzième rapport d'activité générale du CPT, CPT/Inf (2001) 16.

⁶⁸² COYLE (2006), p. 131.

⁶⁸³ Cf. notamment la Recommandation R(93)6 concernant les aspects pénitentiaires et criminologiques du contrôle des maladies transmissibles et notamment du sida, et les problèmes connexes de santé en prison du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe du 18 octobre 1993; la Recommandation R(98)7 relative aux aspects éthiques et organisationnels des soins de santé en milieu pénitentiaire.

⁶⁸⁴ Les directives de l'OMS de 1987 mis à jour en 1993, sur l'infection à VIH et le sida dans les prisons ; la Résolution 812 (1983) relative au syndrome immuno-

pénitentiaires européens⁶⁸⁵. Ces instruments recommandent aux autorités des méthodes susceptibles de répondre à la souffrance de la maladie transmissible, en particulier d'informer les détenus et le personnel, et d'assurer une meilleure coordination entre les services compétents⁶⁸⁶. Ils insistent notamment sur la libération anticipée des détenus atteints du sida en fin de vie et l'interdiction de la discrimination des détenus sidéens.

Alors que ces instruments suggèrent aux autorités des lignes directrices se rapprochant du milieu libre, le CPT attire l'attention sur de nombreux dysfonctionnements, notamment sur l'inadéquation des mesures mises en œuvre pour traiter le problème des maladies transmissibles. De plus, le Comité a souvent constaté que les conditions matérielles dans lesquelles les détenus étaient hébergés ne pouvaient que favoriser la propagation de ces maladies⁶⁸⁷. Aux yeux du CPT, quelle que soient les difficultés, l'obligation de protection des détenus exige la mise en place de méthodes efficaces de prévention, de dépistage et de traitement des maladies transmissibles.

Il ressort d'un travail de synthèse réalisé par HAUSSER que les autorités pénitentiaires suisses prennent en considération ces recommandations et également les dispositions nationales et supranationales relatives au droit au respect de la sphère privée⁶⁸⁸.

Une étude réalisée en 2007 dans les établissements pénitentiaires turcs, en collaboration avec le Ministère de la santé dans le cadre du programme de prévention du sida, dénonce la ségrégation fondée sur la sérologie VIH à l'intérieur des murs et plaide en

déficitaire acquis (sida), la Recommandation 1080 (1988) relative à une politique européenne coordonnée de la santé pour prévenir la propagation du sida dans les prisons, la Recommandation 1116 (1989) sur le sida et les droits de l'homme et la Recommandation 1784 (2007) sur VIH/sida en Europe de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe. Sur la détection du sida et le secret médical en prison, voir LE PROUX DE LA RIVIERE (1991); sur le sida en prison, voir SUEUR (1993).

⁶⁸⁵ DARBEDA (1990), p. 821; MATHIEU G. (1996) p. 85; OLIVE (1988), p. 310 ; JENDLY (2005), p. 286.

⁶⁸⁶ MURDOCH (2007), p. 241.

⁶⁸⁷ Onzième rapport d'activité générale du CPT, CPT/Inf (2001) 16.

⁶⁸⁸ HAUSSER (1999), lire aussi JENDLY (2005), p. 286.

faveur de programmes de sensibilisation pour les détenus et le personnel pénitentiaire⁶⁸⁹.

La Cour EDH considère que les autorités pénitentiaires ont une obligation positive, en vertu de l'article 2 ou 3 CEDH, d'éradiquer une infection ou de prévenir la propagation d'une maladie transmissible⁶⁹⁰. Néanmoins, elles disposent d'une marge d'appréciation. Dans la mesure où une menace pour la santé ne relève pas du champ d'application de l'art. 2 ou 3 CEDH, le droit au respect de la vie privée garanti à l'article 8 de la CEDH n'exige pas non plus que des mesures de prévention générale soient prises⁶⁹¹.

III. Conclusion liminaire

Lorsqu'il s'agit d'atteintes à la vie et à l'intégrité physique, ainsi que de l'interdiction de tout traitement inhumain, dégradant, ou susceptible d'être assimilé à de la torture, l'approche qui repose sur la dignité humaine reste paradoxalement secondaire, puisque ces aspects de la dignité humaine se fondent, à l'exception du droit à la vie, sur des droits absolus⁶⁹². Il est vrai que la jurisprudence de la Cour de Strasbourg se réfère régulièrement au concept de dignité humaine à propos de ces droits, mais c'est surtout pour accroître la responsabilité des Etats membres en considérant que ces dispositions pourraient être violées lors même que les actes ou abstentions de l'Etat n'avaient pas pour but direct de nuire aux détenus. Le contexte carcéral a abouti donc à des obligations spécifiques, de nature à permettre la protection des droits strictement attachés à la dignité humaine.

⁶⁸⁹ ÖZTEK/ÖZCEBE/ÖZVARI/GERÇEK/BEZCİ/SEVENCAN (2007).

⁶⁹⁰ VAN KEMPEN (2008), p. 35.

⁶⁹¹ Cour EDH, *Shelly c. Royaume-Uni*, n° 23800/06, décision du 4 janvier 2008.

⁶⁹² VAN KEMPEN (2008), p. 31.

§ 3. Vers une concrétisation multiple de la notion de dignité humaine?

I. Le droit à la liberté et à la sûreté

A l'instar des art. 5 § 1 CEDH⁶⁹³ et 9 du Pacte ONU II, l'art. 31 de la Constitution suisse⁶⁹⁴ et l'art. 19 de la Constitution turque proclament que nul ne peut être privé de sa liberté si ce n'est dans les cas prévus par la loi et selon les formes que celle-ci prescrit⁶⁹⁵. Contrairement à l'art. 9 du Pacte ONU II qui se borne à préciser que les détentions et les arrestations ne doivent pas être arbitraires et à l'art. 31 de la Constitution suisse qui se réfère simplement à la loi,⁶⁹⁶ les art. 5 CEDH et 19 de la Constitution turque énumèrent une liste exhaustive des conditions qui permettent de placer une personne en détention⁶⁹⁷.

Lorsqu'il est établi qu'une personne a été privée de liberté, la première question importante soulevée au titre de l'art. 5 CEDH est de savoir si ladite privation de liberté⁶⁹⁸ a été ordonnée conformément aux garanties tant du droit international que du droit national. La privation de liberté dans le cadre de l'exécution d'une peine est une détention régulière⁶⁹⁹, après condamnation⁷⁰⁰,

⁶⁹³ CEDH, *Bozano c. France*, n° 9990/8218, arrêt du 18 décembre 1986.

⁶⁹⁴ Sur l'art. 31 de la Constitution suisse cf notamment MOREILLON/BICHOVSKY (2003).

⁶⁹⁵ HOTTELIER (2003), p. 15.

⁶⁹⁶ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, vol. II, (2006), p. 163.

⁶⁹⁷ Sur le droit à la liberté et à la sûreté en droit turc, voir notamment KESKIN (2000), pp. 64-97; YARSUVAT (2003), pp. 21-36.

⁶⁹⁸ Il convient de préciser que, au sens de la jurisprudence de la CEDH, la notion de privation de liberté est relative par essence et doit être interprétée concrètement, sur la base d'un ensemble d'éléments tels que la nature, la durée, les effets et les modalités d'exécution des sanctions et des mesures. Voir Cour EDH, *Engel et autres c. Pays-Bas*, n° 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, arrêt du 8 juin 1976, série A n° 22.

⁶⁹⁹ La régularité de la détention implique la compatibilité de la détention avec le droit interne. Voir, Cour EDH, *Weeks c. Royaume-Uni*, n° 9787/82, arrêt de 2 mars 1987, § 42. MURDOCH (2007), p. 85.

⁷⁰⁰ La notion de détention après condamnation a donc une signification autonome pour la Cour EDH dans la mesure où celle-ci ne s'attache pas à la qualification donnée par l'Etat à la condamnation pénale. Le seul critère est : «le but de la

ordonné par un tribunal⁷⁰¹ compétent⁷⁰² figurant parmi la liste exhaustive de l'art 5 § 1 lit. a. L'art. 19 de la Constitution turque, l'art. 9 du Pacte ONU II et l'art. 31 de la Constitution suisse couvrent cette forme de privation de liberté⁷⁰³.

Il est certain que la condamnation à une peine privative de liberté est régulière *ab initio*. Néanmoins, une personne incarcérée se trouve en pratique dans une situation à risque en ce qui concerne son droit fondamental à la sûreté. Il est donc nécessaire d'entourer de garanties les conditions dans lesquelles peuvent être instituées et prononcées les peines privatives de liberté⁷⁰⁴. Le respect du principe de la sûreté concerne en premier lieu la situation des personnes incarcérées. L'article 5 CEDH, « *vise à garantir que seules les personnes dont la détention est légalement justifiée soient admises et retenues en prison*»⁷⁰⁵. La condamnation ne se suffit cependant pas à elle-même, il faut encore qu'il y ait un lien chronologique entre la condamnation et la privation de liberté⁷⁰⁶. Ainsi, la mise en place de procédures adéquates d'admission et de rétention des détenus est essentielle à la protection de la sûreté. La règle 14 des Règles pénitentiaires européennes prévoit qu'« *aucune personne ne peut être admise ou retenue dans une prison en qualité de détenu sans une ordonnance d'incarcération valable, conformément au droit interne*»⁷⁰⁷. Cette règle reflète dans le contexte pénitentiaire les garanties découlant de l'art. 5 CEDH.

Il convient de noter que cette exigence a été transposée en droit suisse et en droit turc. En droit suisse, la plupart des législations cantonales sur l'exécution des peines mentionnent cette règle et

détention doit être l'exécution d'une décision de privation de liberté prise par un juge», cf. TULKENS F. (2005), p. 70.

⁷⁰¹ Il convient de préciser que la Cour a qualifié à l'art 5 § 1 a de « *disposition autonome dont les exigences ne coïncident pas avec celles de l'art. 6*», voir Cour EDH, *Engel c. Pays -Bas*, arrêt précité, § 68.

⁷⁰² La compétence du tribunal ayant ordonné une mesure privative de liberté doit s'apprécier par rapport au droit interne de l'Etat concerné. A ce propos, voir VELU/ERGEC (1990), pp. 263-264.

⁷⁰³ MAHON in AUBERT/MAHON (2003), p. 289; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, vol. II, (2006), p. 159.

⁷⁰⁴ LARRALDE (1993), p. 224.

⁷⁰⁵ Règles pénitentiaires européennes (2006), p. 47.

⁷⁰⁶ Cour EDH, *Bozano c. France*, arrêt précité; Cour EDH, *Weeks c. Royaume-Uni*, arrêt précité.

⁷⁰⁷ Règles pénitentiaires européennes (2006), p. 47.

exigent un titre de détention valable, daté et signé de l'autorité compétente pour l'incarcération de la personne condamnée⁷⁰⁸. Dans le même sens, en droit turc, l'art. 5 de la LEPM prévoit que le jugement définitif de condamnation exécutoire sera transmis par le tribunal qui l'a rendu au Ministère public.

Le paragraphe 4 de l'art. 5 CEDH⁷⁰⁹, ainsi que l'art. 31 Cst suisse et l'art. 19 Cst turque confèrent le droit à toute personne arrêtée ou détenue, sans distinction, de faire contrôler la légalité du bien-fondé de sa détention.

Lorsqu'il s'agit d'une mesure privative de liberté d'une durée déterminée prononcée par une juridiction pénale, un contrôle subséquent de la détention ne s'impose pas, car ce contrôle se trouve incorporé dans la décision initiale de condamnation⁷¹⁰. Ainsi, les mesures disciplinaires prises à l'égard d'un condamné en train de purger une peine de prison constituent une modification des conditions de détention et non une privation de liberté distincte⁷¹¹.

Néanmoins, cette théorie «*dite du contrôle incorporé*»⁷¹² n'exclut pas tout contrôle ultérieur de la détention lorsque l'évolution de la situation avec l'écoulement du temps peut avoir une conséquence sur le «*lien de causalité*»⁷¹³ entre la condamnation initiale et le maintien en détention⁷¹⁴. Tel est le cas si le maintien en détention «*en arrivait à se fonder sur des motifs étrangers aux objectifs du législateur et du juge ou sur une appréciation déraisonnable au*

⁷⁰⁸ Art. 2 du (RRIP) du canton de Genève (RSG F 1 50. 04), art. 14 de l'Ordonnance sur les établissements de détention du canton du Jura (RSJ 342.11), art. 21 du RSC du canton de Vaud (RSV 340.01.1).

⁷⁰⁹ L'art 5 § 4 exige un contrôle efficace avec «un certain degré de certitude». Le Tribunal prévu à l'art. 5 § 4 doit exercer son contrôle non seulement sur la légalité formelle mais aussi sur le bien fondé de la privation de liberté. Voir Cour EDH, *E. c Norvège*, n°11701/85, arrêt du 29 août 1990, série A n° 181.

⁷¹⁰ Cour EDH, *De Wilde Ooms Versyp c. Belgique*, n° 2832/66; 2835/66; 2899/66 arrêt du 18 juin 1971, série A n° 12, § 76.

⁷¹¹ AComm. EDH, n°7754/77, D.R. 11, p. 216.

⁷¹² MALINVERNI (1983), p. 21.

⁷¹³ Cour EDH, *Van Droogenbroeck c. Belgique*, n° 7906/77, arrêt du 24 juin 1982, série A n° 50, §§ 35 et 39; Cour EDH, *Weeks c. Royaume-Uni*, arrêt précité, § 42.

⁷¹⁴ EISSEN (1985), pp. 33-34.

regard de ces objectifs»⁷¹⁵. La jurisprudence, soumet ainsi la détention après condamnation à une longue peine⁷¹⁶ à la même exigence de régularité et donc de compatibilité au sens de l'art. 5 § 4 de la Convention.

Ce contrôle fondé sur l'art. 5 § 4 CEDH introduit donc principalement le droit du condamné de faire vérifier ultérieurement sa privation de liberté, légale à l'origine, aux motifs que celle-ci pourrait ne plus l'être en raison de l'évolution de la situation⁷¹⁷.

Dans le cadre de l'exécution d'une peine privative de liberté, la question de savoir si l'art. 5 est respecté se pose lorsqu'un détenu bénéficiant de la libération conditionnelle commet pendant le délai d'épreuve une infraction pour laquelle il est condamné à une peine privative de liberté. Un autre problème est celui du maintien d'une détention dans le cadre d'une peine à perpétuité.

Nous nous bornerons à examiner les cas de la libération conditionnelle et de la peine privative de liberté à vie, car aborder celui des internements à vie nous mènerait au-delà de l'objet de notre étude⁷¹⁸.

A. La libération conditionnelle: un droit du condamné?

La libération conditionnelle est la plus ancienne des mesures d'aménagement de la peine⁷¹⁹. Cette mesure d'individualisation se

⁷¹⁵ Cour EDH, *Van Droogenbroeck c. Belgique*, arrêt précité, § 40 ; Cour EDH, *Weeks c. Royaume-Uni*, arrêt précité, § 49.

⁷¹⁶ Le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, dans la Recommandation R(2003)23 concernant la gestion par les administrations pénitentiaires des condamnés à perpétuité et des autres détenus de longue durée, considère comme longue peine, une peine supérieure à cinq ans et dans la Résolution (76)2 sur le traitement des détenus en détention de longue durée, il recommande d'examiner la possibilité d'une libération conditionnelle à partir de huit ans de détention et au plus tard à la quatorzième année de détention.

⁷¹⁷ SUDRE/MARGUENAUD/ANDRIANTSIMBAZOVINA/GOUTTENOIRE/LEVINET (2007), p. 206.

⁷¹⁸ Cf. l'art 123a Cst suisse.

⁷¹⁹ Pour quelques développements historiques de la libération conditionnelle voir MICHEL (1981); ROTH (1994a).

définit comme la suspension de l'exécution d'une peine privative de liberté intra muros, assortie de mesures d'aide et de contrôle, dont l'octroi ou le maintien est subordonné au respect de certaines conditions, préalables ou postérieures à la libération du condamné. La libération conditionnelle, «*une des phases capitales du système progressif d'exécution des peines privatives de liberté*»⁷²⁰, s'entend aujourd'hui en tant que prise en charge psycho-médico-sociale post pénitentiaire qui se rapproche du sursis avec mise à l'épreuve⁷²¹.

La libération conditionnelle se caractérise par la cohabitation de deux finalités presque opposées : la (re)socialisation et la protection de la société⁷²². Malgré l'évolution de la nature criminologique de la libération conditionnelle, sa nature juridique prête à controverse⁷²³. La question se pose alors de savoir si elle constitue une faveur, un droit, ou plutôt une faculté offerte au condamné.

Sur le plan européen, les questions relatives à la libération conditionnelle occupèrent le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe dès 1976, quand il adopta la Résolution (76) 2 sur le traitement des détenus en détention de longue durée. Dans ladite résolution, le Comité recommande aux Etats membres «*d'accorder au détenu la libération conditionnelle, sous réserve des exigences légales concernant les délais, dès le moment où un pronostic favorable peut être formulé, la seule considération de prévention générale ne pouvant justifier le refus de la libération conditionnelle*». Le sous-comité qui prépara cette Résolution considéra dans son rapport général «*(...) qu'il est inhumain d'emprisonner une personne pour la vie sans lui laisser aucun espoir de libération*».

Au-delà de cet aspect lié à la dignité de la personne, le Comité des Ministres souligne, dans la R(99)22 concernant le surpeuplement des prisons et l'inflation carcérale, que la libération conditionnelle est une des mesures les plus efficaces pour lutter contre ce fléau.

Dans la dernière version des Règles pénitentiaires européennes, la règle 107 sur la libération des condamnés précise qu'il convient

⁷²⁰ MAIRE (2006), p. 356.

⁷²¹ BOULOC (1998), p. 262.

⁷²² LEMIRE (1996), p. 71. Pour une approche différente voir CUSSON (1996), pp. 73-78.

⁷²³ Sur la nature de la libération conditionnelle voir ROTH (1994b); BRION (2001).

d'aider les condamnés à se réinsérer dans la société dans le respect des lois. Les programmes de préparation à la libération devraient se focaliser sur cet objectif et établir des liens avec la communauté.

Ces règles doivent être lues en parallèle avec la Recommandation R(2003)22⁷²⁴ concernant la libération conditionnelle et la Recommandation R(2003)23 concernant la gestion par les administrations pénitentiaires des condamnés à perpétuité et des autres détenus de longue durée⁷²⁵. Toutefois, elles n'apportent aucune précision en ce qui concerne la nature de la mesure en question.

Aux yeux de la Cour EDH, la Convention ne reconnaît pas à un condamné en tant que tel le droit à être libéré⁷²⁶. En matière de libération conditionnelle, la Cour laisse une marge de manœuvre aux Etats. Elle refuse de renforcer la protection des droits des détenus en promouvant une interprétation *«in abstracto qui reviendrait à contrôler les décisions des juges nationaux en matière de libération conditionnelle»*⁷²⁷.

En droit suisse, selon le Tribunal fédéral, la libération conditionnelle n'est ni un droit, ni une faveur, mais une modalité de l'exécution de la peine que le condamné ne peut pas refuser ou accepter à sa guise⁷²⁸.

La Cour constitutionnelle turque affirme, contrairement au Tribunal fédéral, que *«la libération conditionnelle est une modalité de l'individualisation de l'exécution de la peine, autrement dit une faveur accordée au condamné qui donne l'impression - par le biais de son comportement dans l'établissement pénitentiaire - de*

⁷²⁴ Adoptée le 24 septembre 2003, lors de la 583^e réunion du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe.

⁷²⁵ Adoptée le 9 octobre 2003, lors de la 855^e réunion du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe.

⁷²⁶ AComm EDH, *X. c. Suisse*, n° 648/76 décision du 6 décembre 1977, D.R. 11 p. 75. Dans le même sens, COUR EDH, *Gerger c. Turquie*, n° 24919/94, arrêt du 8 juillet 1999, § 69; Cour EDH, *Kalan c. Turquie*, n° 73561/01, décision du 2 octobre 2001.

⁷²⁷ CERE (2006c), p. 1800.

⁷²⁸ ATF 101 Ib 452 cons. 1, JdT 1978 IV 29. Pour la libération conditionnelle en droit suisse, voir BOLLE (1975); GRABER (1987); MEYER (1993); MAIRE (2006); KUHN/MAIRE (2006).

*pouvoir s'adapter à la société*⁷²⁹. Elle ajoute dans cet arrêt qu'aucun droit à la libération conditionnelle n'est mentionné parmi les droits et libertés fondamentaux dans le libellé de la Constitution.

La Cour EDH considère que, en matière de libération conditionnelle, *«si les décisions de non-élargissement ou de réintégration se fondaient sur des motifs inconciliables avec les objectifs du tribunal ayant prononcé la sentence, la détention du requérant perdrait son caractère «régulier» aux fins de l'article 5 par. 1 a). En pareil cas, un emprisonnement régulier à l'origine se muerait en une privation de liberté arbitraire et, dès lors, incompatible avec l'article 5»*⁷³⁰. Ainsi, la jurisprudence de la Cour EDH accorde des garanties découlant de l'art. 5 CEDH en matière de libération conditionnelle⁷³¹. De même, une personne appelée à exécuter sa peine après libération conditionnelle doit être informée des raisons qui sont à l'origine de cette décision⁷³².

Dans le même sens, la Recommandation R(2003)22 du Comité des Ministres aux Etats membres concernant la libération conditionnelle considère que la législation et la pratique de la libération conditionnelle devraient être conformes aux principes fondamentaux des Etats démocratiques régis par le principe de la prééminence du droit, dont l'objectif primordial est la garantie des droits de l'Homme, conformément à la Convention européenne des droits de l'Homme et à la jurisprudence des organes chargés de veiller à son application. Dans ce sens, il est recommandé aux Etats membres de se doter de garanties procédurales en ce qui concerne les décisions relatives à l'octroi, au report ou à la révocation de la libération conditionnelle, ainsi qu'à l'imposition ou à la modification des conditions et des mesures qui lui sont associées⁷³³.

⁷²⁹ AYM, E. 2001/4, K. 2001/7332, arrêt du 18 juillet 2001. Pour la libération conditionnelle en droit turc, voir CENTEL (1993); ÜNVER (2001); YENİDÜNYA (2002); DEMİRBAŞ (2008).

⁷³⁰ Cour EDH, *Van Droogenbroeck c. Belgique*, arrêt précité, § 40.

⁷³¹ ATF 106 IV 156.

⁷³² AComm. EDH, n° 2621/65, Annuaire 9, p. 482.

⁷³³ Aux termes des paragraphes 32 à 35 de la partie VIII sur les garanties procédurales de l'Annexe à la Recommandation R(2003)22, les condamnés

En droit suisse, l'art. 89 al. 1 du CPS exige que le tribunal prononce une peine d'ensemble. Le juge ne se contentera pas de cumuler le solde de la peine et la nouvelle peine privative de liberté mais il prononcera une peine d'ensemble⁷³⁴. Il ne s'agit plus d'une décision de révocation de la libération conditionnelle mais d'une nouvelle condamnation à une peine privative de liberté qui tombe sous le coup de l'art. 5 § 1 lit. a de la CEDH. Cela étant, la théorie du contrôle incorporé s'appliquerait à la privation de liberté de la personne concernée.

A l'instar du droit suisse, le juge qui statuera sur la nouvelle condamnation du détenu prononcera la révocation de la libération conditionnelle ainsi que la réintégration du détenu, en vertu de l'art. 107 LEPM sur la libération conditionnelle. Toutefois, le juge se contentera de cumuler le solde de la première peine et la durée de la nouvelle peine privative de liberté.

Il y a dès lors lieu de considérer que lorsque les conditions légales sont réunies et qu'il n'existe pas de motifs suffisants de refus, l'autorité compétente doit accorder la libération conditionnelle. La jurisprudence du Tribunal fédéral exige alors que l'octroi de la libération conditionnelle ne soit refusé que pour de justes motifs⁷³⁵.

En ce sens, il est possible d'avancer qu'il existe un véritable droit du condamné à ce que la libération conditionnelle soit accordée, droit auquel l'autorité doit donner suite lorsque les conditions en sont remplies, sous peine d'abuser de son pouvoir d'appréciation⁷³⁶.

devraient avoir le droit d'être entendus en personne et de se faire assister comme le prévoit la loi. Ils devraient avoir en outre un accès adéquat à leur dossier. De telles décisions devraient indiquer les motifs qui les sous-tendent et être notifiées par écrit. Les détenus devraient pouvoir introduire un recours auprès d'une instance de décision supérieure indépendante et impartiale, établie par disposition légale, contre le fond de la décision ou le non-respect des garanties procédurales. Des procédures de recours devraient également être disponibles s'agissant de l'exécution de la libération conditionnelle.

⁷³⁴ FF 1999 1929.

⁷³⁵ ATF 133 IV 228.

⁷³⁶ LOGOZ (1976), p. 216 ; BAECHTOLD (2008), p. 256.

B. La contestation du maintien d'une détention dans le cadre d'une peine à perpétuité

Il est vrai que la détention d'une personne condamnée à une peine de prison à vie remplit les conditions de légalité requises par l'art. 5 CEDH. Toutefois, une peine perpétuelle, sans espoir de libération et sans autre perspective que la mort en prison ne constitue-t-elle pas une peine véritablement incompressible? «*Transformer des détenus soit en fauves soit en déchets humains, ne serait-ce pas (...) substituer à la justice la vengeance?*»⁷³⁷. Dans la mesure où l'exécution de la sanction ne doit pas soumettre le détenu à une épreuve dont l'intensité excède le niveau de souffrance inhérent à la détention, une telle peine ne serait-elle pas contraire à la dignité humaine ? Nous le pensons et le Commissaire aux droits de l'Homme du Conseil de l'Europe estime, d'ailleurs, que l'usage des peines de réclusion à perpétuité doit être soumis à un réexamen critique⁷³⁸.

La Cour EDH refuse cependant d'abonder en ce sens : elle estime qu'une peine de réclusion à perpétuité ne saurait enfreindre l'article 3 au seul motif qu'elle doit être entièrement purgée. Seule l'absence totale d'espoir de libération permet de conclure à une violation de cette disposition. Les arrêts *Léger c. France*⁷³⁹ et *Kafkaris c. Chypre*⁷⁴⁰ furent l'occasion manquée par la Cour EDH de faire preuve de fermeté concernant les principes applicables en matière de réclusion criminelle à perpétuité⁷⁴¹.

Mais quid de la conformité aux prescriptions de l'article 5 CEDH du maintien en détention?

Les procédures applicables aux différents types de peine perpétuelle ont donné lieu à une abondante jurisprudence des organes de la Convention. La protection des personnes condamnées à une peine à perpétuité existe sous l'angle de l'article

⁷³⁷ Voir opinion dissidente du juge COSTA dans l'arrêt de la Cour EDH, *Léger c. France*, n° 19324/02, arrêt précité, § 90.

⁷³⁸ http://www.coe.int/t/commissioner/Viewpoints/071112_fr.asp.

⁷³⁹ Cour EDH, *Léger c. France*, arrêt précité.

⁷⁴⁰ Cour EDH, *Kafkaris c. Chypre*, [GC], n° 21906/04, arrêt du 12 février 2008.

⁷⁴¹ CERE (2006c), p. 1800 ; TRAN (2008), p. 26.

5 § 1, et de l'article 5 § 4⁷⁴². Comme nous l'avons déjà mentionné, la CEDH ne confère pas de manière générale un droit à être libéré sous condition, ni celui à voir réexaminée sa peine par les autorités internes, judiciaires ou administratives, en vue d'une remise ou d'une interruption définitive de celle-ci⁷⁴³. Néanmoins, il ressort clairement de la jurisprudence pertinente que la Cour EDH soumet la détention prolongée à la même exigence de régularité, et donc de compatibilité avec la Convention, que la détention initiale. Autrement dit, une personne légalement détenue peut, avec le temps qui passe et le changement des circonstances, devenir une personne illégalement maintenue en détention⁷⁴⁴.

Dans un premier temps, la jurisprudence de la Cour EDH distinguait deux hypothèses à ce propos. La première hypothèse portait sur la situation des détenus condamnés à des peines perpétuelles discrétionnaires. Dans les affaires *Weeks*⁷⁴⁵ et *Thynne Wilson et Gunnell c. Royaume-Uni*⁷⁴⁶, elle analysa le but et l'effet de la peine perpétuelle discrétionnaire, applicable en cas de très graves infractions telles que l'homicide volontaire ou le viol. Dans la mesure où le maintien en détention d'une personne condamnée, après l'expiration d'une période de privation que l'on peut considérer comme une punition dépend d'éléments tels que la dangerosité du condamné, un contrôle juridique périodique de ces facteurs s'impose à des intervalles raisonnables⁷⁴⁷.

Par la suite, la Cour EDH examina directement la situation des détenus condamnés à des peines perpétuelles obligatoires dans l'arrêt *Wynne c. Royaume-Uni*⁷⁴⁸. Elle constata dans un premier temps que ce type de peine différait par nature de la peine perpétuelle discrétionnaire. Pour parvenir à cette conclusion, elle

⁷⁴² CERE (2006c), p. 1800.

⁷⁴³ A Comm. EDH, *Kotašić c. Pays-Bas*, n° 7994/77, D.R. 14, p. 242 ; AComm EDH, *Treholt c. Norvège*, n° 14610/89, D.R. 71, p. 168.

⁷⁴⁴ Cour EDH, *Van Droogenbroeck c. Belgique* ; Cour EDH, *Weeks c. Royaume-Uni*, et, plus récemment, l'arrêt de Grande Chambre *Stafford c. Royaume-Uni* du 28 mai 2002, Recueil des arrêts et des décisions 2002-IV.

⁷⁴⁵ Cour EDH, *Weeks c. Royaume-Uni*, arrêt précité, §§ 46-51.

⁷⁴⁶ Cour EDH, *Thynne, Wilson et Gunnell c. Royaume-Uni*, n° 11787/85; 11978/86; 12009/86.

⁷⁴⁷ Cour EDH, *Stafford c. Royaume-Uni*, n° 46295/99, arrêt du 28 mai 2002, Recueil des arrêts et décisions 2002-IV.

⁷⁴⁸ Cour EDH, *Wynne c. Royaume-Uni*, n° 15484/89, arrêt du 18 juillet 1994.

prit particulièrement en compte l'application automatique de la peine perpétuelle obligatoire, qui était perçue comme poursuivant un but punitif. Quand la peine à perpétuité est obligatoire, le contrôle de son exécution est considéré comme incorporé à l'appréciation du juge de condamnation si bien que le détenu ne put pas obtenir qu'un nouveau juge statue sur le caractère définitif de sa privation de liberté.

La Cour EDH opéra un revirement de jurisprudence dans l'affaire *Stafford c. Royaume-Uni*⁷⁴⁹ : elle constata une violation de l'art. 5 § 1 étant donné que le maintien en détention du requérant n'était pas motivé par des considérations de risque et de dangerosité. La Cour EDH abandonna aussi sa jurisprudence du contrôle incorporé et jugea au contraire que le maintien en détention, à l'issue de la période dite punitive d'une personne frappée d'une telle peine, peut soulever des questions nouvelles de légalité de la détention, donnant lieu à un contrôle au sens de l'art. 5 § 4.

Le maintien en détention doit alors à notre avis être motivé uniquement par des considérations de risque et de dangerosité. Les peines, outre leur caractère punitif, doivent aussi favoriser la (re)socialisation des condamnés⁷⁵⁰. Il est possible d'affirmer que la modulation en cours d'exécution d'une peine privative de liberté à vie, implique qu'après un certain délai une libération soit envisagée⁷⁵¹. Se pose alors la question de la durée de ce délai, que la jurisprudence de la Cour EDH ne fixe pas.

Nous proposons avec BECHLIVANOU-MOREAU de se fonder sur la Résolution R(76)2 sur le traitement des détenus en détention de longue durée de 1976, du Conseil de l'Europe, qui recommandait de fixer ce délai entre huit et, au plus tard, quatorze ans de détention⁷⁵².

⁷⁴⁹ Cour EDH, *Stafford c. Royaume-Uni*, arrêt précité.

⁷⁵⁰ La règle 107.2 des Règles pénitentiaires européennes de 2006, concernant plus spécialement les détenus condamnés à des peines de plus longue durée, précise que «des mesures doivent être prises pour leur assurer un retour progressif à la vie en milieu libre».

⁷⁵¹ PONCELA (2007b), p. 367.

⁷⁵² BECHLIVANOU-MOREAU (2007).

La jurisprudence veut encore que ce contrôle soit effectué à intervalles réguliers, sans qu'on puisse fixer «*un délai maximum intangible au-delà duquel le réexamen est trop tardif*»⁷⁵³.

Le droit suisse et le droit turc connaissent la peine privative de liberté à vie. L'art. 40 CPS la prévoit expressément⁷⁵⁴. Cette peine ne dure jusqu'au décès du condamné que lorsqu'il y a lieu de craindre qu'il commettra de nouvelles infractions s'il est remis en liberté ; à titre exceptionnel, la libération conditionnelle peut être ordonnée⁷⁵⁵.

Cependant, l'art. 86 al. 5 CPS prévoit une libération conditionnelle pour les peines privatives de liberté à vie dès l'accomplissement de quinze années de détention. Les conditions de l'octroi de la libération conditionnelle prévues à l'art. 86 al. 1 CPS sont applicables par analogie. La libération conditionnelle à titre exceptionnel peut également intervenir en cas de condamnation à vie après dix ans, aux conditions prévues par l'art. 86 al. 4 CPS. L'art. 89 al. 5 prévoit que des circonstances exceptionnelles peuvent justifier la libération conditionnelle après que le détenu aura purgé la moitié de sa peine. Il n'existe aucune précision dans la disposition en ce qui concerne les circonstances exceptionnelles. Ces conditions peuvent être en rapport avec l'auteur ou avec l'acte. Comme les effets négatifs de l'incarcération sur l'aptitude du détenu à vivre sans commettre de nouvelle infraction après sa mise en liberté, une espérance de vie limitée due à la maladie, le fait de se montrer volontaire lors d'une action risquée pourrait être considéré comme des circonstances exceptionnelles justifiant la libération conditionnelle anticipée⁷⁵⁶. En outre, l'art. 86 al. 3 prévoit un réexamen d'office de la décision de refus de la libération conditionnelle au moins une fois par an, par l'autorité compétente.

⁷⁵³ PONCELA (2007b), p. 368.

⁷⁵⁴ Il en va ainsi de l'assassinat (art. 112 CPS), de la prise d'otage qualifiée (art. 185 c. 3 CPS), du génocide (art. 264 al. 1 CPS) ou de l'atteinte grave à l'indépendance de la Confédération (art. 266 ch. 2 CPS) Néanmoins BAECHTOLD (2008), p. 90 précise qu'en pratique, cette peine n'est prononcée presque exclusivement qu'en cas d'assassinat.

⁷⁵⁵ DUPUIS/GELLER/MONNIER/MOREILLON/PIGUET (2008), p. 483.

⁷⁵⁶ FF 1999 1928.

Le détenu qui commet un crime ou un délit pendant le délai d'épreuve sera réintégré dans l'établissement. L'art. 89 al. 1 CPS veut que celui-ci soit réintégré dans l'établissement dès la commission du délit, autrement dit d'une infraction passible d'un seul jour-amende. Bien que l'extension du champ d'application soit surprenante, il est possible de penser que *«le juge renoncera à la réintégration dans les cas de peu gravité, alors que la renonciation ne devrait intervenir que lorsqu'une récidive n'est pas à craindre, si l'on s'en tient aux termes de l'art. 89 al. 2 CPS»*⁷⁵⁷.

En vertu de l'art. 89 al. 6 CPS, si la nouvelle infraction entre en concours avec le solde de la peine devenue exécutoire, le juge fixera une peine d'ensemble, selon l'art 49 CPS. Le détenu peut bénéficier d'une deuxième libération conditionnelle.

Vu ce qui précède, il n'est pas erroné de conclure que la peine privative de liberté à vie n'est pas une peine incompressible en droit suisse.

En droit turc, deux types de peines privatives de liberté à vie sont prévues à l'art. 47 CPTR: la peine privative de liberté à vie et la peine privative de liberté à vie aggravée⁷⁵⁸, la différence résidant dans la forme d'exécution. La peine privative de liberté à vie aggravée se déroule selon un régime ad hoc, pour l'essentiel à l'intérieur de sections spéciales⁷⁵⁹, tandis que la peine privative de

⁷⁵⁷ MAIRE (2006), p. 365.

⁷⁵⁸ Cette peine peut être ordonnée en cas de génocide (art. 76 al. 2 CPTR), crimes contre l'humanité (art. 77 al. 2 CPTR), assassinat (art. 82 al.1 lit. k CPTR), torture aggravée (art. 95 al. 4 CPTR), viol aggravé (art. 102 al. 6 CPTR), pédophilie aggravée (art. 103 al.7 CPTR), atteinte à l'unité de l'Etat (art. 302 al. 1 CPTR), espionnage et service de renseignements politiques (art. 303 al. 2 CPTR), service de renseignements militaires (art. 307 al. 2 CPTR), atteintes à l'ordre constitutionnel (art. 309 al.1 CPTR), attentat contre le président de la République,(art. 310 CPTR), entrave au fonctionnement du pouvoir exécutif (art. 311 CPTR), entrave au fonctionnement du pouvoir législatif (art. 312 CPTR), émeute armée contre la République (art. 313 CPTR), trahison politique ou militaire (art. 328 CPTR), divulgation d'informations secrètes (art. 330 CPTR), fourniture d'informations interdites en vue d'espionnage (art. 336 CPTR), divulgation d'informations interdites aggravée (art. 337 CPTR), attentat contre un président d'Etat étranger (art. 340 CPTR).

⁷⁵⁹ Le détenu sera mis à isolement.

liberté à vie se déroule conformément au droit commun en vertu de l'art. 48 CPTR.

Les condamnés à une peine de prison à vie aggravée sont soumis à des conditions d'octroi de la libération conditionnelle moins favorables que les condamnés à la peine privative de liberté à vie. En vertu de l'art. 107 LEPM, en cas de condamnation à une peine de prison à vie aggravée, la libération conditionnelle peut intervenir après trente ans et en cas de peine de prison à vie, après vingt-quatre ans. Il convient de noter que le Code pénal turc ne prévoit aucune disposition sur le concours réel d'infractions. Néanmoins, l'art. 99 LEPM, admet que la juridiction statuant sur la libération conditionnelle prononce la confusion de certaines peines, énumérées à l'art. 107 LEPM. Cela dit, les situations visées par cette procédure concernent avant tout les cas des détenus condamnés à plusieurs lourdes peines dont il est évident qu'ils ne pourront pas les purger toutes de leur vivant.

Sur avis de l'autorité pénitentiaire, le juge statue d'office sur la libération conditionnelle du détenu. Il est possible de former une opposition contre le refus de l'octroi de la libération conditionnelle aux termes de l'art. 107 al. 11 LEPM. Il n'existe cependant aucune disposition concernant un réexamen d'office de la libération conditionnelle, suite à un refus.

Le juge qui se prononce sur l'infraction commise au cours du délai d'épreuve statue sur la réintégration du détenu. Toutefois, contrairement au droit suisse, il ne fixe pas de peine d'ensemble.

Etant donné qu'il n'y a aucune limite supérieure en cas de concours entre le solde de la peine et la nouvelle peine, cela revient à instituer une peine perpétuelle sans aucun espoir de libération⁷⁶⁰. Tel sera le cas, par exemple, d'un détenu condamné à plusieurs peines privatives de liberté à vie aggravées. La libération conditionnelle ne peut alors intervenir qu'après trente-six ans, délai très long en soi. Si le détenu mis au bénéfice de la libération conditionnelle commet une infraction passible ne fût-ce que d'un mois de privation de liberté, la libération conditionnelle sera révoquée et le détenu sera réintégré en prison pour le restant de ses

⁷⁶⁰ FEYZİOĞLU/GÜNGÖR (2007), p. 53.

jours, car il lui sera impossible de présenter une seconde demande de libération conditionnelle. Cette situation constitue clairement un cas de peine incompressible. Il en va de même pour les détenus condamnés pour des infractions citées⁷⁶¹ à l'art. 107 al. 16 LEPM ainsi qu'à l'art. 17 al. 2⁷⁶² de la Loi n° 3713 relative à la lutte contre le terrorisme⁷⁶³. Ces détenus condamnés ne peuvent, en effet, pas bénéficier de la libération conditionnelle.

Une autre question qui se pose dans le domaine de la libération conditionnelle est de savoir si la distinction opérée par le législateur entre les différentes catégories de personnes détenues susceptibles de bénéficier d'un régime de libération conditionnelle constitue une violation de l'art. 14, conjointement avec l'art. 5 de la Convention.

La Cour EDH a souligné que la distinction prévue par la Loi n° 3713 relative à la lutte contre le terrorisme n'était pas faite entre différents groupes de personnes, mais entre différents types d'infractions, selon la gravité que leur reconnaît le législateur. Elle ne voit là aucun élément de nature à la conduire à conclure à l'existence d'une «discrimination» contraire à la Convention⁷⁶⁴.

Vu ce qui précède, nous soulignons la nécessité pour la Turquie de légiférer, dans le respect de la jurisprudence de la Cour EDH et des textes européens pertinents en la matière, afin de trouver un juste équilibre avec les droits de l'Homme de la personne incarcérée et les impératifs de sécurité.

⁷⁶¹ Il s'agit des cas des détenus ayant commis une des infractions contre la sûreté de l'Etat ou contre l'ordre constitutionnel ou contre la défense nationale, dans le cadre des activités d'une organisation criminelle.

⁷⁶² Ceux qui sont condamnés pour émeute et évasion alors qu'ils étaient en détention préventive ou condamnés pour une autre infraction à la loi sur le terrorisme, ainsi que les condamnés qui commettent une autre infraction qui tombe dans le champ d'application de la loi relative à la lutte contre le terrorisme. En outre, sont concernés les détenus qui sont frappés trois fois de la sanction disciplinaire de l'isolement cellulaire.

⁷⁶³ Loi n° 3713, publiée dans le R.G n° 20843 (Mükerrer), du 12 avril 1991.

⁷⁶⁴ Cour EDH, *Gerger c. Turquie*, arrêt précité, § 69.

II. L'exercice difficile par le détenu de son droit à la vie privée et familiale

A. Le maintien des liens familiaux et l'incarcération

1. Le droit de fonder un couple

1.1. Le droit au mariage

Le droit de se marier est garanti tant au plan supranational qu'au plan national. L'art. 16 DUDH, l'art. 23 § 2 Pacte ONU II et l'art. 12 CEDH consacrent le droit de se marier. Une garantie similaire à celle prévue aux art. 16 DUDH et 23 § 4 Pacte ONU II, concernant l'égalité de droits et de responsabilités de caractère civil entre les époux pendant le mariage et après sa dissolution, figure à l'art. 5 du Protocole additionnel n° 7 de la CEDH, qui complète l'art. 12 CEDH.

Contrairement à la plupart des droits garantis dans la CEDH, aucune clause énumérant des conditions de restriction n'est prévue, dans le texte de la Convention. «*Liberté autonome*»⁷⁶⁵, le droit de se marier garantit l'épanouissement de la personnalité et de la dignité humaine⁷⁶⁶. Il s'inscrit parmi les droits fondamentaux de la personnalité et est donc inaliénable et imprescriptible⁷⁶⁷. Toutefois, à l'instar des autres droits fondamentaux, il ne s'agit pas d'un droit absolu⁷⁶⁸. Pour ce qui est de son exercice, la législation nationale peut établir des règles de fond et de forme concernant le mariage. Néanmoins, «*les limitations en résultant ne doivent pas le restreindre ou réduire d'une manière ou à un degré qui l'atteindraient dans sa substance*»⁷⁶⁹. La marge d'appréciation

⁷⁶⁵ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, vol. II, (2006), p. 201; MAHON in AUBERT/MAHON (2003), p. 133.

⁷⁶⁶ PAPAUX VAN DELDEN (2002), p. 27.

⁷⁶⁷ ATF 104 Ia 272, JdT 1980 I 330, dans le même sens arrêt de la Cour Constitutionnelle turque arrêt du 5 avril 1965, E. 1965/2 K. 1965/24, R. G., n° 12202 du 14 janvier 1966. Cf. également HOTTELIER (1983).

⁷⁶⁸ PAPAUX VAN DELDEN (2002), p. 27.

⁷⁶⁹ Cour EDH, *Rees c. Royaume - Unie*, n° 9532/81, arrêt du 10 octobre 1986, série A n° 106, § 50.

laissée à l'Etat ne saurait «*aller jusqu'à interdire en pratique l'exercice du droit de se marier*»⁷⁷⁰.

Le droit au mariage est également protégé par les ordres juridiques turc et suisse.

La protection prévue à l'art. 14 de la Constitution suisse s'apparente à celle offerte par l'art. 12 CEDH.

Même si l'art. 41 de la Constitution turque n'énonce pas explicitement le droit de se marier, cet article consacre implicitement, selon la jurisprudence de la Cour constitutionnelle turque, la garantie du droit au mariage, puisque «*il est évident que l'idée de protéger la famille implique avant tout de faciliter et de consacrer le mariage au sens du Code civil*»⁷⁷¹.

Ni la CEDH, ni la Constitution turque, ni la Constitution suisse ne contiennent de clause limitant le droit au mariage des détenus. Il ne faut cependant pas en déduire trop rapidement que l'emprisonnement n'a jamais eu aucune conséquence dans ce domaine. Dans un premier temps, l'ancienne Commission EDH rejeta les griefs des détenus en ce qui concerne le refus des autorités de leur accorder l'autorisation de se marier dans les établissements pénitentiaires. Ce rejet se fondait sur l'application de la théorie des «*rappports de sujétion spécial*» qui justifiait que les ingérences apportées par les autorités étaient inhérentes à la privation de liberté⁷⁷².

Saisie en 1975 d'une requête introduite par un détenu qui se plaignait du refus des autorités anglaises de lui accorder la permission de se marier dans l'établissement pénitentiaire, ainsi que du refus de sa mise en congé temporaire afin qu'il puisse se marier ailleurs⁷⁷³, l'ancienne Commission abandonna sa jurisprudence antérieure.

⁷⁷⁰ Cour EDH, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, n° 28957/95, arrêt du 11 juillet 2002, § 103, Recueil des arrêts et décisions 2002-VI.

⁷⁷¹ AYM, arrêt du 12 novembre 2002, E. 1999/35, K. 2002/104, R. G. n° 25063 du 29 mars 2003.

⁷⁷² TRECHSEL (1994), p. 36, MATTHIEU G. (1993), p. 104.

⁷⁷³ AComm. EDH, *Hamer c. Royaume-Uni*, n° 7114/75, D.R. 24, p. 26.

Elle considéra utile de souligner «*la tendance générale (...) dans les systèmes répressifs européens à réduire les différences entre vie en prison et vie en liberté*»⁷⁷⁴, pour reconnaître que la personne détenue restait titulaire de son droit au mariage⁷⁷⁵. L'ancienne Commission estima ensuite que l'exercice du droit au mariage par les condamnés, contrairement à la vie sexuelle, n'entravait ni la sécurité, ni le bon ordre au sein des prisons⁷⁷⁶. Au contraire, il était au service de la normalisation du détenu⁷⁷⁷. Elle estima, en outre, que le mariage n'était plus subordonné à la cohabitation. L'impossibilité de cohabiter avec le conjoint et de consommer le mariage durant l'exécution de la peine ne pouvaient représenter des préalables à l'exercice du droit des détenus de se marier⁷⁷⁸.

Une fois le droit au mariage des détenus consacré, l'ancienne Commission continua sur la même ligne. Elle décida ainsi que l'obligation faite à une personne condamnée à une peine perpétuelle d'attendre une éventuelle libération conditionnelle pour se marier constituait une atteinte à l'essence du droit au mariage⁷⁷⁹.

Ces décisions revêtent une importance capitale pour notre étude, dans la mesure où elles reconnaissent que la privation de liberté n'empêche pas les personnes incarcérées d'être considérées comme des sujets de droits, et contiennent ainsi «*une consécration du principe de l'existence des droits des détenus*»⁷⁸⁰. Il n'existe donc aucune limitation au droit de se marier inhérente à l'exécution d'une peine privative de liberté⁷⁸¹. Personne ne le conteste plus d'ailleurs. De surcroît, dans le contexte carcéral, le mariage peut «*aider à stabiliser et à réadapter le détenu*»⁷⁸². Il posséderait une double vertu : d'une part, il permettrait au détenu de maintenir des liens affectifs avec l'extérieur ; d'autre part, il augurerait d'une vie future meilleure.

⁷⁷⁴ A Comm EDH, *Hamer c. Royaume-Uni*, rapport précité.

⁷⁷⁵ COHEN-JONATHAN (1989), p. 356.

⁷⁷⁶ A Comm EDH. *Hamer c. Royaume-Uni*, rapport précité. RABILLIER (2002), p. 93.

⁷⁷⁷ Voir infra, pp. 374 ss.

⁷⁷⁸ AComm. EDH, *Hamer c. Royaume-Uni*, rapport précité, p. 30. KOERING-JOULIN (1986), p. 724; VELU/ERGEC (1990), p. 576.

⁷⁷⁹ A Comm. EDH, *Drapper c. Royaume-Uni*, n° 8186/78, D.R. 24, p. 72.

⁷⁸⁰ MATTHIEU G. (1993), p. 105.

⁷⁸¹ CORNIL (1959), p. 9; HILT (2004), p. 64.

⁷⁸² LEVINET (2004a), p. 894.

Maintenant que la jouissance du droit au mariage a été établie, reste à examiner les modalités de son exercice. La célébration du mariage présuppose la construction de relations affectives entre les fiancés. Si cela est rendu impossible par la vie carcérale, alors le droit au mariage perd forcément de son effectivité. L'exercice du droit au mariage ne se limite pas à la célébration de celui-ci, mais englobe également toutes les étapes menant à la création d'un couple. La cérémonie de mariage est donc l'aboutissement de l'exercice du droit au mariage.

a) **La création du couple**

La création d'une relation conjugale en milieu carcéral n'est possible que par le biais de correspondances et de visites⁷⁸³.

L'art. 84 CPS prévoit que le détenu a le droit de recevoir des visites et d'entretenir des relations avec le monde extérieur. La deuxième phrase de l'art. 84 exige en outre que les relations avec les amis et les proches soient favorisées. Le fait que le droit aux visites ne se limite pas aux personnes ayant tissé des liens antérieurs à l'entrée en détention avec le détenu lui permet de nouer d'autres liens au cours de sa détention et, ainsi, d'exercer son droit au mariage. En droit turc, par contre, l'art. 83 LEPM ne confère de droit de visite qu'aux personnes ayant des liens de filiation et d'alliance jusqu'au troisième degré avec le détenu. Le détenu, peut toutefois donner, lors de son admission à l'établissement pénitentiaire, le nom et l'adresse de trois personnes dont il souhaite recevoir de visite. Cela lui permettra de conserver d'éventuelles relations affectives nouées avant l'emprisonnement, mais l'empêchera d'en établir de nouvelles. Le détenu ne peut en effet guère changer le nom de ces trois personnes, sauf s'il établit des circonstances exceptionnelles, en vertu de l'art. 5 du Règlement sur la visite des détenus⁷⁸⁴, telles qu'un décès, une maladie grave, un désastre naturel, le transfèrement du détenu ou le changement de domicile du visiteur. Néanmoins, cette liste n'est pas limitative et nous estimons que le détenu peut invoquer l'instauration d'une relation affective pour modifier le nom d'une

⁷⁸³ HERZOG-EVANS (2002), p. 247.

⁷⁸⁴ R.G. n° 25848 du 17 juin 2005.

des trois personnes qu'il avait auparavant indiquées à l'administration pénitentiaire. Aux termes de l'alinéa 2 de l'art. 83 LEPM, le Procureur général peut de surcroît autoriser sous forme écrite la visite d'autres personnes s'il existe un «motif raisonnable». La vie affective du détenu en est un à l'évidence. Il serait donc concevable de recourir à cette possibilité pour permettre au détenu de rencontrer une personne avec qui il a récemment noué des liens affectifs. Malheureusement, la loi ne dit pas si le permis de visite ainsi octroyé est à «usage unique», ou s'il peut être accordé pour une certaine durée, et surtout si le déroulement des visites ainsi autorisées s'effectue dans les mêmes conditions que celles mentionnées précédemment. Ce n'est qu'en cas d'équivalence totale entre l'une et l'autre conditions d'octroi de l'autorisation que la solution présentée pourra être utilisée.

Un arrêt du Tribunal fédéral suisse⁷⁸⁵ avait admis que les autorités de poursuites pénales pouvaient refuser de transmettre une lettre dans laquelle un prévenu détenu faisait une demande en mariage à sa complice. Cet arrêt, bien que motivé par des références très générales aux art. 8 et 12 CEDH, doit être replacé dans son contexte procédural. Le refus de transmettre la lettre était motivé par le fait que l'acceptation de la demande en mariage permettrait aux deux prévenus de refuser de témoigner l'un contre l'autre⁷⁸⁶. A supposer qu'un pareil procédé soit réellement admissible au regard des obligations conventionnelles de l'Etat suisse, ce dont nous doutons fort, il serait en tout cas inapproprié de le transposer aux détenus purgeant une peine et ne faisant plus l'objet d'autres poursuites pénales. Rien ne permet plus dès lors de considérer que la demande en mariage formulée par écrit est susceptible d'entraver le bon déroulement d'une procédure pénale. La demande en mariage doit dès lors être transmise dans les plus brefs délais.

⁷⁸⁵ ATF 117 Ia 465.

⁷⁸⁶ PIQUEREZ (2006), p. 481.

b) La célébration du mariage

L'exercice du droit au mariage en milieu carcéral entraîne certaines difficultés relatives à la célébration du mariage et au déroulement de la vie conjugale⁷⁸⁷.

Le Code civil suisse⁷⁸⁸, aux termes de l'art. 98 alinéa 2, prévoit que l'ouverture de la procédure préparatoire à la célébration du mariage peut avoir lieu sur requête écrite des fiancés qui ne peuvent pas comparaître personnellement devant l'Officier d'Etat civil, ou dont on ne peut pas attendre raisonnablement d'eux qu'ils le fassent. Il va de soi que la détention d'un des fiancés constitue un empêchement de cet ordre. En droit turc, la procédure préparatoire peut toujours avoir lieu par écrit, en vertu de l'art. 135 du Code civil turc⁷⁸⁹, si bien que le problème ne se pose pas.

Nous estimons que l'administration pénitentiaire est tenue de transmettre la correspondance concernant la demande en exécution de la procédure préparatoire de mariage; le refus constituerait une entrave au droit au mariage. Du moment que les Codes civils suisse et turc consacrent formellement le déroulement par écrit de la procédure préparatoire, les autorités d'exécution des peines ne doivent pas compliquer l'exercice de ce droit. L'absence de possibilité d'obvier au dépôt d'une requête écrite a pour conséquence que le droit au mariage devient totalement illusoire si la requête n'est pas transmise par l'administration pénitentiaire.

Aussi bien en droit turc qu'en droit suisse, dans l'hypothèse où le détenu est mis sous tutelle, le représentant légal doit donner son consentement au mariage. En cas de refus, le détenu peut recourir au juge aux termes des art. 94 al. 2 du CCS et 128 CCT. Selon GUILLOD⁷⁹⁰, le consentement du tuteur au mariage est purement formel si le pupille jouit de la capacité de discernement. Cette approche vaut pour les détenus mis sous tutelle. A vrai dire, le cas de figure du détenu ne jouissant pas de la capacité de discernement

⁷⁸⁷ MALABAT (2007), p. 63.

⁷⁸⁸ RS 210.

⁷⁸⁹ Loi n° 4721, R.G. n° 24607, du 8 avril 2001.

⁷⁹⁰ Sur le consentement du représentant légal au mariage, cf. notamment GUILLOD (1991), pp. 111-112.

est un peu théorique, dans la mesure où l'absence de discernement au sens du Code civil va très souvent de pair avec l'irresponsabilité pénale. Il faudrait que le détenu ait perdu le discernement postérieurement à sa condamnation.

Aux termes de l'art. 101 CCS, le mariage est en principe célébré dans la salle des mariages de l'arrondissement de l'état-civil choisi par les fiancés. Toutefois, l'officier de l'état civil peut célébrer le mariage dans un autre lieu si les fiancés démontrent que leur déplacement à la salle des mariages ne peut manifestement pas être exigé⁷⁹¹. Le droit turc va dans le même sens, l'art. 26 de l'Ordonnance sur le mariage⁷⁹² prévoyant que le mariage des détenus peut être célébré dans l'établissement pénitentiaire, sur autorisation du parquet. Le mariage étant un droit, le parquet devra soit autoriser le mariage au sein de l'établissement pénitentiaire, soit octroyer une permission de sortir au détenu afin qu'il puisse se marier. L'octroi de l'autorisation, à l'instar de celle du tuteur, présente un caractère formel. La célébration du mariage religieux tombe-t-elle sous le coup des art. 8 et 12 CEDH? En droit turc et suisse, seul le mariage civil est susceptible de déployer des effets juridiques. Le mariage religieux n'est pas protégé par les dispositions précitées. Nous n'avons pas trouvé de jurisprudence à ce propos. A notre avis, cependant, le mariage religieux doit être considéré comme un acte religieux protégé par l'art. 9 CEDH. Ainsi, il sera soumis à l'autorisation de l'administration pénitentiaire⁷⁹³.

Le CCS et le CCT ne contiennent aucune disposition relative à l'entrée du notaire dans l'établissement pénitentiaire pour la signature d'un éventuel contrat de mariage prévu sous la forme authentique⁷⁹⁴. En droit turc, contrairement au droit suisse, la mise sous tutelle d'un détenu condamné à un an ou plus d'une peine privative de liberté⁷⁹⁵ est automatique. Le détenu doit donc avoir l'autorisation de son représentant légal pour la signature d'un contrat de mariage. Le représentant légal ainsi que le détenu doivent signer le contrat de mariage. Dans les deux cas, il faudrait

⁷⁹¹ Dans le même sens l'art. 70 de l'ordonnance sur l'état civil, RS 211.112.2.

⁷⁹² R. G., n° 18921 du 07 novembre 1985.

⁷⁹³ CERE (2007c), p. 18.

⁷⁹⁴ Art. 184.

⁷⁹⁵ Voir infra p. 199.

prévoir une permission de sortir pour que le détenu puisse signer un éventuel contrat de mariage sous forme authentique.

c) La création d'autres formes de vie conjugale

(1) Le couple de sexes opposés

Les formes de vie commune autres que celles créées par le mariage ne bénéficient pas de la garantie offerte par l'art. 12 CEDH. Le juge européen semble s'inscrire dans la ligne de défense du mariage traditionnel en vue de respecter la hiérarchisation des modèles de vie conjugale⁷⁹⁶.

Par ailleurs, la Cour EDH a précisé dans la décision d'irrecevabilité *Saucedo Gomez c. Espagne*⁷⁹⁷, que bien «*que la réalité sociale démontre l'existence d'unions stables entre hommes et femmes fondées sur des liens de solidarité et d'appui mutuel, constitutifs d'une vie commune pleine sur les plans affectif, économique et social, qui pourtant ne s'insèrent pas dans le cadre juridique d'un mariage*»⁷⁹⁸, il ne lui appartenait pas de dicter ou d'indiquer à un Etat les mesures à adopter pour prendre en compte ces unions. La conception d'un statut extra-matrimonial pour les couples hétérosexuels relève donc de la marge d'appréciation des Etats contractants⁷⁹⁹. Selon la Cour EDH toujours, la protection de la famille traditionnelle est, en principe, une raison solide et légitime pouvant justifier une différence de traitement⁸⁰⁰.

La législation suisse⁸⁰¹ et la législation turque ne connaissent pas d'autre forme juridique d'union conjugale que le mariage. Le droit

⁷⁹⁶ MEULDERS-KLEIN (2003), p. 1194.

⁷⁹⁷ Cour EDH, *Saucedo Gomez c. Espagne*, n° 37784/97, décision d'irrecevabilité du 26 janvier 1999.

⁷⁹⁸ Cour EDH, *Saucedo Gomez c. Espagne*, décision d'irrecevabilité précitée,

⁷⁹⁹ MARGUÉNAUD (2005), p. 149.

⁸⁰⁰ Cour EDH, *Karner c. Autriche*, n°40016/98, arrêt du 14 juillet 2003, § 40, Recueil des arrêts et décisions 2003-IX.

⁸⁰¹ Le Tribunal fédéral définit le concubinage au sens étroit comme «*une communauté de vie d'une certaine durée, voire durable, de deux personnes de sexe opposé, à caractère exclusif qui présente aussi bien une composante spirituelle, corporelle et économique et peut être également définie comme une communauté de toit, de table et de lit*», cf. ATF 118 II 235, JdT 1994 I 331. Les

suisse connaît toutefois un partenariat enregistré pour les couples de même sexe⁸⁰². Le droit turc ne connaît pas le partenariat enregistré ni pour un couple de sexe opposé, ni pour un couple de même sexe.

Lorsque la vie de couple avant l'incarcération se manifestait sous la forme d'un concubinage entre personnes de sexe opposé, le seul moyen de poursuivre les relations, tant en Suisse qu'en Turquie, est donc de contracter un mariage.

Il ressort donc ce qu'on vient de dire que, en ce qui concerne la vie conjugale du détenu, le droit de se marier est reconnu plus facilement aux détenus que les autres formes de la vie conjugale⁸⁰³.

(2) Le couple de même sexe

En ce qui concerne la modélisation des conjugalités, la Cour EDH se fondait sur le concept traditionnel de l'institution matrimoniale entre un homme et une femme. Cependant, l'évolution des mœurs l'a incitée à s'éloigner quelque peu de la conception religieuse du mariage aux seules fins de reproduction. Elle a ainsi procédé à une relecture de l'art. 12 CEDH. L'arrêt *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* oblige désormais les Etats à reconnaître «*la faculté pour les transsexuels de jouir pleinement à l'instar de leurs concitoyens du droit au développement personnel et à l'intégrité physique et morale*»⁸⁰⁴. La Cour EDH «*ne voit aucune raison*

trois composantes ne revêtent pas la même importance, car s'il manque la cohabitation ou la composante économique, mais que les deux partenaires vivent tout de même une relation à deux stable et exclusive et s'accordent une assistance réciproque, l'on doit admettre une relation stable assimilable au mariage. Les droits et obligations réciproques des couples vivant en concubinage ne sont pas réglés expressément dans la loi en droit suisse. Il est fait recours, en partie, à d'autres constructions, telles que celle de la société simple, lesquelles n'offrent cependant que des solutions insatisfaisantes à de nombreux problèmes, voire pas de solution du tout. Le contenu du contrat de concubinage peut, en principe, être choisi librement; il ne doit toutefois être ni illicite, ni impossible, ni contraire aux mœurs. Cf. notamment WERRO (2000), p. 43; ZIRILLI (2006). Le droit sur ce point turc ne connaît pas de consécration jurisprudentielle.

⁸⁰² Loi fédérale du 18 juin 2004 sur le partenariat enregistré, RS 211.231.

⁸⁰³ MALABAT (2007), p. 65.

⁸⁰⁴ Cour EDH, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, arrêt précité, § 90.

justifiant que les transsexuels soient privés en toute circonstance du droit de se marier».

La Cour EDH accepte de protéger les mariages des transsexuels. C'est désormais le droit au mariage du couple de sexes psychosociologiques différents qui est consacré par l'article 12.

Cette nouvelle approche du mariage, découlant d'une nouvelle définition du sexe, semble signifier qu'une personne ne peut pas être privée d'épouser une personne de même sexe biologique. On pourrait y voir peut-être un début de reconnaissance des mariages homosexuels. Mais le mariage des transsexuels ne peut en aucun cas être assimilé au mariage homosexuel. La personne ayant subi une opération de conversion change d'identité sexuelle, et obtient ainsi la rectification de son état-civil. Le mariage d'un couple où l'un des deux fiancés est transsexuel est un mariage de deux personnes de sexe juridique différent. La Cour continue donc de considérer leur mariage comme l'union de deux personnes de sexes différents⁸⁰⁵.

D'ailleurs, la Cour EDH estime que, malgré l'amélioration de la position juridique des couples de même sexe dans le sens d'une élimination des discriminations injustifiées, on ne peut pas encore parler d'une égalité générale en ce qui concerne le mariage. Elle considère qu'*«en l'absence d'un dénominateur commun amplement partagé»*⁸⁰⁶, les Etats contractants jouissent encore d'une grande marge d'appréciation.

Le mariage et la famille contribuent toujours, par des motifs biologiques et par la nature même des choses, à la perpétration de la société d'une autre manière que le partenariat homosexuel. C'est pourquoi il faut, avec la doctrine et la jurisprudence, s'en tenir à la conception selon laquelle les relations homosexuelles ne sont pas protégées par le droit au respect de la vie familiale⁸⁰⁷. Cela ne veut cependant pas dire que les Etats membres peuvent disposer des couples de même sexe à leur entière guise. En effet, les relations

⁸⁰⁵ MEULDERS-KLEIN (2003), pp. 1196-1197; LEVINET (2006), p. 62; PLUYETTE (2007), p. 1389.

⁸⁰⁶ Cour EDH, *Masta Estevez c. Espagne*, n° 56501/00, décision du 10 mai 2001.

⁸⁰⁷ VELU/ERGEC (1990), p. 574. Pour une approche contraire Van DIJK/VAN HOOFF/VAN RIJN/ZWAAK (2006), p. 331.

affectives entre personnes de même sexe restent protégées par le droit au respect de la vie privée⁸⁰⁸ lors même qu'elles ne seraient pas reconnues comme fondant une vie de famille.

Les droits constitutionnels suisse et turc ne proposent pas une autre solution: selon la conception dominante, les art. 14 de la Constitution suisse et 41 de la Constitution turque retiennent une conception traditionnelle du mariage, considéré comme la relation durable entre deux êtres vivants de sexes différents⁸⁰⁹.

Le législateur suisse, nous l'avons vu, a adopté une loi ouvrant la voie du partenariat enregistré aux couples de même sexe. Même si, formellement, ce dernier est une institution distincte du mariage, la lecture de la loi le laisse apparaître comme un «mariage allégé»⁸¹⁰. Cela est le résultat d'un équilibre délicat entre la volonté de protéger au mieux les couples de même sexe et la nécessité de ne pas heurter les sensibilités religieuses d'une partie de la population. Il en découle que la position du partenaire enregistré doit être entièrement assimilée à celle de l'époux dans la mesure où une différence de traitement n'a pas été établie par la loi elle-même. Cela n'est pas le cas en matière d'exécution des peines privatives de liberté. Dès lors, toute réglementation cantonale qui traiterait, sur ce point, différemment les partenaires enregistrés des époux doit, à notre avis, être considérée comme contraire aux art. 8 et 49 de la Constitution suisse, ainsi qu'à l'art. 8 CEDH.

Toutefois, l'accès en droit suisse des couples de même sexe à un statut juridique semblable à celui du mariage, pousse à s'interroger sur la conception traditionnelle de la famille, telle que reçue à l'art. 14 de la Constitution suisse.

⁸⁰⁸ Cour EDH, *Keegan c. Irlande*, n° 16969/90, arrêt du 26 mai 1994, série A n° 290.

⁸⁰⁹ ATF 119 II 264, JdT I 1996 339.

⁸¹⁰ PICHONNAZ (2007), pp. 187-270.

1.2. La vie du couple

a) Les relations intimes

Le mariage contracté conformément à la législation donne naissance à une vie conjugale protégée⁸¹¹. La vie conjugale se fonde sur des relations intimes⁸¹² et affectives⁸¹³ entre les époux qui correspondent à une exigence naturelle⁸¹⁴ et indispensable pour l'exercice de ce droit garanti par l'art. 12 CEDH. Il en va de même pour un détenu.

Les visites intimes représentent «*un aspect particulier du maintien des contacts des détenus avec les membres de la famille*».⁸¹⁵ Toutefois, selon la jurisprudence de la Cour EDH, l'article 12 ne constitue pas un écueil à une réglementation interdisant purement et simplement les visites conjugales en milieu pénitentiaire⁸¹⁶.

Les choses ne sont, étonnamment, guères différentes sur le plan de l'art. 8 CEDH. D'ordinaire, la Cour EDH vérifie en deux temps la compatibilité d'une ingérence étatique avec l'art. 8 CEDH. Elle commence par vérifier que la mesure est justifiée au regard des objectifs de l'art. 8 § 2 CEDH, puis examine si la mesure est «nécessaire dans une société démocratique», soit proportionnée. On ne retrouve curieusement pas de trace de cela dans les arrêts relatifs aux visites conjugales. La Cour EDH affirme simplement que le refus ou la restriction de la visite conjugale «*doivent pour l'instant être tenus pour justifiés à des fins de défense de l'ordre et de prévention des infractions pénales au regard du paragraphe 2 de l'article 8 de la Convention*»⁸¹⁷. Apparemment, le test de

⁸¹¹ COUSSIRAT-COUSTERE (1996), p. 49.

⁸¹² Sur la sexualité en prison voir GRAVIER/LAMOTHE (1989); LESAGE DE LA HAYE (1998).

⁸¹³ Voir CHANET (1984), pp. 50 ss.

⁸¹⁴ GARCIN (2005), p. 68.

⁸¹⁵ MURDOCH (2007), p. 259; DARBEDA (1998), p. 595; CARDON (2002), pp. 81 ss.

⁸¹⁶ AComm. EDH, n° 6574/74, D.R. 2, p. 105.

⁸¹⁷ Voir Cour EDH, *E.L.H. et P.B.H. c. Royaume-Uni*, décision de l'ACComm. EDH du 22 octobre 1997, D.R. 91, p. 61; Cour EDH, *Kalachnikov c. Russie*, décision du 18 septembre 2001, n° 47095/99, CEDH 2001-XI; Cour EDH, *Aliiev*

proportionnalité est purement et simplement abandonné, alors que dans d'autres affaires, qui ne concernaient pas directement les visites conjugales, elle considérait que retirer ou empêcher les visites du conjoint ou de l'enfant du détenu ne peut se justifier que dans des circonstances exceptionnelles⁸¹⁸. Cette différence de traitement au détriment des détenus n'empêche pas la Cour de prétendre qu'elle considère «avec sympathie les mouvements de réforme dans plusieurs pays européens visant à améliorer les conditions pénitentiaires en facilitant les visites conjugales»⁸¹⁹ ou que le droit au respect de l'autonomie personnelle entraîne celui d'avoir des relations sexuelles⁸²⁰, droit qui ne peut être restreint que sur le fondement d'une base légale, sans toutefois discuter les restrictions apportées aux visites conjugales sous l'angle du droit d'entretenir des relations sexuelles, alors que l'interdiction des visites conjugales découle le plus souvent des conditions dans lesquelles elles ont lieu⁸²¹.

Comme le fait très justement remarquer la doctrine, tant d'années se sont écoulées depuis la première décision de la Commission, où elle avait affirmé sa sympathie pour les visites conjugales⁸²², malgré une opinion publique défavorable⁸²³, qu'on peut s'étonner que les requêtes subissent toujours le même sort⁸²⁴. Un auteur espère toutefois que ces atermoiements ne soient que les prolégomènes d'un changement prochain d'optique⁸²⁵.

La version 2006 de Règles pénitentiaires ne franchit pas non plus le pas décisif. La nouvelle version des règles pénitentiaires européennes n'aborde pas d'une façon très détaillée les visites conjugales. Pourtant, dans le rapport explicatif de la R (2006) 2, il

c. Ukraine, n° 41220/98, arrêt du 29 avril 2003, § 188 ; Cour EDH, *Nazarenko c. Lettonie*, n° 76843/01, arrêt du 1er février 2007, § 74.

⁸¹⁸ Cour EDH, *Messina c. Italie*, n° 25498/94, arrêt du 28 septembre 2000, CEDH 2000-X; Cour EDH, *Lavents c. Lettonie*, n° 58442/00, arrêt du 28 novembre 2002.

⁸¹⁹ Voir Cour EDH, *Nazenko c. Lettonie*, arrêt précité, § 74.

⁸²⁰ Cour EDH, *K.A. et A.D. c. Belgique*, n°42758/98; 45558/99, arrêt 17 février 2005, § 79. FABRE-MAGNAN (2005), p. 2973; RENCHON (2008), p. 1314.

⁸²¹ Cf. infra pp. 177 ss.

⁸²² MANSUY (2007), p. 188.

⁸²³ RAYMOND (1979), p. 38.

⁸²⁴ LEVINET (2004b), p. 828.

⁸²⁵ MURDOCH (2007), p. 260.

est précisé que, lorsque cela est possible, des visites familiales prolongées doivent être autorisées, afin de permettre aux détenus d'avoir des relations intimes avec leur partenaire, les «visites conjugales» plus courtes autorisées à cette seule fin pouvant avoir un effet humiliant pour les deux partenaires⁸²⁶.

Contrairement à la jurisprudence et aux Règles pénitentiaires, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a recommandé aux Etats d'envisager «*de donner aux détenus la possibilité de rencontrer leur partenaire sexuel sans surveillance*»⁸²⁷. L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a préconisé d'améliorer les conditions de visite et de mettre en place des lieux d'intimité appropriés⁸²⁸.

En milieu carcéral, l'autorisation ou l'interdiction de la visite conjugale dépend la plupart du temps du pouvoir discrétionnaire des autorités pénitentiaires.

Tel est le cas en droit interne: même s'il existe des dispositions sur le droit de visite, la fréquence ainsi que leur durée, les jours et les heures relèvent de la compétence du chef de l'administration pénitentiaire.

Le déroulement de la visite pose évidemment le problème du respect de l'intimité. En effet, les visites sont généralement surveillées. Dans ces conditions, «*il apparaît impossible d'envisager des relations sexuelles avec le conjoint dans le cadre des visites*»⁸²⁹. De surcroît, cela serait particulièrement gênant, voire humiliant pour les personnes exposées au regard d'autrui. Le CPT va d'ailleurs dans le même sens⁸³⁰.

⁸²⁶ Règles pénitentiaires européennes (2006).

⁸²⁷ Règle 68 de la Recommandation R(98)7 relative aux aspects éthiques et organisationnels des soins de santé en milieu pénitentiaire.

⁸²⁸ Recommandation 134 (1997) relative aux effets de la détention sur les plans familial et social.

⁸²⁹ GARCIN (2005), p. 71.

⁸³⁰ Rapport au gouvernement de la République française relatif à la visite effectuée par le (CPT) en France du 27 octobre au 8 novembre 1991, CPT/Inf (93) 2 [Partie 1] p. 52 : «*Entretenir des relations sexuelles dans ces conditions est dégradant à la fois pour le couple en question et les spectateurs obligés (que ce soit d'autres détenus/visiteurs, ou des fonctionnaires pénitentiaires)*».

Faute d'infrastructure nécessaire dans les établissements pénitentiaires, le débat se déplacerait alors sur le terrain de l'art. 3⁸³¹ et un tel manquement pourrait être considéré comme contraire à la dignité humaine, et, partant, constitutif d'un traitement dégradant. Remarquons toutefois que faute de reconnaissance formelle d'un droit aux visites conjugales par la Cour EDH, il serait toujours quelque peu délicat de rendre l'Etat responsable des conditions dans lesquelles elles se déroulent. En effet, ce dernier pourrait toujours se réfugier derrière l'interdiction de celles-ci. A notre avis, cela n'est toutefois possible que si l'Etat entend empêcher activement les relations sexuelles lors des visites «ordinaires». Du moment qu'il tolère des relations sexuelles dans de telles circonstances, consacrant ainsi un droit implicite, il doit offrir des conditions décentes et l'art. 3 CEDH pourrait être violé lors même qu'aucun droit ne serait reconnu sur le plan européen.

En droit suisse, les dispositions relatives aux relations des détenus avec le monde extérieur sont réglées à l'art. 84 du Code pénal, dont l'alinéa 1 prévoit que le détenu a le droit de recevoir des visites et d'entretenir des relations. Les contacts peuvent être soumis à un contrôle ; ils peuvent être limités, voire interdits pour des raisons d'ordre et de sécurité dans l'établissement conformément au principe de la proportionnalité selon le 2^e alinéa de cette disposition.

Le texte est cependant muet s'agissant de la question de la sexualité des personnes détenues. Aucune autorisation ni aucune interdiction ne la concerne. Toutefois, le Conseil fédéral souligne que le terme «relations» comprend les contacts directs et personnels. L'art. 84 CPS pourrait donc s'interpréter de façon à permettre l'admission de visites conjugales pour les détenus. Ni la doctrine, ni la jurisprudence ne se sont clairement prononcées, vu le caractère récent de la modification du Code pénal. Le Tribunal fédéral semble s'inscrire dans la ligne de la Cour EDH. Il considère que : *«Le droit au mariage garanti par l'art. 12 CEDH ne comporte pas le droit de vivre une véritable union conjugale. Durant la détention, les rapports entre époux se limitent aux contacts personnels, téléphoniques et épistolaires autorisés par le règlement de l'établissement où réside le conjoint privé de liberté.»*

⁸³¹ HERZOG-EVANS (2002), p. 253.

L'exécution de la peine (...) prime le droit de réaliser une communauté conjugale (...) Lorsqu'un des conjoints est privé de liberté, la protection de la vie familiale consiste à garantir un minimum de contacts entre époux par les modalités d'exécution de la peine (...) Il ne ressort du reste pas de la jurisprudence relative à l'art. 8 CEDH qu'il faille accorder au détenu des relations intimes régulières avec son conjoint»⁸³². Il ne précise toutefois pas si la révision du Code pénal, déjà adoptée alors, est susceptible d'apporter une éventuelle modification de cette façon de voir.

Parmi les cantons parties au Concordat latin sur l'exécution des peines, seul le Règlement sur le statut des condamnés exécutant une peine privative de liberté et les régimes de détention applicables, du 24 janvier 2007, du canton de Vaud⁸³³, prévoit, à son art. 83, la possibilité de rencontres privées en vue de permettre le maintien des liens de couple. Les détenus condamnés ne peuvent bénéficier de rencontres privées qu'après un séjour d'au minimum six mois consécutifs dans l'établissement. Cette autorisation est délivrée par la direction de l'établissement. Cette dernière statue sur l'autorisation sollicitée en tenant compte des impératifs de sécurité. A ce titre, elle peut solliciter l'avis de spécialistes, notamment de l'Office du tuteur général et de la Commission interdisciplinaire consultative concernant les délinquants nécessitant une prise en charge psychiatrique.

La disposition ne fait pas de distinction entre un couple marié, un couple de sexes opposés ou de même sexe, et d'ailleurs, elle ne pourrait en faire avec les personnes ayant conclu un partenariat enregistré. Les détenus doivent justifier d'une relation stable, antérieure à leur incarcération, avec leur partenaire. Une relation postérieure à l'incarcération donne aussi droit à une rencontre privée, à condition qu'elle dure depuis six mois au moins au moment où la rencontre privée est sollicitée. En outre, l'accord écrit du partenaire est exigé, ce qui est superfétatoire dans la mesure où on voit mal comment les visites conjugales pourraient être exécutées en l'absence de consentement du partenaire. Les autorités pénitentiaires déterminent la fréquence et la durée de celles-ci en fonction, notamment, des infrastructures et des

⁸³² ATF 131 II 265 cons.5.

⁸³³ RSVD 340.01.1

moyens. Les rencontres privées se déroulent dans des lieux appropriés prévus à cet effet et elles ne sont pas surveillées.

Au vu des différences de pratique parfois importantes qui peuvent exister entre les différents cantons, l'absence de réglementation uniforme au plan fédéral est hautement regrettable. Comment justifier, en effet, qu'un même détenu ne puisse pas bénéficier de conditions de visite similaires d'un établissement à l'autre ? Certes, le fédéralisme ne garantit jamais une égalité de traitement absolue, à l'instar de ce qui se fait dans les Etats unitaires comme la Turquie, mais vu la présence de règles générales dans le Code pénal suisse, instrument de droit fédéral, il serait préférable qu'un aspect aussi important de la vie en prison fasse l'objet d'une approche uniforme dans toute la Suisse, à tout le moins en ce qui concerne le principe de son admission.

En droit turc, la LEPM ne consacre pas expressément les visites conjugales dans les établissements pénitentiaires. Selon l'art. 83 LEPM et l'art. 5 al. 1 lit. c du Règlement concernant les visites des détenus⁸³⁴, deux types de visites sont concevables: dans des parloirs, avec des dispositifs de séparation comportant un hygiaphone, ou sans dispositifs de séparation. Dans les deux cas, les visites se déroulent sous la surveillance du personnel pénitentiaire. Le personnel pénitentiaire doit voir le déroulement de la visite et avoir la possibilité d'entendre la conversation. Le Règlement concernant les visites des détenus prévoit, en outre, à l'art. 18, que les visites ont lieu en groupe.

Les parloirs collectifs et la surveillance du personnel empêchent les relations intimes. De surcroît, une éventuelle relation intime dans le parloir serait considérée comme un acte d'ordre sexuel commis en public, et enfreindrait l'art. 225 CPTR⁸³⁵ qui incrimine les actes indécents. Les détenus et leurs conjoints s'y livrant encourent une peine allant de six mois à un an de prison.

Il n'existe donc pas de visites conjugales en droit turc et, malheureusement, cela est conforme à l'interprétation actuelle de

⁸³⁴ R.G., n° 25848, du 7 juin 2005, les articles 9, 15, 26, 30, 40 et 41 modifiés par R.G., n° 26596, du 28 juillet 2007.

⁸³⁵ Art. 225, Actes indécents: «*Celui qui commet des actes d'ordre sexuel en public ou exerce l'exhibitionnisme sera puni d'une peine d'emprisonnement de six mois à un an*».

la Constitution turque et de la CEDH. C'est au moyen de congés que les détenus peuvent avoir des relations intimes avec leur partenaire⁸³⁶.

En droit comparé, dans le cadre du maintien des liens familiaux, la plupart des pays autorisent les visites conjugales⁸³⁷. Malgré l'absence d'obligation découlant de leur ordre constitutionnel, ou de leurs engagements conventionnels, il convient que la Suisse et la Turquie⁸³⁸ se dotent d'une législation réglementant d'une manière précise les visites à caractère intime, afin de faciliter la (re)socialisation des détenus et de réduire les effets négatifs de l'incarcération sur la vie du couple.

Les problèmes de sécurité peuvent être résolus par une inspection des locaux avant et après chaque visite et par un contact régulier entre le personnel, le détenu et le visiteur, bien évidemment en respectant leur intimité. A cet effet, les locaux pourraient être équipés d'un téléphone qui permet la liaison avec le détenu durant la visite.

Cette réglementation devrait prévoir les horaires et les fréquences des visites ainsi que le cercle des détenus bénéficiaires. Comme dans le cas de la législation vaudoise, les critères concernant la relation de couple devraient être introduits.

En outre, la réglementation doit préciser que les visites à caractère intime doivent se dérouler dans des pièces spécialement aménagées, meublées et équipées de sanitaires, conformément à la dignité humaine.

⁸³⁶ Les choses sont toutefois en passe de changer : la Commission des droits de l'Homme auprès de la Grande Assemblée nationale turque a déclaré recevable une requête d'un détenu invoquant le droit d'avoir des relations intimes. Voir la déclaration du président de ladite Commission. <http://www.taraf.com.tr/haber/23189.htm> du 10 décembre 2008.

⁸³⁷ Pour l'intimité du détenu en droit comparé, voir HERZOG-EVANS (2000). Voir en outre le rapport du Sénat français sur le maintien des liens familiaux en prison de 2006.

⁸³⁸ Il échet de noter que les détenus ne respectent pas l'interdiction d'avoir des relations intimes dans les établissements pénitentiaires. Une détenue était tombée enceinte suite à des relations intimes qu'elle a eues avec un détenu à travers un trou qu'ils avaient creusé dans le mur.

b) Vers un droit à la procréation médicalement assistée?

L'art. 12 CEDH, tout comme l'art. 14 de la Constitution suisse et l'art. 41 de la Constitution turque, garantit le droit de fonder une famille, autrement dit d'avoir des enfants. Selon le Tribunal fédéral, le désir de mettre au monde des enfants et de fonder une famille représente un aspect essentiel et élémentaire de l'épanouissement de la personne humaine⁸³⁹.

Saisie par un détenu marié, l'AComm. EDH avait examiné pour la première fois le droit de procréer sous l'angle de l'art. 12⁸⁴⁰. Elle avait considéré que le libellé de l'art. 12 n'impliquait pas la possibilité pour une personne de procréer à l'endroit et à l'instant où elle le désire, notamment en cas d'incarcération⁸⁴¹. La situation du détenu lui étant imputable, il n'y a aucune interférence distincte dans son droit de fonder une famille si sa situation de détenu l'en empêche.

Dans une autre affaire, un couple marié dont le mari était détenu voulait bénéficier de visites conjugales dans le but de concevoir un enfant. Les époux de confession catholique ne voulant pas recourir à la procréation médicalement assistée, qui était admissible en revanche en droit britannique, invoquaient cet argument. Comme le droit national autorise le recours à l'insémination artificielle, l'AComm. EDH considéra que le Royaume-Uni ne violait pas l'art. 9 de la Convention en refusant des visites conjugales, alors que l'insémination artificielle était possible⁸⁴².

Un couple, dont le mari, détenu, a été condamné à une longue peine, peut-il bénéficier d'une assistance médicale à la procréation? Telle était la question que devait résoudre la Cour EDH, dans l'arrêt *Dickson c. Royaume-Uni*, à la suite du refus des autorités britanniques de donner une suite favorable à la requête du couple pour une insémination avec donneur. L'affaire fit l'objet d'un arrêt rendu par la Chambre, concluant à l'absence de violation, puis, à la demande des requérants, fut déférée devant la Grande Chambre qui

⁸³⁹ ATF 119 Ia 460, JdT 1995 I 591.

⁸⁴⁰ AComm. EDH, *X c. Royaume-Uni*, décision du 21 mai 1975, D.R. 2, p. 106.

⁸⁴¹ MAS ENRICH (1999), p. 446.

⁸⁴² Cour EDH, *E.L.H et P.B.H c. Royaume-Uni*, décision précitée.

adopta une solution contraire. Entre les deux arrêts, une seconde affaire, *Evans c. Royaume-Uni*, traitant d'une question connexe, fut traitée. Nous allons brièvement commenter les solutions retenues dans ces trois décisions.

Dans son premier arrêt, *Dickson c. Royaume-Uni*⁸⁴³, la Cour EDH a estimé que le refus opposé par les autorités britanniques n'était ni arbitraire ni déraisonnable au regard des dispositions de l'article 8 et de l'article 12, au vu des intérêts de l'enfant qui pourrait naître de cette insémination et qui ne connaîtrait jamais son père, du moins pas dans des conditions normales. La Cour a accordé la primauté aux intérêts de l'enfant à naître sur un éventuel droit à la procréation.

Ce premier arrêt semble critiquable sur deux points. Premièrement, on peut se demander si cette décision allait «*dans le sens de la libéralisation et de l'humanisation contemporaines du régime carcéral*»⁸⁴⁴. Ensuite, la suggestion selon laquelle il faut considérer l'intérêt supérieur de l'enfant pour décider d'accéder ou non à la demande fut estimée offensante, paternaliste et non convaincante⁸⁴⁵, surtout, à notre avis, dans la mesure où elle considérait implicitement que l'enfant avait «intérêt à ne pas naître». C'est d'ailleurs, probablement, ce qui a contribué à faire accepter le renvoi devant la Grande Chambre.

A la suite de cela, la Cour EDH statua dans l'affaire *Evans c. Royaume-Uni*⁸⁴⁶, où elle admit le droit au respect de la décision de devenir parent au sens génétique du terme. La procréation médicalement assistée fut considérée comme tombant sous le coup de l'article 8 et, en ce qui concerne les couples mariés, de l'article 12 CEDH. A n'en point douter, la limitation par des mesures étatiques contraignantes des mesures de procréation humaine constituerait une atteinte à la liberté personnelle. L'arrêt aurait pu entrer en conflit avec la solution adoptée dans l'affaire *Dickson c. Royaume-Uni* qui était pendante, en seconde instance, devant la Grande Chambre. Celle-ci, à l'instar de la Chambre, estima tout

⁸⁴³ Cour EDH, *Dickson c. Royaume-Uni*, n° 44362/04, arrêt du 18 avril 2006.

⁸⁴⁴ GALLOUX/GAUMONT-PRAT (2007), p. 1102.

⁸⁴⁵ Opinion dissidente du juge BORREGO BORREGO dans l'arrêt *Dickson c. Royaume-Uni*, précité. Dans le même sens, CODD (2006).

⁸⁴⁶ Cour EDH, *Evans c. Royaume-Uni*, n° 6339/05, arrêt du 7 mars 2006, § 57.

d'abord qu'aucune question distincte ne se posait au regard de l'article 12 de la Convention. Même si elle reconnut dans la foulée un droit de procréer, elle refusa toutefois d'examiner la procréation médicalement assistée dans le contexte des obligations négatives et positives de l'Etat, pour savoir si le refus de l'insémination artificielle portait atteinte au droit des requérants à concevoir un enfant, ou si cela constituait un manquement du chef de l'Etat à accorder un droit qui n'existait pas auparavant. A l'instar de la Chambre, pour la Grande Chambre, la seule question était de savoir si un juste équilibre avait été ménagé entre les intérêts publics et les intérêts privés en jeu⁸⁴⁷.

La Grande Chambre estima que la politique appliquée aux requérants excluait toute mise en balance réelle des intérêts publics et des intérêts privés en présence et que cela empêchait l'appréciation requise de la proportionnalité. En particulier, elle fit peser sur les requérants une charge exorbitante quant à la preuve du «caractère exceptionnel» de leur cas lorsqu'ils ont présenté leur demande d'insémination artificielle. En outre, rien ne montrait que, en définissant la politique à suivre en la matière, le ministère ait cherché à apprécier les divers intérêts publics et privés en présence ou à apprécier la proportionnalité de la restriction. Enfin, étant donné que la pratique suivie n'avait pas été transcrite dans une loi, le Parlement n'avait jamais comparé les intérêts en jeu, ni débattu des questions de proportionnalité qui se posent à cet égard.

Contrairement à la Chambre, la Grande Chambre, tout en admettant l'obligation positive de l'Etat en ce qui concerne la protection effective de l'enfant, précisa que cela ne peut aller jusqu'à empêcher les parents qui le désirent de concevoir un enfant dans des circonstances telles que celles de l'espèce, cela d'autant moins que la seconde requérante était en liberté et pouvait, jusqu'à la libération de son mari, prendre soin de l'enfant éventuellement conçu.

Elle examina ensuite l'argument selon lequel la confiance du public dans le système pénitentiaire serait compromise si les éléments rétributifs et dissuasifs d'une peine pouvaient être

⁸⁴⁷ Cour EDH, *Dickson c. Royaume-Uni*, [GC], n° 44362/04, arrêt du 4 décembre 2007, § 71.

annihilés par le fait d'autoriser des détenus coupables de certaines infractions graves à concevoir des enfants. A l'instar de la Chambre, elle rappela qu'il n'y avait pas de place dans le système de la Convention, fondé sur la tolérance et l'ouverture d'esprit comme caractéristiques d'une société démocratique, pour une privation automatique des droits des détenus reposant uniquement sur ce qui pourrait heurter l'opinion publique. Toutefois, elle déclara qu'elle pouvait admettre que le maintien de la confiance du public dans le système de justice pénale avait un rôle à jouer dans l'élaboration de la politique pénale, sans en être toutefois le moteur principal. Tout en admettant que la punition restait un des buts de la détention, la Cour EDH n'en souligna pas moins aussi que les politiques pénales en Europe évoluent et accordent une importance croissante à l'objectif de réinsertion, en particulier vers la fin d'une longue peine d'emprisonnement.

Mais cela signifiait également que l'ingérence dans le droit de procréer ne pouvait être autorisée que si elle pouvait entrer dans l'une des limitations à la vie privée et familiale qui sont inévitablement entraînées par la privation de liberté. Or, ce n'était pas le cas, à l'évidence, des restrictions à la procréation, qui ne pouvaient découler directement des impératifs liés à l'incarcération.

C'est ainsi que la Cour EDH considéra, au terme de son long raisonnement, que la requête était bien fondée.

Cet arrêt affirme, une fois encore, que les détenus continuent de jouir de l'intégralité des droits garantis par la CEDH, à l'exception de la liberté d'aller et de venir. Cela signifie 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 ou à un lien suffisant entre la restriction et la situation du détenu en question. Elle ne saurait toutefois se fonder uniquement sur des arguments tenant à ce qui pourrait heurter l'opinion publique»*⁸⁴⁸.

Mais qu'en est-il dans la législation nationale? A-t-elle repris les standards dégagés dans l'affaire Dickson c. Royaume Uni?

⁸⁴⁸ Cour EDH, *Dickson c. Royaume Uni*, arrêt du 4 décembre 2007, §68.

En droit turc, au terme de l'art. 1^{er} du Règlement sur la création des centres de procréation médicalement assistée⁸⁴⁹, seul un couple marié peut bénéficier d'un tel traitement⁸⁵⁰. Vu qu'il n'existe aucune réglementation prévue dans la LEPM, nous estimons que le détenu marié peut bénéficier du droit à l'insémination artificielle.

En droit suisse, la procréation médicalement assistée est réservée aux couples de sexes opposés mariés ou en concubinage⁸⁵¹. Le couple en question doit paraître capable d'élever l'enfant jusqu'à sa majorité, en considération de son âge et de sa situation personnelle⁸⁵². La prise en compte de la situation de la personne en détention peut constituer un obstacle en ce qui concerne le recours à la procréation médicalement assistée. Cette disposition est en contradiction avec les principes dégagés dans l'arrêt *Dickson c. Royaume-Uni*. En effet, la Cour EDH a retenu que la prise en compte des intérêts potentiels de l'enfant, à laquelle s'apparente largement «l'âge et la situation personnelle» du couple, mentionnés par la législation suisse, ne pouvaient aller jusqu'à priver totalement un couple du droit de recourir à la procréation médicalement assistée. La législation suisse devrait donc être révisée sur ce point, à tout le moins la pratique en la matière ne pourrait pas invoquer la situation carcérale d'un des parents pour refuser le recours à la procréation médicalement assistée.

⁸⁴⁹ R.G., n° 19551 du 21 août 1987, modifié par R.G. n° 282219 novembre 1996, n° 23227 du 11 janvier 1998 et n° 23244 du 28 janvier 1998 et n° 24359 du 31 mars 2001.

⁸⁵⁰ Le règlement prévoit en outre l'interdiction d'utilisation des ovules et des gamètes imprégnés d'une tierce personne.

⁸⁵¹ Aux termes de l'art. 3 al. 2 de la Loi fédérale du 18 décembre 1998 sur la procréation médicalement assistée (RS 810.11), la procréation médicalement assistée est réservée aux couples à l'égard desquels un rapport de filiation peut être établi (au sens des art. 252 à 263 du CCS).

⁸⁵² Le Tribunal fédéral a jugé le 15 mars 1989 déjà qu'un acte législatif cantonal prévoyant l'interdiction d'utiliser des gamètes pour la recherche était anticonstitutionnel (ATF 115 Ia 234, JdT 1991 I 193). Le 22 décembre 1993, il a estimé qu'un autre acte législatif cantonal, qui limitait l'accès aux techniques de procréation médicalement assistée, mettait en cause la liberté personnelle. De même, l'interdiction générale de la fécondation in vitro avec transfert d'embryons (FIVETE) n'est pas compatible avec la liberté personnelle.

2. Le droit au respect de la vie familiale

2.1. La notion de famille

a) Absence de définition au niveau international

La mise en œuvre du droit au respect de la vie familiale présuppose la reconnaissance au préalable d'une vie familiale. La définition de cette notion ne va pas sans susciter d'importantes difficultés, notamment du fait de son caractère évolutif et relatif.

Les instruments juridiques adoptés dans le cadre de l'ONU affirment la place de la famille dans la société et mettent à la charge de l'Etat une obligation de respecter, dans des cadres définis par ce dernier, le droit à la vie familiale. Ainsi, la DUDH énonce à son article 12 la protection de la vie familiale et à son article 16 le droit de se marier et de fonder une famille. Elle ajoute, toujours à l'art. 16, que : *«la famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l'Etat»*. Le Pacte ONU II reprend à ses articles 17 et 23 la même protection que celle accordée par la DUDH en ce qui concerne la vie familiale. La protection offerte par la DUDH et le Pacte ONU II reste cependant vague. Le Comité des droits de l'Homme, dans ses observations générales sur l'article 17, précise que chaque Etat doit assurer la protection garantie par ce droit, au regard de sa propre législation⁸⁵³.

Les Etats jouissent d'une marge d'appréciation considérable vu qu'il leur appartient de définir ce qu'est la vie familiale; ils doivent, pour satisfaire aux exigences des instruments précités, tout mettre en œuvre pour éviter les immixtions illégales et arbitraires dans la vie de famille telle qu'ils l'ont définie. Le Comité des droits de l'homme se refuse, en outre, à donner une définition de la notion de famille, mais demande à chaque Etat de définir dans un rapport sa propre conception selon son ordre juridique⁸⁵⁴.

⁸⁵³ Observations générales du CDH (art. 17 : droit au respect de la vie privée) in KÄLIN/MALINVERNI/NOWAK (1997), pp. 526-529.

⁸⁵⁴ MILLARD (1994), p. 152.

b) Une notion évolutive au niveau européen

Au contraire de la situation sur le plan international, la pratique européenne en matière de droits de l'Homme repose sur une définition générale de la vie familiale. La marge d'appréciation des Etats est très réduite sur ce point, même si la notion est, comme nous allons le voir, fortement évolutive. La CEDH fait une nette distinction entre la vie familiale, liens juridiques constatés, protégée à l'art. 8 CEDH et le droit à la fondation d'une famille par le mariage, aptitude à créer des liens juridiques, garanti à l'art. 12 CEDH⁸⁵⁵. Cependant, la Cour EDH n'envisage pas une coupure stricte entre les deux, nuancant la distinction en raison de sa volonté de donner un effet utile aux droits reconnus. Elle admet notamment que, «*quoique l'article 8 présuppose l'existence d'une famille, toute vie familiale projetée ne sort pas de son cadre*»⁸⁵⁶, de telle manière qu'une vie familiale projetée pourrait également être protégée, notamment lorsqu'elle ne peut l'être sur le fondement de l'art. 12 CEDH, parce que le mariage n'est pas envisagé⁸⁵⁷ ou pas envisageable.

La notion de «vie familiale», au sens de l'article 8 de la CEDH, est une notion autonome⁸⁵⁸. En d'autres termes, la Cour EDH se réserve la liberté de l'apprécier au cas par cas et de décider en fonction de critères qui lui sont propres, sans tenir nécessairement compte de la qualification que les États font des liens interpersonnels. On mesure, sur ce point particulièrement, la différence qu'il y a entre l'approche internationale et l'approche européenne de la vie familiale. Pour déterminer si une relation de fait s'analyse en une «vie familiale», les juges de Strasbourg tiennent compte d'un certain nombre d'éléments, «*comme le fait de*

⁸⁵⁵ Voir par exemple AComm. EDH, *Hamer c. Royaume Uni*, décision précitée, dans laquelle la Commission admet que le mariage des détenus exclut une vie familiale effective.

⁸⁵⁶ AComm EDH, *B.R. et J.C c. RFA*, décision du 15 mars 1984 D.R. 36, 130; Cour EDH, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, no 9214/80; 9473/81; 9474/81, arrêt du 28 mai 1985, série A n° 94, § 62.

⁸⁵⁷ Cour EDH, *Marckx c. Belgique*, n° 6833/74, arrêt du 13 juin 1979, série A n° 31, § 31; Cour EDH, *Keegan c. Irlande*, arrêt précité, § 44.

⁸⁵⁸ Pour une étude approfondie de la notion de famille au sens de la CEDH voir notamment MILLARD (1994); LIDDY (1998), pp. 5-24; SUDRE (2002), pp. 11-59; LEVINET (2006), pp. 53-80.

savoir si les membres du couple vivent ensemble et depuis combien de temps, s'ils ont eu des enfants ensemble, de manière naturelle ou autre»⁸⁵⁹. Le fait que la descendance commune du couple soit un des critères permettant de lui reconnaître la jouissance du droit au respect de la vie familiale explique pourquoi les couples de même sexe ne sauraient bénéficier du droit au respect de la vie familiale⁸⁶⁰.

En ce qui concerne les détenus, l'arrêt *Moisejevs c. Lettonie*⁸⁶¹ semble marquer une évolution. La Cour y reconnaît «*qu'il peut parfois s'avérer difficile d'appliquer tous ces critères à l'égard d'un détenu, surtout lorsqu'il a déjà passé plusieurs années en prison*». A notre sens, dans cet arrêt la Cour EDH adopte une solution plus souple vis-à-vis des détenus, dans la mesure où elle leur permet de bénéficier des garanties liées au respect de la vie de famille lors même qu'ils n'en rempliraient pas tous les critères, du fait de la durée de leur incarcération. Malheureusement, on ne trouve pas d'autres arrêts ayant précisé l'exacte mesure des assouplissements.

c) Une formulation nationale

La notion de famille au sens de l'art. 13 de la Constitution suisse, à l'instar de la jurisprudence de la Cour EDH, s'entend dans sa conception large et ne se borne pas à la famille nucléaire⁸⁶². Elle inclut aussi en vertu de la jurisprudence les relations hétérosexuelles en dehors du mariage, la famille monoparentale, ainsi que les frères et les sœurs, les grands-parents et leurs petits enfants, ainsi que toute relation entre d'autres proches parents⁸⁶³. Toujours sur le même modèle que la CEDH, la vie familiale au sens de l'art. 13 n'implique pas les relations du couple de même sexe. La définition de la vie de famille donnée par la Constitution suisse est donc identique à celle de la CEDH, des divergences

⁸⁵⁹ Cour EDH, *X, Y et Z c. Royaume-Uni*, n° 21830/93, arrêt du 22 avril 1997, Recueil 1997-II, § 36.

⁸⁶⁰ Cf. supra, pp. 171 ss.

⁸⁶¹ Cour EDH, *Moisejevs c. Lettonie*, no 64846/01, arrêt du 15 juin 2006, § 152.

⁸⁶² MAHON in AUBERT/MAHON (2003), p. 126.

⁸⁶³ ATF 115 I b1, JdT 1991 I 269, cons. 5-8.

n'étant toutefois pas à exclure en ce qui concerne la concrétisation du concept.

Au contraire du droit suisse, et du droit européen, le droit turc adopte une conception étroite de la notion de famille. La famille est entendue par la jurisprudence et la doctrine comme la famille au sens du Code civil turc, soit un couple marié avec ses enfants⁸⁶⁴. La vie de famille en l'absence d'enfant est exclue du champ de protection du droit au respect de la vie familiale. Le renvoi à la définition du droit civil a pour conséquence que la définition constitutionnelle de la famille dépend de textes législatifs, donc inférieurs à la Constitution. Cette approche présente de grandes similitudes avec celle développée en droit international, où la définition de la famille est renvoyée au droit national. La jurisprudence constitutionnelle turque, en renvoyant la définition de la famille au domaine de la loi, n'entend protéger la famille que contre des immixtions illégales et intempestives et ne tend pas à promouvoir un certain modèle familial. La Cour constitutionnelle a légèrement tempéré cette approche en admettant qu'un enfant né hors mariage pouvait invoquer l'art. 41 de la Constitution, à condition que sa filiation paternelle soit établie par voie de reconnaissance⁸⁶⁵.

Deux articles de la Constitution turque sont consacrés à la famille. L'art. 20 protège le droit au respect de la vie familiale⁸⁶⁶ ; l'art. 41 consacre une protection institutionnelle de la famille en recourant à des termes presque identiques à ceux figurant dans les instruments juridiques adoptés sous l'égide de l'ONU⁸⁶⁷. Cette dernière disposition démontre, à notre avis, clairement que le constituant turc s'est davantage inspiré du droit international que du droit

⁸⁶⁴ CANSEL (1969), p. 18; dans le même sens, AYM, E. 1994/86 K. 1995/41, 13 septembre 1995; AYM, E. 1999/35, K. 2002/104, du 12 novembre 2002, R.G. n° 25063, du 29 mars 2003.

⁸⁶⁵ AYM, E. 2000/3, K. 2002/34, du 20 mars 2002.

⁸⁶⁶ Article 20 (modifié par la Loi n° 4709 du 3.10.2001): *«Toute personne a le droit d'exiger le respect de sa vie privée et de sa vie familiale. Le secret de la vie privée et familiale est inviolable»*.

⁸⁶⁷ Article 41 (modifié par la Loi n° 4709 du 3.10.2001): *«La famille est le fondement de la société turque et est basée sur l'égalité entre les époux. L'Etat prend les mesures nécessaires et crée des structures en vue de préserver la paix et le bien-être de la famille, de protéger en particulier la mère et les enfants et d'assurer l'enseignement et l'application de la planification familiale»*.

européen, inspiration relayée dans la jurisprudence, avec les tempéraments que nous venons de mentionner.

2.2. Le droit au maintien des relations familiales

a) Le droit de recevoir des visites

(1) Les principes

Alors que traditionnellement l'incarcération entraînait la rupture des liens familiaux et sociaux, le maintien des liens familiaux des détenus avec leurs proches s'inscrit dans la lignée de «*l'humanisation du fonctionnement pénitentiaire*»⁸⁶⁸. Le fait de conserver des liens familiaux lors de l'incarcération constitue donc un enjeu fondamental⁸⁶⁹. D'une part, ces liens sont indispensables pour lutter contre les effets néfastes de l'emprisonnement sur le détenu ainsi que sur sa famille⁸⁷⁰; d'autre part, ils favorisent la préparation du détenu à la sortie⁸⁷¹. L'approche du CPT, en la matière, est similaire. Le Comité estime que si les détenus purgeant de longues peines ont effectivement la possibilité de rester en contact avec le monde extérieur, les effets négatifs de l'institutionnalisation sur eux seront moins prononcés⁸⁷².

L'article 37 de l'Ensemble des règles minima pour le traitement des détenus de 1955 protège le contact des détenus avec le monde extérieur. Cette disposition prévoit que les détenus doivent être autorisés, sous surveillance, à communiquer avec leur famille et leurs amis par le biais de la correspondance et des visites.

Les Règles pénitentiaires européennes de 2006 soulignent à leur tour l'importance du maintien des contacts avec les proches et d'autres personnes. Elles considèrent que la privation de liberté ne

⁸⁶⁸ DARBEDA (1998), p. 591.

⁸⁶⁹ CODD (1998), p. 148.

⁸⁷⁰ Pour une étude sociologique sur les relations familiales à l'épreuve de l'incarcération, cf. notamment RICORDEAU (2005); pour une étude criminologique, MURRAY (2007).

⁸⁷¹ LIGHT (1993), p. 332.

⁸⁷² Onzième rapport d'activité général du CPT/Inf (2001) 16, p. 17.

doit pas nécessairement entraîner la rupture des contacts avec le monde extérieur. Au contraire des règles adoptées sous l'égide de l'ONU, elles constatent que *«les détenus ont droit à certains contacts et les autorités pénitentiaires doivent créer les conditions leur permettant de maintenir ces contacts du mieux possible»*⁸⁷³.

La jurisprudence va dans la même direction. A cet égard, la Cour EDH, dans le sillage de la jurisprudence antérieure de la Commission⁸⁷⁴, a rappelé dans son arrêt *Messina c. Italie*⁸⁷⁵ du 28 septembre 2000, *«que toute détention régulière au regard de l'art. 5 entraîne par nature une restriction à la vie privée et familiale de l'intéressé mais qu'il est cependant essentiel au respect de la vie familiale que l'administration pénitentiaire aide le détenu à maintenir un contact avec sa famille proche»*⁸⁷⁶.

Dès lors, la Cour EDH confirme que, dans la société démocratique européenne, la souffrance inhérente à toute peine privative de liberté ne saurait inclure la suppression de toute vie privée. La solitude n'est plus aujourd'hui de mise. Elle consacre donc sur le fondement de l'art. 8 CEDH un droit des détenus à recevoir des visites et impose ainsi aux autorités pénitentiaires une obligation positive d'aider les détenus à maintenir un contact effectif avec leurs proches et leurs amis. Ce droit procède, selon la jurisprudence, du droit pour tout individu de nouer et développer des relations avec ses semblables et le monde extérieur.

En ce qui concerne le déroulement des visites, la Cour EDH consacre un droit aux parloirs de manière à ce qu'ils aient lieu en respectant la vie privée du détenu et de ses visiteurs. Lorsque les visites se déroulent dans un parloir, la surveillance audio-visuelle par l'administration pénitentiaire des conversations qui y sont tenues s'effectue dans un souci de sécurité. Néanmoins, *«l'enregistrement systématique des conversations dénie à la fonction du parloir sa seule raison d'être, celle de maintenir une*

⁸⁷³ Règles pénitentiaires européennes (2006), p. 55.

⁸⁷⁴ AComm. EDH, *X. c. Royaume-Uni*, n° 9054/80, D.R. 30, p. 113 et dans le même sens AComm. EDH, *Ouinas c. France*, n° 13756/88, décision du 12 mars 1990, D.R. 65, p. 265.

⁸⁷⁵ Cour EDH, *Messina c. Italie*, arrêt précité.

⁸⁷⁶ Cour EDH, *Messina c. Italie*, arrêt précité, § 61.

vie privée du détenu»⁸⁷⁷. Se pose donc la question de savoir comment «*concilier la nécessité (...) d'une surveillance des visites avec celle de favoriser, autant que se peut des conditions «normales» pour les contacts entre les personnes*»⁸⁷⁸.

Dans l'arrêt, *Wisse c. France*⁸⁷⁹, la Cour EDH admet que les conversations tenues dans un parloir relèvent de la vie privée et que leur enregistrement systématique constitue une ingérence dans la vie intime du détenu. Dans cette affaire, les contours d'une telle ingérence n'étaient pas suffisamment et clairement précisés par la loi, laissant aux autorités une marge d'appréciation trop importante, en violation de l'article 8. Dans l'affaire jugée, cette ingérence n'était pas prévue par la loi au sens de l'article 8 § 2 de la Convention, le droit national en question n'indiquait pas avec assez de clarté la possibilité d'ingérence par les autorités dans la vie privée des détenus, ainsi que l'étendue et les modalités d'exercice de leur pouvoir d'appréciation dans ce domaine⁸⁸⁰. La Cour EDH conclut donc à une violation de la CEDH, sans toutefois se prononcer sur la nécessité de l'ingérence dans une société démocratique. Cela diminue considérablement la force préjudicielle de l'arrêt, dans la mesure où il suffit que la législation nationale se dote d'une base légale idoine pour que la comparaison avec l'arrêt précité n'ait plus lieu d'être.

Lors du déroulement des visites, le détenu devrait avoir, en outre, des contacts physiques directs. Dans l'arrêt *Ciorap c. Moldavie*⁸⁸¹, le requérant se plaignait de ce qu'il n'était pas autorisé à avoir un contact physique avec ses visiteurs, sauf à quelques occasions, et devait communiquer avec eux au travers d'une paroi vitrée, ce qui rendait toute intimité impossible. La Cour EDH estime qu'en l'absence de motifs justifiant l'imposition de restrictions aussi amples aux droits du détenu, qui ne présentait aucun risque pour la sécurité, les autorités nationales ont manqué à ménager un juste

⁸⁷⁷ Cour EDH, *Wisse c. France*, no 71611/01, arrêt du 20 décembre 2005, § 29.

⁸⁷⁸ BAECHTOLD (2008), p. 184.

⁸⁷⁹ Cour EDH, *Wisse c. France*, arrêt précité.

⁸⁸⁰ Cour EDH, *Wisse c. France*, n° 71611/01, arrêt du 20 décembre 2005, §§ 24-34. Voir le commentaire dudit arrêt par CERE (2006d), pp. 128-129; ROETS (2006), pp. 764 à 768.

⁸⁸¹ Cour EDH, *Ciorap c. Moldavie*, n°12066/02, arrêt précité, § 118.

équilibre entre les buts invoqués et les droits du requérant garantis par l'article 8 CEDH.

Même si le détenu lui-même n'est pas suffisamment actif dans l'exercice de son droit de visite, par exemple s'il ne réitère pas à plusieurs reprises sa demande de recevoir des visites, l'art. 8 CEDH est violé, aux yeux de la Cour, en présence de demandes effectuées par les membres de la famille et refusées par l'autorité pénitentiaire. La Cour EDH estime *«qu'elle doit éviter tout formalisme excessif, surtout lorsqu'il s'agit d'un détenu dont les moyens d'action sont par définition restreints»*⁸⁸². Il est cependant difficile de savoir si, sur le fondement de cet arrêt, la Cour EDH entend faire bénéficier les proches d'un droit aux visites distinct de celui dont le détenu est titulaire.

Il est permis de penser que le droit de visite ne se limite pas à la seule famille et que les proches visiteurs, même s'ils ne font pas partie de la famille, au sens de la jurisprudence de la Cour EDH, seraient bénéficiaires du droit de visite, mais nous ne disposons pas de jurisprudence claire dans le domaine.

Malgré le fait que la Cour EDH consacre sur la base de l'art. 8 CEDH un droit au maintien des relations familiales au cours de l'incarcération, elle estime *«en même temps qu'un certain contrôle des contacts des détenus avec le monde extérieur se recommande et ne se heurte pas en soi à la Convention»*. En d'autres termes, la Cour reconnaît une certaine marge d'appréciation à l'administration pénitentiaire concernant l'étendue et les modalités des visites, de sorte que cette disposition de la Convention apparaît comme étant un droit conditionnel pour le détenu⁸⁸³. Cela peut donc aller jusqu'à l'édition de restrictions, qui devront toutefois toujours résister au test de proportionnalité prévu à l'art. 8 § 2 CEDH. La Cour EDH souligne toutefois que seules des circonstances exceptionnelles peuvent justifier un refus absolu de visites familiales⁸⁸⁴. La Cour estime qu'*«il faut avoir égard aux exigences normales et raisonnables de l'emprisonnement et à l'étendue de la marge d'appréciation à réserver en conséquence*

⁸⁸² Cour EDH, *Kornakovs c. Lettonie*, n° 61005/00, arrêt du 15 juin 2006, § 134.

⁸⁸³ GARCIN (2005), p. 69; MURDOCH (2007), p. 258.

⁸⁸⁴ Cour EDH, *Kornakovs c. Lettonie*, arrêt précité, § 134.

aux autorités nationales lorsqu'elles réglementent les contacts d'un détenu avec sa famille»⁸⁸⁵. Il appartient à l'Etat de démontrer que les restrictions inhérentes aux droits et libertés du détenu sont néanmoins nécessaires dans une société démocratique et qu'elles se fondent sur un besoin social impérieux⁸⁸⁶. De ce fait, le fardeau de la preuve de la proportionnalité de la mesure ne saurait incomber au détenu.

Un régime spécial, plus restrictif, destiné à couper les liens existant entre la personne concernée et son milieu criminel d'origine, notamment lorsqu'il s'agit d'organisations criminelles avec lesquelles il avait eu des liens peut se justifier selon la Cour EDH, au regard de l'article 8 CEDH. Elle tient cependant compte de la nature spécifique du phénomène de la criminalité organisée, et notamment de celle de type mafieux, où les relations familiales jouent souvent un rôle primordial⁸⁸⁷.

Dans le même ordre d'idées, le fait de détenir une personne dans une prison éloignée de sa famille est étroitement lié avec le droit de maintenir des contacts avec la famille⁸⁸⁸. Il s'agit de savoir si la sélection du lieu de détention par les autorités pourrait poser problème sur le terrain de l'article 8, et si un tel choix affecte toute relation voire la rend impossible⁸⁸⁹.

Ici aussi, la Cour EDH reconnaît une grande marge d'appréciation aux Etats membres, en considérant que la Convention n'accorde pas aux détenus le droit de choisir le lieu de détention⁸⁹⁰. Seulement dans des circonstances exceptionnelles, le fait de détenir une personne dans une prison éloignée de sa famille à un point tel que toute visite s'avère en fait très difficile, voire impossible, peut constituer une ingérence dans sa vie familiale.

⁸⁸⁵ Cour EDH, *Lavents c. Lettonie*, arrêt précité, § 141.

⁸⁸⁶ Cour EDH, *Ploski c. Pologne*, arrêt précité, § 35.

⁸⁸⁷ Cour EDH, *Marincola et Sestito c. Italie*, n° 42662/98, décision irrecevabilité du 25 novembre 1999.

⁸⁸⁸ MURDOCH (2007), p. 258.

⁸⁸⁹ Cour EDH, *Sulga c. Lettonie*, décision d'irrecevabilité du 13 septembre 2002.

⁸⁹⁰ L'AComm. EDH rappelle que la Convention n'accorde pas aux détenus le droit de choisir le lieu de détention. A ce propos, voir n° 5229/71, décision du 5 octobre 1972, Recueil 42, p. 14, et n° 5712/72, décision du 15 juillet 1974, Recueil 46, p. 112.

Il en va ainsi du transfèrement des détenus. Selon la Cour, la Convention sur le transfèrement des personnes condamnées ne prévoit aucun droit pour l'intéressé à être transféré dans son pays d'origine, pareil transfèrement étant soumis à l'accord préalable de l'Etat de condamnation ; l'éloignement du requérant de sa famille est une conséquence inévitable de la détention⁸⁹¹. Le transfèrement fréquent des détenus est considéré par le CPT comme problématique. Le Comité accepte le fait que les individus se révélant particulièrement difficiles à contrôler peuvent être transférés dans une autre prison, mais le transfert incessant ou fréquent d'un détenu d'un établissement vers un autre peut avoir «des conséquences très néfastes sur son bien-être psychique et physique». De surcroît, le détenu aura des difficultés pour maintenir des contacts appropriés avec sa famille et son avocat. Une telle pratique pourrait par conséquent dans certaines circonstances constituer selon le CPT un traitement inhumain et dégradant⁸⁹².

(2) La réception du droit de visite en droit suisse et en droit turc

Se pose la question de savoir si en matière de visite des détenus le droit suisse et le droit turc se conforment aux exigences européennes.

Comme nous l'avons déjà vu, l'art. 84 CPS implique la visite des proches autres que les membres de la famille dans la catégorie des relations avec la famille⁸⁹³. En l'occurrence, le droit de visite ne se limite pas à la seule famille et les proches visiteurs «*même s'ils ne font pas parties de la famille sont parmi les destinataires*». En la matière, la jurisprudence du Tribunal fédéral avait laissé ouverte la question de savoir si un détenu a un droit de recevoir la visite d'autres personnes en dehors de la proche famille⁸⁹⁴. Dans une série d'arrêts concernant la détention préventive, le Tribunal fédéral considère désormais que l'on ne peut refuser au détenu la

⁸⁹¹ AComm. EDH, *Hacısüleymanoğlu c. Italie*, décision du 20 octobre 1994, D.R. 79, p. 121.

⁸⁹² Deuxième rapport d'activité général du CPT. CPT /Inf (92) 3, § 57.

⁸⁹³ Dans le même sens VIREDAZ (2007), p. 77.

⁸⁹⁴ ATF 118 Ia 64, JdT 2007 IV 43.

visite d'une personne avec laquelle il entretient des relations s'apparentant à celles d'un proche, lorsque les parents des détenus sont décédés⁸⁹⁵ ou lorsqu'il n'a aucun membre de sa famille en Suisse⁸⁹⁶, ou tout simplement, lorsqu'il n'a pas de rapports étroits avec les membres de sa famille.

L'art. 84 CPS énonçant les principes généraux, la réglementation des modalités des visites relève donc du droit cantonal. La détermination du cercle des visiteurs possibles varie d'un canton à l'autre. Les législations neuchâteloise⁸⁹⁷, fribourgeoise⁸⁹⁸ et jurassienne⁸⁹⁹ ne font pas de distinction entre les visites de proches et des autres visiteurs. Ces législations n'accordent donc pas une protection particulière aux membres de la famille. La législation valaisanne⁹⁰⁰ se contente de préciser, quand il s'agit de proches, que le nombre de visiteurs se limite à trois.

La réglementation la plus détaillée en la matière est celle du Canton de Vaud. Le Règlement vaudois consacre une disposition spéciale aux visites familiales. Aux termes de l'art. 82 du Règlement sur le statut des condamnés exécutant une peine privative de liberté et les régimes de détention applicables⁹⁰¹, ces visites permettent au détenu de recevoir plus de visiteurs que les visites ordinaires. L'autorité pénitentiaire peut solliciter l'avis de spécialistes. Ces visites remplaçant les visites ordinaires et privées, il ne nous paraît pas possible de dire que cette disposition accorde une protection particulière au maintien des relations familiales, si ce n'est que le nombre de visiteurs est plus élevé.

⁸⁹⁵ TF. 1P.310/2000, cons. 2, non publié, arrêt du 9 juin 2000.

⁸⁹⁶ TF, arrêt du 13 août 2002, non publié, voir RDIES, 2003, p. 330; dans le même sens TF, arrêt du 20 novembre 2002, cons. 4.1, RDIES, 2003 p. 330.

⁸⁹⁷ Art. 50 de la Loi sur l'exécution des peines privatives de liberté et des mesures pour les personnes adultes (LPMA) du 19 octobre 2007 (RSN 351.0).

⁸⁹⁸ Art. 50 du Règlement des prisons du 12 décembre 2006 du Canton de Fribourg (RSF 341.2.11).

⁸⁹⁹ Art. 48 de l'Ordonnance sur les établissements de détention du 21 décembre 2004 du Canton du Jura (RSJU 342.11).

⁹⁰⁰ Art. 74 du Règlement sur les établissements de détention dans le canton du Valais du 10 décembre 1993 (RSVS 340.200).

⁹⁰¹ RSVD 340.01.1.

La législation tessinoise ne contient aucune disposition sur les visites des détenus.⁹⁰² Tout refus ou réglementation des visites par l'autorité pénitentiaire constituerait une éventuelle violation du droit au maintien des relations, car il s'agirait d'une ingérence non prévue par la loi au sens de l'art. 36 de la Constitution suisse et de l'art 8 § 2 CEDH.

Rappelons que la Constitution turque et la jurisprudence interprètent la notion de famille au sens étroit du terme. La LEPM, dans son article 83, étend le cercle des visiteurs aux parents consanguins, germains et de mariage avec le détenu. Le détenu peut toutefois donner le nom de trois personnes dont il souhaite recevoir des visites.

Il se dégage de la jurisprudence du Tribunal fédéral des principes en matière de fréquence des visites et d'admission des visiteurs. Ainsi, le détenu a droit à une visite hebdomadaire d'une demi-heure au moins après la deuxième semaine de détention⁹⁰³ et d'une heure après le deuxième mois de détention⁹⁰⁴. Toutefois, le Tribunal fédéral reconnaît aux autorités pénitentiaires cantonales une large marge d'appréciation en matière de modalités de visite; les horaires de visite; le nombre de visiteurs admis à la fois; l'horaire des visites⁹⁰⁵. Les législations cantonales optent pour des solutions très différentes. Il est regrettable que le législateur fédéral n'ait pas réglementé ces modalités dans le texte de l'art. 84 CPS pour permettre aux détenus de bénéficier de conditions de visite similaires dans tous les établissements pénitentiaires de la Suisse.

⁹⁰² Il n'existe aucune disposition dans la «Legge sull'esecuzione delle pene e delle misure di sicurezza per gli adulti del 27 novembre 2006» (RST 4.2.11), ni dans le «Regolamento sull'esecuzione delle pene e delle misure per gli adulti del 6 marzo 2007» (RST 4.2.1.1.1).

⁹⁰³ TF, 1P.197/1994, cons. 26, arrêt du 31 mars 1995, non publié.

⁹⁰⁴ ATF 106 Ia 136 cons. 7, JdT 1981 IV 158. VIREDAZ (2007) p.78, précise: «*Bien que ce standard ait été établi pour la détention avant jugement, il pourrait selon nous difficilement en être autrement pour l'exécution de la peine. En l'espèce, les risques liés à l'instruction n'existant plus, il nous semble même que ledit standard devrait être supérieur pour le détenu condamné.*»

⁹⁰⁵ VIREDAZ (2007), p. 78.

Contrairement au droit suisse, le Règlement turc sur les visites aux détenus⁹⁰⁶ indique de manière très précise les modalités et la fréquence des visites. Nous nous bornerons à préciser qu'aux termes de l'art. 5 dudit règlement les détenus ont droit à une visite une fois par semaine et d'une durée d'au moins une demi-heure. La durée de la visite peut être au maximum une heure.

Dans le domaine de l'enregistrement des conversations tenues dans les parloirs des prisons, le droit suisse, soit l'art. 84 al. 5 CPS, n'indique pas avec assez de clarté l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités. Il en va de même du droit cantonal, qui se borne à préciser que les visites seront surveillées. Il en va de même du droit turc.

Il ne faut pas oublier que cette surveillance porte atteinte, elle aussi, à l'intimité de l'interlocuteur du détenu⁹⁰⁷. Nous estimons que s'il y a droit au maintien des relations avec l'extérieur pour le détenu, il doit exister aussi pour le visiteur un droit au respect de la conversation tenue à l'intérieur des parloirs, au même titre que le droit au respect de la correspondance.

2.3. Les droits parentaux

a) En général

Lorsque l'un des parents de l'enfant est incarcéré, deux questions principales se posent. Comment le détenu va-t-il exercer l'autorité parentale? et peut-il conserver son éventuel droit de garde⁹⁰⁸?

Il est évident que l'exercice au quotidien de l'autorité parentale est difficile. Lorsque l'un des parents est détenu, son exercice dépend principalement de la bonne volonté de l'autre parent⁹⁰⁹. Autrefois, la réponse toute trouvée découlait du principe selon lequel «un

⁹⁰⁶ Règlement sur les visites des détenus publié dans le R.G n° 25848 du 17 juin 2005.

⁹⁰⁷ PRADEL (2006), p. 1504.

⁹⁰⁸ DUPUIS (1999), p. 251.

⁹⁰⁹ MALABAT (2007), p. 69.

enfant n'a pas sa place en prison» et le parent emprisonné était systématiquement évincé au profit de celui en liberté⁹¹⁰. Une telle approche est considérée aujourd'hui comme désuète⁹¹¹. L'idée de la nécessité de maintenir des contacts entre parents et enfants est clairement préférée⁹¹². La tendance actuelle s'inscrit dans la ligne de prise de conscience que les détenus devraient être soumis, autant que possible, au droit commun⁹¹³.

La Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant des Nations Unies⁹¹⁴ garantit, dans son art. 9 al. 3, le droit de l'enfant séparé de ses deux parents ou de l'un d'eux d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant⁹¹⁵. Elle reconnaît ainsi explicitement la nécessaire continuité des liens familiaux⁹¹⁶. Bien que la Convention ne le dise pas expressément, ce principe s'applique également aux enfants dont l'un des parents, ou les deux, sont emprisonnés. L'enfant n'a pas à payer la sanction infligée au parent, car le maintien de la relation avec le parent incarcéré est un droit fondamental. Le principe est donc le maintien de cette relation, l'intérêt supérieur de l'enfant constituant la limite à la règle⁹¹⁷. Vu le changement de paradigme intervenu en la matière, il ne nous semble actuellement plus soutenable de prétendre que le seul fait que le parent soit emprisonné suffit à considérer que la poursuite des contacts

⁹¹⁰ TROISIER (1976), p. 61; DE CONINCK (1982), p. 83.

⁹¹¹ Voir notamment la règle 36 sur les enfants en bas âge. Règles pénitentiaires européennes (2006), p. 20.

⁹¹² Pour une approche psychiatrique de la nécessité du maintien des contacts entre enfant et parent incarcéré voir notamment BOUREGBA (2002a); ELIACHEFF (2002); BOUREGBA (2002b).

⁹¹³ Voir par ex. HERZOG- EVANS (2006), p. 2149.

⁹¹⁴ Conclue à New York le 20 novembre 1989, approuvée par l'Assemblée fédérale le 13 décembre 1996. Instrument de ratification déposé par la Suisse le 24 février 1997, entrée en vigueur pour la Suisse le 26 mars 1997. Instrument de ratification déposé pour la Turquie le 14 septembre 1990, entrée en vigueur le 11 décembre 1994, R.G n° 22138 du 11 décembre 1994.

⁹¹⁵ L'art. 3 de la Convention relative aux droits de l'enfant préconise que *«dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait d'institutions publiques ou privées, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatif, l'intérêt supérieur de l'enfant devrait être une considération primordiale»*.

⁹¹⁶ BOUCAUD (2002), p. 26.

⁹¹⁷ Cahiers du Fonds Houtman «Enfants - parents détenus», (2006).

réguliers est contraire aux intérêts supérieurs de l'enfant. La rupture des contacts doit donc être motivée par des éléments concrets découlant de la situation particulière d'un enfant vis-à-vis de son parent incarcéré. Elle ne saurait être la conséquence de réflexions abstraites sur le statut du détenu.

La Cour EDH considère qu'elle «*n'a donc point pour tâche de se substituer aux autorités internes pour régler les questions de garde et de visite, mais il lui incombe d'apprécier sous l'angle de la Convention les décisions qu'elles ont rendues dans l'exercice de leur pouvoir d'appréciation*»⁹¹⁸. A l'instar de ce qu'elle fait dans de nombreux domaines, la Cour EDH laisse donc une certaine marge d'appréciation «*sous bénéfice d'inventaire*» aux Etats membres. Cela ne la prive pas de la possibilité de sanctionner des comportements qu'elle juge inadmissibles, malgré la relative liberté dont bénéficient les Etats membres.

Dans ce sens, dans une affaire où le détenu avait été condamné à une peine de dix mois d'emprisonnement assortie de la peine accessoire d'interdiction pendant la détention de l'exercice de ses droits parentaux, la Cour EDH estima que l'intérêt de l'enfant doit passer avant toutes considérations⁹¹⁹ abstraites et que seul un comportement particulièrement indigne peut autoriser qu'une personne soit privée de ses droits parentaux dans l'intérêt supérieur de l'enfant⁹²⁰. Ce faisant, la Cour s'aligna entièrement sur l'approche développée par les pères de la Convention des Nations Unies relative à la protection des enfants.

Ainsi, aux yeux de la Cour EDH, toute intervention de l'Etat dans les rapports familiaux doit toujours être justifiée par les intérêts de l'enfant au vu des buts légitimes énoncés par l'article 8 § 2 CEDH⁹²¹. L'intérêt supérieur de l'enfant constitue, dans cette

⁹¹⁸ Cour EDH, *Hokkanen c. Finlande*, no 19823/92, arrêt du 23 septembre 1994, série A299-A, § 55.

⁹¹⁹ Cour EDH, *Johansen c. Norvège*, no 17383/90, arrêt du 7 août 1996, Recueil 1996-III, § 64.

⁹²⁰ Cour EDH, *Gnahore c. France*, n° 40031/98, § 59, arrêt du 19 septembre 2000, Recueil des arrêts et décisions 2000-IX; Cour EDH, *Johansen c. Norvège*, arrêt précité, § 78.

⁹²¹ PUBERT (2003).

perspective, «à la fois le but légitime et la mesure de l'atteinte aux droits parentaux»⁹²².

La Cour EDH a dû se prononcer sur le retrait de l'autorité parentale du simple fait d'une condamnation pénale dans plusieurs affaires concernant la Roumanie. Selon elle, pour pouvoir retirer l'autorité parentale en respectant l'art. 8 CEDH, il faut prendre en considération l'infraction pour laquelle le détenu a été condamné. Lorsque l'infraction commise par le détenu est «*totale*ment étrangère aux questions liées à l'autorité parentale et [qu']à aucun moment, il n'a été allégué un manque de soins ou des mauvais traitements de sa part envers ses enfants»⁹²³, la privation totale des droits parentaux du requérant ne répond pas à une exigence primordiale touchant aux intérêts de l'enfant, et constitue une violation de l'art. 8 de la CEDH. Au contraire, lorsque l'infraction commise par le détenu concerne l'enfant ou constitue un manque de soins de la part du détenu, une privation de l'autorité parentale est admissible aux yeux de la Cour EDH.

La Cour EDH a en outre examiné la question du retrait automatique des droits parentaux à titre de peine accessoire. Elle considère que cette interdiction, sans que la juridiction pénale ne jouisse d'un quelconque pouvoir d'appréciation, et sans que ne soit prise en compte la nature de l'infraction commise «*constitue plutôt un blâme moral ayant comme finalité la punition du condamné et non pas une mesure de protection de l'enfant*»⁹²⁴. Elle est donc contraire à l'art. 8 CEDH.

Le droit turc est en contradiction totale avec cette jurisprudence de la CEDH. Aux termes de l'art. 53 al. 1 lit. c⁹²⁵ du Code pénal turc,

⁹²² GOUTTENOIRE (2008), p. 505.

⁹²³ Cour EDH, *Sabou et Pircalab c. Roumanie*, n° 46572/99, arrêt du 28 septembre 2004, § 48. Dans le même sens, Cour EDH, *Calmanovici c. Roumanie*, no 42250/02, arrêt du 1^{er} juillet 2008, § 144.

⁹²⁴ Cour EDH, *Sabou et Pircalab c. Roumanie*, arrêt précité, § 48.

⁹²⁵ Il convient de dire que le législateur est en contradiction avec lui-même. Dans le nouveau Code pénal turc, il n'existe plus de distinction entre la peine principale et la peine accessoire, alors que l'art. 53 prévoit la privation de l'exercice de certains droits comme une peine accessoire résultant de la condamnation pénale. En outre, ledit article figure dans le chapitre 2 du Code pénal turc intitulé les mesures de sûreté. Le législateur semble techniquement confondre les peines accessoires et les mesures de sûreté et les assimile aux

une personne condamnée pour une infraction qu'elle a intentionnellement commise se voit privée automatiquement de l'autorité parentale jusqu'à la fin de l'exécution de sa peine. Cette disposition ne s'applique pas aux auteurs d'infraction qui n'avait pas dix-huit ans révolus au moment de la commission de l'acte. Il semble que cette violation flagrante de la CEDH, telle qu'interprétée par la Cour EDH, ait échappé aux praticiens qui ne l'ont, à ce jour, pas encore dénoncée.

Le droit suisse semble, en apparence du moins, conforme à la CEDH. Le retrait de l'autorité parentale n'est pas automatique en cas de condamnation pénale. La question n'est d'ailleurs plus traitée dans le Code pénal suisse⁹²⁶.

Théoriquement, le parent incarcéré, s'il est mis sous tutelle en vertu de l'art 371 CCS se verra dépourvu de ses droits parentaux. Cela n'arrive pas, car l'art. 371 CCS n'est plus appliqué par les tribunaux suisses. Cependant, même si le condamné n'est pas mis sous tutelle, il peut se voir privé de l'autorité parentale en vertu de l'art. 311 1. al.1 ch.1 du CCS qui prévoit le retrait de l'autorité parentale pour cause d'inexpérience, de maladie, d'infirmité, d'absence ou d'autres motifs analogues. Le Tribunal fédéral considère le retrait de l'autorité parentale comme une perte d'un droit élémentaire de la personnalité. Il précise que le recours à cette mesure n'est admissible que dans la mesure où d'autres mesures s'avèrent insuffisantes. Le principe de proportionnalité de l'intervention requiert une attention particulière aux yeux du Tribunal.⁹²⁷ On peut y voir la transposition en droit suisse du principe de l'«intérêt supérieur de l'enfant» dégagé par la jurisprudence de Strasbourg à propos de l'art. 8 § 2 CEDH. Jusque là, encore, le droit suisse semble en parfaite harmonie avec le droit européen.

mesures. A ce propos, cf. notamment CENTEL (2005); HAFIZOĞULLARI (2007).

⁹²⁶ Jusqu'au 1^{er} janvier 2007, l'ancien art. 53 du Code pénal suisse permettait, à certaines conditions, au juge pénal de déchoir le condamné de la puissance parentale si, par son comportement délictueux il s'en était rendu indigne. Cette disposition n'était plus guère appliquée en pratique et elle a purement et simplement été supprimée lors de la révision de la partie générale du Code pénal suisse.

⁹²⁷ ATF 119 II 9, JdT 1996 I 126.

Dans une affaire concernant le retrait de l'autorité parentale d'un détenu, le Tribunal fédéral a retenu que l'incarcération du détenu, père de deux filles, peut être analysée comme un motif analogue à l'absence au sens de 311 al. 1^{er} ch. 1 CCS. Selon la juridiction suprême suisse, le père, incarcéré pour plusieurs années, ne serait pas en mesure d'entreprendre les actes rendus nécessaires par l'autorité parentale. Supposé même qu'il soit établi que les visites de ses filles à la prison seraient bénéfiques, il n'en découlerait pas moins que le père n'est plus en mesure d'exercer l'autorité parentale. Sa condition de détenu ne lui permet manifestement pas de faire tout ce qu'implique ce pouvoir⁹²⁸. Finalement, le Tribunal fédéral estime que le meurtre par le père de la mère de ses enfants est un manquement grave au devoir des parents et que la décision de retrait aurait donc aussi pu être fondée sur l'art. 311 al. 1^{er} ch. 2 CCS. Le raisonnement évanescent du Tribunal fédéral, qui passe d'une cause de retrait à l'autre, ouvre dangereusement la porte au retrait automatique de l'autorité parentale en cas de détention. Dans le cas d'espèce, le détenu avait tué la mère des enfants, ce qui a permis de justifier, par surabondance, le retrait de l'autorité parentale d'une manière qui, apparemment en tout cas, est compatible avec la CEDH. Il n'en demeure pas moins que le Tribunal fédéral a admis que la durée de l'incarcération, en tant que telle, pourrait constituer une cause de retrait au sens de l'art. 311 al. 1. ch. 1 CCS. Il s'agit là d'une approche purement abstraite qui découle de la position même du détenu et qui ne procède en aucune manière d'une analyse détaillée des circonstances de l'espèce, même si le Tribunal fédéral se réfère à certains paramètres concrets comme la difficulté d'assumer tous les devoirs liés à l'autorité parentale. La doctrine ne s'est pas prononcée de manière détaillée sur la question⁹²⁹.

A notre avis, qui est apparemment aussi celui de la Cour EDH, les détenus doivent conserver l'autorité parentale dans la mesure où cela n'est pas directement contraire aux intérêts supérieurs de l'enfant, intérêts qui doivent être appréciés uniquement au regard de circonstances concrètes découlant directement de la situation envisagée. A cet égard, il convient de toujours

⁹²⁸ TF 5C.207/2004, arrêt du 26 novembre 2004.

⁹²⁹ MEIER/STETTLER (2006), p. 384.

distinguer le cas de l'enfant victime directe de l'infraction commise par son parent, de celui de l'enfant qui n'a pas été impliqué dans les faits ayant donné lieu à la condamnation⁹³⁰. Les détenus peuvent toujours exercer l'autorité parentale à travers la correspondance et des visites. Si cela est totalement impossible, et qu'une collaboration avec le parent en liberté n'est pas possible, d'autres mesures de protection des enfants que la privation de l'autorité parentale doivent être mises en œuvre, on pense en particulier à la curatelle éducative de l'art. 308 CCS, correspondant à l'art. 404 CCT. Le Tribunal fédéral n'en parle d'ailleurs pas dans l'arrêt que nous avons cité, preuve qu'il se fondait sur des critères abstraits prohibés par la Cour EDH. Il ne faut jamais oublier que l'intérêt supérieur de l'enfant commande, sauf situations exceptionnelles, de préserver ses contacts avec ses parents, même si l'un d'eux est incarcéré⁹³¹. Intérêt de l'enfant, intérêt des détenus et préoccupation du maintien d'une relation familiale sont donc intimement liés. Ce n'est qu'au prix d'une telle attention, qui ne semble être la préoccupation ni du législateur turc, ni du Tribunal fédéral suisse, que l'Etat pourra satisfaire à son obligation positive d'accorder une protection juridique permettant le développement aussi normal que possible des rapports familiaux malgré l'incarcération⁹³².

b) Parents et enfants en bas âge

La question de savoir si les enfants en bas âge doivent être autorisés à rester en prison avec l'un de leurs parents, et dans l'affirmative pour combien de temps, est fortement controversée. Dans l'idéal, les parents des enfants en bas âge ne devraient pas être incarcérés⁹³³, ce qui n'est pas toujours possible. Lorsque les

⁹³⁰ RODIER-GUILPAR (2002), p. 58.

⁹³¹ ELIACHEFF (2002), p. 48.

⁹³² Cour EDH, *Marckx c. Belgique*, arrêt précité.

⁹³³ La Recommandation 1469 (2000) concernant les mères et bébés en prison de l'Assemblée parlementaire (CM(2001)15) du Conseil de l'Europe, estime que les Etats membres doivent instaurer et appliquer aux mères ayant de jeunes enfants des peines à purger au sein de la communauté, et éviter le recours à la détention. Dans le même sens, une résolution du huitième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants souligne que *«le recours à l'emprisonnement pour certaines catégories de délinquants, tels que les femmes*

deux parents sont détenus, le problème devient encore plus compliqué.⁹³⁴

Dans l'Ensemble des règles minima pour le traitement des détenus, la seule référence aux enfants en bas âge est faite dans les règles 22 et 23 de la première partie concernant les services médicaux, dans laquelle il est recommandé que dans les établissements pour femmes, on procède aux adaptations nécessaires pour les soins et traitements pré-nataux et post-nataux et qu'on fasse en sorte que les enfants naissent dans un hôpital en dehors de la prison. L'Ensemble des règles minima pour le traitement des détenus indique également que si l'accouchement a eu lieu en prison, ce fait ne doit pas être mentionné sur le certificat de naissance⁹³⁵.

La version 2006 des Règles pénitentiaires européenne prévoit à la règle 34 que les femmes en détention doivent être autorisées à accoucher hors de prison mais que, si un enfant vient à naître dans l'établissement, les autorités doivent fournir l'assistance et les infrastructures nécessaires. Dans le même sens, le CPT souligne que les accouchements ne devraient pas avoir lieu en milieu pénitentiaire et que ce fait est «*un principe généralement reconnu et respecté*»⁹³⁶. Selon le CPT, attacher une femme enceinte à un lit ou une pièce quelconque de mobilier au cours d'un examen gynécologique, voire d'un accouchement «*est tout à fait inacceptable et peut à l'évidence être assimilé à un traitement inhumain et dégradant*»⁹³⁷. La solution européenne suit donc très largement les standards internationaux.

enceintes ou des mères ayant des nourrissons ou enfants en bas âge, doit être limité et un effort particulier fait pour éviter l'extension de l'usage de l'emprisonnement comme une sanction pour ces catégories». Résolution 19 «Gestion de la justice pénale et développement des politiques de la détermination de la peine». Rapport du huitième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants (La Havane, 27 août - 7 septembre 1990), Doc. A/Conf.144/28/Rev. 1, p. 164.

⁹³⁴ BAULON (2002), p. 54.

⁹³⁵ Voir la règle 22 al. 2 de l'Ensemble des règles minima pour le traitement des détenus de 1955.

⁹³⁶ Troisième rapport général d'activité du CPT, CPT/Inf (93) 12, § 65 et voir Dixième rapport général d'activité du CPT, CPT/Inf (2000) § 13.

⁹³⁷ Dixième rapport général d'activité du CPT, CPT/Inf (2000) §27.

L'Ensemble des règles minima fait référence à l'autorisation qui peut être donnée aux enfants de rester avec leur mère. L'application de cette disposition n'est, bien entendu, possible que si les mères sont également autorisées à garder des enfants avec elles. Il semblerait que l'Ensemble des règles minima, permettant aux enfants de rester avec la mère, accorde un droit ou un privilège à l'enfant, mais non pas à leur mère⁹³⁸. Toutefois, la disposition ne fait pas référence au principe de l'intérêt supérieur de l'enfant. L'Ensemble des règles minima ne traite pas non plus de la responsabilité de l'Etat d'assurer à l'enfant une protection spéciale et de fournir les soins et l'aide qui sont nécessaires à son bien-être.

Les règles minima semblent donc se borner à reconnaître le lien biologique et affectif unissant la mère à son enfant sans toutefois se préoccuper d'une évolution aussi harmonieuse que possible de celui-ci. De plus, la relation père-enfant est totalement ignorée. Il faut dire qu'elles ont été rédigées avant l'adoption de la Convention des Nations Unies du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant. Ce n'est qu'avec cet instrument juridique que la responsabilité commune des parents en ce qui concerne l'éducation et le développement de l'enfant a été formellement consacrée sur le plan international. Jusqu'alors, et conformément à la conception traditionnelle et conservatrice de la famille, ces tâches incombaient exclusivement à la mère de l'enfant. Cela explique pourquoi la figure paternelle est totalement absente des règles minima. Un changement de paradigme devrait être envisagé⁹³⁹.

Contrairement à l'Ensemble des règles minima de l'ONU, les Règles européennes de 2006 prévoient que l'enfant peut rester en prison «avec un parent», sans se limiter à la mère⁹⁴⁰. La

⁹³⁸ ALEJOS (2005a), p. 18.

⁹³⁹ ALEJOS (2005a), p. 18.

⁹⁴⁰ Règle 36.1. Ni l'Assemblée parlementaire dans sa recommandation 1469(2000) concernant les mères et les bébés en prison, ni le Conseil des Ministres dans son projet de réponse (Projet de réponse du Conseil des Ministres (CM (2001) 15) à la Recommandation 1469 (2000) de l'Assemblée parlementaire concernant les mères et les bébés en prison adopté lors de la 740e réunion du 7 février 2001) à ladite recommandation, ne reconnaissent le droit de l'enfant de ne pas être séparé de sa mère ou d'autres droits des mères et des bébés, même si la recommandation de l'Assemblée Parlementaire encourage le développement de programmes d'éducation pour les professionnels de la justice pénale sur la question des mères et des enfants en bas âge, conformément à la Convention des

Convention de 1989 sur les droits de l'enfant a donc été entièrement reçue sur ce point. Concernant l'âge de la séparation du parent et de l'enfant, les Règles pénitentiaires de 2006 sont muettes⁹⁴¹. Toutefois, dans le commentaire concernant les Règles de 2006, il est mentionné qu'«*il existe des différences culturelles très importantes à ce propos. En outre, les besoins de chaque enfant en bas âge sont extrêmement variables et l'intérêt de l'enfant peut dicter que celui-ci continue à vivre avec son parent en prison au-delà du délai normal*»⁹⁴². Selon le CPT, l'intérêt de l'enfant à rester en prison avec sa mère doit être apprécié dans chaque cas individuel, sur la base d'avis pédo-psychiatriques et médico-sociaux⁹⁴³.

Le problème n'est pas simple, «*étant donné que, d'une part les prisons ne constituent manifestement pas un environnement approprié pour des bébés et des jeunes enfants et que d'autre part, la séparation forcée des mères de leurs enfants en bas âge est hautement indésirable*»⁹⁴⁴. Il faut souligner que lorsque les enfants en bas âge sont incarcérés, ils ne doivent pas être considérés comme des détenus. Dans de telles circonstances, l'accent doit être mis sur la nécessité pour les autorités pénitentiaires d'installer une infrastructure suffisante, telle que des crèches dans les prisons, et de proposer l'aide d'un personnel spécialisé dans les soins postnatals et la puériculture afin de protéger le bien-être des enfants en bas âge⁹⁴⁵.

Nations Unies relative aux droits de l'enfant et à la Convention européenne des droits de l'Homme.

⁹⁴¹ Le rapport de la Commission des questions juridiques et des droits de l'homme de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sur le projet de recommandation concernant la Charte pénitentiaire européenne prévoit que «*les condamnées enceintes ou ayant de très jeunes enfants peuvent garder en prison leur enfant jusqu'à ce que celui-ci atteigne l'âge de trois ans*». Doc. 10922 du 3 mai 2006.

⁹⁴² Règles pénitentiaires européennes (2006), p. 67.

⁹⁴³ Troisième rapport général d'activité, CPT/Inf (93) 12, § 65. Toutefois, aux termes du paragraphe 71: «*Les médecins ne devraient pas intervenir dans la décision administrative de séparer l'enfant de sa mère à un certain âge*».

⁹⁴⁴ Dixième rapport général d'activité CPT/Inf (2000), §28.

⁹⁴⁵ Troisième rapport général d'activité, CPT/Inf (93) 12 et la Recommandation R (98)7 du Comité des Ministres aux Etats membres relative aux aspects éthiques et organisationnels des soins de santé en milieu pénitentiaire, §§ 69-70.

En ce qui concerne la compatibilité de la séparation d'une détenue de son enfant, les juges de la Cour EDH se sont abstenus de donner une réponse catégorique⁹⁴⁶. La requérante, mise en détention préventive alors qu'elle était enceinte, donna naissance à son enfant dans la prison. Les autorités ne jugèrent pas opportun que l'enfant demeurât avec sa mère à la prison, car l'établissement ne disposait pas des installations nécessaires. L'enfant fut placé, à proximité, dans un foyer pour enfants doté des services adéquats.

La requérante put voir son bébé cinq fois par semaine au centre, après quoi le bébé lui fut amené chaque jour. Suite à son procès, elle fut condamnée à six ans d'emprisonnement, peine qui tenait compte du fait qu'elle avait accouché pendant sa détention préventive et que purger une longue peine d'emprisonnement dans un pays étranger représenterait pour elle un fardeau supplémentaire. A l'initiative de la requérante, son enfant rejoignit sa grand-mère aux Pays-Bas. La requérante eut la possibilité d'appeler sa mère et son enfant à raison de vingt minutes par semaine, conformément au règlement applicable. Par la suite, on lui accorda une communication téléphonique supplémentaire par semaine et, finalement, les restrictions à ses appels téléphoniques furent levées. Son enfant lui rendit plusieurs fois visite à la prison après son départ de Norvège. Elle fut graciée avant d'avoir entièrement purgé sa peine.

La requérante invoquait devant la Cour EDH que les autorités ne l'avaient pas autorisée à rester avec son bébé les trois premiers mois après la naissance, période pendant laquelle elle fut presque exclusivement détenue à titre provisoire. La Cour considéra que quelques jours après sa condamnation, la requérante avait envoyé de son propre chef son enfant aux Pays-Bas chez sa grand-mère. Elle ne peut donc légitimement prétendre que les autorités nationales compétentes eussent dû prendre des mesures particulières pour préserver son intérêt à avoir son bébé avec elle en prison. En outre, elle se savait enceinte lorsqu'elle s'était livrée à l'infraction pénale qui devait lui valoir sa condamnation. Enfin, les intérêts des requérants furent dûment protégés par la manière dont les autorités ont traité ces personnes. La Cour EDH a estimé qu'il

⁹⁴⁶ MURDOCH (2007), p.262.

n'y avait pas de violation de l'art. 8 CEDH⁹⁴⁷. On remarquera que la Cour EDH ne fait pas entièrement application, dans cette décision, des critères dont elle entend imposer le respect aux Etats. L'«intérêt supérieur de l'enfant» n'apparaît nulle part. Il est même remplacé par des considérations moralistes douteuses qui n'ont pas leur place dans une décision de justice. Au lieu de stigmatiser le comportement, il est vrai peu responsable, de la mère, il incombe à la juridiction d'identifier clairement les intérêts de l'enfant et de sanctionner, le cas échéant, leur violation. Que la mère ait décidé d'elle-même d'envoyer son enfant aux Pays-Bas, ou qu'elle ait commis l'infraction à l'origine de son emprisonnement alors qu'elle était en mesure de savoir que cela pourrait causer problème lors de la naissance de l'enfant, n'a pas la moindre influence sur l'identification des intérêts supérieurs de celui-ci. Il n'est, après tout, pas impossible que la situation de l'enfant, au moment de la décision, soit plus que satisfaisante, mais telle n'était pas la question posée à la Cour EDH. Seule était déterminante la question de savoir si la Norvège, en retirant l'enfant à sa mère, avait fait passer d'autres intérêts avant ceux de l'enfant. Toute autre discussion, surtout lorsqu'elle laisse transparaître une position moraliste hautement contestable, devait être absente de l'arrêt. A supposer qu'une autre requête du même type soit déclarée recevable un jour, il serait souhaitable que l'intérêt supérieur de l'enfant soit l'unique facteur pris en considération⁹⁴⁸.

Passons maintenant à l'examen des droits turc et suisse de l'exécution des peines privatives de liberté.

En vertu de l'art. 16 al. 4 LEPM turque, l'exécution d'une peine privative de liberté est ajournée pour une femme détenue durant sa grossesse et durant les six mois qui suivent l'accouchement⁹⁴⁹. Si l'enfant meurt ou s'il est placé sous la garde d'une tierce personne, l'exécution sera entamée deux mois après l'accouchement. Le droit turc ne régleme que les relations des enfants en bas âge avec leur mère détenue⁹⁵⁰. En vertu de l'art. 65 LEPM, les enfants des

⁹⁴⁷ Cour EDH, *Kleuver c. Norvège*, n° 45837/99, décision du 30 avril 2002.

⁹⁴⁸ MURDOCH (2007,) p. 262.

⁹⁴⁹ Voir le message de la loi n° 5275 sur l'exécution des peines et des mesures, à l'art. 16.

⁹⁵⁰ Il convient de noter que, dans les prisons turques, les conditions matérielles en ce qui concerne les enfants en bas âge n'étaient pas conformes aux normes du

détenues peuvent rester avec elles jusqu'à l'âge de six ans, à condition que l'on ne puisse pas les confier à une personne en liberté. Ces enfants seront placés pendant le jour dans la crèche au sein de la prison ou dans une crèche des services sociaux et de protection de l'enfant ou dans une crèche privée. Aux termes de l'art. 65 al. 3 LEPM, les enfants de trois ans révolus peuvent être placés dans un foyer sur décision du juge. Le temps et les modalités du maintien des relations avec la mère seront aménagés par les autorités.

A notre avis, cette disposition ne prend pas en considération le bien-être de l'enfant tel qu'identifié dans les Règles pénitentiaires européennes de 2006. La loi ne précise pas si le juge prendra en considération les avis des experts pédo-psychiatriques et médico-sociaux, ainsi que le bien-être de l'enfant, pour le placement en foyer. Le père détenu, même si le bien-être de l'enfant le justifie, ne peut en aucun cas rester en prison avec son enfant en bas âge. La mère ne pourra garder l'enfant qu'en l'absence d'autres possibilités d'accueil en liberté⁹⁵¹. La loi turque, en favorisant à tout prix le placement de l'enfant hors de la prison, est totalement en porte-à-faux avec les Règles pénitentiaires européennes.

En droit suisse, il sied de souligner que l'art. 80 al. 1 lit. b CPS permet de déroger aux règles d'exécution de la peine privative de liberté, pour une détenue en état de grossesse, au moment de l'accouchement et immédiatement après. Le placement dans un établissement autre que pénitentiaire sera envisageable pour les détenues enceintes. Il pourra notamment s'agir d'un hôpital ou d'un hospice, mais également d'un centre de réadaptation, d'une institution spécialisée, ou du foyer d'une communauté religieuse⁹⁵². La protection de la relation entre la mère et l'enfant se poursuit au-delà des jours suivant immédiatement l'accouchement. L'art. 80 al. 1 lit. c CPS autorise des dérogations aux règles d'exécution «*pour que la mère puisse vivre avec son enfant en bas âge, pour autant que ce soit aussi dans l'intérêt de l'enfant*». La disposition consacre donc l'intérêt supérieur de

CPT. Le CPT avait signalé qu'il n'y avait pas de matériel de lits spéciaux, de chaises ou d'autres objets spécialisés tels que les couches de bébé, des jouets à la disposition des jeunes enfants. Voir CPT/Inf (2002) 8 (Turquie), § 98.

⁹⁵¹ Voir le message de la loi n° 5275, à l'art. 65.

⁹⁵² FF 1999 1922.

l'enfant. Reste à savoir ce que signifie «enfant en bas âge». Lors de la discussion aux Chambres, afin de préciser jusqu'à quel âge l'intérêt supérieur de l'enfant lui permettait de vivre avec sa mère, le moment du début de la scolarité fut envisagé comme date butoir, c'est-à-dire la cinquième année de l'enfant⁹⁵³.

Les art. 80 al. 1 lit. b et c CPS ne définissent que des principes. Le Conseil fédéral est habilité en vertu de l'art. 387 al. lit d. 1 CPS à édicter des dispositions plus détaillées concernant le placement et la prise en charge des femmes enceintes ou avec un enfant en bas âge. Il n'a pas fait usage de son pouvoir dans ce sens.

Le Concordat du 10 avril 2006 sur l'exécution des peines privatives de liberté et des mesures concernant les adultes et les jeunes adultes dans les cantons latins ne prévoit aucune disposition sur la prise en charge des détenues enceintes ou avec un jeune enfant⁹⁵⁴. Les législations cantonales sont toutefois loin d'être uniformes en la matière, ce qui aurait justifié l'adoption d'une disposition supra-cantonale. Il n'existe aucune disposition spécifique concernant la grossesse, l'accouchement ou la garde de l'enfant dans l'établissement pénitentiaire avec sa mère, dans les législations cantonales fribourgeoise, genevoise, valaisanne et jurassienne. Le principe énoncé à l'art. 80 CPS est concrétisé à l'art. 21 de la Loi neuchâteloise du 3 octobre 2007 sur l'exécution des peines privatives de liberté et des mesures pour les personnes adultes⁹⁵⁵. Seul l'art. 16 du Règlement sur le statut des condamnés exécutant une peine privative de liberté et les régimes de détention applicables du 21 janvier 2007 du Canton de Vaud prévoit que *«les condamnés de sexe féminin peuvent garder auprès d'elles leurs enfants jusqu'à l'âge de trois ans révolus. Dans la mesure du possible, des cellules adaptées sont mises à leur disposition»*⁹⁵⁶. A notre avis, malgré sa formulation potestative, l'art. 80 CPS consacre un droit direct des détenues à obtenir un régime d'exécution des peines adapté à leur situation de maternité. En

⁹⁵³ BOCE 2001 (98.038).

⁹⁵⁴ Il existerait toutefois un projet de recommandation concernant les femmes détenues avec enfants, de la Conférence latine des chefs de départements de la justice et de police concernant les femmes détenues avec enfants. Voir <http://www.cldjp.ch/conference/liste.html#autres>.

⁹⁵⁵ RSN 351.0.

⁹⁵⁶ RSVD 340.01.1.

refusant de faire usage de la marge d'appréciation qui leur est concédée, parce que les dispositions cantonales ne le prévoient pas, les autorités cantonales commettraient un excès négatif de leur pouvoir d'appréciation⁹⁵⁷ susceptible d'être attaqué devant les tribunaux.

Ni le droit turc, ni le droit suisse ne sont conformes aux réquisits des Règles pénitentiaires européennes de 2006. Il faut dire que la Cour EDH n'a, elle-même, pas non plus adopté une position claire la seule fois qu'elle eut à se prononcer sur la question. La situation en droit turc est particulièrement grave, vu que les principes sous-jacents au droit positif font totalement abstraction de l'intérêt supérieur de l'enfant. Le droit suisse, par contre, est davantage conforme, même s'il discrimine les hommes et les femmes⁹⁵⁸ ; il faut dire que la discrimination est légitime, car basée sur des évidences biologiques, par exemple, l'allaitement. De plus, l'absence d'âge limite fixé par la loi risque de déboucher sur des pratiques cantonales différentes que rien ne justifie. Qu'on se trouve au Nord, au Sud, à l'Est ou à l'Ouest de la Suisse, les intérêts supérieurs des enfants d'une même classe d'âge sont résolument les mêmes.

Dans les deux ordres juridiques, une législation appropriée, conforme aux engagements pris par ces deux pays dans le cadre du Conseil de l'Europe, devrait être adoptée. Dans ce sens, la législation devrait encourager les relations père-enfant aussi bien que mère-enfant. Elle devrait, à notre sens, garantir tant aux familles qu'aux parents emprisonnés eux-mêmes le soutien et l'aide nécessaires à l'accomplissement de leurs devoirs et au respect de leurs droits afin d'assurer la survie, le bien-être et le développement de l'enfant en tenant compte des circonstances individuelles et familiales⁹⁵⁹.

⁹⁵⁷ GRISEL A., vol. I, (1984), p. 333. ATF 98 Ib 53 p. 61 ; ATF 98 V 129, p. 132; ATF 96 I 550, p. 551.

⁹⁵⁸ MICHOD (2004), p. 169.

⁹⁵⁹ Pour des lignes directrices concernant les enfants en bas âge en prison, voir ALEJOS (2005b).

2.4. Les permissions de sortir

Accordées selon des critères précis de sélection et correspondant à des attentes institutionnelles liées à la préparation à la sortie, les congés constituent un aménagement de peine⁹⁶⁰. L'objectif de ces congés consiste à permettre au détenu de renouer des liens avec le monde extérieur. Ces modalités contribuent ainsi au maintien, ou au rétablissement, des relations familiales, notamment en présence de circonstances extraordinaires.

Toutefois, la permission de sortir n'est pas conçue comme un droit dont chaque détenu peut bénéficier, lorsque les critères en sont réunis, mais plutôt comme une faveur octroyée au détenu, comme une modalité de l'exécution progressive de la sanction.

La position de la Cour EDH s'inscrit dans cette ligne. La Cour EDH considère que le droit de bénéficier d'autorisations de sortie n'est pas garanti en tant que tel par la Convention⁹⁶¹. Dans le même sens, les permissions de sortir sont considérées par les Règles pénitentiaires de 2006 comme «une faveur ou un service»⁹⁶².

Les permissions de sortir sont toutefois considérées par la Cour EDH comme une mesure «permettant la réinsertion sociale du détenu, même lorsque celui-ci a été condamné pour des crimes violents»⁹⁶³ et leur refus ne doit pas aller à l'encontre d'autres droits découlant de l'art. 8 CEDH. La politique d'octroi des permissions de sortir peut constituer une ingérence dans le droit d'un détenu au respect de sa vie privée et familiale⁹⁶⁴. Elle

⁹⁶⁰ GRAS (2005).

⁹⁶¹ AComm. EDH, n° 16266/90, décision du 7.5.1990, D.R. 65, pp. 337.

⁹⁶² Règle 24. Dans ce cadre, les Règles considèrent qu'un détenu peut déposer une requête en vue d'obtenir un congé pour assister à l'enterrement d'un proche, ou en vue d'obtenir son transfèrement dans un établissement pénitentiaire précis, ou dans un quartier précis au sein d'un établissement. Les règles considèrent en outre que les détenus qui obtiennent une permission de sortir de prison, ne doivent pas être contraints de porter des vêtements faisant état de leur condition de détenus.

⁹⁶³ Cour EDH, *Mastromatteo c. Italie*, arrêt précité, § 72.

⁹⁶⁴ Cour EDH, *Schenkammer c. France*, no 75833/01, arrêt du 18 octobre 2005, §51 : «Si les restrictions apportées aux visites familiales en prison constituent les ingérences les plus nombreuses dans la jurisprudence de la Cour, le refus opposé à un détenu de sortir du monde carcéral, par le biais de permissions de sortie

n'enfreint cependant pas la Convention si elle est conforme aux exigences du deuxième paragraphe de l'art 8.

La Cour EDH estime que l'âge et l'état de santé des proches peuvent exiger une protection exceptionnelle des liens familiaux, notamment par le biais de permissions de sortir⁹⁶⁵. Ainsi, aux yeux de la Cour EDH, le refus de la permission d'assister aux funérailles d'un proche ne pourrait être justifié que s'il existe des raisons majeures, impérieuses, auxquelles il ne saurait être remédié autrement⁹⁶⁶.

Lorsque les circonstances le permettent, le détenu doit donc être autorisé à quitter la prison - soit sous escorte, soit librement - pour rendre visite à un parent malade, assister à des obsèques ou pour d'autres raisons humanitaires.

L'art. 94 LEPM régleme une permission de sortir pour motifs exceptionnels. Le détenu dont le comportement pendant l'exécution de la peine ne constitue pas une contre-indication, et qui a purgé un cinquième de sa peine, peut bénéficier d'une permission de sortir de dix jours au maximum, sur proposition du supérieur hiérarchique de l'établissement pénitentiaire et moyennant approbation par le Procureur général compétent, en cas de décès d'un de ses parents, de ses frères et sœurs, de sa femme, ainsi que de son enfant, lors de la maladie grave de ces derniers, ou lorsqu'ils sont victimes de désastres naturels tels que le séisme, l'incendie et l'inondation. Les détenus, sauf les détenus dangereux, peuvent en outre participer, accompagnés par le personnel de sécurité, aux funérailles des personnes susmentionnées si elles se déroulent au lieu où se trouve l'établissement pénitentiaire. La liste des événements donnant lieu à une permission de sortir rend assez bien, à notre avis, la portée de l'art. 8 CEDH dans ce domaine. Nous sommes par contre beaucoup plus réservée sur le seuil correspondant à l'exécution d'un cinquième de la peine. Cette exigence du législateur pourrait s'avérer contraire au droit au

temporaire, en vue, par exemple, comme en l'espèce, du maintien du lien familial, doit s'analyser également en une ingérence dans le droit du requérant au respect de sa vie familiale garanti par l'article 8 de la Convention».

⁹⁶⁵ Par exemple, le cas où l'état de santé d'un membre de la famille du détenu le place dans une situation telle qu'il lui est impossible de rendre visite au détenu.

⁹⁶⁶ Cour EDH *Ploski c. Pologne*, arrêt précité, § 35.

respect de la vie privée, en présence d'un événement particulièrement grave survenant au tout début de l'exécution de la peine. Rien dans les travaux préparatoires ne permet de comprendre la raison exacte de ce seuil.

L'art. 84 al. 6 CPS prévoit que les autorisations de sortie sont accordées aux personnes détenues pour leur permettre d'entretenir des relations avec le monde extérieur, pour préparer leur libération et pour des motifs particuliers *«notamment pour régler des affaires personnelles très importantes et juridiques qui ne souffrent d'aucun délai et qui exigent la présence de l'intéressé»*⁹⁶⁷. La permission de sortir est octroyée à condition qu'il n'existe aucun danger de fuite et qu'il ne faille pas s'attendre que le détenu commette de nouvelles infractions. Au contraire de la disposition turque, qui se démarque par la précision de la réglementation, le droit suisse se contente de reprendre les grands principes fixés par la jurisprudence européenne. Il est malheureusement encore trop tôt pour savoir si la pratique suisse suivra les solutions adoptées dans les quelques affaires soumises à la Cour EDH. Quoiqu'il en soit, à l'instar de la disposition correspondante du droit turc, le droit suisse risque fort de se trouver en contradiction avec la jurisprudence en matière de droits de l'Homme. En effet, s'il permet de refuser une permission de sortir en cas de risque de fuite ou de récidive, il n'indique pas qu'il doit s'agir là d'une *ultima ratio* et qu'aucune mesure alternative ne doit être envisageable. Ces dernières, telles que la sortie sous garde rapprochée, ou le recours à des mesures de surveillance électronique, ne sont d'ailleurs même pas mentionnées. Or, la jurisprudence est claire sur ce point-là, le refus d'une permission de sortir ne doit être envisagée, en cas de funérailles d'un proche, qu'en toute dernière extrémité⁹⁶⁸.

La Recommandation n° 6 du 27 octobre 2006 concernant l'octroi d'autorisations de sortie aux personnes condamnées adultes et jeunes adultes de la Conférence latine, souligne que les détenus peuvent bénéficier d'une permission de sortir due à des raisons personnelles, professionnelles ou judiciaires *«qui ne peuvent être différées et pour lesquelles sa présence hors de l'établissement est*

⁹⁶⁷ FF 1999 1925.

⁹⁶⁸ Cour EDH, *Ploski c. Pologne*, arrêt précité, § 35.

indispensable»⁹⁶⁹. Elle n'est donc pas plus précise que le texte du Code pénal.

B. Le droit au respect de la vie privée

Le droit au respect de la vie privée, qui est un droit fondamental classique, dont le contenu varie en fonction de l'époque, du milieu, de la société dans laquelle on vit, a fait l'objet de différentes conventions internationales, sous différentes formulations. Ainsi, dans les conventions internationales, existent différentes formules du respect de la vie privée⁹⁷⁰.

La formulation de l'article 12 de la DUDH, reprise en termes similaires par l'article 17 du Pacte ONU II⁹⁷¹, se borne à prohiber l'immixtion arbitraire et protège l'honneur et la réputation. Par contre l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme protège les individus contre les ingérences arbitraires de l'autorité publique dans la sphère privée. La clause d'ordre public contenue dans l'article 8 § 2 CEDH énonce les raisons pour lesquelles de telles ingérences peuvent s'avérer nécessaires dans une société démocratique.

L'art. 17 du Pacte ONU II, en prohibant les immixtions arbitraires dans la vie privée, interdit les ingérences incompatibles avec le principe de justice ou la dignité humaine⁹⁷².

⁹⁶⁹ Art. 1 al. 1er let. b de la Recommandation n° 6 du 27 octobre 2006 concernant l'octroi d'autorisations de sortie aux personnes condamnées adultes et jeunes adultes.

⁹⁷⁰ SUDRE (2002), p.14.

⁹⁷¹ L'article 12 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme dispose: «*Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes à son honneur et à sa réputation. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes*». Le texte de l'article 17 du Pacte relatif aux droits civils et politiques est:

«*1. Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes illégales à son honneur et à sa réputation.* »

«*2. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes*».

⁹⁷² VOLIO (1981), pp. 185-209.

Dans la même ligne, sans recourir à la notion de dignité humaine, la jurisprudence strasbourgeoise retient une conception relativement large de la notion de vie privée⁹⁷³. Elle juge qu'il n'est «*ni possible ni nécessaire de chercher à définir de manière exhaustive la notion de vie privée*»⁹⁷⁴.

Selon la Cour EDH, la vie privée implique l'intégrité physique et morale d'une personne. Elle considère toutefois que le fait de limiter la vie privée à un «cercle intime», où chacun peut mener sa vie personnelle, procède d'une approche trop restrictive. Elle étend ainsi la garantie de manière à ce que la vie privée assure aussi le développement de la personnalité et les contacts avec autrui⁹⁷⁵. La Cour EDH opte pour une notion protéiforme de la vie privée qui recouvre la vie sexuelle⁹⁷⁶ et le droit de chacun de la mener en conformité avec son identité profonde⁹⁷⁷, le respect du secret et de la correspondance⁹⁷⁸.

Le détenu jouit de l'intégralité de ses droits fondamentaux et bénéficie de la protection accordée par des textes internationaux et régionaux. La privation de liberté ne constitue donc pas une limitation à la garantie du respect de la vie privée⁹⁷⁹.

L'art. 8 de la CEDH s'impose aux autorités publiques comme aux particuliers⁹⁸⁰. L'Etat doit se doter d'un arsenal juridique qui lui permettra d'assurer le respect des obligations positives découlant de cette disposition⁹⁸¹. En ce qui concerne les détenus, il incombe à l'Etat de prendre les mesures nécessaires pour aménager la vie

⁹⁷³ SUDRE (1998a), p. 688.

⁹⁷⁴ Cour EDH, *Niemietz c. Allemagne*, no 13710/88, arrêt du 16 décembre 1992, § 29, série n° A251-B.

⁹⁷⁵ Cour EDH, *Botta c. Italie*, no 21439/93, arrêt du 24 février 1998, § 32, Recueil 1998-I.

⁹⁷⁶ Cour EDH, *X et Y c. Pays-Bas*, no 8978/80, arrêt du 26 mars 1985, § 22, série A n° 91.

⁹⁷⁷ Cour EDH, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, arrêt du 11 juillet 2002, § 90, Recueil des arrêts et décisions 2002-VI.

⁹⁷⁸ MAURER (1999), p. 424.

⁹⁷⁹ VELU (1973), p. 43.

⁹⁸⁰ MOCK (1998), p. 237.

⁹⁸¹ Cour EDH, *Ignaccolo-Zenide c. Roumanie*, n° 31679/96, arrêt du 25 janvier 2000, § 94, Recueil des arrêts et décisions 2000-I.

quotidienne dans les établissements pénitentiaires de façon à ce que les détenus jouissent d'une telle liberté.

La Cour EDH reconnaît aux Etats une «marge d'appréciation» relative à la nécessité de restreindre les droits garantis, tout en exerçant un contrôle de pertinence et de proportionnalité sur les motifs et les modalités de l'ingérence pratiquée par les autorités nationales. Elle juge ainsi de l'équilibre assuré entre l'intérêt général et l'intérêt privé. Des critères se dégagent de la jurisprudence pour mesurer la marge d'appréciation des Etats : celle-ci sera d'autant plus réduite - et le contrôle de la Cour plus strict - que l'ingérence concerne l'intimité de l'individu. La Cour laisse une grande marge d'appréciation aux Etats lorsqu'il existe une diversité de traditions ou de conceptions du droit en cause dans les ordres juridiques nationaux.

Des ingérences dans la vie privée des détenus au titre du régime pénitentiaire peuvent s'appuyer sur des motifs de sécurité publique. L'application de l'article 8 aux détenus n'est qu'un reflet d'une conciliation entre la sécurité qui implique une surveillance complète et le respect de leurs droits fondamentaux en tant que personnes.

Selon l'art. 8 § 2 CEDH, une ingérence dans l'exercice du droit garanti au § 1 est admissible pour autant que cette ingérence soit prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sécurité publique, au bien être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, ainsi qu'à la protection des droits et libertés d'autrui.

L'art. 36 de la Constitution suisse a un contenu analogue en prévoyant que toute restriction d'un droit fondamental doit être justifiée par un intérêt public (al. 2) qu'elle doit être proportionnée au but visé (al. 3), l'essence des droits fondamentaux étant par ailleurs inviolable (al. 4) En l'occurrence, les conditions d'une ingérence ou d'une restriction au sens des articles 8 § 2 CEDH et 36 de la Constitution suisse se recourent.

L'art. 20 al. 2 de la Constitution turque qui énonce les motifs de restriction du droit au respect de la vie privée s'inscrit dans la ligne

de l'art 8 § 2 CEDH⁹⁸². Selon son libellé, les restrictions au droit en question ne peuvent être imposées qu'«*en vertu d'une décision dûment rendue par un juge ou, dans les cas où un retard serait préjudiciable, en vertu d'un ordre écrit de l'autorité habilitée à cet effet par la loi, et en tout état de cause uniquement pour un ou plusieurs des motifs suivants: sauvegarder la sécurité nationale ou l'ordre public, empêcher la commission d'un délit, préserver la santé publique ou les bonnes mœurs, ou protéger les droits et libertés d'autrui*». Cette disposition, contrairement à l'art. 8 § 2 CEDH, ne mentionne pas les motifs de «*sûreté publique et bien-être économique du pays*».

1. Le droit au respect de la correspondance

1.1. La problématique générale

Le maintien des contacts avec l'extérieur par la correspondance a été consacré par différentes normes en matière pénitentiaire. Si l'Ensemble des règles minima évoque la correspondance des détenus en des termes un peu plus vagues, les Règles européennes de 2006 font du maintien des liens avec l'extérieur l'un des objectifs primordiaux du régime des établissements pénitentiaires. Même si l'organisation pratique en est laissée à la discrétion des autorités pénitentiaires, ces règles indiquent que les détenus doivent disposer d'un minimum acceptable de contact.

Depuis l'arrêt *Golder c. Royaume-Uni*⁹⁸³, aux yeux de la Cour EDH, intercepter la correspondance des détenus constitue une ingérence. Elle a ainsi abandonné la théorie des «limitations inhérentes» à l'emprisonnement au profit de la conformité des ingérences étatiques aux conditions énoncées au deuxième alinéa

⁹⁸² ÜZELTÜRK (2004), p. 69.

⁹⁸³ Cour EDH, *Silver et autres c. Royaume-Uni*, arrêt précité, § 84; Cour EDH, *Campbell et Fell c. Royaume-Uni*, arrêt précité, § 34; Cour EDH, *Calogero Diana c. Italie*, n° 15211/89, arrêt du 15 novembre 1996, § 28, Recueil 1996-V; Cour EDH, *Domenichini c. Italie*, n° 15943/90, arrêt du 15 novembre 1996, § 28, Recueil 1996-V; Cour EDH, *Petra c. Roumanie*, n° 27273/95, arrêt du 23 septembre 1998, § 36, Recueil 1998-VII.

de l'art. 8 CEDH⁹⁸⁴. Dès lors, elle examine les restrictions à la correspondance des détenus exclusivement sous l'angle de l'art. 8 al. 2 CEDH.

Il est fort probable que le concept de correspondance soit interprété par la Cour EDH de façon à permettre d'y inclure de nouveaux modes de correspondance, tels que le courriel⁹⁸⁵.

L'art. 22 de la Constitution turque, intitulé liberté de communication, dispose que chacun possède la liberté de communication et que le secret de la communication est la règle. Les restrictions sont énoncées au deuxième alinéa de l'article. A l'instar du droit au secret de la vie privée garanti à l'art. 20 et l'inviolabilité du domicile à l'art. 21, la correspondance ne peut être entravée et son secret ne peut être violé qu'en vertu d'une décision dûment rendue par un juge ou, dans les cas où un retard serait préjudiciable, en vertu d'un ordre écrit de l'autorité habilitée à cet effet par la loi, et en tout état de cause uniquement pour un ou plusieurs des motifs visés. Toutefois en vertu du troisième alinéa dudit article, contrairement aux articles 20 et 21 de la Constitution, les institutions et établissements publics où les exceptions seront applicables sont indiqués dans la loi. Ainsi, le contrôle de la correspondance des détenus prévus par la loi est conforme à la Constitution.

Bien qu'elle soit convaincue que la surveillance de la correspondance du requérant poursuivait un «but légitime», à savoir veiller à l'absence d'éléments de nature à mettre en danger la sécurité de la prison ou celle d'autrui, la Cour EDH estime que la surveillance systématique de toute sa correspondance ne saurait passer pour proportionnée à ce but ou correspondre à un besoin social impérieux⁹⁸⁶.

⁹⁸⁴ RABILLER (2002), p. 89.

⁹⁸⁵ RABILLIER (2002), p. 89.

⁹⁸⁶ Cour EDH, *Petrov c. Bulgarie*, n° 15197/02, arrêt du 22 mai 2008.

1.2. La correspondance écrite

La Cour EDH fixe des principes concernant la correspondance écrite des détenus. Il convient d'emblée de préciser que la jurisprudence offre une protection concernant la fourniture du matériel nécessaire aussi bien que l'expédition et l'acheminement des courriers.

En ce qui concerne la fourniture du matériel pour les échanges épistolaires du détenu, la Cour EDH constate un lien direct et immédiat entre le droit de se voir octroyer, par l'administration de la prison, les fournitures nécessaires à sa correspondance, et, d'autre part, le droit du requérant au respect de sa correspondance, garanti par l'article 8 CEDH; elle en conclut une obligation positive en la matière⁹⁸⁷ qui pèse sur les autorités pénitentiaires, obligation dont le non-respect entraînerait la violation de cette disposition.

En ce qui concerne la censure, l'interception et le non acheminement, l'identité de l'expéditeur ou du destinataire et le contenu des lettres en cause jouent un certain rôle dans la détermination des exigences de l'article 8⁹⁸⁸.

La Cour EDH opte pour une liberté quasi absolue en ce qui concerne la correspondance échangée avec un organe judiciaire ou l'avocat du détenu. La confidentialité de la correspondance entre un détenu et son défenseur constitue un droit fondamental pour un individu et touche directement les droits de la défense. Cela signifie tout d'abord que les prescriptions générales d'ordre quantitatif (nombre et longueur des lettres) ne sont jamais et par principe applicables aux relations du détenu avec son avocat, et ensuite qu'il faut dans la mesure du possible renoncer à tout contrôle. La Cour a clairement indiqué dans plusieurs arrêts que la correspondance avec un avocat, quelle qu'en soit la finalité, jouit d'un statut privilégié en vertu de l'article 8 de la Convention⁹⁸⁹. Elle insiste aussi sur le fait qu'elle ne voit aucune raison de faire la

⁹⁸⁷ Cour EDH, *Cotlet c. Roumanie*, no 38565/97, arrêt du 3 juin 2003, § 59.

⁹⁸⁸ WACHSMANN (2005), p. 133.

⁹⁸⁹ Voir, entre autres, Cour EDH, *Campbell c. Royaume-Uni*, arrêt précité; Cour EDH *Golder c. Royaume-Uni*, arrêt précité; Cour EDH, *Calogero Diana c. Italie*, arrêt précité; Cour EDH, *Domenichini c. Italie*, arrêt précité.

distinction entre les différentes catégories de correspondance avec les avocats selon leur but et selon les sujets, qui peuvent être confidentiels ou non. Une dérogation à ce principe ne peut être autorisée que dans des cas exceptionnels et doit s'entourer de garanties adéquates et suffisantes pour prévenir d'éventuels abus. Ainsi, les autorités pénitentiaires peuvent intercepter la lettre d'un avocat à un détenu «*si elles ont des motifs plausibles de penser qu'il y figure un élément illicite non révélé par les moyens normaux de détection*»⁹⁹⁰. Même dans ce cas, la lettre doit être uniquement retenue par le fonctionnaire de l'administration pénitentiaire, l'ouverture et la lecture se faisant en présence du détenu.

Il s'ensuit que la lecture du courrier d'un détenu en provenance d'un avocat ne devrait être autorisée que dans des cas exceptionnels, «*si les autorités ont lieu de croire à un abus du privilège en ce que le contenu de la lettre menace la sécurité de l'établissement ou d'autrui ou revêt un caractère délictueux d'une autre manière*»⁹⁹¹. La «plausibilité» des motifs dépendra de l'ensemble des circonstances, mais elle présuppose des faits ou renseignements propres à persuader un observateur objectif que l'on abuse de la voie privilégiée de communication⁹⁹².

Dans ce sens, lorsqu'il s'agit de la menace présentée par le terrorisme sous toutes ses formes, la Cour EDH accepte le contrôle de la correspondance à condition que l'État fournisse suffisamment de garanties pour ce contrôle⁹⁹³.

La correspondance d'un détenu avec le greffe de la Cour EDH constitue un autre aspect du problème. Dans ce cas-là, l'interdiction d'ingérence découle directement de la Convention elle-même et les restrictions énoncées dans l'art. 8 § 2, strictement parlant, ne devraient donc pas être permises. En outre, cette

⁹⁹⁰ Cour EDH, *Erdem c. Allemagne*, n° 38321/97, arrêt du 5 juillet 2001, § 61.

⁹⁹¹ Cour EDH, *Fox, Campbell et Hartley c. Royaume-Uni*, arrêt du 30 août 1990, série A n° 182, p. 16, § 32.

⁹⁹² VAN DIJK/VAN HOOFF/VAN RIJN/ZWAAK (2006), p. 734.

⁹⁹³ Cour EDH, *Erdem c. Allemagne*, arrêt précité, § 69.

question a été réglementée plus en détail dans une convention spéciale⁹⁹⁴.

La possibilité que les enveloppes de la Commission soient imitées afin d'introduire des substances interdites dans la prison, ne justifie pas, selon la Cour EDH, le contrôle de la correspondance du détenu. Selon elle, «*le risque est si négligeable qu'il faut l'écarter*»⁹⁹⁵.

L'approche de la jurisprudence de Strasbourg en ce qui concerne les restrictions à la correspondance non juridique est plus souple. Elle reconnaît «*qu'un certain contrôle de la correspondance des détenus se recommande et ne se heurte pas en soi à la Convention*»⁹⁹⁶. Pour mesurer le degré tolérable d'un pareil contrôle, la Cour EDH souligne qu'il ne faut pas oublier que la possibilité d'écrire et de recevoir des lettres présente parfois, pour le détenu, le seul lien avec le monde extérieur⁹⁹⁷.

S'il est nécessaire d'apporter des restrictions à la correspondance des détenus, l'ingérence doit être prévue par la loi. Mais, même lorsqu'un texte de loi prévoit des restrictions au droit de correspondance du détenu, la conformité à l'art. 8 n'est pas automatiquement acquise. L'existence d'une loi ne suffit pas. Encore faut-il que ladite loi réponde à plusieurs exigences et notamment qu'elle offre une clarté suffisante et des précisions⁹⁹⁸.

⁹⁹⁴ Il convient encore de noter que l'Accord européen concernant les personnes participant aux procédures devant la Cour européenne des droits de l'Homme conclu par les États parties à la CEDH le 5 mars 1996 dispose dans son art. 3 ch. 2 lit. a, b et c, que la correspondance des détenus avec la Cour «*doit être transmise et leur être remise sans délai excessif et sans altération; [que] ces personnes ne peuvent faire l'objet d'aucune mesure disciplinaire du fait d'une communication transmise à la Cour par les voies appropriées; [enfin que] ces personnes ont le droit, au sujet d'une requête à la Cour et de toute procédure qui en résulte, de correspondre avec un conseil admis à plaider devant les tribunaux du pays où elles sont détenues et de s'entretenir avec lui sans pouvoir être entendu par quiconque d'autre*». Entrée en vigueur pour la Suisse le 1^{er} janvier 1999 (RS 0.101.3), pour la Turquie, par l'approbation par la loi n° 5166, publiée dans R.G., n° 25460 du 12 mai 2004.

⁹⁹⁵ Cour EDH, *Peers c. Grèce*, arrêt précité, §§ 82-84.

⁹⁹⁶ Cour EDH, *Silver et autres c. Royaume-Uni*, arrêt précité, § 98.

⁹⁹⁷ Cour EDH, *Campbell c. Royaume-Uni*, arrêt précité § 45; Cour EDH, *Fazıl Ahmet Tamer c. Turquie*, n° 6289/02, arrêt du 5 décembre 2006, § 50.

⁹⁹⁸ Par exemple Cour EDH, *Labita c. Italie*, n° 26772/95, arrêt du 6 avril 2000.

Dans le même sens, les textes réglementant le contrôle de la correspondance du détenu doivent être accessibles à la personne privée de liberté⁹⁹⁹. Ces textes ne sauraient être laissés à la discrétion de l'administration pénitentiaire et ils doivent respecter le principe de proportionnalité¹⁰⁰⁰.

La Cour EDH estime qu'une ouverture sur quarante courriers envoyés n'est pas constitutive d'une volonté des autorités de s'immiscer dans la correspondance du détenu¹⁰⁰¹.

La situation est encore plus délicate lorsque l'autorité chargée de censurer la correspondance des détenus communique des éléments de celle-ci à la presse et que les journaux viennent à publier des articles sur le contenu des lettres du détenu¹⁰⁰². Le problème s'est posé à la Commission qui déclara la requête irrecevable pour non épuisement des voies de recours internes¹⁰⁰³.

En ce qui concerne le contenu, l'interception des lettres critiquant de façon inconvenante et blessante l'administration pénitentiaire n'est pas conforme à l'art. 8. Il en va autrement si la correspondance en question contient la menace d'un recours à la violence. La Cour EDH, dans un tel cas, considère conforme à l'art. 8 CEDH un refus de la part des autorités pénitentiaires de transmission d'une telle lettre, décision qui se fonde sur la protection de l'ordre et la prévention des infractions¹⁰⁰⁴.

Dans ce cadre, une interdiction générale pour le détenu d'envoyer ses écrits scientifiques ou ses œuvres artistiques fut jugée injustifiée¹⁰⁰⁵, au regard de l'art. 8 de la CEDH.

Dans l'arrêt *A.B c. Pays-Bas*, la Cour EDH estima également qu'une interdiction générale de correspondre avec d'anciens détenus (au lieu de soumettre cette correspondance à des contrôles

⁹⁹⁹ Cour EDH, *Silver et autres c. Royaume-Uni*, arrêt précité ; Cour EDH, *Campbell c. Royaume-Uni*, arrêt précité ; Cour EDH, *Calogero Diana c. Italie*, arrêt précité, § 32 et Cour EDH, *Domenichi c. Italie*, arrêt précité, § 33.

¹⁰⁰⁰ KILKELLY (2003), p. 29.

¹⁰⁰¹ Cour EDH, *Touroude c. France*, n° 35502/97, arrêt du 3 octobre 2000.

¹⁰⁰² VELU (1973), p. 122.

¹⁰⁰³ AComm. EDH, n° 2742/66, Recueil 23, p. 98.

¹⁰⁰⁴ Cour EDH, *Silver et autres c. Royaume-Uni*, arrêt précité § 99 et 103.

¹⁰⁰⁵ Cour EDH, *A.B c. Pays-Bas*, n° 37328/97, arrêt du 29 janvier 2002, §§ 81-94.

raisonnables) était injustifiable tout en admettant que des règles permettant aux détenus d'envoyer deux ou trois lettres par semaine (aux frais des autorités) et de recevoir des lettres en nombre illimité ne constituaient pas une restriction arbitraire ou déraisonnable du droit d'un détenu de maintenir des contacts avec des personnes extérieures à la prison.

L'art. 36 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires¹⁰⁰⁶ est aussi réservé. Les détenus étrangers incarcérés dans les Etats signataires doivent ainsi pouvoir communiquer librement avec le fonctionnaire consulaire du pays dont ils sont ressortissants¹⁰⁰⁷.

Le droit suisse et le droit turc en matière de correspondance des détenus s'inscrivent dans la ligne de la jurisprudence de la Cour EDH. Les deux ordres juridiques admettent en général le contrôle de la correspondance du détenu.

L'art. 84 du CPS, comme on l'a déjà mentionné, vise les relations du détenu avec le monde extérieur. Le terme de «relations», au sens dudit article, devant être compris dans un sens large, il implique aussi les échanges épistolaires et les conversations téléphoniques¹⁰⁰⁸. Cet article pose ainsi les principes concernant la correspondance du détenu.

Selon la jurisprudence du TF, le respect de la correspondance du détenu émane de la liberté d'expression¹⁰⁰⁹. L'art. 84 CPS reprend les principes de la jurisprudence du TF¹⁰¹⁰ en rappelant dans son alinéa 2 que la correspondance peut faire l'objet de contrôles et de restrictions pour des raisons d'ordre et de sécurité¹⁰¹¹. Les restrictions sont soumises au principe de proportionnalité. Il est regrettable que l'art. 84 CPS n'indique pas les modalités et

¹⁰⁰⁶ Convention de Vienne sur les relations consulaires du 24 avril 1963, entrée en vigueur pour la Suisse le 19 mars 1967, (RS 0.191.02), pour la Turquie par la publication de la Loi n° 4868 sur la confirmation de la ratification de la Convention de Vienne sur les relations consulaires dans le R.G n° 15369, du 27 septembre 1975.

¹⁰⁰⁷ Dans le même sens l'art 84 al 7 CPS.

¹⁰⁰⁸ FF 1999 1924.

¹⁰⁰⁹ ATF 119 Ia 71 cons. a, JdT 1995 IV 154; BAECHTOLD (2008), p. 178.

¹⁰¹⁰ ATF 99 Ia 288, JdT 1974 I 656; ATF 117 Ia 465.

¹⁰¹¹ BAECHTOLD (2008), p. 178.

l'étendue de la marge d'appréciation laissée aux autorités pénitentiaires. En laissant la possibilité aux cantons de définir les modalités du contrôle de la correspondance par le biais de leur législation pénitentiaire, l'art. 84 CPS laisse «*la porte grande ouverte à des disparités entre cantons - voire même entre établissements d'un même canton - alors que découlent de cette alternative des enjeux très importants en termes d'intérêts protégés*»¹⁰¹². Il sied de rappeler qu'il s'agit des droits fondamentaux du détenu.

La jurisprudence du TF dégage les critères de la censure. Aux termes de cette jurisprudence, il serait donc toujours possible de restreindre une correspondance excessive pour des raisons de sécurité et d'ordre dans l'établissement pénitentiaire¹⁰¹³. La correspondance au contenu diffamatoire¹⁰¹⁴, indécent, manifestement inconvenant ou blessant qui, de ce fait, présente un danger pour l'ordre et la sécurité de l'établissement, ne devrait donc pas être transmise au destinataire¹⁰¹⁵. Le détenu assumera le coût engendré par la traduction d'une correspondance abondante rédigée en langue étrangère qui entraîne un risque de paralysie pour le fonctionnement de l'administration pénitentiaire. Néanmoins, dans le cas d'un détenu qui n'en a pas les moyens financiers et qui n'abuse pas de son droit de correspondre en langue étrangère, il reviendra à l'Etat d'assumer les coûts liés à la traduction de ladite correspondance¹⁰¹⁶.

Contrairement au droit suisse, le droit turc réglemente de manière détaillée les modalités de contrôle et de restriction de la correspondance du détenu.

En droit turc, l'art. 68 LEPM prévoit que la correspondance d'un détenu peut être soumise à une procédure de filtrage préalable mise en place par la commission du contrôle de la correspondance.

¹⁰¹² JENDLY (2005), p. 274.

¹⁰¹³ ATF 118 Ia 64 cons. 3, JdT 2007 IV 43.

¹⁰¹⁴ ATF 119 Ia 71 cons. 3d, JdT1995 IV 154; ATF 101 Ia 148 cons. 4c, JdT 1977 I 377.

¹⁰¹⁵ ATF 99 Ia 286, JdT 1974 I 656.

¹⁰¹⁶ ATF 118 Ia 64, JdT 2007 IV 43.

Les modalités du contrôle sont réglementées dans le Décret en Conseil d'Etat sur la LEPM. Selon l'article 122 dudit Décret, les lettres destinées aux condamnés ainsi que les lettres rédigées par les condamnés, sont soumises au personnel de sécurité et de surveillance, dans une enveloppe ouverte, afin que ces derniers les transmettent à la commission du contrôle de la correspondance¹⁰¹⁷.

La commission du contrôle de la correspondance, composée d'un agent administratif et de deux personnels pénitentiaires diplômés de haute école, réunie sous la présidence d'un vice-directeur, lit les lettres. Les lettres dont l'envoi à son destinataire ou la remise au condamné est considéré comme gênant sont envoyées au plus tard dans un délai de vingt-quatre heures à la commission disciplinaire.

La commission disciplinaire décide d'envoyer ou de ne pas envoyer à leur destinataire les courriers. Si elle considère que le contenu de la lettre est partiellement gênant, elle garde l'original tel quel et transmet au détenu sa décision ainsi que la photocopie de la lettre, après avoir caviardé les passages considérés comme gênants. Dans le cas où le courrier est considéré comme étant entièrement gênant, il ne sera pas transmis et sera gardé par la commission qui, par la suite, sera tenue d'informer le détenu en lui notifiant sa décision¹⁰¹⁸.

Le Décret en Conseil d'Etat n'apporte aucune précision sur la définition et la portée de ce qu'il convient d'entendre par «gênant». Faute de définition précise, la carence doit être palliée, à notre sens, à la lumière de l'alinéa 3 de l'art. 68 de LEPM qui a été littéralement repris par l'art. 91 al. 3 du Décret en Conseil d'Etat. Ainsi, la correspondance qui représente une menace pour la sécurité et l'ordre en prison ; qui vise comme cible le personnel ; qui sert d'intermédiaire pour la communication avec des organisations de malfaiteurs ou de terroristes ; qui sème la

¹⁰¹⁷ Il convient de noter qu'à défaut d'une commission de contrôle de la correspondance dans l'établissement pénitentiaire, les courriers seront contrôlés par le supérieur hiérarchique de l'établissement pénitentiaire aux termes de l'art. 122 du Décret en Conseil d'Etat.

¹⁰¹⁸ Aux termes de l'art. 123 al. 2 du Décret en Conseil d'Etat, la commission disciplinaire, dans sa décision concernant les courriers partiellement ou entièrement gênants, doit préciser que le détenu a le droit de former opposition contre sa décision et de recourir contre la décision du juge d'exécution des peines devant le tribunal pénal supérieur, dans les délais prévus. Elle doit également souligner le fait que faute d'opposition ou de recours, sa décision sera définitive.

panique parmi les personnes et organisations avec de fausses informations ou des informations erronées ; qui revêt un caractère menaçant ou diffamatoire, sera interceptée.

Or, parmi ces restrictions, certaines ne correspondent pas à la jurisprudence de la Cour EDH. La transmission visant à attirer le mépris sur les autorités «*en utilisant des termes délibérément injurieux pour les autorités pénitentiaires*»¹⁰¹⁹ ne peut pas, selon la Cour EDH, être refusée de ce fait. Elle a aussi considéré que, dans certains cas, le caviardage de tels passages constituait une ingérence certes d'une moindre ampleur, mais qui pourrait aussi être considérée comme disproportionnée¹⁰²⁰.

Ces critères devront disparaître du texte du Décret en Conseil d'Etat, sinon les conditions de clarté et de précision de la réglementation requises par la Cour EDH ne seront pas remplies¹⁰²¹. Autrement, le droit à une correspondance libre serait vidé de son contenu.

La décision de la commission disciplinaire concernant le refus de l'acheminement, ou la censure de la correspondance, est soumise au contrôle du juge d'exécution des peines. Aux termes de l'article 5 de la Loi sur le juge d'exécution des peines¹⁰²², les condamnés peuvent former opposition contre la décision adoptée par la commission disciplinaire, dans un délai de quinze jours qui court du jour où ladite décision a été notifiée au détenu. Le délai se prescrit en tout cas par trente jours à compter de la décision attaquée.

¹⁰¹⁹ Cour EDH, *Silver et autres c. Royaume-Uni*, arrêt §§ 64 et 99.

¹⁰²⁰ Cour EDH, *Pfeifer et Plankl c. Autriche*, n° 10802/84, arrêt du 25 février 1992, § 47, série A n° 27.

¹⁰²¹ Le critère du contenu gênant existait déjà dans l'art. 147 du Décret en Conseil d'Etat relatif à la direction des établissements pénitentiaires et à l'exécution des peines, antérieur au Décret en Conseil d'Etat de 2006, relatif à la direction des établissements pénitentiaires et à l'exécution des peines qui est actuellement en vigueur. La Cour EDH, dans un arrêt du 5 décembre 2006, a considéré que ce critère était trop vague. Voir notamment Cour EDH, *Fazil Ahmet Tamer c. Turquie*, arrêt précité; Cour EDH, *Tan c. Turquie*, n° 9460/03, arrêt du 3 juillet 2007.

¹⁰²² Loi n° 4675 du 16 mai 2001, publiée dans le R.G. n° 24410 du 23 mai 2001.

L'identité de l'expéditeur et du destinataire détermine les exceptions au contrôle de la correspondance dans les deux ordres juridiques.

L'article 84 al. 3 CPS confirme la protection renforcée accordée aux échanges épistolaires du détenu avec certaines personnes, en particulier celles astreintes à un secret professionnel au sens de l'article 321 CP¹⁰²³.

Les dispositions cantonales donnent des solutions qui procèdent en deux temps¹⁰²⁴ et sous diverses formules. La plupart des législations cantonales reconnaissent au détenu le droit de correspondre avec certaines personnes nommément désignées, droit qui ne tolère, en principe, aucun contrôle. Ainsi, la correspondance échangée avec l'avocat, une autorité judiciaire, le ministère public et le département en charge des affaires pénitentiaires et l'autorité compétente de placement, échappe à toute vérification¹⁰²⁵.

En règle générale, aussi bien en droit suisse qu'en droit turc, le détenu peut, sans entrave, communiquer avec son avocat. Il en va de même de la correspondance avec les organes officiels, tels que les commissions officielles de visiteurs et le Comité européen pour la prévention de la torture¹⁰²⁶. En droit turc, en vertu de l'art. 68 al.

¹⁰²³ JENDLY (2005), p. 273.

¹⁰²⁴ Cf. l'art 47 de l'Ordonnance sur les établissements de détention du 21 décembre 2004 du canton de Jura (état au 1er janvier 2007) (RSJU 341.11); l'art. 48 de la Loi sur l'exécution des peines privatives de liberté et des mesures pour les personnes adultes du 3 octobre 2007 (RSN 351.0); l'art. 71 al. 2 du Règlement sur les établissements de détention du canton du Valais du 10 décembre 1993 (RSVS 340.200); l'art. 48 du Règlement fribourgeois des prisons du 12 décembre 2006 (RSF 341.2.11); l'art. 91 du Règlement vaudois sur le statut des condamnés exécutant une peine privative de liberté et les régimes de détention applicables du 24 janvier 2007 (RSVD 340.01.1); l'art. 37 du Règlement genevois sur le régime intérieur de la prison et le statut des personnes incarcérées du 30 septembre 1985 (RSG F1 50.04); l'art. 39 du Regolamento sull'esecuzione delle pene e delle misure per gli adulti del 6 marzo 2007 du canton du Tessin, (RST 4.2.1.1.1).

¹⁰²⁵ JENDLY (2005), p. 273.

¹⁰²⁶ BJP 2/1982 n° 316.

4, la correspondance adressée aux organes officiels échappe à ce contrôle¹⁰²⁷.

Aux termes de l'art. 84 al. 4 CPS l'examen du contenu de la correspondance avec l'avocat ne sera soumis à aucun contrôle. Toutefois, en cas d'abus démontré, la libre correspondance ne sera plus tolérée, voire même en cas d'extrême rigueur, sera totalement interdite¹⁰²⁸. Le Tribunal fédéral a précisé à plusieurs reprises les conditions selon lesquelles l'intérêt public pouvait justifier une dérogation au principe de liberté¹⁰²⁹. Il admet, par exemple, que la correspondance avec le défenseur peut être restreinte lorsqu'il existe un danger particulier ou que le prévenu a des liens avec un groupe terroriste¹⁰³⁰. En d'autres termes, l'intérêt public peut l'emporter sur l'intérêt privé du détenu à l'exercice de son droit de défense.

En droit turc, la correspondance du détenu avec un avocat n'est pas soumise à un contrôle si elle est destinée à la défense du détenu, selon l'art. 68 al. 4 LEPM. La vérification se fera sur la base des déclarations du détenu¹⁰³¹. Néanmoins, la correspondance d'une personne condamnée en vertu de l'art. 220 CPTR ou pour infraction contre la sûreté de l'Etat et contre l'ordre constitutionnel, à destination de son avocat, peut faire l'objet d'un contrôle. Aux termes des art. 84 al. 2 lit. c et 91 al. 4 du Décret en Conseil d'Etat, l'ouverture du courrier, son éventuelle censure ou non-acheminement, sera décidée par le juge d'exécution des peines, saisi par le Procureur de la République¹⁰³².

¹⁰²⁷ Selon cette disposition, «le terme d'organe officiel» vise aussi la correspondance avec le greffe de la Cour EDH. Le contrôle du courrier destiné à la Cour EDH, considéré comme un simple courrier, a fait l'objet d'un procès intenté contre le directeur d'un établissement pénitentiaire pour omission dans l'exercice des devoirs de fonction aux termes de l'art. 230 de l'ancien Code pénal abrogé le 1^{er} juin 2005. Voir l'arrêt non publié de la quatrième chambre de la Cour de Cassation du 20 avril 1999 (Y. 4.CD, 20.04.1999, E. 2365, K. 3412).

¹⁰²⁸ FF 1999 1928.

¹⁰²⁹ BAECHTOLD (2008), p. 178.

¹⁰³⁰ ATF 106 Ia 219, JdT 1982 IV 26.

¹⁰³¹ ÖZBEK (2007), p. 118.

¹⁰³² Le juge d'exécution des peines peut décider l'interception ou la censure du courrier. Cette décision est susceptible de faire l'objet de recours devant le tribunal pénal supérieur.

De prime abord, cette mesure, à caractère exceptionnel puisqu'elle déroge à la règle générale de la confidentialité de la correspondance entre un détenu et son défenseur, paraît tout à fait en conformité avec la jurisprudence de la Cour EDH qui admet le contrôle de la correspondance du détenu avec son avocat en cas de terrorisme, à la condition que la législation assortisse cette mesure d'un certain nombre de garanties¹⁰³³. De plus, l'administration pénitentiaire est liée par les déclarations du détenu relatives au contenu du courrier pour savoir s'il est destiné à sa défense ou non. Le fait de soumettre les lettres dans une enveloppe ouverte conduirait à introduire un contrôle matériel, car il ne nous paraît pas possible de faire un tel contrôle sans jeter un coup d'œil au contenu. Malgré la garantie du juge, le secret de la correspondance serait ainsi violé.

En outre, ladite disposition n'implique aucune précision concernant la correspondance en provenance de l'avocat. A notre avis, l'art. 84 al. 2 lit. c du Décret en Conseil d'Etat qui prévoit que les documents ainsi que l'entretien avec des avocats pour la défense du détenu ne peuvent être contrôlés s'applique *mutatis mutandis* à la correspondance.

Nous estimons que la limitation du privilège à la correspondance libre et aux entretiens sans ingérence destinés à préparer la défense du détenu est contraire à la ratio legis de la LEPM et va à l'encontre de ce que prévoit la jurisprudence de la Cour EDH.

1.3. Les conversations téléphoniques

Les contacts des détenus avec l'extérieur peuvent prendre la forme d'appels téléphoniques. Comme on vient de le voir, les relations visées à l'art. 84 CPS impliquent aussi les conversations téléphoniques¹⁰³⁴ notamment en raison de l'éloignement des

¹⁰³³ Voir supra pp. 215s.

¹⁰³⁴ Dans un premier temps, le Tribunal fédéral avait considéré que la garantie constitutionnelle de la liberté personnelle ne conférerait pas au détenu, au regard des art. 8 et 6 § 3 CEDH, sous réserve d'exceptions, un droit à l'utilisation du téléphone pour communiquer avec les membres de sa famille ou avec son avocat. Aux yeux du TF, «à supposer que certains cantons aient en la matière une

établissements de détention. Le droit de téléphoner est alors reconnu comme un substitut à celui de recevoir des visites.

Selon la Cour EDH, l'art. 8 CEDH ne saurait être interprété comme garantissant aux détenus le droit à des communications téléphoniques, notamment, lorsque des facilités adéquates sont accordées en matière de correspondance¹⁰³⁵. La Cour EDH a considéré que la différence de traitement opérée entre couples mariés et couples non mariés ayant une vie familiale établie, s'agissant de la possibilité de maintenir des contacts téléphoniques lorsque l'un des partenaires du couple est détenu, constituait une violation de l'article 14, combiné avec l'article 8¹⁰³⁶.

En Suisse, la correspondance et les appels téléphoniques sont réglementés par la législation pénitentiaire cantonale. Or, dans les cantons du Concordat latin sur la détention pénale des adultes, la réglementation en la matière est loin d'être uniforme. Les législations tessinoise, jurassienne et genevoise ne contiennent aucune disposition relative à l'usage du téléphone par les personnes détenues. Toutefois, l'art. 84 CPS accorde aux personnes incarcérées dans les établissements pénitentiaires de ces cantons le droit d'user du téléphone.

Les législations pénitentiaires neuchâteloise¹⁰³⁷, fribourgeoise¹⁰³⁸ et vaudoise¹⁰³⁹ règlent l'usage du téléphone par les détenus, le coût d'appel étant à leur charge¹⁰⁴⁰. Quant à la législation valaisanne¹⁰⁴¹, elle se borne à permettre au détenu de passer des appels

réglementation plus généreuse en faveur du détenu sur ce point, on ne saurait y voir une violation de l'égalité». Les particularités du droit cantonal fondées sur la Constitution l'emportent en effet sur le principe de l'égalité constitutionnelle. BJP 2/2002, n° 235.

¹⁰³⁵ Cour EDH, *A .B c. Pays- Bas*, arrêt précité, §92.

¹⁰³⁶ Cour EDH, *Petrov c. Bulgarie*, arrêt précité.

¹⁰³⁷ Art. 46 de la Loi sur l'exécution des peines privatives de liberté et des mesures pour les personnes adultes du 3 octobre 2007 (RSN 351.0).

¹⁰³⁸ Art. 47 et 53 du Règlement fribourgeois des prisons du 12 décembre 2006 (RSF 341.2.11).

¹⁰³⁹ Art. 93 du Règlement vaudois sur le statut des condamnés exécutant une peine privative de liberté et les régimes de détention du 24 janvier 2007 (RSVD 340.01.1).

¹⁰⁴⁰ TF, 1P.382/2002, arrêt du 13 août 2002, cons. 3.

¹⁰⁴¹ Art. 72 du Règlement sur les établissements de détention du canton du Valais du 10 décembre 1993 (RSVS 340.200).

téléphoniques en cas d'urgence¹⁰⁴², contrairement à la jurisprudence du Tribunal fédéral qui souligne que le droit d'user du téléphone ne doit pas être reconnu seulement dans les situations d'urgence.

A l'exception de la législation vaudoise qui prévoit l'usage du téléphone trois par semaine pour les détenus soumis à des régimes spéciaux¹⁰⁴³, la fréquence et les modalités d'usage du téléphone sont fixées dans le cadre des instructions de la direction pénitentiaire. A cet égard, il convient de noter que dans une affaire où le détenu était en détention préventive, le Tribunal fédéral a jugé inadmissible de limiter à une seule fois par mois la possibilité d'appeler les membres de sa famille habitant dans un pays lointain, compte tenu que des appels plus fréquents semblaient ne poser aucun problème pratique¹⁰⁴⁴. Cet arrêt est applicable *mutatis mutandis* aux détenus en exécution de peine privative de liberté.

Le droit turc, contrairement au droit suisse, contient des dispositions plus détaillées sur l'utilisation du téléphone par le détenu. En vertu de l'art. 88 du Décret en Conseil d'Etat précité, le détenu peut téléphoner une fois par semaine pour une durée de dix minutes sans interruption, avec ses parents consanguins, germains et de mariage.

Le détenu peut toutefois donner le nom de trois personnes dont il souhaite recevoir les appels. A ce propos, le détenu est tenu de remplir un formulaire indiquant les noms de ces personnes ainsi que leurs numéros de téléphone. Le détenu, en cas de décès, de catastrophe naturelle ou d'urgence, peut téléphoner sans aucune restriction. Le coût de la conversation est supporté par le détenu. En règle générale, le détenu qui parle turc doit avoir une conversation téléphonique dans cette langue. Néanmoins, si le détenu ne parle pas turc ou si après examen on constate que son interlocuteur ne parle pas turc, le détenu sera autorisé à parler dans

¹⁰⁴² Seul le canton de Vaud prévoit, en cas d'incapacité du détenu de payer le coût des conversations téléphoniques, la mise à sa disposition d'un montant qui sera remboursé par la suite sur son compte.

¹⁰⁴³ Art. 143 du Règlement vaudois sur le statut des condamnés exécutant une peine privative de liberté et les régimes de détention du 24 janvier 2007 (RSVD 340.01.1).

¹⁰⁴⁴ TF, 1P.666/2000, arrêt du 23 novembre 2000.

une autre langue. Dans ce cas, la conversation sera enregistrée et examinée. Si on constate, après examen de l'enregistrement, que la conversation servait à préparer une infraction, le détenu ne sera pas autorisé à parler dans une langue autre que le turc avec cet interlocuteur. Il convient de noter que cette disposition qui prête à controverse et risque de vider le droit d'user du téléphone de son contenu, est en passe de changer. Le Ministère de la justice turc a adopté un projet de modification de l'art. 88 du Décret en Conseil d'Etat, en vue de permettre des conversations dans une autre langue que le turc sur simple déclaration du détenu qui indiquera que son interlocuteur ne parle pas le turc¹⁰⁴⁵.

L'interdiction d'usage et de détention de téléphone cellulaire s'accompagne souvent de l'installation de brouilleurs de tels téléphones dans les établissements pénitentiaires¹⁰⁴⁶.

Les conversations téléphoniques des détenus peuvent être surveillées pour le maintien de l'ordre et la sécurité dans l'établissement pénitentiaire. Ces mesures constituent clairement une atteinte au secret de la vie privée. Ces mesures doivent se conformer au régime des restrictions des droits fondamentaux.

Selon la Cour EDH, si la réglementation permet au détenu d'utiliser le téléphone, les appels ne peuvent être soumis qu'à des restrictions légitimes¹⁰⁴⁷. A l'instar des ingérences dans le courrier, ces restrictions doivent prévoir une protection contre le risque d'arbitraire des autorités¹⁰⁴⁸. Autrement dit, le droit national doit indiquer avec assez de clarté la possibilité d'ingérence par les autorités dans la vie privée des détenus, ainsi que l'étendue et les modalités d'exercice de leur pouvoir d'appréciation dans ce domaine.

¹⁰⁴⁵ A ce propos, voir <http://www.kgm.adalet.gov.tr/index.html>.

¹⁰⁴⁶ En Suisse, les essais-pilotes concernant le brouillage des téléphones cellulaires dans les prisons sont effectués sous la houlette de l'Office fédéral de la communication. Les résultats sont positifs dans les établissements qui ont accepté d'installer le système, à savoir les établissements pénitentiaires de Champ-Dollon et de Lenzbourg. Cf. «Brouillage réussi des portables autour des prisons», *Le Temps*, 17 octobre 2005, p. 7.

¹⁰⁴⁷ Cour EDH, *A.B c. Pays-Bas*, arrêt précité, § 92.

¹⁰⁴⁸ MURDOCH (2007), p. 257.

Dans l'arrêt *Doerga c. Pays-Bas*¹⁰⁴⁹, le requérant se prétendait victime d'une violation de l'article 8 du fait de l'interception, de l'enregistrement et de la conservation de ses communications téléphoniques, alors qu'il purgeait une peine de prison. En dépit du règlement interne de la prison disposant l'effacement immédiat des conversations enregistrées, les bandes magnétiques concernées avaient été conservées et utilisées ultérieurement par un tribunal néerlandais pour fonder une nouvelle condamnation du requérant. La Cour EDH, sans contester la nécessité de telles mesures de surveillance, estima cependant que les dispositions internes sur lesquelles ces écoutes se fondaient n'étaient pas suffisamment claires et précises pour prévenir le requérant contre une intrusion arbitraire des autorités dans l'exercice de son droit au respect de sa vie privée et de sa correspondance. Elle conclut donc, à l'unanimité, à la violation de l'art. 8¹⁰⁵⁰.

La surveillance de la correspondance par télécommunication constitue aussi une atteinte au droit au respect de la vie privée en droit suisse. En droit turc, le secret de la communication est garanti par l'art. 22 de la Constitution sur la liberté de la correspondance. Le sens donné à la notion de correspondance dans les deux ordres juridiques couvre les conversations téléphoniques¹⁰⁵¹.

En droit suisse, aux termes de l'art. 36 de la Constitution suisse et de la jurisprudence y relative, une atteinte à la sphère privée peut être apportée dans la mesure où il existe une base légale, et que l'atteinte soit justifiée par un intérêt prépondérant, qu'elle soit proportionnée et qu'elle préserve l'essence du droit fondamental¹⁰⁵². Il va sans dire qu'une surveillance de la conversation téléphonique du détenu doit se conformer à ces conditions.

La surveillance téléphonique est réglementée en droit suisse dans la Loi fédérale sur la surveillance de la correspondance par poste et

¹⁰⁴⁹ Cour EDH, *Doerga c. Pays-Bas*, n° 50210/99, arrêt du 27 avril 2004.

¹⁰⁵⁰ Cour EDH, *Doerga c. Pays-Bas*, arrêt précité.

¹⁰⁵¹ ATF 109 Ia 273 cons. 4a, JdT 1985 I 616, pour le droit turc, TANÖR (1994), p. 77

¹⁰⁵² ATF 109 Ia 273 cons. 4a et 7, JdT 1989 I 616, ATF 122 I 182 cons. 3a, JdT 1998 IV 58.

télécommunication (LSCPT) de 6 octobre 2000¹⁰⁵³. Les écoutes téléphoniques en cours de l'exécution des peines n'entrent pas dans le champ d'application de la LSCPT, qui se limite à fixer les principes sur la surveillance effectuée à des fins de poursuite pénale¹⁰⁵⁴.

Lors même qu'on pourrait penser que l'art. 84 CPS qui arrête les principes en matière de relations avec l'extérieur peut servir de base légale, tel n'est pas le cas. Ledit article se contente de préciser que les relations peuvent être surveillées ou qu'elles peuvent être limitées ou interdites pour raison d'ordre et de sécurité à l'intérieur de la prison, sans en préciser les modalités. Il est clair que l'art. 84 CPS ne constitue pas une base légale suffisante pour ordonner cette surveillance.

Ce sont les normes cantonales qui forment le fondement des atteintes au secret de la correspondance par télécommunication.

Toutes les dispositions cantonales pertinentes prévoient, certes en termes différents, la surveillance des conversations téléphoniques.

Le règlement des prisons fribourgeoises se borne à mentionner que les conversations téléphoniques seront surveillées sans préciser cependant si elles seront enregistrées ou pas¹⁰⁵⁵. Il ne contient aucune disposition concernant l'information du détenu. Il en va de même de la législation valaisanne¹⁰⁵⁶.

La réglementation vaudoise, quant à elle, précise que les conversations seront enregistrées et peuvent être contrôlées.

¹⁰⁵³ RO 2001 3096 sur la surveillance de la télécommunication par poste. Voir MEUWLY (2001); STRÄULI (2003).

¹⁰⁵⁴ Lors de la procédure de consultation, la proposition d'inclure, dans le champ d'application de la loi, la surveillance téléphonique au stade de l'exécution des peines et des mesures, en particulier lors de la recherche de détenus évadés, n'a pas été retenue. Dans le message concernant la loi, il est précisé que dans le cas de l'évasion d'un condamné dangereux purgeant sa peine, la surveillance sera au besoin ordonnée pour prévenir une infraction. Mais, sans ce facteur de dangerosité, une surveillance ne saurait être motivée. Voir FF 1998 3706.

¹⁰⁵⁵ Art. 47 et art 53 du Règlement fribourgeois des prisons du 12 décembre 2006 (RSF 341.2.11).

¹⁰⁵⁶ Art. 72 du Règlement sur les établissements de détention du canton du Valais du 10 décembre 1993 (RSVS 340.200).

Toutefois, elle n'indique pas non plus si les détenus seront informés des enregistrements, ou si lesdits enregistrements seront conservés ou détruits¹⁰⁵⁷. La législation neuchâteloise est la plus détaillée en la matière. Elle précise que les conversations téléphoniques des détenus enregistrées seront conservées, qu'elles seront mises le cas échéant à disposition des autorités et que le détenu en sera informé¹⁰⁵⁸. Elle répond ainsi aux critères de clarté requis par la Cour EDH.

Il ressort de ce qu'on vient de dire que les législations cantonales qui ne définissent pas les conditions de surveillance ne constituent pas une base légale au sens de l'art. 36 Cst et de la jurisprudence.

Il convient de souligner que l'art. 179octies CPS prévoit l'exemption de peine en matière de surveillance de la correspondance par télécommunication. Aux termes de cet article, la surveillance doit être effectuée dans l'exercice d'une attribution conférée expressément par la loi. L'approbation du juge doit être immédiatement requise¹⁰⁵⁹. A défaut, le directeur de l'établissement pénitentiaire qui ordonne une écoute téléphonique risque d'être sanctionné.

Alors que l'art. 22. sur la liberté de correspondance¹⁰⁶⁰ de la Constitution de 1982 préconise dans son alinéa 2 que les ingérences dans la correspondance ne sont possibles qu'en vertu d'une décision dûment rendue par un juge ou, dans les cas où un retard serait préjudiciable, en vertu d'un ordre écrit de l'autorité habilitée, qui sera soumise par la suite à l'approbation du juge, l'alinéa 3 dispose que les institutions et établissements publics où des exceptions seront applicables sont indiqués par la loi. Ainsi, à condition qu'elle soit clairement prévue dans la LEPM, la surveillance de la conversation téléphonique devient possible en

¹⁰⁵⁷ Art. 93 du Règlement vaudois sur le statut des condamnés exécutant une peine privative de liberté et les régimes de détention applicables du 24 janvier 2007 (RSVD 340.01.1).

¹⁰⁵⁸ Art. 46 de la Loi sur l'exécution des peines privatives de liberté et des mesures pour les personnes adultes du 3 octobre 2007 (RSN 351.0).

¹⁰⁵⁹ CORBOZ, vol. I, (2002), pp. 633-636.

¹⁰⁶⁰ Pour la liberté de correspondance en droit turc voir notamment ŞEN (1996) ; BAYRAKTAR (2003). Sur la surveillance de la télécommunication cf. TAŞTAN (2009).

cours de l'exécution des peines. Tel est le cas de l'art. 66 LEPM qui indique que la conversation sera surveillée et enregistrée. L'administration pénitentiaire est obligée d'informer les détenus que leurs conversations seront enregistrées.

1.4. L'accès au réseau informatique de communication

L'art. 8 CEDH ne protège pas que la correspondance à proprement parler. Il garantit d'une manière plus générale le droit au respect des communications, lequel n'est qu'une modalité du droit au respect de la vie privée¹⁰⁶¹. Toutes les communications, quelle qu'en soit la nature, bénéficient de cette protection. Ainsi, le courrier électronique bénéficie de cette protection.

Traditionnellement, les contacts prennent la forme de lettres, d'appels téléphoniques et de visites, mais les autorités pénitentiaires doivent être conscientes des nouvelles possibilités de communiquer par voie électronique qu'offre la technologie moderne. Certes, il est difficile d'examiner le contenu de la correspondance lorsque celle-ci ne figure pas sur un papier.

A mesure que ces possibilités se développent apparaissent aussi des moyens de les contrôler, si bien que les nouveaux modes de communication électroniques peuvent être utilisés selon des modalités qui ne menacent ni la sûreté, ni la sécurité¹⁰⁶².

Le droit fédéral suisse ne contient pas de disposition sur l'accès au réseau informatique de communication ; quant au droit cantonal, il se contente souvent de préciser l'usage ainsi que l'acquisition du matériel informatique¹⁰⁶³. Seule la législation pénitentiaire

¹⁰⁶¹ VELU/ERGEC (1990), p. 560.

¹⁰⁶² Pour un avis contraire voir BAECHTOLD (2008), p. 179, qui estime que *«de tels moyens de correspondance devraient normalement être exclus en raison de l'ampleur du contrôle nécessaire, mais ils devraient certainement être tolérés exceptionnellement, ne serait-ce que pour permettre les contacts entre certains détenus illettrés et leurs proches»*.

¹⁰⁶³ L'art. 49 de la Loi sur l'exécution des peines privatives de liberté et des mesures pour les personnes adultes du 3 octobre 2007 (RSN 351.0); l'art. 43 du Règlement fribourgeois des prisons du 12 décembre 2006 (RSF 341.2.11); l'art. 47 de l'Ordonnance sur les établissements de détention du 21 décembre 2004 du canton de Jura; l'art. 73 du Règlement vaudois sur le statut des condamnés exécutant une peine privative de liberté et les régimes de détention applicables du 24 janvier 2007 (RSVD 340.01.1); l'art. 37 du Règlement genevois sur le régime

vaudoise prévoit que l'accès à, et les conditions d'utilisation du réseau informatique sont fixés dans une directive du chef du Service pénitentiaire¹⁰⁶⁴. Il convient d'adopter une norme au niveau fédéral précisant les modalités pour permettre au détenu d'accéder au réseau informatique de communication, bien évidemment après une pesée d'intérêts entre les risques causés par des communications par internet et les impératifs de normalisation¹⁰⁶⁵.

En droit turc, en vertu de l'art. 67 LEPM, le détenu peut accéder au réseau informatique de communication par le biais des ordinateurs mis à disposition par l'établissement pénitentiaire pour motif d'enseignement, si le programme de (re)socialisation le nécessite, et sous surveillance.

2. L'intimité du détenu

La liberté de mener la vie de son choix fait partie intégrante de la vie privée et elle est reconnue de ce fait par la Cour EDH. Cette liberté induit la reconnaissance de l'identité sexuelle. Son épanouissement exige que le détenu puisse disposer librement de son corps afin d'être en harmonie avec lui-même. A cet égard, il sied d'évoquer le problème des transsexuels incarcérés pour déterminer les limites à la vie sexuelle.

A notre connaissance, la Cour n'a pas eu l'occasion de traiter d'affaires de transsexuels incarcérés. Cela n'empêche pas de transposer les solutions déjà dégagées pour tenter de trouver une réponse à cette question.

Depuis l'arrêt *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*¹⁰⁶⁶, la Cour EDH a une nouvelle lecture de l'identité sexuelle, qui implique que le sexe ne soit plus déterminé selon des critères purement

intérieur de la prison et le statut des personnes incarcérées du 30 septembre 1985 ; l'art. 40 du Regolamento sull'esecuzione delle pene e delle misure per gli adulti del 6 marzo 2007 du canton de Tessin (RST 4.2.1.1.1).

¹⁰⁶⁴ Art. 80 du Règlement sur le statut des condamnés exécutant une peine privative de liberté et les régimes de détention applicables du 24 janvier 2007 (RSVD 340.01.1).

¹⁰⁶⁵ BAECHTOLD (2008), p. 190.

¹⁰⁶⁶ Cour EDH, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, arrêt précité.

biologiques, mais selon des critères psychologiques. Sans nul doute, cette solution jurisprudentielle conduit à mettre les transsexuels dans une position plus avantageuse dans les établissements pénitentiaires. Ainsi, les détenus transsexuels peuvent exiger la détermination de l'établissement d'accueil non pas sur la base de l'état-civil, mais de leur sexe biologique.

Les transsexuels attribués à un établissement pénitentiaire, selon leur sexe biologique, peuvent se voir exposer à des situations gênantes et humiliantes, voire même harcelantes et risquent de voir leur dignité bafouée. L'inertie de l'autorité pénitentiaire impliquerait non seulement le non-respect de la vie privée, mais constituerait des traitements dégradants au sens de l'art. 3 CEDH.

a) La fouille corporelle

(1) Le détenu

La fouille corporelle en milieu carcéral permet de rechercher si la personne qui en fait l'objet ne dissimule pas d'objets interdits ou d'objets dangereux pour elle-même ou pour autrui. Elle vise à assurer le maintien de l'ordre et de la sécurité. Il est possible de distinguer plusieurs catégories de fouille corporelle en fonction de leur caractère graduellement intime : fouille simple qui s'effectue par palpation sur les habits ; fouille avec déshabillage sans examen des cavités intimes et fouille avec examen des orifices corporels (fouille intime)¹⁰⁶⁷.

La fouille corporelle impliquant un contact avec une personne étrangère, voire une dénudation, *«a indéniablement un caractère dégradant et humiliant»*¹⁰⁶⁸ et dès lors peut entraîner une atteinte à la dignité de la personne. HERZOG-EVANS affirme que *«lorsqu'une personne fait l'objet d'une fouille, elle est placée dans une situation opposée aux codes de conduite sociaux, et notamment ceux liés à la pudeur: dans la vie courante, elle n'aurait pas permis à des inconnus de la toucher ni ne se serait*

¹⁰⁶⁷ REYES (2006), p. 399.

¹⁰⁶⁸ REYES (2006), p. 402.

*déshabillée devant des tiers. Ce qui est dès lors atteint est bien l'intimité de la personne et plus encore sa dignité*¹⁰⁶⁹. Ainsi, selon l'auteur, le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine ne serait plus absolu et céderait le pas devant la réglementation des fouilles corporelles¹⁰⁷⁰.

La question des fouilles corporelles vient donc instaurer le doute quant au caractère absolu de la notion de dignité humaine. Cette pratique semble relativiser la force de cette notion. Ce problème est difficile à trancher car, à partir du moment où on commence à admettre des restrictions à la sauvegarde de la dignité, la porte peut être ouverte à tous les abus.

La Règle 54 des Règles pénitentiaires européennes de 2006 stipule qu'il convient de porter une attention particulière au respect de la dignité de la personne lors des fouilles. Aux termes de cette règle, les Etats doivent se doter d'une réglementation qui dispose les conditions, la nature et les modalités des fouilles qui soient conçues de sorte à prévenir les tentatives d'évasion ou la détention d'objets interdits.

Le juge européen admet qu'un détenu, obligé de se soumettre à une fouille corporelle, puisse se sentir *«atteint dans son intimité et sa dignité, tout particulièrement lorsque cela implique qu'il se dévêtisse devant autrui, et plus encore lorsqu'il lui faut adopter des postures embarrassantes»*¹⁰⁷¹. La Cour EDH s'abstient toutefois de mettre en cause la légitimité des fouilles corporelles. Elle reconnaît que de telles fouilles peuvent se justifier au nom de la sécurité, de la défense de l'ordre ou de la prévention d'infractions pénales. Les fouilles corporelles ne sont donc pas en soi contraires à l'art. 3 CEDH¹⁰⁷². Il n'en demeure pas moins que les fouilles doivent être nécessaires pour parvenir à l'un de ces buts¹⁰⁷³ et

¹⁰⁶⁹ HERZOG-EVANS (1998a), p. 743.

¹⁰⁷⁰ HERZOG-EVANS (1998a), p. 743.

¹⁰⁷¹ Cour EDH, *Guidi c. Italie*, no 28320/02, arrêt du 27 mars 2008, § 35.

¹⁰⁷² Cour EDH, *Valasinas c. Lituanie*, arrêt précité, § 117 ; Cour EDH, *Iwanczuk c. Pologne*, arrêt précité, § 59 ; Cour EDH, *Van der Ven c. Pays-Bas*, n° 50901/99 arrêt du 4 mai 2003, § 60, Recueil des arrêts et décisions 2003-II.

¹⁰⁷³ La Cour EDH juge que de telles pratiques ne sont pas incompatibles avec l'article 3 de la Convention mais précise *«qu'une telle mesure n'est admissible que si elle est absolument nécessaire au regard des circonstances particulières dans lesquelles elle s'inscrit et s'il existe des soupçons concrets et sérieux que*

doivent se dérouler selon des modalités adéquates. Pour la Cour EDH, le déroulement même de la fouille doit préserver la dignité de l'intéressé de façon à ce que le degré de souffrance ou d'humiliation subi par le détenu ne dépasse pas celui que comporte inévitablement un tel traitement¹⁰⁷⁴.

Pour ce faire, la Cour ne se borne pas aux seules modalités d'exécution de la fouille, mais s'attache «à l'ensemble des données de la cause»¹⁰⁷⁵. A cette fin, elle examine les fouilles corporelles à l'aune du régime de privation de liberté dans lequel elle s'inscrit, afin de prendre en compte les effets cumulatifs des conditions de détention subies par l'intéressé¹⁰⁷⁶.

Partant de ces considérations dans l'affaire *Frérot c. France*¹⁰⁷⁷, la juridiction européenne a constaté que le régime des fouilles prévu par voie de circulaire émanant de l'Administration abandonnait au chef d'établissement un pouvoir d'appréciation trop large, qu'en outre la pratique des fouilles corporelles était trop différente d'un établissement pénitentiaire à l'autre ; ce qui résultait par exemple des inspections anales à raison de soupçon de dissimulation d'objets ou de substances dans les parties intimes du corps. Aux yeux de la Cour EDH, ces circonstances présentaient «un degré d'humiliation dépassant celui que comporte inévitablement la fouille corporelle des détenus. De surcroît, l'humiliation ressentie par le requérant a été accentuée par le fait que ces refus de se plier à ces mesures lui ont valu, à plusieurs reprises, d'être placé en cellule disciplinaire».

L'approche de la Cour EDH en matière de fouille corporelle est pour le moins étonnante; d'une part elle considère qu'«elle n'a aucune difficulté à concevoir qu'un individu qui se trouve obligé de se soumettre à un traitement de cette nature se sente de ce seul fait atteint dans son intimité et sa dignité»; d'autre part, elle exige le dépassement du seuil de gravité et estime inutile d'examiner les fouilles corporelles sous l'angle de l'art. 8. Or, dans d'autres

l'intéressé dissimule de tels objet ou substance dans cette partie de son corps».

Cour EDH, *Frérot c. France*, n° 70204/01, arrêt du 12 juin 2007, § 41.

¹⁰⁷⁴ CERE/HERZOG-EVANS/PECHILLON (2008), p. 1015.

¹⁰⁷⁵ Cour EDH, *Frérot c. France*, arrêt précité, § 47.

¹⁰⁷⁶ Cour EDH, *Van der Ven c. Pays-Bas*, arrêt précité, §§ 49 et 62-63

¹⁰⁷⁷ Cour EDH, *Frérot c. France*, arrêt précité.

affaires où la dignité humaine était en cause, pour contourner le seuil de gravité de l'art. 3, elle n'avait pas exclu la possibilité de considérer l'article 8 comme octroyant parfois une protection s'agissant de conditions de détention qui n'atteignent pas ce seuil. Certes, il est nécessaire de trouver un équilibre entre la dignité de la personne humaine et les impératifs de sécurité et de recherche d'éléments relatifs à des infractions, mais il ne faut pas pour autant légitimer toute atteinte. La notion de dignité humaine constitue le principe clé en matière de fouilles corporelles et constitue le critère de l'inadmissible¹⁰⁷⁸. Elle joue une fois de plus son rôle de garde-fou. Le régime des fouilles corporelles doit être construit autour de cette notion afin d'éviter tout abus. Pour reprendre la formule du Tribunal fédéral suisse: *«Il sied de souligner que les impératifs de sécurité immédiate ne peuvent légitimer ni un déshabillage intégral ni une fouille intime»*¹⁰⁷⁹. Ces impératifs peuvent être respectés par l'utilisation d'autres méthodes de détection, tels que les détecteurs de métaux¹⁰⁸⁰ pour les contrôles de routine des détenus, ou le scanner. La pratique de la fouille corporelle ne doit être utilisée qu'en dernier recours. C'est la raison pour laquelle la fouille corporelle ne peut être imposée sans raison valable et ne doit en aucun cas devenir une procédure systématique. Dans la ligne des Règles pénitentiaires européennes, les fouilles des personnes ne devraient être employées que lorsqu'elles présentent une utilité et elles ne devraient jamais l'être comme une forme de sanction¹⁰⁸¹.

En droit suisse, en vertu du deuxième alinéa de l'art. 85 CPS, en matière de fouille corporelle, des conditions strictes s'imposent. Les fouilles ne peuvent être effectuées que s'il existe des soupçons fondés à l'égard du détenu.

¹⁰⁷⁸ HERZOG-EVANS (1998a), p. 748.

¹⁰⁷⁹ ATF 109 Ia 146 cons 8 b, JdT 1984 IV 95 (rés); ATF 123 I 221, cons. II. 2b.

¹⁰⁸⁰ Il convient de noter que dans certains cas un portique équipé d'un magnétomètre s'avère plus efficace que la fouille corporelle. En Turquie, lors de transfert des détenus d'un établissement pénitentiaire à l'autre, suite au signal sonore répété émis par le portique équipé d'un magnétomètre, des radiographies ont été prises et ont révélé que les détenus avaient avalé des téléphones portables emballés dans des sacs en plastique, qui ont été enlevés par la suite par une intervention médicale. <http://www.hurriyet.com.tr/gundem/9197820.asp?gid=229&sz=4662>, du 17 juin 2008.

¹⁰⁸¹ Règles pénitentiaires européennes (2006), p. 83.

En droit turc, le principe des fouilles est posé à l'art. 36 LEPM. Cette disposition se borne à préciser que les fouilles inopinées aussi bien du corps que des effets personnels du détenu peuvent s'effectuer à tout moment. Les fouilles seront réalisées, en tout cas, une fois par mois. Malgré les inquiétudes nées du caractère quasi systématique des fouilles inopinées telles que disposées dans la loi, il faut se réjouir des critères apportés à la fouille corporelle dans le Décret en Conseil d'Etat, qui complètent le principe posé à l'art. 36 LEPM des modalités de déroulement de la fouille corporelle des détenus désormais imposées.

Il n'est pas erroné de dire que le droit turc, en ce qui concerne la fouille intime, est en avance sur les dispositions du droit suisse en remplaçant la notion de soupçon, notion vague, par celle d'«*indice sérieux et plausible faisant présumer*» que le détenu cache sur lui des objets ou substances interdits. L'existence d'un indice ne suffit pas à justifier à lui seul une fouille corporelle intégrale ; il faut qu'elle soit estimée nécessaire par le supérieur hiérarchique de l'administration pénitentiaire.

Nonobstant la disposition de la LEPM, il sied de préciser qu'au vu de l'article 20 de la Constitution turque de 1982, la fouille intime ne peut être effectuée qu'en vertu d'une décision dûment rendue par un juge ou, dans les cas où un retard serait préjudiciable, en vertu d'un ordre écrit de l'autorité habilitée à cet effet par la loi. Dans le cadre de la fouille corporelle, lorsqu'il y a un indice faisant présumer que le détenu cache un objet ou une substance interdite, on peut parler d'un retard préjudiciable: dans ce cas, l'autorité habilitée pour rendre un ordre écrit sera le procureur de la République auprès de l'établissement carcéral. La décision de l'autorité compétente sera soumise par la suite à l'approbation du juge dans les vingt-quatre heures. Le juge doit statuer dans les quarante-huit heures, faute de quoi celle-ci est levée de plein droit.

En tout état de cause, le supérieur hiérarchique qui ordonne la fouille des cavités intimes et le médecin qui l'effectue, sans une décision du procureur auprès de l'établissement pénitentiaire, risquent une peine d'emprisonnement de trois mois à un an en

vertu de l'art. 287 du CPTR¹⁰⁸² qui incrimine tout examen des organes génitaux, sans une décision du juge ou du procureur compétent, à l'exception des examens en cas de maladie transmissible.

Les deux ordres juridiques font la distinction concernant le déroulement des fouilles corporelles simples et des fouilles intimes. Il est évident que plus le degré d'intimité atteint est intrusif plus la fouille corporelle doit s'effectuer de manière professionnelle et non traumatisante. Elles doivent avoir lieu en l'absence d'autres détenus¹⁰⁸³.

Si l'examen ne se limite pas à la surface du corps ou aux orifices corporels qui peuvent être contrôlés sans examen médical, en droit suisse et en droit turc, il doit, comme toute intervention à l'intérieur du corps, être confié à un médecin¹⁰⁸⁴.

¹⁰⁸² Art. 287: «(1) Celui qui, sans une décision du juge ou du procureur compétent, envoie une personne à un examen des organes génitaux ou effectue un tel examen sera puni d'une peine d'emprisonnement de trois mois à un an d'emprisonnement. (2) L'alinéa susmentionné ne s'applique pas aux examens effectués, conformément aux lois et règlements, qui visent à protéger la santé publique en ce qui concerne les maladies transmissibles».

¹⁰⁸³ Art. 85 al. 2 CPS. Toutefois, dans le rapport explicatif de la règle 54.7 des Règles pénitentiaires européennes de 2006, il est précisé que les détenus ne devraient jamais avoir à se dévêtir complètement pour les besoins d'une fouille.

¹⁰⁸⁴ Dans le même sens, les Règles pénitentiaires européennes de 2006 précisent que si des fouilles corporelles sont effectuées par un médecin, une attention particulière devrait être accordée à la Déclaration de l'Association médicale mondiale sur la fouille corporelle des prisonniers adoptée par la 45^e Assemblée médicale à Budapest en octobre 1993 et révisée par la 170^e Session du Conseil, à Divonne-les-Bains, France, en mai 2005. Cette déclaration préconise que «les autorités publiques responsables doivent veiller à ce que les personnes qui procèdent à la fouille possèdent les connaissances et les compétences médicales suffisantes pour pouvoir l'effectuer en toute sécurité». La Déclaration impose aux autorités de désigner un médecin autre que celui de l'établissement pénitentiaire chargés des soins aux détenus, au quotidien, pour effectuer la fouille corporelle car «l'obligation du médecin de pourvoir aux soins médicaux ne saurait être compromise par une obligation de coopérer au système de sécurité des prisons». L'approche du Conseil international des infirmières (CII) sur le rôle des infirmières dans les soins en prison et aux détenus adoptée en 1998 est identique. Le CII préconise que «les infirmières employées dans les services de santé de l'administration pénale n'ont pas à assumer de fonctions de gardiennes de prison, telle que la fouille corporelle entreprise pour des raisons de sécurité carcérale». Cf. également les paragraphes 72 et 73 de l'Annexe de la Recommandation R(98)7 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe. A ce

La fouille intime, acte non médical, de caractère technique, pourrait être accomplie toutefois par un médecin ou du personnel médical du sexe opposé. Le fait que ces personnes appartiennent au corps médical «*relègue à l'arrière plan l'appartenance de cette personne au sexe féminin ou masculin*»¹⁰⁸⁵. Il s'agit du professionnalisme de la personne qui l'exécute, habituée à traiter des personnes des deux sexes.

Bien que la fouille corporelle confiée au médecin ne soit pas un acte médical, le problème du consentement du détenu se pose. Il s'agit d'une atteinte à son intégrité corporelle. En milieu carcéral, il est évident que le détenu ne consent pas à un tel acte de manière libre et éclairée. Le refus de soumission est sanctionné disciplinairement. C'est aussi l'approche du CPT, qui affirme que «*le prisonnier n'est pas vraiment en mesure de s'y refuser, même s'il est inadmissible que des moyens de contrainte ou de pression excessifs soient exercés sur lui*»¹⁰⁸⁶.

A cet égard, le droit turc propose de procéder un deux temps. Lors d'une fouille avec déshabillage¹⁰⁸⁷, si le surveillant aperçoit un objet ou une denrée dans un orifice corporel du détenu, le détenu sera prié de le retirer lui-même manuellement. Si le détenu refuse de coopérer, le médecin pénitentiaire interviendra pour effectuer un examen à l'intérieur du corps. D'un premier point de vue, cette disposition semble prendre en considération le consentement du détenu, mais ce n'est que du trompe-l'œil. En cas de refus, le détenu sera contraint à une fouille. S'il refuse de subir une fouille, il se verra privé de visite, en guise de sanction disciplinaire, selon

propos, JENDLY (2005) propose l'institutionnalisation d'un médecin pénitentiaire expert pour toutes les demandes d'ordre expertal, telles que les fouilles intimes, qui sont requises dans le cadre de l'exécution de la peine par une autorité administrative ou judiciaire.

¹⁰⁸⁵ Arrêt de la Cour Constitutionnelle jurassienne du 3 juin 2005 dans une procédure consécutive à la requête en contrôle de la validité de l'ordonnance sur les établissements de détention et du règlement des établissements de détention du 21 décembre 2004 déposée par le Groupe parlementaire CS POP, publié dans RJJ 4/2005, p. 280.

¹⁰⁸⁶ Voir aussi, CPT(2001) 66; CPT(2001) 51.

¹⁰⁸⁷ La fouille, en droit turc s'effectue en deux temps; il n'est pas demandé au détenu de se déshabiller entièrement: il doit tout d'abord ôter les vêtements du haut, puis, une fois qu'il se sera rhabillé, il enlèvera les vêtements du bas.

l'art. 43 LEPM. Le détenu qui se révolte contre la fouille sera mis en isolement en vertu de l'art. 44 LEPM.

En droit suisse, aussi bien dans le CPS que dans les législations cantonales sur l'exécution des peines, l'insubordination constitue une infraction disciplinaire¹⁰⁸⁸. Le refus du détenu de se plier à la fouille corporelle sera considéré comme un manquement au devoir de respecter la législation et les instructions et aura pour conséquence l'application de sanctions disciplinaires.

Dans ces conditions, pour les deux ordres juridiques, il est évident qu'on ne peut pas parler d'un consentement libre du détenu.

En droit suisse, les législations cantonales ont adopté le modèle de l'art. 85 CPS sur le déroulement de la fouille corporelle. Seuls les cantons de Genève et du Tessin ne précisent pas les modalités de la fouille corporelle. Néanmoins, la disposition tessinoise qui prévoit d'effectuer les fouilles dans le respect de la dignité humaine est la seule disposition qui se réfère à cette notion¹⁰⁸⁹.

Au sens du droit cantonal, tout détenu est fouillé lors de son entrée dans l'établissement. En outre, certaines législations cantonales admettent la possibilité de fouilles inopinées. Tel est le cas dans les cantons de Genève et de Neuchâtel¹⁰⁹⁰. Selon la législation

¹⁰⁸⁸ Les art. 42 et 47 du Règlement sur le régime intérieur de la prison et le statut des personnes incarcérées du 30 septembre 1985 du canton de Genève (RSG F 1 50.04) ; l'art. 47 du Regolamento sull'esecuzione delle pene e delle misure per gli adulti (del 6 marzo 2007) (RST 4.2.1.1.1) ; l'art. 31 de l'Ordonnance concernant l'exécution des peines et des mesures du canton du Jura du 6 mars 2007 (RSJU 341.111) ; l'art. 70 de la Loi sur l'exécution des peines privatives de liberté et des mesures pour les personnes adultes (LPMA) du 19 octobre 2007 du canton de Neuchâtel, (RSN 351.0) ; l'art. 53 du Règlement sur les établissements de détention dans le canton du Valais du 10 décembre 1993 (RSVS 340.200) ; l'art. 214 du Règlement vaudois sur le statut des condamnés exécutant une peine privative de liberté et les régimes de détention applicables du 24 janvier 2007 (RSVD 340.01.1) ; l'art. 31 du Règlement fribourgeois des prisons du 12 décembre 2006 (RSF 341.2.11).

¹⁰⁸⁹ L'art. 53 du Regolamento sull'esecuzione delle pene e delle misure per gli adulti del 6 marzo 2007 (RST 4.2.1.1.1).

¹⁰⁹⁰ L'art. 61 de la loi sur l'exécution des peines privatives de liberté et des mesures pour les personnes adultes (LPMA) du 19 octobre 2007 du canton de Neuchâtel.(RSN 351.0) ; l'art. 46 du Règlement sur le régime intérieur de la

jurassienne, la fouille corporelle peut toujours être réalisée «*si les circonstances le justifient*»¹⁰⁹¹. Cette condition est substantiellement différente de celle figurant à l'art. 85 CPS. Seul le Règlement sur le statut des condamnés du canton de Vaud précise les conditions de la fouille : les fouilles sont réalisées par principe lorsque le détenu est en déplacement dans la prison: visite, transfèrement, isolement cellulaire¹⁰⁹².

La fouille corporelle des travestis et transsexuels est susceptible de poser un problème très délicat à résoudre. Une telle question, à notre connaissance, n'a pas fait objet de recours devant la Cour EDH. Les Règles pénitentiaires européennes de 2006 ne contiennent aucune disposition à ce sujet, ni les droits suisse et turc. A défaut de lignes directrices¹⁰⁹³ dans les deux ordres juridiques, il sera approprié de recourir à un médecin pour la fouille intime sans ou avec examen des orifices corporels.

(2) Les visiteurs

Les fouilles corporelles en prison ne concernent pas seulement les détenus, mais également la famille et d'autres visiteurs. Le principe du respect de la dignité humaine s'applique *a priori* aux personnes qui rendent visite aux détenus.

Tel est la position de la Cour EDH, dans l'arrêt *Wainwright c. Royaume-Uni*¹⁰⁹⁴ du 26 septembre 2006. Les visiteurs devaient se soumettre à une fouille corporelle avant d'être autorisés à rendre visite à un membre détenu de leur famille qui était soupçonné de consommer de la drogue. Ces fouilles s'inscrivaient dans le cadre

prison et le statut des personnes incarcérées (RRIP) du 30 septembre 1985 du canton de Genève (RSG F 1 50.04).

¹⁰⁹¹ L'art. 17 de l'Ordonnance sur les établissements de détention du canton du Jura du 21 décembre 2004 (RSJU 342.11)

¹⁰⁹² Art. 8; art. 121.

¹⁰⁹³ Voir les lignes directrices adoptées par la police londonienne. Metropolitan Police guidelines: Advice for officers dealing with transsexuals and transvestites (1995).

¹⁰⁹⁴ Cour EDH, *Wainwright c. Royaume-Uni*, n° 12350/04, arrêt du 26 septembre 2006.

d'une politique visant à mettre fin au problème récurrent de la drogue dans l'établissement pénitentiaire. Cependant, la Cour EDH a constaté que la légitimité du but poursuivi ne soustrait en rien les autorités pénitentiaires à leur obligation d'agir dans le strict respect des règles en vigueur et en ayant égard à la dignité des personnes concernées, qu'elles ne peuvent soumettre à un traitement dégradant. Dans cette affaire, ces deux conditions du fait du laxisme des fonctionnaires de la prison n'ont pas été respectées: le formulaire réglementaire de consentement à la fouille n'avait été présenté qu'après coup et la règle selon laquelle la personne contrôlée ne doit être à aucun moment complètement dévêtue et ne doit pas pouvoir être vue à travers une vitre avait été négligée. La Cour EDH a conclu à la violation de l'article 8.

La législation suisse¹⁰⁹⁵ et la législation turque¹⁰⁹⁶ connaissent la fouille corporelle par palpation des visiteurs. Il est évident que ces personnes ne relèvent d'aucune autorité pénitentiaire¹⁰⁹⁷. Il s'agit d'une atteinte à leur liberté personnelle et à leur droit à la vie privée.

Il n'entre pas dans nos projets de nous attarder sur cette question. Nous nous bornerons à préciser qu'en droit suisse, aux yeux du Tribunal fédéral, l'obligation, pour le visiteur, de se soumettre à un

¹⁰⁹⁵ Le CPS ne contient pas de disposition sur la fouille des visiteurs. Les législations cantonales connaissent une telle mesure. Il convient de noter que seul l'art. 51 al. 4 du Règlement fribourgeois prévoit le consentement du visiteur. L'art. 84 du règlement vaudois prévoit que des mesures de sécurité peuvent être prises envers les visiteurs. L'art. 75 du règlement du canton du Valais précise que la direction peut ordonner une fouille lorsque cette mesure paraît nécessaire et proportionnée. Dans les législations jurassienne et tessinoise, il n'existe aucune disposition sur la fouille des visiteurs. L'art. 7 du règlement genevois qui impose aux visiteurs le devoir de se conformer aux ordres de la direction permet de les fouiller. L'art. 53 al. 4 de la loi pénitentiaire neuchâteloise soumet les fouilles des visiteurs aux mêmes conditions que la fouille des détenus.

¹⁰⁹⁶ Art. 86 LEPM. Aux termes de cette disposition, le contrôle des visiteurs s'effectue en trois temps; d'abord par le biais d'un portique équipé d'un magnétomètre; si l'appareil émet des signaux sonores, par un détecteur de métaux et en dernier recours, par une fouille par palpation, à condition que le visiteur donne son consentement à une telle fouille. Faute de quoi, les visiteurs ne peuvent pas entrer dans l'établissement pénitentiaire.

¹⁰⁹⁷ REYES (2006), p. 398.

contrôle de sécurité selon les modalités prévues ne constitue pas une atteinte grave à la liberté personnelle¹⁰⁹⁸.

En droit turc, de toute manière, il ne serait pas possible d'assujettir le visiteur à une fouille corporelle sans une décision dûment rendue par un juge, aux termes de l'art. 20 de la Constitution de 1982. A défaut d'un retard préjudiciable, une telle fouille ne pourrait être effectuée que sur ordre écrit de l'autorité compétente.

Si on examine la question sous l'angle du droit du détenu à nouer et développer des relations avec ses semblables et le monde extérieur, il faut bien admettre que cette mesure en restreint l'exercice. De ce fait, il s'agira d'un manquement à l'obligation positive de l'Etat en matière de contacts avec l'extérieur.

Comme l'indique la règle 54.9 des Règles pénitentiaires européennes de 2006, il échet de maintenir un équilibre entre l'obligation de protéger la sécurité de la prison et le droit du visiteur au respect de son intimité. Cela, afin de garantir les visites. Même la fouille des visiteurs professionnels peut s'avérer nécessaire. Dans ce cas, l'administration pénitentiaire doit veiller à ne pas porter atteinte à leur droit à la confidentialité, notamment par la définition d'un protocole de fouilles élaboré de concert avec les organismes professionnels compétents.

b) La fouille de la cellule et des effets personnels

A défaut d'une sphère privée, la cellule, le logement de la personne incarcérée, devient «*son espace privé, son territoire, lui-même*»¹⁰⁹⁹. Le détenu assimile sa cellule à un substitut de domicile

¹⁰⁹⁸ ATF 130 I 65.

¹⁰⁹⁹ COULON (2001), p. 839. FOUCAULT souligne que «*l'espace disciplinaire tend à se diviser en autant de parcelles qu'il y a de corps ou d'éléments à répartir*». FOUCAULT (1975), pp. 147-149 : «*(...) Les disciplines en organisant les «cellules», «les places», et «les rangs» fabriquent des espaces complexes: à la fois architecturaux, fonctionnels et hiérarchiques. Ce sont des espaces qui assurent la fixation et permettent la circulation; ils découpent des segments individuels et établissent des liaisons opératoires; ils marquent des places et indiquent des valeurs; ils garantissent l'obéissance des individus, mais aussi une meilleure économie du temps et des gestes*».

où il se sent en sécurité¹¹⁰⁰. L'intrusion dans la cellule du détenu provoque chez lui, en réaction, un sentiment d'agressivité¹¹⁰¹ qui se transforme en une source de conflit entre le détenu, voulant farouchement sauvegarder cette parcelle d'intimité, et l'administration pénitentiaire. Cependant, le milieu carcéral prime la «*sécurité objective*» au détriment de la «*sécurité subjective*»¹¹⁰². Il est évident que le contrôle de la cellule et des effets personnels du détenu constitue une atteinte aux droits de la personnalité¹¹⁰³. Cependant, la surveillance qui règne dans le milieu carcéral exclut toute idée de domicile inviolable. La cellule du détenu n'est juridiquement pas considérée comme son domicile. La Cour EDH le confirme: selon sa jurisprudence seul l'endroit où la personne mène «*sa vie privée à titre exclusif*»¹¹⁰⁴ est protégé.

Comme dans le cas de la fouille corporelle, la fouille du logement et des effets personnels du détenu doit se baser sur une réglementation claire, au sens de l'art. 8 CEDH et le principe de proportionnalité doit être respecté. Une telle fouille ne doit s'effectuer qu'à la condition qu'il existe un motif suffisant.

Pour apaiser les tensions et pour garantir un minimum de protection, la fouille de la cellule du détenu doit se dérouler conformément au respect de la dignité humaine. Le détenu doit normalement assister à la fouille de sa cellule et de ses effets personnels. C'est l'approche des Règles pénitentiaires de 2006. Dans la même ligne, en droit turc, l'art. 46 al. 1 du Décret en Conseil d'Etat impose la présence du détenu lors de la fouille de sa cellule et de ses effets personnels.

En droit suisse, l'art. 85 du CPS ne mentionne pas la présence du détenu lors de l'inspection de son logement et de ses effets personnels. Il en va de même de la plupart des législations cantonales. Seul le règlement du canton de Vaud prévoit à son article 122 que dans la mesure du possible les détenus assistent au contrôle de leur logement. Lorsque tel n'est pas le cas, ils seront informés de l'inspection et, le cas échéant, de l'objet retiré lors

¹¹⁰⁰ RABILLIER (2002), p. 81.

¹¹⁰¹ COULON (2001), p. 841.

¹¹⁰² COULON (2001), p. 839.

¹¹⁰³ FF 1999 1926.

¹¹⁰⁴ MOCK (1998), p. 243.

d'une telle inspection. Aux yeux du Tribunal fédéral, ordonner le contrôle de la cellule en l'absence du détenu est admissible, s'il est commandé par des raisons objectives. Une telle fouille n'est pas contraire à la Constitution et à la CEDH¹¹⁰⁵.

Nous estimons qu'en droit suisse, la législation doit être modifiée en vue de prévoir la présence du détenu lors des inspections de son logement et de ses effets personnels.

2.2. La surveillance audio-visuelle du détenu

Le placement du détenu sous surveillance permanente audio-visuelle par la captation de sons et/ou d'images représente une atteinte grave au respect de la vie privée. Selon la jurisprudence de la Cour EDH, la captation de conversations ou d'images par l'intermédiaire d'appareils d'enregistrement audio-visuel peut porter atteinte à la vie privée des personnes, y compris parfois dans un lieu public¹¹⁰⁶. Ce n'est donc pas parce que le détenu se trouve en prison que la protection de l'art. 8 CEDH en matière de captation de conversations ou d'images disparaît. Ainsi, cette protection s'étend aux lieux de détention¹¹⁰⁷.

La Cour EDH a eu l'occasion de se prononcer sur la question de la compatibilité d'enregistrements réalisés dans les «espaces d'intimités» en détention dès 2002¹¹⁰⁸. Dans cette affaire, des enregistrements audio et vidéo avaient été réalisés à l'insu de la personne concernée, à la fois dans sa cellule et au parloir. En l'absence de dispositions légales ou d'une jurisprudence adéquate, la Cour EDH avait constaté la violation de l'art. 8. A l'époque des faits concernés, aucun système légal ne régissait l'emploi par la police de dispositifs d'enregistrement¹¹⁰⁹. La surveillance audio-visuelle doit donc se fonder sur une base légale d'une précision

¹¹⁰⁵ Traduction de l'arrêt du 31 mars 1995, Ire Cour de droit public (Urteil vom 31. März 1995, I. Oeffentlichrechtliche Abteilung) (VS), (RVJ 1996, p. 16-28, cons. 16, p. 20).

¹¹⁰⁶ Cour EDH, *Peck c. Royaume-Uni*, 44647/98, arrêt du 28 janvier 2003.

¹¹⁰⁷ CERE (2006), p. 128.

¹¹⁰⁸ Cour EDH, *Allan c. Royaume-Uni*, n° 48539/99, arrêt du 5 novembre 2002.

¹¹⁰⁹ Cour EDH, *Van der Graaf c. Pays-Bas*, n° 8704/03, décision du 1^{er} juin 2004.

particulière : dans ce domaine aussi, l'existence de règles claires et détaillées apparaît indispensable¹¹¹⁰.

C. Retour à la théorie des limitations implicites?

Comme indiqué ci-dessus, la Cour EDH rejette la notion de «limitations implicites» dans le contexte de l'article 8 CEDH¹¹¹¹. Toutefois, certaines situations impliquent des restrictions que la Cour EDH est susceptible de permettre, car elles sont inhérentes à une situation spécifique ou un statut, comme celui du détenu. Cela ne signifie pas, cependant, que, dans ces cas, l'examen dans le cadre du deuxième paragraphe n'est plus d'actualité, mais seulement qu'il implique que l'État peut être confronté à une attitude moins sévère de la part de la Cour EDH. En réalité, cependant, l'examen en vertu du deuxième paragraphe n'est que très superficiel ou n'existe tout simplement pas¹¹¹².

L'on peut donc se demander si la jurisprudence n'est pas revenue dans une certaine mesure à la doctrine des limitations implicites¹¹¹³. La Cour EDH, en recherchant si une ingérence dans l'exercice du droit d'un condamné détenu au respect de sa correspondance était «nécessaire» à la poursuite de l'un des buts énumérés à l'article 8 § 2, estime que les «*exigences normales et raisonnables de la détention*»¹¹¹⁴ peuvent justifier des ingérences plus grandes à l'égard d'un détenu que d'une personne en liberté.

Comme l'indique fort à propos TRECHSEL, «*il n'est pas possible de dire quels sont les exigences normales et raisonnables de l'emprisonnement*»¹¹¹⁵. Les exigences normales et raisonnables de la privation de liberté pourraient s'apprécier en tenant compte des buts de la privation de liberté¹¹¹⁶, buts multiples¹¹¹⁷, et il incombe

¹¹¹⁰ Cour EDH, *Van der Graaf c. Pays-Bas*, voir note de HENNION-JACQUET (2005).

¹¹¹¹ Voir supra, pp. 174 ss.

¹¹¹² VAN DIJK/VAN HOOFF/VAN RIJN/ZWAAK (2006), p. 749.

¹¹¹³ VELU/ERGEC (1990), p. 560.

¹¹¹⁴ Cour EDH, *Silver et autres c. Royaume-Uni*, arrêt précité, § 98 ; Cour EDH, *Golder c. Royaume-Uni*, arrêt précité, § 45.

¹¹¹⁵ TRECHSEL (1994), p. 36.

¹¹¹⁶ TRECHSEL (1994), p. 36.

aux autorités nationales de décider lequel de ces buts doit être privilégié. Cette approche pourrait entraîner l'application à des détenus d'autres critères que ceux appliqués aux citoyens libres, ce qui pourrait par la suite conduire la Cour EDH à réintroduire la théorie des limitations implicites¹¹¹⁸. Or, la conception moderne de l'exécution de la peine privative de liberté privilégie le but de resocialisation. Dans ce but, les autorités pénitentiaires doivent minimiser les souffrances inhérentes à l'incarcération, notamment par le maintien de contacts avec l'extérieur.

De surcroît, la confrontation des intérêts penche en faveur des impératifs liés au maintien de l'ordre, à la sûreté et à la sécurité de la prison au moyen de la surveillance et de restrictions des communications de toutes sortes à l'intérieur de la prison¹¹¹⁹. Ces impératifs impliquent «*sinon la lecture ou une censure de la correspondance, tout au moins un droit de regard de l'administration*»¹¹²⁰. Le contrôle de la correspondance par l'administration pénitentiaire constitue dès lors un droit, mais aussi un devoir. Il s'agit d'un moyen parmi d'autres de garantir notamment la discipline et la sécurité au sein de l'établissement. Le principe de «*l'inviolabilité de la correspondance*»¹¹²¹ est alors renversé par les contraintes de la prison. Des ingérences étatiques dans les relations épistolaires des détenus sont admises, pour autant que les conditions de la licéité de l'atteinte au droit au respect de la correspondance soient réunies.

Les Règles pénitentiaires de 2006 ne vont pas plus loin en la matière. En ce qui concerne le contact avec le monde extérieur, la Règle 24 admet que les communications de toutes sortes peuvent être restreintes et surveillées pour des impératifs liés au bon ordre, à la sûreté et à la sécurité de la prison. Cependant, la Règle fait une distinction entre le «contrôle pénitentiaire» et le «contrôle judiciaire»¹¹²². Quand il faut restreindre la correspondance en vue de répondre aux besoins des investigations pénales en cours, de

¹¹¹⁷ Voir infra pp. 364 ss.

¹¹¹⁸ TULKENS F. (2002a), p. 67.

¹¹¹⁹ COUV RAT (2000), p. 271.

¹¹²⁰ COUV RAT (2000), p. 271 ; JENDLY (2005), p. 269.

¹¹²¹ Cf. notamment KAYSER (1996).

¹¹²² Pour les notions de contrôle pénitentiaire et de contrôle judiciaire, voir notamment PRADEL (1987), p. 264.

prévenir la commission de nouvelles infractions et de protéger les victimes des infractions, il s'agit de restrictions de ce type. La décision d'une juridiction devrait donc être requise avant toute imposition de restrictions fondées sur de tels motifs¹¹²³.

Nous sommes de l'avis opposé : quand il s'agit d'un contrôle pénitentiaire, une prudence particulière s'impose, car ce type d'ingérence dans la correspondance du détenu ne bénéficie pas dès le début d'une protection accordée par un juge ; au contraire, le contrôle judiciaire n'interviendra qu'une fois la violation réalisée. La surveillance doit elle aussi être proportionnée à la menace que représente une forme de communication donnée. Elle ne doit pas servir à restreindre indirectement les communications. Les difficultés particulières et le retard que pourrait rencontrer un détenu parlant dans une langue qui n'est pas la sienne devraient être minimisés. Ainsi, les restrictions aux communications par l'autorité pénitentiaire doivent être réduites au minimum.

III. Conclusion liminaire: Nécessaire réconciliation avec la dignité humaine

L'invocation de la notion de dignité humaine en ce qui concerne le respect de la vie privée du détenu prend une résonance particulière. Dès son incarcération, le détenu se voit privé d'une grande partie de son intimité. L'enjeu autour de la vie privée se voit alors redoublé dans cet espace clos, car le détenu fait l'objet de fouilles corporelles, de l'œilleton, et de la surveillance au parloir¹¹²⁴ qui constituent des ingérences dans sa vie privée. Il se sent surveillé, observé et jugé et il surveille, épie et juge à son tour¹¹²⁵. Ainsi, le détenu se voit obligé de participer à la violation de sa propre vie privée en soumettant, par exemple, son courrier à une éventuelle censure, car le refus de le faire signifiera la

¹¹²³ Règles pénitentiaires européennes (2006), p. 55.

¹¹²⁴ JENDLY (2005), p. 118.

¹¹²⁵ Pour reprendre la formule de BENTHAM: «*Le détenu est sous l'œil du gardien, le gardien sous l'œil du directeur, la prison sous l'œil du peuple*». Voir aussi, CORMIER (1975), p. 10; BENGUIGUI (1997), p. 6; LE CAISNE (2000), p. 85; CASADAMONT/PONCELA (2004), pp. 212 ss; JENDLY (2005), p. 117.

privation du droit à maintenir des contacts avec le monde extérieur¹¹²⁶. De surcroît, loin des siens, le détenu souffre de solitude¹¹²⁷ affective, sexuelle¹¹²⁸, sensorielle, spatio-temporelle¹¹²⁹ et permanente. Le souci du maintien de l'ordre et de la sécurité au détriment de l'intimité de la personne incarcérée exclut toute idée de domicile inviolable¹¹³⁰. A défaut de lieux de travail, de loisirs et de repos individuel¹¹³¹, «*l'absence d'intimité s'inscrit aussi dans l'espace et le temps*»¹¹³².

L'image du détenu en tant que personne de valeur s'affaiblit. L'absence de sphère privée incite le détenu à adopter différents modes de processus d'intégration, caractérisés par l'intensité ou la forme de communication engagée vis-à-vis des autres détenus ou du personnel pénitentiaire¹¹³³. Il s'identifie aux normes et aux valeurs des autres détenus. Comme tout autre groupe social, les détenus auraient une culture que CLEMMER décrit comme un mode de vie ou de pensée qui n'est pas particulièrement personnel, mais qui peut être caractérisé comme un ensemble commun d'attitudes pouvant avoir des répercussions sur les comportements et modes de vie. Ce processus que CLEMMER définit en tant que «*prisonnisation*»¹¹³⁴ inclut notamment le fait d'apprendre suffisamment à connaître la culture pour s'identifier à l'environnement, c'est-à-dire à un environnement qui entraîne une privation de liberté, la perte de possession, l'incapacité à avoir des

¹¹²⁶ SCHWARTZ (1972), p. 235.

¹¹²⁷ Dans le même sens MONTANDON/CRETIAZ (1981), p. 221; JENDLY (2005), p. 118.

¹¹²⁸ Voir supra, p. 175 ss.

¹¹²⁹ Sur la question du temps en prison, voir MOTTE DIT FALISSE (2004) et d'espace voir PAUCHET (1984).

¹¹³⁰ RABILLIER (2002), p. 80.

¹¹³¹ GARAPON/SALAS (1996).

¹¹³² BESSIN/LECHIEN (2002), p. 70. Les auteurs évoquent jusqu'au déni d'intimité.

¹¹³³ Sur l'adaptation à l'institution, GOFFMANN (1968) introduit la distinction entre «*les adaptations primaires*» et «*les adaptations secondaires*»; les premières tournées vers la logique de l'institution et les secondes, dont la logique vient du reclus lui-même. Voir MARY (1989), ROBERT/KELLENS (1973), YARSUVAT (1984). Sur les stratégies d'adaptation des détenus, lire aussi LHUILIER/LEMISZEWKA (2001), pp. 160 ss et POULALION (2004) qui évoque «*une culture des résistances carcérales*».

¹¹³⁴ Utilisé pour la première fois par CLEMMER (1940), ce terme a été traduit par LEMIRE (1990), comme «*prisonnisation*».

relations hétérosexuelles, une perte d'autonomie et l'obligation de fréquenter d'autres criminels¹¹³⁵.

Toutefois, il existe un autre processus qui a été également observé, défini sous le terme d'atomisation¹¹³⁶. Il s'agit d'«*un type de changement renforcé par un isolement interindividuel, remettant ainsi en cause la notion même de culture carcérale et relativisant l'universalisme clemmerien du phénomène de prisonniérisation*»¹¹³⁷. Cette situation conduit à un cercle vicieux. L'absence de vie privée est parmi les composantes de cette sous-culture qui incite à son tour l'administration pénitentiaire à adopter une surveillance accrue. La prison respecte alors la vie privée de ses occupants dans la mesure où cela est compatible avec ses objectifs et ses moyens. Tout cela, pour montrer que les immixtions dans la vie privée découlent de l'institution, mais non pas du statut juridique des personnes qui s'y trouvent¹¹³⁸. Même si le détenu continue à jouir du droit au respect de la vie privée, l'exercice en est bafoué à tel point que son respect devient, dans certains cas, non imposable à un système construit autour de la présupposition de son absence. Les exigences normales et raisonnables de l'incarcération, on l'a vu, légitiment très fréquemment une ingérence dans la vie privée du détenu. De ce fait, cette ingérence ne tient pas compte de ses conséquences concrètes et risque ainsi de porter atteinte à la dignité du détenu.

A partir de la considération de la Cour EDH selon laquelle, «*la sauvegarde de la stabilité mentale est un préalable inéluctable à la jouissance effective du droit au respect de la vie privée*»¹¹³⁹, nous proposons plus de respect pour le corps et l'âme du détenu. Autrement dit, plus de respect de sa vie privée, en primant l'idée du respect de sa dignité au détriment de l'ordre et de la sécurité, tout en étant conscient qu'une telle inversion de priorité fera peser

¹¹³⁵ SYKES (1958) appelle ce phénomène les «affaires de l'incarcération». Dans le même sens LEMIRE/VACHERET (2007), p. 47.

¹¹³⁶ VACHERET (2002), p. 100.

¹¹³⁷ Selon COOLEY (2002), ces deux processus feraient partie d'une seule et même dynamique. Ainsi, il qualifie la prison de milieu partiellement instable, où ni la discorde ni l'harmonie ne règnent, soutenant ainsi un relativisme culturel. Voir aussi CABELGUEN (2006).

¹¹³⁸ SCHWARTZ (1972), p. 230.

¹¹³⁹ Cour EDH, *Bensaid c. Royaume-Uni*, n° 44599/98, arrêt du 6 février 2001, § 47.

un lourd fardeau sur l'organisation institutionnelle. Mais nous sommes d'avis que ce renforcement du respect de la vie privée par le biais du rôle de bouclier de la dignité humaine, peut instaurer un climat de confiance et aider à éviter la tension et l'hostilité que son absence entraîne. Il nous semble que lorsqu'on fait une pesée d'intérêts, plus de respect pour la vie privée du détenu peut être dans l'intérêt de l'institution ainsi que de ses occupants. Si le respect absolu de la vie privée du détenu peut entraver l'ordre et la sécurité, la promotion de la dignité humaine peut rendre moins nécessaire le recours à leur renforcement. Mais il s'agit d'une proposition hypothétique dont la démonstration dépend d'une vérification empirique, que nous ne pouvons que mentionner.

§ 4. Les droits intellectuels et sociaux des détenus

I. Liberté de pensée, de conscience et de religion

A. Un droit pleinement acquis

A l'instar d'autres droits fondamentaux, le détenu jouit de la liberté de religion, consacrée aussi bien par des instruments internationaux que par des textes constitutionnels. Garantie à l'art. 18 DUDH, à l'art. 18 du Pacte ONU II ainsi qu'à l'art. 9 CEDH¹¹⁴⁰, la liberté de pensée, de conscience et de religion impose le respect de l'indépendance spirituelle de l'individu par les autorités publiques¹¹⁴¹. Cette liberté a une double dimension: une dimension interne qui protège le for intérieur¹¹⁴², les convictions personnelles et la croyance religieuse, ainsi qu'une dimension extérieure qui implique le droit de manifester sa religion par le culte,

¹¹⁴⁰ Aux yeux de la Cour EDH, la liberté de religion est «l'une des assises d'une société démocratique». Elle reflète ainsi «le véritable pluralisme religieux caractéristique d'une société démocratique». Voir Cour EDH, *Kokkinakis c. Grèce*, n° 14307/88, arrêt du 25 mai 1993, § 31, série A n° 260-A; Cour EDH, *Manoussakis et autres c. Grèce*, n° 18748/91, arrêt du 26 septembre 1996, § 44, Recueil 1996-IV.

¹¹⁴¹ SUDRE (2008), p. 509.

¹¹⁴² La dimension interne constitue «un des éléments les plus vitaux contribuant à former l'identité des croyants et leur conception de vie» voir Cour EDH, *Otto-Preminger Institut c. Autriche*, n° 13470/87, arrêt du 20 septembre 1994, § 47, série A n° 295-A. La Cour EDH fait de cette dimension le noyau intangible de la liberté de pensée et étend son champ d'application à toutes convictions relatives «à un aspect grave et important de la vie et de la conduite de l'Homme» voir Cour EDH, *Campbell et Cosans c. Royaume-Uni*, n° 7511/76; 7743/76, arrêt du 25 février 1982, § 36 série A n° 48. Pour la différence de convictions, de simple opinion, voir Cour EDH, *Hasan et Eylem Zengin c. Turquie*, n° 1448/04, arrêt du 9 octobre 2006. Dans le même sens, CDH, *Mabet et al c. Canada*, décision du 8 avril 1994, A/49/40, p. 350, n° 570/1993: «Une croyance qui consiste essentiellement ou exclusivement dans le culte et la distribution de stupéfiant ne saurait entrer dans le champ d'application de l'art 18 Pacte ONU II». La garantie de l'art. 9 couvre tous les croyants ainsi que «les athées, les agnostiques, les sceptiques ou les indifférents», Cour EDH, *Kokkinakis c. Grèce*, arrêt précité § 31.

l'enseignement, les pratiques religieuses et l'accomplissement des rites¹¹⁴³.

La protection accordée à la liberté de religion par l'art. 15 de la Constitution suisse¹¹⁴⁴ et l'art. 24 de la Constitution turque s'inscrit dans la ligne de la garantie de l'art. 9 CEDH. Dans les deux ordres juridiques, ladite liberté protège tant la dimension interne qu'externe¹¹⁴⁵.

La dimension interne constituant le noyau intangible de la liberté de religion, seule la dimension externe peut faire l'objet de restrictions¹¹⁴⁶. La liberté de religion couvre toutes les convictions selon le Tribunal fédéral suisse¹¹⁴⁷, la Cour constitutionnelle¹¹⁴⁸ et la Cour de cassation turques.¹¹⁴⁹

Dans le contexte carcéral, la dimension interne de la liberté religieuse n'est donc pas problématique; par contre, la dimension externe ne manque pas de susciter divers conflits à propos de la manifestation des croyances religieuses au sein de l'établissement pénitentiaire.¹¹⁵⁰ Cela découle même du rôle d'assistance spirituelle de ce dernier face aux souffrances inhérentes à l'incarcération.

¹¹⁴³ Cour EDH, Eglise métropolitaine de Bessarabie et autres c. Moldavie, n° 45701/99, § 114, CEDH 2001-XII.

¹¹⁴⁴ La liberté de culte n'est par contre pas mentionnée expressément dans la constitution suisse; cela ne remet toutefois nullement en question sa protection constitutionnelle. La liberté de culte est une composante de la liberté de conscience et de croyance. Cf. MAHON in AUBERT/MAHON (2003), p. 143.

¹¹⁴⁵ ATF 129 I 68, JdT 2004 I 379.

¹¹⁴⁶ ATF 123 I 296, SJ 1998 p. 173. Voir aussi AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, vol. II, (2006), p. 247; MAHON in AUBERT/MAHON (2003), p. 145. AYM, E. 1986/11, K. 1986/26, arrêt du 4 novembre 1986, AYMKD, n° 22, p. 134.

¹¹⁴⁷ Voir ATF 123 I 296, SJ 1998 p. 173; ATF 119 Ia 178, JdT 1999 I 85; ATF 118 Ia 46, JdT 1994 I 579.

¹¹⁴⁸ AYM, E. 1986/11, K. 1986/26, arrêt du 4 novembre 1986, AYMKD, n° 22, p. 134.

¹¹⁴⁹ Y. 9 CD, E. 1985/2623, K. 1985/3431; dans le même sens YCGK, E. 1985/9-596, K. 1986/293, arrêt du 26 mai 1986.

¹¹⁵⁰ Par exemple, le refus opposé par les autorités pénitentiaires, pour des motifs de sécurité, à la demande d'un détenu musulman visant à obtenir l'autorisation de remplacer l'imam en cas d'empêchement de ce dernier lors de la prière commune du vendredi, n'est pas contraire à la liberté de religion. AComm. EDH, *David Imhof c. Suisse*, n° 40292/98, décision du 22 octobre 1998.

Vue dans la perspective du détenu, la religion joue «*un rôle prépondérant dans le bien-être et l'équilibre*»¹¹⁵¹ à l'intérieur des murs. Elle lui permet de faire face au sentiment d'échec personnel causé par l'incarcération et lui procure un sentiment de sécurité physique et spirituelle¹¹⁵². Elle favorise la transformation personnelle: les détenus reconnaissent leurs infractions et tentent de réorienter leur vie en se transformant eux-mêmes par la spiritualité¹¹⁵³. La religion est en outre un support social dans les relations entre les détenus, un moyen de maintenir des relations avec l'extérieur par le biais des aumôniers. Elle procure un sentiment de paix et de liberté malgré l'enfermement. La religion et la spiritualité du détenu sont donc un élément de (re)socialisation. Il en découle que la liberté de recevoir une assistance spirituelle et de pratiquer une religion, pour les détenus qui le souhaitent, est une expression majeure de la liberté de conscience. Cela ne signifie pas, par contre, qu'il faille imposer l'exercice d'une religion au détenu comme moyen d'amendement personnel. Tel était cependant, souvent par le passé, la vision de la religion au sein de l'établissement pénitentiaire¹¹⁵⁴. Les textes pénitentiaires soulignent l'importance de la liberté de religion du détenu et son abandon comme moyen de prise en charge psychosociale. L'Ensemble des règles minima de 1955 et la règle 29.3 des Règles pénitentiaires européennes de 2006, en interdisant toute pression injustifiée sur les détenus, mettent ainsi l'accent sur l'abandon de la notion de «*religion-obligation*»¹¹⁵⁵. L'Ensemble des règles minima de 1955 consacre la liberté religieuse à la règle 61. Cette disposition se borne cependant à formuler une recommandation générale, sans se soucier des modalités concrètes de l'exercice de cette liberté à l'intérieur des murs. Contrairement à cette disposition, la règle 29 de la version 2006 des Règles pénitentiaires européennes se préoccupe davantage des problèmes pratiques posés par les convictions religieuses¹¹⁵⁶.

¹¹⁵¹ MATHIEU G. (1993), p. 139.

¹¹⁵² Voir DAMMER/TODD/HARDYMAN/STOUT/LUCKEN (2000), pp. 53-74.

¹¹⁵³ Pour les témoignages et réflexions de ministres du culte sur l'institution carcérale et les détenus, cf. notamment LANDENNE (1999).

¹¹⁵⁴ LARRALDE (1993), p. 322.

¹¹⁵⁵ LARRALDE (1993), p. 322.

¹¹⁵⁶ Les Règles pénitentiaires se sont limitées à formuler des recommandations positives sur les meilleurs moyens d'organiser la vie religieuse en prison.

La règle 29.2 met une obligation positive à charge de l'Etat dans le domaine du respect de la liberté de religion. Interprétée conjointement à la règle 22, elle exige de la part des Etats de veiller à ce que le régime alimentaire du détenu soit conforme à ses convictions religieuses¹¹⁵⁷. Les autorités pénitentiaires doivent, en outre, mais dans la mesure du possible, prendre toutes les mesures nécessaires pour permettre au détenu d'exercer son culte¹¹⁵⁸, de recevoir des ouvrages à caractère religieux, ainsi que de bénéficier des services d'un représentant religieux. La jurisprudence de la CourEDH relative à l'art. 9 CEDH va dans le même sens et impose aux autorités pénitentiaires de pourvoir, autant que faire se peut, aux besoins spirituels des détenus par la religion¹¹⁵⁹.

Il en découle que la privation de liberté ne doit pas être en soi une entrave à la liberté de religion par l'exercice du culte. Le détenu devrait en principe bénéficier des facilités pour «*se soumettre à toutes les obligations qu'implique son culte et posséder certains objets ou ouvrages nécessaires à l'exercice de la religion*»¹¹⁶⁰. Toutefois, comme le souligne GONZALEZ, l'ancienne Commission EDH et la Cour EDH ne semblent pas «*très soucieuses de fixer des limites à ces ingérences comme par exemple pour le droit au respect de sa correspondance au titre de l'article 8 de la Convention*»¹¹⁶¹.

L'art. 9 CEDH ne protège pas n'importe quel acte motivé ou inspiré par une religion ou une conviction, notamment dans une société démocratique, où plusieurs religions coexistent. La condition liminaire pour que l'art. 9 CEDH s'applique¹¹⁶², est celle de savoir si la religion à laquelle le détenu prétend adhérer est identifiable. A cet égard, il incombe au détenu de démontrer qu'il

Cependant, l'augmentation dans certains pays du nombre de détenus animés de fortes convictions religieuses nécessite l'adoption d'une approche mieux fondée en principe, ainsi que d'exigences positives.

¹¹⁵⁷ Dans le même sens AComm. EDH, *X c. Royaume-Uni*, n° 5947/72, D.R. 5, p. 8.

¹¹⁵⁸ Dans le même sens Cour EDH, *Guzzardi c. Italie*, n° 7367/76, arrêt du 6 novembre 1980, § 110, série A n° 39; AComm. EDH, *Mc Feeley c. Royaume-Uni*, D.R. 20, p. 30.

¹¹⁵⁹ FROWEIN (1999), p. 359; ÖKTEM (2002), p. 294.

¹¹⁶⁰ LARRALDE (1993), p. 326.

¹¹⁶¹ GONZALEZ (1997), p. 73.

¹¹⁶² Cour EDH, *Kokkinakis c. Grèce*, arrêt précité, § 33.

possède une pratique ou une croyance requise par un dogme religieux officiel ou reconnaissable¹¹⁶³. Ainsi, le refus d'inscrire dans le registre d'écrou la religion d'un détenu lorsqu'elle n'est pas identifiable ne constitue pas une violation de la liberté de religion puisque «*la mention du nom de la religion des détenus dans les registres des prisons a un caractère purement formel*»¹¹⁶⁴.

Ce n'est qu'une fois cette démonstration faite que la liberté de religion entre en jeu. Cependant, l'art. 9 CEDH, ne recouvre pas tous les actes pouvant être déterminés ou inspirés par l'exercice d'un culte ou l'accomplissement de rites¹¹⁶⁵. Il appartient au détenu qui invoque une clause de conscience tirée de sa religion de démontrer la contrariété entre les préceptes de celle-ci et les règles de l'établissement pénitentiaire¹¹⁶⁶. L'ancienne Commission déclara irrecevable une requête d'un détenu sikh qui invoquait l'art. 9 CEDH pour se soustraire à l'obligation de nettoyer sa cellule, en précisant que «*le requérant n'a pas non plus montré que son refus d'accomplir un travail pénitentiaire constituait une manifestation de sa religion ou de sa conviction par les pratiques ou l'accomplissement des rites au sens de l'art 9 de la Convention*»¹¹⁶⁷.

Toutefois, le respect de l'intégralité des exigences religieuses risque de poser un problème à l'égard de l'ordre et la sécurité intérieure de l'établissement pénitentiaire.

La Cour EDH a posé un certain nombre de limites à l'exercice de la liberté de religion¹¹⁶⁸, qui doivent être conformes au deuxième paragraphe de l'art. 9 CEDH. A l'instar des restrictions concernant la correspondance et la visite, la Cour EDH requiert que les limites fixées par la législation à l'exercice de la liberté de religion en prison soient précisées avec suffisamment de clarté¹¹⁶⁹. A défaut de clarté, la Cour EDH considère que les textes ne peuvent pas être

¹¹⁶³ AComm. EDH, *X c. Royaume-Uni*, n° 7291/75, D.R. 11, p. 55.

¹¹⁶⁴ AComm. EDH, *X c. Royaume-Uni*, n° 7291/75, décision précitée, p. 55.

¹¹⁶⁵ AComm. EDH, n° 5442/72, D.R. 1, p. 41; AComm. EDH, n° 5947/72, D.R. 5, p. 8 et n° 6886/75, D.R. 5, p. 100.

¹¹⁶⁶ DUFFAR (1993), p. 706; ÖKTEM (2002), p. 296.

¹¹⁶⁷ AComm. EDH, *X c. Royaume-Uni*, n° 8231/78, D.R. 28, p. 61.

¹¹⁶⁸ LARRALDE (1993), p. 326.

¹¹⁶⁹ GOMIEN (2005), p. 105.

considérés comme une «loi» au sens de la jurisprudence de la CEDH¹¹⁷⁰. Nous reviendrons sur ces restrictions en examinant les différents aspects de la liberté de religion du détenu en milieu carcéral. La jurisprudence du Tribunal fédéral va dans le sens de celle de la Cour EDH. Il admet également l'obligation positive de l'Etat en ce qui concerne la liberté de religion. Le TF reconnaît cependant qu'«*en raison de la nécessité de séparer le détenu du monde extérieur, l'exécution des peines peut entraîner des restrictions à la liberté de conscience et de croyance et notamment à la liberté de culte. Ces restrictions doivent être maintenues dans des limites étroites par le règlement de la prison, lequel doit trouver les moyens adéquats d'assurer au mieux la pratique de la vie religieuse, sans perturber à l'excès l'exécution des peines*»¹¹⁷¹.

En droit turc, la liberté religieuse des détenus n'a pas fait, à notre connaissance, l'objet d'une décision juridictionnelle. En vertu de l'art. 70 LEPM, les détenus peuvent exercer les rites de leur religion dans la mesure où cela est compatible avec l'ordre de l'établissement pénitentiaire et n'entrave pas le travail. Le libellé de la disposition montre clairement que la liberté de religion n'est pas absolue. Les droits et libertés fondamentaux ne pouvant être limités qu'en vertu de la loi, aux termes de l'art. 13 de la Cst. turque, aucune marge d'appréciation n'est laissée à l'autorité pénitentiaire. Toute restriction qui n'est pas prévue par la loi, autrement dit par la LEPM, sera contraire à la Constitution. La LEPM n'étant entrée en vigueur qu'en 2005, il est fort probable que la liberté de religion du détenu suscitera bientôt un certain volume de contentieux au vu des conditions strictes d'admission d'une restriction en la matière.

La liberté de religion est donc un droit pleinement acquis aux détenus. De prime abord, aucune différence n'est faite entre l'homme libre et le détenu. Nous allons maintenant passer à l'examen des différents aspects pratiques de la liberté de religion en prison.

¹¹⁷⁰ Cour EDH, *Poltoratski c. Ukraine*, n° 38812/97, arrêt du 29 avril 2003 Recueil des arrêts et décisions 2003-V; Cour EDH, *Kouznetsov c. Ukraine*, n° 39042/97, arrêt du 29 avril 2003; Cour EDH, *Igors Dmitrijevs c. Lettonie*, n° 61638/00, arrêt du 30 novembre 2006.

¹¹⁷¹ ATF 113 Ia 304, JdT 1989 I 268.

1. Le port de signes religieux et la détention d'objets religieux

Dans le contexte carcéral, la liberté de religion devrait avoir pour conséquence que le port de symboles religieux soit toléré. Se pose cependant la question de savoir dans quelle mesure leur port est compatible avec les exigences de l'ordre et de la sécurité en milieu carcéral. Dans une affaire où un détenu, d'ascendance juive mais converti au bouddhisme, se plaignait du refus des autorités pénitentiaires de l'autoriser à se laisser pousser une barbiche, l'ancienne Commission EDH avait estimé que ce refus se justifiait au regard du deuxième paragraphe de l'art. 9 CEDH. Ce refus avait pour but l'identification du détenu¹¹⁷². On peut tout de même se demander si la question avait été sérieusement examinée avant que la décision ne soit rendue. Le port de la barbe constitue un signe distinctif comme un autre, pour peu que les données en possession des autorités carcérales soient à jour.

En ce qui concerne le port de vêtements rituels, l'art. 9 CEDH n'accorde pas non plus au détenu le droit des porter ses vêtements personnels¹¹⁷³. La liberté de manifester sa religion ou sa conviction «par la pratique», selon les termes de cette disposition, ne peut être interprétée comme incluant le droit pour les requérants de porter leurs vêtements personnels en prison. Cette jurisprudence est également susceptible d'avoir un impact sur le port d'une tenue vestimentaire conforme aux croyances religieuses¹¹⁷⁴. Une tenue vestimentaire qui empêcherait les autorités pénitentiaires de s'assurer de l'identité du détenu ne serait pas acceptable au regard de la sécurité de l'établissement pénitentiaire. Par contre, le simple fait que la diversité des religions auxquelles adhèrent les détenus ait pour conséquence que ceux-ci ne portent pas les mêmes vêtements ne doit pas, à notre avis, remettre en cause le port de ceux-ci. Certes, le port de vêtements distinctifs a pour conséquence qu'aussi bien l'absence de religion que la religion elle-même deviennent remarquables, si bien qu'il n'est plus possible de garder ses convictions secrètes; il en va cependant de même dans la vie en

¹¹⁷² AComm. EDH, *X c. Autriche*, n° 1753/63, D.R. 16, p. 20.

¹¹⁷³ AComm. EDH, *Thomas McFeeley et autres c. Royaume-Uni*, n° 8317/78 décision du 15 mai 1980, D.R. 20, p. 103.

¹¹⁷⁴ A ce sujet, cf. notamment FLAUSS (2004), pp. 99-114.

liberté et rien ne semble valablement plaider en faveur d'une uniformité au sein de l'établissement pénitentiaire, si cette dernière n'est pas le reflet de la vie hors les murs¹¹⁷⁵.

Les Règles pénitentiaires de 2006 ne se prononcent pas en faveur du port obligatoire d'un uniforme par les condamnés. Elles ne l'interdisent pas non plus. La règle 20 sur la tenue vestimentaire souligne l'importance du respect de la dignité des détenus en ce qui concerne leurs vêtements; lorsque l'administration pénitentiaire fournit un uniforme, celui-ci ne doit pas présenter un caractère dégradant ou humiliant. Dans ce sens, les vêtements inadéquats peuvent contribuer à créer des conditions contraires à l'article 3 CEDH. Sous réserve qu'on puisse toujours s'assurer de l'identité d'un détenu, nous estimons que même si les détenus doivent revêtir un uniforme, ils peuvent porter certains vêtements complémentaires qui leur permettront de se conformer à leurs convictions. Il faut toutefois remarquer que la Cour EDH a autorisé les Etats à imposer aux étudiants fréquentant des lycées ou universités de ne pas porter de signes distinctifs religieux¹¹⁷⁶. On peut se demander si cette jurisprudence est susceptible d'être transposée au domaine carcéral. Après tout, la prison est un service public, tout comme l'université. Ce qui est admissible au sein de l'une devrait l'être également au sein de l'autre. Il faut relativiser cette comparaison. Les étudiants disposent d'une vie privée indépendante de l'université où ils ne passent pas tout leur temps, alors que les détenus restent tout le temps enfermés dans l'établissement pénitentiaire. Imposer aux premiers de ne pas porter de signes distinctifs religieux ne les prive de ce droit que pour quelques heures par jour, alors que l'interdiction sera permanente pour les seconds. C'est pour cette raison que nous ne pensons pas qu'il soit possible d'étendre aux établissements pénitentiaires la solution retenue dans les arrêts relatifs au port du foulard islamique au sein des universités.

¹¹⁷⁵ Sur la tenue vestimentaire des détenus, voir DELMAS-SAINT-HILAIRE (1980), pp. 471-479.

¹¹⁷⁶ Voir, entre autres, Cour EDH, *Leyla Sahin c. Turquie*, n° 44774/98, arrêt du 10 novembre 2005, Recueil des arrêts et décisions 2005-XI.

En droit suisse, la plupart des réglementations cantonales¹¹⁷⁷ autorisent le détenu à porter ses vêtements personnels. Si les détenus reçoivent de l'établissement des vêtements, que ce soit parce que le port de l'uniforme est obligatoire ou parce qu'ils n'ont pas les moyens de se les acheter, ceux-ci ne doivent pas être dégradants ou humiliants. A notre avis, des vêtements allant clairement à l'encontre des croyances religieuses du détenu peuvent être dégradants ou humiliants s'ils bafouent grossièrement sa foi et lui font éprouver un sentiment d'avilissement. Tel serait, par exemple, le cas d'un détenu musulman obligé de porter un t-shirt orné d'une croix ou du slogan d'une autre religion. Ce genre de cas de figure cependant ne se rencontrera pas fréquemment¹¹⁷⁸. Il en va autrement des habits, qui, sans bafouer les croyances des détenus, n'en sont pas moins contraires à certains préceptes de leur religion. Ainsi, une détenue musulmane pratiquante pourrait se voir remettre des habits à manche courte ne couvrant pas entièrement ses bras ou ses épaules. Sont-ce là des vêtements dégradants? Certainement pas, vu qu'ils sont portés par une grande partie de la population; mais il n'en demeure pas moins que celui qui les porte peut se sentir rabaisé dans ses convictions. De ce fait, il est hautement préférable de ne pas en imposer le port à ceux qui se sentent ainsi bafoués. On se rappellera, à ce propos, que la jurisprudence de la Cour EDH considère qu'une situation en soit normale peut devenir intolérable selon le contexte où vivent les personnes impliquées¹¹⁷⁹.

En droit turc, les détenus portent toujours leurs vêtements personnels. L'art. 7 du Règlement sur les objets et les effets autorisés dans les établissements pénitentiaires¹¹⁸⁰ prévoit cependant une liste exhaustive des habits que les détenus peuvent emporter dans leurs cellules. Par ailleurs, cette disposition prévoit que les détenus peuvent détenir dans leur cellule un chapeau

¹¹⁷⁷ L'art. 19 du Règlement fribourgeois des prisons du 12 décembre 2006 (RSF 341.2.11); l'art. 33 de Règlement sur les établissements de détention du canton du Jura du 21 décembre 2004 (RSJU 342.111); l'art. 41 du Règlement sur les établissements de détention dans le canton du Valais du 10 décembre 1993 (RSVS 340.200).

¹¹⁷⁸ Cela est, par exemple, envisageable lorsque les détenus indigents se voient remettre des habits de seconde main. Il se peut que certains présentent une forte connotation religieuse.

¹¹⁷⁹ Cour EDH, *Raninen c. Finlande*, arrêt précité.

¹¹⁸⁰ Publié dans R. G. n° 25848 du 17 juin 2005.

conformément à la loi sur le port du chapeau¹¹⁸¹, ce qui exclut, par exemple, le port d'un chapeau selon une croyance religieuse. Un jugement rendu par le Juge d'exécution des peines d'Ankara montre d'ailleurs que les autorités pénitentiaires ne craignent pas l'excès de zèle dans ce domaine¹¹⁸². Un détenu s'était vu confisquer son bonnet, pour des raisons qui ne sont pas indiquées dans le jugement, et demandait au Juge d'exécution des peines qu'on le lui restitue, car le port du bonnet lui avait été prescrit par un médecin en raison de la sinusite dont il souffrait. La juridiction a accepté sa requête en précisant toutefois que si le couvre-chef était utilisé comme un signe distinctif ou avec une connotation spéciale, il y avait lieu de lui en fournir un autre. Le fait qu'il ait fallu solliciter l'intervention d'une autorité judiciaire pour résoudre ce litige est l'illustration de l'esprit éminemment tâillon avec lequel les autorités pénitentiaires turques s'acquittent de leur tâche en matière vestimentaire. Nous estimons que la liste exhaustive des objets que les détenus peuvent emporter dans leur cellule est en contradiction avec l'art. 11 du même Règlement qui prévoit qu'ils peuvent emporter dans leur cellule les objets utilisés pendant les cérémonies religieuses liées au culte auquel ils appartiennent.

Quant à la détention des objets religieux, le refus d'accorder un chapelet¹¹⁸³ - à supposer toujours que cet accessoire soit un élément indispensable à la pratique d'une religion - ainsi que la détention d'un livre religieux contenant des renseignements sur les arts martiaux et autres techniques de défense¹¹⁸⁴ sont des limitations admissibles, aux yeux de la Cour EDH. Une telle restriction avait pour but la sécurité du détenu lui-même et le maintien de la discipline pénitentiaire. Cela est concevable pour le livre d'arts martiaux, dans la mesure où il peut aisément être le prolégomène d'une mutinerie; l'on peine toutefois à retrouver une pareille justification pour le chapelet. Il est clair qu'un tel instrument de piété peut également servir de plus noirs desseins, comme la strangulation d'autrui, mais cela est également possible avec une multitude d'objets se trouvant en prison, comme les draps.

¹¹⁸¹ Loi n° 671 du 25 novembre 1925 (1925) sur le port du chapeau, publiée dans R. G. n° 230 du 28 novembre 1925.

¹¹⁸² Ankara İnfaz Hakimliği (JEP), 8 décembre 2004, E. 2004/119, K. 2004/121.

¹¹⁸³ AComm. EDH, *X c Autriche*, précité.

¹¹⁸⁴ AComm. EDH, *X c. Royaume-Uni*, n° 6886/75, D.R. 5, p. 100.

En droit suisse, les règlements des établissements pénitentiaires des cantons parties à la Conférence latine ne contiennent aucune disposition sur la détention des objets dans la cellule. Le Tribunal fédéral admet cependant que les détenus peuvent emporter en cellule leurs effets personnels, ainsi que les objets ayant pour eux une valeur affective¹¹⁸⁵. La détermination de la valeur affective d'un objet dépend cependant entièrement de l'appréciation de l'administration pénitentiaire. Le Tribunal fédéral n'impose aucune limite; bien au contraire, à notre avis, il fait confiance aveuglement à l'administration pénitentiaire en déclarant que cette dernière ne saurait «être mesquine au point de priver les détenus d'objets, en soi non dangereux, ayant pour eux une grande valeur affective»¹¹⁸⁶.

Au regard de la jurisprudence, on doit alors se demander si cette absence de précision peut constituer un obstacle à la détention d'objets religieux. Nous estimons que tel n'est pas le cas, car la réglementation prévoit la liberté religieuse. La détention des objets religieux fait partie, à notre sens, de l'obligation positive qui consiste à faciliter la pratique religieuse et le respect des croyances des détenus. Le fait que le Tribunal fédéral se refuse à exercer une certaine surveillance sur l'administration pénitentiaire ne veut pas encore dire qu'il lui donne les pleins pouvoirs. Le Tribunal fédéral a admis que les conditions d'incarcération ne devaient pas remettre en cause l'exercice de la liberté religieuse¹¹⁸⁷, si bien qu'il nous semble peu probable qu'il admette également que l'administration pénitentiaire puisse interdire à son entière discrétion la détention en cellule d'objets de culte.

Contrairement au droit suisse, le droit turc prévoit expressément la détention d'objets religieux par les détenus, aux termes de l'art. 70 de la LEPM et de l'art. 11 du Règlement sur les objets et les effets autorisés dans les établissements pénitentiaires.

¹¹⁸⁵ ATF 106 Ia 277 cons. 5

¹¹⁸⁶ ATF 106 Ia 277 cons. 5; ATF 99 Ia 272 cons V1., JdT 1974 IV 656.

¹¹⁸⁷ ATF 113 Ia 304, JdT 1989 I 268.

2. Le régime alimentaire conforme aux convictions religieuses du détenu

Le régime alimentaire «*est à la fois le quotidien, le plus visible et le plus symbolique*»¹¹⁸⁸ des problèmes soulevés par l'exercice de la liberté religieuse en prison. Certains préceptes religieux interdisent la consommation de certains aliments et exigent le respect de certaines règles particulières pour la préparation des aliments.

La liberté de religion inclut aussi celle d'observer les pratiques alimentaires exigées par la religion à laquelle le détenu adhère. Les textes internationaux et les textes nationaux tiennent compte de cette obligation. Ainsi la règle 20 de l'Ensemble des règles minima de l'ONU recommande de servir une alimentation saine et de bonne qualité au détenu. De prime abord, cette règle ne semble pas imposer à l'administration pénitentiaire de fournir une alimentation conforme aux convictions du détenu. Ladite règle toutefois doit être lue à la lumière de la règle 6 qui exige le respect des convictions religieuses¹¹⁸⁹. Pour satisfaire aux exigences de cette règle, l'administration pénitentiaire doit fournir une alimentation non seulement de bonne qualité mais également conforme au régime alimentaire prévu par la religion du détenu. On notera également que la version 2006 des règles pénitentiaires instaure, à la règle 29.2, une obligation positive à l'encontre de l'Etat dans le domaine du respect de la liberté de religion. Ainsi interprétée avec la règle 22, cette règle impose aux Etats, sans autre précision, l'adaptation du régime alimentaire aux exigences religieuses et culturelles du détenu¹¹⁹⁰.

Au vu de ce qui précède, cette obligation de l'administration pénitentiaire est pour le détenu le corollaire de sa liberté de religion et du respect de sa dignité. Un régime alimentaire établi sans tenir compte des croyances religieuses, ou le fait de contraindre un détenu à subir contre son gré un autre régime alimentaire porterait par voie de conséquence atteinte à sa dignité

¹¹⁸⁸ ERRERA (2005), p. 481.

¹¹⁸⁹ BOSSET (1991), p. 5.

¹¹⁹⁰ Dans le même sens, AComm. EDH, X. c. *Royaume-Uni*, n° 5947/72, D.R. 5, p. 8.

et violerait l'art. 10 du Pacte ONU II ainsi que les art. 3 et 9 CEDH.

En droit suisse, les dispositions du Code pénal suisse sur l'exécution des peines sont muettes quant à de telles exigences. Le Tribunal fédéral prévoit que les établissements ne doivent servir de la nourriture adaptée aux convictions religieuses des détenus que «dans la mesure du possible»¹¹⁹¹. Cette approche est aujourd'hui en contradiction avec la version 2006 des Règles pénitentiaires européennes et avec la jurisprudence de Strasbourg¹¹⁹², qui prévoient des obligations inconditionnelles. Il s'agira pour le TF d'adapter sa jurisprudence sur ce point¹¹⁹³. Cependant, les réglementations cantonales offrent des solutions diverses à ce problème. Aux termes des dispositions neuchâteloises, vaudoises, valaisannes et fribourgeoises, les règles de nutrition liées à l'appartenance religieuse sont prises en compte, dans la mesure du possible. Les réglementations du canton du Jura, du canton de Genève et du canton du Tessin n'apportent aucune précision concernant le régime alimentaire conforme aux convictions religieuses. Malgré la jurisprudence du Tribunal fédéral qui invoque la possibilité pour le détenu de se faire livrer sa nourriture depuis l'extérieur¹¹⁹⁴, le règlement genevois interdit, étonnamment, cette pratique, appliquée à la lettre cette disposition pourrait donc le contraindre à suivre un régime alimentaire contre son gré. Quoi qu'il en soit, le détenu ne doit pas supporter le fardeau financier que peut représenter le respect d'un régime alimentaire conforme à ses croyances. Il ressort clairement des Règles minima de 1955 et des Règles pénitentiaires européennes de 2006 qu'il incombe aux autorités pénitentiaires de respecter un régime alimentaire particulier. La pratique suisse devra donc, tôt ou tard, s'aligner.

Le droit turc impose cette obligation à l'art. 72 LEPM. Cette disposition prévoit une nutrition saine, équilibrée et conforme aux croyances religieuses du détenu. Le Règlement sur l'alimentation

¹¹⁹¹ ATF 118 Ia 64, JdT 2007 IV 43.

¹¹⁹² AComm. EDH, *X c. Royaume-Uni*, n° 5947/72, précité, p. 8.

¹¹⁹³ VIREDAZ (2007), p. 74.

¹¹⁹⁴ ATF 113 Ia 325, JdT 1989 IV 22 cons.5; ATF 118 Ia 64, JdT IV 2007, p. 42.

des détenus et du personnel pénitentiaire¹¹⁹⁵ fixe les modalités de la nutrition¹¹⁹⁶.

3. Contact avec le ministre du culte

La liberté de religion implique pour les autorités pénitentiaires une obligation positive en ce qui concerne l'assistance spirituelle au détenu. Les autorités doivent prendre des mesures utiles, notamment en vue de permettre la participation au culte et l'entrée en contact du détenu avec un ministre du culte. Cette obligation positive est prévue à la règle 29.2 des Règles pénitentiaires de 2006.

Le droit d'entrer en contact avec le ministre du culte est un principe généralement admis¹¹⁹⁷. Les Etats sont tenus d'agréer un représentant d'une confession lorsqu'il y a un nombre suffisant de détenus appartenant à une même religion, aux termes de la règle 41.1 de l'Ensemble des règles minima pour le traitement des détenus de l'ONU et de la règle 29 des Règles pénitentiaires européennes.

L'article 46 ch. 2 CPS de 1937 prévoyait que chaque établissement devait pourvoir «aux besoins de la vie morale» des détenus, sous-entendant ainsi une assistance spirituelle¹¹⁹⁸. Un tel devoir ne figure plus dans la nouvelle partie générale du CPS. Cependant, l'assistance spirituelle faisant partie intégrante du droit au respect de la croyance, qui nous renvoie, à son tour, à la notion de respect de la dignité humaine¹¹⁹⁹ prévue à l'art. 74 CPS, l'Etat a bel et bien une obligation de fournir une assistance spirituelle au détenu. Les

¹¹⁹⁵ Publié dans le R.G. n° 25978 du 26 octobre 2005.

¹¹⁹⁶ Le Conseil d'Etat trouva dans son arrêt du 10 février 2005, (D., 10 Daire, E. 2001/1074, K. 381/2005) conforme audit règlement la Circulaire 5808 du 31 janvier 2001 interdisant au détenu de se procurer de la nourriture depuis l'extérieur et la distribution de nourriture crue dans les établissements pénitentiaires possédant une cuisine, en vue de prévenir l'introduction d'objets illégaux par ce biais. Il convient de noter que cette circulaire a été abrogée par le Ministère de la justice, suite à l'entrée en vigueur de la LEPM.

¹¹⁹⁷ AComm. EDH, X. c. *Royaume-Uni*, n° 5442/72, D.R. 1, p. 41.

¹¹⁹⁸ JENDLY (2005), p. 70.

¹¹⁹⁹ MASSIS (2004), p. 116.

réglementations cantonales doivent ainsi satisfaire aux exigences de la vie religieuse, spirituelle et morale du détenu.

Cette assistance spirituelle implique le contact et la communication du représentant de la religion avec le détenu. Dans ce sens, l'art. 84 al. 3 CPS permet aux cantons d'autoriser des ecclésiastiques à communiquer librement avec le détenu, dans les limites fixées par le règlement de l'établissement¹²⁰⁰. Les réglementations cantonales en la matière sont plus souvent sommaires quant à l'assistance spirituelle des détenus et ne facilitent pas le respect de l'obligation positive de l'Etat en ce qui concerne le respect de la liberté de religion des détenus¹²⁰¹.

L'art. 70 LEPM admet le contact avec le ministre du culte tant que cela ne constitue pas un danger pour la sécurité de l'établissement¹²⁰². En revanche, contrairement au droit suisse, le droit turc ne prévoit aucune immunité en ce qui concerne la communication avec les représentants du culte.

4. Participation au culte

La pratique d'une religion implique une discipline de vie particulière qui peut être source de conflits en milieu carcéral. Les rites religieux sont effectués selon des horaires particuliers et certaines religions imposent de ne pas travailler certains jours. A titre d'exemple, l'on peut citer le cas du détenu qui veut exercer son culte pendant ses heures de travail. L'on peut toutefois songer à une organisation alternative des horaires de travail en fonction des horaires de culte¹²⁰³. Il est vrai que ce genre d'organisation nécessite des ressources supplémentaires pour l'administration pénitentiaire¹²⁰⁴, mais *«il faut trouver un juste milieu pour garantir*

¹²⁰⁰ FF 1999 1925. Sur le secret de la communication avec les ecclésiastiques, cf. JENDLY (2005).

¹²⁰¹ Pour un bref aperçu de l'assistance spirituelle dans les établissements suisses, voir BAECHTOLD (2008), pp. 250-251.

¹²⁰² ARTUK/ALŞAHİN (2008), p. 460.

¹²⁰³ THOMAS/ZAITZOW (2006), p. 248.

¹²⁰⁴ Dans une affaire où l'établissement pénitentiaire interdisait à un groupe de détenus musulmans d'effectuer la prière hebdomadaire du vendredi pendant les heures de travail, par crainte que le fait d'autoriser les détenus mettrait en péril la

le plus possible la liberté de conscience et de croyance, sans surcharger de manière excessive l'exécution de la détention»¹²⁰⁵. Le Tribunal fédéral admet la possibilité de suspendre le travail afin que le détenu puisse participer à d'éventuels rites cultuels pendant le travail¹²⁰⁶. Il en va tout autrement du droit turc. L'art. 70 LEPM accorde au détenu le droit d'exercer le culte à condition que cela ne constitue pas une entrave au travail. Selon le message du législateur, l'exercice du culte ne peut heurter les principes qu'impliquent le principe de laïcité. Le culte doit être donc exercé dans la mesure où cela est compatible avec l'ordre et le travail¹²⁰⁷. De plus, quitter le lieu de travail sans autorisation constitue une infraction disciplinaire pour le détenu selon l'art. 41 LEPM. Nous estimons que le juste équilibre entre le principe de laïcité et le respect de la liberté de religion exige au contraire que le détenu puisse exercer son culte pendant les heures de travail. Il importe de souligner en outre que le travail pénitentiaire n'étant pas obligatoire en droit turc, cette situation constituerait une discrimination entre le détenu qui travaille et le détenu qui refuse de travailler. Pour pouvoir exercer son culte conformément aux exigences de celui-ci, le détenu turc doit renoncer au travail pénitentiaire et donc aux avantages que celui-ci procure.

Un autre problème qui se pose à l'égard de l'exercice du culte est le respect des jours fériés du culte du détenu. Le Tribunal fédéral constate que la cohabitation pacifique des différentes religions

sécurité et l'ordre de l'établissement, la Cour suprême américaine a souligné que *«while we in no way minimize the central importance of Jum'ah to respondents, we are unwilling to hold that prison officials are required by the Constitution to sacrifice legitimate penological objectives to that end»*. (Traduction libre de l'auteur: *«nous ne minimisons nullement l'importance de la prière du vendredi pour les requérants; cependant nous ne sommes pas disposés à considérer que l'administration pénitentiaire est tenue par la Constitution de sacrifier à cette fin les objectifs légitimes de l'exécution des sanctions»*). La Cour suprême a ajouté en outre que les requérants pouvaient encore participer à d'autres cérémonies religieuses musulmanes et pense que *«this ability on the part of respondents to participate in other religious observances of their faith supports the conclusion that the restrictions at issue here were reasonable»*. (Traduction libre de l'auteur: *«Cette possibilité de participer à d'autres célébrations religieuses soutient la conclusion selon laquelle les restrictions en cause étaient raisonnables»*). Voir U.S. Supreme Court, *O'loné v. Estate of Shabazz*, 482 U.S. 342 (1987).

¹²⁰⁵ ATF 113 Ia 304, JdT 1989 I 268, cons. 3.

¹²⁰⁶ ATF 129 I 74.

¹²⁰⁷ Message de la loi n° 5275.

parmi les détenus serait menacée et qu'il y aurait une source de conflits si certains courants religieux profitaient de davantage de congés en raison du plus grand nombre de fêtes inscrites à leur calendrier. Il considère en outre que la compensation de ces avantages par des travaux le week-end surchargerait par ailleurs l'organisation et le travail des gardiens¹²⁰⁸. Le Tribunal fédéral considère donc que l'exercice du culte n'implique pas le droit de bénéficier des jours fériés qu'il instaure.

En droit turc, la seule mention des jours fériés de la religion du détenu se trouve à l'art. 15 du Règlement sur les visites du détenu¹²⁰⁹. En vertu de cette disposition, les visites peuvent se dérouler sans parler pendant certains jours fériés de culte déterminés par le Ministère de la justice. Il s'agit donc d'un pouvoir discrétionnaire du Ministère, qui, naturellement, ne tient compte que du culte musulman. Les détenus d'une autre religion se voient donc refuser les assouplissements dont bénéficient les détenus musulmans pour leurs propres fêtes religieuses. En l'absence de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, il est douteux que cette solution, insatisfaisante, tant en Suisse qu'en Turquie, ne soit destinée à évoluer rapidement. Il le faudra bien cependant.

Le Tribunal fédéral souligne que cet aspect de la liberté de religion n'est pas absolu, ne fait pas partie du noyau intangible des droits fondamentaux. Ainsi il peut faire l'objet de restrictions. Il va sans dire que cette restriction doit avoir une base légale. Tel n'est pas le cas dans les ordres juridiques suisse et turc.

L'assistance spirituelle organisée par le contact avec le représentant du culte est complétée par la participation aux offices religieux. Les conditions matérielles de l'établissement pénitentiaire doivent permettre aux détenus d'accéder facilement aux lieux réservés au culte. Les limitations à l'accès au lieu de culte doivent être temporaires et elles ne peuvent être justifiées que, par exemple, par des travaux d'amélioration de la sécurité

¹²⁰⁸ ATF 129 I 74 voir aussi BENANI/BENOÎT/BOVAY/FAVRE/FLÜCKIGER/GONIN/GRODECKI/MAHON/POLTIER/PULVER/SIDI ALI/SULLIGER/TANQUEREL/ZEITER (2004), pp. 638-642.

¹²⁰⁹ Publié dans R. G., n° 25848 du 17 juin 2005.

d'une chapelle¹²¹⁰. Dans ce cas, le détenu devrait tout de même bénéficier de la visite du ministre de son culte dans sa cellule. L'aide et l'accompagnement doivent être offerts aux détenus handicapés éprouvant des difficultés à se rendre au lieu du culte, en raison de la conception architecturale de l'établissement pénitentiaire¹²¹¹.

Il est possible que les détenus souhaitent exercer leur culte avec d'autres détenus partageant la même conviction. Il est vrai que le maintien du bon ordre de l'établissement pénitentiaire peut exiger de ne pas accorder à chaque groupe religieux la possibilité d'avoir son propre lieu de culte. En raison des possibilités limitées d'organisation et de locaux, souvent, les établissements pénitentiaires ne sont dotés que d'un simple lieu de culte représentatif de la religion dominante dans le pays concerné¹²¹². Se pose alors la question de savoir si un tel cas constituerait une discrimination. Exiger de l'autorité pénitentiaire de se doter d'autant de lieux de culte qu'il y a de religions susceptibles d'être pratiquées par les détenus imposerait un lourd fardeau pour elle¹²¹³. Mais les difficultés d'organisation et de locaux ne dégagent pas les autorités de leur obligation d'assurer un ordre des cultes conforme à la liberté de religion. Il est cependant toujours possible d'aménager des salles de culte polyvalentes à l'instar de celles qui se trouvent dans les aéroports, si bien que l'Etat ne devrait pas pouvoir se réfugier derrière d'éventuelles contraintes financières pour n'ériger qu'un seul lieu de culte affecté à l'usage d'une seule religion, quelle qu'elle soit. Il s'agit néanmoins d'apprécier si, dans chaque cas, les substituts proposés satisfont aux exigences du culte du détenu. A cet égard, l'ancienne Commission EDH avait

¹²¹⁰ AComm. EDH, *Chester c. Royaume-Uni*, n° 14747/89, D.R. 5, p. 100.

¹²¹¹ Mutatis mutandis Cour EDH, *Vincent c. France*, no 6253/03, arrêt du 24 octobre 2006, § 137.

¹²¹² La Cour EDH statua dans l'arrêt *Guzzardi c. Italie*, sur une telle revendication, mais à propos d'un recours concernant une personne assignée à résidence sur une île et jouissant donc d'un statut plus souple que celui de détenu. Elle a implicitement admis que la personne concernée aurait pu demander la célébration de son culte religieux dans une chapelle désaffectée située dans la partie de l'île qui lui était librement accessible ou demander l'autorisation d'aller à l'église se trouvant dans la partie habitée de l'île à laquelle il avait un accès restreint. N'ayant formulé aucune de ces demandes, il ne pouvait se prétendre victime d'une violation d'un droit qu'il n'avait même pas revendiqué.

¹²¹³ GONZALEZ (1997), p. 73.

considéré que les autorités pénitentiaires avaient respecté la liberté de religion d'un détenu bouddhiste en essayant de trouver un prêtre bouddhiste pour lui rendre visite et, comme aucun n'était disponible, en autorisant le détenu à écrire une lettre supplémentaire à un bouddhiste¹²¹⁴.

Dans le même sens, le Tribunal fédéral considère qu'«*il peut paraître admissible de renvoyer à des célébrations interconfessionnelles les fidèles de confessions apparentées. Ainsi les sectes chrétiennes ne peuvent pas exiger la possibilité de tenir leur propre culte avec leur propre pasteur lorsque leurs adhérents peuvent participer à une célébration chrétienne interconfessionnelle*»¹²¹⁵. En revanche, ajoute le TF, les détenus qui n'appartiennent pas à des confessions apparentées ne peuvent pas être renvoyés à prendre part à des célébrations d'un autre culte. Ainsi, aux yeux du Tribunal fédéral, renvoyer des musulmans à participer à des célébrations chrétiennes constitue une violation de la liberté de culte¹²¹⁶. Le Tribunal fédéral considère en outre que la liberté des cultes est violée lorsque la direction d'un établissement pénitentiaire refuse aux détenus presque aussi nombreux que ceux de la religion dominante, l'autorisation de se réunir pour une prière¹²¹⁷.

En droit turc, par contre, l'art. 70 LEPM ne contient aucune disposition relative à l'organisation des célébrations de culte ou aux lieux de culte au sein des établissements pénitentiaires. Cet aspect de la liberté de religion en prison ne fait objet, à notre connaissance, d'aucune jurisprudence. Néanmoins, le Ministère de la justice, en vertu d'un protocole de coopération signé avec la Direction des affaires religieuses s'engage à offrir aux détenus de confession musulmane l'enseignement religieux à titre d'assistance individuelle¹²¹⁸. Rien n'est prévu pour les détenus d'une autre religion. Le droit turc doit apporter, à notre sens, plus de précision

¹²¹⁴ AComm. EDH, *X c. Royaume-Uni*, n° 5442/72, précité, p. 43.

¹²¹⁵ ATF 113 Ia 304 cons. 3d, JdT 1989 I 268.

¹²¹⁶ ATF 113 Ia 304 cons. 3d, JdT 1989 I 268.

¹²¹⁷ ATF 113 Ia 304., JdT 1989 I 268.

¹²¹⁸ Protocole de coopération entre le Ministère de la justice et la Direction des affaires religieuses afin de favoriser le développement moral et religieux des détenus. Pour le texte du protocole, voir http://www.cte.adalet.gov.tr/mevzuat/_protokol/protokol.html.

en ce qui concerne l'exercice du culte, pour éviter toute pratique discrétionnaire de la part de l'autorité pénitentiaire.

Parfois, la discipline impose la suspension de l'exercice du culte. Selon l'ancienne Commission EDH, la sanction disciplinaire de mise en cellule de punition pour une durée de douze jours infligée à un détenu qui avait formulé des menaces de mort à l'encontre d'un surveillant constitue une aggravation des conditions de détention. A ce titre, le détenu ne peut se plaindre d'être, de ce fait, empêché de participer au culte collectif dirigé par l'aumônier: la Commission avait considéré que la possibilité de communiquer avec les autres détenus pendant le culte collectif serait incompatible avec l'isolement total auquel il est valablement astreint pendant la durée de sa peine¹²¹⁹.

B. Le respect inégal des convictions religieuses

Il convient de mentionner que les anciennes conceptions pénitentiaires qui impliquaient la soumission obligatoire du détenu à la religion dominante de l'Etat ne sont pas complètement éradiquées.

La règle 29.3 des Règles pénitentiaires européennes de 2006 vise à protéger les détenus de toute pression indue en matière religieuse afin de souligner que la pratique religieuse ne doit pas être conçue principalement comme un aspect du programme de détention, mais comme une question d'intérêt général concernant tous les détenus.

La liberté de conscience et de croyance et la liberté de culte imposent à l'Etat une attitude de neutralité religieuse¹²²⁰. Là où la privation de la liberté de mouvement empêche le détenu d'exercer librement les autres droits fondamentaux qui lui restent et où il se trouve dans une très grande dépendance envers les organes d'exécution, la neutralité religieuse de l'Etat doit se manifester. Même si, en principe, le respect des croyances religieuses est acquis, ce respect se manifeste, comme le précise le rapport du

¹²¹⁹ AComm. EDH, *P. c. France*, n° 11691/85, D.R. 50, p. 263.

¹²²⁰ Message du Conseil fédéral relatif à l'initiative populaire sur la séparation complète entre l'Eglise et l'Etat, du 6 septembre 1978, FF 1978 II 676.

CPT, spécialement vis-à-vis des détenus appartenant à la religion dominante du pays¹²²¹.

Les détenus appartenant aux croyances religieuses minoritaires sont soumis au régime commun à tous les détenus, «*car les titulaires de droits sont les individus et non les minorités auxquelles ils peuvent appartenir*»¹²²². Ceci contribue bien évidemment à maintenir une large inégalité de traitement¹²²³. La réalité pénitentiaire démontre les difficultés qu'éprouvent les détenus appartenant à des cultes dits minoritaires¹²²⁴.

Le Protocole entre le Ministre de la justice et la Direction des affaires religieuses, en Turquie, ainsi que la référence, dans la législation cantonale suisse, à la fonction d'aumônier, voire à celle d'ecclésiastique, à l'art. 84 al. 3 du Code pénal suisse, montrent à quel point l'administration pénitentiaire tend à ne se préoccuper que des besoins des personnes pratiquant le culte dominant dans le pays.

C. Prosélytisme religieux et conversion en milieu carcéral

Prosélytisme et conversions ne sont pas rares et les radicalisations fondamentalistes existent en prison¹²²⁵. Certes, la liberté de religion, comme le confirme l'arrêt *Kokkinakis c. Grèce*¹²²⁶ de la Cour EDH, garantit aussi le droit d'exercer un certain prosélytisme, notamment celui de tenter de convertir son interlocuteur. Les seules limites à l'exercice de cette liberté sont celles correspondant au respect des droits et libertés d'autrui, car le prosélytisme ne doit pas s'exercer par coercition ou par emploi de moyens déloyaux, quels qu'ils soient¹²²⁷.

¹²²¹ STANESCU (2000).

¹²²² CASORLA (2007), p. 245.

¹²²³ A titre d'exemple, on peut citer l'enquête menée par KHOSROKHAVAR parmi les Musulmans incarcérés en France. Cette enquête montre les biais, faiblesses et lacunes de la prise en compte des particularités musulmanes dans la façon dont sont traités les prisonniers. Voir KHOSROKHAVAR (2004).

¹²²⁴ LARRALDE (1993), p. 328.

¹²²⁵ Voir SPALEK/EL HASAN (2007), pp. 99-114.

¹²²⁶ Cour EDH, *Kokkinakis c. Grèce*, arrêt précité.

¹²²⁷ PLANA (2006), p. 70.

Le prosélytisme et la conversion ont un tout autre sens dans le milieu carcéral qu'en liberté. La religion y est présentée comme un moyen de «compenser» un certain désarroi moral. Le problème est plus difficile à résoudre lorsqu'il s'agit d'un détenu qui fait du prosélytisme religieux parmi ses codétenus ou, au contraire, d'un détenu qui subit le prosélytisme religieux de la part d'un codétenu.

Cette liberté de conscience des détenus impose à l'administration pénitentiaire de veiller à ce que le contexte pénitentiaire ne soit pas utilisé à des fins de propagande ou de prosélytisme au détriment de personnes rendues plus vulnérables par leur incarcération. Ce devoir de vigilance repose essentiellement sur deux moyens : le premier moyen est l'observation professionnelle de la population pénale. Elle consiste à rechercher un juste milieu entre deux solutions également inacceptables. L'une consiste à intervenir arbitrairement en portant atteinte à la liberté de conscience des individus, et l'autre qui conduit à tolérer ce qui permettrait aux phénomènes d'embrigadement de se développer.

Le deuxième moyen pour assurer cette vigilance est le développement de l'intervention de représentants de culte de toutes les confessions. Elle limite l'émergence d'un «leadership» sectaire ou extrémiste au sein de la population pénale.

II. La liberté d'expression en milieu carcéral: un triste bilan

A. Présentation générale

La liberté d'expression¹²²⁸, principe fondamental dans une société démocratique¹²²⁹, concrétise le droit de former et d'extérioriser

¹²²⁸ Il convient de noter qu'il n'existe pas une terminologie commune dans les instruments internationaux et régionaux ainsi que dans les Constitutions suisse et turque. Comme le soulignent MAHON/GONIN (2007), p. 4, *«les notions de liberté d'opinion, liberté d'expression ou encore liberté d'opinion et d'expression se côtoient, sans qu'il y ait, sur le fond de différence entre elles. L'important est en effet que, en ce qui concerne son contenu, la liberté en question garantisse et protège le droit de chacun de former son opinion, de*

librement son opinion, ainsi que celui de la répandre sous diverses formes. La liberté d'expression protège non seulement l'information, mais aussi les vecteurs de diffusion. Elle comprend aussi bien la liberté de recevoir que de communiquer des informations¹²³⁰.

Le principe de la liberté d'expression a été consacré dans des instruments internationaux et régionaux. La DUDH instaure ladite liberté à son article 19. La Convention européenne des droits de l'Homme aborde également la liberté d'expression en son article 10, et le Pacte ONU II international relatif aux droits civils et politiques à son article 19.

L'article 10 de la CEDH fait l'objet d'une jurisprudence riche et variée de la Cour EDH¹²³¹. Nous nous bornerons à préciser que l'art. 10 CEDH, à l'instar de l'art. 19 Pacte ONU II, protège les opinions et les informations. L'expression peut revêtir diverses formes: il peut s'agir de l'expression orale d'une opinion, d'un texte imprimé, d'un film¹²³², d'une œuvre ou d'une expression artistique¹²³³. Il en va de même du contenu¹²³⁴, de la qualité ou de

l'exprimer et de la communiquer, ainsi que plus généralement de répandre des informations ou des idées de toute espèce et sous quelque forme que ce soit». Nous optons pour le terme de liberté d'expression utilisée à l'art. 10 CEDH.

¹²²⁹ Cour EDH, *Özgür Gündem c. Turquie*, n° 23144/93, arrêt du 16 mars 2000, § 43, CEDH 2000-III.

¹²³⁰ La liberté d'expression telle que disposée à l'art. 10 CEDH garantit le droit d'exprimer ses opinions, ainsi que le droit de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées, sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière.

¹²³¹ L'application de l'article 10 dépendrait d'un simple critère formel: il suffit que l'information emprunte «*un support destiné à la rendre publique*». Voir SUDRE (2008), p. 455.

¹²³² Cour EDH, *Wingrove c. Royaume-Uni*, n° 17419/90, arrêt du 25 novembre 1996. Recueil 1996-V.

¹²³³ Cour EDH, *Müller & autres c. Suisse*, n° 10737/84, arrêt du 24 mai 1988, série A n° 133, sur une condamnation suite à une exposition de tableaux jugés obscènes. Dans l'arrêt *Kar et autres c. Turquie*, n° 58756/00, arrêt du 3 mai 2007, la Cour EDH souligne que l'art. 10 implique aussi la liberté d'expression artistique, laquelle comprend notamment la liberté de donner une représentation théâtrale.

¹²³⁴ La liberté d'expression protège non seulement «*les «informations» ou «idées» accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi (...) celles qui heurtent, choquent ou inquiètent*». Voir Cour EDH, *Handyside c. Royaume-Uni*, n° 5493/72, arrêt du 7 décembre 1976, §

l'importance du message¹²³⁵. Trois dimensions principales se dégagent de la jurisprudence de la Cour EDH: les dimensions démocratique, individuelle et commerciale¹²³⁶. La première dimension fait de la liberté d'expression l'un des éléments principaux de la démocratie et de la liberté de la presse¹²³⁷; elle contribue dans ce cadre à la richesse des idées et à la tolérance à leur égard¹²³⁸. La dimension individuelle se manifeste par le droit de s'exprimer librement, lié à l'épanouissement personnel. Cette dimension, à l'inverse de la première, peut tolérer plus facilement certaines ingérences à la liberté d'expression¹²³⁹. Reste enfin la troisième dimension, dite commerciale; les grands groupes de presse participent au rôle de «*chien de garde*»¹²⁴⁰ de la démocratie. Toutefois, et à l'instar des libertés consacrées aux art. 8, 9 et 11 de la Convention, la liberté d'expression et d'information n'est pas un droit absolu. Les mesures restrictives doivent respecter les critères

49, série A n° 24; Cour EDH, *Jersild c. Danemark*, n° 15890/89, arrêt du 23 septembre 1994, § 37 série A n° 298; Cour EDH, *Piermont c. France*, n° 15773/89; 15774/89, arrêt du 27 avril 1995, § 76, série A n° 314.

¹²³⁵ Cour EDH, *Casado Coca c. Espagne*, n° 15450/89, arrêt du 24 février 1994, § 35. Dans le même sens, le CDH, Communication n° 359/1989: Canada. 05/05/93. CCPR/C/47/D/359/1989: «*Le paragraphe 2 de l'article 19 du Pacte doit être interprété comme s'appliquant à toute idée ou opinion subjective, n'allant pas à l'encontre de l'article 20, susceptible d'être communiquée à autrui, à toute nouvelle ou information, à toute forme d'expression ou annonce publicitaire, à toute œuvre d'art, etc.; il ne devrait pas être considéré comme s'appliquant uniquement aux moyens d'expression politique, culturelle ou artistique. Selon le Comité, l'élément commercial d'une forme d'expression telle que l'affichage extérieur ne peut avoir pour effet de faire sortir celle-ci du champ des libertés protégées. Le Comité rejette aussi l'idée que l'une quelconque des formes d'expression susmentionnées puisse faire l'objet de restrictions à des degrés divers, de sorte que certaines formes d'expression pourraient être plus limitées que d'autres*».

¹²³⁶ DOCQUIR (2002), p. 20.

¹²³⁷ A propos de la liberté de la presse selon l'art. 10 CEDH, voir notamment LARRALDE (2007b), pp. 39-62.

¹²³⁸ Voir parmi d'autres, Cour EDH, *Lingens c. Autriche*, arrêt du 8 juillet 1986, série A n° 103, p. 26, § 41, et Cour EDH, *Özgür Gündem c. Turquie*, arrêt précité § 58.

¹²³⁹ Cour EDH, *Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France*, [GC], n° 21279/02 et 36448/02, arrêt du 22 octobre 2007.

¹²⁴⁰ Voir par. ex. Cour EDH, *Bladet Tromsø et Stensaas c. Norvège*, n° 21980/93, arrêt du 20 mai 1999, § 59; Recueil des arrêts et décisions 1999-III; Cour EDH, *Casado Coca c. Espagne*, arrêt précité, § 51.

inscrits à l'article 10 § 2¹²⁴¹. Une certaine marge d'appréciation est reconnue aux Etats en la matière¹²⁴². Elle doit néanmoins respecter le concept de «restriction nécessaire dans une société démocratique», telle qu'il se dégage de la jurisprudence de la Cour EDH¹²⁴³.

Nous examinerons maintenant la liberté d'expression en droit turc¹²⁴⁴ et en droit suisse.

¹²⁴¹ Les restrictions doivent être prévues par une loi qui doit être suffisamment accessible et prévisible, de manière à permettre aux individus de régler leur comportement; elles doivent viser à protéger la sécurité nationale, l'intégrité territoriale ou la sécurité publique, assurer la défense de l'ordre et la prévention du crime, la protection de la santé ou de la morale, sauvegarder la réputation ou les droits d'autrui, empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire. Une restriction qui respecte ces conditions ne se conformera aux exigences de la Convention que si elle respecte le principe de la proportionnalité; l'ingérence doit revêtir un caractère nécessaire dans une société démocratique, c'est-à-dire qu'elle doit répondre à «un besoin social impérieux».

¹²⁴² Toutefois, il convient de noter que l'ampleur de l'appréciation n'est pas identique pour chacun des buts énumérés à l'article 10 § 2. Voir notamment COUSSIRAT-COUSTERE (1999), pp. 409-418.

¹²⁴³ Ainsi, elle a admis des ingérences des pouvoirs publics dans un certain nombre d'opinions : les opinions et les représentations «obscènes», Cour EDH, *Handyside c. Royaume-Uni*, arrêt précité; Cour EDH, *Müller contre Suisse*, arrêt précité; les opinions antisémites, Cour EDH, *Lehideux et Isornit c. France*, n° 24662/94, arrêt du 23 septembre 1998, Recueil 1998-VII, Cour EDH, *Garaudy contre France*, n° 65831/01, décision du 24 juin 2003, Recueil des arrêts et décisions 2003-IX; les opinions racistes, Cour EDH, *Jersild contre Danemark*, arrêt précité; les opinions homophobes ou sexistes, les opinions susceptibles de mettre en cause l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire, Cour EDH, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, n° 6538/74, arrêt du 26 avril 1979, série A n° 30; les opinions portant dénigrement, critique ou détournement des croyances religieuses; les attaques injurieuses contre des objets de vénération religieuse, Cour EDH, *Murphy c. Irlande*, n° 44179/98 arrêt du 10 juillet 2003; Cour EDH, *Otto Preminger Institut*, arrêt précité; récemment confirmé par : Cour EDH, *I.A. c. Turquie*, n° 42571/98, arrêt du 13 septembre 2005, Recueil des arrêts et décisions 2005-VIII.

¹²⁴⁴ Il convient d'emblée de noter que les requêtes introduites devant la Cour EDH contre la Turquie concernant la liberté d'expression ont suscité de graves préoccupations et font l'objet de plusieurs arrêts constatant la violation de l'art. 10 CEDH. Dans ce contexte, l'adoption des paquets de réformes a permis l'abrogation de plusieurs restrictions légales (notamment, l'abrogation de l'art. 8 de la loi sur la lutte contre le terrorisme et la modification de l'art. 301 (offense à l'égard de l'État et des institutions de l'État) du code pénal par la Loi n° 5759 du 30 avril 2008, publiée dans R.G. n° 26870) à l'exercice de la liberté d'expression

Contrairement à la CEDH qui traite des divers aspects de la liberté d'expression dans un seul article, tant le droit turc que le droit suisse consacrent une disposition séparée à chacune des composantes de la liberté d'expression.

La Constitution turque accorde ainsi une garantie spécifique à la liberté d'opinion¹²⁴⁵, à la liberté d'expression et de propagation de la pensée¹²⁴⁶, à la liberté scientifique et artistique¹²⁴⁷, et à la liberté de la presse. La liberté d'expression et de propagation de la pensée comprend également la liberté de recevoir et de communiquer des informations. Aux termes de l'art. 26 § 2, qui traite de la liberté d'expression, l'exercice de ces libertés peut être restreint dans le but de préserver la sécurité nationale, l'ordre public, la sécurité publique, les caractéristiques fondamentales de la République¹²⁴⁸ et l'intégrité indivisible du territoire de l'Etat et de la nation. Il en va de même lorsque le but recherché est de prévenir les infractions, de punir les délinquants, d'empêcher la divulgation des informations qui sont reconnues comme des secrets d'Etat, de préserver l'honneur et les droits, ainsi que la vie privée et familiale d'autrui, de veiller au respect du secret professionnel prévu par la loi ainsi qu'au bon fonctionnement de la justice. A ces restrictions

en Turquie. Cf. «Le Rapport régulier 2005 sur les progrès réalisés par la Turquie sur la voie de l'adhésion à l'Union européenne» COM(2005)561 final pp. 28-30.

¹²⁴⁵ L'art. 25 de la Constitution turque qui garantit la dimension intérieure, la formation de l'opinion dans le for intérieur de la liberté d'opinion, consacre un droit absolu. Voir TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU (2006), p. 168. Dans le même sens, AYM E. 1963/17, K. 1963/84, du 8 avril 1964, AYMK 1, 199.

¹²⁴⁶ Telle que modifiée par la loi n° 4709 du 3.10.2001.

¹²⁴⁷ Art 27 de la Constitution turque.

¹²⁴⁸ Ces caractéristiques sont: le régime républicain; le bien-être, la justice et la solidarité nationale; le respect des droits de l'Homme; les principes d'Atatürk; les principes cités au préambule de la Constitution; l'Etat démocratique; l'Etat laïque; l'Etat providence; l'Etat de droit. Le fait de citer les caractéristiques fondamentales de la République et l'intégrité indivisible du territoire de l'Etat et de la nation. Ces motifs de restriction sont, à notre avis, plus larges que ceux qui sont prévus à l'art. 10 CEDH. Cependant, au terme de l'art. 90 de la Constitution turque, en cas de conflit entre les accords internationaux et les lois relatives aux droits et libertés fondamentaux, les clauses des accords internationaux prévalent. Pour une étude des caractères fondamentaux de la République en tant que motif de limitation de la liberté d'expression, cf. notamment KOÇAK (2003). Cf. aussi TANÖR-YÜZBAŞIOĞLU (2006), pp. 73-109; ÖZBUDUN (2000), pp. 69-137; SABUNCU (2003), pp. 15-150.

s'ajoutent celles prévues dans le Préambule¹²⁴⁹ ainsi que dans l'art. 14 relatif à l'interdiction de l'abus des droits et libertés fondamentaux¹²⁵⁰.

La Constitution suisse garantit la liberté d'opinion et celle de son expression au sein d'un seul article, soit l'art. 16¹²⁵¹, qui englobe l'ensemble des moyens de communication et l'ensemble des citoyens; dans ce sens, elle couvre la liberté d'expression au sens de l'art. 10 CEDH¹²⁵². Elle offre en outre «une protection dans la mesure où aucune autre liberté n'offre une protection spécifique»¹²⁵³. Elle énumère la liberté de divers médias: presse, radio et télévision, télécommunication, à l'art. 17, la liberté de la science à l'art. 20, et la liberté de l'art à l'art. 21¹²⁵⁴.

La Constitution suisse consacre la liberté d'opinion et subordonne la liberté d'information à cette liberté¹²⁵⁵. La délimitation avec les autres composantes de la liberté d'expression étant difficile à tracer, la garantie de l'art. 16 constitue une garantie subsidiaire. Le

¹²⁴⁹ «considérant qu'aucune opinion ou pensée ne peut se voir accorder protection à l'encontre des intérêts nationaux turcs, du principe d'indivisibilité de l'entité turque du point de vue de l'Etat et du territoire, des valeurs historiques et spirituelles inhérentes au peuple turc, ni du nationalisme, des principes, des réformes et du modernisme d'Atatürk, et qu'en vertu du principe de laïcité, les sentiments de religion, qui sont sacrés, ne peuvent en aucun cas être mêlés aux affaires de l'Etat ni à la politique».

¹²⁵⁰ Art. 14 (modifié par la loi n° 4709 du 3.10.2001): «Aucun des droits et libertés fondamentaux inscrits dans la Constitution ne peut être exercé sous la forme d'activités ayant pour but de porter atteinte à l'intégrité indivisible de l'Etat du point de vue de son territoire et de sa nation ou de supprimer la République démocratique et laïque fondée sur les droits de l'homme.

Aucune disposition de la Constitution ne peut être interprétée en ce sens qu'elle accorderait à l'Etat ou à des individus le droit de mener des activités destinées à anéantir les droits et libertés fondamentaux inscrits dans la Constitution ou à limiter ces droits et libertés dans une mesure dépassant celle qui est stipulée par la Constitution.

La loi fixe les sanctions applicables à ceux qui mènent des activités contraires à ces dispositions». Voir KABOĞLU (1998), p. 203.

¹²⁵¹ Sur la liberté d'opinion et d'information dans la Constitution suisse, voir MAHON in: AUBERT/MAHON (2003), pp.150-160; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (2006), vol. II, pp. 249-274.

¹²⁵² AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, vol. II, (2006), p. 263.

¹²⁵³ MAHON/GONIN (2007), p. 2.

¹²⁵⁴ La liberté d'opinion fait partie d'un ensemble de droits et libertés appelés liberté de communication. Voir BARRELET (2001), pp. 721-738.

¹²⁵⁵ FF 1997 I 161; cf. aussi BARRELET (2001), p. 723 .

Tribunal fédéral applique ensuite les conditions habituelles des restrictions aux droits fondamentaux, prévues à l'art. 36 de la Constitution suisse, en mettant particulièrement l'accent sur la proportionnalité, qui s'avère souvent décisive dans la pesée d'intérêts permettant de savoir si une mesure est admissible ou non.

Dans la ligne de la Cour EDH, la liberté d'expression est «*le fondement de tout Etat démocratique*»¹²⁵⁶, aux yeux du Tribunal fédéral et de la Cour Constitutionnelle turque. Contrairement au Tribunal fédéral et à la Cour EDH, la Cour constitutionnelle turque ne considère pas que la liberté d'expression est un élément indispensable de l'épanouissement personnel.

A l'instar de la jurisprudence de la Cour EDH, celle du Tribunal fédéral, de la Cour de cassation¹²⁵⁷ et du Conseil d'Etat turcs protègent aussi toutes sortes d'opinion et d'information¹²⁵⁸.

A la différence du Tribunal fédéral, les tribunaux suprêmes turcs¹²⁵⁹, en interprétant la liberté d'expression à l'aide des critères qui se dégagent de la jurisprudence de la Cour EDH¹²⁶⁰, appliquent

¹²⁵⁶ ATF 96 I 586 cons. 6, JdT 1971 I 319 (rés.). Il convient de noter que la Cour constitutionnelle turque, dans un premier temps, interpréta la liberté d'expression à la lumière de la notion de démocratie tel que dégagée de la Constitution de 1982, (AYM, E. 1985/8, K. 1986/27 du 26 novembre 1986, AYMKD, n° 22, p. 365). Elle abandonna par la suite cette approche en faveur d'une interprétation de la notion de démocratie classique et universelle. Voir AYM, E. 1985/15, K. 1986/23 du 6 octobre 1986, AYMKD, n° 22, p. 224.

¹²⁵⁷ Par exemple, YCGK K.9/132-155 arrêt du 3 juillet 2001; «(...) la liberté d'expression vaut également pour les opinions et informations choquantes. Cela est la conséquence de la démocratie et du pluralisme. Les critiques se fondent sur cette liberté; la nature des critères implique la sévérité et cela ne constitue pas une infraction». Y. 8.CD. E.2003/2930, K.2004/5686 arrêt du 22 juin 2004: «(...) L'esprit de notre ère est le pluralisme, autrement dit la multiplicité des voix. Le pluralisme ne peut se fonder que sur la multiplicité des opinions et de leur expression. La pluralité et la diversité d'opinion sont la richesse d'un pays et le moteur de son développement». Cf. AKTAN (2006).

¹²⁵⁸ ATF 113 Ia 309 cons. 4b.

¹²⁵⁹ D., E. 1723/1986, K. 933/1991 du 22 mai 1991: «la liberté d'expression est un des éléments principaux de la démocratie, tant que la déclaration d'opinion ne vise pas d'une manière claire et explicite à une provocation et à inciter à la commission d'une infraction». D., E. 1723/1986, K. 933/1991, du 22 mai 1991.

¹²⁶⁰ Voir YCGK, E. 2004/8-130, K. 2004/206 du 23 novembre 2004, YCGK, E. 2004/8-201, K. 2005/30 du 15 mars 2005 voir aussi D., E. 1723/1986, K.

conjointement le test du «*clear and present danger*»¹²⁶¹, tiré de la jurisprudence de la Cour suprême américaine¹²⁶².

Après ce bref aperçu de la liberté d'expression telle que traitée dans les textes internationaux ainsi que dans les ordres juridiques suisse et turc, voyons ce qu'il en est en milieu carcéral.

B. La liberté d'expression incarcérée

Dans le milieu pénitentiaire, la liberté d'expression et d'information permet au détenu d'exprimer ses convictions personnelles et lui octroie le droit de recevoir ou de se procurer librement des informations¹²⁶³. Toutefois, l'administration dispose des moyens de contrôler l'expression des personnes dont elle a la garde¹²⁶⁴. Le souci de maintien de l'ordre et de la sécurité en prison peut entraîner des restrictions à la liberté d'expression des détenus, notamment en ce qui concerne leur correspondance. Dans ce domaine, la liberté d'expression ne constitue cependant pas l'élément central. La problématique des restrictions de la correspondance des détenus relève de plusieurs droits fondamentaux différents, notamment du droit au respect de la vie privée, problématique que nous avons déjà examinée¹²⁶⁵. L'approche de la Cour EDH suit entièrement ce schéma. Les restrictions apportées aux échanges des détenus avec l'extérieur par les autorités administratives sont souvent examinées par la Cour EDH sous le seul angle de l'article 8 de la Convention.

933/1991 du 22 mai 1991. Pour l'interprétation de la liberté d'expression par la Cour de cassation, voir AKTAN (2006).

¹²⁶¹ «Danger manifeste et immédiat». La Cour suprême américaine a appliqué ce test pour la première fois dans l'affaire *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919) : «*words are used in such circumstances and are of such a nature as to create a clear and present danger that they will bring about the substantive evils that Congress has a right to prevent. It is a question of proximity and degree*». Pour la notion ainsi que l'évolution de la jurisprudence américaine dans ce domaine, cf notamment SCHWARTZ (1994), pp. 209-245; DOCQUIR (2007), pp 51-56.

¹²⁶² Cf. notamment ALACAKAPTAN (2000), pp.20 ss.

¹²⁶³ VIREDAZ (2007), p. 75.

¹²⁶⁴ Commission nationale consultative des droits de l'Homme (CNCDH)/Secrétariat général du gouvernement (SGG) (2007), p. 63.

¹²⁶⁵ Voir supra, pp. 219 ss.

Lorsque la Cour EDH constate qu'une ingérence a été apportée par les autorités pénitentiaires, elle estime qu'aucune question distincte ne se pose en vertu de l'art. 10 CEDH¹²⁶⁶. Ainsi, dans l'arrêt *Silver c. Royaume-Uni*¹²⁶⁷, la Commission et la Cour ont considéré que le droit à la liberté d'expression est garanti par l'article 8 de la Convention lorsqu'il concerne la correspondance des détenus. La Cour en a conclu qu'un nouvel examen de la question à la lumière de l'article 10 est inutile. De même, dans l'arrêt *Mc Callum c. Royaume-Uni*¹²⁶⁸, elle a approuvé la Commission lorsqu'elle décida que s'agissant d'une prétendue violation de la liberté d'expression par voie de correspondance, l'art. 8 constitue une *lex specialis* et aucune question distincte ne se pose sous l'angle de l'art. 10. Dans cette affaire, le requérant se plaignait qu'un certain nombre de lettres, destinées, entre autres, à son conseiller juridique et à la presse, avaient été abusivement confisquées par les autorités pénitentiaires. La Commission européenne a estimé qu'il y avait eu violation de l'article 8.

Il semble donc que le droit des détenus à la correspondance, qui est généralement protégé par l'article 8, protège également dans de nombreux cas, l'exercice de son droit à la liberté d'expression. Toute ingérence dans ce droit doit être justifiée dans les limites imposées par la Convention et la jurisprudence de la Cour

¹²⁶⁶ Par exemple, dans l'arrêt précité *Golder c. Royaume-Uni*, la Cour EDH devait traiter seulement les allégations de violation des articles 6 et 8, et dans *Boyle et Rice c. Royaume-Uni*, no 9659/82; 9658/82, arrêt du 27 avril 1988, des violations alléguées des articles 8 et 13. Toutefois, dans *Silver c. Royaume-Uni*, arrêt précité, la Cour EDH, confirmant l'avis de la Commission, a estimé qu'il n'était pas nécessaire de poursuivre un examen plus approfondi de la question de la liberté d'expression, ce droit étant déjà garanti par le droit à la correspondance prévu à l'article 8. Voir aussi *M.S. c. Autriche*, n° 22048/93, décision du 15 mai 1996, Recueil 1996-III, où la Commission EDH a estimé que la constatation d'une violation de l'article 8 ne rendait pas nécessaire d'examiner la requête qui concernait l'interdiction par les autorités pénitentiaires faite au requérant de correspondre avec un ancien détenu. Dans ce cas, la Commission a estimé que, bien que l'ingérence fût conforme à la loi et poursuivît un but légitime - la prévention de troubles ou de la criminalité - il n'était pas nécessaire dans une société démocratique. Voir Cour EDH, *Marturana c. Italie*, n° 63154/00, arrêt du 4 mars 2008.

¹²⁶⁷ Cour EDH, *Silver c. Royaume-Uni*, arrêt précité.

¹²⁶⁸ Cour EDH, *Mc Callum c. Royaume-Uni*, n° 9511/81, arrêt du 30 août 1980, série A n° 183.

européenne. Bien qu'apparemment seul le droit à la correspondance du détenu ait été affirmé par la Cour EDH, les affaires *Silver et Mc Callum* montrent que le détenu bénéficie également d'un droit général à la liberté d'expression en vertu de la Convention, lors même que, dans les cas d'espèce, ce droit était inclus dans celui au respect de la correspondance.

Il existe aussi des affaires, quoique rares, dans lesquelles la Cour EDH et l'ancienne Commission EDH ont spécialement examiné les plaintes des requérants¹²⁶⁹.

Il est quelque peu surprenant que l'art. 10 CEDH cède systématiquement le pas à l'art. 8 CEDH, car ce sont deux libertés différentes. Certes, il s'agit d'avantage d'une remarque d'ordre méthodologique, dans la mesure où, les conditions de restriction de ces deux libertés étant proches, le résultat final serait très certainement le même. La Cour EDH tient compte alors de plusieurs éléments: premièrement, elle souligne l'aspect fondamental de la liberté d'expression; deuxièmement, elle précise que les détenus se trouvent dans une situation d'extrême vulnérabilité; et troisièmement, elle examine le mode d'expression utilisé et cherche à savoir si le mode en question limite considérablement l'impact des propos litigieux ou pas. L'absence de publicité lors de l'examen de la proportionnalité de l'ingérence dans l'exercice de la liberté d'expression est un élément important aux yeux de la Cour EDH. A cet égard, elle considère que sanctionner un détenu disciplinairement pour un manuscrit personnel¹²⁷⁰, non diffusé, critiquant le système judiciaire, ou la condamnation pénale des détenus à cause d'une pétition impliquant leurs revendications pour la satisfaction desquelles ils déclarèrent entamer une grève de la faim illimitée¹²⁷¹, constituent une violation de l'art. 10 CEDH.

¹²⁶⁹ FOSTER (2000), p. 404.

¹²⁷⁰ Cour EDH, *Yankov c. Bulgarie*, arrêt précité, §§ 126-141.

¹²⁷¹ Cour EDH, *Tapkan et autres c. Turquie*, no 66400/01, arrêt du 20 septembre 2007, §§ 51-72. Voir aussi Cour EDH, *Fazıl Ahmet Tamer c. Turquie*, arrêt précité.

Dans l'arrêt *Herczegfalvy c. Autriche*¹²⁷², la Cour EDH a constaté une violation de l'art. 10 dans une affaire concernant une personne détenue dans un asile psychiatrique, alors qu'avait précédemment été constatée une violation de l'article 8. En conséquence, la Cour EDH a jugé que le détenu jouit, à un certain nombre d'égards, d'un droit à la liberté d'expression, soit indépendamment, soit conjointement à son droit au respect de la vie privée.

L'affaire *Bamber c. Royaume-Uni*¹²⁷³ est instructive tant en ce qui concerne l'admission de la liberté d'expression du détenu que celle des restrictions susceptibles d'y être apportées. Dans cette affaire, un détenu avait téléphoné à un radio show et avait participé à la discussion. A la suite de cet incident, le Ministre de l'intérieur a adopté un règlement interdisant aux détenus de téléphoner aux médias lorsque l'appel lui-même, ou les informations ainsi communiquées, sont utilisées pour la publication ou la diffusion du média. Lorsque le requérant a contacté le rédacteur en chef de l'Agence de presse à Londres pour discuter de sa condamnation, il a été sanctionné pour avoir enfreint la nouvelle disposition. La Commission a déclaré l'affaire irrecevable, en estimant que l'ingérence dans la liberté d'expression du détenu avait été justifiée au motif qu'il s'agissait d'une restriction raisonnable et nécessaire pour exercer un contrôle effectif sur les communications avec les médias par téléphone. Malgré l'issue défavorable pour le détenu, la Commission a admis qu'il jouissait de la liberté d'expression et que ce droit avait été restreint, lors même qu'il aurait eu à sa disposition d'autres moyens de communication avec les médias, notamment le courrier écrit. Cette affaire confirme non seulement que les détenus jouissent du droit à la liberté d'expression, mais encore que toute restriction doit être évaluée à la lumière des critères qui se dégagent de la jurisprudence de la Cour EDH. Par contre, il semble que la jurisprudence de Strasbourg admette assez aisément qu'on prive un détenu du droit de communiquer librement avec des journalistes¹²⁷⁴.

Ce bref panorama nous montre que la liberté d'expression se traduisant par le droit de formuler et de répandre librement son

¹²⁷² Cour EDH, *Herczegfalvy c. Autriche*, n° 10533/83, arrêt du 24 septembre 1992, série A n° 244.

¹²⁷³ Cour EDH, *Bamber c. Royaume-Uni*, n° 33742/96, D.R. n° 59, p. 240.

¹²⁷⁴ AComm. EDH, *X. c. Belgique*, n° 3914/69.

opinion, est fortement restreinte, pour ne pas dire étouffée, en milieu carcéral; au point qu'elle en vient à se confondre avec le droit au respect de la vie privée. La liberté d'expression incarcérée ne saurait donc se traduire par la manifestation des opinions des détenus. Le seul élément dérivé de la liberté d'expression qui ait connu un développement dans le milieu carcéral est le droit d'un détenu de recevoir des informations. Les Règles pénitentiaires européennes de 2006 soulignent l'importance de s'informer par le biais des journaux quotidiens, des périodiques et d'autres publications, et en suivant des émissions de radio ou de télévision. Ainsi, la Règle 24.10 porte sur un aspect des contacts avec le monde extérieur, la liberté de recevoir des informations, qui est un élément du droit à la liberté d'expression garanti par l'article 10 de la CEDH.

Si l'accès à toutes les sources générales d'information¹²⁷⁵ est aujourd'hui reconnu, il ne s'agit pas d'un droit illimité. Des restrictions ne peuvent cependant être apportées que dans le respect de l'art. 10 § 2 CEDH¹²⁷⁶. Ainsi, dans le milieu pénitentiaire, le maintien de l'ordre et de la sécurité justifient des restrictions, mais ces dernières doivent être clairement définies dans la législation pénitentiaire. De plus, et pour rester raisonnables, ces restrictions doivent être limitées, donc motivées par le contenu de l'idée ou de l'information. L'accès à deux types d'informations ou d'idées est de nature à poser des problèmes en milieu carcéral : les informations subversives et les publications et émissions à caractère pornographique.

Ce droit reste cependant fortement limité par les fonctions qui lui sont assignées¹²⁷⁷. Des raisons disciplinaires qui justifient les restrictions voire la suppression de cet aspect de la liberté d'expression en témoignent¹²⁷⁸. Vu que l'accès aux publications et aux émissions de radio et de télévision¹²⁷⁹ s'inscrit dans la ligne

¹²⁷⁵ L'AComm. EDH a précisé que cette notion n'englobe pas le droit de recevoir des informations particulières à un moment donné. Voir D.R. 17, p. 244.

¹²⁷⁶ LARRALDE (1993), p. 320.

¹²⁷⁷ LARRALDE (1993), p. 320.

¹²⁷⁸ L'art. 91 al. 2 CPS et l'art. 42 LEPM prévoient la restriction voire la suppression de ce droit en tant que sanctions disciplinaires.

¹²⁷⁹ Sur la lecture en milieu carcéral voir HENWOOD (1975).

«*de l'humanisation*»¹²⁸⁰ des prisons et permet notamment au détenu de rester en contact avec le monde extérieur, de suivre ses évolutions, et qu'il favorise ainsi la future (re)socialisation du détenu¹²⁸¹, il ne devrait pas être supprimé totalement, mais restreint pour une courte durée. De surcroît, l'Etat a le devoir positif d'assurer l'effectivité de la liberté d'expression à l'intérieur des murs, «*tout particulièrement envers les personnes qui, tels les prisonniers, dépendent essentiellement de son pouvoir pour leur subsistance*»¹²⁸².

Cela dit, nous examinerons le droit de recevoir des informations en droit suisse et en droit turc.

1.1. L'accès aux journaux, revues et livres

Le droit suisse ne connaît aucune disposition spécifique dans le domaine de l'accès aux journaux. Néanmoins, il se dégage de la jurisprudence du Tribunal fédéral, abondante en la matière, des critères concernant l'autorisation requise pour s'abonner à des journaux, le nombre d'abonnements, les publications en langue étrangère ainsi que les restrictions admissibles.

La jurisprudence du Tribunal fédéral remonte à une trentaine d'années et admet, en règle générale, l'accès à des publications dans la mesure où celles-ci ne présentent pas un danger pour le but de la détention et que le détenu n'en fait pas d'usage disproportionné¹²⁸³. L'interdiction de détenir des publications ou d'y accéder pendant la première semaine d'incarcération¹²⁸⁴ ou lors des premiers jours de la purge d'une sanction disciplinaire est admissible pour le Tribunal fédéral¹²⁸⁵. La restriction ou la suspension de l'accès aux livres et aux journaux pendant une longue durée n'est admissible, aux yeux des juges du fédéraux, que pour des motifs de maintien de l'ordre. Par exemple, seules les

¹²⁸⁰ FABIANI/SOLDINI (1996), p. 201.

¹²⁸¹ VIREDAZ (2007), p. 76.

¹²⁸² DETIENNE/SERON (2008), p. 251.

¹²⁸³ ATF 102 Ia 296, JdT 1977 IV 158.

¹²⁸⁴ ATF 99 Ia 262 cons. 10, JdT 1974 I 656.

¹²⁸⁵ ATF 117 Ia 187, JdT 1993 IV 93.

violations graves ou répétées de la discipline justifient une pareille restriction¹²⁸⁶.

Aux termes de la jurisprudence, l'administration pénitentiaire a la possibilité de limiter le nombre de journaux auxquels chaque détenu peut s'abonner, afin que le contrôle ne doive pas occasionner une surcharge excessive de travail pour elle¹²⁸⁷. L'autorité pénitentiaire peut en outre exiger, en cas d'abus avéré, que la commande de publications se fasse par son intermédiaire. Cependant, cette exigence ne doit pas rendre l'accès à la publication pratiquement impossible¹²⁸⁸. Lorsque la publication est imprimée dans une langue étrangère non identifiable à première vue, sa remise au détenu peut être subordonnée à une traduction préliminaire¹²⁸⁹.

Il convient cependant de noter que cette jurisprudence restrictive est aujourd'hui largement dépassée. Le vent de normalisation qui souffle sur l'établissement pénitentiaire a amené une libéralisation en la matière¹²⁹⁰. Les dispositions cantonales en témoignent ; elles précisent que les détenus peuvent s'abonner aux journaux et périodiques de leur choix et commander des livres, sans pour autant reproduire les restrictions que le Tribunal fédéral a admises¹²⁹¹. Il va sans dire que les détenus ne peuvent qu'accéder à des publications licites en Suisse. On songe, en particulier, à de la propagande raciste ou xénophobe, qui tomberait sous le coup de

¹²⁸⁶ ATF 118 Ia 64 cons. 3r, JdT 2007 IV 43; voir VIREDAZ (2007).

¹²⁸⁷ ATF 102 Ia 264 cons. 5, JdT 1978 I 312 (rés.).

¹²⁸⁸ ATF 122 I 222, JdT 1998 IV 125.

¹²⁸⁹ ATF 103 Ia 167, JdT 1978 IV 124.

¹²⁹⁰ BAECHTOLD (2008), p. 191.

¹²⁹¹ Art. 48 de la Loi sur l'exécution des peines privatives de liberté et des mesures pour les personnes adultes (LPMA) du 19 octobre 2007 du canton de Neuchâtel (RSN 351.0). Art. 421 du Règlement fribourgeois des prisons du 12 décembre 2006 (RSF 341.2.11). Art. 47 de l'Ordonnance sur les établissements de détention du canton de Jura du 21 décembre 2004 (RSJU 342.11). Art. 69.al. 2 du Règlement sur les établissements de détention dans le canton du Valais du 10 décembre 1993 (RSVS 340.200). Art. 69 du Règlement vaudois sur le statut des condamnés exécutant une peine privative de liberté et les régimes de détention applicables du 24 janvier 2007 (RSVD 340.01.1). Art. 33 du Règlement sur le régime intérieur de la prison et le statut des personnes incarcérées (RRIP) du 30 septembre 1985 du canton de Genève (RSG F 1 50.04).

l'art. 261bis du Code pénal, mais aussi à des tracts politiques constituant une provocation publique au crime ou à la violence¹²⁹².

Néanmoins, et à condition qu'il y ait une base légale, l'administration peut empêcher le détenu d'accéder à des publications incitant à commettre des infractions ainsi que présentant un danger pour l'ordre et la sécurité de l'établissement.

A l'instar du droit suisse, le droit turc reconnaît au détenu la possibilité de s'abonner à des journaux et périodiques autorisés en Turquie. L'art. 61 de la LEPM n'apporte cependant pas de précision concernant l'accès à la publication imprimée en langue étrangère.

2. L'accès à la radio et à la télévision

A défaut d'une disposition spécifique au niveau fédéral, à l'instar de l'accès aux publications, la jurisprudence du Tribunal fédéral reconnaît au détenu le droit de recevoir des émissions télévisées¹²⁹³. Néanmoins, la jurisprudence n'admet le droit de disposer de récepteurs individuels - à condition que ceux-ci soient contrôlés et plombés - que pour une détention de longue durée¹²⁹⁴.

Le Tribunal a refusé de statuer sur la question de savoir si les détenus ont un droit d'accéder aux émissions de télévision de leur choix, lorsque celles-ci n'étaient pas accessibles via les postes mis à disposition dans les secteurs communautaires. Un tel refus se justifie selon lui par le respect de la tranquillité des codétenus. Pareille justification est *«pour le moins désuète»*¹²⁹⁵. L'usage des appareils tel que les écouteurs ainsi que l'isolation des cellules permettent d'éviter le bruit¹²⁹⁶. Il n'en va pas de même pour la luminescence du téléviseur, qui peut éventuellement troubler le sommeil d'un codétenu qui partage la même cellule. Il convient de

¹²⁹² Art. 259 CPS.

¹²⁹³ ATF 102 Ia 297, JdT 1997 IV 158.

¹²⁹⁴ ATF 102 Ia 297, JdT 1997 IV 158. Voir aussi ATF 97 Ia 839 cons. 8b, JdT 1973 I 514; ATF 99 Ia 262 cons.5, JdT 1974 I 656.

¹²⁹⁵ VIREDAZ (2007), p. 75.

¹²⁹⁶ BAECHTOLD (2008), p. 192.

noter que les Règles pénitentiaires européennes préconisent que les détenus doivent en principe être logés individuellement¹²⁹⁷.

Toutefois, comme le souligne BAECHTOLD, le principe de normalisation, ainsi que la volonté d'assurer la tranquillité à l'intérieur des murs par le biais de la radio et de la télévision a contribué à une évolution dans le domaine¹²⁹⁸. Les dispositions cantonales témoignent de cette évolution en garantissant au détenu le droit d'avoir, à ses frais, un téléviseur ainsi que la radio, tout appareil d'enregistrement et de lecture ainsi qu'un ordinateur. Toutefois, la question de savoir si le détenu peut accéder à des émissions de son choix reste ouverte, notamment pour les détenus ne parlant pas la langue du pays, la plupart des établissements pénitentiaires suisses fournissant alors des émissions câblées¹²⁹⁹.

L'art. 67 LEPM accorde au détenu le droit d'avoir à ses frais des appareils nécessaires fournis par l'administration pénitentiaire, ainsi que le droit de recevoir des émissions de son choix, dans la mesure où une diffusion câblée n'est pas disponible dans l'établissement pénitentiaire. Les détenus peuvent se voir, toutefois, imposer des restrictions concernant certains programmes «inutiles». Ni la LEPM, ni le droit réglementaire d'application, ni la jurisprudence ne définissent ce que constituent des émissions inutiles. Une grande marge d'appréciation est donc laissée à l'administration pénitentiaire pour l'élimination de telles émissions. Au vu de la pratique constatée en matière d'habillement, il y a fort à parier que l'administration pénitentiaire turque considère comme inutile tout ce qui ne tend pas à inculquer aux détenus les fondements du civisme. De plus, le simple fait de proscrire les émissions de télévision inutiles est l'exemple même de la négation du concept de liberté. Une liberté est une sphère de compétence dont les modalités sont abandonnées à l'entière appréciation de son titulaire. Elle existe, quand bien même l'usage qui en est fait est déraisonnable, sans toutefois que son exercice ne s'avère contraire à d'autres biens juridiquement protégés. L'approche de la loi turque contredit l'esprit de la CEDH et son application est très certainement contraire à la Convention. En

¹²⁹⁷ COYLE (2006), p. 124.

¹²⁹⁸ BAECHTOLD (2008), p. 192.

¹²⁹⁹ BAECHTOLD (2008), p. 192.

outre, la loi turque prévoit que le droit de recevoir des journaux ou des émissions radiotélévisées peut faire l'objet de limitations pour les détenus dangereux ou condamnés pour appartenance à une organisation criminelle, qui continuent leurs activités au sein de l'établissement pénitentiaire. Cette restriction n'est pas en soit contraire à la CEDH, mais pourrait causer des problèmes concrets lorsque la suppression du droit de recevoir des journaux n'est pas en lien direct avec la poursuite d'activités liées à une organisation criminelle.

III. Le travail pénitentiaire à l'épreuve des droits de l'Homme

Le travail pénitentiaire¹³⁰⁰ pose deux problèmes principaux en matière de sauvegarde des droits de l'Homme. Premièrement, par sa nature obligatoire, il pourrait être considéré comme un travail forcé prohibé par les instruments internationaux en la matière. Le détenu n'étant souvent pas traité sur un pied d'égalité avec les autres travailleurs, la question d'une éventuelle atteinte à ses droits économiques et sociaux doit être examinée en second lieu. C'est ce que nous allons voir maintenant.

A. L'ombre du travail forcé

Longtemps, le travail pénitentiaire était obligatoire et constituait un moyen de contraindre et d'occuper les individus dangereux pour la sécurité publique. Il était une sanction complémentaire à la perte de liberté et sa rigueur était proportionnelle à la gravité de la peine¹³⁰¹. Le travail normalement requis d'un détenu constituait un élément inhérent au régime pénitentiaire¹³⁰².

¹³⁰⁰ Nous nous bornerons à examiner le travail pénitentiaire au sens classique du terme, à savoir le travail accompli dans le cadre d'une peine privative de liberté à l'intérieur de l'établissement pénitentiaire ou auprès d'un concessionnaire. Le travail accompli sous le régime de la semi-liberté ne sera pas étudié.

¹³⁰¹ FIZE (1990), p. 298; LORVELLEC (1997), p. 207.

¹³⁰² CROOK (2007), p. 303.

Cette approche ressort explicitement des restrictions introduites par les différents instruments internationaux. Les Conventions n° 29 et 105 sur le travail forcé de l'Organisation internationale du travail (OIT)¹³⁰³ ne posent pas «*un principe intangible*»¹³⁰⁴, mais présentent des exceptions, parmi lesquelles on compte le travail pénitentiaire. Les instruments de l'OIT ne considèrent pas comme du travail forcé le travail des détenus¹³⁰⁵ qui ont été dûment condamnés par un tribunal¹³⁰⁶, à condition que l'exécution du travail ait lieu sous surveillance et qu'il ne soit pas effectué au profit de particuliers¹³⁰⁷.

L'art. 8 du Pacte ONU II et l'art. 4 § 2 de la CEDH, inspirés par la Convention n° 29 de l'OIT, prohibent le travail forcé. A l'instar de la Convention de l'OIT, le travail pénitentiaire n'y est pas considéré comme un travail forcé ou obligatoire. Il semble donc que le détenu ne puisse jamais invoquer l'interdiction du travail forcé.

Alors que dans un premier temps, la Cour EDH a systématiquement invoqué le libellé de l'article 4 pour rejeter les requêtes concernant le travail des détenus¹³⁰⁸, elle a posé par la suite clairement d'autres conditions pour que le travail pénitentiaire ne constitue pas une violation de la Convention.

¹³⁰³ Ces deux instruments sont complémentaires.

¹³⁰⁴ LARRALDE (1993), p. 332.

¹³⁰⁵ La raison de l'exception relative au travail pénitentiaire est expliquée par le fait que, historiquement, l'incarcération était associée au travail obligatoire sous différentes formes, qui était exigé des détenus initialement à titre de punition ou de représailles, puis dans un but de réinsertion. Cf. le rapport du Bureau international du travail intitulé «Eradiquer le travail forcé».

¹³⁰⁶ Art. 2 al. 2 lit. c de la Convention n° 29: «*tout travail ou service exigé d'un individu comme conséquence d'une condamnation prononcée par une décision judiciaire, à la condition que ce travail ou service soit exécuté sous la surveillance et le contrôle des autorités publiques et que ledit individu ne soit pas concédé ou mis à la disposition de particuliers, compagnies ou personnes morales privées*».

¹³⁰⁷ Pour une étude de ces conditions, voir «Eradiquer le travail forcé».

¹³⁰⁸ AComm. EDH, n° 833/60, Annuaire vol III p. 441; AComm. EDH, *R. c. République Fédérale d'Allemagne*, n° 1854/63; AComm. EDH, n° 2413/65, *X. c. République Fédérale d'Allemagne*, Recueil des décisions vol. 23 p. 8; AComm. EDH, *G. c. Autriche*, n° 1451, AComm. EDH, *21 détenus c. République Fédérale d'Allemagne*, n° 3134/67, 3172/67, 3188; 3206/67 (jointes), Annuaire 11, 1968, p. 553.

Premièrement, la détention doit être conforme à l'art. 5 de la CEDH¹³⁰⁹. A cette condition, vient s'ajouter l'interdiction de discrimination lors de la sélection des individus astreints au travail¹³¹⁰. Ensuite, le travail demandé ne doit pas excéder les limites normales en la matière et il doit aider le détenu «à se reclasser dans la société»¹³¹¹.

Les dispositions de l'art. 4 ne font pas obstacle à ce que le travail fourni par les détenus soit accompli pour des entreprises privées en vertu d'un contrat conclu avec l'administration pénitentiaire. La requête de vingt-et-un détenus allemands alléguant que ce système de travail, faute de rémunération suffisante et de couverture sociale, les réduisait à une situation d'esclavage, n'a pas été soutenue par la Commission¹³¹². Le standard de protection de la Convention serait donc plus faible que celui de l'OIT dans la mesure où celui-ci interdit purement et simplement le travail pénitentiaire au seul profit de personnes privées. Cette différence ne laisse d'ailleurs pas de surprendre et on peut tout de même se demander si la Cour EDH tiendrait aujourd'hui encore un pareil discours. Le droit suisse¹³¹³, en exécution des engagements contractés à Genève, impose d'ailleurs à l'administration pénitentiaire d'obtenir le consentement du détenu avant de l'affecter à un travail supervisé par une personne privée.

¹³⁰⁹ Cour EDH, arrêt *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique*, arrêt précité, § 89. Il convient de noter que la Cour EDH n'a pas suivi le raisonnement de la Commission qui avait conclu que le travail imposé au détenu portait atteinte à la Convention dans la mesure où il s'agissait d'une violation de l'art. 5 § 4. La Cour s'est contentée de constater que la détention était conforme à l'art. 5 § 1. L'approche de la Cour EDH est critiquable. Si une détention n'est pas conforme au paragraphe 4 de l'art. 5, cela signifie que le détenu se trouve dans l'impossibilité de contester la légalité de sa détention devant un tribunal. Une des conditions de la régularité de la détention faisant défaut, il ne paraît pas possible d'admettre qu'une telle détention puisse fonder un travail obligatoire. Voir VAN DIJK/VAN HOOFF/VAN RIJN/ZWAAK (2006), pp. 205-206.

¹³¹⁰ Cour EDH, *Karlheinz Schmidt c. Allemagne*, n° 13580/88, arrêt du 24 juin 1994, §§ 22-23 et 27-28, série n° A291-B, Cour EDH, *Van der Musselle c. Belgique*, n° 8919/80, arrêt du 23 novembre 1982, § 43, série A n° 70.

¹³¹¹ Cour EDH, *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique*, arrêt précité, § 90.

¹³¹² Com EDH, *21 détenus c. République fédérale d'Allemagne*, décision précitée, p. 529.

¹³¹³ Art. 81 al. 2 CPS.

Les limites fixées dans la jurisprudence de Strasbourg apparaissent, à bien des égards, peu protectrices pour les détenus. En dehors du travail pénitentiaire extrêmement dur ou pénible - en pareil cas, il serait possible d'invoquer l'art. 3 de la CEDH - les détenus semblent être dans l'impossibilité de contester les conditions dans lesquelles s'effectue le travail en prison¹³¹⁴. L'Ensemble des Règles minima pour le traitement des détenus¹³¹⁵, les Règles pénitentiaires européennes de 2006¹³¹⁶ et les normes du CPT¹³¹⁷ insistent sur le rôle du travail dans le régime pénitentiaire. L'Ensemble des Règles minima et les Règles pénitentiaires européennes prévoient toujours que les autorités pénitentiaires aient le droit de rendre le travail obligatoire¹³¹⁸.

Ces textes n'évoquent pas la question de savoir si le fait d'astreindre les détenus peut être assimilé à un travail forcé ou obligatoire¹³¹⁹. L'approche traditionnelle, et donc peu favorable à une limitation des prérogatives de l'administration pénitentiaire, semble se confirmer.

Comme le souligne SHEA, *«le travail pénitentiaire au début du 21^e siècle n'est plus le travail inhumain et dégradant des galères, des bagnes ou des prisons-entreprises du 19^e siècle. Mais si nous examinons la nature de la plupart des emplois pénitentiaires, force est de constater que les vestiges du passé sont bien présents»*¹³²⁰.

Nonobstant les dispositions des Conventions, le Bureau International du Travail (BIT) est conscient que le travail pénitentiaire pose un problème au regard de la dignité humaine. Au vu de la difficulté d'établir des normes conformes à la dignité humaine pour les détenus, il estime qu'*«il faut au moins des normes minima dans les domaines suivants: salaires, sécurité et*

¹³¹⁴ LARRALDE (1993), p. 333; AUVERGNON/GUILLEMAIN (2006), p. 36.

¹³¹⁵ Règle 71.

¹³¹⁶ Règle 26.

¹³¹⁷ Le CPT est d'avis qu'*«un programme satisfaisant d'activités (travail, enseignement et sport) revêt une importance capitale pour le bien-être des prisonnier»*. CPT/Inf/E(2002 1-Rev. 2006). Normes du CPT, III Emprisonnement.

¹³¹⁸ Règle 105.

¹³¹⁹ MURDOCH (2007), p. 233.

¹³²⁰ SHEA (2006), p. 30.

santé, formation sur les droits des travailleurs»¹³²¹, lorsque le travail a lieu dans le cadre d'un emprisonnement. On peut sérieusement se demander si l'immunité dont jouit le travail en prison se justifie encore. Il ne fait aucun doute que, faute d'un affranchissement exprès par le texte des conventions, le travail en prison constituerait, à l'évidence, un cas de travail forcé ou obligatoire au sens de l'art. 1^{er} de la Convention n° 29 de l'OIT qui prohibe l'exercice d'un travail par un individu sous la menace d'une peine quelconque et pour lequel individu ne s'est pas offert de plein gré. Il convient de noter qu'aux yeux du BIT «*la peine en question n'est pas nécessairement une mesure pénale et peut consister en une perte de droits et de privilèges. La menace de rétorsion peut par ailleurs revêtir les formes les plus diverses (...)*». Le BIT souligne en outre qu'il existe toute une variété de formes subtiles de contrainte. Il précise que le travail forcé se définit «*par la nature de la relation entre un individu et un employeur*». Il est donc clair que le travail en prison doit être considéré comme un travail forcé «légalisé» par les Conventions de l'OIT et par la CEDH. Dans l'affaire *Van Droegenbroeck c. Belgique*, la Cour EDH a laissé entendre qu'«*à partir du moment où l'élargissement dépend de la possession d'un pécule résultant de la rétribution de tâches accomplies dans un établissement pénitentiaire, on se rapproche en pratique d'une véritable obligation*»¹³²². Cela confirme que le travail pénitentiaire constitue un travail certes forcé mais légalisé.

Par voie de conséquence, le travail pénitentiaire diffère du travail en milieu libre. Or, l'idée phare de l'exécution de la peine privative de liberté est aujourd'hui le rapprochement des conditions à l'intérieur des murs de celles offertes à l'extérieur. La conception purement afflictive du travail a été abandonnée. Son aspect humanitaire et (re)socialisateur est désormais privilégié¹³²³. Dans le même sens, certains auteurs¹³²⁴ soulignent la nécessité de normaliser les conditions de détention en ce qui concerne le travail

¹³²¹ Rapport de Bureau international du travail intitulé «Une alliance mondiale contre le travail forcé».

¹³²² Cour EDH, *Van Droegenbroeck c. Belgique*, arrêt précité, § 59.

¹³²³ TEA (2005), p. 75

¹³²⁴ DE JONGE (1999), pp. 330 ss, SNACKEN (2002), p. 146.

pénitentiaire¹³²⁵. Celui-ci devrait cesser d'être obligatoire¹³²⁶. La conception traditionnelle du travail pénitentiaire va à l'encontre de la normalisation pénitentiaire¹³²⁷ qui tend à rapprocher au mieux le régime pénitentiaire des conditions de la vie libre. En outre, cette approche est contraire à la conception actuelle qui tend à limiter l'impact de l'emprisonnement à la privation de la liberté d'aller et de venir.¹³²⁸ Un auteur suisse, VALLOTTON¹³²⁹, s'est même employé à démontrer que l'astreinte au travail pénitentiaire est contre-productive et source de désordres. Les instruments de sauvegarde des droits de l'Homme incarcéré sont donc en retard par rapport aux progrès de la science pénitentiaire. Il semble finalement que le travail pénitentiaire obligatoire soit davantage une relique de la «servitude pénale» qu'un instrument de (re)socialisation. Il n'en demeure pas moins qu'en l'absence de modification des principales conventions, il est impossible de voir dans le seul caractère obligatoire du travail pénitentiaire la preuve qu'il s'agit d'un travail forcé.

Néanmoins, ce dernier doit être considéré avec la plus grande circonspection et, au vu de son obsolescence, le seuil de tolérance au regard d'autres articles de la CEDH, notamment les articles 3 et

¹³²⁵ En revanche, certains auteurs, dont MELOSSI (1978), estiment que le principe de normalisation cause plusieurs problèmes, dans le domaine du travail pénitentiaire. Ils prônent le principe de «less eligibility». Selon ce principe, les conditions de vie dans les prisons doivent être inférieures à celles de la couche la plus basse de la classe travailleuse. Ainsi, dans ces conditions, les personnes détenues choisiront de travailler et la perspective d'avoir à subir une peine privative de liberté les dissuadera réellement de récidiver. MELOSSI (1978), p. 75. Pour une comparaison de la normalisation et du principe de «less eligibility», cf. notamment FEEST (1999).

¹³²⁶ SNACKEN (2002), p. 146, considère que le travail pénitentiaire est un droit, et non pas un devoir. Ce faisant elle s'appuie sur la Constitution belge qui prévoit un droit au travail. Un tel droit existe en droit turc (art. 49 Cst turque). Le droit au travail, entendu comme une prestation positive de l'Etat, n'est pas garanti en tant qu'objectif de la politique sociale. Néanmoins, le droit au travail est considéré comme un élément de la personnalité. Par voie de conséquence, l'interdiction du travail forcé relève plutôt de la liberté personnelle. En revanche, les détenus bénéficient de la liberté économique garantie à l'art. 27 de la Constitution suisse. Comme le souligne GRISEL E.; «ils subissent néanmoins des restrictions exorbitantes», cf. GRISEL E. (2006), p. 189.

¹³²⁷ Le principe de normalisation pénitentiaire sera abordé dans le quatrième titre de notre étude.

¹³²⁸ LARRALDE (1993), SNACKEN (2002), p. 147.

¹³²⁹ VALLOTTON (1999), p. 166.

8, sera placé très bas. C'est dans cette optique que nous analyserons les conditions du travail pénitentiaire en Suisse et en Turquie.

B. Un droit au travail ou une obligation de travailler?

Le législateur suisse considère le travail comme l'un des principaux éléments du processus de (re)socialisation du détenu condamné¹³³⁰. L'art. 81 CPS astreint le détenu au travail¹³³¹. En maintenant l'astreinte au travail, le législateur suisse a privilégié le souci du maintien de l'ordre et de la sécurité¹³³². Par voie de conséquence, il a dérogé au principe de normalisation énoncé à l'art. 75 CPS. Cette approche montre le décalage qui existe entre le principe de la normalisation et sa transposition dans la loi¹³³³.

Le travail doit prendre en compte dans la mesure du possible les capacités et les aptitudes, la formation et les intérêts du détenu. Il peut avoir lieu à l'intérieur de l'établissement, mais il peut aussi être effectué auprès d'un employeur privé, à condition que le détenu y consente.

A notre avis, l'originalité du travail pénitentiaire, corollaire de son caractère obligatoire, demeure aux art. 82 et 83 al. 3 CPS. Il ressort de la lecture conjointe de ces dispositions que le travail peut également consister en une formation de base ou continue. Par ces dispositions, le législateur suisse met sur le même pied d'égalité le travail et la formation et le perfectionnement. Le détenu qui souffre d'absence de formation initiale, ou doit continuer une formation déjà entamée en liberté, bénéficiera d'une dispense de travail et recevra une indemnité qui correspond à sa rémunération. Ce faisant, le législateur souligne encore une fois sa volonté de (re)socialiser le détenu au travers de l'exécution de la peine.

¹³³⁰JENDLY (2005), p. 75 ; SHEA (2006) , p. 32.

¹³³¹ Il convient de noter que selon le message l'astreinte au travail ne s'applique qu'aux détenus effectivement capables de travailler. Cf. FF 1999 1924.

¹³³² Dans le Message, le législateur annonçait qu'en cas d'abandon de l'astreinte au travail, les directeurs de l'établissement perdraient un instrument indispensable à la garantie de l'ordre.

¹³³³ Dans le même sens WEBSTER (2000), pp. 193-196; JENDLY (2005), p. 76.

Alors que le travail pénitentiaire est obligatoire en droit suisse, le droit turc opte pour l'abolition de l'astreinte au travail à l'art. 29 LEPM. L'interdiction du travail forcé est stipulée à l'art. 18 de la Cst turque. L'alinéa 2 dudit article prévoit cependant que *«ne sont pas considérés comme travail forcé, pour autant que leur forme et leurs conditions aient été définies par la loi, les travaux imposés aux personnes durant leur détention ou l'exécution de leur peine»*.

La LEPM propose trois régimes de travail aux détenus qui peuvent être affectés au service général de l'établissement en fonction de leur bon comportement¹³³⁴, exercer une activité au sein d'une unité de travail de l'établissement pénitentiaire, ou exercer une activité pour le compte d'une entreprise privée.

Si le devoir de travailler subsiste pour le détenu qui n'a pas de profession et qui est physiquement et psychologiquement en bonne santé conformément au certificat médical du médecin pénitentiaire, ce n'est plus à titre d'obligation mais en tant que partie intégrante des méthodes de prise en charge psychosociale. Envisagé au titre de l'enseignement et de la formation professionnelle, le travail pénitentiaire constitue un élément purement (re)socialisateur¹³³⁵.

En réalité, cette ambiguïté amène à s'interroger sur la nature juridique du travail en droit turc. Certes, le détenu ayant déjà une profession peut refuser de travailler; il n'y a pas d'obligation pour lui. Mais le travail est imposé au détenu qui n'a pas de profession. Il n'est dès lors pas possible de dire que l'obligation au travail a totalement disparu.

Il ne suffit pas de constater que le travail obligatoire a été aboli pour en déduire *ipso facto* que la LEPM accorde un droit au travail pour le détenu qui a une formation initiale. Si le législateur avait réellement souhaité accorder aux détenus un véritable droit au travail, il aurait prévu des sanctions à l'encontre de l'administration pénitentiaire défailante. Il est vrai que l'art. 29 LEPM dispose uniquement que *«les détenus (qui le souhaitent) peuvent travailler dans les unités de travail ou dans les ateliers dans la mesure où les possibilités de l'établissement pénitentiaire le permettent»*.

¹³³⁴ Art. 29.

¹³³⁵ HAMURCU (2008).

Cette formulation ne peut qu'inciter à constater que le législateur n'impose pas d'obligation de résultat à l'administration pénitentiaire. L'administration pénitentiaire n'a point une obligation de moyen de procurer un travail au détenu. Elle n'est pas non plus tenue de mettre en œuvre les moyens à sa disposition pour procurer un emploi à chaque détenu qui en a fait la demande. Le droit au travail reconnu à l'art. 49 de la Constitution turque ne reste donc pas entier pour les détenus. Il en découle qu'en droit turc, le travail pénitentiaire pour le détenu possédant une formation initiale n'est pas un travail forcé, mais pas non plus un droit. La qualification du travail pénitentiaire en droit turc demeure donc incertaine.

Dans les deux ordres juridiques, le refus de travailler peut entraîner des sanctions disciplinaires. Cependant, il convient de songer aussi aux effets d'un travail insatisfaisant sur l'exécution de la peine. En droit turc, le détenu qui fournit intentionnellement un travail insatisfaisant risque une sanction de privation de travail d'un à trois mois. Il s'agit d'une incongruité du droit turc : le détenu n'est pas astreint au travail mais le travail insatisfaisant est une sanction disciplinaire.

Les conséquences sont moins claires en droit suisse. Toutefois, la question se pose en ce qui concerne les décisions d'octroi de modalités d'exécution de peine. Un travail insatisfaisant peut-il être considéré comme une opposition à l'exécution de la peine? Ce constat pourrait-il avoir des conséquences par exemple sur le pronostic en cas de libération conditionnelle? BAECHTOLD note que même si des exceptions existent, un travail insatisfaisant récurrent empêche en général un pronostic favorable¹³³⁶.

Comme le soulignent KUHN et MOREILLON, *«il est cependant bien connu qu'en termes de resocialisation, l'inactivité obligée (pour un détenu exprimant l'envie de travailler) est bien plus désocialisante que l'obligation de travailler faite à un détenu qui ne le désire pas (...). C'est ainsi que le droit au travail serait*

¹³³⁶ BAECHTOLD (1999), p. 265.

certainement bien plus utile que ne l'est l'obligation de travailler faite aux détenus»¹³³⁷.

Il serait donc souhaitable que la législation suisse abandonne l'astreinte au travail et que le droit turc précise la qualification juridique du travail pénitentiaire. Même si plusieurs facteurs dont l'hétérogénéité¹³³⁸ et la précarité de la population pénitentiaire¹³³⁹, l'illettrisme, la surpopulation carcérale, le manque de formation initiale des détenus, la pénurie d'offres rendent difficile l'exercice effectif d'un droit au travail, l'administration pénitentiaire doit veiller à l'offre ou à la possibilité d'un travail qui permettra aux détenus de donner un sens à la période de détention, de préserver, veiller à renforcer ou acquérir l'aptitude à l'exercer après leur libération¹³⁴⁰.

C. Le travail pénitentiaire: du travail sans droit du travail

1. L'absence de contrat de travail

La situation juridique du détenu écarte la possibilité d'une relation contractuelle entre le détenu et l'administration pénitentiaire, au sens du droit du travail¹³⁴¹. Cela a pour conséquence l'absence de contrat de travail, absence qui est un élément majeur qui maintient les personnes détenues dans une situation d'exclusion et ne les prépare pas à développer un rapport au travail propice en milieu libre¹³⁴².

De surcroît, l'évolution des droits et libertés nous amène à nous interroger sur la conformité du travail intra muros au travail en milieu libre. De prime abord, le principe de l'absence de contrat de travail contreviendrait aux articles 1er à 5, 10 et 12 de la Charte sociale européenne, convention internationale sur les droits de

¹³³⁷ KUHN/MOREILLON (2006), p. 627. Dans le même sens, VAN ZYL SMITH/DÜNKEL (1999), p. 339.

¹³³⁸ TALENDRIER (1994), p. 45.

¹³³⁹ MARCHETTI (1997), p. 184.

¹³⁴⁰ TEA (2005), p. 75.

¹³⁴¹ CACHEUX (2008), p. 76.

¹³⁴² CROOK (2007), p. 305.

l'Homme ratifiée par la Turquie et signée mais non ratifiée par la Suisse. L'autorité de ladite Charte est supérieure à celle de la loi interne aux termes de l'art. 90 de la Constitution turque. A ce titre, elle peut être invoquée devant les juridictions¹³⁴³. Toutefois, lors même que l'application directe de la Charte est possible, les juridictions turques se sont contentées d'un renvoi¹³⁴⁴.

En second lieu, l'absence de contrat de travail pourrait s'analyser, eu égard à l'art. 4 CEDH, comme du travail forcé. Néanmoins, comme nous l'avons mentionné ci-dessus, l'exception prévue à cet article et la jurisprudence s'y rapportant ne permettent pas de le faire. Seul le travail qui sera imposé au détenu en guise de sanction tombera sous le coup de l'art. 4 CEDH.

En troisième lieu, l'inexistence du contrat de travail pourrait être analysée à la lumière des Règles pénitentiaires européennes de 2006. En effet, la règle 26 prévoit que le travail pénitentiaire doit être conforme aux normes en vigueur. Il nous semble qu'alors, les Etats membres du Conseil de l'Europe devraient instaurer le contrat de travail en prison en vue de se conformer aux normes en vigueur. L'absence de contrat de travail du détenu pourrait être jugée contraire aux Règles pénitentiaires européennes. Cependant, vu le caractère non contraignant de ces règles, une telle constatation n'aurait qu'un impact symbolique.

La LEPM et la législation suisse ne prévoient pas la conclusion d'un contrat entre le détenu et son employeur, que celui-ci soit l'administration pénitentiaire ou un entrepreneur privé. Bien que la LEPM exige qu'un protocole soit signé entre l'administration pénitentiaire et l'employeur privé¹³⁴⁵, elle est muette pour les

¹³⁴³ AKILLIOĞLU (1998), p. 27.

¹³⁴⁴ AYM, 16.9.1998, E. 1997/62, K. 1998/52.

¹³⁴⁵ Selon l'art. 98 al. 3 du Décret en Conseil d'Etat, le protocole est signé d'une part par l'entreprise et d'autre part par le directeur de l'unité de travail auprès des établissements pénitentiaires. Faute d'unité de travail, auprès de l'établissement pénitentiaire, le protocole sera signé par le Procureur de la République auprès de l'établissement pénitentiaire. Le protocole porte sur la durée du travail ainsi que les conditions de travail telles que la rémunération, les horaires, le transport et le ravitaillement. La rémunération du détenu qui a plus de 16 ans ne peut être en dessous du salaire minimum fixé par la Commission de fixation de salaire minimum auprès du ministère du travail et de la sécurité sociale, en vertu de l'art. 39 de la Loi n° 4857 publiée dans le R.G. n° 2513 du 10 juin 2003.

détenus qui travaillent à l'intérieur de l'établissement pénitentiaire. A défaut d'un accord de volonté sur les conditions du contrat, et dans la mesure où le détenu n'a pas la possibilité de manifester ses préférences, certains auteurs y voient un devoir de travail qui découle du droit public¹³⁴⁶.

Il est vrai qu'on ne peut pas faire de la relation de travail entre l'administration pénitentiaire et le détenu un contrat de travail de droit privé, conclu conformément à la liberté contractuelle, car le détenu n'a aucune marge de manœuvre vis-à-vis de l'administration.

En droit turc, alors que les relations entre les détenus qui sont employés chez un concessionnaire et leurs employeurs obéissent en grande partie au droit commun, les conditions de travail des détenus employés au sein des établissements pénitentiaires sont régies par des textes spécifiques. En droit suisse, le détenu peut refuser les propositions et exprimer ses préférences concernant le travail auprès d'un employeur privé en vertu de l'art. 81 al. 2 CPS.

La LEPM énonce les grands principes applicables au travail des détenus. Ces principes sont développés dans la Loi n° 4301¹³⁴⁷ sur la fondation et la gestion de l'institution d'unité de travail auprès des établissements pénitentiaires¹³⁴⁸ et dans le règlement sur ladite loi. Sur le temps de travail et les conséquences du travail excessif, la loi renvoie au Code du travail¹³⁴⁹. La rémunération (salaire journalier, au sens de la loi) sera fixée par le Conseil supérieur de l'institution de l'unité de travail auprès des établissements pénitentiaires établi selon l'art. 3 de la loi. Aux termes de l'art. 2 de la Loi n° 506 sur les assurances sociales, les détenus employés dans les établissements, ateliers et autres unités d'exécution au sein de l'établissement pénitentiaire seront couverts par l'assurance contre les maladies professionnelles, l'assurance contre les accidents du travail, l'assurance maternité et l'assurance

¹³⁴⁶ SAYMEN (1954), pp. 452-452; ÇELİK (1998), p. 36; TUNÇOMAĞ/CENTEL (1999), p. 47; UŞAN (2001), p. 1447.

¹³⁴⁷ Publiée dans le R.G. n° 23075 du 9 août 1997.

¹³⁴⁸ Pour une étude sur les unités de travail en Turquie, cf. notamment SAVCI İ. (2005); IPEK (2004).

¹³⁴⁹ Le terme de pécule est remplacé par cette notion définie comme étant plus neutre.

maladie¹³⁵⁰. S'ils le demandent et qu'ils remplissent les conditions fixées à l'art. 85 de ladite loi, ils peuvent être couverts par l'assurance invalidité, vieillesse et survivants.

Au-delà des textes internationaux, l'absence de contrat de travail peut être examinée sous l'angle de l'art. 117 al. 2 CPTR. Cette disposition réprime «*le fait d'obtenir d'une personne, en abusant de sa vulnérabilité, de sa solitude ou de sa situation de dépendance, la fourniture de services non rétribués ou en échange d'une rétribution manifestement sans rapport avec l'importance du travail accompli*». Or, la modicité de la rémunération carcérale est reconnue par tous. Reste à savoir si cette rétribution peut être considérée comme «*manifestement sans rapport avec l'importance du travail accompli*»¹³⁵¹. S'il est vrai qu'on peut s'interroger sur le comportement de l'administration pénitentiaire, qui prélève des frais d'entretien¹³⁵², le détenu qui travaille en est exempté¹³⁵³. Quoiqu'il en soit, il ne saurait être question de poursuivre pénalement l'Etat pour des comportements qui relèvent éminemment de l'exercice de la puissance publique et qui sont couverts par une loi.

L'on peut lire sous la plume de certains auteurs que le travail du détenu chez un concessionnaire découle d'un contrat de travail¹³⁵⁴. Cette approche est celle de la Cour de Cassation. Elle considère la

¹³⁵⁰ Cf. l'art. 10. La Résolution (62) 2 intitulée Droits électoraux, civils et sociaux du détenu (Recommandation 195), adoptée par les Délégués des Ministres du Conseil de l'Europe, le 1^{er} février 1962. Cette résolution prévoit que des mesures nécessaires doivent être prises, afin que le détenu conserve, dans la mesure du possible, ses droits aux prestations de sécurité sociale pendant son séjour en prison.

¹³⁵¹ Il convient de noter que cet article ne s'appliquera pas au concessionnaire qui définit les conditions financières de la concession et que, par ailleurs, la rémunération payée ne peut pas être inférieure au montant du salaire minimum légal.

¹³⁵² GIUDICELLI-DELAGE/MASSE (1997), p. 346.

¹³⁵³ Art. 2 de la Loi relative aux taxes sur la construction des bâtiments de tribunal et d'établissements pénitentiaires et le paiement de frais de ravitaillement par les détenus, Loi n° 2548 publiée dans le R.G. n° 2747 du 9 juillet 1934, modifiée par la Loi n° 4671. Il convient de noter qu'en droit suisse au sens de l'art. 380 CPS, les frais d'exécution des peines et des mesures sont à la charge des cantons. Les cantons ne doivent cependant plus les payer intégralement et ils ont la faculté de faire participer les personnes détenues à ces frais dans une mesure appropriée, si elles perçoivent une rémunération.

¹³⁵⁴ ERMAN (1956), pp. 32-33; ÇENBERCİ (1978), p. 163; GÜNAY (1998), p. 66.

relation entre le détenu et le concessionnaire comme une relation de travail. Selon elle, il doit être admis que la relation se noue par l'intermédiaire de l'administration pénitentiaire. Le fait que le travail fourni par le détenu se fonde sur un protocole entre l'administration pénitentiaire et le concessionnaire, ainsi que le fait que le paiement de la rémunération se fasse entre les mains de l'administration ne changent nullement la qualification de la relation qui est un contrat de travail¹³⁵⁵.

En droit suisse, l'art. 81 CPS pose les principes concernant le travail en prison. Toutes les autres questions qui touchent le travail dans les prisons relèvent de la compétence législative des cantons¹³⁵⁶. La nature du texte législatif traitant de la question du travail pénitentiaire varie d'un canton à l'autre. Dans certains cantons, ces questions sont prévues dans une loi pénitentiaire, dans d'autres, dans les ordonnances et les règlements intérieurs des prisons¹³⁵⁷. En outre, le Concordat latin a fixé de nouvelles orientations pour le travail pénitentiaire¹³⁵⁸. Il incombe donc aux cantons de prévoir les modalités de travail. Une rémunération¹³⁵⁹ sera versée au détenu *«en rapport avec ses prestations et adaptée aux circonstances»*. A l'exclusion du comportement du détenu¹³⁶⁰, l'administration prendra en considération plusieurs critères, tels que la prestation fournie, le degré de la difficulté du travail, la qualité du travail, la motivation, etc. Dans la plupart des cas les

¹³⁵⁵ Y. 9 H.D., 27 novembre 1980, E. 1980/12525, K. 1980/14266.

¹³⁵⁶ BAECHTOLD (1999), p. 262 précise que si le droit du travail n'est pas directement applicable, il est néanmoins respecté dans la pratique.

¹³⁵⁷ BAECHTOLD (1999), p. 262.

¹³⁵⁸ Le Concordat latin sur la détention pénale des adultes prévoit dans son article 23: *«Les cantons partenaires prévoient des possibilités de travail pour les personnes détenues et d'acquisition d'une formation ou de perfectionnement pour favoriser leur développement et leur comportement social.*

2 Ils tiennent compte des besoins, des circonstances, des possibilités des établissements et de la protection de la collectivité publique».

¹³⁵⁹ Selon le Tribunal fédéral, *«le détenu qui travaille en prison ne saurait revendiquer une participation au produit de son travail. Il a droit à une certaine rémunération mais cette créance contre l'Etat ne jouit d'aucune garantie constitutionnelle particulière, elle ne peut notamment pas être considérée comme un droit acquis bénéficiant de la garantie de la propriété»*. ATF 106 Ia 355, JdT 1982 IV 96.

¹³⁶⁰ Le comportement du détenu ne devra pas être en principe le seul critère d'appréciation pour évaluer le montant de la rémunération. Voir HERZOG-EVANS (1998b); dans le même sens JENDLY (2005).

horaires et la nature du travail sont fixés par la direction de l'établissement pénitentiaire¹³⁶¹. Seule une disposition fribourgeoise accorde au détenu la possibilité de se procurer lui-même un travail adéquat à l'intérieur de l'établissement pénitentiaire. Sur les questions de rémunération, les dispositions cantonales renvoient au Concordat latin.

La Conférence latine¹³⁶² fixe les conditions, les modalités et les montants de la rémunération, de l'indemnité et de la participation de la personne détenue aux frais d'exécution¹³⁶³. Toutefois, ni dans le Concordat, ni dans les dispositions cantonales n'existe une disposition sur les conditions et modalités de travail chez un concessionnaire. L'art. 81 al. 2 CPS se borne à préciser qu'un tel travail s'effectuera à condition que le détenu y consente. Le consentement du détenu s'attache au principe même du travail, mais il est indifférent pour le régime, le statut, ou encore la rémunération¹³⁶⁴. Il va sans dire que le détenu mécontent des conditions qu'on lui propose peut retirer son consentement.

En matière d'assurances sociales, le droit suisse a opté pour le principe d'universalité en ce qui concerne l'assurance vieillesse et l'assurance invalidité¹³⁶⁵. Il en découle que les détenus sont aussi couverts. En ce qui concerne l'assurance maladie, la prise en charge des primes de l'assurance obligatoire des soins, la franchise, la quote-part des coûts dépassant la franchise et la contribution aux coûts d'hospitalisation sont arrêtées par la législation du canton dans lequel la personne détenue était établie ou résidait régulièrement au moment de son arrestation et de son jugement.

¹³⁶¹ BAECHTOLD (1999), p. 262, précise que le travail pénitentiaire est de 10 à 15 heures par semaine. L'auteur souligne en outre que la législation n'accorde pas au détenu un droit subjectif à avoir un travail à un moment donné. Si le travail fourni est systématiquement ou sur une longue période insuffisant, les détenus peuvent le refuser.

¹³⁶² Art. 23 du Concordat latin sur la détention pénale des adultes.

¹³⁶³ Pour la rémunération dans les établissements du Concordat latin, voir la Recommandation n° 3 du 27 octobre 2006 relative à la rémunération et aux indemnités versées aux personnes détenues placées dans les établissements concordataires.

¹³⁶⁴ MENU (2004), p. 131.

¹³⁶⁵ GREBER/KAHIL-WOLFF (2006). Sur la fixation des prestations de l'assurance accident des personnes détenues et internées, voir la décision E-2/2 du 24 septembre 2007 de la Conférence latine des autorités cantonales compétentes en matière d'exécution des peines et des mesures.

2. Une évolution nécessaire du travail pénitentiaire vers le droit commun

L'exécution d'une peine privative de liberté ne devant entraîner que la privation du droit d'aller et de venir, la privation de liberté ne justifie pas à elle seule que le travail pénitentiaire échappe à l'ensemble de la législation en matière de travail. Introduire le droit du travail en détention constitue ainsi un rapprochement avec le droit commun qui rétablirait une situation d'équité. L'évolution du droit du travail pénitentiaire vers le droit commun permettra ainsi l'application de conditions de travail conformes à la dignité humaine. C'est pour cette raison que le travail pénitentiaire ne doit pas différer du travail externe¹³⁶⁶. Si le travail doit «*remplir une fonction générale de développement*»¹³⁶⁷, le travail pénitentiaire doit donc être suffisamment attractif ou motivant, tout en s'alignant autant que possible sur les conditions modernes du marché du travail.

La situation est cependant loin d'être idéale. Le travail pénitentiaire se heurte à plusieurs contraintes et contradictions¹³⁶⁸. L'insuffisance de travail et la surpopulation carcérale ne permettent d'offrir une activité qu'à une minorité de détenus. Le travail et la formation professionnelle en prison ne sont en outre pas adaptés aux aléas du marché du travail¹³⁶⁹. De surcroît, plusieurs paramètres rendent impossible l'application intégrale du droit commun du travail à l'intérieur des murs. En effet, assimiler le détenu au travailleur reviendrait à lui reconnaître l'ensemble des droits de ce dernier, autant de droits qu'il pourrait invoquer pour éviter de travailler et surtout pour mettre en péril la sécurité des établissements pénitentiaires¹³⁷⁰. L'existence d'un contrat de travail mettrait sur un pied d'égalité les deux parties contractantes, ce qui serait incompatible avec les rapports d'«*une population détenue a priori contre son gré et ceux qui sont chargés de la garde*»¹³⁷¹, notamment en matière de droit collectif du travail¹³⁷².

¹³⁶⁶ VALLOTTON (2000), p. 72.

¹³⁶⁷ Règles pénitentiaires européennes (2006).

¹³⁶⁸ VALLOTTON (2000), p. 72.

¹³⁶⁹ Cf. Supra, pp. 307 ss.

¹³⁷⁰ DANTI-JUAN (1998), p. 130.

¹³⁷¹ MARCHETTI(1998), p. 190.

¹³⁷² SWEPSTON (2001).

Cependant, le travail pénitentiaire n'est pas une zone de non droit non plus, puisqu'un certain nombre de garanties s'appliquent. A l'image du droit turc et du droit suisse, le travail pénitentiaire permet au détenu de bénéficier d'une couverture sociale¹³⁷³.

Néanmoins, il n'en va pas de même pour la rémunération et le droit collectif du travail. Cependant, à l'aune des Règles pénitentiaires européennes, une rémunération conforme aux salaires pratiqués dans l'ensemble de la société reste un idéal à atteindre¹³⁷⁴. Dans le cas où l'administration pénitentiaire est l'employeur, étant donné les rapports de force entre cette dernière et le détenu, il nous paraît peu approprié qu'elle soit seule compétente pour négocier les conditions de travail avec le détenu, car il est inconcevable qu'un contrat passé avec l'administration publique confère au détenu le statut d'agent public. D'autre part, si l'employeur est un concessionnaire, il ne connaît pas les réalités de l'univers carcéral et s'il les connaît, il peut être tenté d'abuser de la situation. Le modèle classique du contrat de travail liant un travailleur à son employeur risque de tourner au préjudice du détenu qui devra négocier les conditions de son engagement avec les personnes chargées de le surveiller, ou avec des tiers, certes extérieurs à l'administration pénitentiaire, mais qui tenteront de tirer parti de sa faiblesse par tous les moyens. La position du détenu ne sera, dès lors, pas très différente de celle d'autres travailleurs exploités, comme les immigrés clandestins qui restent toujours à la merci d'une dénonciation par leur propre employeur. Nous estimons que la spécificité du monde pénitentiaire exige de distinguer le droit du travail pénitentiaire et le droit commun. Néanmoins, les conditions de travail ainsi que le statut du détenu travailleur doivent être conformes à la dignité humaine. Le droit du

¹³⁷³ Dans le même sens, la règle 26.17 des Règles pénitentiaires européennes souligne que «*les détenus exerçant un travail doivent, dans la mesure du possible, être affiliés au régime national de sécurité sociale*». Il convient encore de noter que la Cour EDH considère que les litiges relatifs à l'octroi de prestations de sécurité sociale, aux prestations d'aide sociale et aux prestations d'assurance sociale touchent à des droits et obligations de caractère civil, au sens de l'art. 6 CEDH. Voir Cour EDH, *Feldbrugge c. Pays-Bas*, n° 8562/79, arrêt du 29 mai 1986, série A n° 99; Cour EDH, *Salesi c. Italie*, n° 13023/87, arrêt du 26 février 1993; série A n° 257-E; Cour EDH, *Schuler Zraggen c. Suisse*, n° 14518/89, arrêt du 24 juin 1993, série A n° 263.

¹³⁷⁴ Règle 26.10.

travail pénitentiaire doit, parallèlement au droit commun du travail, évoluer.

La réforme envisagée doit rendre le travail pénitentiaire conforme aux droits fondamentaux; elle passe par la contractualisation du travail pénitentiaire¹³⁷⁵. Les écueils rencontrés lors de l'intégration du droit commun du travail en prison étant évidents, il paraît préférable de proposer la mise en place d'un système sui generis.

Cela étant, il serait plus approprié de créer une entité chargée de nouer la relation de travail entre l'employeur, que ce soit l'administration pénitentiaire ou le concessionnaire, et les détenus. Ladite entité, d'une part négocierait le contrat de travail en tenant compte des spécificités de la relation carcérale, d'autre part assurerait le contrôle régulier du travail pénitentiaire et le respect de conditions dignes de travail. Afin d'éviter qu'elle ne devienne une chambre d'enregistrement, les détenus devraient être représentés au sein de cette entité et y bénéficier d'une possibilité d'influencer concrètement les négociations.

IV. Les droits sociaux du détenu: autre moyen de concrétisation du respect de la dignité humaine du détenu

Les efforts pour la sauvegarde des droits fondamentaux des détenus ne doivent pas se limiter au domaine des droits civils et politiques. S'il n'y a pas lieu de s'attarder sur l'ensemble des poncifs¹³⁷⁶ qui entourent les droits sociaux, il est néanmoins intéressant de souligner que la pleine réalisation des droits fondamentaux passe par la complémentarité entre les droits civils

¹³⁷⁵ Le sénateur français Paul LORIDANT, dans un Rapport soumis au Sénat français, propose deux types de contrat: un contrat de travail de droit privé conclu entre le concessionnaire et le détenu, et un contrat de travail de droit public signé entre le détenu et l'administration pénitentiaire, qui ne confère pas à la personne détenue le statut d'agent public, cf. LORIDANT (2002), p. 96.

¹³⁷⁶ Voir, par ex, ORIANNE (1992), pp. 1871 ss. Sur l'élimination de ces poncifs, cf. BENOIT-ROHMER/GREWE (2003).

et les droits sociaux¹³⁷⁷. L'imprégnation des droits de l'Homme dans les droits sociaux s'inscrit dans la ligne du respect de la dignité humaine¹³⁷⁸. La notion de dignité humaine permet d'avoir une approche plus large des droits sociaux¹³⁷⁹. Indépendamment des droits sociaux dérivés du travail, comme la protection sociale et le droit de grève, tels qu'ils viennent d'être mentionnés, les droits sociaux ont «*pour but premier de promouvoir et stimuler l'action de l'Etat en vue de garantir à tout individu - dans le travail et en dehors du travail - des conditions de vie humaines et dignes*»¹³⁸⁰.

Malgré le fait que des instruments internationaux de protection des droits de l'Homme consacrent de nombreux droits sociaux aussi bien sur le plan international que régional, leur protection demeure moins efficace que celle conférée aux droits civils et politiques. Les dispositions du Pacte ONU I bénéficient d'une sanction très atténuée, puisque, contrairement au mécanisme instauré en faveur du Pacte ONU II, aucun recours étatique ou individuel ne peut être formé auprès du Comité des droits économiques, sociaux et culturels. Au niveau européen, la Charte sociale européenne énonce une série de droits sociaux, mais cette procédure n'instaurant pas de droit de recours individuel devant une

¹³⁷⁷ Ainsi, la Déclaration et Programme d'action de Vienne, du 25 juin 1993, souligne: «*S'il convient de ne pas perdre de vue l'importance des particularismes nationaux et régionaux et la diversité historique, culturelle et religieuse, il est du devoir des Etats, quel que soit le système politique, économique et culturel, de promouvoir et de protéger tous les droits de l'Homme et toutes les libertés fondamentales*». Conférence mondiale sur les droits de l'Homme (ONU doc. A/CONF.157/23), § 5. Voir aussi CHATTON (2006), p. 48.

¹³⁷⁸ Comme le souligne MOULY, l'harmonie entre droits de l'Homme et droits sociaux n'allait pas de soi, mais progressivement, à la notion de droits de l'Homme et même de libertés publiques, allait se substituer celle de droits fondamentaux. «*En réalité grâce aux droits fondamentaux, la conception jusnaturaliste des droits de l'Homme devait peu à peu céder la place à une théorie humaniste de ceux-ci, les droits de l'Homme devenant progressivement les droits de l'humain et, dans le prolongement, ceux de la dignité humaine*». Voir MOULY (2002) pp. 799 s.

¹³⁷⁹ IMBERT (2003), p. 13.

¹³⁸⁰ HERINGA (1998), p. 98.

juridiction, le système de garantie demeure moins effectif que celui de la CEDH¹³⁸¹.

On retrouve ce phénomène également en droit interne. Contrairement au catalogue complet des droits civils et politiques qui figurent dans la Constitution suisse de 1999, à part un nombre limité d'exceptions, les véritables droits sociaux sont énoncés à l'art. 41 en tant que buts sociaux. Aucun droit subjectif à la prestation de l'Etat ne peut être déduit de l'art. 41¹³⁸².

En droit turc, l'art. 65 de la Constitution préconise que *«l'Etat remplit les devoirs définis par la Constitution dans les domaines social et économique en établissant des priorités d'une manière compatible avec les objectifs ainsi fixés et dans la mesure où ses ressources financières le lui permettent»*¹³⁸³. Si on fait exception de certains droits, comme la liberté syndicale, les droits sociaux figurent également en tant que buts sociaux dans la Constitution turque. La situation est donc identique à celle du droit suisse.

Par ailleurs, la Convention européenne des droits de l'homme a fait preuve d'une certaine *«perméabilité»*¹³⁸⁴ aux droits sociaux grâce à la jurisprudence de la Cour EDH, jurisprudence qui a nettement évolué en faveur de la théorie de l'indivisibilité des droits de l'Homme. Aux yeux de la Cour EDH, bien que la Convention *«énonce pour l'essentiel des droits civils et politiques, nombre d'entre eux ont des prolongements d'ordre économique ou social»*¹³⁸⁵. Elle estime que *«nulle cloison étanche»*¹³⁸⁶ ne sépare *«la sphère des droits économiques et sociaux»* du domaine de la

¹³⁸¹ Sur le Charte sociale européenne, voir notamment BRILLAT (2003), pp. 83-94.

¹³⁸² MAHON/PULVER (2002), p. 56; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, vol. II, (2006), p. 676.

¹³⁸³ Néanmoins, selon la jurisprudence de la Cour constitutionnelle turque, tant que les droits sociaux sont liés à d'autres droits, tels que le droit à la vie et le droit de préserver et d'épanouir son intégrité physique et spirituelle garanti à l'art. 17 de la Constitution, la limite prévue à l'art. 65 ne s'applique pas. AYM, arrêt du 6 octobre 199, K. 1996/38, E. 1996/38.

¹³⁸⁴ SUDRE (1998b), pp. 467-478.

¹³⁸⁵ Cour EDH, *Airey c. Irlande*, n° 6289/73, arrêt du 9 octobre 1979, § 26, série A n° 32.

¹³⁸⁶ Cour EDH, *Airey c. Irlande*, arrêt précité.

Convention. Ainsi, la jurisprudence européenne réussit à sauvegarder certains droits sociaux au moyen de la Convention.

Il n'entre pas dans nos projets de nous attarder sur cette intégration des droits sociaux par la jurisprudence de la Cour EDH¹³⁸⁷. Nous nous bornerons à préciser qu'elle se traduit, en termes de protection, de manière indirecte, essentiellement par l'application des articles 2, 3, 6, 8 et 11 de la Convention¹³⁸⁸.

Précisons encore que les Principes fondamentaux relatifs au traitement des détenus de l'ONU¹³⁸⁹ prévoient aussi que tous les détenus doivent être traités avec le respect dû à la dignité et à la valeur inhérentes à l'être humain, ainsi que conformément aux autres objectifs sociaux d'un Etat et à son devoir fondamental de promouvoir le bien-être et l'épanouissement de tous les membres de la société.

Voyons maintenant la protection des droits sociaux en détention.

A. La pauvreté et le logement décent

La Cour EDH admet que la précarité économique et sociale d'une personne peut s'avérer contraire à l'article 3, si elle atteint le seuil minimum de gravité requis par cette disposition¹³⁹⁰, et cela même si la Cour a refusé d'étendre cette protection à la pauvreté et à l'exclusion sociale en dehors des murs¹³⁹¹. Comme nous l'avons déjà mentionné, depuis l'arrêt *Kudla c. Pologne* du 26 octobre 2000, la Cour EDH affirme que l'article 3 de la Convention garantit le droit de toute personne à être détenue dans des

¹³⁸⁷ Voir notamment, Cour EDH, *Irlande c. Royaume-Uni*, arrêt précité, § 162.

¹³⁸⁸ Pour les droits sociaux dans la jurisprudence de la Cour EDH, cf. notamment TULKENS F. (2003), pp. 117-143.

¹³⁸⁹ Adoptés par l'Assemblée générale dans sa résolution 45/111 du 14 décembre 1990.

¹³⁹⁰ Cour EDH, *Panchenko c. Lettonie*, décision d'irrecevabilité du 28 octobre 1999, Cour EDH, *Larioshina c. Russie*, décision d'irrecevabilité du 23 avril 2002 et surtout: Cour EDH, *Moldovan et autres c. Roumanie*, n° 2, n° 41138/98 et 64320/01, du 12 juillet 2005.

¹³⁹¹ A cet égard voir TULKENS F. (2003), p. 127. Un profond revirement semble se dessiner depuis l'arrêt *Moldovan c. Roumanie*, arrêt précité.

conditions qui sont compatibles avec le respect de la dignité humaine intra muros. Depuis les arrêts *Dougoz c. Grèce* et *Peers c. Grèce*, il y a, à l'égard des détenus, une obligation de faire, d'agir, et non pas seulement une obligation de ne pas faire, de s'abstenir pour l'Etat, et quelles que soient ses difficultés d'ordre financier ou logistique. Il suffit donc que les conditions de la prison soient objectivement «indécents» pour qu'il y ait violation de l'article 3 CEDH¹³⁹².

La Cour EDH rappelle en outre qu'un Etat est responsable du bien-être des personnes en détention. Au vu de cette jurisprudence, il semble que l'évolution soit irréversible, vers une obligation pour l'Etat de garantir le bien-être des personnes pénalement privées de liberté, dans la droite ligne d'une politique d'élévation des standards de l'article 3 de la Convention¹³⁹³.

SUDRE se pose la question suivante: «une telle conception du traitement dégradant ne pourrait-elle s'appliquer aux conditions de vie qu'impose la grande pauvreté et permettre d'étendre la garantie de l'art. 3 à des situations individuelles concrètes de pauvreté et d'exclusion sociale et d'absence de logement décent?»¹³⁹⁴.

Nous répondons par l'affirmative. Comme la conception des conditions de détention conformes à la dignité humaine, telle qu'elle ressort de la jurisprudence de la Cour EDH, étend la protection de l'art. 3 à des situations d'exclusion et de pauvreté extrême et au logement décent, l'Etat est tenu de prendre des mesures afin d'assurer des conditions minimales de vie décente en prison. C'est pour cela que la Cour EDH accorde une attention toute particulière aux locaux de détention ainsi qu'aux conditions dans lesquelles les détenus vivent. Pour la Cour EDH, le seul fait qu'un détenu ait été contraint de vivre, de dormir et d'utiliser les toilettes à la vue d'autrui dans une cellule qu'il partage avec de très nombreux codétenus est suffisant pour le soumettre à une détresse ou à une épreuve d'une intensité excédant le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention et est de nature à lui inspirer des

¹³⁹² Voir supra, pp. 115 ss.

¹³⁹³ Cour EDH, *Afanassaïev c. Ukraine*, n° 38722/02, arrêt du 5 avril 2005, notamment § 64.

¹³⁹⁴ SUDRE (2003), p. 150.

sentiments de peur, d'angoisse et d'infériorité propres à l'humilier et à l'avilir¹³⁹⁵.

On peut tenir un raisonnement semblable à propos de l'art. 12 de la Constitution suisse, garantissant le droit aux conditions minimales d'existence. Cette disposition garantit une aide étatique indispensable pour mener une existence conforme à la dignité humaine. La situation de détresse, mentionnée à l'art. 12, fixe le contenu et l'étendue de l'aide; cette notion doit être interprétée à la lumière du contexte individuel et social¹³⁹⁶. Elle se traduit, par exemple, dans le milieu carcéral, par la fourniture d'habits aux détenus qui n'en auraient pas.

Aux yeux du TF, l'art. 12 se limite à ce qui est nécessaire pour assurer la survie conforme à la dignité humaine, soit une survie décente¹³⁹⁷.

B. L'éducation en prison: droit ou faveur?

Il est reconnu aujourd'hui que l'éducation «est un droit fondamental de l'être humain et qu'elle répond à un besoin élémentaire»¹³⁹⁸. Ainsi, la DUDH, à son article 26, consacre le droit à l'éducation. Ce droit ne comprend pas seulement l'enseignement élémentaire ainsi que l'enseignement technique ou professionnel, mais aussi le droit au plein épanouissement de la personnalité. Le Pacte ONU I reprend les principes mentionnés dans la DUDH dans ses articles 13 et 14. En outre, l'article 15 reconnaît à chacun le droit de participer à la vie culturelle. Le droit à l'instruction est garanti à l'art. 2 du Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales¹³⁹⁹.

¹³⁹⁵ Cour EDH, *Afanassaïev c. Ukraine*, arrêt précité, notamment §§ 43-45.

¹³⁹⁶ MAHON/PULVER (2002), p. 51.

¹³⁹⁷ ATF 131 I 166, JdT 2007 I 175; ATF 121 I 367, JdT 1997 I 278.

¹³⁹⁸ Le projet d'étude de l'UNESCO sur l'éducation de base dans les prisons.

¹³⁹⁹ La Suisse a signé le Protocole additionnel le 19 mai 1976, mais ne l'a pas encore ratifié. La Turquie a signé ledit Protocole le 20 mars 1952, et l'a ratifié le 10 mars 1954. La loi de ratification n° 6366 a été publiée dans le R.G. n° 8662 du 19 mars 1954.

En droit suisse, l'art. 19 de la Constitution suisse consacre le droit à l'enseignement. La garantie offerte se borne à un enseignement de base, ne va pas au delà de l'école obligatoire et ne couvre pas la formation professionnelle de base¹⁴⁰⁰, la formation étant citée parmi les buts sociaux¹⁴⁰¹. L'art. 42 de la Constitution turque proclame un droit à l'éducation et à l'instruction. A l'instar de la Constitution suisse, l'art. 42 de la Constitution turque ne confère pas non plus un droit à la formation professionnelle de base.

Le droit à l'éducation est consacré dans le milieu pénitentiaire par des textes spécifiques. La règle 77 de l'Ensemble des règles minima sur le traitement des détenus de 1955 concerne directement l'instruction et les loisirs des détenus. Elle précise expressément que *«des dispositions doivent être prises pour développer l'instruction de tous les détenus capables d'en profiter, y compris l'instruction religieuse»* et que dans la mesure du possible, l'instruction des détenus doit être coordonnée avec le système de l'instruction publique.

Dans la Résolution 45/111 sur les Principes fondamentaux relatifs au traitement des détenus¹⁴⁰², l'ONU développa les principes figurant dans l'Ensemble des règles minima de 1955. En ce qui concerne l'éducation dans les prisons, le principe 6 prévoit que *«tous les détenus ont le droit de participer à des activités culturelles et de bénéficier d'un enseignement visant au plein épanouissement de la personnalité humaine»*.

Deux textes adoptés par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe donnent un cadre de référence à l'éducation et à la formation en prison. Il s'agit des Recommandations R (89)12 sur

¹⁴⁰⁰ Le Tribunal fédéral ne reconnaît pas non plus un droit à la formation. ATF 103 Ia 367, JdT 1978 IV 160 (rés). Le TF a refusé de déduire ce droit d'autres droits fondamentaux, tels que la liberté personnelle ou la liberté économique. ATF 129 I 12, JdT 2004 I 9.

¹⁴⁰¹ MAHON/PULVER (2002), p. 52; sur le droit à l'enseignement dans la Constitution suisse, voir AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, vol. II, (2006), pp. 685-690.

¹⁴⁰² Adoptés par l'Assemblée générale de l'ONU dans sa Résolution 45/111 du 14 décembre 1990.

l'éducation en prison¹⁴⁰³ et des dispositions *ad hoc* des Règles pénitentiaires européennes de 2006.

La Recommandation R(89)12 sur l'éducation en prison recommande aux États membres de mettre en œuvre l'accès à l'éducation des détenus. La notion d'éducation englobe l'instruction de base, la formation professionnelle, les activités créatrices et culturelles, l'éducation physique et les sports, l'éducation sociale et la possibilité de fréquenter une bibliothèque.

Les Règles pénitentiaires européennes de 2006, à la règle 28, précisent que les autorités pénitentiaires sont tenues de s'efforcer de mettre tout en œuvre pour permettre aux personnes incarcérées d'accéder à l'enseignement, en accordant toutefois une attention particulière aux jeunes détenus et à ceux ayant des besoins éducatifs spéciaux, tels que les détenus d'origine étrangère, les personnes handicapées et ceux qui ne bénéficient pas d'un niveau élevé de scolarité¹⁴⁰⁴. Implicitement, les Règles pénitentiaires européennes de 2006 prévoient «*au profit des détenus un droit à l'enseignement, avec une priorité à ceux qui ne savent pas lire ou compter et aussi aux jeunes*»¹⁴⁰⁵.

En droit suisse, la formation est abordée en premier lieu dans l'art. 75 al. 3 CPS concernant le plan d'exécution de la peine, qui dispose que le plan d'exécution de la peine porte aussi sur la formation. L'art. 82 CPS pose le principe selon lequel le détenu doit, autant que possible, pouvoir acquérir une formation et un perfectionnement correspondant à ses capacités. L'article ne contient aucune précision sur les moyens et les structures nécessaires pour assurer un accès à la formation. Il incombe donc aux cantons de mettre en œuvre ce principe du Code pénal. Toutefois, l'art. 82 CPS n'impose aucune obligation définie aux cantons. Ainsi, une large marge de manœuvre est laissée aux autorités cantonales d'exécution¹⁴⁰⁶.

¹⁴⁰³ Adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 13 octobre 1989.

¹⁴⁰⁴ SALANE (2008a), p. 416.

¹⁴⁰⁵ PRADEL (2008), p. 70.

¹⁴⁰⁶ CORTHAY/KUHN (2004), p. 58.

En droit turc, l'enseignement en prison n'est pas considéré comme un droit dont le détenu serait titulaire. L'art. 75 LEPM prévoit simplement que les programmes éducatifs seront appliqués au détenu en vue du développement de sa personnalité, et de sa préparation à la sortie. Aux termes de l'art. 76, les détenus peuvent bénéficier d'une formation, qu'elle soit dispensée au sein de l'établissement ou accessible par le biais de l'enseignement à distance. Les modalités de l'enseignement figurent de manière détaillée aux articles 105 à 110 du Décret en Conseil d'Etat sur l'exécution des peines et des mesures. Les détenus peuvent bénéficier de l'enseignement de base ou supérieur ainsi que d'un enseignement religieux, sportif et psycho-social. Le Décret en Conseil d'Etat déclare qu'il faut porter une attention particulière à l'éducation de base. Conformément à son art. 106 al. 3, il faut assurer la formation de base dans le milieu carcéral ou par le biais de l'enseignement à distance. Il convient de noter que le Ministère de la justice coopère avec le Ministère de l'éducation pour les programmes d'enseignement¹⁴⁰⁷. Le droit turc ne contient non plus aucune précision sur l'étendue de l'obligation à charge des autorités pénitentiaires, les dispositions, légales ou réglementaires, se bornant à indiquer que l'administration «*doit faire en sorte que le détenu profite d'un enseignement adéquat*». Bien que légèrement plus détaillée qu'en droit suisse, la législation turque n'en reste pas moins largement programmatoire.

Un constat s'impose après ce bref aperçu du droit suisse et du droit turc: peu de détenus ont accès à des formations qualifiantes et la demande dépasse largement l'offre¹⁴⁰⁸.

Certes, il est impossible de séparer l'éducation du contexte dans lequel elle s'inscrit¹⁴⁰⁹. Dans le milieu pénitentiaire, comme souligne NEALE¹⁴¹⁰, il peut y avoir une contradiction entre les nécessités du maintien de l'ordre et de la sécurité et la supervision et la gestion, ainsi que les conditions à remplir pour pouvoir

¹⁴⁰⁷ MAHMUTOĞULLARI (2001).

¹⁴⁰⁸ Pour l'offre de formation dans les établissements pénitentiaires suisses, voir notamment CORTHAY/KUHN (2004); TOSI (1991). Pour le droit turc, voir notamment İÇLİ/ÖĞÜN (1991); DOĞAN (2001).

¹⁴⁰⁹ Pour le rôle de l'éducation dans la prison, voir le Manuel de l'Unesco sur l'éducation de base dans les prisons (1995).

¹⁴¹⁰ NEALE (1989), p. 101-104.

dispenser une éducation gratifiante. De surcroît, l'enseignement en prison se doit de tenir compte des particularités de la population carcérale: «*majoritairement adulte, peu scolarisée, peu diplômée, réticente voire hostile aux activités scolaires*»¹⁴¹¹. La motivation des détenus est également essentielle pour l'éducation des adultes dans les prisons. L'éducation semble alors soumise dans la pratique à de nombreuses contraintes¹⁴¹². A cela vient s'ajouter que la jurisprudence de la Cour EDH accorde la priorité à la formation scolaire de base. La Commission en a déduit que le droit à l'instruction, au sens de l'article 2, vise au premier chef l'instruction élémentaire et pas nécessairement les études supérieures¹⁴¹³.

Or, l'enseignement dans le milieu pénitentiaire est un moyen d'humaniser les conditions de détention et favorise la (re)socialisation¹⁴¹⁴. L'administration pénitentiaire doit mettre en œuvre une politique pénitentiaire en la matière afin de permettre au détenu d'accéder à un large éventail d'activités de formation¹⁴¹⁵ dans l'optique de contribuer à son épanouissement personnel et de l'exercice de son droit à l'éducation¹⁴¹⁶. Sur le plan matériel, l'administration pénitentiaire doit veiller, par l'octroi de subsides et par l'aménagement de l'emploi du temps, à ce que le détenu puisse exercer son droit à l'éducation.

¹⁴¹¹ SALANE (2008a), p. 418; DEMİRBAŞ (2008), p. 263; sur la situation d'illettrisme en prison, voir COLIN/KLINGER (2004).

¹⁴¹² SALANE (2008b) note que l'institution totale qu'est la prison constitue un contexte particulier pour les études et produit donc un « effet institution ». Elle souligne également que l'activité de l'enseignement s'organise selon la logique sécuritaire prédominante de l'administration pénitentiaire qui empêche une uniformité de gestion du parc pénitentiaire et chaque établissement élabore sa propre politique pénitentiaire. Sur ces contraintes, voir en outre MILLY (2003).

¹⁴¹³ A Comm EDH, *X. c. Royaume-Uni*, décision du 13 mars 1975, D.R. 2, p. 50. Pour un diagnostic sur l'enseignement supérieur dans les établissements pénitentiaires européens, voir CALLEJO/VIEDMA (2007).

¹⁴¹⁴ Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH)/ Secrétariat général du gouvernement (SGG) (2007), p. 57.

¹⁴¹⁵ Le contenu des programmes en milieu pénitentiaire fait l'objet d'une résolution adoptée lors du Congrès mondial de l'Internationale de l'Éducation, réuni à Berlin, du 22 au 26 juillet 2007. En vertu de cette résolution, l'accès à l'éducation doit inclure des cours traditionnels, une éducation fondamentale de base pour adultes, un enseignement professionnel reconnu et attentif aux tendances du marché du travail, un enseignement à distance, des activités créatives et culturelles, une éducation physique et la pratique de sports, une éducation sociale et des programmes avant ou après la libération.

¹⁴¹⁶ DETIENNE/SERON (2008), p. 258.

V. Le détenu citoyen

A. L'exercice périlleux de la liberté d'association, de la liberté de réunion et de la liberté syndicale

Caractéristiques de la société démocratique, la liberté de réunion, la liberté d'association et la liberté syndicale permettent à l'individu de «*participer à la vie tant politique qu'économique de la cité*»¹⁴¹⁷. Contrairement à la CEDH, qui consacre ces trois libertés dans une seule et même disposition, soit l'art. 11, et le Pacte ONU II, qui se limite à deux articles¹⁴¹⁸, la Constitution suisse et la Constitution turque consacrent ces droits dans des articles distincts¹⁴¹⁹. Ces trois libertés, quoique distinctes, ont un point commun, celui d'être exercées en commun par une réunion d'individus¹⁴²⁰. Elles reflètent différents degrés d'un même phénomène d'intégration sociale¹⁴²¹. C'est pour cette raison que nous allons les traiter ensemble.

Ces libertés ont fait couler beaucoup d'encre dans la doctrine¹⁴²² et ont donné lieu à de nombreux arrêts, tant de la Cour EDH¹⁴²³ que

¹⁴¹⁷ SUDRE (2008), p. 547.

¹⁴¹⁸ La liberté de réunion est consacrée à l'art. 21 du Pacte ONU II, et la liberté d'association et la liberté syndicale à l'art. 22 du Pacte ONU II.

¹⁴¹⁹ La liberté de réunion est conférée à l'art. 22 de la Constitution suisse et à l'art. 34 de la Constitution turque. La liberté d'association fait l'objet de l'art. 23 de la Constitution suisse et de l'art. 33 de de la Constitution turque. Enfin, la liberté syndicale est consacrée à l'art. 28 de la Constitution suisse et à l'art. 51 de la Constitution turque.

¹⁴²⁰ MALINVERNI (1989), p. 1; MANFRINI (2001), p. 745.

¹⁴²¹ MANFRINI (2001), p. 745.

¹⁴²² Pour la liberté de réunion en droit suisse, voir JACQUAT (1982); MALINVERNI (1981); en droit turc, voir YARSUVAT (1968); ANAYURT (1998). Pour la liberté d'association en droit suisse, voir BESSON (2001); en droit turc, voir KABOĞLU (1999); YÜZBAŞIOĞLU (2003). Pour la liberté syndicale en droit suisse, voir GARRONE (2001); en droit turc, BAŞBAYRAKTAR TAŞKIN (2005). Pour l'art. 11 CEDH, voir notamment LECUYER (2009).

¹⁴²³ Parmi d'autres, voir Cour EDH, *Djavit An c. Turquie*, n° 20652/92, arrêt du 20 février 2002, CEDH 2003-III; Cour EDH, *Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres c. Turquie*, [GC], n° 41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98, arrêt du 31 juin 2001, CEDH 2003-II; 61; Cour EDH, *Stankov et Organisation macédonienne unie Ilinden c. Bulgarie*, n° 29221/95 et 29225/95, CEDH 2001-IX, arrêt du 2 octobre 2001; Cour EDH, *Piermont c. France*, arrêt

des juridictions nationales¹⁴²⁴. Nous nous focaliserons sur le milieu carcéral.

A l'instar d'autres droits fondamentaux de la personne détenue, la liberté de réunion, la liberté d'association et la liberté syndicale subsistent pendant la détention, mais leur exercice et leur manifestation sont limités par l'exécution de la peine et les circonstances: il y a nécessité de préserver la discipline et la sécurité dans l'établissement¹⁴²⁵. Ces restrictions se justifieraient par la «défense de l'ordre» et la «prévention des infractions pénales», autant d'objectifs fréquemment invoqués pour réglementer différents aspects de la vie carcérale. A cela s'ajoute la difficulté de garantir ces libertés du fait que certains détenus, «*ayant tôt fait d'imposer leur loi aux autres*»¹⁴²⁶ vont faire pression sur les autres pour qu'ils exercent leurs droits de manière à ne servir que les intérêts de ces caïds.

La Cour EDH considère que, dans le cadre des prisons, l'article 11 ne confère pas le droit de mener une vie sociale avec les autres détenus à un moment ou à un endroit donné¹⁴²⁷. Comme cette disposition vise à protéger l'individu contre les ingérences arbitraires des pouvoirs publics dans l'exercice des droits qu'il consacre, il peut donc se justifier de mettre à la charge de l'Etat l'obligation positive d'assurer l'exercice effectif de ces droits. La responsabilité d'un Etat contractant serait alors engagée¹⁴²⁸. La Cour EDH semble manifestement appliquer deux standards différents, selon que les titulaires de ce droit se trouvent en liberté ou en détention. Le fait de refuser d'étendre le bénéfice des

précité, série A n° 314; Cour EDH, *Plattform «Ärzte für das Leben» c. Autriche*, arrêt du 21 juin 1988, § 32; Cour EDH, *Demir et Baykara c. Turquie*, n° 34503/97, arrêt du 12 novembre 2008.

¹⁴²⁴ Pour la liberté de réunion en droit suisse, voir TF, 1P.579/2005; ATF 132 I 49, JDT 2007 I 381. En droit turc, AYM, E. 2005/8, K. 2006/1 du 5 janvier 2006. D., E. 2003/510, K. 2005/246, du 7 février 2005.

¹⁴²⁵ GREER (1997), p. 30.

¹⁴²⁶ FAVARD (1994), pp. 72 et 73.

¹⁴²⁷ AComm. EDH, n° 8317/78, D.R. 20, p. 103. Dans le même sens, Cour EDH, *Bollan c. Royaume-Uni*, n° 42117/98, décision du 4 mai 2000, Recueil des arrêts et décisions 2000-V.

¹⁴²⁸ Cour EDH, *Wilson & National Union of Journalists et autres c. Royaume-Uni*, n° 30668/96, 30671/96 et 30678/96, arrêt du 2 juillet 2002, § 41, Recueil des arrêts et décisions 2002-V, et Cour EDH, *Gustafsson c. Suède*, arrêt du 25 avril 1996, Recueil des arrêts et décisions 1996-II.

obligations positives tirées de l'art. 11 aux prisonniers est-il une simple contradiction dans la jurisprudence? Ou n'est-ce qu'un voile qui dissimule un retour à la théorie des limitations implicites rejetée par la Cour elle-même dans l'arrêt *Golder c. Royaume-Uni*? Nous ne saurions le dire. Quoi qu'il en soit, la Cour EDH devrait être plus précise dans son approche générale de la question, afin de lever toute ambiguïté sur ses intentions. A notre avis, rien ne s'oppose à ce que, sur le principe en tout cas, les détenus puissent jouir de la protection de l'art. 11 CEDH durant toute la période de leur privation de liberté.

S'il est vrai que la liberté de réunion ou d'association paraît, de prime abord, difficilement conciliable avec la sécurité à l'intérieur des murs¹⁴²⁹, le fait de pouvoir se réunir avec d'autres répond à un besoin élémentaire de l'homme. Il brise l'isolement de l'individu, lui permet de se définir par rapport au groupe et fait naître un sentiment de solidarité sociale. Il peut faciliter sa (re)socialisation; et le fait d'appartenir à une communauté de taille réduite peut aussi promouvoir la préservation de la personnalité et de l'estime de soi.

L'exercice de la liberté d'association et de réunion par les condamnés est en tout cas restreint, en ce sens qu'ils ne peuvent pas participer à une réunion ou à la vie quotidienne d'associations en dehors de l'établissement pénitentiaire. Cette restriction découle du fait que pendant la durée de leur détention, les détenus sont privés de leur liberté d'aller et de venir. Toutefois, cette restriction ne signifie pas que les détenus ne peuvent pas organiser des réunions à l'intérieur des murs et conserver la qualité de membre d'une association à laquelle ils ont adhéré avant leur incarcération ou devenir membres d'une nouvelle association lorsque cela est conciliable avec l'exécution de leur peine. L'appartenance des condamnés à une association en dehors de l'établissement pénitentiaire n'est restreinte que dans la mesure où ils ne peuvent pas participer à l'activité de l'association en question ou ne peuvent le faire que lorsqu'ils sont autorisés à sortir de l'établissement en application des règles générales relatives à l'exécution des peines, mais rien ne s'oppose à ce que les détenus

¹⁴²⁹ En revanche, DANTI-JUAN (1998), p. 130, considère qu'«il n'y a aucune raison pour que, comme dans le milieu libre, les manifestations, les revendications voire la grève, ne soient pas utilisées par les détenus pour défendre ce qu'ils considèrent comme leurs droits».

conservent la qualité de membres de ladite association, malgré leur passivité forcée.

D'une façon générale, on peut dire qu'une restriction du droit d'association n'est pas proportionnée lorsqu'il est interdit aux détenus de créer des associations qui sont conciliables avec l'exécution de la peine et ne présentent pas de danger pour l'ordre et la sécurité de l'établissement pénitentiaire¹⁴³⁰.

La situation est loin d'être idéale en droit turc. Aux termes du Code civil et de la Loi sur les associations¹⁴³¹, seules les personnes qui ont l'exercice des droits civils peuvent fonder une association ou y adhérer. Le détenu étant mis sous tutelle en droit turc, et ne pouvant donc exercer ses droits civils, il ne saurait être admis à être membre d'une association. Par voie de conséquence, la liberté d'association est totalement inexistante pour le détenu turc.

Aucune disposition législative ou réglementaire ne prohibe en droit suisse l'exercice de ces libertés, mais aucun texte non plus ne l'autorise. La mise sous tutelle n'est plus pratiquée¹⁴³², rien ne s'oppose alors à ce que ceux-ci soient membres d'une association.

L'exercice de ces libertés et d'autant plus important dans le milieu pénitentiaire qu'il pourrait fonder un certain consensualisme et permettre aux détenus de discuter avec l'administration certaines modalités de l'exécution de leur peine. Il s'agirait là d'une réadaptation à la vie collective qui permettrait d'envisager une (re)socialisation mieux préparée¹⁴³³.

¹⁴³⁰ L'on pourrait aussi envisager d'élargir ces libertés à des techniques modernes de communication tel que le rassemblement par le biais de la vidéo-conférence ou l'échange sur internet; quoi qu'il en soit, de tels échanges bénéficient non seulement de la liberté d'expression, mais aussi de la liberté de communication. Toutefois, à l'instar de ces droits dans le milieu carcéral, les techniques modernes seront sacrifiées au profit du maintien de l'ordre et de la sécurité à l'intérieur des murs.

¹⁴³¹ Art. 3 de la Loi sur les associations n° 5253, publiée, dans le R.G., n° 25649, du 23 novembre 2004.

¹⁴³² Voir supra, p. 926.

¹⁴³³ DETIENNE/SERON (2008), p. 251.

B. Le difficile accès au droit de vote

L'interdiction du droit de voter faite aux détenus était un «*reliquat de la notion de mort civile*»¹⁴³⁴. Néanmoins, cette exclusion de la vie civique avait aussi une dimension morale et philosophique. Le suffrage ayant été réservé pendant longtemps au bon citoyen qui n'a pas enfreint la loi, le détenu n'en était pas considéré «digne»¹⁴³⁵. Toutefois, la consécration du droit de vote en tant que droit fondamental et l'évolution des mentalités ne suffirent pas partout à étendre ce droit aux détenus. Des divergences existent dans les lois et pratiques des Etats. Si, dans certains pays, les détenus conservent le droit de vote, dans d'autres, la privation des droits civiques demeure une sanction pénale. Certains pays enfin maintiennent la suppression du droit de vote au-delà de la durée de la peine¹⁴³⁶.

Le droit de vote, droit fondamental indispensable à l'instauration et au maintien de la démocratie, symbolise pour le détenu la participation en tant que citoyen à la vie de la société¹⁴³⁷. La conservation du droit de vote permet de maintenir le lien entre la société et le détenu¹⁴³⁸. La privation des détenus de la possibilité de participer aux scrutins revient à abandonner un important moyen de leur apprendre les valeurs démocratiques ou de les maintenir vivantes en eux. Elle est contraire aux principes d'inclusion, d'égalité et de participation du citoyen, et est incompatible avec le respect de la dignité humaine qui se trouve au cœur de la démocratie¹⁴³⁹. Il en ressort qu'une mesure privant d'un détenu du

¹⁴³⁴ BERNHEIM/MILLETTE (1991), p. 33. Dans le même sens, EASTON (2006), p. 442 ; EUDES (2006), p. 581 ; FATIN-ROUGESTEFANINI (2007), p. 621.

¹⁴³⁵ MONTESQUIEU relève que «*Tous les citoyens, dans les divers districts, doivent avoir droit de donner leur voix pour choisir le représentant, excepté ceux qui sont dans un tel état de bassesse qu'ils sont réputés n'avoir point de volonté propre*», Livre XI chapitre VI, § 27.

¹⁴³⁶ Pour une étude internationale, voir le rapport d'American Civil Liberties Union, «An analysis of Felony Disfranchisement in U.S and Other Democracies». Pour une approche comparée, STERN (2002).

¹⁴³⁷ STERN (2002), p. 136, dans le même sens EUDES (2006), p. 582; FATIN-ROUGE STEFANINI (2007), p. 618.

¹⁴³⁸ BERNHEIM/MILLETTE (1991), p. 43.

¹⁴³⁹ Comme le souligne dans son opinion majoritaire le juge MAC LACHLIN dans l'arrêt *Sauvé v. Canada n° 2*, (Chief Electoral Officer), [2002] 3 S.C.R. 519,

droit de vote vide de leur légitimité sa condamnation pénale et l'exécution de sa peine privative de liberté¹⁴⁴⁰.

La question a été traitée par la Cour EDH. Comme le fait que toute restriction du droit de vote risque de porter atteinte au système démocratique, est-il encore possible de maintenir cette interdiction dans les Etats démocratiques qui composent le Conseil de l'Europe? Telle était la question à laquelle la Cour EDH devait répondre. Il convient de noter que la Cour fait découler de l'article 3 du Protocole n° 1 qui garantit le droit à des élections libres, les droits subjectifs de vote et d'éligibilité¹⁴⁴¹. Néanmoins, elle reconnaît que ce droit n'est pas absolu et par voie de conséquence, peut faire l'objet de «*limitations implicites*»¹⁴⁴² pour lesquelles les Etats contractants jouissent d'une large marge d'appréciation, soumise cependant à un examen de sa part. Ces limitations ne doivent pas atteindre ledit droit dans sa substance même et le priver de son effectivité¹⁴⁴³.

Dans un premier temps, jusqu'à l'arrêt *Hirst (n° 2) c. Royaume-Uni*¹⁴⁴⁴, la question des restrictions des droits civiques des détenus avait été considérée irrecevable par les organes de la CEDH. L'AComm. EDH était d'avis que le législateur, usant de sa marge d'appréciation, pouvait limiter le droit de vote des condamnés. De telles limitations s'expliquaient, selon la Commission, par l'idée que certaines condamnations marquaient d'infamie pour un temps déterminé qui pouvait être pris en considération par la législation quant à l'exercice du droit de vote¹⁴⁴⁵. Aux yeux de la Cour EDH, la privation du droit de vote qui découlait d'une peine accessoire

2002 SCC 68: «*Denial of the right to vote on the basis of attributed moral unworthiness is inconsistent with the respect for the dignity of every person that lies at the heart of Canadian democracy and the Charter*».

¹⁴⁴⁰ EUDES (2006), p. 583.

¹⁴⁴¹ NATALE (2006), p. 940.

¹⁴⁴² Cour EDH, *Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique*, no 9267/81, arrêt du 2 mars 1997, § 5, série A n° 113.

¹⁴⁴³ Cour EDH, *Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique*, arrêt précité; Cour EDH, *Py c. France*, n° 66289/01, arrêt du 11 janvier 2005, §§ 45-47. A ce propos cf. également LEVINET (2000), pp. 54-75.

¹⁴⁴⁴ Cour EDH, *Hirst c. Royaume-Uni*, [GC], n° 74025/01, arrêt du 6 octobre 2005, Recueil des arrêts et décisions 2005-IX.

¹⁴⁴⁵ AComm. EDH, *H. c. Pays-Bas*, D.R. 33, p. 242 ; Cour EDH, *X c. Pays-Bas*, D.R. 1, p. 87; Cour EDH, *Patrick Holland c. Irlande*, D.R. 93-B, p. 15.

prononcée par une juridiction poursuivait un but légitime, à savoir le bon fonctionnement et le maintien du régime démocratique et ne contrecarrait pas «*la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif*»¹⁴⁴⁶.

Dans l'arrêt *Hirst (n° 2) c. Royaume-Uni*¹⁴⁴⁷, saisie de la question du droit de vote des détenus condamnés purgeant leur peine, la Cour EDH souligne que le détenu continue en général de jouir de tous les droits et libertés fondamentaux garantis par la Convention, à l'exception du droit à la liberté lorsqu'une détention régulière entre expressément dans le champ d'application de l'article 5 CEDH. Néanmoins, la Cour souligne que l'article 3 du Protocole n° 1 ne consacre pas un droit illimité et qu'une marge d'appréciation est reconnue aux Etats. Toutefois, si la marge d'appréciation est large, elle n'est pas illimitée. Aux yeux de la Cour, il n'est donc nullement question qu'un détenu soit déchu de ses droits garantis par la Convention du simple fait qu'il se trouve incarcéré à la suite d'une condamnation. Elle considère que «*pareille restriction générale, automatique et indifférenciée à un droit consacré par la Convention et revêtant une importance cruciale outrepassa une marge d'appréciation acceptable, aussi large soit-elle, et est incompatible avec l'article 3 du Protocole n° 1*»¹⁴⁴⁸. Rien, dans le système de la Convention, qui reconnaît la tolérance et l'ouverture d'esprit comme les caractéristiques d'une société démocratique, ne permet de fonder une privation automatique du droit de vote reposant uniquement sur ce qui pourrait heurter l'opinion publique. Ainsi, la Cour EDH reconnaît l'utilité de la participation des détenus au processus démocratique, et le refus de cette participation peut avoir un effet négatif sur la démocratie dans son ensemble¹⁴⁴⁹.

¹⁴⁴⁶ Cour EDH, *M.D.U c. Italie*, n° 58540/00, décision du 28 janvier 2003.

¹⁴⁴⁷ Cour EDH, *Hirst c. Royaume-Uni*, arrêt précité.

¹⁴⁴⁸ Cour EDH, *Hirst c. Royaume-Uni*, § 82. La limitation ainsi apportée à la marge d'appréciation des Etats à l'application de l'article 3 du protocole n° 1 est néanmoins fortement contestée. Voir l'opinion dissidente commune des juges WILDHABER, COSTA, LORENZEN, KOVLER ET JEBENS. Voir aussi FLAUSS (2006), p. 466.

¹⁴⁴⁹ FOSTER (2004), p. 445.

Néanmoins, dans l'arrêt *Hirst*, la Cour EDH aurait pu préciser les conditions¹⁴⁵⁰ dans lesquelles les Etats peuvent apporter une restriction au droit de vote des détenus¹⁴⁵¹. La marge d'appréciation accordée aux Etats en vue de mettre en place des systèmes d'exclusion, signifie que l'Etat peut accorder le droit de vote à certaines catégories de détenu, tout en excluant d'autres. Le fait de ne pas être plus précis sur ce qui est acceptable a pour conséquence que nous devons faire face aujourd'hui à la perspective de solutions *ad hoc* entraînant des risques d'arbitraire, alors que la meilleure solution aurait été d'admettre le droit de vote de tous les détenus sans exceptions¹⁴⁵².

Les principes généraux de cet arrêt apportent une contribution fondamentale à la question du droit de vote des détenus condamnés; la Cour EDH, d'une part «*pose le principe de la supériorité des droits fondamentaux des détenus face aux choix politiques nationaux*»¹⁴⁵³, et d'autre part, déclare contraire à la CEDH la privation automatique du droit de vote.

S'inspirant de cette jurisprudence et de la Résolution (62) 2 relative aux droits électoraux, civils et sociaux des détenus¹⁴⁵⁴, la règle 24.11 des Règles pénitentiaires européennes de 2006 préconise 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 par les intéressés ne soit limité en vertu du droit interne. La

¹⁴⁵⁰ Dans son opinion concordante, le juge CAFLISCH propose certains paramètres à respecter par les Etats démocratiques lorsqu'ils limitent la participation à des votes ou élections ; «*a) Les mesures de privation du droit de vote susceptibles d'être prises doivent être prévues par la loi; b) Cette loi ne saurait être générale: elle ne peut simplement priver du droit de vote les auteurs de toutes les infractions sanctionnées par une peine d'emprisonnement sans sursis. Autrement dit, elle ne doit porter que sur les infractions graves (...); c) La loi en question doit prévoir que la privation du droit de vote, peine accessoire, relève du juge et non de l'exécutif. (...); d) (...) dans les Etats contractants où la peine peut comporter une partie punitive (répression et dissuasion) et une période de détention fondée sur le risque que comporterait la libération du détenu, la privation du droit de voter, d'élire et de se faire élire doit se limiter à la partie punitive et ne doit pas s'étendre au reste de la peine* ».

¹⁴⁵¹ EASTON (2006), p. 452; FATIN-ROUGE-STEFANINI (2007), p. 637.

¹⁴⁵² Dans le même sens, EASTON (2006), p. 452.

¹⁴⁵³ FATIN-ROUGESTEFANINI (2007), p. 637.

¹⁴⁵⁴ Règles pénitentiaires européennes (2006), p. 58.

Recommandation 1714 (2005)¹⁴⁵⁵ sur l'abolition des restrictions au droit de vote, adoptée par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe suggère aux Etats de réexaminer les restrictions existantes aux droits électoraux des détenus afin d'abolir toutes celles qui ne sont plus nécessaires ni proportionnées à la poursuite d'un objectif légitime précis.

Dans le même sens, la Commission de Venise, dans son «*Code de bonne conduite en matière électorale*»¹⁴⁵⁶, considère que les détenus devraient avoir le droit d'exercer leur droit de vote sans restriction, à moins que cela ne fasse partie de la sanction imposée par les tribunaux. Ceux-ci, dans ce cas, devraient respecter le principe de proportionnalité et justifier de la nécessité d'une telle sanction dans une société démocratique. Les sanctions pénales entraînant un emprisonnement ne devraient pas automatiquement impliquer la privation du droit de vote, l'un des droits politiques les plus importants. La Commission de Venise subordonne la privation du droit de vote à quatre conditions cumulatives : elle doit être prescrite par la loi, respecter le principe de proportionnalité, être fondée sur l'incapacité mentale ou une condamnation pour crime grave et relever d'une décision expresse d'un tribunal¹⁴⁵⁷.

Le droit de vote est également protégé par l'art. 25 du Pacte ONU II. Le CDH, dans son Observation générale n° 25¹⁴⁵⁸ a considéré que «*si le fait d'avoir été condamné pour une infraction est un motif de privation du droit de vote, la période pendant laquelle l'interdiction s'applique devrait être en rapport avec l'infraction et la sentence*»¹⁴⁵⁹.

Le droit turc prévoit la suspension générale et automatique du droit de vote pour tous les détenus condamnés, sauf pour ceux

¹⁴⁵⁵ Texte adopté par l'Assemblée parlementaire du Conseil de L'Europe, lors de sa 24^e séance, le 24 juin 2005.

¹⁴⁵⁶ Adopté par la Commission de Venise lors de sa 52^e session plénière (Venise, 18-19 octobre 2002), CDL-AD(2002)023 rev.

¹⁴⁵⁷ CDL-AD(2002)023rev.

¹⁴⁵⁸ Observation générale n° 25: Le droit de prendre part à la direction des affaires publiques, le droit de vote et le droit d'accéder, dans les conditions générales d'égalité aux fonctions publiques (art. 25), 12/07/96 CCPR/C/21/Rev.1/Add.7.

¹⁴⁵⁹ Observation générale n° 25, CCPR/C/21/Rev.1/Add.7, § 14.

condamnés en raison d'une infraction involontaire (art. 67 al. 5 Cst). Le Conseil électoral supérieur détermine les mesures qui doivent être prises pour garantir la sécurité des opérations de comptage et de dépouillement du scrutin à l'occasion de l'exercice du droit de vote dans les établissements pénitentiaires et maisons d'arrêt ; ces opérations se déroulent devant le juge compétent, qui en assume la direction et le contrôle.

L'interdiction de voter frappant les personnes condamnées pour une infraction intentionnelle, à titre de peine accessoire, et indépendamment de l'infraction commise, pendant qu'ils purgent leur peine¹⁴⁶⁰, ne s'applique pas à ceux qui n'avaient pas 18 ans révolus au moment de la commission de l'acte.

Cette situation est loin d'être conforme aux principes qui découlent de l'arrêt *Hirst* susmentionné. Nous estimons que la déchéance automatique du droit de vote du détenu, en droit turc, est une mesure régressive, considérant le détenu comme dans un état de mort civile¹⁴⁶¹. Or, le droit de vote n'est pas un privilège accordé au détenu, mais un droit fondamental. La privation de ce droit du détenu du simple fait de l'incarcération constitue un retour à la théorie des limitations inhérentes abandonnées depuis longtemps par l'arrêt *Golder c. Royaume-Uni*. La suspension du droit de vote porte atteinte aux principes d'égalité et d'inclusion. Elle doit être adaptée à la gravité de l'infraction. Il faudra bien que le droit turc se conforme aux principes dégagés la jurisprudence de la Cour EDH, et réalise pleinement les objectifs prévus par les Règles pénitentiaires européennes.

En droit suisse, les droits politiques sont garantis par l'art. 34¹⁴⁶² et leur exercice par l'art. 39 de la Constitution¹⁴⁶³. La nationalité

¹⁴⁶⁰ Art. 53 al. 1 litt. b CPTR.

¹⁴⁶¹ Comme le soulignent les juges TULKENS et ZAGREBELSKY dans leur opinion concordante à l'arrêt de la Cour EDH, *Hirst (n°2) c. Royaume-Uni*, arrêt précité: «Quant au droit de vote, il n'y a aucune place dans la Convention pour l'ancienne notion de «mort civile» qui est à l'origine de l'interdiction de voter frappant les détenus condamnés».

¹⁴⁶² Les droits politiques sont tout d'abord l'expression d'un principe de base de tout Etat démocratique et spécialement de la démocratie semi directe suisse: tous les citoyennes et citoyens résidant sur le territoire ont un droit de participer aux décisions politiques au sein de la collectivité à laquelle ils appartiennent. Les droits politiques sont donc l'expression d'un droit fondamental, et le droit

suisse, la majorité et l'absence d'interdiction pour cause de maladie mentale ou faiblesse d'esprit sont les trois conditions requises par l'art. 136 Cst. suisse pour la jouissance des droits politiques. La privation des droits civiques, qui était en droit suisse, une peine accessoire à une condamnation à la réclusion, a été abrogée sur le plan fédéral par la loi fédérale du 18 mars 1971. Il ressort de ce qu'on vient de dire que le détenu peut exercer son droit de vote. Il convient aussi de noter que les cantons parties à la Conférence latine reprennent la règle fédérale¹⁴⁶⁴.

En vertu de l'art. 39 al. 2 de la Cst suisse, le droit de vote s'exerce au domicile politique, tant au niveau fédéral qu'au niveau cantonal. La notion de domicile politique correspond à la notion de domicile au sens de l'art. 23 CC¹⁴⁶⁵. La Confédération et les cantons peuvent déroger à cette règle¹⁴⁶⁶. Toutefois, à l'instar de la législation fédérale, les législations cantonales ne prévoient aucune exception en ce qui concerne les détenus. Il en découle que les personnes purgeant une peine privative de liberté exerceront leur droit de vote à leur domicile politique qui correspond à leur domicile civil¹⁴⁶⁷,

constitutionnel fédéral les garantit comme tel (art. 34 Cst). Voir MAHON (2001), p. 337.

¹⁴⁶³ Cet article attribue une autonomie large au droit cantonal en ce qui concerne les droits politiques au niveau cantonal et communal. Les cantons peuvent prévoir dans les limites prévues par le droit fédéral d'autres cas de privation de droits politiques que ceux qui s'appliquent au plan fédéral. Les limites imposées par la Cst fédérale sont les exigences minimales de la démocratie, ainsi que le respect des droits fondamentaux. A cet égard, il convient de noter que les cantons parties à la Conférence latine reprennent la règle fédérale. Cf. MAHON in AUBERT/MAHON (2003), p. 360; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, vol. II, (2006), p. 497.

¹⁴⁶⁴ MAHON (2001), p. 341.

¹⁴⁶⁵ MAHON (2001), p. 341.

¹⁴⁶⁶ L'art. 3 de la Loi fédérale sur les droits politiques du 17 décembre 1976, RS 161.1, déroge à cette règle en ce qui concerne les gens du voyage. L'art. 10 de la loi sur les droits politiques du 13 mai 2004 du canton de Valais (RSVS 160.1) apporte des exceptions pour les personnes sous tutelle, pour les travailleurs, les étudiants et les époux.

¹⁴⁶⁷ Le séjour dans un établissement pénitentiaire ne suffit pas pour constituer un domicile au sens de l'art. 26 CC. Ainsi, aux termes de l'art. 24 CC, le détenu gardera son domicile lors de l'exécution de la peine privative de liberté. A défaut d'une exception de domicile politique en droit fédéral et en droit cantonal, le domicile civil du détenu, avant son incarcération, sera considéré comme son domicile politique. Voir BUCHER (1999), pp. 89-90; DESCHENAUX/STEINAUER (2001) 116, ATF 99 V 106, JdT 1971 I 350.

quel que soit leur lieu d'incarcération. Faute de bureau électoral dans les établissements pénitentiaires, fédéralisme oblige, les détenus peuvent exercer leur droit de vote par correspondance¹⁴⁶⁸ ou par voie électronique. Le matériel de vote pour les élections fédérales et cantonales doit être acheminé par le canton où le détenu a son domicile¹⁴⁶⁹. Le refus de transmettre ce matériel constituerait une violation des articles 34 et 39 de la Constitution suisse.

Néanmoins, notons que les détenus demeurent dépourvus de l'exercice de leur droit d'éligibilité.

¹⁴⁶⁸ Ainsi, l'art. 90 du Règlement sur le statut du condamné exécutant une peine privative de liberté et les régimes de détention applicables (RSC), du canton de Vaud (RSVD 340 01.1) dispose que *«les établissements attirent l'attention des condamnés sur la possibilité qui leur est donnée d'accomplir leur droit civique et les renseignent sur les conditions d'exercice de vote par correspondance»*.

¹⁴⁶⁹ Toutefois, au terme de l'art. 4 de l'Ordonnance sur le vote par correspondance du 12 mars 2008 (RSV 160.102) du Canton du Valais le cas de détention ne figure pas parmi les cas particuliers qui permettent de demander l'acheminement du matériel de votation. Il en va de même dans le Règlement d'application de la loi sur l'exercice des droits politiques (REDP) du 12 décembre 1994 (A 5 05.01) du Canton de Genève, et dans la Loi sur les droits politiques du Canton du Jura du 26 octobre 1978 (RSJ 161.1).

Titre Troisième: La garantie des droits de l'Homme du détenu

§ 1. L'obligation de transparence dans l'exécution des sanctions

I. Le contrôle administratif hiérarchique

A. Les mécanismes du contrôle hiérarchique

Le contrôle administratif hiérarchique constitue le premier degré de contrôle dans l'exécution des sanctions privatives de liberté. Il repose sur la structure hiérarchique de l'administration où les supérieurs disposent du pouvoir de surveiller le comportement de leurs subordonnés dans l'accomplissement de leurs tâches et de redresser, le cas échéant, les actes qu'ils estiment ne pas être conformes au droit¹⁴⁷⁰.

Le contrôle hiérarchique peut très bien fonctionner à plusieurs degrés. Ainsi, les actes d'un fonctionnaire subalterne peuvent faire l'objet de modification par son supérieur direct, dont le comportement est à son tour objet d'un réexamen par son propre supérieur et ainsi de suite jusqu'aux plus hautes sphères du gouvernement.

Comme le font toutefois remarquer à juste titre la plupart des auteurs, il est rare que la structure pyramidale de l'administration soit entièrement respectée¹⁴⁷¹. Dans le cas de l'exécution des peines privatives de liberté, cela signifie concrètement que le comportement d'un personnel pénitentiaire fait l'objet d'une surveillance soutenue de la part de son supérieur immédiat, le surveillant-chef, mais que certains de ses actes échappent peut-être déjà à la connaissance du directeur de la prison et qu'il est certain que le Conseiller d'Etat suisse ou le Ministre turc chargé des questions pénitentiaires les ignore! Il est vrai que dans des affaires aussi sensibles que celles concernant les droits de l'Homme, les

¹⁴⁷⁰ GRISEL A., vol. I, (1984), p. 195.

¹⁴⁷¹ GRISEL A., vol. I, (1984), p. 195.

chances qu'une situation problématique parvienne à la connaissance des hautes sphères du pouvoir sont bien plus élevées.

Afin de remédier à ces asymétries d'information, la procédure administrative autorise, tacitement ou en vertu d'une base légale expresse, les administrés à signaler aux supérieurs le comportement de leurs subalternes. On parle généralement de «dénonciation» et de «dénonciateur»¹⁴⁷², sans que ces termes revêtent en droit administratif une quelconque connotation péjorative. La dénonciation peut émaner de n'importe qui, ce qui se comprend aisément, étant donné qu'elle n'engage en rien l'administration. Cela signifie donc que, dans le cas qui nous occupe, elle pourrait émaner par exemple de proches d'un détenu dont les droits ont été violés ou d'une association de soutien aux personnes emprisonnées, qui porterait ainsi à la connaissance des supérieurs du personnel pénitentiaire une série de violations graves des droits de l'Homme au sein d'un établissement.

Dans sa forme la plus primitive, le contrôle administratif hiérarchique ne sert guère qu'indirectement les intérêts des administrés, vu que sa principale raison d'être est d'assurer un fonctionnement de l'administration conforme aux intérêts publics qu'elle est censée défendre¹⁴⁷³. Dès lors, le dénonciateur n'est pas impliqué dans la procédure ouverte sur la base de sa dénonciation¹⁴⁷⁴. Il n'a pas droit à la notification des décisions qui auraient été prises, pas plus qu'il ne peut les entreprendre¹⁴⁷⁵.

¹⁴⁷² GRISEL A., vol. II, (1984), pp. 950-951.

¹⁴⁷³ Cf. art. 59 du Règlement genevois sur le régime intérieur de la prison et sur le statut des personnes incarcérées (RSG F 1 50.04) : «*En tout temps, le détenu peut adresser sous pli fermé une pétition, une plainte ou une dénonciation au directeur de l'office pénitentiaire, au directeur de la prison, au magistrat dont il dépend, au procureur général, au chef du département ou à la commission des visiteurs officiels du Grand Conseil*». Art. 82 al. 1 du Règlement sur les établissements de détention du canton du Valais: «*Le détenu peut, en lui adressant une plainte ou une dénonciation, attirer l'attention du département sur une situation de fait ou de droit envers laquelle il considère qu'une intervention de sa part serait justifiée (...)*». On remarquera qu'en droit valaisan la dénonciation n'est concevable que si une plainte est irrecevable.

¹⁴⁷⁴ Sur la dénonciation en général : GRISEL A., vol. II, (1984), p. 950.

¹⁴⁷⁵ GRISEL A., vol. II, (1984), p. 952.

Dans le contexte de l'exécution des peines, cela signifie que le détenu peut certes dénoncer certains agissements. Il s'agit avant tout de la manifestation de la confiance qui règne à l'intérieur de la prison. D'autre part, nous rappellerons l'interdit de confier à un détenu un droit ou une compétence sur les autres détenus. Dans la pratique, un détenu qui constate une violation peut en parler à un surveillant, qui a l'obligation de signaler à ses supérieurs hiérarchiques tout trouble dont il a connaissance.

Rares sont cependant les ordres juridiques qui n'ont pas dépassé ce stade et conféré davantage de droits aux personnes détenues. L'art. 13 CEDH oblige de toute façon les Etats ayant adhéré à la CEDH à se doter d'une organisation permettant de recourir de manière effective contre des violations de la Convention, en particulier lorsqu'elles interviennent dans le domaine carcéral¹⁴⁷⁶. C'est ainsi que tant la Suisse que la Turquie connaissent une forme modifiée du contrôle hiérarchique où le détenu se voit reconnaître des droits de participation accrus. On parle dès lors de *recours administratifs* ou de *recours internes*¹⁴⁷⁷. Dans ce cas, le détenu peut non seulement participer à la procédure devant l'autorité hiérarchique, mais il est informé de son résultat et peut poursuivre la contestation par d'autres voies s'il en a à sa disposition. En contrepartie de ces avantages sur le plan procédural, le cercle des personnes habilitées à recourir¹⁴⁷⁸ et le délai pour le faire font l'objet d'une réglementation plus stricte que celle de la dénonciation, qui peut intervenir en tout temps et sous la plume de n'importe qui.

En pratique, un détenu ne pourra pas attendre des mois¹⁴⁷⁹ avant de se plaindre de son sort, pas plus que les proches ou des

¹⁴⁷⁶ Cf. en particulier Cour EDH, *Benediktov c. Russie*, n° 106/02, décision de recevabilité du 10 mai 2007, §§ 27 à 30, qui condamne la Fédération de Russie pour ne pas s'être dotée de voies de recours effectives permettant de mettre en cause les conditions matérielles de la détention.

¹⁴⁷⁷ Sur cette notion: GRISEL A., vol. II, (1984), p. 885.

¹⁴⁷⁸ Désormais, les recours ne peuvent être introduits que par des personnes ayant qualité pour recourir, c'est-à-dire qui sont personnellement touchées par l'acte contesté. GRISEL A., vol. II, (1984), pp. 898 ss.

¹⁴⁷⁹ On parle alors de délai de recours. Celui-ci est très variable d'un canton à l'autre.

associations de soutien¹⁴⁸⁰ ne seront habilités à entamer la procédure. Ceci ne vaut naturellement pas pour les détenus mineurs¹⁴⁸¹ ou si le proche en question est lui-même touché personnellement par l'acte contesté. Ainsi, l'épouse d'un détenu dont les lettres ne sont pas transmises ou à qui on a dénié tout droit de visite pourra se plaindre indépendamment de son époux, car la mesure affecte tout autant sa propre vie privée que celle de son mari¹⁴⁸². Ces restrictions sont tout particulièrement importantes dans le domaine carcéral. D'une part, vu les relations complexes que le détenu peut entretenir avec les autorités pénitentiaires il est fort probable qu'il renonce à contester lui-même certains actes qu'il considère comme contraires aux droits de l'Homme, de peur de péjorer sa situation au quotidien. Ce cas de figure se rencontre très fréquemment lors de violations graves et systématiques des droits de l'Homme au sein de l'univers carcéral, comme ce fut, par exemple, le cas en Turquie au début des années quatre-vingt-dix¹⁴⁸³. Il n'est dès lors pas indifférent que l'initiative de la procédure puisse être prise dans ce cas par une autre personne, restée de préférence en liberté. De même, la question du délai peut également se révéler importante lorsqu'un détenu souhaite laisser quelque temps s'écouler avant de contester certaines décisions afin d'empêcher une escalade de brimades de la part du personnel pénitentiaire à son encontre.

¹⁴⁸⁰ Le cas de figure du recours associatif n'est cependant pas totalement absent du droit administratif, car il est connu en matière d'aménagement du territoire. A notre connaissance aucun canton suisse n'a autorisé, par exemple, Amnesty International, à recourir contre les actes des autorités pénitentiaires. Bien que concernant exclusivement la détention préventive, ces arrêts instaurent en fait des règles générales qui devront également être observées lors de l'exécution des peines.

¹⁴⁸¹ Le droit constitutionnel suisse a toujours reconnu la qualité pour recourir au parents d'un mineur en ce qui concerne l'exercice de ses droits: ATF 119 Ia 178, JdT 1995 I 290.

¹⁴⁸² Trib. cant. NE (Ch. acc.), 31 juillet 2001, RJN 2001, p. 193, «(...)il faut cependant bien reconnaître que dans la mesure où la recourante invoque son propre droit de mener comme elle l'entend sa vie privée et familiale, elle est légitimée à se plaindre d'une éventuelle restriction lui causant préjudice. Son propre droit est en effet le pendant de celui de son mari»; Trib. cant. NE (Ch. acc.), 22 juin 2004, RJN 2004, p. 117.

¹⁴⁸³ voir SARIHAN (2002); KURT (2006).

Examinons maintenant la manière dont les recours administratifs sont institués dans les différents cantons signataires du Concordat latin sur l'exécution des peines.

On trouve généralement des dispositions précises à ce propos dans la législation cantonale relative à l'exécution des peines. Tous les cantons sauf Fribourg¹⁴⁸⁴ prévoient expressément une voie de recours administrative en matière disciplinaire¹⁴⁸⁵. Par contre, les dispositions relatives aux autres actes du personnel pénitentiaire sont plus rares et ne se démarquent pas par leur clarté. Seuls le droit neuchâtelois et le droit valaisan contiennent des dispositions précises¹⁴⁸⁶. Fribourg parle de «*plaintes soit contre une personne au service des Etablissements, soit contre des détenus et des internés*», ce qui laisse entendre que le motif de la plainte n'exerce aucune influence sur le droit de se plaindre. On peut donc en déduire que les conditions de détention pourraient faire l'objet d'une plainte «*contre une personne au service des Etablissements*» si elle porte sur les agissements du personnel pénitentiaire. Par contre, si la plainte ne tend à dénoncer que des conditions indignes de détention du fait de la configuration des bâtiments, sa recevabilité nous semble plus douteuse.

La première question qui doit être résolue en droit suisse est celle de l'objet du recours administratif. Nous allons examiner tout d'abord les règles fondamentales du droit administratif dans ce domaine avant de passer à la réglementation de droit pénitentiaire cantonal. En droit administratif, l'objet d'une procédure de recours, qu'elle soit interne ou judiciaire d'ailleurs, est la «*décision*», soit l'acte individuel à caractère obligatoire ayant pour effet de créer, de modifier des droits et obligations, ou d'annuler ou de constater l'existence ou l'inexistence de droits ou d'obligations¹⁴⁸⁷. La décision présuppose donc une manifestation

¹⁴⁸⁴ Les art. 32 à 34 de la Loi sur les établissements de Bellechasse (RSF 341.1.1) ainsi que les art. 61 et 62 du Règlement des prisons du 12 décembre 2006 (RSF 341.2.11), ne sont pas limités aux décisions prises en matière de discipline.

¹⁴⁸⁵ Art. 79 de la Loi neuchâteloise sur l'exécution des peines privatives de liberté et des mesures pour les personnes adultes (RSN 351.0); Art. 58 du Règlement sur les établissements de détention du canton du Valais (RSVS 340.200) ; art. 34 de la Loi vaudoise sur l'exécution des condamnations pénales (RSVD 340.01).

¹⁴⁸⁶ Art. 79 à 81 du Règlement sur les établissements de détention du canton du Valais (RSVS 340.200).

¹⁴⁸⁷ GRISEL A. (1984), vol. II, p. 859; FLÜCKIGER (1998), pp. 134 ss.

de volonté de la part de l'administration et elle se distingue des actes réels, soit du simple comportement d'un fonctionnaire qui, tout en portant atteinte aux droits des administrés, ne révèle pas la volonté d'influencer leurs droits et obligations. Dans le domaine pénitentiaire, cela signifie donc que les conditions matérielles de détention ne peuvent pas être directement l'objet d'une procédure, pas plus que le comportement du personnel pénitentiaire, sauf s'il présente clairement les caractéristiques d'une décision¹⁴⁸⁸. L'imposition de sanctions disciplinaires présente le caractère évident d'une décision, mais la question est de peu d'intérêt, dans la mesure où le droit cantonal de l'exécution des peines, à l'exception de celui de Fribourg, a toujours instauré une voie de recours particulière dans ce domaine¹⁴⁸⁹. Cela a pour conséquence que l'essentiel de la vie en prison ne saurait faire en tant que tel l'objet de recours administratif, sauf dispositions particulières que nous aurons l'occasion d'analyser ci-après. Le détenu devrait donc obtenir de l'autorité pénitentiaire qu'elle prenne une décision formelle avant d'entreprendre quoi que ce soit, décision qui pourrait se résumer au constat¹⁴⁹⁰ que le comportement contesté ne viole pas les droits de l'Homme dont le détenu est titulaire.

Les principes fondamentaux du droit administratif suisse font qu'une autorité a l'obligation de rendre une décision de constat si le requérant invoque un intérêt digne de protection¹⁴⁹¹. Cet intérêt nous semble donné toutes les fois qu'une question de droits de l'Homme est en jeu. En effet, dans sa jurisprudence constante, le Tribunal fédéral considère qu'il doit statuer sur les recours qui lui sont adressés pour violation des droits de l'Homme, lors même que le recourant n'aurait plus aucun intérêt pratique au succès de sa

¹⁴⁸⁸ Il a parfois été admis que certains actes matériels pouvaient être assimilés à une décision implicite: FLÜCKIGER (1998), p. 141 et les arrêts cités. On ne rencontre cependant pas dans la jurisprudence de cas de figure où cette assimilation a eu lieu en matière pénitentiaire.

¹⁴⁸⁹ Art. 77 de la Loi du 3 octobre 2007 sur l'exécution des peines privatives de liberté et des mesures pour les personnes adultes (RSN 351.0) et art. 58 al. 5 du Règlement du 10 décembre 1993 sur les établissements de détention du canton du Valais, (RSVS 340.200) ; en droit vaudois, les décisions des établissements pénitentiaires ordonnant une sanction disciplinaire doivent être attaquées dans les trois jours (art. 35 de la Loi du 4 juillet 2006 sur l'exécution des condamnations pénales (RSVD 340.01).

¹⁴⁹⁰ GRISEL A., vol. II, (1984), pp. 866-867.

¹⁴⁹¹ GRISEL A., vol. II, (1984), p. 867; FLÜCKIGER (1998), pp. 178 ss.

démarche¹⁴⁹². Le fait qu'une autorité judiciaire accepte de rendre des arrêts dont la portée sera au final uniquement constatatoire a valeur de principe général susceptible d'être transposé dans le domaine du recours administratif. D'ailleurs, le Tribunal fédéral l'a admis dans une affaire où une secte se plaignait des propos tenus à son sujet par une autorité administrative dans une brochure d'information¹⁴⁹³. Récemment, la Loi fédérale de procédure administrative (PA) a été modifiée afin d'accroître la protection des citoyens contre les actes matériels de l'administration¹⁴⁹⁴. Elle n'est certes pas directement applicable en matière d'exécution des peines, menée par les autorités cantonales, et donc en application de la procédure cantonale, mais il arrive fréquemment que les autorités cantonales, faute de dispositions expresses dans le droit cantonal, s'inspirent du droit fédéral. Il n'est pas, après tout, impossible qu'à long terme, les autorités cantonales d'exécution des peines adoptent une approche similaire, sur le modèle de l'art. 25a de la Loi fédérale de procédure administrative.

Ainsi, lorsque le droit pénitentiaire cantonal ne contient pas de règles plus détaillées, le détenu qui entend contester des actes matériels doit tout d'abord s'adresser aux autorités pénitentiaires afin d'obtenir une décision qu'il pourra entreprendre par la voie du recours administratif. Que se passe-t-il s'il se trompe d'autorité ou s'il s'adresse directement à l'autorité de recours? En vertu d'un principe bien établi du droit administratif¹⁴⁹⁵, le fait de s'adresser à une mauvaise autorité ne préjudicie jamais, les autorités devant se transmettre les actes qu'elles reçoivent et à l'égard desquels elles s'estiment incompétentes. Quant au contenu de la requête, il est évident que le détenu ne sera que rarement à même de le formuler avec toute la précision juridique qui s'impose. Néanmoins, en vertu de la maxime inquisitoire, l'autorité administrative ne saurait en faire un motif de refus. Elle doit au contraire procéder à toutes les investigations et à tous les éclaircissements nécessaires, notamment en faisant traduire au besoin une requête adressée en langue étrangère. Naturellement, le détenu qui ne dispose pas de connaissances juridiques ne semble pas en mesure de comprendre

¹⁴⁹² ATF 110 Ia 140, JdT 1986 I 60; ATF 114 Ia 88, JdT 1989 IV 60 concernant des recours portant sur le respect de l'art. 5 § 4 CEDH.

¹⁴⁹³ ATF 121 I 87, JdT 1997 I 88.

¹⁴⁹⁴ Nouvel art. 25a PA.

¹⁴⁹⁵ GRISEL A., vol. II, (1984), p. 894.

la différence entre la requête tendant au constat, la plainte et le recours. Dans ce cas, l'administration devrait toujours présumer que le détenu, mécontent de son sort, entend s'opposer par toutes les voies à sa disposition. Dès lors, si l'acte critiqué ne peut pas faire l'objet directement d'un recours, car il ne s'agit pas d'une décision, il faudrait à notre avis convertir un éventuel mémoire de recours en une requête de constat. Il serait tout de même choquant que le détenu, ignorant tout des subtilités du droit administratif, se voie pareillement entravé dans l'exercice de ses droits, simplement parce qu'il n'a pas su trouver les mots appropriés. En effet, l'article 13 CEDH, instituant un droit au recours effectif, pourrait être violé dans la mesure où le recours administratif est souvent le préalable d'un recours judiciaire¹⁴⁹⁶. La requête d'un détenu contestant le traitement qui lui est infligé ne devra donc jamais rester sans réponse, positive ou négative, des autorités pénitentiaires, réponse qui devra prendre le cas échéant la forme d'une décision susceptible de recours administratif. Nous n'avons cependant pas trouvé de jurisprudence confirmant ce principe, pas plus qu'il n'est clairement analysé dans la doctrine¹⁴⁹⁷.

Si le droit cantonal de l'exécution des peines ne contient pas de dispositions précises relatives aux recours contre les actes matériels de l'administration, la protection juridique du détenu sur le plan strictement administratif s'avère donc suffisamment complexe pour qu'on puisse avoir quelque doute sur son efficacité. Le droit cantonal de l'exécution des peines contient certaines dispositions relatives aux actes que le détenu peut entreprendre par la voie du recours administratif. La plupart de ces dispositions contiennent des exceptions plus ou moins formulées clairement au principe exposé ci-dessus selon lequel la procédure de recours ne peut concerner que des décisions et non de simples actes matériels de l'administration. Le droit valaisan s'avère plus précis sur ce point. Il institue un droit de recours général du prévenu contre les décisions sur réclamation de la direction et contre *«toute atteinte illicite à l'un de ses droits subjectifs consécutive à un acte ou à une omission de la direction»*¹⁴⁹⁸. Le législateur valaisan a indubitablement entendu ouvrir la voie au recours contre les actes

¹⁴⁹⁶ Voir infra pour le recours judiciaire.

¹⁴⁹⁷ Pour quelques développements, voir FLÜCKIGER (1998), pp. 24 ss.

¹⁴⁹⁸ Art. 81 al. 1 lit. a et b du Règlement sur les établissements de détention du canton du Valais (RSVS 340.200).

matériels de l'administration pénitentiaire. Le fait que la voie de recours soit intitulée «plainte» plutôt que recours et que la notification d'une décision soit remplacée par la connaissance d'un état de fait semble aussi montrer clairement que le législateur neuchâtelois poursuit le même but que valaisan. Le droit fribourgeois va dans le même sens. L'article 33 al. 1 de la Loi sur les établissements de Bellechasse prévoit que *«chacun a le droit de formuler des plaintes soit contre une personne au service des Etablissements, soit contre des détenus et des internés»*¹⁴⁹⁹ et l'alinéa 2 prévoit que le délai de recours commence à courir *«dès la connaissance du comportement incriminé»*. Il nous semble dès lors aussi acquis que le recours administratif concerne également les actes matériels de l'administration pénitentiaire. Le droit vaudois, quant à lui, ne mentionne que le recours contre les décisions en matière disciplinaire¹⁵⁰⁰. En vertu des règles générales relatives à la procédure administrative en droit vaudois, cela a pour conséquence que les décisions prises dans d'autres domaines ou les actes matériels échappent à tout recours¹⁵⁰¹.

La question du statut du plan d'exécution de la peine mérite également qu'on s'y arrête. La loi neuchâteloise prévoit qu'il ne s'agit pas d'une décision¹⁵⁰², ce qui, implicitement, prive le détenu du droit de le contester en justice. Cela signifie donc que le détenu doit recourir contre chaque acte isolé d'exécution du plan, s'il le peut, plutôt que de le mettre en cause immédiatement et en bloc. Les raisons d'une telle approche nous échappent.

Passons maintenant à la qualité pour recourir. Nous avons vu que le recours administratif, au contraire de la dénonciation, n'est pas ouvert à n'importe qui et que le recourant doit justifier d'être personnellement touché par la décision. La doctrine administrative générale contient toute une série d'explications quant à la qualité pour recourir. Elles ne sont cependant pas d'une grande utilité pour le sujet qui nous occupe, car la qualité pour recourir est de toute façon donnée aux personnes pouvant invoquer un droit à la

¹⁴⁹⁹ Auquel correspond l'art. 61 du Règlement des prisons (RSF 341.2.11).

¹⁵⁰⁰ Art. 34 de la Loi sur l'exécution des condamnations pénales (RSVD 340.01).

¹⁵⁰¹ Art. 2 de la Loi sur la procédure administrative du 28 octobre 2008, (RSVD 173.36.)

¹⁵⁰² Art. 14 al. 2 de la Loi du 3 octobre 2007 sur l'exécution des peines privatives de liberté et des mesures pour les personnes adultes, (RSN 351.0.).

modification de la décision¹⁵⁰³. Il suffit pour cela de se rapporter à la titularité du droit invoqué, ce dont nous avons déjà discuté précédemment à propos de chacun des droits de l'Homme pris séparément. Les dispositions du droit cantonal d'exécution des peines ne vont pas au-delà de ce système. A vrai dire, à l'exception des droits neuchâtelois et fribourgeois, elles sont muettes sur ce point, ce qui signifie donc que les règles générales que nous venons d'exposer s'appliquent. Et même dans le cas des deux cantons précités, on peut véritablement se demander si la plus grande ouverture n'est pas de pure façade.

L'art. 33 de la Loi fribourgeoise sur les Etablissements de Bellechasse prévoit une procédure de plainte *a priori* ouverte à tous¹⁵⁰⁴. Il n'est pas non plus inconcevable que le législateur n'ait, malgré la relative obscurité de la formulation, pas entendu étendre les droits de recourir au-delà de ce qui se pratique d'ordinaire en matière de recours administratif. Il est d'ailleurs hautement vraisemblable que ce serait là la solution adoptée si la question venait à être soulevée un jour.

Sur la question des délais, on observera que ceux prévus en matière de droit disciplinaire par la plupart des cantons parties au Concordat latin sont plus brefs que le délai ordinaire de trente jours¹⁵⁰⁵ connu en procédure administrative ordinaire¹⁵⁰⁶. On peut

¹⁵⁰³ GRISEL A., vol. II, (1984), pp. 898-899.

¹⁵⁰⁴ Cf. la disposition fribourgeoise: «*Chacun à le droit de formuler des plaintes(...)*».

¹⁵⁰⁵ Cf. art. 77 et 95 de la Loi vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative (RSVD 173.36); art. 34 de la Loi neuchâteloise du 27 juin 1979 sur la procédure et la juridiction administrative (RSN 152.130).

¹⁵⁰⁶ En Valais, le délai est de 10 jours pour les sanctions disciplinaires (art. 58 al. 5 du Règlement du 10 décembre 1993 sur les établissements de détention du canton du Valais (RSVS 340.200) en droit vaudois et neuchâtelois les décisions des établissements pénitentiaires ordonnant une sanction disciplinaire doivent être attaquées dans les trois jours (art. 35 de la Loi vaudoise du 4 juillet 2006 sur l'exécution des condamnations pénales (RSVD 340.01) et art. 79 de la Loi neuchâteloise du 3 octobre 2007 sur l'exécution des peines privatives de liberté et des mesures pour les personnes adultes (RSN 351.0); Fribourg prévoit un délai de 10 jours pour les plaintes adressées au directeur de l'établissement ou formulées à son encontre (art. 33 al. 2 de la Loi sur les établissements de Bellechasse (RSF 341.1.1); art. 61 al. 1 du Règlement des prisons (RSF 341.2.11). Le droit genevois (art. 376 ss du Code de procédure pénale RSG E 4 20) ne contient aucune précision sur les délais administratifs. Il en va de même

tout de même s'interroger sur la justification de cette courte durée. Une des premières justifications qui pourrait venir à l'esprit est celle tirée du fait que le contentieux disciplinaire doit être liquidé rapidement, afin que l'éventuelle sanction s'exécute le plus tôt possible. Cette justification concerne en fait tous les recours en matière de sanctions, qu'elles soient disciplinaires ou typiquement pénales, et cela n'a pas empêché le législateur de prévoir des délais plus longs pour les recours judiciaires en matière pénale.

En droit turc, aux termes de l'art. 125 al. 1 de la Constitution, tout acte ou décision de l'administration est susceptible d'un contrôle juridictionnel. Selon l'article 13 al. 1 de la Loi n° 2577 sur la procédure administrative contentieuse¹⁵⁰⁷, le détenu dont les droits sont lésés par des actes administratifs doit, avant d'introduire un recours administratif, s'adresser à l'administration intéressée et demander d'être rétabli dans ses droits dans un délai d'un an à compter de la date où il a pris connaissance de cette opération soit par notification écrite soit de toute autre manière, et en tout cas, dans un délai de cinq ans à partir de la date de ladite opération. En cas de rejet partiel ou total de sa demande, l'intéressé peut introduire un recours dans le délai légal (60 jours). Le délai commence à courir à partir du jour qui suit la date de la notification du rejet ou, si aucune réponse n'a été donnée à cette demande, dans les soixante jours à partir de l'expiration du délai pour y répondre¹⁵⁰⁸.

B. L'insuffisance du contrôle hiérarchique

Le manque d'indépendance des organes chargés du contrôle hiérarchique a pour conséquence un risque de violation de l'art. 13 CEDH¹⁵⁰⁹. La limitation des voies de recours au seul contrôle

du droit des autres cantons lorsqu'on sort des cas particuliers pour lesquels un délai a été introduit. En bonne logique, le délai ordinaire va donc s'appliquer dans ce cas.

¹⁵⁰⁷ Loi n° 2577 sur la procédure administrative contentieuse (modifiée), R.G. n°17580, du 20 janvier 1982.

¹⁵⁰⁸ La traduction française de cette loi est disponible sur le site internet du Conseil d'Etat turc: <http://www.danistay.gov.tr/fra/index.html>.

¹⁵⁰⁹ Sur la notion de recours effectif et les liens avec celle de juridiction indépendante: SUDRE (2008), p. 442 ss. Il faut que l'autorité de recours présente

hiérarchique est donc susceptible de violer les droits fondamentaux des détenus.

II. La responsabilité de l'Etat du fait de l'administration pénitentiaire

A. Les fondements de la responsabilité civile de l'Etat en droit suisse

Dans l'ordre juridique suisse, le service pénitentiaire est cantonal, en vertu de l'art. 123 al. 2 de la Constitution. La responsabilité du fait de son exercice relève donc de la compétence des cantons. Certains cantons, dont Neuchâtel¹⁵¹⁰, Fribourg¹⁵¹¹, Jura¹⁵¹², Valais¹⁵¹³, Vaud¹⁵¹⁴ et Tessin¹⁵¹⁵, sous l'influence de la législation fédérale, ont opté pour le régime de la responsabilité exclusive de l'Etat de type objectif, avec action récursoire contre l'agent gravement fautif. L'existence d'un lien de causalité entre l'illicéité et le dommage¹⁵¹⁶ suffit donc pour recourir à la responsabilité de l'administration pénitentiaire. Le canton de Genève aussi connaît la responsabilité exclusive de l'Etat, mais avec l'exigence de la faute¹⁵¹⁷. Certains cantons admettent la responsabilité de l'Etat pour acte licite. C'est notamment le cas des cantons de

une certaine indépendance par rapport à celle dont la décision est critiquée, sans toutefois qu'elle ne constitue nécessairement une juridiction. FLÜCKIGER (1998), pp. 25-26.

¹⁵¹⁰ Art. 5 de la Loi du 26 juin 1989 sur la responsabilité des collectivités publiques et de leurs agents (Loi sur la responsabilité, LResp) (RSN 150.10).

¹⁵¹¹ Art. 6 de la Loi du 16 septembre 1986 sur la responsabilité civile des collectivités publiques et de leurs agents (RSF 16.1.).

¹⁵¹² Art. 27 de la Loi du 26 octobre 1978 sur le statut des magistrats, fonctionnaires et employés de la République et Canton du Jura (RSJU 173.11).

¹⁵¹³ Art. 4 de la Loi du 10 mai 1978 sur la responsabilité des collectivités publiques et de leurs agents (RSVS 170.1).

¹⁵¹⁴ Art. 4 de la Loi du 16 mai 1961 sur la responsabilité de l'Etat, des communes et de leurs agents (LRECA) (RSVD 170.11).

¹⁵¹⁵ Art. 4 della Legge del 24 ottobre 1988 sulla responsabilità civile degli enti pubblici e degli agenti pubblici, Racc. Leggi (RST 2.6.1.1).

¹⁵¹⁶ MOOR (2002), p. 718.

¹⁵¹⁷ Art. 1^{er} de la Loi du 24 février 1989 sur la responsabilité de l'Etat et des communes (RSG A 2 40). TANQUEREL (1997), p. 365.

Neuchâtel¹⁵¹⁸ et Fribourg¹⁵¹⁹. La jurisprudence est cependant très restrictive¹⁵²⁰.

La question se pose alors de savoir à l'encontre de quel canton l'action en responsabilité contre l'administration pénitentiaire sera dirigée. S'agit-il du canton qui a condamné ou de celui qui accueille le détenu? La réponse réside dans l'art. 19 du Concordat de 2006, en vertu duquel les personnes détenues placées dans un établissement concordataire sont soumises aux prescriptions légales et réglementaires du canton où l'établissement a son siège, notamment en matière disciplinaire. Les détenus sont des usagers du service pénitentiaire du canton où la prison se trouve. La responsabilité du fait de l'administration pénitentiaire incombe donc à cette autorité.

Le droit administratif turc prévoit la responsabilité de l'administration pour ses fautes de service. Selon l'article 125 al. 6 de la Constitution : «*L'administration est tenue d'indemniser tout dommage résultant de ses activités, actes et décisions*». Dans ce cadre, elle est responsable des fautes de service qui peuvent résulter soit de l'absence d'exécution, soit de l'exécution retardée, soit de la mauvaise exécution du service¹⁵²¹. Ainsi, les usagers des services publics dont les intérêts sont lésés par une telle faute peuvent bénéficier des mécanismes de protection juridique prévus.

Les usagers de services publics qui veulent formuler un recours devant le juge administratif pour cause de faute de service résultant d'une action de l'administration sont tenus de formuler un recours administratif préalable.

Comme nous l'avons souligné, ceux dont les droits sont lésés par des actes administratifs doivent, avant d'introduire un recours administratif, s'adresser à l'administration intéressée et demander d'être rétablis dans leurs droits selon l'article 13 al. 1 de la Loi n° 2577 sur la procédure administrative contentieuse. En cas de rejet, les intéressés peuvent introduire un recours.

¹⁵¹⁸ Art. 7 et 8 (LResp) (RSN 150.10).

¹⁵¹⁹ Art. 8 de la Loi sur la responsabilité civile des collectivités publiques et de leurs agents (RSF 16.1)

¹⁵²⁰ Cf. l'arrêt examiné en matière de suicide dans les prisons.

¹⁵²¹ GÖZÜBÜYÜK/TAN (2006), p. 741.

Le juge administratif exige une «faute lourde» lorsqu'il s'agit de la surveillance des détenus. Ce critère de la «faute lourde» est propre au juge administratif; le juge civil ne l'utilise pas. Il signifie que le juge est particulièrement exigeant pour mettre en jeu la responsabilité publique: toute erreur, et même toute faute, ne peut entraîner la responsabilité¹⁵²². Il faut qu'il s'agisse d'une faute que l'on peut qualifier de grave. Ce critère répond au souci du juge de reconnaître la difficulté de l'action de l'administration, et de lui laisser une marge de manœuvre.

B. La responsabilité de l'Etat en droit turc

Selon l'article 125 al. 6 de la Constitution, en cas de dysfonctionnement des services pénitentiaires, la responsabilité de l'Etat peut être engagée, comme nous l'avons vu, pour faute lourde. La faute peut être comprise comme «*l'écart entre le comportement de l'administration et l'obligation qui pesait sur elle*»¹⁵²³.

Selon PECHILLON, la faute lourde consiste en «*un manquement suffisamment sérieux aux obligations du service public et par voie de conséquence aux droit des usagers*»¹⁵²⁴. Cette faute peut résulter d'un comportement administratif tant actif que passif ou conjuguer ces deux aspects. De surcroît, la faute s'apprécie in concreto. Ainsi, afin d'établir la responsabilité de l'Etat, tous les faits doivent être rapportés. Néanmoins, la faute lourde repose en grande partie sur la difficulté présumée de la mission sécuritaire du service pénitentiaire. La responsabilité de l'administration n'est reconnue que dans des situations tellement graves qu'il paraît inconcevable de ne pas réparer le dommage.

Les recours de détenus pour responsabilité de l'Etat en droit turc semblent défailtants. La limitation de la responsabilité aux cas où l'administration a commis une faute lourde ne tient pas réellement

¹⁵²² GÖZLER (2008), p. 727.

¹⁵²³ MARLIAC-NEGRIER (2000), p. 16.

¹⁵²⁴ PECHILLON (1998), p. 135.

compte de la position du détenu vis-à-vis de la hiérarchie pénitentiaire.

III. Responsabilité et recours effectif

Bien que la jurisprudence de la Cour EDH ait fait de l'art. 13 CEDH une garantie autonome¹⁵²⁵, cela ne signifie pas pour autant que le «recours effectif» au sens de cette disposition doit permettre le redressement direct du tort causé par la violation des droits de l'Homme de la personne détenue. Une action en responsabilité peut également constituer un recours effectif ; cela ressort clairement de la jurisprudence relative à la durée excessive des procédures civiles et pénales¹⁵²⁶. La solution est parfaitement susceptible d'être transposée à l'égard des autres droits de l'Homme. Ainsi, dans l'affaire *Scavuzzo-Hager*¹⁵²⁷, les requérants, après avoir tenté en vain d'obtenir le renvoi devant les juridictions pénales des agents de police qu'ils tenaient pour responsables de la mort de leur fils, ont intenté une action en responsabilité civile contre le canton du Tessin et n'ont saisi la Cour EDH d'une requête pour violation, entre autres, de l'art. 3 CEDH, qu'après avoir été définitivement déboutés. Si la mort en question n'était pas survenue lors d'une arrestation, mais au moment de l'exécution d'une peine privative de liberté, la démarche aurait certainement été la même. Est-ce à dire que les détenus, après avoir essuyé un premier échec par le biais des recours dont ils disposent contre les actes de l'autorité chargée de l'exécution des peines, doivent impérativement saisir les juridictions d'une action en responsabilité avant de porter leur affaire devant la Cour EDH? Nous ne sommes pas de cet avis. Bien que le droit suisse admette la responsabilité civile de l'Etat pour acte licite¹⁵²⁸, les conditions de celle-ci sont à ce point restrictives qu'une action en responsabilité civile n'a aucune chance d'aboutir en présence

¹⁵²⁵ CourEDH, *Kudla c. Pologne*, arrêt précité.

¹⁵²⁶ Voir par exemple, Cour EDH, *Giummarra et autres c. France*, n° 61166/00, décision d'irrecevabilité du 12 juin 2001.

¹⁵²⁷ CourEDH, *Scavuzzo-Hager et autres c. Suisse*, n° 41773/98, arrêt du 7 février 2006.

¹⁵²⁸ GRISEL A., vol. II, (1984), pp. 788 ss.

d'une décision, voire d'un jugement, constatant que tel acte est parfaitement licite, la condition de l'illicéité faisant logiquement défaut¹⁵²⁹. Dans les décisions concernant la durée excessive des procédures civiles en France, aucun autre remède n'était à disposition des requérants, hormis l'action en responsabilité qui constituait donc la première et la dernière voie de recours nationale.

La situation n'était guère différente dans l'affaire *Scavuzzo-Hager*, car les efforts des requérants en vue d'obtenir l'ouverture de l'action pénale avaient été étouffés dans l'œuf. Aucune juridiction n'avait été saisie du cas. L'action en responsabilité civile constituait donc, également, la première procédure permettant aux requérants de faire valoir concrètement leurs prétentions en dommages-intérêts devant une juridiction. A notre avis, il faut en déduire que l'action en responsabilité civile ne peut constituer un recours effectif qu'en l'absence de toute autre voie de droit permettant de faire constater que la Convention a été violée et d'obtenir le redressement de la situation.

La Cour EDH ne dit pas autre chose, dans la mesure où elle considère que les procédures civiles en dommages et intérêts ne sauraient constituer une enquête effective au sens de l'art. 2 CEDH¹⁵³⁰. La généralisation des recours administratifs, et nous allons le voir, judiciaires, en matière d'exécution des peines, doit avoir pour conséquence que l'action en responsabilité civile ne sera pas une étape nécessaire avant la saisine de la Cour européenne des droits de l'Homme. Elle n'en restera pas moins possible à titre complémentaire.

¹⁵²⁹ GRISEL A., vol. II, (1984), pp. 797-798. Voir également supra, à propos du suicide en prison.

¹⁵³⁰ CourEDH, *Scavuzzo Hager c. Suisse*, arrêt précité, § 79.

§ 2. Le contrôle juridictionnel

I. Le droit d'accéder à un tribunal en matière d'exécution des peines

A. Le contenu et la portée du droit

Le droit d'accéder à un tribunal est directement consacré à l'art. 6 § 1 CEDH; il ne porte que sur les droits civils et les accusations en matière pénale. Le contentieux relatif à l'exécution des peines ne fait partie ni de l'une, ni de l'autre catégorie. Il s'agit en effet de mesures purement administratives qui ne deviennent pénales que si elles ont pour conséquence de rallonger la durée de la peine que le détenu doit purger¹⁵³¹. Or, tel n'est le cas, ni en droit suisse, ni en droit turc.

Quant à l'article 13 CEDH, il n'est pas non plus d'un grand secours, car il n'impose *a priori* pas aux Etats membres d'instaurer une autorité judiciaire de contrôle¹⁵³². Il suffit que l'autorité de recours jouisse d'une certaine indépendance ; un recours administratif est de ce fait susceptible de satisfaire aux exigences de cette disposition. On peut toutefois se demander si le contentieux directement lié aux droits fondamentaux du détenu ne doit pas être de toute façon déféré à une autorité judiciaire. Certes, le droit pénitentiaire est, en tant que tel, de nature purement administrative ; mais le détenu ne recourt pas seulement pour invoquer l'illégalité du comportement du personnel pénitentiaire; il invoque également, et surtout, la violation de ses droits fondamentaux. Le contentieux n'est pas purement objectif, il présente avant tout une dimension subjective. Or, dans sa définition de la matière civile, la Cour a précisé, à l'occasion de

¹⁵³¹ Cour EDH, *Ezeh et Connors c. Royaume-Uni*, n° 39665/98 et 40086/98, [GC], arrêt du 9 octobre 2003, Recueil des arrêts et décisions 2003-X. Cour EDH, *Gülmez c. Turquie*, n° 16330/02, remet en question cela et applique l'art. 6 CEDH au contentieux disciplinaire. Cf. l'arrêt rendu le 20 mai 2008.

¹⁵³² Cour EDH, *Klass et autres c. Allemagne*, n° 5029/71, arrêt du 6 septembre 1978, série A n° 269. Ce principe a été récemment confirmé: Cour EDH, *Rodic et autres c. Bosnie-Herzégovine*, arrêt précité, même si in casu la Cour a considéré que le recours administratif prévu ne constituait pas une voie de recours effective, vu l'inaction des fonctionnaires.

l'affaire *Geouffre de la Pradel*¹⁵³³, qu'une affaire apparemment administrative, tel un problème d'urbanisme, devenait civile si elle mettait en cause des droits dont le requérant prétend être titulaire. De même, le contentieux fiscal est considéré comme purement administratif s'il porte uniquement sur l'assiette de l'impôt, alors qu'il devient civil si le contribuable invoque le respect dû à ses biens face à l'exercice d'un droit de préemption fiscal¹⁵³⁴ ou s'il concerne la restitution de sommes versées en trop au fisc¹⁵³⁵. A cela s'ajoute le fait que les violations des droits fondamentaux sont susceptibles d'entraîner la responsabilité de l'administration pénitentiaire, si bien que les contestations y relatives présentent également un caractère patrimonial. Du moment que la jurisprudence admet qu'une constitution de partie civile devant la juridiction pénale, lors même qu'aucune prétention concrète n'a été formulée¹⁵³⁶, constitue un litige civil au motif que le plaignant n'a pas pour autant renoncé à son droit à l'indemnisation et que l'issue de la procédure est déterminante pour celle-ci, pourquoi en irait-il autrement lors d'un recours contre un acte de l'administration pénitentiaire qui, s'il est déclaré mal fondé, éloigne toute perspective d'indemnisation? C'est pour toutes ces raisons que nous sommes encline à considérer que l'invocation, par le détenu, de ses droits fondamentaux contre un acte de l'administration pénitentiaire n'est pas un contentieux de l'illégalité, autrement dit, un contentieux objectif, mais avant tout un contentieux des droits de la personne, autrement dit, un contentieux subjectif tombant sous le coup de l'article 6 CEDH. La conception administrative classique limitant le contentieux subjectif aux droits purement patrimoniaux nous semble être remise en question par la place grandissante que les droits fondamentaux prennent au sein de l'ordre juridique; ne serait-ce que parce que nombre d'atteintes à ces droits sont susceptibles d'entraîner la responsabilité de leur auteur.

¹⁵³³ Cour EDH, 16 décembre 1992, *Geouffre de la Pradelle c. France*, n° 12964/87, arrêt du 16 décembre 1992, Série A n° 253-B.

¹⁵³⁴ Cour EDH, *Hentrich c. France*, arrêt du 22 septembre 1994, § 52, Série A n° 296-A.

¹⁵³⁵ Cour EDH, *National & Provincial Building Society et autres c. Royaume-Uni*, n° 117/1996/736/933-935, arrêt du 23 octobre 1997, Recueil. 1997-VII, § 97.

¹⁵³⁶ Cour EDH, *Perez c. France*, n° 47287/99, arrêt du 12 février 2004, Recueil des arrêts et décisions 2004-I.

Quoi qu'il en soit, la question du champ d'application de l'article 6 CEDH ne se pose plus avec la même intensité en droit suisse. En effet, l'introduction de l'article 29a dans la Constitution fédérale garantit le droit à ce que tout litige soit tranché par un tribunal qui, aux termes de l'art. 29 de ladite constitution, doit être indépendant et impartial. Pourtant, le droit cantonal de l'exécution des peines continue à soustraire un grand nombre de décisions au contrôle judiciaire. A n'en point douter, ces législations ne sont pas conformes à la Constitution fédérale. Le cas de la législation neuchâteloise mérite tout particulièrement d'être relevé. Ainsi, l'art. 6 al. 2 de la Loi sur l'exécution des peines privatives de liberté et des mesures pour les personnes adultes du 19 octobre 2007¹⁵³⁷ prévoit expressément que *«les garanties constitutionnelles de procédure s'imposent dans toutes les procédures afférentes à l'exécution des peines et mesures»*, alors que l'exercice des voies de recours est fortement limité à l'art. 78 de la loi en interdisant les recours contre les ordres donnés oralement.

Dans le même sens, la Constitution turque garantit dans son article 36 le droit à un procès équitable. Ainsi, chacun a le droit, en se servant de tous les moyens et voies légitimes, de faire valoir ses droits devant les instances judiciaires en tant que demandeur ou défendeur. Aucun tribunal ne peut se soustraire à l'obligation de juger une cause entrant dans sa compétence et son ressort.

B. Les juridictions susceptibles d'être saisies

On pouvait imaginer que les droits fondamentaux de la personne détenue peuvent être évoqués devant deux instances différentes : les juridictions chargées de l'application de la peine¹⁵³⁸ ou les juridictions administratives ordinaires. Seules les secondes seront susceptibles d'être saisies, car la compétence du juge d'exécution

¹⁵³⁷ (RSN 351.0).

¹⁵³⁸ Bien que le Code pénal ne le prescrive pas expressément, l'institution du juge d'application des peines fait lentement son chemin en droit suisse: BACHER/JENDLY (2006), pp. 631 ss. En vertu des garanties figurant à l'art. 29 de la Constitution, une autorité judiciaire doit forcément connaître de la question d'application de la peine, que ce soit en première instance ou sur recours.

des peines ne porte pas sur les conditions de la détention¹⁵³⁹. Il convient d'emblée de procéder à une distinction telle que le souligne BOLLE, entre l'exécution matérielle et l'application proprement dite de la peine. De nature administrative, l'exécution matérielle concerne *«tous les problèmes d'intendance et de discipline, de bon ordre (...) qui resteraient naturellement aux mains de l'administration pénitentiaire et de directeurs de pénitencier»*¹⁵⁴⁰. L'application proprement dite de la peine concerne en revanche *«principalement le régime pénitentiaire»*.

Les juges d'application des peines se prononceront également sur des questions ayant trait aux droits de l'Homme détenu¹⁵⁴¹. En effet, une libération conditionnelle peut intervenir parce que la poursuite de la détention, suite à une maladie développée par le détenu, constituerait un traitement inhumain et dégradant. La répartition des compétences ne sera pas difficile à établir ; elle se fera par le biais de l'objet de la procédure : si le détenu sollicite une mesure d'application de la peine (libération conditionnelle, congé...), la juridiction d'application des peines sera compétente¹⁵⁴², alors que s'il se plaint des conditions d'exécution de la peine (mesures disciplinaires, contrôle de la correspondance,...), les juridictions administratives ordinaires seront alors compétentes.

La Loi n° 4675 sur le juge d'exécution des peines en droit turc¹⁵⁴³ détermine ses compétences, qui peuvent se résumer comme suit: examen du suivi de l'exécution des peines et mesures; examen des recours interjetés contre les décisions du Service pénitentiaire en matière de sanctions disciplinaires; examens de recours contre les décisions de l'administration pénitentiaire, notamment en cas de refus de congé et de décisions péjorant la situation du détenu¹⁵⁴⁴.

¹⁵³⁹ BACHER/JENDLY (2006), p. 632.

¹⁵⁴⁰ BOLLE (1974), p. 367.

¹⁵⁴¹ BOLLE (1974), pp. 378 ss.

¹⁵⁴² Eventuellement une autorité administrative en Suisse, vu que l'institution du juge d'application des peines n'y a pas été reçue partout; le recours auprès d'une autorité judiciaire reste toutefois réservé.

¹⁵⁴³ Publié dans le R.G. n° 24410 du 23 mai 2001. Le juge joue à la fois le rôle de juge d'application des peines et de juge d'exécution des peines. Le législateur a cependant opté pour le terme de «juge d'exécution des peines».

¹⁵⁴⁴ Art.4 de la loi n° 4675.

La réforme de la partie générale du Code pénal suisse, entrée en vigueur le 1er janvier 2007, a considérablement modifié les compétences du juge en matière de privation de liberté, celui-ci devenant désormais le seul garant de l'application du droit après le jugement. Cela étant, une redistribution des compétences devrait être entreprise dans les différents cantons, ceux-ci étant compétents en matière d'organisation judiciaire. Les cantons peuvent soit confier ces nouvelles tâches aux autorités judiciaires actuelles en sus de leurs compétences ordinaires, et augmenter leur nombre, soit instituer des juges spécialisés, chargés exclusivement de rendre les décisions postérieures aux jugements, et créer une nouvelle entité au sein de l'Ordre judiciaire. Les Cantons de Genève, Tessin, Valais et Vaud ont choisi le modèle du juge d'application des peines¹⁵⁴⁵.

C. L'effectivité de l'accès à la juridiction

Nous avons précédemment démontré qu'en droit suisse et turc, la garantie de l'accès au juge est apparemment respectée dans la mesure où une juridiction peut toujours être saisie¹⁵⁴⁶. Pour que les droits fondamentaux du détenu soient pleinement respectés, il faut encore que le recours soit effectif¹⁵⁴⁷, c'est-à-dire qu'il soit de nature à remédier concrètement à la violation alléguée. Sur ce point, par contre, la situation est loin d'être aussi claire, en Suisse comme en Turquie. Nous avons identifié deux problèmes majeurs, que nous allons examiner: la brièveté des délais de recours et l'absence générale d'effet suspensif.

¹⁵⁴⁵ Voir BACHER/JENDLY (2006).

¹⁵⁴⁶ Même si en droit suisse, il arrive fréquemment que la législation cantonale restreigne l'accès aux tribunaux d'une manière qui est incompatible avec la garantie énoncée à l'art. 29a Cst.

¹⁵⁴⁷ Cf. le texte de l'art. 13 CEDH. Voir aussi Cour EDH, *Slawomir Musial c. Pologne*, n° 28300/06, arrêt du 20 janvier 2009.

1. La brièveté du délai de recours

Presque toutes les lois cantonales prévoient des délais de recours inférieurs à ceux prévus d'ordinaire en matière administrative¹⁵⁴⁸. Genève constitue la seule exception¹⁵⁴⁹.

On peut déjà s'interroger sur le bien fondé même d'une dérogation au régime général. Rien dans les travaux préparatoires que nous avons consultés ne permet d'en comprendre la raison. L'intérêt même de la démarche semble douteux: pourquoi le détenu, arguant d'une violation de son droit au respect de la vie privée, devrait s'opposer à une décision plus rapidement que l'homme libre invoquant le même grief? Il semble surtout que les délais brefs se soient maintenus au cours des révisions législatives au point de devenir une sorte de coutume douteuse.

En droit turc, selon l'art. 5 de la Loi n° 4675 sur le juge d'exécution des peines, le détenu dont les droits sont lésés par un acte de l'autorité pénitentiaire peut recourir devant le juge d'exécution des peines dans un délai de quinze jours à compter de la date où il a pris connaissance de cet acte, en tout cas dans un délai de trente jours à partir de la date dudit acte.

Cumulé à la position précaire des détenus dont la liberté de communiquer avec un mandataire fait toujours l'objet de restrictions, précarité à laquelle vient s'ajouter le difficile accès, en prison, aux sources juridiques, cela a pour conséquence que l'exercice d'un recours, administratif, mais surtout judiciaire, s'avère particulièrement compromis dans ce cas. On peut, non sans raison, s'interroger sur l'effectivité du recours au regard des exigences de l'art. 13 CEDH, lorsque la violation d'un droit fondamental est en jeu. A ce propos, on observera que la Cour EDH considère pour qu'un recours soit effectif, il faut que ses titulaires puissent en faire usage¹⁵⁵⁰. L'adoption d'un délai de recours aussi bref que deux ou trois jours en droit suisse, ne

¹⁵⁴⁸ 20 ou 30 jours dès la notification de la décision.

¹⁵⁴⁹ L'art. 377 al. 2 CPP GE et l'art. 60 du Règlement du 30 septembre 1985 sur le régime intérieur des prisons et le statut des personnes incarcérées ne prévoient pas de délai particulier.

¹⁵⁵⁰ Cour EDH, *Gurepka c. Ukraine*, n° 61406/00, arrêt du 6 septembre 2005.

permettra jamais aux recourants potentiels de se procurer toute l'information juridique dont ils ont besoin pour que leurs démarches soient couronnées de succès. Il s'agit dès lors de recours ineffectifs violant l'art. 13 CEDH. De manière générale, lorsque le respect d'un délai plus bref que celui ayant normalement cours en matière administrative est imposé, cela ne doit être qu'en présence d'une justification particulière, qui, elle-même, ne peut que provenir d'un examen approfondi des raisons qui militent en faveur d'une telle solution. A l'évidence, un tel débat n'a jamais eu lieu à propos des délais de recours en matière pénitentiaire, ce qui ne manque pas de confirmer nos soupçons de violation de l'art. 13 CEDH.

2. L'absence d'effet suspensif

La plupart des réglementations cantonales prévoient que les recours en matière pénitentiaire, qu'ils soient judiciaires ou administratifs, sont dépourvus d'effet suspensif.

Il est vrai que la procédure administrative, applicable alors, permet généralement d'instaurer l'effet suspensif, mais la question de la coordination des textes se pose, notamment sous l'angle du principe *lex specialis derogat generali*. Il n'est donc pas impossible, et en l'absence de jurisprudence publiée nous ne saurions nous montrer catégorique, que la pratique des autorités administratives et des tribunaux considère qu'une restitution de l'effet suspensif par l'autorité de recours n'est pas possible. Malgré tout, la restitution judiciaire de l'effet suspensif sur la base des règles générales de procédure administrative repose en principe sur une certaine marge de manœuvre des autorités de recours. Aucune loi ne fait obligation à celles-ci d'y procéder.

En droit turc, l'introduction d'un recours auprès du juge d'exécution des peines est dépourvu d'effet suspensif. Lorsque l'exécution d'un acte administratif manifestement illégal expose le détenu à un préjudice irréparable, ou difficilement compensable, le juge d'exécution des peines peut octroyer l'effet suspensif au recours¹⁵⁵¹.

¹⁵⁵¹ Art. 5 al. 4 de la Loi n° 4675.

On peut, tout comme en matière de durée du délai de recours, douter de l'existence d'un tel pouvoir d'appréciation au regard de la jurisprudence de Strasbourg. En effet, il a été, en particulier, jugé qu'en matière d'expulsion, l'effet suspensif attaché au recours ne saurait dépendre du bon vouloir de l'administration¹⁵⁵². Pourquoi en irait-il autrement en matière pénitentiaire? Et surtout : pourquoi l'effet suspensif pourrait-il dépendre de la bonne volonté d'une juridiction s'il ne saurait dépendre de la bonne volonté de l'administration? C'est pour cette raison que les voies de recours en matière pénitentiaire devraient être pourvues d'un effet suspensif général, afin d'éviter qu'elles ne soient considérées comme des recours dépourvus de toute effectivité.

II. Les garanties du procès équitable

Le droit au procès équitable dont les détenus sont titulaires ne porte pas uniquement sur les procédures relatives aux conditions de leur détention. Il arrive très fréquemment qu'ils soient parties à d'autres procès, ne fût-ce que lorsqu'ils sont en détention préventive. Pour être équitables, ces procédures doivent tenir compte de la situation des détenus en évitant de leur imposer un impossible respect de certaines règles de procédure. Nous donnerons quelques exemples. Ainsi, la Cour a considéré que la transmission tardive d'un recours interjeté par un détenu, retard ayant entraîné l'irrecevabilité de celui-ci, était constitutive d'une violation de l'art. 6 CEDH¹⁵⁵³, tout comme le fait de ne pas informer le recourant de la tenue d'une audience dans une affaire le concernant¹⁵⁵⁴. Même s'il est encore trop tôt pour être catégorique, il semble que la Cour s'achemine lentement, mais sûrement vers la mise à la charge des Etats d'une obligation positive de prendre en compte les nécessités liées à la détention au moment de l'exercice d'un recours.

¹⁵⁵² Cour EDH, *Conka c. Belgique*, n° 51564/99, arrêt du 5 février 2002.

¹⁵⁵³ Cour EDH, *Barbier c. France*, n° 76093/01, 17 janvier 2006.

¹⁵⁵⁴ Cour EDH, *Nadtochiy c. Ukraine*, n° 7460/03, arrêt du 15 mai 2008 (audience dans une procédure pour infractions douanières alors que le requérant est détenu à titre provisoire, étant suspecté d'avoir commis un meurtre).

III. Conclusion liminaire

L'affirmation du détenu comme sujet de droit a connu un essor considérable au cours des trois dernières décennies. Néanmoins, le bilan tiré de titres précédents en matière d'exercice des droits des détenus est mitigé. Il est clair que la dynamique de la sauvegarde des droits des détenus a été renforcée par la pression croissante, notamment des règles de portée contraignante et non contraignante, qui place l'administration pénitentiaire sous le regard de mécanismes de contrôle, et les gouvernements sous la menace de jugements sanctionnant certaines de leurs pratiques¹⁵⁵⁵. Cette dynamique repose néanmoins fermement sur l'interdiction absolue des mauvais traitements. Au vu de la jurisprudence de la Cour EDH, il semble que l'évolution soit irréversible, vers une obligation pour l'Etat de garantir le bien-être des personnes pénalement privées de liberté, dans la ligne logique d'une politique d'élévation des standards de l'article 3 de la Convention. Mais pour y parvenir, il reste un obstacle majeur : comme nous avons déjà mentionné, l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants implique que les souffrances morales et/ou physiques soient d'une certaine intensité. Il faut donc un résultat. Or, en matière de bien-être, un tel résultat est souvent impossible à établir. Une façon de contourner la difficulté est de se référer à l'art. 8 de la Convention, qui garantit, entre autres, l'épanouissement personnel, sans qu'il soit besoin de prouver l'existence d'un préjudice d'une certaine intensité, comme c'est le cas à l'article 3. La Cour européenne des droits de l'Homme a été confrontée à ce problème dans l'affaire *Raninen c. Finlande*¹⁵⁵⁶. Dans cette affaire, les restrictions envisagées n'étaient pas à ce point disproportionnées qu'on puisse y voir un traitement inhumain et dégradant, au sens de l'art. 3 CEDH. Le contexte dans lequel elles intervenaient les rendait cependant détestables. La Cour EDH s'est fondée sur l'article 8 CEDH pour justifier la condamnation, mais en réalité c'était la dignité humaine qui était atteinte et l'article 8 CEDH n'a servi que de justificatif.

¹⁵⁵⁵ BELLANGER (2007), p. 331.

¹⁵⁵⁶ Cour EDH, *Raninen c. Finlande*, arrêt précité.

A cette base s'ajoutent progressivement la liberté de religion, la possibilité d'exercer le droit de vote, les droits parentaux. Pourtant, l'exercice d'autres droits fondamentaux des détenus dépassant ce cadre s'avère beaucoup plus délicat au sens de la jurisprudence de la Cour EDH et en droit suisse et turc.

La question fondamentale est donc de savoir si les principes admis au niveau européen se reflètent dans les ordres juridiques suisse et turc. Le droit positif *«oscille entre la volonté de faire progresser l'exercice des droits fondamentaux des détenus et le souci de maintenir la discipline et la sécurité dans les établissements pénitentiaires»*¹⁵⁵⁷.

La pénétration en prison de l'idée de la sauvegarde des droits des détenus *«se fonde sur trois axes; l'humanisation des régimes et des conditions de détention, la juridictionnalisation de l'exécution des peines et le rapprochement de la situation du détenu du droit commun»*¹⁵⁵⁸. A cela doit s'ajouter un quatrième axe: la dignité humaine. Les chapitres précédents mettent en exergue que la sauvegarde des droits des détenus requiert l'instauration d'une politique pénitentiaire qui vise à sauvegarder la dignité humaine. Car, les discours actuels ne sont plus des discours de principe sur la titularité des droits fondamentaux, mais bien des discours qui visent *«à préserver la dignité des personnes détenues pour éviter les tensions et incidents préjudiciables aux détenus et au quotidien de l'administration pénitentiaire»*¹⁵⁵⁹, une dignité qui devient donc un but en soi de la norme ou de l'ensemble de normes.

L'enjeu donc consiste à faire passer la politique dans les textes, ce qui signifie concrètement réécrire le droit positif qui souffre de lacunes.

La sauvegarde des droits des détenus et la notion de dignité humaine intègrent, à l'intérieur même d'une institution totalitaire, une forme de pensée sur et contre ses «excès»: *«limiter les effets néfastes de l'emprisonnement»*¹⁵⁶⁰. D'une part, la sauvegarde des droits des détenus semble incapable de se réconcilier avec les

¹⁵⁵⁷ RABILLIER (2002), p.103.

¹⁵⁵⁸ BELLANGER (2007), p. 332.

¹⁵⁵⁹ BELLANGER (2007), p. 333.

¹⁵⁶⁰ CHANTRAINE/KAMINSKI (2007).

impératifs sécuritaires de l'institution - les soucis sécuritaires constituant un obstacle à l'exercice des droits des détenus -; d'autre part, cette idée constitue une source pour repenser cette institution.

Dans le titre suivant, nous allons étudier l'impact réel des droits de l'Homme sur le fonctionnement des institutions carcérales et sur les fonctions assignées à la peine privative de liberté et nous introduirons la notion de bon ordre en prison comme une solution pour résoudre le conflit entre la gestion de la prison conforme aux impératifs de sécurité et la sauvegarde des droits de l'Homme.

Titre Quatrième: **L’impact des droits de l’Homme sur la privation pénale de liberté: une perspective d’avenir**

§ 1. **Les mutations des fonctions de la peine privative de liberté**

I. **Les fonctions traditionnelles de la peine privative de liberté**

Afin de mieux comprendre les fonctions attribuées à la peine privative de liberté, il convient de prendre aussi en considération les fonctions de son exécution. Même si ces deux sortes de fonctions diffèrent l’une de l’autre, elles sont étroitement liées, puisque des fonctions reconnues à la peine découlent en partie les objectifs assignés à son exécution.

Les fonctions attribuées traditionnellement à la peine sont multiples¹⁵⁶¹. Les principales sont la *rétribution*, la *prévention*, l’*élimination*, la *resocialisation* et la *réparation*¹⁵⁶², aucune d’elle ne s’avérant prépondérante¹⁵⁶³. Elles peuvent être ordonnées en

¹⁵⁶¹ LANGUIN/KELLERHALS/ROBERT (2006), p. 6; KAMINSKI/SNACKEN VAN DE KERCHOVE (2007), pp. 492-493.

¹⁵⁶² Ce sont des formules auxquelles on peut en préférer d’autres, telles que l’expiation, la dissuasion, l’intimidation, la neutralisation, la rédemption, l’amendement, la restitution, la restauration et la (ré)conciliation. Voir JENDLY (2005), p. 43; KELLENS (2000); LANGUIN/KELLERHALS/ROBERT (2006), pp. 6-10; COMBESSIE (2004); VALLOTTON (2007).

¹⁵⁶³ Comme le fait remarquer, de manière fort à propos, JENDLY (2005), p. 43: «*Très succinctement, on peut dire de la rétribution qu’elle vise à infliger à l’auteur de l’infraction un mal équivalent à celui qu’il a commis, «conformément à l’idéologie du talion». La prévention est dite générale lorsqu’elle tend à prévenir la commission par d’autres personnes d’infractions semblables à celles déjà commises. Elle est qualifiée de spéciale, lorsqu’elle cherche à prévenir la commission d’une nouvelle infraction par la même personne, le condamné, c’est-à-dire à prévenir la récidive. L’élimination consiste à ce jour en la «neutralisation», c’est-à-dire en la «mise hors d’état de nuire» du condamné. Dans sa conception la plus rigoureuse, elle peut être synonyme de prison à vie, voire de peine capitale. A la réhabilitation, nord-américaine, la doctrine européenne substitue généralement les termes de «(ré)intégration», de*

fonction de leur destinataire, c'est-à-dire de l'auteur de l'infraction, de la société dans son ensemble, et de la victime de l'infraction¹⁵⁶⁴. La peine est régie d'une part par une «*rationalité restitutive*»¹⁵⁶⁵ : elle porte sur l'infraction commise et, d'autre part, elle est également soumise à une «*rationalité prospective*»¹⁵⁶⁶, la peine contenant un projet pour l'avenir.

La conception traditionnelle de la peine reste avant tout une approche finaliste, même dans sa composante restitutive. L'accent est mis avant tout sur les objectifs assignés à la peine, plus que sur les moyens destinés à l'atteindre. Ceux-ci ne sont examinés qu'à l'aune de leur conformité avec les fonctions de la peine.

II. Les objectifs assignés à l'exécution de la peine privative de liberté

A. Les liens avec les fonctions de la peine privative de liberté

Même si les objectifs assignés à l'exécution de la peine privative de liberté ne sont pas l'exact reflet des fonctions de la peine en tant que telle, il n'en demeure pas moins que les fonctions mentionnées ci-dessus se retrouvent également au stade de l'exécution des peines. L'équilibre entre elles peut varier selon qu'on se trouve au stade du prononcé de la peine ou de son exécution.

«(ré)insertion (sociale)» ou de «(re)socialisation». Enfin, la réparation peut être conçue «directement au profit de la victime ou indirectement par le biais de l'action utile à la société». Voir en outre, FRIZE (2004); ASHWORT (2002), pp. 1077-1083.

¹⁵⁶⁴ LANGUIN/KELLERHALS/ROBERT (2006), p. 53. Il ressort de l'étude menée par ces auteurs que «malgré l'importance statistique prédominante d'une forme d'éclectisme quant aux fonctions de la peine, des choix moraux et sociaux alternatifs bien affirmés existent et se fondent notamment sur des critères liés au sexe, à l'âge, au niveau social et à la proximité d'une forme de victimité». Voir aussi VALLOTTON (2007), p. 220.

¹⁵⁶⁵ PONCELA (2001), p. 58.

¹⁵⁶⁶ PONCELA (2001), p. 58.

B. L'approche traditionnelle de l'exécution de la peine privative de liberté

Les conceptions traditionnelles, par leur nature finaliste, ne conduisent à une réflexion sur les conditions de détention qu'à l'aune des finalités de la peine elle-même. Dans le domaine de l'exécution des peines privatives de liberté, l'approche traditionnelle est objective, en ce sens qu'elle se préoccupe avant tout de la peine elle-même et de sa finalité plus que du détenu. Cela ne veut pas pour autant dire que la personne du détenu est totalement négligée. Certaines fonctions de la peine se trouvent très fréquemment au service du détenu, comme, par exemple, la (re)socialisation.

Cependant, dans l'approche traditionnelle de la peine, la personnalité du détenu n'est prise en considération que dans les limites tracées par la fonction de la peine à laquelle elle est, en quelque sorte, subordonnée. Ainsi, un traitement médical, même douloureusement invasif, pourra être imposé s'il s'avère justifié par des troubles de la personnalité qui, sans abolir totalement le discernement du détenu, sont responsables de problèmes graves de comportement susceptibles d'entraver son retour à la vie libre. La conception traditionnelle de l'exécution de la peine va dans le sens du célèbre adage «la fin justifie les moyens».

III. Les conséquences de l'humanisation

Cette approche de l'exécution des peines, qui remonte aux pères fondateurs de la théorie générale du droit pénal, s'est relativisée, au fur et à mesure que le détenu était reconnu comme sujet de droits¹⁵⁶⁷. C'est ainsi que la préservation de ces droits devint aussi importante que la finalité de la sanction elle-même¹⁵⁶⁸. «*Il convient de rajouter à ces objectifs une condition générale d'application*»¹⁵⁶⁹: la dignité humaine.

¹⁵⁶⁷ Voir supra, pp. 21 ss.

¹⁵⁶⁸ VALLOTTON (2007), p. 227.

¹⁵⁶⁹ VALLOTTON (2007), p. 226.

A. L'apport de la jurisprudence européenne

1. La notion de «peine inhumaine ou dégradante»

La jurisprudence de la Cour EDH, sans nier totalement les fonctions classiques de la peine¹⁵⁷⁰, se focalise sur les conséquences de celles-ci sur la personne détenue. Selon la Cour EDH, *«pour qu'une peine ou le traitement dont elle s'accompagne soient «inhumains» ou «dégradants», la souffrance ou l'humiliation doivent en tout cas aller au-delà de celles que comporte inévitablement une forme donnée de traitement ou de peine légitime. La question de savoir si le traitement avait pour but d'humilier ou de rabaisser la victime est un autre élément à prendre en compte»*¹⁵⁷¹.

Cette affirmation implique donc logiquement que toute peine, selon la Cour, comporte une souffrance, notamment une peine privative de liberté, mais qui, lorsqu'elle atteint un «niveau particulier», doit être qualifiée d'inhumaine et se trouve proscrite par l'art. 3 CEDH. Précisant dès lors la nature de ce «critère supplémentaire»¹⁵⁷², la Cour estime que «pour qu'une peine soit dégradante» et enfreigne l'art. 3, l'humiliation ou l'abaissement dont elle s'accompagne doivent se situer à un niveau particulier et différer en tout cas de l'élément habituel d'humiliation¹⁵⁷³. Ce niveau particulier est celui qui porte atteinte à la dignité actée du détenu.

¹⁵⁷⁰ Voir par exemple Cour EDH, *Mastromatteo c. Italie*, arrêt précité, § 72 : *«une des fonctions essentielles d'une peine d'emprisonnement est de protéger la société, par exemple en empêchant un criminel de récidiver et de nuire ainsi davantage»*. Elle admet ainsi les fonctions de prévention générale et spéciale de la peine privative de liberté. En même temps, elle *«reconnait le but légitime d'une politique de réinsertion sociale progressive des personnes condamnées à des peines d'emprisonnement»*.

¹⁵⁷¹ Cour EDH, *Kudla c. Pologne*, arrêt précité.

¹⁵⁷² VAN DE KERCHOVE (2007), p. 341.

¹⁵⁷³ Cour EDH, *Tyrer c. Royaume-Uni*, n° 5856/72, arrêt du 25 avril 1978, série A n° 26, § 30; Cour EDH, *Soering c. Royaume-Uni*, n° 14038/88, arrêt du 7 juillet 1989, § 10, série A n° 161, Cour EDH, *Kudla c. Pologne*, arrêt précité, § 92; Cour EDH, *Indelicato c. Italie*, n° 31143/96, arrêt du 18 janvier 2001, § 32, Cour EDH, *Ülke c. Turquie*, n° 39437/98, § 15, arrêt du 24 octobre 2006.

Mais comment apprécier alors cette souffrance? Faut-il se fonder sur la conception objective de celui qui prononce ou qui exécute un jugement ou sur le fondement beaucoup plus subjectif de celui qui subit la peine?¹⁵⁷⁴ La Cour EDH est muette.

Il ressort de la jurisprudence de la Cour que la sauvegarde des droits fondamentaux du détenu et l'exigence du respect de la dignité humaine ne permettent pas toutes les formes de répression et de prévention. La peine privative de liberté ainsi que les modalités de son exécution ne peuvent dépasser un seuil d'exécution au delà duquel elles ne respecteraient plus le noyau intangible des droits du détenu et deviendraient inhumaines ou dégradantes.

2. La solution de la double pesée d'intérêts

On se trouve désormais en présence d'une double pesée d'intérêts. D'un côté, les différentes finalités de l'exécution de la peine privative de liberté sont confrontées entre elles, et d'un autre côté, le résultat de cet examen est, à son tour, examiné à l'aune de la dignité humaine du détenu. Le cadre imposé par la sauvegarde des droits fondamentaux du détenu ainsi que par le respect de la dignité humaine devient donc un facteur aussi important que les objectifs assignés à la peine privative de liberté et à son exécution.

B. La réception des principes en droit positif

Ce double examen se retrouve en droit positif suisse. Le législateur suisse, «*devant le risque quasiment inévitable de conflits sur les objectifs à atteindre*»¹⁵⁷⁵, a renoncé à promulguer clairement le but proprement dit de l'exécution de la peine privative de liberté. Cependant, l'art. 75 al. 1 du CPS prévoit que l'exécution de la peine «*doit améliorer le comportement social du détenu*». Or, cette disposition ne permet pas de déduire quel est l'objectif qui prime.

¹⁵⁷⁴VAN DE KERCHOVE (2005), p. 41.

¹⁵⁷⁵FF 1999 1916.

Le Conseil fédéral précise simplement que l'amélioration du comportement social du détenu et notamment son aptitude à vivre sans commettre d'infractions est le premier des objectifs à atteindre¹⁵⁷⁶. Il ajoute succinctement que le conflit entre les règles fondamentales citées dans le texte de l'article serait résolu en effectuant «*une pesée des intérêts en jeu, compte tenu de la situation concrète*»¹⁵⁷⁷.

Il ressort de cette formulation que la tâche confiée aux autorités consiste en la resocialisation du condamné. Dans le même alinéa, on met aussi l'accent sur le développement de la capacité de vivre sans enfreindre la loi. Il s'agit du but de la prévention spéciale ou de la prévention de la récidive. Toujours dans le même alinéa, le principe de normalisation du cadre de vie quotidien de l'exécution des peines privatives de liberté est introduit en droit suisse¹⁵⁷⁸. Il s'agit de la réception d'un principe qui a déjà été affirmé par l'Ensemble de règles minima des Nations Unies pour le traitement des détenus¹⁵⁷⁹ et par les Règles pénitentiaires européennes de 2006¹⁵⁸⁰. Les autres objectifs, tels que l'assistance au détenu, la prévention des effets néfastes de la détention et la protection de la collectivité, du personnel et des codétenus, figurent aussi dans le même alinéa de l'art. 75 CPS, ce qui ressort, dans une large mesure, de la conception traditionnelle de l'exécution des peines privatives de liberté.

L'art. 74 du CPS se réfère, dans sa première phrase, à la dignité du détenu et dans sa seconde, à «ses droits». Les liens démontrés précédemment entre la dignité humaine et les droits de

¹⁵⁷⁶ Dans le même sens, voir MICHOD (2004), p. 167 qui estime que la priorité absolue devrait être accordée «*au principe premier soit l'amélioration du «comportement social» du détenu*». Pour un point de vue différent, voir JENDLY (2005), p. 74.

¹⁵⁷⁷ FF 1999 1919.

¹⁵⁷⁸ QUELOZ (2005), p. 175.

¹⁵⁷⁹ Règle. 60.1: «*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*».

¹⁵⁸⁰ Règle 5: «*La vie en prison est alignée aussi étroitement que possible sur les aspects positifs de la vie à l'extérieur de la prison*». Règle 6: «*Chaque détention est gérée de manière à faciliter la réintégration dans la société libre des personnes privées de liberté*».

l'Homme¹⁵⁸¹, en sont d'autant plus évidents. Le droit positif suisse est donc l'exact reflet, aux articles 74 et 75 du Code pénal, de la conception contemporaine en matière d'exécution des peines de prison.

Contrairement au suisse, le législateur turc définit à l'art. 3 LEPM, le but proprement dit de l'exécution des peines¹⁵⁸². Selon lui, le but principal de l'exécution est la prévention générale et spéciale et le renforcement des effets qui permettent d'empêcher la récidive du détenu, la protection de la société contre le crime, l'encouragement de la prise en charge psycho-médico-sociale du détenu, la facilitation de son adaptation à un mode de vie selon lequel il serait productif, aurait le sens de la responsabilité et respecterait les lois, les règlements et les normes de la société, ne sont que des moyens de parvenir à cet objectif.

Le législateur turc semble ne pas distinguer les finalités d'exécution principalement resocialisantes de celles propres au jugement ou à la peine. Alors que le but principal du jugement vise à sanctionner le coupable et à assurer la prévention générale, celui de la peine est principalement la prévention spéciale et la répression. Le législateur aurait dû établir cette hiérarchie, en faisant primer la finalité de l'exécution, soit la resocialisation, tout en admettant, peut-être, que cette hiérarchie puisse être inversée dans des cas particuliers, notamment lorsqu'il s'agit d'un délinquant dangereux. Ainsi, le législateur turc rend d'autant plus difficile, sinon impossible, la création d'un cadre bien structuré pour l'exécution des peines.

C. Les mutations dans la prise en charge psychosociale en milieu carcéral

Les fonctions attribuées à la peine et les objectifs assignés à son exécution, on l'a vu, sont multiples. Toutefois, la plupart des textes relatifs aux peines privatives de liberté mentionnent l'objectif de

¹⁵⁸¹ Voir supra pp. 70 ss.

¹⁵⁸² L' exposé des motifs à l'appui de l'art. 3 LEPM précise l'abandon de la conception de l'expiation de la faute.

(re)socialisation du détenu¹⁵⁸³. Idée phare des années 1960¹⁵⁸⁴, la notion de traitement s'est longtemps référée à l'ensemble des procédés de la (re)socialisation des détenus. Cette référence figure également dans certains textes internationaux¹⁵⁸⁵.

Il convient d'emblée de préciser que cette notion est équivoque. Elle renvoie aussi à la notion de «traitement inhumain ou dégradant» au sens de l'art. 3 CEDH ou de «traitement cruel, inhumain ou dégradant» au sens de l'article 7 du Pacte ONU II, autrement dit, à la manière dont l'administration pénitentiaire et ses agents agissent à l'égard des détenus. Elle peut être aussi synonyme de «salaire, de rétribution»¹⁵⁸⁶. Pour éviter toute confusion, nous emploierons l'expression de *prise en charge psychosociale* pour désigner le processus de (re)socialisation.

Il n'entre pas toutefois dans nos projets d'aborder ici la notion de prise en charge psychosociale des détenus qui a fait, à son tour, l'objet de riches contributions¹⁵⁸⁷. Nous focaliserons notre attention sur les conséquences sur cette dernière du respect de la dignité humaine et de la sauvegarde des droits fondamentaux du détenu.

La tendance actuelle est de considérer que la peine infligée au détenu doit se limiter à la privation de la liberté d'aller et de venir. Tous les droits accordés aux citoyens, notamment ceux tirés de l'autonomie personnelle, restent acquis à l'intérieur de la prison, du moins au niveau de leur jouissance, et de l'essentiel de leur exercice.

¹⁵⁸³ MBANZOULOU (2000), p. 20.

¹⁵⁸⁴ KELLENS (2004), p. 248.

¹⁵⁸⁵ Cf. notamment l'art. 10 § 3 du Pacte ONU II qui mentionne - en tant qu'objectif - le traitement du condamné; voir aussi l'Ensemble de règles minima pour le traitement des détenus adopté par le premier Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants, tenu à Genève en 1955 et approuvé par le Conseil économique et social dans ses résolutions 663 C (XXIV) du 31 juillet 1957 et 2076 (LXII) du 13 mai 1977, la Résolution (76) 2 sur le traitement des détenus en détention de longue durée, adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, le 17 février 1976 et la Recommandation R(82)17 relative à la détention et au traitement des détenus dangereux.

¹⁵⁸⁶ CASILE-HUGUES (1994), p. 120.

¹⁵⁸⁷ Voir notamment, SYR (1990); MBANZOULOU (2000); KELLENS (2003).

Cela étant, toute prise en charge psychosociale imposée contre la volonté du détenu *«serait attentatoire à la liberté individuelle et de surcroît vouée à l'échec: au plan de l'efficacité, une prise en charge imposée par force ou par menace n'a aucune chance de réussite»*¹⁵⁸⁸.

Toute forme de prise en charge psychosociale devrait alors être soumise aux garanties prévues dans la CEDH et dans les autres normes internationales, telles que les Règles européennes sur les sanctions et les mesures appliquées dans la communauté et la version 2006 des Règles pénitentiaires européennes¹⁵⁸⁹.

Dans le même sens, la Règle 102 des règles pénitentiaires européennes de 2006 évite de façon délibérée l'emploi du terme «amendement», pouvant prêter au traitement un caractère moralisateur. Elle met au contraire l'accent sur l'importance de donner aux détenus condamnés, souvent issus de milieux défavorisés, le goût et les moyens de mener une vie responsable et exempte de crime¹⁵⁹⁰. Il ne s'agit pas d'un simple changement terminologique, mais d'une *«option plus militante»*¹⁵⁹¹ de voir les choses; la prison n'est plus uniquement un lieu de (re)socialisation, mais doit également être un lieu humain, notamment pour les détenus.

Il ressort de ce qui précède que l'Etat ne peut pas confier à l'administration pénitentiaire la tâche de réinsérer un individu qui n'en aurait pas la volonté en imposant de son propre chef des mesures de prise en charge¹⁵⁹². Le détenu jouissant de l'intégralité de ses droits, il peut choisir les programmes conçus à son intention. Le meilleur moyen de l'aborder consiste à le prendre en charge en vertu du principe du respect de la dignité humaine et de sa volonté. Les règles administratives contraires à ce principe doivent être abolies¹⁵⁹³.

¹⁵⁸⁸ VERIN (1978), p. 421.

¹⁵⁸⁹ RODRIGUES (1999), p. 157.

¹⁵⁹⁰ La règle 102 offre la même approche que la règle 58 de l'Ensemble des règles minima des Nations Unies pour le traitement des détenus.

¹⁵⁹¹ LARRALDE (2007a), p. 997.

¹⁵⁹² FOGEL (1978), p. 163.

¹⁵⁹³ SELZNICK (1968), p. 8.

Les Règles pénitentiaires européennes de 2006, même si elles se montrent prudentes à ce propos, prévoient à la Règle 103.3 que *«les détenus condamnés doivent être encouragés à participer à l'élaboration de leur propre projet d'exécution de peine»*. La planification de la peine s'inscrit comme un élément essentiel de cette participation à la planification de leur séjour en prison, sans pour autant qu'il faille préciser la place accordée dans ce processus à la volonté du détenu.

Comme le souligne RODRIGUES, *«l'affirmation du principe de la prise en charge volontaire est donc une évidence selon la dimension de droit du détenu conférée à la socialisation, entendue elle aussi comme émanation de la dignité humaine»*¹⁵⁹⁴. L'administration pénitentiaire, tout en étant consciente que la situation du détenu présente certaines particularités, doit maintenir l'autonomie du détenu. Dans la pratique, cela correspond au consensualisme en droit pénitentiaire, notion que nous aurons l'occasion d'aborder plus loin.

¹⁵⁹⁴ RODRIGUES (1999), p. 150.

§ 2. Les droits de l'Homme: un outil au service de la privation pénale de liberté

I. Le concept de normalisation pénitentiaire

Pendant longtemps, la doctrine pénitentiaire concevait la prison comme un lieu particulier strictement distinct de la vie en liberté.

Le mode d'organisation de la vie pénitentiaire constituait le plus souvent l'empreinte négative de la société. Contrairement à l'extérieur des murs, tout ce qui n'était pas explicitement autorisé au détenu était interdit à l'intérieur des murs et les moindres détails de la vie carcérale étaient réglés de manière autoritaire par les dirigeants de l'institution. La vie en prison était donc l'exact contraire de ce qui est admis en liberté, si bien qu'il était impossible d'y préparer la personne emprisonnée à réintégrer la vie libre. Cela avait pour conséquence que la personne emprisonnée dépensait son énergie *«presque exclusivement à la survie dans la situation de détention»*¹⁵⁹⁵, sans que la sortie de prison ne soit véritablement envisagée. Cette approche faisait de la prison l'exemple même d'une institution totalitaire¹⁵⁹⁶ ou d'une société coercitive¹⁵⁹⁷.

Le changement fondamental d'optique en matière pénitentiaire dès les années soixante-dix, changement que nous avons déjà eu l'occasion d'aborder sous d'autres angles, se traduit par une réorientation des finalités de la privation pénale de liberté. Il s'agissait d'enrayer la dépersonnalisation¹⁵⁹⁸ dont avait à souffrir le détenu et de renforcer son aptitude à vivre sans commettre de

¹⁵⁹⁵ PETERS/ROBERT (2002), p. 162.

¹⁵⁹⁶ Le concept d'institution totalitaire a été magistralement élaboré par GOFFMAN comme étant *«un lieu de résidence et de travail où un grand nombre d'individus, placés dans une même situation, coupés du monde extérieur pour une période relativement longue, mènent ensemble une vie recluse dont les modalités sont explicitement et rigoureusement réglées»*, GOFFMAN (1968), p. 41. Voir en outre NIZET/RIGAUX (2005), pp. 55-58.

¹⁵⁹⁷ ETZIONI (1975), pp. 27 ss et 116 ss; JENDLY (2005), p. 45.

¹⁵⁹⁸ MANSUY (2007), pp. 214-215.

nouvelles infractions¹⁵⁹⁹. Cela impliquait l'aménagement de l'institution carcérale, de façon à permettre au détenu d'exercer ses droits et d'assumer ses actes. Or, seule une plus grande similitude entre la vie carcérale et la vie libre était à même de permettre à la prison de répondre aux exigences liées à ce changement. Dans la prison au quotidien, cela signifie que les conditions de vie intra muros devaient désormais s'apparenter autant que possible à celles vécues extra muros.

Cette nouvelle «*philosophie carcérale*»¹⁶⁰⁰, dite «*normalisation*», est importante pour tous les aspects de la vie quotidienne dans les prisons, lors même qu'elle reste contestée¹⁶⁰¹. Elle est la base de toutes les règles et de l'aménagement physique des établissements pénitentiaires contemporains. Pour cette raison, ce principe a été consacré par l'Ensemble de règles minima des Nations Unies pour le traitement des détenus¹⁶⁰² et par les Règles pénitentiaires européennes de 2006¹⁶⁰³. Il a été également reçu dans l'ordre juridique suisse. L'art. 75 al. 1 du CPS y fait explicitement référence¹⁶⁰⁴. La situation est, par contre, loin d'être aussi claire en droit turc, où le principe n'est pas explicitement mentionné dans la loi pénitentiaire. Toutefois, dans son article 7 al. 2, la LEPM prévoit que l'exécution de la peine privative de liberté sera aménagée de manière à réduire les effets négatifs inhérents à l'incarcération, tout en préservant la santé et la personnalité du détenu. Cette même disposition prescrit en outre l'élaboration de programmes, l'emploi de méthodes et de moyens idoines, sans cependant les mentionner expressément. Nous estimons qu'en manifestant sa volonté de minimiser les effets néfastes de l'incarcération, le législateur turc fait sien le principe de normalisation. En effet, la normalisation des conditions de détention apparaît comme étant le seul moyen de satisfaire aux exigences de l'article 7 al. 2 de la LEPM.

¹⁵⁹⁹ LANG (1990), p. 17; RENTZMANN (1992), p. 10; SNACKEN (2002), p. 135; VIREDAZ (2006), p. 344.

¹⁶⁰⁰ RENTZMANN (1992), p. 7.

¹⁶⁰¹ CHANTRAINE (2004), p. 69.

¹⁶⁰² Règle 60.1.

¹⁶⁰³ Règles 5 et 6.

¹⁶⁰⁴ QUELOZ (2005), p. 175.

II. Le changement de paradigmes en matière de droits de l'Homme et ses effets sur la normalisation pénitentiaire

Etant donné que dans une société démocratique, la privation ou la restriction d'un droit fondamental doit être l'exception et non la règle, la normalisation des conditions de détention implique que la restriction des droits fondamentaux du détenu devienne également une exception¹⁶⁰⁵, lors même que la vie en prison ne peut jamais, bien entendu, être identique à la vie en liberté¹⁶⁰⁶. Sur le plan matériel, cela signifie que la détention ne doit pas faire souffrir le détenu au-delà de ce qui est strictement nécessaire pour réaliser le but de l'incarcération, soit sa resocialisation par une prise en charge psychosociale. A ce titre, le principe de normalisation impose à l'Etat une obligation négative et une obligation positive. L'obligation négative comporte l'interdiction de mauvais traitements et de peines inhumains ou dégradants, car ceux-ci ne sont pas non plus admis dans la vie libre. L'obligation positive consiste en l'aménagement de la vie en détention de la manière la plus proche possible de la vie libre, afin de rendre effectifs les efforts de (re)socialisation. En outre, l'Etat est tenu de prendre toutes les mesures nécessaires pour contrebalancer et minimiser autant que possible les conséquences dommageables de la privation de liberté sur la personnalité du détenu.

Ce bref aperçu des modalités de mise en œuvre du principe de normalisation de la prison révèle clairement l'adéquation totale entre celui-ci et la démarche de sauvegarde des droits de l'Homme au sein de l'institution carcérale¹⁶⁰⁷, surtout après l'abandon de la doctrine des restrictions inhérentes. Cela n'est, après tout, guère surprenant. La normalisation des relations en prison est avant tout un processus d'humanisation poursuivant les mêmes buts que la reconnaissance des droits fondamentaux du détenu. Le fait que la normalisation concerne avant tout l'institution pénitentiaire dans son ensemble, alors que les droits de l'Homme se focalisent sur le détenu, n'y change rien. Les impératifs liés à la sauvegarde des

¹⁶⁰⁵ Voir DETIENNE (2006), p. 284, qui va jusqu'à postuler une égalité de statut juridique entre le détenu et l'homme libre.

¹⁶⁰⁶ COMBESSIE (2004), p. 60.

¹⁶⁰⁷ Voir LHUILIER/VEIL (2000), p. 284, pour qui «*l'introduction du droit en prison s'inscrit dans cette tendance à la normalisation*».

droits de l'Homme conduisent à la modification progressive des conditions de détention¹⁶⁰⁸. Rares sont les États membres, à ce point ignorants ou de mauvaise foi, qui ne réagiraient jamais «dans le bon sens» à une avalanche de condamnations par la Cour EDH. Si bien qu'en considérant l'évolution dans le temps de la normalisation et de la sauvegarde des droits de l'Homme, on se trouve inmanquablement en présence de diverses facettes d'un même objet. C'est ainsi que, à notre avis, la reconnaissance et la sauvegarde des droits fondamentaux du détenu constituent le meilleur moyen de parvenir à une normalisation pleine et entière du monde de la prison.

III. Vers une approche dialectique

La relation entre la normalisation des conditions de détention et la sauvegarde des droits de l'Homme en prison n'est pas à sens unique. Si nous venons d'affirmer que la reconnaissance et la sauvegarde des droits fondamentaux du détenu contribue à la normalisation de la prison, la réciproque est également vraie. L'introduction du détenu en tant que sujet dans le milieu pénitentiaire sera possible dans la mesure où le détenu est reconnu dans ses différents rôles sociaux, notamment en lui accordant plus de responsabilités et d'autonomie et en faisant place aux aspects positifs de sa personne¹⁶⁰⁹. Ceci se traduit par la reconnaissance du statut juridique du détenu. Comme l'indique très justement SNACKEN, la normalisation constitue en même temps «*le cadre dans lequel les limites aux droits des détenus doivent être interprétées*»¹⁶¹⁰. C'est ainsi que la normalisation de la détention est également un moyen de sauvegarder les droits de l'Homme en prison. Il ne s'agit pas seulement d'un «cercle vertueux», mais surtout d'une relation dialectique où chaque concept influence l'autre, en même temps qu'il subit son influence. Cela, à notre avis, met en lumière la grande importance que revêt la

¹⁶⁰⁸ Voir KAMINSKI (2002), p. 94; FROMENT (2002), pp. 390-391; RENTZMANN (1992), p. 11; SNACKEN (2002), p. 136.

¹⁶⁰⁹ SNACKEN (2002), p. 135.

¹⁶¹⁰ SNACKEN (2002), p. 139.

problématique de la normalisation pénitentiaire dans le débat
relatif aux droits de l'Homme en prison.

§ 3. Les droits de l'Homme et le consensualisme

I. La normalisation de l'établissement pénitentiaire

A. L'évolution de la relation intra muros

Le mouvement en faveur de la normalisation des conditions de détention fut à la base d'une rupture dans l'approche de l'exécution des peines privatives de liberté. Les hostilités initiales envers le condamné cédèrent la place à la considération de son besoin de prise en charge psychosociale. L'élan réformateur ne s'arrêta cependant pas là et les bases mêmes du régime pénitentiaire furent modifiées. La normalisation des prisons restituait au détenu sa personnalité et sa dignité que les conceptions antérieures en matière d'exécution des peines avaient ignorées¹⁶¹¹.

Dans cette évolution, un changement s'est opéré dans le statut juridique du détenu vis-à-vis de l'Etat. L'assujettissement au pouvoir pénitentiaire s'est transformé en une relation juridique qui engendre des droits et devoirs réciproques¹⁶¹².

Dans ce nouveau modèle de relations, afin de minimiser les effets nocifs de la privation de liberté, l'univers de la détention devait surtout trouver un moyen de réconciliation entre la prise en charge psychosociale et le droit au respect de l'autonomie du détenu en tant que personne.

Ce faisant, cette prise en charge ne pouvait plus entièrement faire abstraction de la volonté du détenu, celle-ci étant sans doute l'attribut le plus fondamental de la personnalité humaine. C'est ainsi qu'on assista, en parallèle à, et dans le prolongement de la normalisation intra muros à l'adoption du consensualisme dans l'exécution des peines de prison. Il existe donc un lien entre l'humanisation de l'exécution des peines et le consensualisme en prison, ce dernier apparaissant à la fois comme la conséquence et le prolongement de la première.

¹⁶¹¹ RODRIGUES (1999), p. 156.

¹⁶¹² RODRIGUES (1999), p. 163.

B. L'apparition du consensualisme

1. La volonté du détenu comme élément fondateur du droit de l'exécution des peines

1.1. L'investissement personnel du détenu

Désormais, à l'axe principal de l'exécution des peines privatives de liberté, formé par la reconnaissance du condamné comme sujet de droit et titulaire de sa dignité, vient s'ajouter un second axe incarné par la volonté du condamné¹⁶¹³. Outre le respect de sa dignité et la poursuite des objectifs de prise en charge psychosociale, son consentement et sa collaboration doivent être désormais recherchés afin d'assurer le plein succès de l'amélioration de son comportement social. Ainsi, la conception autoritaire de l'exécution de la peine privative de liberté s'est estompée, dans le but de minimiser les souffrances inhérentes à la privation de liberté. Cette nouvelle conception accorde une place croissante à la volonté du détenu: protagoniste incontournable, lui seul décide à quel point il veut collaborer à l'exécution de sa peine. La question posée par SALVAGE: «*La meilleure des sanctions ne serait-elle pas une sanction acceptée?*»¹⁶¹⁴ est alors cruciale. Accepter une prise en charge psychosociale, n'est-ce pas déjà être sur la voie de l'amélioration du comportement? Il y a des liens évidents entre la thématique du consensualisme et celle de la prise en charge psychosociale¹⁶¹⁵.

¹⁶¹³ La doctrine de la Défense sociale nouvelle est un autre facteur d'élan dans la prise en compte de la volonté du condamné. Voir notamment ANCEL (1981), p. 80. L'auteur souligne que «*l'emprisonnement restant malgré tout, dans la période contemporaine, une réaction inévitable, on doit se demander si, dans les perspectives de la politique criminelle humaniste moderne, on peut se contenter de l'application en quelque sorte mécanique de la peine de prison, même dans les prisons modernisées, où, si, sans contraindre le condamné à subir, il n'est pas souhaitable de lui offrir des occasions ou des possibilités de traitement volontaires, librement acceptées de sa part, notamment en matière de formation professionnelle, d'éducation ou de culture*».

¹⁶¹⁴ SALVAGE (1991), p. 715.

¹⁶¹⁵ RODRIGUES (1999), p. 151.

1.2. Le pivot d'aménagement de la peine

Toutefois, la place accordée à la volonté du détenu ne doit pas être interprétée de façon à permettre un affaiblissement du caractère contraignant de la peine. Le concept ne change pas de nature; il implique une complémentarité des pratiques, dont l'objectif, en sus de la responsabilisation du détenu, réside dans l'efficacité de la sanction pénale¹⁶¹⁶. En offrant la possibilité au détenu de s'impliquer activement, en lui octroyant un droit de regard sur le déroulement de l'exécution de sa peine, le système pénitentiaire accorde surtout une occasion à la peine privative de liberté de produire ses résultats aussi bien sur le détenu que sur l'univers intra muros.

Le consensualisme confère conséquemment un rôle spécial à la volonté du sujet, puisque de sa seule attitude dépend la confiance octroyée par l'autorité. Dans ces conditions, il est possible d'admettre que la volonté du condamné représente la condition indispensable d'une meilleure exécution de la sanction.

1.3. Le pragmatisme du consensualisme

Bien plus encore que l'humanisme, le consensualisme est baigné de pragmatisme. L'idée de conditions de détention «acceptées», voire «auto-imposées» est un des moyens de s'assurer que les objectifs de la privation de liberté seront atteints¹⁶¹⁷. En postulant l'adhésion du détenu à l'exécution de sa sanction, le droit pénitentiaire substitue l'allégeance à la légendaire obéissance du détenu¹⁶¹⁸. Ce faisant, on s'assure également qu'il ne refusera pas en bloc la prise en charge qu'on lui propose et qu'il ne sortira pas de la prison dans l'exact même état d'esprit qu'il y est entré. Pour ce faire, l'administration pénitentiaire sera appelée à trouver des moyens susceptibles de susciter l'intérêt du détenu à l'accomplissement planifié de sa peine, à mobiliser son

¹⁶¹⁶ MENU (2004), p. 48.

¹⁶¹⁷ DANTI-JUAN (2001), p. 375; VAN DE KERCHOVE (2006), p. 403.

¹⁶¹⁸ KAMINSKI (2006), p. 330; KAMINSKI/SNACKEN/VAN DE KERCHOVE (2007), p. 496.

engagement et à maximaliser ses compétences propres.

Désormais, il ne se limitera plus à se conformer à l'ordre social pénitentiaire, mais il y adhèrera pleinement par la manifestation de sa volonté. C'est ainsi qu'on a pu parler de «*responsabilisation*»¹⁶¹⁹ ou encore de «*participation active aux efforts de resocialisation mis en œuvre et à la préparation de sa libération*»¹⁶²⁰.

2. La réception du consensualisme

2.1. Au plan européen

Le Conseil de l'Europe a fait sienne une telle approche lorsque, dans sa Recommandation consacrée aux règles européennes sur les sanctions et les mesures appliquées dans la communauté, le Comité des ministres a consacré un chapitre à la coopération du délinquant. Il y est notamment précisé qu'il convient de développer chez ce dernier le sens des responsabilités envers la société victime. A cet effet, non seulement les obligations imposées doivent être appropriées, mais il importe tout autant de s'assurer de sa volonté de coopérer en l'associant au processus décisionnel; à l'inverse, la décision purement autocratique risque de créer une résistance difficile à contrer. Le consensualisme est mentionné pour la première fois dans la Recommandation R (92)16 du 9 octobre 1992 du Conseil de l'Europe relative aux règles européennes sur les sanctions et mesures appliquées dans la communauté¹⁶²¹. Les principales manifestations du consensualisme se retrouvent également dans les Règles pénitentiaires de 2006¹⁶²²,

¹⁶¹⁹ RENTZMANN (1992), pp. 13 ss.

¹⁶²⁰ Pour les notions de participation, d'initiative et de responsabilisation, voir notamment COMITE EUROPEEN POUR LES PROBLEMES CRIMINELS (1986). Voir aussi KAMINSKI (2002), p. 89.

¹⁶²¹ Règle 8: «*Les pouvoirs des autorités chargées de la mise à exécution, de décider des méthodes d'exécution, de déléguer le cas échéant leurs prérogatives quant à l'exécution à des tiers, ou encore de passer avec le délinquant, d'autres autorités ou des tiers, des accords en vue de cette exécution, doivent être prévus par des dispositions légales*».

¹⁶²² Par exemple, Règle 103.3: «*Les détenus condamnés doivent être encouragés à participer à l'élaboration de leur propre projet d'exécution de peine*».

même si le principe n'est pas proclamé en tant que tel¹⁶²³. Malgré tout, nous sommes d'avis qu'on peut considérer le consensualisme comme reçu en droit européen de l'exécution des peines privatives de liberté.

2.2. Au plan national

a) Le plan d'exécution de peine du Code pénal suisse

Le Code pénal suisse prescrit à son article 75 al. 3 des règles sur l'établissement d'un plan d'exécution de peine (PEP)¹⁶²⁴. L'élaboration d'un tel plan est une des compétences de l'autorité de placement. Elle reste donc un acte administratif qui échappe à la connaissance du juge d'application des peines. Cette même disposition prévoit que le plan d'exécution est établi «avec le détenu». Cela exclut clairement, à notre avis, les plans d'exécution préformulés dans le règlement de l'établissement; mais peut-on y voir la réception du consensualisme en droit suisse? On remarquera que le droit positif suisse ne parle pas explicitement de consentement du détenu, mais plutôt de participation active, cette dernière se retrouvant d'ailleurs dans un autre alinéa de l'art. 75 CPS¹⁶²⁵. D'ailleurs, toujours à l'art. 75 CPS, il est indiqué que «*les préoccupations et les besoins spécifiques des détenus, selon leur sexe, doivent être pris en considération*»¹⁶²⁶. Si la réglementation suisse procédait du pur consensualisme, cette disposition serait inutile, vu que la nécessité d'obtenir le consentement du détenu permettrait *ipso facto* la prise en compte des besoins propres aux détenus selon leur sexe. C'est ainsi qu'il nous semble plus à propos de parler en droit suisse de consensualisme imparfait. Le détenu se voit reconnaître le droit de participer à l'élaboration du plan d'exécution de la peine et donc de s'exprimer au cours de son élaboration, sans recevoir toutefois l'assurance que tous ses souhaits seront pris en considération. Le consentement apparaît

¹⁶²³ BOLLE (2006), p. 184.

¹⁶²⁴ Il s'agit de la réception juridique d'une pratique existant dans les établissements pénitentiaires en Suisse. Cf. notamment SCHEKTER/DE VEVEY (1999), p. 6.

¹⁶²⁵ Art. 75 al. 4 CPS.

¹⁶²⁶ Art. 75 al. 5 CPS.

comme encouragé, mais non comme une condition nécessaire à la prise en charge du détenu, afin de ménager un grand pouvoir de décision à l'administration.

Le code prévoit également le contenu du plan d'exécution. Aux termes de l'art. 75 al. 3, il doit contenir des dispositions «*sur l'assistance offerte, sur la possibilité de travailler et d'acquérir une formation ou un perfectionnement, sur la réparation du dommage, sur les relations avec le monde extérieur et sur la préparation de la libération*». Comme le souligne très justement JENDLY¹⁶²⁷, le Code pénal suisse ne contient aucune règle relative à la modification du plan au cours de l'exécution de la peine privative de liberté.

Le régime prévu par le Code pénal suisse après la grande révision entrée en vigueur en 2007 est en fait la confirmation de certaines pratiques antérieures qui avaient été, notamment, codifiées par la Conférence latine des Chefs des Départements cantonaux de justice et police¹⁶²⁸.

b) La désuétude de la Loi pénitentiaire turque

Le droit turc, aussi surprenant que cela puisse paraître, ne semble connaître aucune réception du consensualisme, malgré une loi pénitentiaire récente. La LEPM prévoit à son article 7 que le détenu est encouragé à se montrer volontaire pour la réussite des programmes de prise en charge psychosociale; toutefois ni la loi, ni le Décret en Conseil d'Etat y relatif ne précise les modalités ou le sens à donner à cet encouragement. En outre, le processus de la prise en charge psychosociale respectera la santé du détenu et sa personnalité.

Dans l'article 73 LEPM concernant l'élaboration des programmes de prise en charge psychosociale, le texte ne fait allusion ni au plan d'exécution de la peine, ni à la participation du détenu, ni aux modalités de l'encouragement susmentionné. L'art. 73 LEPM

¹⁶²⁷ JENDLY (2005), p. 7.

¹⁶²⁸ Voir Règlement R-2/1 du 27 octobre 2003 concernant le régime progressif de l'exécution des peines et de l'internement des délinquants d'habitude.

prescrit que les programmes de (re)socialisation seront élaborés par un service psychosocial et éducatif en prenant en considération le passé du détenu, les causes de sa criminalité, son casier judiciaire, sa capacité physique et psychique, la nature de sa personnalité, l'état éventuel de sa dangerosité et ses attentes après la libération. Ces programmes doivent être adaptés aux besoins individuels du détenu.

De surcroît, l'art. 26 alinéa 2 LEPM impose au détenu l'obligation de se conformer en tous points au programme de prise en charge psychosociale. Tout acte intentionnel du détenu qui porte atteinte à sa propre vie ou à son intégrité corporelle sera considéré comme une violation de l'obligation de se conformer à la prise en charge psychosociale.

Les dispositions de la loi turque paraissent donc contradictoires : d'une part, la loi mentionne l'encouragement du détenu et le respect de sa personnalité, mais d'autre part, n'accorde aucune place à sa volonté. En outre, l'art. 298 al. 1 du Code pénal turc prévoit que celui qui entrave la participation au processus socio-éducatif mis en place dans le cadre des programmes de prise en charge psychosociale sera puni d'un à trois ans d'emprisonnement. Le détenu qui se soustrait à un programme, certes individualisé, mais néanmoins obligatoire, sera donc non seulement sanctionné disciplinairement, mais risquera d'être puni aux termes de cette disposition.

Cela étant, il est impossible de parler de consensualisme en droit pénitentiaire turc, qui consacre une approche dangereusement archaïque de l'exécution des peines.

II. Discordance entre le consentement du détenu et l'exécution de la détention

A. La volonté incarcérée

1. Le renvoi à la conception civiliste du contrat

Dès lors qu'un individu est incarcéré, son enfermement atteint directement son corps et son esprit. La «liberté» dans son comportement et la manifestation de sa volonté sont soumises non seulement à de nombreuses obligations, mais aussi à des contraintes et des pressions inhérentes à la notion même de peine. Le simple fait de ne pas avoir délibérément choisi de se retrouver en prison va être perçu comme une atteinte psychologique grave.

Le contractualisme pénitentiaire postule l'établissement d'un contrat entre le détenu et l'administration pénitentiaire, contrat ayant pour objet l'exécution de la peine privative de liberté¹⁶²⁹. La conception contractualiste de la relation en prison se fonde sur une idée du contrat très proche de celle utilisée en droit civil¹⁶³⁰. C'est ainsi qu'on trouve sous la plume de certains auteurs des renvois à la théorie des vices du consentement développée en droit civil. Or, on peut sérieusement se demander à quel point la manifestation de la volonté d'un individu incarcéré est comparable à celle d'un homme libre. Autrement dit, l'utilisation des concepts civilistes est-elle justifiée au vu de la situation du détenu? Pour mieux répondre à cette question, nous allons tout d'abord dresser un bref tableau des circonstances qui, au cours de l'incarcération, peuvent être un obstacle à l'autonomie privée et donc à l'utilisation des concepts civilistes en droit de l'exécution des sanctions.

¹⁶²⁹ Dans le même sens, la notion de «consensualisme imparfait ou réduit» formulée par PRADEL (1999), p. 146, renvoie à l'idée d'un contrat non synallagmatique entre le détenu et l'administration.

¹⁶³⁰ DANTI-JUAN (2001), p. 377, rejette cette perspective : «*Ce qui choque en revanche, c'est l'idée qu'il puisse y avoir place pour la conclusion d'un contrat au sein même de la sanction pénale ou de son exécution*».

2. Les limites à l'autonomie privée

2.1. L'absence de marge de manœuvre morale

Tout d'abord, l'exécution d'une peine privative de liberté est d'ordre public. Même si le détenu jouit de l'intégralité de ses droits fondamentaux, il ne faut jamais oublier qu'il n'est pas un individu en liberté. L'exigence de conciliation entre les impératifs d'ordre et de sécurité et la prise en charge psychosociale implique que le détenu ne peut souvent que refuser ou accepter les propositions qui sont faites par l'autorité pénitentiaire, sans en négocier les détails¹⁶³¹. Cette situation n'est pas totalement inconnue du droit civil, qui admet la conclusion de contrats dits «d'adhésion» où précisément une des parties est privée du droit de négocier en détail les termes du contrat. La relation en prison est cependant encore plus unilatérale qu'un contrat d'adhésion au sens du droit civil. Tout d'abord, et contrairement au consommateur ou à l'assuré qui peut, de plus en plus souvent, faire jouer le libre jeu de la concurrence pour tenter de conclure le contrat le plus avantageux, le détenu ne peut choisir ni l'établissement pénitentiaire où il est affecté, ni même ses surveillants¹⁶³². De plus, et c'est sans doute là la différence principale, le consommateur et l'assuré ne sont pas considérés comme des individus «problématiques» qui ont transgressé les règles de l'ordre social. Les relations entre une assurance et son client ne sont que très rarement empreintes d'un tel poids moral, ou alors c'est au professionnel d'être suspecté. Le simple fait que le détenu soit sous le coup d'une condamnation pénale, qui reste l'expression moderne du blâme social, a pour conséquence de lui ôter toute possibilité de négociations dépassionnées.

¹⁶³¹ LHUILIER (1998), p. 142.

¹⁶³² CASORLA (1999), p. 181.

2.2. La valorisation de la soumission

Même si les tenants de la conception contractualiste de la relation en prison semblent tous admettre, plus ou moins explicitement, que le détenu bénéficie d'un droit de refuser purement et simplement toute prise en charge psychosociale, rares sont ceux qui se sont penchés sur les conséquences pour le détenu de son refus¹⁶³³. Feu le Professeur WASEK semble suggérer que la seule et unique conséquence est le retour au régime ordinaire¹⁶³⁴. C'est faire bon marché de ce régime. Tout au long de sa détention, le détenu sera observé et évalué, et sa prise en charge psychosociale, ajustée en fonction des résultats obtenus. Si cette adaptation est avant tout destinée à améliorer la prise en charge psychosociale, elle signifie également que la volonté du détenu, sa manifestation et, surtout, sa réception par le personnel pénitentiaire auront des conséquences directes sur le régime d'exécution de la peine, et donc sur son quotidien¹⁶³⁵. Or, le plus souvent, l'ordre protecteur prévaut, allant jusqu'à bafouer complètement la volonté du détenu: afin d'obtenir des réponses et des comportements prédéterminés, le système ne lésine pas sur l'imposition de pressions. Dans le contexte forcément inégalitaire de la prison, fondé sur l'autorité, la contrainte et les privations, un tel système peut facilement dévier sur un abus de pouvoir et prendre l'allure d'un chantage favorisant une attitude utilitariste du détenu. On ne se retrouve quasi jamais en présence de tels vases communicants dans la vie libre. Si le refus de passer un contrat peut avoir parfois des conséquences très graves, celles-ci ne vont jamais aussi loin que les intrusions qu'autorise la vie en prison. C'est ainsi que le détenu, bien plus que la partie faible au contrat, sera systématiquement tenté par une attitude de soumission, valorisée de manière indirecte par le personnel pénitentiaire. Le détenu peut *«éventuellement être demandeur mais jamais décideur»*¹⁶³⁶. L'autorité pénitentiaire va donc suggérer au détenu non seulement un modèle de comportement, mais également un schéma de consentement qui font de la relation carcérale contractualisée davantage un contrat que l'administration passe avec elle-même que le fruit d'une

¹⁶³³ WASEK (1999), p. 187.

¹⁶³⁴ WASEK (1999), p. 186.

¹⁶³⁵ HOOD (1995), p. 14.

¹⁶³⁶ LHUILIER (1998), p. 127.

négociation entre deux individus entièrement distincts et indépendants. Ainsi, le détenu qui comprend et accepte sa sanction participe de manière volontaire à la prise en charge psychosociale et adhère pleinement à son élargissement sous conditions, autant de comportements significatifs de sa volonté de répondre aux attentes de la société¹⁶³⁷.

Cela est d'ailleurs corroboré par le fait que les détenus adoptent rarement une attitude purement passive lorsqu'ils sont en désaccord avec les institutions pénitentiaires, alors qu'un consommateur confronté à un contrat défavorable préférera souvent ignorer le problème qu'il considérera, d'ailleurs, comme inéluctable. L'opposition directe, voire la révolte, sont, par contre, fréquemment perçues par les détenus comme le seul moyen de briser cet effet redoutable du microcosme pénitentiaire où non seulement les actes, mais encore les idées sont suggérées par l'administration pénitentiaire. Cette attitude négative se traduit par le non-respect de la discipline pénitentiaire; le détenu se montre violent et rejette le modèle proposé par l'administration¹⁶³⁸. La réaction peut ne pas être seulement individuelle, comme dans le cas du suicide ou de l'automutilation; elle peut aussi se fonder au sein de violences collectives, telles les mutineries, symbole de la contestation de la prison par plusieurs détenus¹⁶³⁹. On se retrouve, sur ce plan également, très loin des relations de droit privé.

2.3. L'inapplicabilité des vices du consentement

Dès lors qu'on introduit le concept de consentement en matière pénitentiaire, la solution la plus simple pour sanctionner les menaces exercées consisterait à reconnaître l'existence des vices du consentement du droit civil. Mais encore faudrait-il admettre que la notion de contrat soit recevable en la matière, et ce sera l'objet du présent paragraphe. Si l'erreur et la violence ne doivent pas être d'emblée écartées - même s'il semble en fin de compte très difficile de les retenir -, le dol en tant que manœuvre frauduleuse assez largement comprise pourrait être envisagé plus

¹⁶³⁷ PIN (2002), pp. 617 ss.

¹⁶³⁸ HERZOG-EVANS (1998b), pp. 136-137.

¹⁶³⁹ VACHERET/LEMIRE (2007), pp. 50 ss.

sérieusement. Or, s'il est exact que les autorités font tout leur possible pour amener l'intéressé à consentir, surtout en matière de soins, la démarche ne semble pas appropriée¹⁶⁴⁰.

Le consentement du détenu n'est jamais autonome, en raison de l'absence d'échange et compte tenu de l'inégalité des parties¹⁶⁴¹. Certes, en lui-même, un tel déséquilibre est insuffisant à vicier le consentement donné; mais il en va différemment lorsque ce dernier est forcé¹⁶⁴². S'il peut être admis qu'un être humain agit perpétuellement sous des influences multiples, tant internes qu'externes, et que celles-ci participent nécessairement à la construction du sujet, l'influence ici considérée s'avère absolument déterminante, nous l'avons vu. La notion juridique du consentement, loin d'être uniforme, varie selon l'effet de droit recherché. Ainsi, dans son domaine traditionnel et de prédilection en droit civil, le consentement peut à la fois constituer une permission, entraîner un abandon de droits et traduire l'adhésion à un statut ou l'exercice d'une option. Le consentement bénéficie d'une multitude de qualifications juridiques, correspondant à autant de régimes différents.

3. La volonté du détenu: ni totalement libre, ni totalement captive

3.1. L'absence de pertinence des conceptions civilistes

L'ensemble des éléments précédemment mentionnés permet de constater qu'il ne peut s'agir d'un consentement contractuel de même nature que celui existant en droit civil. S'il est indiscutable que des volontés se manifestent, l'on ne peut toutefois déduire la conclusion d'un véritable contrat¹⁶⁴³. La liberté de choix semble profondément atteinte, sans doute parce qu'en prison la liberté l'est, elle-même. La privation de liberté se révèle être un tout indissociable et les hiérarchies sont un obstacle réel, et sans doute

¹⁶⁴⁰ Voir ALT MAES (2001), pp. 501-515.

¹⁶⁴¹ CASORLA (1999), p.176; GARAPON/SALAS (2001), p. 164.

¹⁶⁴² PIN (2002), p. 379.

¹⁶⁴³ DANTI-JUAN (2001), p. 377.

irréductible à une parole libérée. Cela ne facilite pas la responsabilisation, étant entendu qu'une telle démarche est déjà restreinte par la «*logique pérenne*»¹⁶⁴⁴ de la prison¹⁶⁴⁵. Le choix ne semble malheureusement pas pouvoir en être vraiment un, alors qu'il faudrait être honnête: si l'on reconnaît au condamné un droit de consentir, il devrait pouvoir l'exercer totalement, sans endurer une dépendance trop forte.

De fait, si la prise en compte du consentement découle indéniablement de la tendance consensualiste contemporaine, il ne peut s'agir d'une sorte de contractualisation¹⁶⁴⁶. L'inégalité entre les parties due à leurs statuts respectifs, position de force de l'autorité, position subordonnée du condamné, empêche l'intégration de la notion de contrat au sens classique du terme, en droit de l'exécution des peines. PIN estime d'ailleurs «*qu'il n'est pas très satisfaisant de désigner par un même terme à la fois les volontés qui s'accordent et l'accord qui les lie*»¹⁶⁴⁷.

Il n'en demeure pas moins que le consensualisme, lui, subsiste. Il nous faut dès lors élaborer un nouveau modèle conceptuel.

3.2. Le consentement dirigé

L'essor du consensualisme en droit pénitentiaire, nous l'avons dit, n'empêche pas que le comportement du détenu soit dirigé par l'autorité pénitentiaire; et il en va de même de son consentement. Mais ce consentement doit être protégé et sa valeur affirmée. Il doit être assorti de vraies garanties, sauvegardant la dignité du détenu. Il implique que des prescriptions existent et que des garanties soient instaurées par le législateur. Le détenu doit donc être en mesure d'analyser l'information et d'envisager le plus

¹⁶⁴⁴ Sur cette notion, voir l'ouvrage de MARY (1998); et l'article de BATHOLEYNS/BEGHIN/BELLIS/MARY (2002).

¹⁶⁴⁵ Sur cette notion de responsabilisation du détenu par le biais du consensualisme, cf. notamment RODRIGUES (1999), VALLOTTON (1999), BOLLE (1999), pp. 199-201.

¹⁶⁴⁶ CASORLA (1999), p. 384.

¹⁶⁴⁷ PIN (2002), p. 17.

concrètement possible l'action projetée, lors même que la décision finale ne se fera pas nécessairement en fonction de ces éléments-là.

La principale difficulté est directement liée au fait que la parole du sujet est *a priori* suspectée de tactique. Or, justement, ce qu'il convient avant tout d'éviter, c'est de sombrer dans la technique du marchandage. Pour autant, il faut raison garder; le discours ne peut être aussi utopique. Dans ces conditions, l'essentiel consiste à instaurer et à préserver un équilibre. Le système doit s'adapter au rythme du condamné, en multipliant les rapports et en lui accordant le temps de la réflexion. L'idée est de relativiser, plus que de supprimer, les influences du monde de la prison sur le consentement du détenu. Il s'agit donc d'un consensualisme dirigé.

B. La nécessité d'une nouvelle démarche

Lors même qu'il ne serait pas aussi dépourvu de contraintes que celui donné dans la vie libre, le consentement du détenu n'en doit pas moins être protégé au nom des droits de l'Homme¹⁶⁴⁸. Nous avons démontré qu'il est impossible d'obtenir du détenu un consentement aussi libre que celui d'une personne non détenue. Il est donc vain de chercher à vouloir préserver le consentement du détenu de toute influence liée au monde de la prison, même si cela ne doit pas être interprété comme un blanc-seing en faveur de toute contrainte. Des auteurs français suggèrent d'octroyer aux personnes condamnées des temps de réflexion, afin d'éviter que le consentement à certaines mesures (placement sous surveillance électronique, travail d'intérêt général...) ne soit donné à la légère¹⁶⁴⁹. Cette idée est parfaitement transposable dans le domaine de l'exécution des peines privatives de liberté, et elle est même susceptible d'y être étendue. A notre avis, il y a non seulement lieu de laisser au détenu un délai raisonnable pour réfléchir au consentement qu'il va donner, mais il doit également bénéficier des conseils juridiques dont il a besoin.

Cette possibilité de consulter un professionnel extérieur à l'administration pénitentiaire devrait permettre d'éviter que le

¹⁶⁴⁸ SALVAGE (1997), p. 462.

¹⁶⁴⁹ CARDET (2003) p. 1784; MENU (2004), p. 318.

consentement ne soit extorqué au moyen de menaces inconsistantes, dont le caractère inepte ne résistera pas à l'examen d'un tiers informé. Par contre, il est bien clair que les pressions découlant de la relation carcérale elle-même ne pourront pas être évitées. Il sera cependant possible de s'assurer que le détenu consente en connaissance de cause, fût-ce sous la pression de circonstances impérieuses liées à son statut. Il s'agit à notre avis du meilleur moyen de ménager, autant que faire se peut, un équilibre, toujours précaire, entre la sauvegarde des droits fondamentaux du détenu, le respect de sa dignité et les réalités carcérales.

Dans cet ordre d'idées, la règle 23.1 des Règles pénitentiaires européennes de 2006 prévoit le droit des détenus de solliciter des conseils juridiques. Les autorités pénitentiaires doivent raisonnablement les aider à avoir accès à de tels conseils. Ces conseils peuvent porter sur des affaires civiles ou pénales, aussi bien que sur les aspects de l'organisation du séjour du détenu dans la prison, autrement dit sur l'obtention de son consentement lors de sa prise en charge psychosociale.

§ 4. Le bon ordre en prison

I. Les limites de l'approche strictement sécuritaire

A. La valorisation morale des arguments sécuritaires

La détention est essentiellement marquée par les impératifs de sécurité¹⁶⁵⁰. La protection de la société libre apparaît comme tout autant, si ce n'est plus, importante que celle du monde de la prison ou que la manière dont la privation de liberté est vécue par les détenus. Cette approche sécuritaire se traduit par de nombreuses contraintes à l'encontre des détenus, dont certaines, telles les fouilles corporelles, sont très invasives sur le plan de la vie privée. Le débat autour de cette question est d'autant plus délicat que la valorisation morale des arguments sécuritaires est élevée. Cela se remarque tout particulièrement lorsqu'en faveur d'une politique criminelle populiste, le débat autour de la protection de la société libre fait rage.

B. La subordination de la politique pénitentiaire aux objectifs utilitaires

Le discours autour des droits de l'Homme détenu peine à s'imposer face aux discours sécuritaires. De fait, la mission sécuritaire constitue l'un des freins les plus puissants à la libéralisation du régime et à la normalisation de la vie pénitentiaire. Même s'il a pu être constaté un certain effritement de l'univers totalitaire¹⁶⁵¹, le changement reste sempiternellement commandé par le choix sécuritaire. Les deux concepts se révèlent absolument inséparables¹⁶⁵² et les conséquences en sont lourdes, consistant à la fois en une forme d'immobilisation de la structure et en un renoncement aux mutations profondes. Le dilemme en prison est constant: dès lors que le système se montre plus conciliant et

¹⁶⁵⁰ ROSTAING (1997), p. 292.

¹⁶⁵¹ VACHERET/LEMIRE (2007), pp. 70 ss.

¹⁶⁵² KELLENS (2006) parle d'«un couple trop soudé» pour décrire les relations ambivalentes entre la prison et la sécurité.

tolère quelques améliorations au quotidien, la question de leur impact sur la sécurité extérieure, malgré le très faible pourcentage d'évasions réussies, ressurgit inmanquablement, alimenté le plus souvent par des arguments inconsistants, destinés avant tout à conférer quelque vigueur à des positions politiques pour le moins floues. Il est difficile de chasser de tels fantasmes et même de les contourner. Les droits de l'Homme semblent, lorsque l'ordre en prison est abordé sous son seul angle sécuritaire, être condamnés à succomber sous les coups des tenants d'une société parfaite à laquelle eux-mêmes semblent, d'ailleurs, ne pas vraiment croire. Cela est d'autant plus vrai que les droits de l'Homme peuvent donner plusieurs arguments aux partisans d'une ligne sécuritaire dure. Plutôt que de nous enfermer dans de stériles discussions ayant pour objet, inaccessible, d'établir qui, des droits de l'Homme détenu ou de la sécurité, doit l'emporter, il nous semble plus à propos de renoncer au concept de sécurité en tant que tel et de lui substituer une approche managériale appréhendant la prison comme un tout et en ne la réduisant plus à sa seule fonction de protection de la société libre.

Les impératifs sécuritaires ne sont alors pas négligés: il leur est répondu d'une autre façon, à l'aide de la notion de «bon ordre» en prison, une notion qui intègre la sécurité, comme nous allons le voir.

II. Le «bon ordre» managérial

A. La prison comme institution à gérer

Toutes les approches de la prison développées jusqu'alors se réfèrent plus ou moins implicitement aux fonctions de l'exécution de la peine privative de liberté pour en déduire la manière dont l'emprisonnement doit être subi. C'est comme si l'examen de la fin permettait d'en déduire les moyens. Cette approche, éminemment abstraite, ne laisse aucune place à la simple gestion des relations humaines. Si la finalité même de l'emprisonnement joue, évidemment, un rôle considérable dans la définition de ses modalités, elle n'est pas le seul facteur décisif. D'autres données,

plus terre-à-terre, sont tout autant déterminantes. C'est ainsi que la notion de sécurité doit, à notre avis, être repensée pour intégrer toutes les composantes de l'emprisonnement, et pas seulement celles qui concernent directement la protection de la société libre. La sécurité cède donc la place à la notion de «bon ordre» en prison, un concept connu des spécialistes du management des services publics. Si cette nouvelle approche a eu l'occasion de faire ses preuves dans la gestion d'autres services publics, il n'y a, fondamentalement, aucune raison que cela ne soit pas le cas en matière de prison.

B. La dignité restaurée des droits de l'Homme

Dès lors que les mesures de contrainte n'apparaissent plus comme un des moyens d'assurer la sécurité en prison, les droits de l'Homme peuvent retrouver la place dont ils étaient évincés par l'approche purement sécuritaire. L'approche gestionnelle de la relation en prison permet d'inclure les droits de l'Homme dans le processus sécuritaire. Il est évident qu'un détenu dont les droits les plus élémentaires sont bafoués sera d'autant plus enclin à la révolte et à la violence, toutes deux mettant gravement en danger la sécurité des prisons.

Dorénavant, les droits de l'Homme ne sont plus uniquement dirigés contre les mesures de contrainte, mais peuvent être utilement intégrés dans le processus de gestion de l'établissement carcéral en tant que moyens de pacification. De plus, l'approche globale ainsi adoptée permet également une meilleure vue d'ensemble de la situation sur le plan des droits de l'Homme et d'éviter de voir apparaître des «îlots de mauvais traitements» simplement parce que le problème ne s'insère pas dans les limites étroites de la dialectique sécuritaire.

Il est impératif de maintenir l'équilibre entre les considérations de sécurité, de sûreté, de discipline, et l'obligation découlant de l'article 10 du Pacte ONU II qui impose de *«traiter toute personne privée de sa liberté avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine»*.

Cette notion est développée dans la version 2006 des Règles pénitentiaires européennes, notamment aux règles 49 et 50¹⁶⁵³.

¹⁶⁵³ Règle 49: «Le bon ordre dans la prison doit être maintenu en prenant en compte les impératifs de sécurité, de sûreté et de discipline, tout en assurant aux détenus des conditions de vie qui respectent la dignité humaine et en leur offrant un programme complet d'activités, conformément à la Règle 25». Règle 50: «Sous réserve des impératifs de bon ordre, de sûreté et de sécurité, les détenus doivent être autorisés à discuter de questions relatives à leurs conditions générales de détention et doivent être encouragés à communiquer avec les autorités pénitentiaires à ce sujet».

CONCLUSION

L'étude comparée de la sauvegarde des droits fondamentaux des détenus en Suisse et en Turquie montre - au delà des disparités de ces deux ordres juridiques - que l'exercice des droits du détenu reste conditionné par les particularités du monde de la prison. Les contraintes inhérentes à la privation de liberté, les impératifs d'ordre et de sécurité justifient des restrictions plus amples qu'en liberté. De surcroît, ces restrictions peuvent avoir une base légale, donc répondre formellement aux exigences du système de restriction des droits fondamentaux.

La privation de liberté, dans une large mesure, complique, restreint, voire supprime la possibilité des détenus de faire valoir leurs droits fondamentaux. Certes, les principes que dégagent les instruments pertinents en la matière et la jurisprudence de la Cour EDH indiquent dans quelle mesure la situation de détention justifie que des restrictions y soient apportées et quelles restrictions sont alors acceptables. Néanmoins, la plupart des textes pertinents n'ont pas la même portée. Quant à la Cour EDH, elle *«n'a pas comme finalité d'uniformiser les droits des Etats, mais de proposer des directives et des normes certes communes, mais qui supposent néanmoins une relative liberté des Etats»*¹⁶⁵⁴. Une certaine prudence s'impose donc. Une large marge de manœuvre est laissée aux Etats pour la mise en œuvre de leurs obligations au titre des droits fondamentaux de la personne en détention¹⁶⁵⁵. Néanmoins, certaines limitations apportées aux droits fondamentaux des détenus sont de telle ampleur qu'elles interfèrent avec les principes d'une société démocratique. En filigrane de l'étude de la sauvegarde des droits du détenu, la société est mise à l'épreuve dans, et par la prison.

Il est admis en outre qu'une peine privative de liberté et son exécution doivent nécessairement comporter une partie de souffrance. Mais cette souffrance ne peut excéder celle qui résulte de la privation de liberté elle-même¹⁶⁵⁶, et de ses objectifs, ainsi que des impératifs de la vie en commun. Telles sont donc les

¹⁶⁵⁴ TULKENS/DONNAY (2006), p. 4.

¹⁶⁵⁵ VAN KEMPEN (2008), p. 23.

¹⁶⁵⁶ LARRALDE (1993), p. 215.

bornes de la souffrance imposée au détenu; et tout ce qui les excéderait violerait la dignité humaine dont il est détenteur et qu'il incarne au nom de l'Humanité.

La sauvegarde des droits fondamentaux des détenus ne peut et ne doit donc pas se limiter à l'approche classique du système de restriction des droits fondamentaux. Il faut élargir, hausser le débat à une notion supérieure, qualifiée par la Cour EDH d'essence même de la Convention: celle de dignité humaine, qui apparaît ici fort prometteuse. La dignité humaine appartient à l'Humanité toute entière, qui en est le titulaire, la personne humaine n'en étant que le vecteur, le possesseur, en quelque sorte. L'Humanité de l'homme se matérialise à travers sa dignité. Cette idée, tirée de Kant, suppose que lorsque la dignité humaine d'un Homme n'est pas respectée, cette violation a aussi et d'abord pour victime l'Humanité¹⁶⁵⁷. Cette notion renvoie donc à l'idée que *«quelque chose est dû à l'être humain du seul fait qu'il est humain»*¹⁶⁵⁸. Il en résulte que tout être humain, quel qu'il soit - privé de liberté ou non- mérite le même respect¹⁶⁵⁹.

La notion de dignité humaine contient en elle-même une valeur objective, dans la mesure où elle contraint son titulaire et l'autorité publique à la respecter, voire à mettre en œuvre tous les moyens de la protéger. Elle est *«un pivot conceptuel qui assure un lien capital entre, d'une part, les dimensions négative et positive des droits de l'homme, et, d'autre part, les stratégies de prévention et de promotion nécessaires à leur pleine réalisation»*¹⁶⁶⁰.

Cette notion a une double portée pour les personnes privées de liberté: d'une part, elle proscrie les mauvais traitements infligés par les autorités, et d'autre part, elle implique un droit du détenu vis-à-vis de l'Etat. Revendiquée, elle sert de fondement pour exiger de l'Etat sa garantie ou une prestation positive, notamment en matière de protection de la santé et du bien-être intra muros. La notion a

¹⁶⁵⁷ DWORKIN (2006), p. 297.

¹⁶⁵⁸ RICOEUR (1988), pp. 235-236.

¹⁶⁵⁹ Comme le note DE KONNICK(2002), p. 14, *«La dignité absolue de tout être humain est la même dans chaque phase de sa vie, depuis la conception jusqu'à l'extrême faiblesse de la vieillesse, car il s'agit toujours du même individu humain, de la même personne»*.

¹⁶⁶⁰ MC GONAGLE (2007), p. 2.

ainsi des implications évidentes dans la sauvegarde des droits fondamentaux. Le droit à la vie privée du détenu offre l'exemple très clair d'un droit essentiel à la garantie de la dignité humaine¹⁶⁶¹.

Cette notion permet de voir dans le détenu, non pas l'objet de mesures de contrainte, mais le sujet et le destinataire de la politique pénitentiaire. La dignité humaine permet de transcender l'approche fondée uniquement sur les droits subjectifs, à laquelle conduit l'approche classique des restrictions aux droits fondamentaux. Elle conduit à s'interroger sur les attentes des détenus vis-à-vis de l'administration pénitentiaire, sur le but de la peine et sur la nature des relations en prison. Deux auteurs français, GARAPON et SALAS, ont d'ailleurs déjà invité les concepteurs du droit pénitentiaire à dépasser la vision selon laquelle le sujet est une somme de revendications unilatérales¹⁶⁶².

Or, personne n'ignore que les systèmes pénitentiaires sont au monde fort différents et que leurs niveaux de développement sont incomparables. Cela implique que l'harmonisation des législations nationales afin d'assurer la sauvegarde des droits fondamentaux des détenus est périlleuse. Si l'on veut offrir partout une protection égale aux droits fondamentaux des détenus, la notion de dignité humaine peut être d'un grand secours. Il s'agit d'une notion commune à toute l'Humanité, autour de laquelle il existe un accord universel unique minimal¹⁶⁶³. La dignité humaine figure en outre parmi les valeurs décrites par PAREKH comme des «valeurs publiques opératoires»¹⁶⁶⁴. La dignité humaine fait partie de ces valeurs «qu'une société affectionne car elles font partie de son identité collective et selon lesquelles elle régleme les relations

¹⁶⁶¹ MC GONAGLE (2007), p. 3.

¹⁶⁶² GARAPON/SALAS (1995), p. 145.

¹⁶⁶³ BONJOUR (2006), p. 86.

¹⁶⁶⁴ Selon PAREKH (2006), p. 269, des valeurs publiques opératoires «sont des valeurs, parce que la société les affectionne, s'efforce de vivre selon elles et juge le comportement de ses membres à leur aune. Elles sont publiques parce qu'elles s'expriment dans ses institutions constitutionnelles, juridiques et civiques, et parce qu'elles réglementent le comportement public de ses citoyens. Et ces valeurs sont opératoires car il ne s'agit pas d'idéaux abstraits mais de valeurs généralement observées, qui constituent une réalité sociale et morale vécue. Les valeurs publiques opératoires d'une société constituent l'essentiel de la structure morale de sa vie publique».

entre ses membres», qui, en outre, «constituent la structure morale de sa vie publique et lui confèrent sa cohérence et sa stabilité»¹⁶⁶⁵.

Cette notion suprême, autonome et universelle présente ainsi l'immense avantage d'éviter d'avoir recours à la marge d'appréciation laissée aux Etats en matière de droits des détenus.

Il en découle que la dignité humaine peut offrir aux détenus une protection aussi, voire plus efficace que leurs droits fondamentaux. La dignité humaine et son approche globale des relations humaines au sein de la prison sont donc susceptibles, ici, de permettre d'élaborer un catalogue des restrictions admissibles aux droits fondamentaux des personnes détenues. La dignité humaine jouera d'autant mieux son rôle de garde-fou. Cela nous semble d'autant plus important que les droits fondamentaux du détenu suscitent un volume de contentieux toujours plus grand, qui doit être pris en considération au moment d'élaborer des lignes directrices en matière d'exécution des peines privatives de liberté. Il s'agira d'un ensemble de règles et d'obligations auxquelles les acteurs pénitentiaires devront se plier, et qui aura pour but de mettre en confiance les détenus en limitant au strict minimum les atteintes à leur vie privée, mais aussi à d'autres droits.

Cela étant, et au vu de la condition particulière des personnes détenues, il ne nous paraît pas erroné de parler plutôt de la reconnaissance à leur profit de ce que nous appelons un faisceau irréductible de droits fondamentaux imprégnés de la dignité humaine.

Comme le souligne LEMIRE, *«une prison est vivable si les relations interpersonnelles sont bonnes. Or, le formalisme juridique a peu d'emprise sur ces réalités»¹⁶⁶⁶*. Dans l'exécution de la peine privative de liberté, la dignité humaine permet également d'élaborer un modèle idéal de relation carcérale équilibrée, sans se limiter à la résolution de conflits existants ou potentiels. Elle est ainsi au service de l'institution pénitentiaire. Un bon moyen de concrétiser cette dignité revient à adopter le consensualisme, ce concept des relations, en prison, entre personnes pénalement privées de liberté et le personnel. Partie intégrante de la notion de

¹⁶⁶⁵ PAREKH (2006), p. 363; MC GONAGLE (2007), p. 3.

¹⁶⁶⁶ LEMIRE (1993), p. 65.

bon ordre en prison, le consensualisme est une condition du respect de la dignité humaine intra muros. Il se manifeste notamment sous les formes suivantes : ne soumettre à une prise en charge resocialisatrice que les condamnés en prison qui le veulent et/ou le peuvent, ce qui permet de concentrer les efforts sur ceux qui présentent une chance de réussite, et non pas, comme c'est encore trop souvent le cas aujourd'hui, sur ceux qui sont quasi irrécupérables ou qui choisissent de l'être; prévoir la concertation, puis la participation du détenu à l'élaboration d'un plan individuel d'exécution de sa sanction est donc prometteur.

Les droits, fussent-ils fondamentaux, ne se garantissent pas que dans l'abstrait. Les meilleures normes pénitentiaires restent impuissantes si elles ne sont pas appliquées par des agents de l'Etat conscients et responsables de leur portée, à l'égard de détenus tout aussi conscients de leur existence, et convaincus que, malgré leurs condamnation et incarcération, ils restent pleinement des êtres humains.

BIBLIOGRAPHIE

- ABIKHZER Franck, *La notion juridique d'humanité*, Tome I, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2005.
- AEBERSOLD Peter, *Représentations de l'être humain dans le droit pénal et l'exécution des peines*, in: Les représentations de l'être humain dans le procès pénal et dans l'exécution des sanctions. Quels systèmes de valeurs tendent à orienter les décisions?, Lucerne, Caritas, 1998, pp. 37-54.
- AKAL Cemal Bali, *İspanya' da Açlık Grevinin Doğurduğu Sorunlar*, in: Argumentum, 1992, pp. 291- 295.
- AKILLIOĞLU Tekin, *Avrupa Toplumsal Andlaşması ve Türkiye*, in: Anayasa Yargısı Dergisi, 1998, pp. 14-37.
- AKINCI Şahin, *İrade Muhtariyeti İlkesi ve Şahsiyet Hakları Açısından Ötenazi, Açlık Grevi ve Ölüm Orucu*, in: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Süleyman Aslan'a Armağan, 1999.
- AKTAN Hamdi Yaver, *Yargıtay Uygulamasında Düşünce ve Toplanma Özgürlüğü*, 2006. [www. taa.gov.tr/ sempozyumlar/ avrupaictihatlari/hamdiaktan.doc](http://www.taa.gov.tr/sempozyumlar/avrupaictihatlari/hamdiaktan.doc).
- ALACAKAPTAN Uğur, *Fikir ve Düşünce Özgürlüğü ve Tehlike Suçları, Çağdaş Batı Hukukunda Bu Konudaki Düşünce ve Uygulamalar-Türk Uygulaması ve Değerlendirmesi*, in: Hukuk Kurultayı 2000, cilt 2, Ankara, 2000, pp. 7-20.
- ALEJOS Marlene, *Babies and Small Children Residing in Prisons*, Quaker United Nations Office, 2005, <http://www.quno.org/geneva/pdf/humanrights/women-in-prison/200503Babies-Small-Children-in-Prisons-English.pdf>. (cité: ALEJOS 2005a).
- *Les bébés et jeunes enfants vivant en prison*, in: Projet de lignes directrices pour l'établissement de législation, règles, politiques et programmes concernant les bébés et les jeunes enfants vivant en prison, Quaker United Nations Office (cité: ALEJOS 2005b).
- ALİEFENDİOĞLU Yılmaz, *2001 Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Getirdiği, Yeni Boyut*, in: Anayasa Yargısı Dergisi, 2002, pp. 141-176.
- ALT-MAES Françoise, *La contractualisation du droit pénal: mythe ou réalité?*, in: RSC, 2002, pp. 501-515.

AMERICAN CIVIL LIBERTIES UNION, *An analysis of Felony Disfranchisement in U.S and Other Democracies*, http://www.aclu.org/images/asset_upload_file825_25663.pdf.

ANAYURT Ömer, *Türk Anayasa Hukukunda Toplanma Hürriyeti*, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1968.

ANCEL Marc, *La défense sociale nouvelle*, 3^e éd., Paris, Cujas, 1981.

- *Préface*, in: *Les méthodes modernes de traitement pénitentiaire*, Berne, Stämpfli et Cie, 1955, p. XVI.

ANDONO Roberto, *La notion de dignité humaine est-elle superflue en bioéthique?*, in: *Revue générale de droit médical*, 2005, pp. 95-102.

ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, *La dignité et le droit international et européen, Quelques considérations sur le traitement de la dignité de la personne humaine par le droit positif*, in: *Justice, éthique et dignité. Actes du colloque international de Limoges les 19 et 20 nov. 2004*, Entretiens d'Aguesseau; textes réunis par Simone Gaboriau et Hélène Pauliat, Limoges, 2006, pp. 131-142.

ANSELMIER Henri, *Les prisons vaudoises : 1798-1871*, Lausanne, Bibliothèque historique vaudoise, 1983.

- *Les prisons vaudoises: 1872-1942*, Lausanne, Réalités sociales, 1993.

ARBOUSSET Hervé, *La responsabilité de l'Etat dans le domaine pénitentiaire en débat: comment interpréter l'arrêt Chabba à la lumière des jurisprudences postérieures?*, in: *RPDP*, 2007, pp. 563-582.

ARIELI Yehoshua, *On the Necessary and Sufficient Conditions for the Emergence of the doctrine of the Dignity of Man and His Rights* in: *The concept of Human Dignity in Human Rights Discourse*, David Kretzmer and Eckart Klein (Eds); The Minerva Center for Human Rights, The Hague, Kluwer Law International, 2002, pp. 1-17.

ARMAĞAN Servet, *Anayasa Hukuku Açısından Af Yetkisinin Değerlendirmesi*, in: *Anayasa Yargısı Dergisi*, 2001, pp. 347-362.

ARTIERES Philippe/LASCOUMES Pierre (sous la dir. de), *Gouverner, enfermer. La prison, un modèle indépassable?*, Paris, Presses de Sciences Po, 2004.

ARTIERES Philippe/QUERO Laurent/ZANCARINI-FOURNEL Michelle, *Le Groupe d'information sur les prisons: archives d'une lutte 1971-1972*, Paris, éd. IMEC, 2003.

- ARTUK Mehmet Emin/ALŞAHİN Mehmet Emin, *Hükümlünün Hakları*, in: Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı, Atatürk Kültür Dil ve Tarih Yüksek Kurumu, Atatürk Araştırma Merkezi Başkanlığı, Türk Ceza Hukuku Derneği, cilt I, Ankara, 2008, pp. 445-464.
- ATLAN HENRI, *Connaissance et gloire de la dignité humaine*, in: Diogène, 2006, Paris, PUF, pp. 11-17.
- ASHWORT Andrew, *Sentencing*, in: The Oxford Handbook of Criminology, Oxford University Press, 3^e éd., 2002, pp. 1077-1083.
- ASLAN Zühtü, *Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasa'nın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler*, in: Anayasa Yargısı Dergisi, 2002, pp. 216-231.
- AUBERT Jean-François/MAHON Pascal, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zurich, Schulthess, 2003.
- AUER Andreas/MALINVERNI Giorgio/HOTTELLIER Michel, *Droit constitutionnel suisse*, vol. I «L'Etat» et vol. II «Les droits fondamentaux», 2^e édition, Berne, Stämpfli, 2006.
- AUVERGNON Philippe/GUILLEMAIN Caroline, *Le travail pénitentiaire en question: une approche juridique et comparative*, Paris, La Documentation française, 2006.
- BACHER Jean-Luc/JENDLY Manon, *Le juge d'application des peines: la lente émergence d'une institution*, in: Du monde pénal: droit pénal, criminologie et politique criminelle, police et exécution des sanctions, procédure pénale: Mélanges en l'honneur de Pierre-Henri Bolle, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2006, pp. 631-642.
- BAECHTOLD Andrea, *Exécution des peines*, Berne, Stämpfli, Coll. Criminalité, Justice et Sanctions, vol. 6, 2008.
- *Switzerland*, in: Prison labour: salvation or slavery? : International perspectives/(Eds) Dirk van Zyl Smit and Frieder Dunkel Aldershot, Ashgate: Dartmouth, 1999, pp. 259-267.
- *Le rôle de la Confédération en matière d'exécution des peines*, in: Martial Gottraux/Marianne Bornicchia (textes réunis et présentés par), Prisons, droit pénal: le tournant?, Lausanne éd. d'en bas; Genève, éd. I.E.S, 1987, pp. 111-122.
- BARRELET Denis, *Les libertés de la communication*, in: Droit constitutionnel suisse, Zürich, Schulthess, 2001, pp. 721-738.
- BAŞBAYRAKTAR TAŞKIN Mine, *Türk Anayasal Düzeninde*

- Sendika Kurma Hakkı*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2005.
- BATHOLEYNS Frédérique/BEGHIN Juliette/BELLIS Philippe/MARY Philippe, *Le droit pénitentiaire en Belgique: limite aux contraintes carcérales*, in: O. De Schutter/D. Kaminski (sous la dir. de), *L'institution du droit pénitentiaire. Enjeux de la reconnaissance de droits aux détenus*, Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence; Bruxelles, Bruylant, Coll. La pensée juridique, 2002, pp. 153-186.
- BAULON Marie-Anne, *La prise en compte des liens entre l'enfant et son parent détenu dans les mesures d'assistance éducative*, in: *Les liens familiaux à l'épreuve du pénal* (sous la dir. de) Alain Bouregba, Ramonville Saint-Agne, Erès, 2002, pp. 51-56.
- BAYRAKTAR Köksal, *İletişim Özgürlüğü ve Yasal Düzenlemelerden Bir Kesit*, in: *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2/2003, pp. 3-14.
- BECCARIA Cesare, *Des délits et des peines*, Rééd., Paris, GF-Flammarion, 1991.
- BECHLIVANOU Georgia, *La surpopulation carcérale au regard de la Convention européenne des droits de l'homme*, in: *La surpopulation pénitentiaire en Europe/Prison overcrowding in Europe*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 65-74.
- BECHLIVANOU-MOREAU Georgia, *Pour une gestion intelligente et humaine du temps de la sanction: réformer la libération conditionnelle*, 2007, www.collectif2001.org/article.php?id_article=46.
- BELLANGER Hélène, *Vivre en prison. Histoires de 1945 à nos jours*, Paris, Hachette Littératures, 2007.
- BENANI Catherine/BENOIT Anne/BOVAY Benoît/FAVRE Anne-Christine/FLÜCKIGER Alexandre/GONIN Olivier/GRODECKI Stéphane/MAHON Pascal/POLTIER Etienne/PULVER Bernhard/SIDI-ALI Karin/SULLIGER Denis/TANQUEREL Thierry/ZEITER Lionel, *La jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de droit public publiée en 2003*, (sous la dir. de) Pierre Moor, in: *RDAF*, 1/2004, pp. 638-642.
- BENCHICKH M., *La dignité de la personne humaine en droit international*, in: *La dignité de la personne humaine*, (sous la dir. de) Marie-Luce Pavia et Thierry Revêt, Paris, Economica, 1999, pp. 37-52.
- BENIGUIGUI Georges, *Contrainte, négociation et don en prison*, in: *Sociologie du travail*, 1997, pp. 1-17.
- BENOIT-ROHMER Florence/GREWE Constance (éd.), *Les droits*

sociaux ou la démolition de quelques poncifs, Presse Universitaire de Strasbourg, Strasbourg, 2003.

BENTHAM Jeremy, *Le panoptique, précédé de l'oeil du pouvoir, entretien avec Michel Foucault*, Paris, Pierre Belfond, 1977.

BERARD Daniel, *Cour européenne des droits de l'Homme, l'extension du domaine des droits, interview avec Françoise Tulkens*, in: *Dedans Dehors* n° 54, L'Europe en éclair, Observatoire international des prisons, 2006, pp. 19-25.

BERNHEIM Jean-Claude, *Les suicides en prison*, Montréal, Méridien, 1987.

BERNHEIM Jean Claude/MILLETTE Renée, *Le droit de vote des détenu-e-s*, in: *Criminologie*, 1991, pp. 33-48.

BERTRAND Dominique/UMMEL Marinette/HARDING Timothy, *Normes générales établies par le Comité européen pour la prévention de la torture (CPT) suite aux visites de lieux de détention*, in: *Médecine, santé et prison*, Chêne-Bourg, Médecine & Hygiène, 2006, pp. 45-65.

BERTRAND ERNEST, *Leçons pénitentiaires*, Louvain, Imprimerie administrative, 1934.

BESSIN Marc/LECHIEN Marie-Hélène, *Hommes détenus et femmes soignantes: l'intimité des soins en prison*, in: *Ethnologie française*, 2002, pp. 69-80.

BESSON Samantha A., *Liberté d'association et égalité de traitement: une dialectique difficile: une comparaison des modèles théoriques américain et suisse*, in: *Revue de droit suisse*, 2001, pp. 43-75.

BOLLE Pierre-Henri, *L'effet Montesquieu* in: Erdoğan Teziç'e Armağan, Istanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 2007, pp. 25-30.

- *Les nouvelles règles pénitentiaires: premières réflexions et notes de lecture*, in: *Une criminologie de la tradition à l'innovation: en hommage à Georges Kellens*, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 181-195.

- *Vers une politique pénale limitant le rôle de la prison?*, in: *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, pp. 151-163.

- *Rapport général, Conclusions et Recommandations*, in: *Nouvelles orientations du régime pénitentiaire, Actes des Journées internationales de la FIPP*, Lisbonne/Portugal, 21-25 mai 1999, pp. 191-201.

- *Les activités de la FIPP*, in: *RPS*, 1992, pp. 451-462.

- *De quelques principes constitutionnels et généraux*

applicables en droit suisse de l'exécution de la privation de liberté. Requiem pour des Règles minima défuntes, in: RSC, 1987, pp. 111-127.

- *L'application de la libération conditionnelle (art. 38 CP)*, in: Stabilité et dynamisme du droit dans la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1975, pp. 255-266.

- *La mise en oeuvre de la loi de 1971 et de solutions telles que le juge de l'application des peines*, in: RPS, 1974, pp. 359-383.

- *Histoire des pénitenciers neuchâtelois*, in: Musée Neuchâtelois, 1/1973, pp. 3-20.

BONJOUR Pierre, *La dignité humaine, philosophie, droit, politique, économie, médecine*, in: Reliance, 2006, pp. 85-92.

BORELLA François, *Le concept de dignité de la personne humaine*, in: Ethique, droit et dignité de la personne, Mélanges C. Bolze, Paris, Economica, 1999, pp. 29-38.

BOSSET Pierre, *Le régime alimentaire des détenus de foi hébraïque: obligation des autorités carcérales*, Document adopté à la 358^{ème} séance de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse de Québec, tenue le 31 mai 1991, par sa résolution COM-358-8.1.2. http://www.cdpedj.qc.ca/fr/publications/docs/aliments_hebraique.pdf.

BOUCAUD Pascale, *Le droit des enfants et les conventions internationales et européennes*, in: Les liens familiaux à l'épreuve du pénal, (sous la dir. de) Alain Bouregba, Ramonville Saint-Agne, Erès, 2002, pp. 25-36.

BOULOC Bernard, *Pénologie: exécution des sanctions, adultes et mineurs*, 2^e éd., Paris, Dalloz, Coll. Précis Dalloz, Droit privé, 1998.

BOULOUKOS Adam C./DAMMANN Burkhard, *The United Nations and the promotion of prison standards*, in: D. van Zyl Smit/F. Dünkel (Eds), *Imprisonment Today and Tomorrow: International Perspectives on Prisoners' Rights and Prison Conditions*, 2^e éd., La Haye, Kluwer Law International, 2001, pp. 756-774.

BOUREGBA Alain, *La nécessaire continuité des liens familiaux*, in: Les liens familiaux à l'épreuve du pénal, (sous la dir. de) Alain Bouregba, Ramonville Saint-Agne, Erès, 2002, pp. 7-12. (cité BOUREGBA 2002a).

- *La parentalité à l'épreuve de l'incarcération*, in: Les liens familiaux à l'épreuve du pénal, (sous la dir. de) Alain Bouregba, Ramonville Saint-Agne, Erès, 2002, pp. 71-83. (cité BOUREGBA 2002b).

BOURGOIN Nicolas, *Les automutilations et les grèves de la faim en prison*, in: *Déviance et Société*, vol. 25, 2/2001, pp. 131-145.

- *Le suicide en prison*, in: Prisons en société. Les conditions de détention ; quel sens donner à la peine?, Paris, Institut des hautes études de la sécurité intérieure, Les cahiers de la sécurité intérieure, 31/1998, pp. 229-238.

- *Le suicide en prison*, Paris, L'Harmattan, 1994.

BRILLAT Régis, *La Charte sociale européenne*, in: Les droits sociaux ou la démolition de quelques poncifs, (sous la dir. de) Constance Grewe et Florence Benoît-Rohmer, Strasbourg, Presse Universitaire de Strasbourg, 2003, pp. 83-94.

BRION Fabienne, *Réflexions sur les fonctions et la nature de la libération conditionnelle*, in: RDPC, 2001, pp. 409-483.

BUCHER ANDREAS, *Personnes physiques et protection de la personnalité*, 4^e éd., Bâle, Genève, Helbing & Lichtenhahn, 1999.

BUFFARD SIMONE, *Le froid pénitentiaire. L'impossible réforme des prisons*, Paris, Seuil, Coll. Esprit, 1973.

BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL, *Eradiquer le travail forcé - Etude d'ensemble relative à la convention (no 29) sur le travail forcé, 1930, et à la convention (no 105) sur l'abolition du travail forcé, 1957 - (2007), Rapport III (Partie 1 B)*, http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/ed_norm/relconf/documents/meetingdocument/wcms_089200.pdf. (cité: Eradiquer le travail forcé).

CABELGUEN Manuel, *Dynamique des processus de socialisation carcérale* (mai 2006), Champ pénal, *Champ Pénal/ Penal Field* mis en ligne le 2 mai 2006 <http://champpenal.revues.org/document513.html>.

CACHEUX Alain, *Le droit au travail et à la formation*, in: Prisons d'Europe, (sous la dir. de) Gilles Lucazeau, 6^{èmes} journées européennes du droit de Nancy, Presses Universitaires de Nancy, 2008, pp. 175-180.

CAHIERS DU FONDS HOUTMAN, *Enfants - parents détenus*, Projet de synthèse avril 2006. A partir de la recherche réalisée par le Département de criminologie et de droit pénal (Université Catholique de Louvain) et l'Association pour la Fondation Travail-Université, http://fondshoutman.be/cahiers/03_102006/docs/Recher

cheSyntheseCahiers14avril06.pdf.

CALLEJO, J./VIEDMA, A. (coord.), *EURO DESIP: Diagnosis of State of Higher Education in Penal Institutions in Europe. Guide for Higher Education. Conclusions and Recommendations*, 2007, [http://www.eurodesip.org/en/wp-content/uploads/2008/01/](http://www.eurodesip.org/en/wp-content/uploads/2008/01/EURODESIP_GUIDE_HIGHER_EDUCATION_CONCLUSIONS_AND_RECOMMENDATIONS.pdf)

EURODESIP GUIDE HIGHER EDUCATION CONCLUSIONS AND RECOMMENDATIONS.pdf

CANNAT Pierre, *La réforme pénitentiaire*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1949.

CANSEL Erol, *Sosyal Devlet ve Aile*, in: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1969, pp. 11-21.

CARDET Christophe, *Les violences en prison saisi par le droit disciplinaires*, in: RPDP, 2004, pp. 533-546.

- *La mise en œuvre du placement sous surveillance électronique*, in: Recueil Dalloz, 2003, pp. 1782-1788.

CARDON Carole, *Relations conjugales en situation carcérale*, in: Ethnologie française, 2002, pp. 81-88.

CARLIER Christian/PETIT Jacques-Guy, *John Howard. L'état des prisons, des hôpitaux et des maisons de force en Europe au XVIIIe siècle, traduction nouvelle et édition critique*, Paris, Éditions de l'Atelier, 1994.

CASADAMONT Guy/PONCELA Pierrette, *Il n'y a pas de peine juste*, Paris, Odile Jacob, 2004.

CASAUX-LABRUNEE Lise, *Le droit à la santé*, in: (sous la dir. de) Rémy Cabrillac, Marie-Anne Frison-Roche, Thierry Revêt, *Libertés et droits fondamentaux 2006: notions et sources, l'être, le citoyen, le justiciable, l'acteur économique et social*, Dalloz, 2005, 12^e éd., pp. 765-798.

CASILE-HUGUES Geneviève, *La grève de la faim en milieu carcéral (à-travers le cas de la Maison d'arrêt des Baumettes de 1975 à 1983)*, Aix-Marseille, Institut de sciences pénales et de criminologie, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1994.

CASORLA Francis, *Du consensualisme en prison en droit pénitentiaire français*, in: *Nouvelles orientations du régime pénitentiaire*, Actes des Journées internationales de la FIPP, Lisbonne/Portugal, 21-25 mai 1999, pp. 175-181.

- *Minorités et diversité culturelle en prison. Rapport général*, in: *Minorités et diversité culturelle en prison*, Actes du Colloque de la FIPP, Popowo, Pologne, 13-17 juin 2007, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2007, pp. 238-251.

CASTAN Nicole, *Le régime des prisons au XVIIIème siècle*, in: J.-

G. Petit (sous la dir. de), *La prison, le bagne et l'histoire*, Genève, Librairie des Méridiens/Médecine & Hygiène, Coll. Déviance et Société, 1984, pp. 31-42.

CASTAN Nicole/ZYSBERG André, *Histoire des galères, bagnes et prisons en France de l'ancien Régime*, Editions Privat, Toulouse 2002.

CENTEL Nur, *Ceza Hukukunda Tutuklama ve Yakalama*, İstanbul Beta Yayınevi, 1992.

- *Şartlı Salıverme*, in: *Hukuk Araştırmaları*, 1992-1993, pp. 43-47.

- *Yeni Türk Ceza Kanunun'da Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri Sistemi*, in: *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2005.

CERE Jean-Paul, *Le contentieux disciplinaire dans les prisons françaises et le droit européen*, Paris, L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 1999.

- *Réflexions sur l'isolement disciplinaire en milieu carcéral au regard des droits de l'Homme*, in: *RPDP*, 1994, pp. 109-123.

- *Les droits des détenus sous la cinquième République: de réels progrès?*, in: *RFDA*, 2001, pp. 417-426.

- *La consécration de la juridictionnalisation du droit de l'application des peines par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004*, in: *RPDP*, 2004, pp. 433-445.

- *Observations sous CEDH, 13 sept. 2005, Ostrovar c/ Moldavie (la soumission d'un détenu au tabagisme passif viole l'article 3 de la Conv. EDH)*, in: *Actualité juridique pénal*, 2005, p. 421.

- *Les nouvelles règles pénitentiaires européennes. Un pas décisif vers une approche globale des droits des détenus*, in: *RPDP*, 2006, pp. 415-423. (cité: CERE 2006a).

- *Les diverses formes d'isolement en prison: le faux semblant du contrôle du juge*, in: *RICPTS*, 2006, pp. 475-480. (cité: CERE 2006b).

- *Note sous CEDH 11 avr. 2006, Léger c/ France (compatibilité d'une détention de 41ans avec les articles 3 et 5 de la Conv. EDH)*, *Recueil Dalloz*, 2006, pp. 1800-1802. (cité: CERE 2006c).

- *Observations sous CEDH, 20 déc. 2005 (l'enregistrement des conversations d'un détenu au parloir porte atteinte à sa vie privée)*, in: *Actualité juridique pénal*, 2006, pp. 128-129.

(cité: CERE 2006d).

- *La prison*, Edition Dalloz, Connaissance du droit, 2007.
(cité CERE 2007a).

-*Observations sous CEDH 10 mai 2007, Benediktov c/ Russie (surpopulation carcérale et violation des articles 3 et 13 de la Conv. EDH)*, in: RPDP, 2007, pp. 423-425. (cité CERE 2007b).

- *Le droit à une vie familiale pour les détenus*, in: Le droit à une vie familiale (sous la dir. de) J.J. Lemouland et M. Luby, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2007, pp. 17-25. (cité CERE 2007c).

CERE Jean-Paul/HERZOG-EVANS Martine/PECHILLON Eric, *Actualité du droit de l'exécution des peines*, in: Recueil Dalloz, 2004, p. 1095.

CERE JEAN-PAUL/HERZOG-EVANS MARTINE/PECHILLON ERIC, *Exécution des peines: panorama 2006*, in: Recueil Dalloz, 2007, pp. 1229-1235.

CERE JEAN-PAUL/HERZOG-EVANS MARTINE/PECHILLON ERIC, *Exécution des peines, janvier 2007*, in: Recueil Dalloz, 2008, p. 1015.

CHANET Laurence, *Prisons: du droit à la sensualité et à la tendresse...à la mixité*, in: Les cahiers de Vaucresson, n° 45/46, La prison autrement?, Paris, Association Actes, 1984, pp. 50-55.

CHANTRAINE Gilles, *Les temps des prisons. Inertie, réformes et reproduction d'un dispositif institutionnel*, in: P. Artières/P. Lascoumes (sous la dir. de), Gouverner, Enfermer. La prison, un modèle indépassable?, Paris, Presses de Sciences Po, 2004, pp. 57-82.

CHANTRAINE Gilles/KAMINSKI Dan, *La politique des droits en prison*, in: Champ pénal, Séminaire mis en ligne le 27 septembre 2007. URL: <http://champenai.revues.org/document2581.html>.

CHATTON Grégor T., *L'harmonisation des pratiques jurisprudentielles de la Cour européenne des droits de l'Homme et du Comité européen des droits sociaux: une évolution discrète*, in: L'harmonisation internationale du droit. Genève, Schulthess, 2007, pp. 45-73.

CHAUVENET Antoinette, *Privation de liberté et violence: le despotisme ordinaire en prison*, in: Déviance et Société, 2006, pp. 373-388.

CHAUVIN Isabelle, *La santé en prison. Les enjeux d'une véritable réforme de santé publique*, ESF Editeur, 2000.

CHESSAIS Jean Claude, *Le suicide et les tentatives de suicide en prison et en milieu libre. Analyse de la crise récente*, in: RSC, 1977, pp. 375-384.

CHRISTIE Nils, *L'industrie de la punition. Prison et politique pénale en Occident*, Paris, Autrement, 2003.

CLEMENT Thierry/HÄNNI Christian/SPRUMONT Dominique (sous la dir. de), *La protection des droits des patients dans les législations cantonales*, in: La relation patient-médecin, état des lieux, Rapport IDS n° 1, 2003, pp. 50-134.

CLEMMER Donald, *The Prison Community*, New York, Holt, Rinehart & Winston, 1940.

CODD Helen, *Regulating Reproduction: Prisoners' Families, Artificial Insemination and Human Rights*, in: European Human Rights Law Review, 2006, pp. 39-48.

- *Prisoners' Families: The «Forgotten Victims»* in: Probation Journal, 1998, pp. 148-154.

COHEN-JONATHAN Gérard, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Paris, Economica, 1989.

COLIN Patrick/KLINGER Myriam, *Vécu carcéral et situation d'illettrisme*, in: Déviance et Société, 2004, pp. 33-55.

COMBESSIE Philippe, *Sociologie de la prison*, 2^e éd., Paris, La Découverte, Coll. Repères, 2004.

- *Ouverture des prisons, jusqu'à quel point?*, in: C. Veil/D. Lhuilier (sous la dir. de), *La prison en changement*, Ramonville Saint-Agne, Erès, Coll. Trajets, 2000, pp. 69-99.

- *Prisons des villes et des campagnes: étude d'écologie sociale*, Paris, Editions de l'Atelier/Editions Ouvrières, 1996.

COMITE EUROPEEN DE LA SANTE, *L'organisation des services de soins de santé dans les établissements pénitentiaires des Etats membres*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1998.

COMITE EUROPEEN POUR LES PROBLEMES CRIMINELS, *Les régimes des institutions pénitentiaires*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1986

COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE DES DROITS DE L'HOMME (CNCDDH)/Secrétariat général du Gouvernement (Sgg), *Sanctionner dans le respect des droits de l'homme vol I. Les droits de l'homme dans la prison*, La Documentation française, 2007.

- CONSEIL DE L'EUROPE, *Les conditions de détention*, Dossier n° 5, 1981.
- CONSEIL DE L'EUROPE, *Règles pénitentiaires européennes*, 2006.
- COOLEY Dennis, *La persécution et les règles informelles de contrainte sociale dans les prisons*, in: Forum, vol. 4, n° 3, http://www.csc-scc.gc.ca/text/pblct/forum/e043/e0431_f.shtml.
- CORBOZ Bernard, *Les infractions en droit suisse*, vol. I et vol. II, 2^e éd., Berne, Stämpfli, 2002.
- *Les grèves de la faim*, in: RICPTS, 1980, pp. 3-6.
- CORMIER Bruno M., *The watcher and the watched*, Montréal, Tundra Books, 1975.
- CORNIL Paul, *Normes internationales pour le traitement des délinquants*, in: Revue internationale de politique criminelle, 1968, pp. 3-16.
- *A propos des droits civils et politiques des détenus*, in: RPS, 1959, pp. 1-15.
- CROOK Frances, *Counterblast: Real work in Prisons?*, in: The Howard Journal of Criminal Justice, 2007, pp. 303-306.
- CORTHAY Claudiane/KUHN André, *Offre de formation en prison: la misère*, in: Plaidoyer, 3/2004, pp. 54-58.
- COULON Bruno, *La fouille de la cellule*, in: RPDP, 2001, pp. 837-842.
- COUSSIRAT-COUSTERE Vincent, *La notion de la famille dans les jurisprudences de la Commission et de la Cour européenne des droits de l'homme*, in: Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille, L.G.D.J, 1996.
- *Article 10 § 2*, in: La Convention européenne des droits de l'Homme, Commentaire article par article, (sous la dir. de) Pettiti Louis.-Edmond/Decaux Emmanuel/Imbert Pierre-Henri, 2^e éd, Paris, Economica, 1999, pp. 409-418.
- COUVRAT Pierre, *Les libertés des détenus*, in: Territoire et Libertés, Mélanges en hommage au Doyen Yves Madiot, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 265-273.
- *Les règles pénitentiaires du Conseil de l'Europe*, in: RSC, 1988, pp. 132-135.
- COYLE Andrew, *Révision des Règles pénitentiaires européennes* in: Règles pénitentiaires européennes, éditions du Conseil de l'Europe, 2006, pp. 109-143.
- CUSSON MAURICE, *La criminologie*, 4^e éd., Paris, Hachette, Coll. Les Fondamentaux, 2005.

- *Pourquoi punir?*, Paris, Dalloz, 1987.
- *Pour démystifier la décision de libérer avant terme*, in: *Prison: sortir avant terme: techniques judiciaires de réduction de la peine privative de liberté, comparaison des droits et pratiques d'Amérique du nord, du Japon et de la France*, (sous la dir. de) Jean Pradel, Paris, éd. Cujas, 1996, pp. 73-78.
- ÇAKMUT YENERER Özlem, *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*, İstanbul, 2003.
- ÇELİK Nuri, *İş Hukuku Dersleri*, İstanbul, 14. bası, 1998.
- ÇENBERCİ Mustafa, *İş Kanunu Şerhi*, Ankara, 1978.
- DAGA Luigi, *La détention en exécution de la sanction, sous l'angle notamment de la Convention européenne pour la protection des droits de l'homme*, in: P.-H. Bolle (sous la dir. de), *Droits fondamentaux et détention pénale, Actes du septième Colloque international de la FIPP, Neuchâtel/Suisse, 3-7 octobre 1992*, pp. 162-184.
- *Les droits de l'homme des personnes privées de liberté. Hypothèses de travail pour un nouveau protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme sur la protection des droits des détenus*, in: 7^e Colloque international sur la Convention européenne des droits de l'homme, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1990.
- DAIGLE Marc/COTE Gilles, *Vers une modélisation de la violence exprimée en milieu carcéral*, in: *Forensic*, 2005, numéro spécial, pp. 31-46.
- DAMMER Harry R/CLEAR Todd/HARDYMAN Patricia L./STOUT Bruce/LUCKEN Karol, *The Value of Religion in Prison: An Inmate Perspective*, in: *Journal of Contemporary Criminal Justice*, 2000, pp. 53-74.
- DANTI-JUAN Michel, *Le consentement et la sanction*, in: *La sanction du droit, Mélanges offerts à Pierre Couvrat*, PUF, Paris, 2001, pp. 366-381.
- *L'absence de contrat de travail dans l'univers pénitentiaire, commentaire de l'arrêt de la Cour de cassation, Chambre sociale du 17 décembre 1996*, in: *RPDP*, 1998, pp. 127-135.
- DARBEDA Pierre, *Les nouvelles règles pénitentiaires européennes*, in: *RPDP*, 2006, pp. 655-666.
- *Violence et milieu pénitentiaire, aspects historiques et sociologiques*, in: *RPDP*, 2004, pp. 893-904.
- *Le maintien des relations familiales des détenus en Europe*, in: *RSC*, 1998, pp. 590-598.

- *Les directives européennes et internationales sur la lutte contre le VIH/SIDA en milieu pénitentiaire*, in: RSC, 1995, pp. 132-140.
- *Les prisons face au SIDA: vers des normes européennes*, in: RSC, 4/1990, pp. 821-828.
- DE BECO Reginald, *Le droit disciplinaire et les détenus en Belgique*, in: RTDH, n° 22, édition spéciale, Le droit disciplinaire, Bruxelles, Bruylant/Nemesis, 1995, pp. 315-339.
- DEBOVE Frédéric, *Libertés physiques du détenu et droit européen: ou l'histoire d'une Convention passe-muraille*, in: RPDP, 1/1997, pp. 49-61.
- DE CONNICK Gérard, *La famille du détenu: de la suspicion à l'idéalisation*, in: Déviance et Société, 1982, pp. 83-103.
- DE JONGE Gérard, *Still «Slaves of the State»: Prison Labour and International Law*, in: Prison labour: salvation or slavery?: International perspectives, (Eds) Dirk van Zyl Smit and Frieder Dunkel, Aldershot, Ashgate, Dartmouth, 1999, pp. 313-334.
- DE KONNICK Thomas, *Reconnaître la dignité de l'Homme*, in: Une dignité à réinventer, Louvain, n° 129, 2002, pp. 12-14.
- DEMİRBAŞ Timur, *İnfaz Hukuku*, 2. bası, Ankara, Seçkin Yayınları, 2008.
- *Cezanın İnfazına Ara Verilmesi*, in: Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Kurumu Araştırma Merkezi, Türk Ceza Hukuku Derneği, cilt I, İstanbul, 2008, pp. 703-711. (cité: DEMİRBAŞ 2008a).
- DELAPLACE Edouard, *Le Protocole facultatif à la Convention des Nations Unies contre la torture: un nouvel outil pour la prévention de la torture et des mauvais traitements*, in: Revue droits fondamentaux, 5/ 2005, www.droits-fondamentaux.org.
- DELMAS-MARTY Mireille, *Le crime contre l'humanité, les droits de l'homme et l'irréductible humain*, in: RSC, 3/1994, pp. 477-490.
- DELMAS-SAINT-HILAIRE Jean-Pierre, *Les vêtements du détenu*, in: RSC, 1980, pp. 471-479.
- DE ROUGEMONT François, *Le droit de l'exécution des peines en Suisse romande : étude de droit fédéral, concordataire et cantonal*, Thèse, Lausanne, 1979.
- DESCHENAUX Henri/STEINAUER Paul-Henri, *Personnes physiques et tutelle*, 4^e éd., Berne, Stämpfli, 2001.
- DE SINNER Philippe/QUELOZ Nicolas/RIKLIN Franz/SENN Ariane/BROSSARD Raphaël (éd.), *Der individuelle Vollzugsplan*,

Le plan individuel d'exécution des sanctions, Berne, Stämpfli, Coll. Criminalité, Justice et Sanctions, vol. 7, 2005.

DE SCHUTTER Olivier, *L'aide au suicide devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH). À propos de l'arrêt Pretty contre le Royaume-Uni du 29 avril 2002*, in: RTDH, 2003, pp. 71-111.

DE SCHUTTER Olivier/KAMINSKI Dan, *Introduction*, in: *L'institution du droit pénitentiaire. Enjeux de la reconnaissance de droits aux détenus*, (sous la dir. de) Olivier de Schutter et Dan Kaminski, Paris, LGDJ; Bruxelles, Bruylant, Coll. La pensée juridique, 2002, pp. 3-14.

DE SCHUTTER Olivier/KAMINSKI Dan. (sous la dir. de), *L'institution du droit pénitentiaire. Enjeux de la reconnaissance de droits aux détenus*, Paris, LGDJ; Bruxelles, Bruylant, Coll. La pensée juridique, 2002.

DETIENNE Jean, *Les droits fondamentaux des détenus et le droit belge*, in: RPDP, 2003, pp. 525-548.

- *De la réinsertion du système pénitentiaire*, in: *Une criminologie de la tradition à l'innovation : en hommage à Georges Kellens*, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 267-296.

DETIENNE Jean/SERON Vincent, *Politique pénitentiaire et droits des détenus en Belgique*, in: *Politiques pénitentiaires et droits des détenus*, Actes du Colloque de la FIPP, Stavern, Norvège, 25-28 juin 2008, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2008, pp. 239-266.

DE TOCQUEVILLE Alexis, *Ecrits sur le système pénitentiaire en France et à l'étranger*, œuvres complètes, Tome IV, vol. 1 et vol. 2, Paris, Gallimard, 1984.

DE VRIES REILINGH Jeanine, *L'application des Pactes des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme de 1966 par les Cours constitutionnelles ou par les Cours suprêmes en Suisse, en Allemagne et au Canada: présentation des systèmes et comparaison*, Bâle, Genève, Helbing & Lichtenhahn, 1998.

DEYRON Pierre, *Le temps des prisons. Essai sur l'histoire de la délinquance et les origines du système pénitentiaire*, Villeneuve-d'Ascq, Université de Lille III, Paris, éd. universitaires, 1975.

DINTILHAC Jean-Pierre, *Les séismes de la modernisation*, in: RSC, 1990, pp. 143-148.

DOCQUIR Pierre-François, *Variables et variations de la liberté d'expression en Europe et aux Etats-Unis*, Bruxelles, Bruylant, 2007.

DOĞAN Bülent, *Türk İnfaz Sisteminde İnsan Haklarının Gelişimi*, in: 21. Yüzyıla Girerken Cezaların İnfazı Sempozyumu (21-22 Ocak 2000), Ankara 2001.

DÖNMEZER Sulhi, *Tutuklu ve Hükümlülere Yaş, Cinsiyet ve Suç Türlerine Göre Uygulanacak İnfaz ve Islah Reformu, Son Çalışmaları*, in: Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Kurumu Araştırma Merkezi, Türk Ceza Hukuku Derneği, cilt. I, 2008, pp. 297- 312.

- *Le contenu et les principes du projet de la loi sur l'exécution des peines et des mesures*, in: P.-H. Bolle/D. Yarsuvat (sous la dir. de), Problèmes pratiques et nouvelles perspectives dans le domaine pénitentiaire, Actes des Journées de Galatasaray, Istanbul/Turquie, 4-7 septembre 2002, FIPP, Université de Galatasaray, 2004, pp. 9-31.

DUFFAR Jean, *Religion et travail dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes et des organes de la Convention européenne des droits de l'Homme*, in: Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, 1993, pp. 695-718.

DUPONT-BOUCHAT Marie-Sylvie, *Ducpétiaux ou le rêve cellulaire*, in: Déviance et Société, vol. 12, 1/1988, pp. 1-27.

DUPRAT Catherine, *Punir et guérir. En 1819, la prison des philanthropes*, in: M. Perrot (sous la dir. de), L'impossible prison. Recherches sur le système pénitentiaire au XIX^e siècle, Paris, Seuil, 1980, pp. 64-122.

DURAND E./BILLAUD P./OBRECHT O., *L'accès aux soins en milieu carcéral. Un hiatus entre les textes et la pratique*, in Revue Médecine et Droit, Information éthique et juridique du praticien 1999, pp. 22-25.

DUPREEL Jean, *Les droits des détenus une notion nouvelle*, in: RSC, 1957, pp. 163-170.

-*Etudes et perspectives pénitentiaires*, Nivelles, Imprimerie pénitentiaire, 1960.

- (dossier constitué par) *Prisons et politiques pénitentiaires*, Paris, La Documentation française, Série problèmes politiques et sociaux, n° 755-756, septembre-octobre 1995.

DUPUIS Isabelle, *Le droit de visite du parent incarcéré*, in: Recueil Dalloz, 1999, p. 251.

- DUPUIS Michel/GELLER Bernard/MONNIER Gilles/
MOREILLON Laurent/PIGUET Christophe, (Eds) *Code pénal I
partie générale, art. 1-110, DPMin*, Bâle, Helbing Lichtenhahn,
2008.
- DÜNKEL Frieder/SNACKEN Sonja, *Prisons in Europe*, in: *Crime
and Criminal Justice in Europe*, Strasbourg, Conseil de l'Europe,
2000, pp. 135-180.
- DÜRNSTEINER Antonia C./KETTEMANN Matthias C., *The
visiting practice of The European Committee or the prevention of
torture as an instrument to further human security*, in: *Revue de la
sécurité humaine/Human Security Journal*, 2007, pp. 79-88.
- DWORKIN Ronald, *Taking Rights seriously* in: *Contemporary
Political Philosophy: An Anthology*, 2^e édition, (Eds) Robert E.
Goodin, Philip Pettit, Blackwell Publishing, 2006, pp. 289-301.
- EASTON Susan, *Electing the Electorate: The Problem of Prisoner
Disenfranchisement*, in: *The Modern Law Review*, 2006, pp. 443-
452.
- ECOCHARD Bertrand, *L'émergence d'un droit à des conditions de
détention décentes garanties par l'article 3 de la Convention
européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés
fondamentales (CESDH) du 4 novembre 1950*, in: *RFDA*, 2003,
pp. 99-108.
- EDELMAN Bernard, *La dignité humaine, un concept nouveau*, in:
La dignité de la personne humaine, (sous la dir. de) Marie-Luce
Pavia et Thierry Revet, Paris, Economica 1999, pp. 25-34.
- *La dignité de la personne humaine, un concept nouveau*, in:
Recueil Dalloz, 1997, p. 185.
- EISSEN Marc-André, *Jurisprudence relative à l'art 5 de la
Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés
fondamentales*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1985.
- ELIACHEFF Caroline, *L'enfant éloigné de son parent incarcéré*,
in: *Les liens familiaux à l'épreuve du pénal*, (sous la dir. de) Alain
Bouregba, Ramonville Saint-Agne, Erès, 2002, pp. 39-50.
- EREM Faruk, *Suç Bilimi Açısından Adalet Psikolojisi*, Ankara
1997.
- ERGEC Ruşen, *Protection européenne et internationale des droits
de l'Homme*, 2^e éd. refondue. Bruxelles, Bruylant, 2006.
- ERMAN Barış, *Tıbbî Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu*, Ankara,
Seçkin Yayınevi, 2003.
- ERMAN Eyüp Sabri, *İş Davaları ve Tatbikatı*, Ankara, 1956.

- ERRERA Roger, *Liberté religieuse et laïcité. Pour une politique de paix civile*, in: *Études*, 2005, pp. 475-486.
- ETZIONI Amitai, *A Comparative Analysis of complex Organizations: on Power, Involvement, and their Correlates*, 2^e éd. revue et largement complétée, New York; The Free Press; Londres Collier Macmillan Publishers, 1975.
- EUDES Marina, *Vers l'abolition des dernières restrictions au droit de vote? Etude des frontières du corps électoral*, in: *RTDH*, 2006, pp. 575-595.
- FABIANI Jean Louis/SOLDINI Fabienne, *Des lieux et des objets de lecture en milieu carcéral*, in: C. Faugeron, A. Chauvenet & P. Combessie (éd.), *Approches de la prison* (Montréal: Les Presses de l'Université de Montréal, 1996, pp. 199-217.
- FABRE-MAGNAN Muriel, *Le sadisme n'est pas un droit de l'homme, [CEDH, 1^{re} sect., 17 février 2005, K. A. et A. D. c/ Belgique(1)]*, in: *Recueil Dalloz*, 2005, p. 2973.
- FATIN-ROUGE STEFANINI Marthe, *Le droit de vote des détenus en droits canadien, sud-africain et conventionnel européen*, in: *Revue internationale de droit comparé*, 2007, pp. 617-643.
- FAUGERON Claude/LE BOULAIRE Jean-Michel, *Prison, peines de prison et ordre public*, in: *Revue française de sociologie*, 1992, pp. 3-32.
- FAVARD Jean, *Les prisons*, Paris, Flammarion, Coll. Dominos, 1994.
- *Le détenu citoyen*, in: *Justice et psychiatrie*, Bordeaux, Association d'études et de recherches de l'Ecole nationale de la magistrature, 1993, pp. 123-130.
- FEEST Johannes, *Imprisonment and Prisoners' Work: Normalization or Less eligibility?* in: *Punishment & Society*, 1999, pp. 99-107.
- FENDOĞLU Hasan Tahsin, *Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması AY. Md 13*, in: *Anayasa Yargısı Dergisi*, 2002, pp 178-214.
- FERNANDEZ Richard/ LECCIA Celine/ VELLUTINI Maïte, *De la dignité dans l'histoire des idées politiques*, in: *La dignité*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille - Faculté de droit et de science politique, 2003.
- FEYZİOĞLU, Metin: *Açlık Grevi*, in: *Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1993, pp. 157-158.

- *Hükümlü ve Tutuklularda: Beslenme ve Tedaviyi Engelleme, Zorla Besleme ve Zorla Tedavi*, 2006, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_408.htm.
- FEYZİOĞLU Metin/GÜNGÖR Devrim, *Cezaların Toplanması ve Koşullu Salıverilme İlişkisi*, in: Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2007, pp. 51-54.
- FIERENS Jacques, *La dignité humaine comme concept juridique* in: J. Ferrand et H. Petit (éd.), *Enjeux et perspectives des droits de l'Homme*, Odyssée des droits de l'Homme, Tome I, Paris, L'Harmattan, 2003, pp. 171-184.
- FIZE Michel, *Le travail dans les prisons (1873-1914)*, in: RSC, 1990, pp. 297-309.
- FLAUSS Jean-François, *Les signes religieux*, in: *La liberté religieuse et la Convention européenne des droits de l'homme : actes du colloque du 11 décembre 2003 organisé à l'auditorium de la Maison du barreau par l'Institut de formation en droits de l'homme du Barreau de Paris et l'Ordre des avocats à la Cour de Paris*, Thierry Massis, Christophe Pettiti (éd.), Bruxelles, Nemesis, Bruylant, 2004, pp. 99-114.
- *Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme (août 2005 - janvier 2006)*, in: *Actualité juridique de droit administratif*, 2006, p. 466.
- FLÜCKIGER Alexandre, *L'extension du contrôle juridictionnel des activités de l'administration: un examen généralisé des actes matériels sur le modèle allemand?*, Berne, Staempfli, 1998.
- FOGEL David, *The Justice Model For Corrections*, in: *Prisons: past and future: papers presented at a conference held at the University of Kent in 1977 to commemorate the bi-centenary of J. Howard's The State of Prisons*, (Ed). John C. Freeman, London, Heinemann, 1978, pp. 151-177.
- FOSTER Steve, *Do Prisoners Have the Right to Free Speech?*, in: *European Human Rights Law Review*, 2000, pp. 393-410.
- *Prisoners and the Right to vote: the Decision in Hirst v. United Kingdom*, in: *European Human Rights Law Review*, 2004, pp. 437-445.
- FOUCAULT Michel, *Surveiller et punir*, Paris, Gallimard, Coll. Tel, 1975.
- FRIZE Nicolas, *Le sens de la peine. Etat de l'idéologie carcérale*, Paris, Léo Scheer, 2004.
- FROMENT Jean-Charles, *Introduction*, in: *Revue française d'administration publique*, n° 99, dossier « Administration et

- politiques pénitentiaires », 2002, pp. 390-391.
- FRWEIN J.A, *Article 9 §1*, in: La Convention européenne des droits de l'Homme, Commentaire article par article, (sous la dir. de) Pettiti Louis.-Edmond/Dcaux Emmanuel/Imbert Pierre-Henri, 2^e éd, Paris, Economica, 1999, pp. 353-360.
- GABORIAU Simone, *Propos liminaires*, in: Justice, éthique et dignité. Actes du colloque international de Limoges, les 19 et 20 novembre. 2004, Entretiens d'Aguesseau, textes réunis par Gaboriau Simone et Hélène Pauliat, Limoges, 2006, pp.13-26.
- GALLOUX Jean-Christophe/GAUMONT-PRAT Hélène, in: *Droits et libertés corporels*, in: Recueil Dalloz, 2007, p. 1102.
- GARAPON Antoine/SALAS Denis, *Pour une nouvelle intelligence de la peine*, in: M. Seyler, (sous la dir. de), La prison immobile, Paris, Desclée de Brouwer, 2001, pp. 155-179.
- GARCIN Claude, *Le maintien des liens familiaux et la détention*, in: RPDP, 2005, pp. 67-74.
- GARRON Pierre, *La liberté syndicale*, in: Droit constitutionnel suisse, Zürich, Schulthess, 2001, pp. 795-807.
- GEMALMAZ Semih, *The CPT and Turkey*, in: Morgan R., Evans M., (Eds) Protecting Prisoners: The standards of the European Committee for the Prevention of Torture in Context, Oxford, Oxford University Press, 1999, pp. 235-263.
- GIRARD Caroline, *Automutilations et grèves de la faim en prison*, La lettre du GENEPI, 58/1998, pp. 12-15.
- GRAVIER Bruno/LAMOTHE Pierre, *La sexualité en prison, un comportement à risques?*, in: Nervure, Tome II, 7/1989, pp. 51-54.
- GRAVIER BRUNO/SPRUMONT Dominique, *Soins en prison : quelle formation, pour quels personnels?*, in: N. Queloz/F. Riklin/P. de Sinner/F. Bütikofer/ Repond/A. Senn (éd.), Das Personal im Sanktionenvollzug: Auftrag und Herausforderung/Les professionnels chargés de l'exécution des sanctions: quelles missions, quels défis?, Berne, Stämpfli, Coll. Criminalité, Justice et Sanctions, vol. 3, 2003, pp. 219-239.
- GİRİTLİ İsmet, *2001 Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Özgürlüklere Yansıması*, in: Anayasa Yargısı Dergisi, 2002, pp. 88-103.
- GIUDICELLI-DELAGE Geneviève/MASSE Michel, *Rapport introductif*, in: J. Pradel (sous la dir. de), La condition juridique du détenu, Travaux de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers, vol. XIII, Paris, Cujas, 1993, pp. 11-35.

- Travail pénitentiaire: absence de contrat de travail*, in: Droit social, 1997, pp. 344-346.
- GOFFMAN Erwin, *Asiles. Etudes sur la condition sociale des malades mentaux*, Paris, éd. de Minuit, 1968.
- GOMIEN Donna, *Vade-mecum de la Convention européenne des droits de l'homme*, 3^e édition, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2005.
- GONSA Helmut, *Introduction aux Règles pénitentiaires européennes. Historique, évolution, principes et éléments fondamentaux*, in: Bulletin d'information pénologique, 19 et 20, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1994/1995, pp. 25-35.
- GONZALEZ Gérard, *La Convention européenne des droits de l'homme et la liberté des religions*, Centre d'études et de recherches internationales et communautaires, Université d'Aix-Marseille III, Economica, Paris, 1997.
- GOURDOU Jean, *Les évolutions récentes relatives à la mise en isolement du détenu*, in: RPD, numéro spécial 2007, pp. 23-37.
- GOUTTENOIRE Adeline, *La convention internationale des droits de l'enfant dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, in: Le monde du droit: écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer, Paris, Economica, 2008, pp. 495-506.
- GÖZLER Kemal, *İdare Hukuku Dersleri*, Ekin Kitabevi Yayınları, Yedinci Basım, 2008.
- *Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Af Yetkisi*, in: Anayasa Yargısı, 2001, pp. 298-329.
- GÖZÜBÜYÜK Şeref/ TAN Turgut, *İdari Yargılama Hukuku*, 2.bası, Ankara, Turhan Yayınevi, 2006.
- GRABER Michel Alexandre, *La libération conditionnelle à l'épreuve du fédéralisme : Code pénal, jurisprudence fédérale et pratique dans les différents cantons romands*, in: Bulletin de criminologie, 1/1987, pp. 3-56.
- GRAVEN Jean, *Beccaria et l'avènement du droit pénal moderne (1738-1794)*, in: Grandes Figures et grandes oeuvres juridiques, Genève, 1948, pp. 97-186.
- GRAVIER Bruno/LAMOTHE Pierre, *La sexualité en prison, un comportement à risques?*, in: Nervure, Tome II, 7/1989, pp. 51-54.
- GRAVIER Bruno/SPRUMONT Dominique, *Soins en prison: quelle formation, pour quels personnels ?*, in: N. Queloz/F. Riklin/P. de Sinner/F. Bütikofer Repond/A. Senn (éds), Das Personal im Sanktionenvollzug: Auftrag und Herausforderung / Les professionnels chargés de l'exécution des sanctions : quelles

missions, quels défis?, Berne, Stämpfli, Coll. Criminalité, Justice et Sanctions, vol. 3, 2003, pp. 219-239.

GRAS Laurent, *Détenus en permission de sortir sportive: une expérience marquante*, in: Champ pénal, mis en ligne le 17 mai 2005. URL: <http://champpenal.revues.org/document234.html>.

GREBER Pierre-Yves/KAHIL-WOLFF Bettina, *Introduction au droit suisse de la sécurité sociale*, 3^e éd, mise à jour, Université de Genève, Faculté de droit, 2006.

GREEN Penny, *Turkish Jails, Hunger Strikes and the European Drive for Prison Reform*, in: Punishment & Society, 2002, pp. 97-101.

GREER Steven, *Les exceptions aux articles 8-11 de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Dossiers sur les droits de l'homme, n° 15, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1997.

GRELLET-WAMMY M., *Manuel des prisons ou exposé historique, théorique et pratique*, Paris, Genève, éd. A. Cherbuliez, 1838-1839.

GRISEL André, *Traité de droit administratif*, vol. I et vol. II, éd. Ides et Calendes, Neuchâtel, 1984.

GRISEL Etienne, *Liberté économique: libéralisme et droit économique en Suisse*, Stämpfli, 2006.

GROJEAN Olivier, *Les formes ultimes d'engagement du corps, Notes de lectures et pistes de recherche*, in: Quasimodo, n° 8, Corps en guerre. Imaginaires, idéologies, destructions. Tome I, 2006, pp. 165-180.

GROVES Abigail, *Blood on the Walls: Self-mutilation in Prisons*, in: Australian and New Zealand Journal of Criminology, 2004, pp. 49-64.

GUILBERT Patrick, *Le jeûne de protestation en médecine pénitentiaire: épidémiologie genevoise (prison préventive et quartier cellulaire hospitalier) et analyse de la prise en charge en Suisse et dans des pays européens*, Thèse de médecine, Genève, 2001.

GUILLOD Olivier, *Le consentement éclairé du patient: autodétermination ou paternalisme ?*, Thèse, Neuchâtel, 1986.

- *La liberté de se marier*, in: Présence et actualité de la Constitution dans l'ordre juridique Mélanges offerts à la Société suisse des juristes pour son Congrès 1991 à Genève, Faculté de droit de Genève, Helbing & Lichtenhahn, 1991, pp. 97-117.

- *Droits et libertés de la personne : le droit suisse face à la Convention européenne sur les droits de l'homme et la biomédecine*, in: *L'arbre de la méthode et ses fruits civils, Recueil de travaux en l'honneur du professeur Suzette Sandoz*, Genève, Schulthess, 2006, pp. 27-44.
- GÜNAY Cevdet İlhan, *Şerhli İş Kanunu*, cilt I, Ankara, 1998.
- HAFIZOĞULLARI Zeki, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri*, in: *Ankara Barosu Dergisi*, 2007, pp. 78-109.
- HAKERİ Hakan, *Tıp Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2007.
- HAMURCU Kürşat, *Türk Hukukunda Hükümlü ve Tutukluların Çalıştırılması*, http://www.cte-seslenis.adalet.gov.tr/arsiv/2008/72_mart2008.
- HARDING Timothy W., *Les maladies transmissibles en milieu carcéral avec référence spéciale au Sida*, in: 8^e Conférence des Directeurs d'administration pénitentiaire (CDAP), Strasbourg, 2-5 juin 1987, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1988, pp. 13-32.
- *La santé en milieu carcéral*, in: *Bulletin d'information pénitentiaire*, n° 10, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1987, pp. 10-12.
- HATTEM Tina, *Vivre avec ses peines. Les fondements et les enjeux du contrôle et la résistance saisis à travers l'expérience des femmes condamnées à l'emprisonnement à perpétuité*, in: *Déviance et Société*, 1991, pp. 137-156.
- HAUSSER Dominique, *Prévention du VIH dans les prisons suisses: analyse secondaire sur la base de la littérature disponible*, Lausanne, Institut universitaire de médecine sociale et préventive, Coll. Raisons de santé, n° 40, 1999.
- HEMMELER René, *La clarté aux prisonniers: expériences d'un aumônier*, Neuchâtel, Delachaux et Niestlé, 1965.
- HENWOOD Paul, *La lecture en milieu carcéral*, in: *RSC*, 1975, pp. 403-412.
- HERINGA Aalt.-Willem, *Droits sociaux: le défi de l'indivisibilité et de l'interdépendance*, in: *Tous concernés. L'effectivité de la protection des droits de l'homme 50 ans après la Déclaration universelle. Actes du colloque régional européen organisé par le Conseil de l'Europe à Strasbourg les 2-4 septembre 1998*, Conseil de l'Europe, 1998, pp. 96-105.
- HERZOG-EVANS Martine, *Droit civil commun, droit européen et incarcération*, in: *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Actes du

colloque des 22 et 23 mars 2002 organisé par l'Institut de droit européen des droits de l'Homme, Faculté de droit de l'Université Montpellier I, (sous la dir. de) Frédéric Sudre, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 241-285.

- *Aspects juridiques de la sexualité des détenus en France*, in: RICPTS, 2001, pp. 227-241.

- *L'intimité du détenu et de ses proches en droit comparé*, Paris, L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 2000.

- *Fouilles corporelles et dignité de l'homme*, in: RSC, 1998, pp. 735-749. (cité : HERZOG-EVANS 1998a).

- *La gestion du comportement du détenu. Essai de droit pénitentiaire*, Paris, L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 1998. (cité: HERZOG-EVANS 1998b)

- *Le droit pénitentiaire: un droit faible au service du contrôle des détenus?*, in: C. Faugeron/A. Chauvenet/P. Combessie (éd.), *Approches de la prison*, Bruxelles, De Boeck Université, 1996, pp. 273-296.

- *Du droit de visite au permis de visite: les obligations du JAF*, in: Recueil Dalloz, 2006, p. 2149.

HILT Patrice, *Le couple et la Convention européenne des droits de l'Homme, Analyse du droit français*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2004.

HIVERT Paul, *Les suicides en prison*, in: RPDP, 1980, pp. 97-105.

HIVERT Paul /RIBON J.-F., *Grève de la faim en prison*, in: RPDP, 1970, pp. 635-638.

HOOD Roger, *Rapport introductif*, in: Comité européen pour les problèmes criminels, *Les interventions psychosociales dans le système de justice pénale*, 20^e Conférence de recherches criminologiques (1993), Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1995, pp. 11-21.

HOTTELIER Michel, *Le droit à la vie et la liberté personnelle (article 10 cst.)*, Fiches Juridiques Suisse, n° 1389, Genève, 2003.

HOWARD John, *L'état des prisons, des hôpitaux et des maisons de force en Europe au XVII^e siècle*, traduction nouvelle et édition critique par C. Carlier et J.-G. Petit, Paris, Editions de l'Atelier/Editions Ouvrières, 1994.

HUNAULT Michel, *La Charte pénitentiaire européenne*, in: *Prisons d'Europe*, (sous la dir. de), G. Lucazeau, Presses Universitaires de Nancy, 2008, pp. 69-73.

IGNATIEFF Michael, *Historiographie critique du système pénitentiaire*, in: J.-G. Petit (sous la dir. de), *La prison, le bagne et*

l'histoire, Genève, Librairie des Méridiens/Médecine & Hygiène, Coll. Déviance et Société, 1984, pp. 9-17.

- *A Just Measure of Pain. The Penitentiary in the Industrial Revolution: 1750-1850*, Londres, The Macmillan Press, 1978.

IMBERT Pierre-Henri, *Ouverture*, in: Les droits sociaux ou la démolition de quelques poncifs (sous la dir. de) Constance Grewe et Florence Benoît-Rohmer, Strasbourg, Presse Universitaire de Strasbourg, 2003, pp. 9-14.

İÇLİ Tülin Günşen/ÖĞÜN Aslıhan, *Türkiye' de Cezaevlerindeki Rehabilitasyon Faaliyetleriyle İlgili Sosyolojik Bir Analiz*, Ankara 1999.

İNCEOĞLU Sibel, *Ölme Hakkı (Ötenazi)*, İstanbul, Ayrıntı Yayınları, 1999.

İPEK Kenan, *Tutuklu ve Hükümlülülerin Eğitimi ve Mesleki Formasyonu* in: P.-H. Bolle/D. Yarsuvat (sous la dir. de), Problèmes pratiques et nouvelles perspectives dans le domaine pénitentiaire, Actes des Journées de Galatasaray, İstanbul/Turquie, 4-7 septembre 2002, FIPP, Université de Galatasaray, 2004, pp. 205-218.

JACQUAT Graziella, *La liberté de réunion en droit suisse*, Zürich, Juris Druck u. Verlag, 1982.

JACOT-GUILLARMOD Olivier, *La primauté du droit international face à quelques principes directeurs de l'Etat fédéral suisse*, in: Revue de droit suisse, 1985, pp. 383-428.

JEANNIN Laure, *Fonctions interprétatives et enjeux de l'usage de la notion de dignité appliquée à l'article 3 CEDH*, in: La portée de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme (sous la dir. de) C.-A. Chassin, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 101-120.

JENDLY Manon, *La coexistence des secrets en exécution de peine privative de liberté, vers un modèle de partage des informations confidentielles en milieu carcéral*, Thèse de doctorat non publiée, Université de Neuchâtel, 2005.

- *Le secret médical du médecin pénitentiaire en droit pénal suisse*, in: RPDP, 2006, pp. 571-594. (cité: JENDLY2006a)

- *La protection des données dans les établissements pénitentiaires du Concordat romand sur l'exécution des sanctions: un régime hors la loi?*, in: Revue suisse de droit de la santé, 2006, pp. 125-144. (cité: JENDLY 2006 b).

- *Le secret de fonction et le secret médical incarcérés: proposition d'un modèle de partage des informations confidentielles en exécution de peine privative de liberté*, in: RPS, 2006, pp. 245-273. (cité: JENDLY 2006 c).
- KABOĞLU İbrahim Ö., *Özgürlükler Hukuku*, Afa yayınları, 4. Bası, 1998.
- *Kolektif Özgürlükler*, Diyarbakır Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Diyarbakır, 1999.
- KALIN Walter/MALINVERNI Giorgio/NOWAK Manfred, *La Suisse et les Pactes des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme*, 2^e édition, Helbing & Lichtenhahn, Bruxelles, Bruylant, 1997.
- KAMINSKI Dan, *Un nouveau sujet de droit pénal*, in: La responsabilité et la responsabilisation dans la justice pénale, (sous la dir. de) F.Digneffe et Th. Moreaux, Bruxelles, De Boeck & Larcier, 2006, pp. 323-342.
- *Les droits des détenus au Canada et en Angleterre : entre révolution normative et légitimation de la prison*, in: O. De Schutter/D. Kaminski (sous la dir. de), *L'institution du droit pénitentiaire. Enjeux de la reconnaissance de droits aux détenus*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Bruxelles, Bruylant, Coll. La pensée juridique, 2002, pp. 91-112.
- KAMINSKI Dan/SNACKEN Sonja/VAN DE KERCHOVE Michel, *Mutations dans le champ des peines et de leur exécution*, in: *Déviance et Société*, 2007, pp. 487-504.
- KANT EMMANUEL, *Fondement de la métaphysique des mœurs*, Paris, Delagrave, 1952.
- KARASU SINEM, *Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009.
- KAYSER PIERRE, *La protection de la vie privée*, 2^e éd., Paris, Presses universitaires d'Aix-Marseille/Economica, 1990.
- *Le principe du secret des lettres confidentielles et ses rapports avec le principe de droit public de la liberté et de l'inviolabilité de la correspondance*, in: *Mélanges offerts à Monsieur le Professeur Pierre Voirin*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1966, pp. 437-465.
- KELLENS GEORGES, *Punir. Pénologie et droit des sanctions pénales*, Liège, Editions juridiques de l'Université de Liège, 2000.
- *Rapport général, conclusions et résolutions* in Pierre-Henri Bolle et Duygun Yarsuvat (sous la dir. de), *Problèmes*

pratiques et nouvelles perspectives dans le domaine pénitentiaire, actes des Journées de Galatasaray, Istanbul, les 4-7 septembre 2002, Université de Galatasaray, FIPP, 2004, pp. 239-276.

- *Prison et sécurité: un couple trop soudé*, in: L'exécution des sanctions privatives de liberté et les impératifs de la sécurité, Actes du Colloque de la FIPP, Budapest, Hongrie 16-19 février 2006, pp. 187-192.

KESKIN SERAP, *Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği*, in: İnsan Hakları, İstanbul, YKY 2000, pp. 64-97.

KHOSROKHAVAR Farhad, *L'Islam dans les prisons*, Paris, éd. Balland, Coll. Voix et regards, 2004.

KILKELLY Ursula, *Un guide sur la mise en œuvre de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Précis sur les droits de l'homme, n° 1, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2003.

KICKER Renate, *The European Committee on the Prevention of Torture (CPT) - Developing European Human Rights Law?* in: Benedek, Kicker, Hubert (Eds.), *Development and developing international and european law. Essays in honour of Konrad Ginther on the Occasion of his 65th Birthday*, Frankfurt/Main, Peter Lang Verlag, 1999, pp. 595-610.

KIVIRCIK Hasan, *Cezaevleri Mekan Kurgusu, Güncel Sorunlar ve Öneriler*, in: *Cezaevleri Sempozyumu*, 29-30 Haziran 2002, İstanbul 2002.

KLOETI Philippe, *Le Concordat romand sur l'exécution des peines et mesures concernant les adultes et les jeunes adultes dans les cantons romands et du Tessin*, in: RICPTS, 1987, pp. 48-66.

KOÇAK Mustafa, *Düşünce Açıklama ve Yayma Özgürlüğünün Bir Sınırlama Nedeni Olarak «Cumhuriyetin Nitelikleri»* in: e-Academi, <http://www.e-akademi.org/makaleler/mkocak-1.htm>.

KOERING-JOULIN Renée, *Des implications répressives du droit au respect de la vie privée de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme*, in: RSC, 1986, pp. 721-750.

KOLB Robert, *La jurisprudence internationale en matière de torture et de traitements inhumains ou dégradants*, in: *Revue universelle des droits de l'homme*, 2004, pp. 254-287.

KORFF Douwe, *A guide to the implementation of Article 2 of the European Convention on Human Rights*, Human Rights Handbook n° 8, Council of Europe, 2006.

- KRAFFT Matthias-Charles, *Les conventions internationales relatives aux droits de l'homme et leur application en Suisse*, in: Bulletin des droits de l'homme, numéro spécial, 1985, p. 20.
- KREBS Albert, *John Howard's influence on the prison system of Europe with special reference to Germany*, in: J. C. Freeman (Ed.), *Prisons: Past and Future*, Londres, Heinemann, 1978, pp. 35-51.
- KUHN André, *Sanctions pénales: est-ce bien la peine ?* Grolley, Editions de l'Hèbe, Coll. La question, 2005.
- *Sommes-nous tous des criminels?*, Grolley, Editions de l'Hèbe, Coll. La question, 2002.
 - *Détenus: combien? pourquoi? que faire?*, Berne, Haupt, 2000.
 - *Les effets possibles de la révision du droit suisse des sanctions*, in RPS, 1999, pp. 290-307.
 - *Punitivité, politique criminelle et surpeuplement carcéral*, Thèse, La Chaux-de-Fonds, 1992.
- KUHN André/MOREILLON Laurent, *Les conditions de détention selon le Conseil de l'Europe* in: *Dumonde pénal, droit pénal, criminologie et politique criminelle, police et exécution des sanctions, procédure pénale*, Mélanges en l'honneur de Pierre-Henri Bolle, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 2006, pp. 619-630.
- KUHN André/MOREILLON Laurent/VIREDAZ Baptiste/WILLI-JAYET Aline, (éd.), *Droit des sanctions. De l'ancien au nouveau droit*, Berne, Stämpfli, Coll. Criminalité, Justice et Sanctions, vol. 4, 2004.
- KUHN André/MOREILLON Laurent/VIREDAZ Baptiste/BICHOVSKY Aude (éd.), *La nouvelle partie générale du Code pénal suisse*, Berne, Stämpfli, 2006.
- KUHN André/MAIRE Virginie, *La libération conditionnelle en matière de peines privatives de liberté: de l'ancien au nouveau droit*, in: RPS, 2006, pp. 226-244.
- KURT Mehmet, *Türkiye'de Ceza İnfaz Kurumlarının Sorunları*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, 2006.
- LAMBERT Pierre, *Le sort des détenus au regard des droits de l'homme et du droit supranational*, in: RTDH, 1998, pp. 291-302.
- LAMOTHE Pierre, *Psychiatrie en milieu pénitentiaire*, in: *Revue française des affaires sociales*, «La santé en prison : un enjeu de santé publique», 1997, pp. 151-159.
- LANDREVILLE Pierre, *L'application des règles minima pour le traitement des détenus au Canada*, in: *Acta Criminologica*, 1973, pp. 147-198.

- Les détenus et les droits de l'Homme*, in: RDPC, 1978, pp. 387.
- LANDENNE Pierre, *Résister en prison. Patiences, passions, passages*, Bruxelles, éd. Lumen Vitae, Coll. Trajectoires, 1999.
- LANG K. J, *Droits de l'homme des personnes privées de leur liberté : mécanismes de contrôle et garanties juridiques*, in: 7^e Colloque international sur la Convention européenne des droits de l'homme, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1990, pp. 16-32.
- LANGUIN Noëlle/KELLERHALS Jean/ROBERT Christian-Nils, (avec la coll. de Eric Widmer, Julien Dubouchet et Raphaël Hammer), *L'art de punir, les représentations sociales d'une «juste» peine*, Genève, Zurich, Bâle, Schulthess, 2006.
- LARRALDE Jean-Manuel, *Les droits fondamentaux des personnes incarcérées: éléments de droit comparé européen*, Thèse de doctorat non publiée, Université de Caen, Faculté de droit, 1993.
- Le Soft Law européen comme promoteur des droits des personnes incarcérées*, in: C. Grewe (sous la dir. de), *Questions sur le droit européen. Actes du Colloque de Caen (23 février 1996)*, Caen, Presses universitaires de Caen, 1996, pp. 189-208.
- *La protection du détenu par l'action du Comité européen pour la prévention de la torture* in: *Cahiers de la Recherche sur les droits fondamentaux*, 2004, n°3, *Surveiller et punir/Surveiller ou punir?*, pp. 29-41.
- *Les règles pénitentiaires européennes, instruments d'humanisation et de modernisation des politiques carcérales*, in: RTDH, 2007 pp. 993-1015. (cité: LARRALDE 2007a).
- *L'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme et la liberté de la presse*, in: RTDH, 2007, pp. 39-62. (cité: LARRALDE 2007b).
- LEAUTE JACQUES, *Les prisons*, P.U.F, Que sais-je?, 1968.
- LE CAISNE Léonore, *Prison: une ethnologue en centrale*, Paris, Odile Jacob, 2000.
- LECARPENTIER Damien, *Cesser de s'alimenter pour contraindre une autorité: la grève de la faim comme pratique protestataire*, in: *Cahiers d'économie et sociologie rurales*, 2006, pp. 76-92.
- LECOMPTE Catherine, *Des dignités à la dignité*, in: J. Ferrand et H, Petit, (éd.), *Enjeux et perspectives des droits de l'Homme*,

Odyssée des droits de l'Homme, Tome I, Paris, L'Harmattan, 2003, pp. 159-166.

LECUYER Yannick, *Les droits politiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Dalloz, Coll. Bibliothèque parlementaire § constitutionnelle, 2009.

LEMIRE Guy, *Les enjeux théoriques de la libération conditionnelle*, in *Prison: sortir avant terme, Techniques judiciaires de réduction de la peine privative de liberté* (sous la dir. de) Jean Pradel, Cujas, 1996, Paris, pp. 55-71.

- *Grandeurs et limites des droits des détenus*, in: J. Pradel (sous la dir. de), *La condition juridique du détenu*, Travaux de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers, vol. XIII, Paris, Cujas, 1993, pp. 61-69.

- *Vingt ans de droits des détenus au Québec*, in: *Criminologie*, 1991, pp. 63-76.

LEMONDE LUCIE, *Historique des normes juridiques dans les pénitenciers du Canada*, in: *Criminologie*, 1995, pp. 97-117.

- *L'émergence d'une normativité des droits fondamentaux des personnes incarcérées au Canada*, in: J. Ferrand et H. Petit (éd.), *Enjeux et perspectives des droits de l'Homme*, Odyssée des droits de l'Homme, Tome I, Paris, L'Harmattan, 2003, pp. 419-429.

LEMONDE Lucie/LANDREVILLE Pierre, *La reconnaissance des droits fondamentaux des personnes incarcérées: l'expérience canadienne*, in: O. De Schutter/D. Kaminski (sous la dir. de), *L'institution du droit pénitentiaire. Enjeux de la reconnaissance de droits aux détenus*, Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence; Bruxelles: Bruylant, Coll. La pensée juridique, 2002, pp. 69-88.

LE PROUX DE LA RIVIERE Colette, *Détection du SIDA. Secret médical et prisons*, in: RSC, 1991, pp. 550-554.

LERNELL LEZSEK, *Reflexions sur l'essence de la peine privative de liberté. De certains aspects psychologiques et philosophiques de la peine de prison*, in: *Études en l'honneur de Jean Graven*, Genève, Georg, 1969, pp. 91-106.

LESAGE DE LA HAYE Jacques, *La guillotine du sexe. La vie affective et sexuelle des prisonniers*, 3^e éd, Paris, Editions de l'Atelier/Éditions Ouvrières, 1998.

LEVINET Michel, *La définition de la vie familiale dans la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de*

l'homme, in: Droit civil et Convention européenne des droits de l'homme. Zürich, Schulthess, 2006, pp. 53-80.

- *La liberté matrimoniale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, in: RTDH, 2004, pp. 889-894. (cité LEVINET 2004a)

- *Observation sur Cour EDH, Aliev/Ukraine, 29 avril 2003*, in: Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger, 2004, pp. 827-828. (cité LEVINET 2004b).

- *Vers un infléchissement de l'autolimitation du juge européen des droits de l'homme en matière d'exercice des droits politiques*, in: RTDH, 2000, pp. 43 -76.

LEWASZKIEWICZ-PETRYKOWSKA Biruta, *Le principe du respect de la dignité de la personne humaine*, in: Le principe du respect de la dignité de la personne humaine : actes du Séminaire UniDem organisé à Montpellier du 2 au 6 juillet 1998 en coopération avec le Pôle universitaire européen de Montpellier et du Languedoc-Roussillon et la Faculté de droit - Commission européenne pour la démocratie par le droit, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1999, pp. 15-25.

LHUILIER Dominique, *La santé en prison: permanence et changement*, in: C. Veil/D. Lhuilier (sous la dir. de), *La prison en changement*, Ramonville Saint-Agne, Erès, Coll. Trajets, 2000, pp. 187-216.

- *Surveillants: identité professionnelle et crise de légitimité*, in: Prisons en société. Les conditions de détention; quel sens donner à la peine?, Paris, Institut des hautes études de la sécurité intérieure, Les cahiers de la sécurité intérieure 31(1998), pp. 135-150.

LHUILIER Dominique/AYMARD Nadia, *L'univers pénitentiaire: du côté des surveillants de prison*, Paris, Desclée de Brouwer, 1997.

LHUILIER Dominique/LEMISZEWSKA Aldona, *Le choc carcéral: survivre en prison*, Paris, Bayard, 2001.

LIDDY Jane, *Current Topic: The Concept of Family Life Under the ECHR*, in: European Human Rights Law Review, 1998, pp. 15-24.

LIGHT R., *Why support prisoners' family-Ties Groups?*, in: Howard Journal of Criminal Justice, 1993, pp. 322-329.

LIVINGSTONE Stephen, *Prisoners' Rights in the Context of the European Convention on Human Rights*, in: Punishment & Society, 2000, pp. 309-324.

- LOCHAK, Danièle, *Les droits de l'homme*, Paris, éd. La Découverte, 2005.
- LOGOZ Paul, *Commentaire du Code pénal suisse*, Partie générale: (Art. 1-110), Neuchâtel - Paris, Delachaux et Niestlé, 1976, 2^e éd. mise à jour, avec la collaboration d'Yves Sandoz.
- LOMBOIS Claude, *Grève de la faim, Point de vue d'un pénaliste*, in: La grève de la faim ou le dérèglement du sacré, Economica, Paris, 1984, pp. 67-77.
- LORCY Maryvonne, *L'évolution des conceptions de la peine privative de liberté*, in: Surveiller et punir/Surveiller ou punir?, Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux, n° 3, Presse Universitaire de Caen, 2004, p. 11-14.
- LORIDANT Paul, *Rapport d'information n° 330 (2001-2002)*, Sénat français, <http://www.senat.fr/rap/r01-330/r01-330.html>.
- LORVELLEC Soizic, *Travail et peine*, in: RPDP, 1997, pp. 207-226.
- LYCKE ELLINGSEN Ingrid, *L'examen des orifices corporels*, CPT(2001)51, <http://www.cpt.coe.int/fr/documents-travail/cpt-2001-51-fra.pdf>.
- MADIOT Yves, *Droits de l'homme*, 2^e éd, Paris, Milan, Masson, 1991.
- MAHMUTOĞULLARI Haluk, *İnfaz Personelinin Eğitimi ve 21. Yüzyıla Girerken, Alınması Gereken Önlemler*, in: 21.Yüzyıla girerken Cezaların İnfazı Sempozyumu, 21-22. Ocak 2000, Ankara, 2001, pp. 149-155.
- MAHON Pascal, *Amnistie, prescription et grâce en Europe, perspectives nationales: Suisse*, in: La clémence saisie par le droit: amnistie, prescription et grâce en droit international et comparé (sous la dir. de) Hélène Ruiz Fabri, Paris, Société de législation comparée, 2007, pp. 605-645.
- *La citoyenneté active en droit public suisse* in: Droit constitutionnel suisse, Zürich, Schulthess, 2001, pp. 1011-1025.
- MAHON Pascal /GONIN Olivier, *La liberté d'opinion*, Fiches juridiques suisses, n° 370, 2007.
- MAHON Pascal/PULVER Bernhard, *Pauvreté et inégalités sociales: l'apport et le rôle de la nouvelle Constitution fédérale?*, in: Le social, passionnément, Hommages à Pierre Gilliard, Lausanne, Réalités sociales, 2002, pp. 45-58.
- MAIRE Virginie, *La libération conditionnelle*, in: Kuhn A., Moreillon L., Viredaz B., Bichovsky A. (éd.), La nouvelle partie

générale du Code pénal, Stämpfli, Berne, 2006, pp. 355-373.

MALABAT Valerie, *Les droits familiaux des détenus*, in: Le droit de l'exécution des peines une jurisprudence en mouvement, Actes du XVIII^{ème} congrès de l'Association Française de Droit Pénal, Pau, 24&25 mai 2006, numéro spécial 2007, RPDP, pp. 61-73.

MALEMPRE Hannelore, *Le suicide en milieu carcéral: état des lieux et réflexions*, in: RPDC, 2001, pp. 99-113.

MALINVERNI Giorgio, *Les Pactes dans l'ordre juridique interne* in: La Suisse et les Pactes des Nations Unies relatifs aux droits de l'Homme (éd.) Kälin, Walter/Malinverni, Giorgio/Nowak Manfred 2^e édition, Helbing & Lichtenhahn, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 71-82.

- *Le droit des personnes privées de liberté au respect de leur correspondance*, in: C. Swinarski (Ed.), *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, Genève, Comité international de la Croix-Rouge, La Haye, M. Nijhoff, 1984, pp. 77-101. (cité: MALINVERNI 1984a).

- *La Convention européenne des droits de l'Homme : les droits et libertés garantis/IX. Le droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance (art. 8)*, Fiches juridiques suisses, n° 1378, 1984. (cité: MALINVERNI 1984b).

- *La convention européenne des droits de l'homme: les droits et libertés garantis, IV, Le droit à la liberté et à la sûreté (art. 5)*, Fiches juridiques suisses n°1373, Genève, 1983.

- *La convention européenne des droits de l'homme : les droits et libertés garantis, XII, La liberté de réunion, la liberté d'association et la liberté syndicale (art.11)*, Fiches juridiques suisses, n°1381, 1989.

-*La liberté de réunion: étude de droit constitutionnel suisse*, Genève, Georg, 1981.

MANAI DOMINIQUE, *Les droits du patient face à la biomédecine*, Berne, Stämpfli, 2006.

MANDOFIA BERNEY Marina/UMMEL Marinette/MAURON Alex, *Le partage de l'information thérapeutique: cadre éthique et juridique*, in: Les cahiers médico-sociaux, 1995, Genève, pp. 345-361.

MANFRINI PIERRE LOUIS, *La liberté de réunion et d'association*, in: Droit constitutionnel suisse, Zürich, Schulthess,

2001, pp. 739-751.

MANSUY ISABELLE *La protection des droits des détenus en France et en Allemagne*, Paris, L'Harmattan, 2007.

- *Principe de légalité et exécution des peines en France et Allemagne, Droit = droits?* (Champ pénal, mis en ligne le 13 septembre 2005. URL <http://champpenal.revues.org/document397.html>).

MARCHETTI Anne-Marie, *Le travail en détention: un révélateur de la condition carcérale*, in: Prisons en société. Les conditions de détention; quel sens donner à la peine?, Paris, Institut des hautes études de la sécurité intérieure, Les cahiers de la sécurité intérieure, 1998, pp. 183-193.

- *Pauvretés en prison*, Ramonville Saint-Agne, Erès, 1997.

MARCHETTI Anne-Marie/COMBESSIE Philippe (avec la coll. de), *La prison dans la cité*, Paris, Desclée de Brouwer, 1996.

MARGUÉNAUD Jean-Pierre, *Du PACS aux nouvelles conjugalités: une modélisation supra-étatique des relations extra-matrimoniales par la jurisprudence de la CEDH*, in: Du PACS aux nouvelles conjugalités: où en est l'Europe?, Paris, Coll. PUF, 2005, pp. 147-154.

MARLIAC-NEGRIER Claire, *A propos de la responsabilité des services pénitentiaires*, in: Petites affiches, n° 35, 2000, pp. 16-19.

MARTENET Vincent, *L'interdiction de fumer dans les lieux publics intérieurs ou fermés*, in: AJP/PJA, 2007, pp. 247-280.

MARTINAGE Renée, *Histoire du droit pénal en Europe*, Que sais-je?, PUF, 1988.

MARY PHILIPPE, *Pratiques clandestines en milieu carcéral. Réflexions sur la reproduction et la production de la prison*, in: RICPTS, 1989, pp. 172-184.

- *Révolte carcérale. Changements et logique pérenne de la prison*, Bruxelles, Story-Scientia, Coll. des monographies de l'Ecole des Sciences criminologiques Léon Cornil, 1988.

MARY PHILIPPE/DURVIAUX STEPHAN, *L'éducation en prison: resocialisation ou occupation?*, in: RICPTS, 1991, pp. 36-42.

MAS ENRICH Monserrat, *Article 12*, in: La Convention européenne des droits de l'Homme, Commentaire article par article, (sous la dir. de) Pettiti Louis.-Edmond/Dcaux Emmanuel/ Imbert Pierre-Henri, 2° éd, Paris, Economica, 1999, pp. 437-454.

MASSIAS Florence, *Léger c. France*, in: RSC, 2007, pp. 126-133.

MASSIS Thierry, *Respect des croyances, dignité et liberté d'expression*, in: La liberté religieuse et la Convention européenne des droits de l'homme. Actes du colloque du 11 décembre 2003 organisé à l'auditorium de la Maison du barreau par l'Institut de formation en droits de l'Homme du Barreau de Paris et l'Ordre des avocats à la Cour de Paris, Thierry Massis, Christophe Pettiti, (Eds.), Bruxelles, Nemesis, Bruylant, 2004, pp. 115-130.

MATHIEU Bertrand, *Pour une reconnaissance de «principes matriciels» en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme*, in: Recueil Dalloz, 1995, p. 211.

MATHIEU Gilles, *Les droits des personnes incarcérées dans les pays de la Communauté européenne*, Thèse de doctorat non publiée, Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, Aix-Marseille, 1993.

- *Sida et droit pénal*, in: RSC, 1996, pp. 81-99.

MARTIN Jean, *Attitude médicale en cas de grève de la faim. A propos de la problématique du traitement sous contrainte*, in: Revue Médecine & Hygiène, 2002, pp. 1281-1283.

MAURER Béatrice, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, La Documentation française, 1999.

MAYER Geneviève, *Le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT): l'initiative du Conseil de l'Europe dans le domaine de la prévention des mauvais traitements de personnes privées de liberté*, in: J.-P. Céré (sous la dir. de), *Panorama européen de la prison*, Paris, L'Harmattan, Coll. Sciences criminelles, 2002, pp. 7-27.

MBANZOULOU Paul, *La réinsertion sociale des détenus. De l'apport des surveillants de prison et des autres professionnels pénitentiaires*, Paris, L'Harmattan, Coll. Sciences criminelles, 2000.

MCGONAGLE Tarlach, *La protection de la dignité humaine dans le secteur européen de l'audiovisuel*, in: IRIS plus (Supplément à IRIS, observations juridiques de l'Observatoire européen de l'audiovisuel), 6-2007.

MEIER PHILIPPE/STETTLER MARTIN, *Droit de la filiation*, 3^e éd. complétée et mise à jour, Genève, Zurich, Bâle, Schulthess, 2006.

MELOSSI DARIO, (*Introduction to*) Rusche, Georg and Kirscheimer, Otto «*Punishment and Social Structure*», in: *Crime and Social Justice*, 1978, p. 75.

MENU Sophie, *De la volonté du condamné dans l'exécution de sa peine*, Thèse de doctorat non publiée, Université de Poitiers, Faculté de droit et des sciences sociales, 2004.

MEULDERS-KLEIN Marie-Thérèse, *Egalité et non discrimination en droit de la famille. Le rôle des juges*, in: RTDH, 2003, pp. 1185-1202.

MEUWLY Didier, *L'ordonnance sur le service de surveillance de la correspondance postale et des télécommunications : une loi en retard d'une guerre technologique?*, in: *Le droit des télécommunications en mutation*, Fribourg, éd. Universitaires, 2001, pp. 105-119.

METROPOLITAN POLICE GUIDELINES, *Advice for officers dealing with transsexuals and transvestites (1995)*, <http://www.pfc.org.uk/node/294#>.

MEYER Jacques, *L'octroi de la libération conditionnelle: vers un réaménagement des compétences et de la procédure?*, in: *Revue suisse de jurisprudence*, 1993, pp. 358-362.

MICHEL Nicolas, *Un rappel historique de la libération conditionnelle: deux volets d'une évolution*, in: *Libération conditionnelle: évolution et application (1899-1981)*, *Criminologie*, 1981, pp. 74-80.

MICHOD Marie-Laure, *L'exécution des peines privatives de liberté et la libération conditionnelle selon le CP 2002*, in: A. Kuhn/L. Moreillon/B. Viredaz/A. Willi-Jayet (éd.), *Droit des sanctions. De l'ancien au nouveau droit*, Berne, Stämpfli, Coll. *Criminalité, Justice et Sanctions*, vol. 4, 2004, pp. 165-182.

MILLARD Eric, *Famille et droit public. Recherches sur la construction d'un objet juridique*, Thèse de doctorat non publiée, Université Jean Moulin-Lyon III, <http://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00012086/fr/>.

MILLY Bruno, *Les professions en prison: convergences entre individualisme méthodologique et interactionnisme symbolique*, in: *Année sociologique*, 2001, pp. 103-136.

MINISTERE DE LA JUSTICE TURC, *The Physical Structure and Equipment in Penitentiary Institutions*, <http://www.cte.adalet.gov.tr/kaynaklar/yayinlar/fiziki.jpg>.

MOCK Hanspeter, *Le droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance (article 8 CEDH) à l'aube du*

- XXIe siècle*, in: RTDH, 1998, pp. 237-246.
- MOON G./ALLEN R, *Dignity Discourse, in Discrimination Law: A Better Route to Equality?* <http://www.justice.org.uk/images/pdfs/dignityfinal.pdf>.
- MOREILLON Laurent/BICHOVSKY Aude, *La privation de liberté (art. 31 CST)*, Fiches juridiques suisses, n°1362, Genève 2003.
- MONTANDON Cléopatre/CRETIAZ Bernard, *Paroles de gardiens, paroles de détenus. Bruits et silences de l'enfermement*, Genève, Médecine & Hygiène, Coll. Déviance et société, 1981.
- MOOR Pierre, *Droit administratif, vol. II, Les actes administratifs et leur contrôle*, 2^e éd, mise à jour et augmentée, Berne, Stämpfli, 2002.
- MORGAN Rod, *The European committee for the prevention of torture and inhuman or degrading treatment or punishment*, in: D. van Zyl Smit/F. Dünkel (Eds), *Imprisonment Today and Tomorrow: International Perspectives on Prisoners' Rights and Prison Conditions*, 2^e éd., La Haye, Kluwer Law International, 2001, pp. 717-739.
- *Tortures et traitements inhumains ou dégradants en Europe: quelques données, quelques questions*, in C. Faugeron/A. Chauvenet/P. Combessie (Eds.), *Approches de la prison*, Bruxelles, De Boeck Université, 1996, pp. 323-347.
- MOURGEON Jacques, *Les droits de l'homme, Que sais-je?*, 8^e éd. PUF, 2003.
- MOULY Jean, *Les droits sociaux à l'épreuve des droits de l'homme*, in: *Droit social*, 2002, pp. 799-805.
- MOTTE DIT FALISSE Jean, *Monochronie et polychronie carcérales. Dimensions symboliques et culturelles de l'expérience du temps en prison*, in: RPDP, 2004, pp. 353-360.
- MURDOCH Jim, *Le traitement des détenus - Critères européens*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2007.
- *CPT standards in the context of Council of Europe*, in: Morgan R., Evans M., (Eds), *Protecting Prisoners: The standard of the European Committee for the Prevention of Torture in Context*, Oxford, Oxford University Press, 1999, pp. 36-103.
- MURRAY Joseph, *The cycle of punishment: Social exclusion of prisoners and their children*, in: *Criminology and Criminal Justice*, 2007, pp. 7- 55.

- MUTAF Hasan, *Droit à la santé des détenus au regard de la Convention européenne des droits de l'Homme*, in: Médecine, santé et prison, Médecine & Hygiène, 2006, pp. 35-44.
- MÜLLER, Markus, *Das besondere Rechtsverhältnis: ein altes Rechtsinstitut neu gedacht*, Bern, Stämpfli, 2003.
- NATALE Virginie, *Le droit à des élections libres ou la construction d'un véritable ordre démocratique européen*, in: RTDH, 2006, pp. 939-972.
- NEALE Kenneth, *Ensemble des règles minima pour le traitement des détenus: historique et évolution des règles européennes*, in: RICPTS, 1987, pp. 197-203.
- *Policy and practice. International and Comparative Approaches to Education in Prison Regimes* in: Yearbook of correctional education, éd. S. Duguid, 1989. pp. 101 à 114.
- NIZET Jean/RIGAUX Nathalie, *La sociologie de Erving Goffman*, Repères, éd. La Découverte, 2005.
- NUOFFER Henri, *Les privations de liberté et les concordats d'aujourd'hui et de demain*, in: Du monde pénal, Mélanges en l'honneur de Pierre-Henri Bolle, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2006, pp. 661-676. (cité: NUOFFER 2006a).
- *Nouveau concordat des cantons latins. Continuité dans la recherche d'harmonisation des normes, tout en respectant les diversités régionales*, Bulletin d'information pénitentiaire, 3/2006, pp. 24-25. (cité: NUOFFER 2006b).
- OBRECHT Olivier, *Des progrès pour la santé en prison*, in: Ceras Revue Projet n° 269, Juin 2002. <http://www.ceras-projet.com/index.php?id=1831>.
- O'BRIEN PATRICIA, *The Prison on the Continent. Europe, 1865-1965*, in: N. Morris/D. J. Rothman (Eds), *The Oxford History of the Prison. The Practice of Punishment in Western Society*, New York, Oxford University Press, 1995, pp. 199-225.
- OLIVE Agnès, *Le sida en prison (ou le bilan de la santé publique en milieu carcéral)*, in: RPDP, 1998, pp. 310-319.
- ONAR Siddik Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1966.
- ORIANNE Paul, *Mythe ou réalité des droits économiques, sociaux et culturels*, in: Présence du droit public et droits de l'Homme, Mélanges offerts à Jacques Velu, Bruxelles, Bruylant, Tome III, 1992, pp. 1871-1887.
- OZANOĞLU Hasan Seçkin, *Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü*, in: Ankara Üniversitesi Hukuk

- Fakültesi Dergisi, 2003, pp. 55–77.
- ÖZCAN Burcu/ÖZEL Çağlar, *Kişi Hakları - Hasta Hakları Bağlamında Tıbbi Müdahale Dolayısıyla Çıkan İlişkide Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü ve Aydınlatılmış Rızaya İlişkin Bazı Değerlendirmeler*, in: Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi, 2007, pp. 49-73.
- ÖKÇESİZ Hayrettin, *Hukuk Devletinde Direnme Hakkı*, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, 10. Kitap, İstanbul 2004.
- ÖKTEM Akif Emre, *Uluslararası Hukukta İnanç Özgürlüğü*, İstanbul, Liberté Yayınları, 2002.
- ÖNOK Murat R., *İnsan Hakları ve Türk Ceza Hukuku Açısından, İnfaz Kurumları ve Tutukevlerinde Açlık Grevlerine Müdahale Etme Yükümlülüğü ve Bunun İhmalinden Doğan Sorumluluk*, in: Hukuk ve Adalet, Eleştirel Hukuk Dergisi, Ceza İnfaz Reformu, 2007, pp. 173-216.
- ÖZBEK Veli Özer, *İnfaz Hukuku*, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007.
- ÖZBUDUN Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 6. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2000.
- ÖZTEK Zafer/ÖZCEBE Hilal/ÖZVARI Şevkat Bahar/GERÇEK Selma/BEZCİ Handan/SEVENCAN Funda, *HIV/AIDS Konusunda Hükümlü ve Tutukluların Savunmasızlığına İlişkin Davranış Araştırması*, Sağlık Bakanlığı, G&G Consulting Ltd. ve Hacettepe Halk Sağlığı Vakfı, Ankara 2007.
- ÖZSUNAY Ergun, *Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları*, İstanbul, 1983.
- PAREKH Bhikhu, *Rethinking Multiculturalism: Cultural Diversity and Political Theory*, 2^e édition révisée et annotée, Palgrave, Macmillan, 2006.
- PAUCHET Catherine, *L'espace en milieu carcéral (espace institutionnel et espace vécu)*, in: RPDP, 1984, pp. 295-302.
- PAVIA Marie-Luce, *La dignité de la personne humaine*, in: *Libertés et Droit Fondamentaux*, 12^e édition, Paris, Dalloz, 2006, pp. 143- 162.
- PASTOR RIDRUEJO Jose Antonio, *Le principe de subsidiarité dans la Convention européenne des droits de l'homme*, in: Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte, Festschrift für Georg Ress zum 70. Geburtstag am 21. Januar 2005, Köln, Berlin, München, Carl Heymanns, 2005, pp. 1077-1083.
- PAPAUX VAN DELDEN Marie-Laure, *L'influence des droits de l'Homme sur l'osmose des modèles familiaux*, Coll. genevoise, Helbing & Lichtenhahn, Faculté de droit de Genève, 2002.

PECHILLON Eric, *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1998.

- *Suicide d'un détenu: l'administration pénitentiaire n'est pas responsable*, Actualité Juridique de droit pénal, 2006, pp. 133 -134.

PEDRAZZINI Alexandre, *Le Concordat sur l'exécution des peines et mesures concernant les adultes dans les cantons romands: quelques dates importantes*, in: M. Gottraux/M. Bornicchia (textes réunis et présentés par), Prisons, droit pénal: le tournant?, Lausanne, éd. d'en bas; Genève; éd. I.E.S, 1987, pp. 103-110.

PEDRON Pierre, *La prison et les droits de l'homme*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1995.

PERROT Michelle, *Alexis de Tocqueville et les prisons*, in: J.-G. Petit (sous la dir. de), La prison, le bague et l'histoire, Genève, Librairie des Méridiens/Médecine & Hygiène, Coll. Déviance et Société, 1984, pp. 103-113.

- (sous la dir. de), *L'impossible prison. Recherches sur le système pénitentiaire au XIX^e siècle*, Paris, Seuil, 1980.

- *Les ombres de l'histoire, crime et châtement au XIX^e siècle*, Paris, Flammarion 2001.

PETIT Jacques-Guy, *Les historiens de la prison et Michel Foucault*, in: Sociétés & Représentations, Michel Foucault: surveiller et punir: la prison vingt ans après, numéro dirigé par R. Lenoir avec le concours de M. Tsikounas et la coll. de J.-J. Yvorel, Les cahiers du CREDHESS, n° 3, novembre 1996, pp. 157-170.

- *Ces peines obscures. La prison pénale en France, 1780-1875*, Paris, Fayard, 1990.

PETIT Jacques-Guy/CASTAN Nicole/FAUGERON Claude/PIERRE Michel/ZYSBERG André, *Histoire des galères, bagnes et prisons: XIII^e - XX^e siècles. Introduction à l'histoire pénale de la France*, Toulouse, éd. Privat, 1991.

PETTITI Louis-Edmond/DECAUX Emmanuel/IMBERT Pierre-Henri (sous la dir. de), *La Convention européenne des droits de l'Homme: Commentaire article par article*, 2e éd., Paris, Economica, 1999.

PLATON, *L'Etat ou La république*, traduction de Jean-Nicolas Grou, revue et corrigée sur le texte grec de Bekker Emm, Paris, éd. Chez Lefèvre, 1840.

PERRIN Michel, *L'ajournement et l'interruption de la peine*, in: Revue valaisanne de jurisprudence, 2002, pp. 323-345.

PETERS T./ROBERT L., *Comment la réparation peut dépasser les murs de la prison. Commentaire du projet «détention réparatrice» en Belgique*, in: J.-P. Céré (sous la dir. de), *Panorama européen de la prison*, Paris, L'Harmattan, Coll. Sciences criminelles, pp. 141-183.

PEUKERT Wolfgang, *The European Convention for the Prevention of Torture and European Convention on Human Rights*, in: Morgan R., Evans M. (Eds), *Protecting Prisoners: The standard of the European Committee for the Prevention of torture in context*, Oxford, Oxford University Press, 1999, pp. 85-102.

PICHONNAZ Pascal, *Le régime «partenarial» des partenaires enregistrés*, in: *Droits des gays et lesbiennes en Suisse*, Berne Stämpfli, 2007, pp. 187-270.

PIN Xavier, *Le consentement en matière pénale*, Paris, L.G.D.J., Coll. Bibliothèque des sciences criminelles, 2002.

PINATEL Jean, *Traité élémentaire de science pénitentiaire et de défense sociale*, Melun, Imprimerie administrative, 1950.

PIQUEREZ Gérard, *Traité de procédure pénale suisse*, Schulthess, Genève, 2^e éd. refondue et augmentée, 2006.

PIRES Alvaro, *La réforme pénale et la réciprocité des droits*, in: *Criminologie*, 1991, pp. 81-104.

PLANA Sandrine, *Le prosélytisme religieux à l'épreuve du droit privé*, Paris, L'Harmattan, 2006.

PLAWSKI Stanislaw, *Droit pénitentiaire*, Villeneuve-d'Ascq, Publications de l'Université de Lille III, 1977.

PLUYETTE Gérard, *La définition du mariage en droit civil en question*, in: *Recueil Dalloz*, 2007, pp. 1389 -1395.

PONCELA Pierrette, *Droit de la peine*, 2^e éd., Paris, Presses universitaires de France, Coll. Thémis, 2001.

- *Harmonisation des règles pénitentiaires*, in: *RSC*, 2007, pp. 126-133. (cité: PONCELA 2007a)

- *La logique modale de la peine dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, in: *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?* (sous la dir. de) Yves Cartuyvels, Hugues Dumont, François Ost, Michel van de Kerchove, Sébastien Van Drooghenbroeck, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2007, pp. 363-376. (cité: PONCELA 2007b)

- *Rendre le droit accessible aux détenus*, in: *RSC*, 1998, pp. 161-164.

PORRET Michel, *Beccaria. Le droit de punir*, Paris, Michalon,

2003.

- (études historiques éditées et présentées par), *Beccaria et la culture juridique des Lumières*, Genève, Librairie Droz SA, 1997.

POULALION J.-L., *Pour une culture des résistances carcérales?*, in: RICPTS, 2004, pp. 339-366.

PRADEL Jean, *La politique européenne en matière pénitentiaire*, in: Politiques pénitentiaires et droits des détenus, Actes du Colloque de la FIPP, Stavem, Norvège, 25-28 juin 2008, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2008, pp. 63-74.

- *Les nouvelles «Règles pénitentiaires européennes»*, Recommandation N° R(87)3 adoptée par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe le 12 février 1987, in: RPDP, 1988, pp. 218-222.

- *Histoire des doctrines pénales*, 2^e éd., Paris, Presses universitaires de France, Coll. Que sais-je ?, 1991.

- *La notion de consensualisme en droit de l'exécution de la peine*, in: Nouvelles orientations du régime pénitentiaire, Actes des Journées internationales de la FIPP, Lisbonne/Portugal, 21-25 mai 1999, pp. 143-146.

- *Le parler n'a plus de secret pour le juge d'instruction en matière de criminalité organisée*, in: Recueil Dalloz, 2006, p. 1504.

- *La correspondance écrite de détenu. Le point de la question avec la circulaire du 19 décembre 1986*, in: RPDP, 1987, pp. 257-265.

PUBERT Laurent, *Article 8 - Droit au respect de la vie privée et familiale (synthèse)* in: L'Europe des Libertés, 11/2003, <http://leuropedeslibertes.u-strasbg.fr>.

QUELOZ Nicolas, *Prise en charge des condamnés souffrant de troubles psychiques: perspectives d'avenir et défis à relever en Suisse*, in: Gefängnis als Klinik?: zur Problematik psychisch auffälliger Insassen im Freiheitsentzug: Beiträge und Dokumentation der 5. Freiburger Strafvollzugstage (November 2006)/Prison - asile? : La problématique des détenus souffrant de troubles psychiques: Actes des 5^{èmes} Journées pénitentiaires de Fribourg, (novembre 2006), Berne, Stämpfli, 2008. pp. 101-113.

- *Santé et médecine dans les lieux de détention sous l'angle des Règles pénitentiaires européennes*, in: Médecine, santé et prison, Chêne-Bourg, Médecine & Hygiène, 2006, pp. 81-90.

- *Application des principes de l'art. 75 du CPS révisé dans les établissements de détention: quelques pistes d'interprétation*, texte d'introduction, in: De Sinner Philippe/ Queloz Nicolas/Riklin Franz/Senn Ariane/Brossard Raphaël (Eds.), *Der individuelle Vollzugsplan, Der individuelle Vollzugsplan/Le plan individuel d'exécution des sanctions*, Berne, Stämpfli, Coll. Criminalité, Justice et Sanctions, vol. 7, 2005, pp. 173-181.

QUELOZ Nicolas/RIKLIN Franz/SENN Ariane/DE SINNER Philippe (éd.), *Medizin und Freiheitsentzug/Médecine et détention*, Berne, Stämpfli, Coll. Criminalité, Justice et Sanctions, vol. 1, 2002.

QUERO Laurent, *Les standards pénitentiaires internationaux*, in: P. Artières/P. Lascoumes (sous la dir. de), *Gouverner, enfermer. La prison, un modèle indépassable?*, Paris, Presses de Sciences Po, 2004, pp. 319-339.

OFFICE FEDERAL DE LA JUSTICE ET DE LA DIRECTION DU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC, *Rapports entre le droit international et le droit interne au sein de l'ordre juridique suisse du 26 avril 1989*, in: JAAC, 53 n° 54 (a).

RABILLIER Stéphanie, *Quelle vie privée en détention? Sur quelques aspects de la jurisprudence européenne*, in: J.-P. Céré (sous la dir. de), *Panorama européen de la prison*, Paris, L'Harmattan, Coll. Sciences criminelles, 2002, pp. 75-104.

RAYMOND Jean, *La Suisse devant les organes de la Convention européenne des droits de l'homme: quatre années d'expérience*, Basel, Helbing und Lichtenhahn, 1979, pp. 1-108.

RENCHON Jean-Louis, *La liberté sexuelle n-a-t-elle plus d'autre limite que la liberté sexuelle? A propos de l'arrêt K. A et A. D c. Belgique du 17 février 2005 de la CEDH* in: *En hommage à Francis Delpérée, Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 1309-1320.

RENAUT Marie-Hélène, *Les conséquences civiles et civiques des condamnations pénales; le condamné reste citoyen à part entière*, RSC, 1998, pp. 265 -277.

RENTZMANN William, *Pierres angulaires d'une philosophie moderne de traitement: normalisation, ouverture et responsabilité*, in: *Bulletin d'information pénitentiaire*, n° 16, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1992, pp. 7-14.

RESTELLINI Jean-Pierre, *Les grèves de la faim en médecine pénitentiaire*, in: RPS, 1989, pp. 393-407.

- REYES Hernan, *Fouilles corporelles*, in: Médecine, santé et prison, Chêne-Bourg, Médecine & Hygiène, 2006, pp. 397-418.
- REYNAUD Alain, *Les droits de l'homme dans les prisons*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1995.
- RICHARDSON Geneva, *Prisoners and the law: Beyond rights*, in: C. McCrudden and G. Chambers (Eds), *Individual Rights and the law in Britain*, 1995, pp.179-208.
- RICOEUR PAUL, *Pour l'être humain du seul fait qu'il est humain*, in: (sous la dir. de), Jean-François de Raymond, *Les enjeux des droits de l'homme*, Paris, Larousse, 1988, pp. 235-236.
- RICORDEAU Gwenola, *Les relations familiales à l'épreuve de l'incarcération. Solidarités et sentiments à l'ombre des murs*, Thèse de doctorat non publiée, 2005, Université Paris-Sorbonne - Paris IV, Institut des Sciences Humaines Appliquées, <http://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00116347/fr/>.
- RIVERO Jean, *L'Etat face à la grève de la faim*, in: *La grève de la faim ou le dérèglement du sacré*, Economica, Paris, 1984, pp. 158-165.
- ROBERT Philippe/KELLENS Georges, *Nouvelle perspectives en sociologie de la déviance*, in: *Revue française de sociologie*, 1973, pp. 371-395.
- RODIER-GUILPAR Chantal, *La prise en compte de l'intérêt de l'enfant dans l'application des peines*, in: *Les liens familiaux à l'épreuve du pénal* (sous la dir. de) Alain Bouregba, Ramonville Saint-Agne, Erès, 2002, pp. 57-70.
- RODRIGUES Anabela Miranda, *Consensualisme et prison*, in: *Nouvelles orientations du régime pénitentiaire*, Actes des Journées internationales de la FIPP, Lisbonne/Portugal, 21-25 mai 1999, pp. 147-171.
- ROETS Damien, *Big brother au parloir*, in: *Recueil Dalloz*, 2006, pp. 764 -768.
- ROSTAING Corinne, *La relation carcérale. Identités et rapports sociaux dans les prisons de femmes*, Paris, Presses universitaires de France, 1997.
- *La pertinence et actualité du concept d'institution totale: à propos des prisons*, in: *Erving Goffman et les institutions totales* (sous la dir.de) Charles Amouros, Alain Blanc, L'Harmattan, 2001, pp. 137-153.
- ROTH Robert, *Nouveau droit des sanctions en Suisse*, in: *RSC*, 2006, pp. 117-123.
- *La participation du condamné à l'exécution de sa sanction.*

Nouveau contrat social ou mercantilisation du droit?, in: Pacte, Convention, Contrat. Mélanges en l'honneur du Professeur Bruno Schmidlin, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1998, pp. 359-378.

- *Origines de la libération conditionnelle*, in: R. Roth (sous la dir. de), La libération conditionnelle : risque ou chance? La pratique en 1990 dans les cantons romands, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, Coll. genevoise, 1994, pp. 11-16. (cité : ROTH 1994a)

- *Profils juridique et pénologique de la libération conditionnelle*, in: R. Roth (sous la dir. de), La libération conditionnelle : risque ou chance ? La pratique en 1990 dans les cantons romands, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, Coll. genevoise, 1994, pp. 17-30. (cité: ROTH 1994b)

- *La judiciarisation de l'exécution des peines*, in Présence et actualités de la Constitution dans l'ordre juridique, Mélanges offerts à la Société suisse des juristes pour son Congrès 1991 à Genève, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, Coll. genevoise, 1991, pp. 301-322.

- *Pratiques pénitentiaires et théorie sociale. L'exemple de la prison de Genève (1825-1862)*, Genève, Librairie Droz, 1981.

ROTH Robert/PONCELA Pierrette, *La fabrique du droit des sanctions pénales au Conseil de l'Europe*, La Documentation Française, 2006.

ROUGET Didier, *La Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants. Un outil essentiel de promotion de la dignité des personnes privées de liberté*, in: Institut des Droits de l'Homme/Association pour la Prévention de la Torture, de la prévention des traitements inhumains et dégradants en France, Les cahiers de l'Institut des droits de l'Homme, n° 2, Lyon, Université catholique de Lyon, 1996, pp. 17-31.

ROUILLER Claude, *Protection nationale et internationale des droits de l'homme: concurrence ou complémentarité?*, in: Revue universelle des droits de l'homme, 1995, pp. 248-256.

ROUSSEAU Dominique, *Synthèse* in: Le principe du respect de la dignité de la personne humaine, actes du Séminaire UniDem organisé à Montpellier du 2 au 6 juillet 1998 en coopération avec le Pôle universitaire européen de Montpellier et du Languedoc-Roussillon et la Faculté de droit, Commission européenne pour la

- démocratie par le droit, Strasbourg, Ed. du Conseil de l'Europe, 1999, pp. 109-111.
- ROUX Jacques, *Mettre son corps en cause: la grève de la faim, une forme d'engagement public*, in: Ion Jacques, Peroni Michel, Engagement public et exposition de la personne. Paris, L'Aube, 1997, pp. 111-134.
- RÜEDI Bernard, *Nécessité, qualité et partage de l'information avec le patient*, in: Les cahiers médico-sociaux, 1995, pp. 377-380.
- SAGLAM Mehmet, *Ekim 2001 Tarihinde Yapılan Anayasa Değişiklikleri Sonrasında, Düzenlendikleri Maddede Hiçbir Sınırlama Nedenine Yer Verilmemiş Olan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu*, in: Anayasa Yargısı Dergisi, 2002, pp. 233-266.
- SAGLAM Yılmaz, *Türk İnfaz Sisteminde Ceza İnfaz Kurumları*, Ankara, 2003.
- SABATINI Jean, *Quelques considérations sur les grèves de la faim*, in: *Droits de l'homme et contrainte de la personne*, XI^e Congrès de l'Académie internationale de médecine légale et de médecine sociale, Lyon (France), 27-30 août 1979, textes rassemblés par Jacques Védrinne et Nicole Léry, Acta medicinae legalis et socialis, 1980, pp. 225-258.
- SABUNCU Yavuz, *Anayasaya Giriş*, 9. Bası, Ankara, İmaj Yayınları, 2003.
- SALANE Fanny, *L'enseignement à distance en milieu carcéral, droit à l'éducation ou privilège? Le cas des «détenus-étudiants»*, in: Distance et savoirs, 2008, pp. 413-436. (cité: SALANE 2006a)
 - *L'éducation en milieu carcéral. «Effet institution» et «effet établissement»*, http://www.grenoble.iufm.fr/rural/DOC20072008/CD%20colloque%20OER/comm_def/Fanny%20SALANE.pdf. (cité: SALANE 2006b)
- SALVAGE Philippe, *Le consentement en droit pénal*, in: RSC, 1991, pp. 699-715.
 - *Les soins obligatoires en matière pénale*, in: La semaine juridique, 1997, pp. 460-466.
- SARIHAN Şenal, *Türkiye'deki Cezaevleri Sorunu ve Tarihsel Geligimi*, in: Cezaevleri Sempozyumu, İstanbul, 29-30 Haziran 2002.
- SARITAŞ Hatice, *Hasta Hakları Açısından Hekim Sorumluluğu*, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2006.

- SATTAR Ghazala/KILLIAS Martin, *The Death of Offenders in Switzerland*, in: *European Journal of Criminology*, 2005, pp. 317–340.
- SAYMEN Ferit Hakkı, *Türk İş Hukuku*, İstanbul, 1954.
- SAVCI Bahri, *Yaşam Hakkı ve Boyutları*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1980.
- SAVCI İlkey, *Cezaevi İşyurtları*, in: *Hapishane Kitabı*, (sous la dir. de) Emine Naskalı Gürsoy, Hilal Oytun Altun, İstanbul, 2005, pp. 225-243.
- SCHAUB-LANDAU Sylvie, *Réflexions sur les limites du rôle de l'équipe médico-psychologique en milieu pénitentiaires. A propos de candidats suicidaires ou de refus d'aliments*, in: *RPDP*, 1972, pp. 41-48.
- SCHAUDER Natacha. *Article 2 (Droit à la vie) et Article 3 (Interdiction de la torture)* in: *L'Europe des Libertés*, 14/2004, <http://leuropedeslibertes.u-strasbg.fr>.
- SCHEKTER M./DE VEVEY P., *Milieu carcéral et toxicomanie*, in: *Courrier du médecin vaudois/Revue de la société vaudoise de médecine*, 1999, p. 6.
- SCHWARTZ Barry, *Deprivation of Privacy as a «functional Prerequisite»: the Case of the Prison*, in: *The Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science*, 1972, pp. 229-239.
- SCHWARTZ Bernard, *Holmes versus Hand: Clear and Present Danger or Advocacy of Unlawful Action?*, *The Supreme Court Review*, 1994, pp. 209-245.
- SELLIN Thorsten, *Un regard sur l'histoire de la prison*, in: *Les nouvelles méthodes de restriction de la liberté dans le système pénitentiaire*, Actes du deuxième Colloque international de la FIPP, Ulm, 17-22 avril 1967, pp. 97-108.
- SELZNICK Philip, *Introduction to Eliot Studt*, in *C-Unit: Search for Community in Prison*, in: *Elliot Studt, Sheldon L&Wilson, Thomas P. Russel*, Sage Foundation, 1968, p. 8.
- SERIAUX Alain, *Des intérêts légitimes sans protection juridique: les droits détenus*, in: *RPDP*, 1979, pp. 453-476.
- SEVİNÇ Murat, *Bir İnsan Hakları Sorunu Olarak Açlık Grevleri*, in: *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 2002, pp. 112-135.
- SHEA Evelyne, *Le travail pénitentiaire: un défi européen, étude comparée: France, Allemagne, Angleterre*, Paris, L'Harmattan, 2006.

SIMEANT Johanna, *L'efficacité des corps souffrants: les recours aux grèves de la faim en France*, in: Sociétés contemporaines, 1998, pp. 59-79.

SNACKEN Sonja, «Normalisation» dans les prisons: concept et défis. *L'exemple de l'Avant-projet de loi pénitentiaire belge*, in : De Schutter/D. Kaminski (sous la dir. de), *L'institution du droit pénitentiaire. Enjeux de la reconnaissance de droits aux détenus*, Paris; Librairie générale de droit et de jurisprudence, Bruxelles; Bruylant, Coll. La pensée juridique, 2002, pp. 133-152.

- *Analyse des mécanismes de la surpopulation pénitentiaire*, in: (sous la dir. de), Mary P., Papatheodorou T. *La surpopulation pénitentiaire en Europe*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 45-82.

SONNENBERG Carole, *L'exécution des peines privatives de liberté et la libération conditionnelle selon le CP 1937*, in: *Droit des sanctions. De l'ancien au nouveau droit*, Berne, Stämpfli, 2004, pp. 147-163.

SORDET Joëlle, *La peine privative de liberté selon le CP 2002*, in: A. Kuhn/L. Moreillon/B. Viredaz/A. Willi-Jayet (éd.), *Droit des sanctions. De l'ancien au nouveau droit*, Berne, Stämpfli, Coll. Criminalité, Justice et Sanctions, vol. 4, 2004, pp. 133-145.

SOYASLAN Doğan, *Türk Hukuk Düzeni ve Açlık Grevi Yapan Kişilere Müdahale Sorunu*, in: *Yargıtay Dergisi*, 1990, pp. 269-279.

SPALEK Basia/EL HASAN Salah, *Muslims converts in prison*, in: *Howard Journal of Criminal Justice*, 2007, pp. 99- 114.

SPIELMANN Alphonse, *Le système pénitentiaire: réforme ou abolition*, in: *RDPC*, 1985, pp. 548-560.

- *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, pp. 777-788.

SPRUMONT Dominique, *Le droit à la santé et le droit d'accès aux soins en milieu pénitentiaire*, in: N. Queloz/F. Riklin/A. Senn/P. de Sinner (éd.), *Medizin und Freiheitsentzug/Médecine et détention*, Berne, Stämpfli, Coll. Criminalité, Justice et Sanctions, vol. 1, 2002, pp. 27-43.

STANESCU Florin, *Détenus appartenant à des minorités*, Document de travail, CPT (2000) 65.

STASTNY Charles/TYRNAUER Gabrielle, *Who Rules the Joint?*, Lexington, Massachusetts, Lexington Books, 1982.

STATMAN Daniel, *Humiliation, Dignity and Self-respect* in: *Philosophical Psychology*, 2000, pp. 523-540.

STERN Vivien, *Prisoners As Citizens: A Comparative View*, in: *Probation Journal*, 2002, pp. 130-140.

STRÄULI Bernhard, *La surveillance de la correspondance par poste et télécommunication: aperçu du nouveau droit*, in: *Mehr Sicherheit, weniger Freiheit?*, Chur, Zürich, Rüegger, 2003, pp. 93-194.

SUDRE Frédéric, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 9^e éd. Paris, Presses universitaires de France, 2008.

- *L'article 3bis de la Convention européenne des droits de l'homme: le droit à des conditions de détention conformes au respect de la dignité humaine*, in: *Libertés, Justice, Tolérance, Mélanges en hommage au Doyen Cohen-Jonathan*, Bruylant, 2004, Bruxelles, pp. 1500-1514.

- *L'exercice de «jurisprudence –fiction» : la protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'Homme*, in: Benoit-Rohmer Florence, Grewe Constance (éd.), *Les droits sociaux ou la démolition de quelques poncifs*, Strasbourg, Presse Universitaire de Strasbourg, 2003, pp. 145-168.

- *La construction par le juge européen du droit au respect de la vie familiale*, in: *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme*, (sous la dir. de) Frédéric Sudre, Actes du colloque des 22 et 23 mars 2002 organisé par l'Institut de droit européen des droits de l'homme, Faculté de droit de l'Université Montpellier I, Droit et Justice, Nemesis, Bruylant, 2002, pp. 11-59.

- *Les aléas de la notion de «vie privée» dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, in: *Mélanges en Hommage à Louis Edmond Pettiti*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 687-705. (cité: SUDRE 1998a)

- *La «perméabilité» de la Convention européenne des droits de l'homme aux droits sociaux*, in: *Mélanges J. Mourgeon*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 467-478 (cité: SUDRE 1998b).

SUDRE Frédéric/MARGUENAUD Jean-Pierre/
ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël/ GOUTTENOIRE Adeline
Adeline/LEVINET Michel, *Les grands arrêts de la Cour*

- européenne des droits de l'Homme*, 4^e éd. mise à jour, Paris, Thémis, Droit, PUF, 2007.
- SUEUR C., *SIDA, Prison. Revue de littérature, état des lieux, perspectives*, in: L'évolution psychiatrique, 1993, pp. 113-142.
- SWEPSTON Lee, *Prison Labor and International Human Rights*, in: International Relations Research Association, 53rd Annual Proceedings, <http://www.leswepston.net/prison.htm>.
- SYKES Gresham M., *The Society of captives. A Study of a Maximum Security Prison*, Princeton, Princeton University Press, 1958.
- SYR Jean-Hervé, *Punir et réhabiliter*, Paris, Economica, 1990.
- ŞEN Hasan, *The Transformation of The Politics of Punishment and the Birth of Prison in the Ottoman Empire (1845-1910)*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bogaziçi Üniversitesi, 2006.
- ŞEN Ersan, *Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması*, İstanbul, Kazancı Yayınları, 1996.
- TALENDRIER J., *La problématique du travail-prison: les intentions à la peine*, in: Economie et humanisme, 1994, pp. 41-49.
- TANÖR, Bülent, *Düşünce Hürriyeti ve 1961 Türk Anayasası*, Öncü yayınları, İstanbul, 1969.
- *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri: 1789-1980*, İstanbul, Der Yayınları, 2. baskı, 1995.
 - *Anayasa Hukuku Açısından Sivil İtaatsizlik*, in: Argumentum Hukuk ve Devlet Felsefeleri ile Hukuk Dogmatığı Açıklarından Hukuk Devletinde Sivil İtaatsizlik Olgusunun Değerlendirilmesi, Sempozyum Özel sayısı, 1993, pp. 701-703.
 - *Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, 3. bası, İstanbul, BDS Yayınları, 1994.
- TANÖR, Bülent /YÜZBAŞIOĞLU Necmi, *Türk Anayasa Hukuku*, İstanbul, Beta Yayınları, 2006.
- TANQUEREL Thierry, *La responsabilité de l'Etat sous l'angle de la loi genevoise sur la responsabilité de l'Etat et des communes du 24 février 1989*, in: La Semaine judiciaire, 1997, pp. 345-372.
- TARTAKOWSKY Pierre., *La prison - Enquête sur l'Administration pénitentiaire*, Payot, 1995.
- TAŞKIN Ahmet, *Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunda Beslenmenin Reddi*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2006, pp. 230- 261.
- *Türkiye 'de ve Dünyada Açlık Grevleri*, Ankara, 2005.

- TAŞTAN Mehmet, *Telekomünikasyon Yoluyla Gerçekleştirilen İletişimin, Önleme (İstihbari) Amaçlı Olarak Denetlenmesinin Amaç, Kapsam ve Sınırları*, in: Terazi Hukuk Dergisi, 2009, pp. 93-109.
- TCHEN Vincent, *Les droits fondamentaux du détenu à l'épreuve des exigences du service public pénitentiaire*, in: RFDA, 1997, pp. 597-614.
- TEA Cécile, *Le travail et la détention*, in: RPD, 2005, pp. 75-84.
- TERRA Jean-Louis, *Prévention du suicide des personnes détenues*, in: Médecine, santé et prison, Chêne-Bourg, Médecine & Hygiène, 2006, pp. 336-344.
- TERRE Dominique, *Les questions morales du droit*, Paris, PUF, Coll. Ethique et philosophie morale, 2007.
- THIERRY Jean-Baptiste, *Aspects juridiques des droits des patients détenus et de l'éthique des soins en milieu carcéral*, in: Actes du colloque : Santé en prison: Dix ans après la loi: quelle évolution dans la prise en charge des personnes détenues?, Maison de la Mutualité, Paris, 12 juillet 2004? http://www.vie-publique.fr/documents-vp/colloque_sante_prison.pdf.
- THOMAS Jim/ZAITZOW Barbara H., *Conning or Conversion? The Role of Religion in Prison Coping* in: The Prison Journal, 2006, pp. 242-259.
- TIGROUDJA Hélène, *Le maintien en détention d'une personne atteinte d'un cancer au regard de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme (C.E.D.H., 14 novembre 2002)*, in: Petites affiches, La Loi, Le Quotidien juridique, n° 122, 2002, pp. 15-21.
- TOSI Umberto, *A quoi sert la formation en milieu carcéral? Demandes de formation, investissements et performances dans le cadre d'une prison préventive, selon la position sociale des détenus*, in: RICPTS, 1991, pp. 43-58.
- TOURNIER Pierre-Victor/CHEMITHE Philippe, *Contribution statistique à l'étude des conduites suicidaires en milieu carcéral, (1975-1978)*, Tome I et Tome II, Paris, Ministère de la Justice, 1979.
- TRAN Hélène, *Le refus de la Cour d'imposer aux États parties l'obligation de mettre en place un système organisé de libération conditionnelle pour les détenus condamnés à réclusion criminelle à perpétuité*, in: L'Europe des Libertés, 2008, p. 26.
- TRECHSEL Stefan, *Taking care of detainees in the light of human rights*, in: P.-H. Bolle/D. Yarsuvat (sous la dir. de), Problèmes

pratiques et nouvelles perspectives dans le domaine pénitentiaire, Actes des Journées de Galatasaray, Istanbul/Turquie, 4-7 septembre 2002, FIPP, Université de Galatasaray, 2004, pp. 95-122.

- *Rapport sur les droits de l'homme des personnes privées de liberté*, in: 7^e Colloque international sur la Convention européenne des droits de l'homme, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1990.

TROISIER Solange, *Les enfants de délinquants*, in: RICPTS, 1976, pp. 61-71.

TULKENS Françoise, *La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de détention: ses implications pour les professionnels chargés de l'exécution des peines*, in: N. Queloz/F. Riklin/P. de Sinner/F. Bütikofer Repond/A. Senn (éd.), *Das Personal im Sanktionenvollzug: Auftrag und Herausforderung/ Les professionnels chargés de l'exécution des sanctions: quelles missions, quels défis ?*, Berne, Stämpfli, Coll. Criminalité, Justice et Sanctions, vol. 3, 2003, pp. 63-91.

- *Droits de l'homme et prison. La jurisprudence de la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme*, in: J.-P. Céré (sous la dir. de), *Panorama européen de la prison*, Paris, L'Harmattan, Coll. Sciences criminelles, 2002, pp. 29-74. (cité: TULKENS F. 2002a)

- *Droits de l'homme et prison. Jurisprudence de la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme*, in: O. De Schutter/D. Kaminski (sous la dir. de), *L'institution du droit pénitentiaire. Enjeux de la reconnaissance de droits aux détenus*, Paris; Librairie générale de droit et de jurisprudence; Bruxelles; Bruylant, Coll. La pensée juridique, 2002, pp. 249-285. (cité: TULKENS F. 2002b)

- *Les droits sociaux dans la jurisprudence de la nouvelle Cour européenne des droits de l'Homme*, in: Benoit-Rohmer Florence, Grewe Constance (Eds.), *Les droits sociaux ou la démolition de quelques poncifs*, Strasbourg, Presse Universitaire de Strasbourg, 2003, pp.117-143.

- *Le droit à la vie et le champ des obligations des Etats dans la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'Homme*, in: *Libertés, justice, tolérance, Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 1605-1626.

- *Le droit à la liberté et à la sûreté (art. 5 CEDH)*, in: Bulletin des droits de l'homme, n° 11/12, 2005, pp. 67-81.
- *Le droit à la santé dans la jurisprudence de la C.E.D.H.*, in: Prisons d'Europe, (sous la dir. de), G. Lucazeau Presses Universitaires de Nancy, 2008, pp. 121-138.
- TULKENS Françoise/DONNAY Luc, *L'usage de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme: paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature?*, in: RSC, 2006, pp. 3-23.
- TULKENS Hans H., *La notion de traitement dans les règles pénitentiaires européennes*, in: Bulletin d'information pénitentiaire, n° 11, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1988, pp. 8-19.
- TUNÇOMAĞ Kenan/CENTEL Tankut, *İş Hukukunun Esasları*, 2. Bası, İstanbul, 1999.
- UNESCO, *Le projet d'étude sur l'éducation de base dans les prisons*, <http://www.unesco.org/education/uie/online/prifr/premier1.htm>.
- UŞAN Fatih, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Tutuklu ve Hükümlü Çalışması*, in: Prof. Dr. Nuri Çelik 'e Armağan, cilt II, İstanbul, Beta yayınları, 2001, pp. 1436-1473.
- ÜNVER Yener, *Erteleme ve Şartla Salıverme*, in: 21. Yüzyıla Girerken Cezaların İnfazı Sempozyumu (21-22 Ocak 2000) Ankara, 2001.
- ÜZELTÜRK Sultan, *1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı*, İstanbul, Beta Yayınları, 2004.
- VACHERET Marion, *Relations sociales en milieu carcéral. Une étude des pénitenciers canadiens*, in: Déviance et Société, 2002, pp. 83-104.
- VACHERET Marion/LEMIRE Guy, *Anatomie de la prison contemporaine*, Montréal, Presse Universitaire de Montréal, 2007.
- VAN DE KERCHOVE Michel, *Les caractères et les fonctions de la peine, noeud gordien des relations entre droit pénal et droits de l'Homme*, in: Les droits de l'Homme, bouclier ou épée du droit pénal?, (sous la dir. de) Yves Cartuyvels, Hugues Dumont, François Ost, Michel Van de Kerchove, Sébastien Van Drooghenbroeck, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2007, pp. 337-362.
- *Quand dire, c'est punir. Essai sur le jugement pénal*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-

Louis, 2005.

- *Le consentement dans le champ de la sanction pénale: portée et enjeux*, in: La responsabilité et la responsabilisation dans la justice pénale, (sous la dir. de) F. Digneffe et Th. Moreaux, Bruxelles, De Boeck & Larcier, 2006, pp. 397-406.

VALLOTTON André, *Nouvelles minorités dans l'institution totale. Vers une redéfinition des buts de la peine?*, in: Minorités et diversité culturelle en prison, Actes du Colloque de la FIPP, Popowo, Pologne, 13-17 juin 2007, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2007, pp.219-236.

- *Le maintien de la productivité du travail en prison*, in: Quelques questions-clés de la politique pénitentiaire actuelle, Actes du VIII^e Colloque international de la FIPP, Fuchu/Tokyo, 16-20 janvier 1998, pp. 149-174. (cité: VALLOTTON 2000a)

- *Le travail dans le contexte du traitement pénitentiaire contemporain*, in: RICPTS, 2000, pp. 69-81. (cité: VALLOTTON 2000b)

- *De la prison coercitive à la prison normative*, in: Nouvelles orientations du régime pénitentiaire, Actes des Journées internationales de la FIPP, Lisbonne/Portugal, 21-25 mai 1999, pp. 133-140.

VAN DIJK Pieter/VAN HOOFF Fried/ VAN RIJN Arjen/ZWAAK Leo, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4^e édition, Antwerpen, Intersentia, 2006.

VAN KEMPEN Piet Hein, *Positive obligation to ensure the human rights of prisoners*, in: Politiques pénitentiaires et droits des détenus, Actes du Colloque de la FIPP, Stavern, Norvège, 25-28 juin 2008, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2008, pp. 21-44.

VAN ZYL SMIT Dirk/DÜNKEL Frieder, *Conclusion: Prison labour-salvation or slavery?*, in: Prison labour: salvation or slavery? : International perspectives, (Eds) Dirk van Zyl Smit and Frieder Dunkel Aldershot, Ashgate, Dartmouth, 1999, pp. 335-347.

VEDRINNE Jacques, *Du corps, lieu d'oppression à la contrainte de la personne*, in: Droits de l'homme et contrainte de la personne, XI^e Congrès de l'Académie internationale de médecine légale et de médecine sociale, Lyon (France), 27-30 août 1979, textes rassemblés par Jacques Védrinne et Nicole Léry, Acta medicinae legalis et socialis, 1980, pp. 7-11.

VELU Jacques, *La Convention européenne des droits de l'homme et le droit au respect de la vie privée, du domicile, des communications*, in: *Vie privée et droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1973, pp. 35-138.

VELU Jacques/ERGEC Rusen, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1990.

VERDUSSEN Marc, *Concours et enjeux du droit constitutionnel pénal*, Bruxelles, Bruylant, 1995.

VERIN Jacques, *La resocialisation sur la sellette*, in: RSC, 1978, pp. 416-426.

VERNET Joseph, *La sauvegarde des droits des détenus*, in: Quatorzième journées de Défense sociale, Fribourg, 28-29 octobre 1966, Supplément à la RSC, 3/1967, pp. 69-94.

VIREDAZ Baptiste, *L'affaire Minelli III à la lumière du nouveau code pénal et des règles pénitentiaires européennes 2006*, in: JdT 2007 IV, pp 42-80.

- *Exécution des sanctions privatives de liberté: les grands principes*, in: Kuhn A., Moreillon L., Viredaz B., Bichovsky A. (éd.), *La nouvelle partie générale du Code pénal*, Stämpfli, Berne, 2006, pp. 329-353.

VOLIO F., *Legal Personality Privacy and the Family*, in: Louis Henkin (Ed.) *International Bill of Right*, Columbia University Press, 1981, pp. 185-209.

WACHSMANN, Patrick, *Les droits de l'homme*, 5^e éd. Paris, Dalloz, 2008.

- *Le droit au secret de la vie privée*, in: *Droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme: Actes du colloque des 26 et 27 novembre 2004* organisé par l'Institut de droit européen des droits de l'homme, Faculté de droit, Université Montpellier I: journée nationale d'études de la Commission pour l'étude des Communautés européennes (sous la dir. de) Frédéric Sudre, Bruxelles, Nemesis, 2005, pp. 130-177.

WALTER C., *La dignité humaine en droit constitutionnel allemand*, in: *Le principe du respect de la dignité de la personne humaine: Actes du Séminaire UniDem* organisé à Montpellier du 2 au 6 juillet 1998, en coopération avec le Pôle universitaire européen de Montpellier et du Languedoc-Roussillon et la Faculté de droit - Commission européenne pour la démocratie par le droit , Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1999, pp. 26-44.

WASEK Andrzej, *Le consensualisme dans les prisons:*

expériences polonaises récentes, in: Nouvelles orientations du régime pénitentiaire, Actes des Journées internationales de la FIPP, Lisbonne/Portugal, 21-25 mai 1999, pp. 183-189.

WEBSTER Cheryl Marie, *The (in)effectiveness of statutory norms for the provision of mandatory prison labour*, in: Quelques questions-clés de la politique pénitentiaire actuelle, Actes du VIII^e Colloque international de la FIPP, Fuchu-Tokyo/Japon, 16-20 janvier 1998, pp. 181-247.

WELZER-LANG Daniel/MATHIEU Lilian/FAURE Michaël, *Sexualité et violences en prison: ces abus qu'on dit sexuels*, 2^e éd., Lyon, Observatoire international des prisons, Aléas, 1997.

WERRO FRANZ, *Concubinage, mariage et démariage*, Fabienne Lavanchy, Berne, Staempfli, 2000.

YARSUVAT Duygun, *Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Hürriyeti ve İlgili Ceza Hükümleri*, İstanbul, 1968.

- *Bir Sosyolojik ve Kültürel Alt Grup Olarak Cezaevi Toplumu*, in: İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi, 2/1984, pp. 453-464.

- *Türkiye Cumhuriyeti Anayasasına Göre Kişi Hürriyeti ve Güvenliği, Özel Hayatın Gizliliği, Konut Dokunulmazlığı ve Haberleşme Hürriyeti Üzerine Düşünceler*, in: Türkiye Büyük Millet Meclisi 1. Anayasa Hukuku Sempozyumu, Ankara, 2003, pp. 21-36.

YENİDÜNYA Ahmet Caner, *Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Şartla Salıverme*, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2002.

YENİSEY Feridun, *İnfaz Hukukunun Tarihçesi ve Tutuklu ve Hükümlü Haklarının Gelişimi*, in: Modern Ceza İnfazı ve Cezaevlerinin Yönetim Sistemi Kolokyumu, 15-16 Şubat 2001 Ankara, pp. 5-21. (cité: YENİSEY 2001a)

- *İnfaz Hukukunun İnsan Hakları Yönü*, in: İnfaz Hukukunun Sorunları Sempozyumu, 24-25 Kasım 2000, Goethe Institut, Başkent Üniversitesi, Ankara 2001, pp. 237-252. (cité: YENİSEY 2001b)

YILDIRIM KADIR, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Divan Kararlarının Hukuksal Niteliği ve Taraf Devletlerde Uygulanması*, İstanbul, Kazancı Yayınları, 1997.

YILDIZ Gültekin, *Osmanlı Devletinde Hapishane Islahatı*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, 2002.

YÜZBAŞIOĞLU Necmi, *Dernek, Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hak ve Özgürlüklerine İlişkin Anayasada Yapılan Son Değişiklikler Üzerine Bir Değerlendirme*, in: Türkiye Büyük Millet

Meclisi 1. Anayasa Hukuku Sempozyumu, Ankara. 2003, pp. 37-44.

ZAKINE Ivan, *Les droits sociaux du détenu*, in: RPDP, 1982, pp. 267-284.

ZIRILLI Anne, *Le couple devant la loi: mariage, union libre, pacs - divorce, veuvage*, Lausanne, éd. Plus, 2006.

Travaux préparatoires cités

CLDJP, *Commentaire article par article du Concordat du 10 avril 2006 sur l'exécution des peines privatives de liberté et des mesures concernant les adultes et les jeunes adultes dans les cantons latins (Concordat latin sur la détention pénale des adultes)*, 2006, <http://www.cldjp.ch/data/adultes/commentaire-cp.pdf>.

CONSEIL FEDERAL, *Message relatif à une nouvelle Constitution fédérale du 20 novembre 1996*, FF 1997 I 1.

CONSEIL FEDERAL, *Message concernant la modification du Code pénal suisse (dispositions générales, entrée en vigueur et application du code pénal) et du Code pénal militaire ainsi qu'une Loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs du 21 septembre 1998*, FF 1999 1787.

CONSEIL FEDERAL, *Message relatif à la modification du Code pénal dans sa version du 13 décembre 2002 et du Code pénal militaire dans sa version du 21 mars 2003, du 29 juin 2005*, FF 2005 4425.

CONSEIL FEDERAL, *Message sur l'adhésion de la Suisse aux deux Pactes internationaux de 1966 relatifs aux droits de l'homme et une modification de la Loi fédérale d'organisation judiciaire du 30 janvier 1991*, FF 1991 I 1129.

CONSEIL FEDERAL, *Protocole facultatif se rapportant à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, FF 2007 283.

CONSEIL FEDERAL, *Message concernant la ratification du Protocole facultatif à la Convention sur la torture*, FF 2004 1035.

GRANDE ASSEMBLEE NATIONALE TURQUE, *Le message de la loi n° 5275 sur l'exécution des peines et des mesures*, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/>.

