

Grégory Salle

Le leurre de la loi pénitentiaire

Chapô : On assiste depuis quelques années à un retour de la question pénitentiaire sur la scène publique, dont ont témoigné les « États généraux de la condition pénitentiaire » de 2006. À l'heure où les gouvernants se proposent à nouveau de « réformer » la prison, avec l'adoption promise d'une loi pénitentiaire brandie comme un fétiche, il n'est pas inutile de revenir à des leçons fondamentales : « On nous dit que la justice est débordée. Nous le voyons bien. Mais si c'était la police qui l'avait débordée ? On nous dit que les prisons sont surpeuplées. Mais si c'était la population qui était suremprisonnée ? »¹.

Au secours, la « grande loi pénitentiaire » revient !

Dès la fin mai 2007, à peine installée dans son fauteuil ministériel, Rachida Dati annonçait la rédaction d'une « grande loi pénitentiaire ». Une annonce en fanfare, car dans ses déclarations publiques, le projet est classé par la garde des Sceaux parmi les objectifs principaux de l'année, aux côtés du remodelage de la carte judiciaire et de l'adoption de textes relatifs au « multirécidivisme ». Cette loi, qualifiée de « fondatrice », serait même « l'une des grandes ambitions du gouvernement », un « engagement du Président de la République » – rien de moins. Le futur texte est placé sous le signe de la largeur, sinon de la largesse, puisqu'il est voué à englober non seulement la prison, pudiquement rebaptisée « milieu fermé » par le langage bureaucratique, mais aussi le « milieu ouvert », c'est-à-dire l'ensemble des individus placés « sous main de justice » hors des murs. Un site Internet a été spécialement créé à cet effet². Sur la forme, il montre la détermination gouvernementale à accomplir sa mission, autant qu'il illustre l'évolution des stratégies de figuration publique auxquelles recourent les élites au nom de la transparence. Sur le fond, il rend compte de la progression du travail en cours, qui suscite d'emblée l'optimisme de certains des experts mandatés pour préparer l'événement³.

Dans son discours du 11 juillet 2007, la ministre a réactivé un argumentaire poli par les siècles pour justifier son entreprise. Elle a argué qu'il est « *temps de porter un regard apaisé et serein sur la prison* », de « *traduire dans notre droit positif les règles pénitentiaires européennes* », de « *garantir les droits fondamentaux des personnes détenues en apportant des réponses concrètes aux questions posées par la mise en œuvre de ces droits* ». En guise d'avant-goût de la loi pénitentiaire et de l'infatigable progrès de l'État de droit qu'elle est censée traduire, la fonction de contrôleur général des lieux privatifs de liberté a été instituée en octobre 2007. Hélas, les esprits chagrins

¹ Manifeste du Groupe d'Information sur les Prisons (GIP), février 1971. Cf. *Le Groupe d'Information sur les Prisons – Archives d'une lutte, 1970-1972*. Documents réunis et présentés par P. Artières, L. Quérou, M. Zancarini-Fournel, Paris, IMEC, 2003.

² <http://www.loi-penitentiaire.justice.gouv.fr/> (sauf mention contraire, les citations en sont issues).

³ « *Il y a beaucoup de participants qui ont des points de vue constructifs. C'est bien de se mettre autour d'une table sans passion politique excessive* » a ainsi expliqué Jean Favard, conseiller honoraire à la Cour de cassation, ancien conseiller de Robert Badinter et auteur en 1981 d'un ouvrage intitulé *Le labyrinthe pénitentiaire*, à la sortie de la première assemblée plénière du « Comité d'orientation restreint » (cf. *infra*).

font valoir qu'en l'absence de moyens sérieux et surtout d'un pouvoir de sanction – qui définit depuis Max Weber l'effectivité du droit étatique – le rôle de cette « réforme en trompe-l'œil »⁴ risque fort de confiner à l'insignifiance, voire de servir d'alibi à une institution dont le moins que l'on puisse dire est qu'elle n'est pas au-dessus de la critique. Rien de moins équivoque, pour le rappeler, que le récent scandale des quartiers disciplinaires de Fleury-Mérogis, dont les normes en matière de luminosité et de superficie sont inférieures à celles des poulaillers et des chenils...⁵

Pour ce qui concerne la probable future loi pénitentiaire, un « comité d'orientation restreint » (COR) composé de vingt-sept membres a été mis en place en vue de « *définir les grandes thématiques de ce projet, mais aussi pour trancher des questions qui seront soulevées à l'occasion de l'élaboration du texte* ». Ses réflexions sont canalisées en amont par quatre axes prioritaires, il est vrai extensibles : les missions du service public pénitentiaire et de ses personnels, les droits et devoirs des détenus, les aménagements de peine, et enfin les régimes de détention. Le COR s'est réuni à nouveau en août et en septembre ; la synthèse de ses travaux, initialement prévue pour octobre, doit accompagner la première version du projet de loi soumise à la sagacité des sénateurs. Ce comité réunit bien sûr des professionnels judiciaires et pénitentiaires, parmi lesquels des représentants d'organisations syndicales et associatives⁶. Il fait également appel à la société civile, gage ostensible de la figure imposée de l'« ouverture » : on y trouve ainsi le journaliste Ivan Levaï et l'auteur Alexandre Jardin. En revanche, comme d'habitude, aucun détenu ou ancien détenu n'y a été convié. Les prisonniers sont toujours destitués du droit à la parole légitime sur leur propre condition, quand bien même le discours managérial s'évertue à leur prêter le statut fictif (et un brin cynique) d'« usagers », en accord avec la requalification du système carcéral sous l'étiquette avenante de « service public pénitentiaire ».

On sait que depuis sa conversion comme modalité pénale, le dispositif carcéral est en quête perpétuelle d'un brevet de respectabilité certifiant sa conformité patente aux valeurs et aux normes de l'État de droit. Et qu'à cet effet, il est le foyer d'un retour inlassable de motifs, de schèmes et d'énoncés quasiment invariables. Parmi ceux-ci, la désolation carcérale ne cesse de reconduire au mythe d'une « vraie » politique pénitentiaire – comme si la gestion sécuritaire mâtinée d'aspirations humanistes n'en était pas une – dont la loi est présumée être le tremplin. En l'occurrence, l'air de déjà vu est particulièrement vivace. C'est que le processus rejoue un précédent très récent, qu'il semble presque mimer ; il est vrai qu'en termes de répétition de l'histoire carcérale, le double mouvement de la tragédie et de la farce n'a jamais fait défaut...

L'éternel retour du déjà vu

Souvenez-vous : du côté de la gauche plurielle, il fut aussi question de l'adoption d'une « grande loi pénitentiaire », sans que l'on sache déjà ce que le qualificatif « grande » prétendait exactement signifier. C'est d'ailleurs sous la contrainte que les responsables politiques avaient dû faire face à la question carcérale, à la suite de l'affaire Vasseur, du médecin-chef de la Santé, dont le témoignage personnel a été médiatiquement hissé au rang de signal d'alarme général⁷. Entre onde de choc et coup de tonnerre, les métaphores se bousculaient alors pour suggérer l'ampleur d'un séisme qui a tourné au

⁴ Selon l'expression de l'Observatoire International des Prisons : « Il s'agit d'une réforme en trompe-l'œil », *Le Nouvel Observateur*, 18 octobre 2007.

⁵ « Rapport d'expertise accablant sur l'insalubrité du “mitard” de Fleury-Mérogis », *Le Monde*, 3 octobre 2007.

⁶ On remarque que l'Observatoire International des Prisons (OIP), l'association la plus en vue sur le terrain carcéral au travers notamment de sa publication *Dedans/Dehors*, n'y figure pas.

frémissement. Il s'agissait pourtant de répondre à l'« humiliation pour la République » ressentie par les sénateurs lorsqu'ils sursautèrent après deux siècles de négligence⁸, de conformer le fonctionnement carcéral aux règles d'un État de droit digne de ce nom, de mettre fin à l'arbitraire dans des prisons modernisées et mieux contrôlées, de s'aligner sur les recommandations supranationales engageant les États membres à la judiciarisation des peines privatives de liberté, etc. L'expression clef était alors celle de « sens de la peine », notion floue, donc fédératrice, supposée fonder une approche progressiste de l'emprisonnement, déliée de la spirale sécuritaire. C'était au moment du vote de la loi sur la sécurité quotidienne en novembre 2001, mais avant, naturellement, que le projet ne soit discrètement enterré en mars 2002 pour des raisons expressément électorales – stratégie qui, comme on sait, fut couronnée de succès... Le texte avait de toute façon pris une tournure si austère qu'il n'y avait pas de quoi le regretter. En tout cas jusqu'à aujourd'hui où, si la pièce se rejoue, c'est surtout pour le pire. Elle semble même se parodier par certains aspects. Ainsi, en 2002, la Chancellerie avait déjà mandaté un « conseil d'orientation stratégique ». Certaines proportions sont restées puisqu'il n'y a qu'une seule universitaire dans les deux cas. S'il est un sujet sur lequel commissions et rapports se suivent et se ressemblent, c'est bien la prison. Pourtant, l'initiative gouvernementale fait comme si le texte de loi, officiellement rangé dans un tiroir de l'administration pénitentiaire mais auquel l'administration pouvait officieusement se référer, n'existait qu'à l'état de référent abstrait, et comme si les États généraux de la condition pénitentiaire n'avaient pas eu lieu, sans parler de la cascade de rapports récents⁹, dont la nouveauté n'était déjà pas l'attribut le plus renversant. Une partie des personnels et même des détenus a récemment été sondée. Dans ces conditions, difficile de ne pas penser qu'enclencher une dynamique de « réflexion » quand tant de bons livres sont disponibles en librairie, et la rédaction d'une loi quand un modèle existe déjà, s'apparente fâcheusement à une vaine agitation. Reste que la loi, cette fois, sera probablement adoptée. Et qu'en apparence, elle répond à un impératif posé par les États généraux, qui en faisaient le fondement de la « réforme »¹⁰. À un détail près : il s'agissait alors de faire de l'incarcération une sanction de dernier recours. Le *credo* gouvernemental, qui promet d'en finir avec l'« impunité » des délinquants et de rompre avec le « laxisme » ambiant, ne laisse pas présager des lendemains punitifs qui chantent. Les premières propositions du COR, dont l'accès à une allocation d'insertion en détention, les limites en matière de sanction disciplinaire et de fouille corporelle ou le droit à l'expression collective, n'ont pas vraiment été accueillies avec un enthousiasme débridé par la garde des Sceaux. Sans surprise, la manœuvre gouvernementale cumule une prédilection pour l'euphémisme, un penchant pour l'amnésie sélective et une lecture de l'histoire qui, heureuse coïncidence, lui est aussi favorable que possible. Un exemple : si la future loi se veut fondatrice, elle n'omet pourtant pas d'être présentée comme le parachèvement des textes français dits de référence, avant tout la loi relative au service public pénitentiaire du 22 juin 1987, « première loi pénitentiaire » (paradoxal, quand le drame est censé être causé par l'absence de loi) voulue par Albin Chalandon vingt ans plus tôt, après le retour de la droite au gouvernement en 1986. Sans doute à cause de

⁷ Depuis auteur d'un livre semblable sur l'hôpital, et candidate UMP (battue) dans la dixième circonscription de Paris aux dernières élections législatives.

⁸ *Prisons : une humiliation pour la République*, Rapport de la commission d'enquête sur les conditions de détention dans les établissements pénitentiaires en France, Sénat, n° 449, juin 2000.

⁹ Rapport Canivet sur le contrôle extérieur (2000), rapport Warsman sur les alternatives à la détention (2003), rapport de la Commission nationale consultative aux droits de l'homme sur le (non-)respect des droits de l'homme en prison (2004)...

¹⁰ <http://www.etatsgenerauxprisons.org/>

l'enthousiasme d'un quasi anniversaire, une telle présentation est plus que charitable pour l'ancienne (et l'actuelle) majorité. Le ministre de l'époque n'a en effet rien « voulu » : l'adoption de la loi de 1987 fut d'abord un préalable législatif indispensable à l'édification de prisons à gestion mixte (c'est-à-dire dans lesquelles l'intendance est confiée à des acteurs privés), dont le statut dérogeait aux règles de concession ordinaires du marché public... Autre parade symbolique dont l'honnêteté intellectuelle n'est pas la première vertu : l'invocation d'un désir de se conformer aux règles émises par le Conseil de l'Europe en 2006, désir d'autant plus remarquable que ces règles sont seulement incitatives, n'étant pas assorties d'un pouvoir de sanction. La Chancellerie n'omet d'ailleurs pas de préciser qu'elles n'ont pas valeur contraignante et constituent seulement un outil de référence. Or, ces règles ne datent pas d'aujourd'hui : existant depuis 1973, elles ont déjà été actualisées en 1987 avant de l'être à nouveau en 2006. En outre, on peut douter du fait que tous les articles en soient scrupuleusement respectés, comme le n°50 qui invite, naturellement sous conditions, à ce que les détenus puissent discuter de leur condition.

Le leurre et l'argent du leurre

Qu'on nous pardonne ce vilain calembour ! Le leurre : faire accroire qu'une loi réglera la question pénitentiaire. L'argent du leurre : permettre à la droite de se décerner une médaille de bonne conduite dans un domaine où elle n'a jamais vraiment brillé, tout en faisant un pied de nez à l'actuelle opposition, puisqu'elle s'apprête à « réussir » là où la gauche a échoué. Dans sa conquête de l'hégémonie politico-culturelle, la pensée néo-conservatrice s'est faite la dépositaire du mouvement et du progrès ; pourquoi ne pas se faire aujourd'hui le fer de lance de la modernisation carcérale ? Le regard apaisé et serein prôné par le discours ministériel indique cependant que la sensiblerie n'est pas de mise. Quand, constatant que la prison est une cible de choix pour la critique, la ministre laisse curieusement affleurer une interrogation audacieuse (« *est-ce la contestation du principe même de privation de liberté ; ce qui renvoie à la légitimité de la prison ?* »), le lecteur retient (fugacement) son souffle : heureusement, elle se garde bien d'y répondre autrement que par la voie du sacro-saint pragmatisme. L'humanisation de la prison est même présentée, de manière assez franche, moins comme fin en soi que comme le moyen d'une meilleure efficacité. On ne saurait mieux exprimer la raison utilitariste selon laquelle, depuis le XVIII^e siècle, rendre l'art de punir moins arbitraire est pensé comme une condition de son efficacité¹¹.

Dès lors, quand le ton devient emphatique (« *Je souhaite à cet égard que le débat au Parlement sur la loi pénitentiaire constitue un grand rendez-vous de la France avec ses prisons et qu'il marque un tournant dans l'histoire de la prison républicaine.* »), c'est pour se faire aussitôt rassurant : « *Je le redis ici : il ne s'agit pas de mettre en cause la prison dans son principe, ni de tenir un discours misérabiliste ou complaisant à l'égard des délinquants et des criminels [...] Si nous voulons humaniser les prisons, il faut d'abord en accepter la nécessité* ». Certes, Rachida Dati est bien obligée de relever que « *la société française, et en particulier les médias, portent une appréciation critique sur les prisons, jugées comme indignes de notre démocratie* » et de rappeler que les « *enquêtes parlementaires en 2000, comme les États généraux de la condition pénitentiaire l'année dernière se sont accordés pour dénoncer la situation des prisons en France* ». La référence reste bien délicate. Peu suspects de jusqu'au-boutisme idéologique, les sénateurs n'ont pas seulement jugé les conditions de détention « *préoccupantes* », selon le terme de la ministre, mais ont confessé leur épouvante,

¹¹ M. Foucault, *Surveiller et Punir. Naissance de la prison*, Paris, Gallimard (Tel), 1975, p.123.

évoquant le « *règne de l'arbitraire carcéral* », la « *loi du plus fort* », des « *maisons d'arrêt hors-la-loi* », des « *droits de l'homme bafoués* », des prisons « *dignes de celles du tiers-monde* », etc. Étant donné leur position, ils ont émis ce qu'il faut considérer comme un seuil critique minimal. Et, bien que la première des trois idées fortes retenues par la ministre est que « *l'administration pénitentiaire est l'une des administrations qui a le plus évolué depuis les cinq dernières années* », on peine à croire que la structure carcérale se soit pliée au bon vouloir de la volonté administrative. Mais la suspicion est déplacée, dira-t-on...

Chacun dans son style, les syndicats judiciaires et associations humanitaires ont exprimé leur méfiance à l'égard de la politique pénale du gouvernement¹². Le Syndicat des avocats de France « *redoute que la belle ambition affichée n'accouche d'une souris médiatiquement correcte, crainte fondée sur les conditions mêmes d'élaboration de la future loi pénitentiaire, le COR qui devait en être le moteur s'apercevant, mais un peu tard, que la Chancellerie avait, avant même la mise en place du COR, une proposition déjà construite* ». Il déplore également l'escamotage de nombreuses problématiques liées à l'emprisonnement et à la peine en général. L'association Ban Public dénonce la surenchère et les contradictions d'une politique pénale et pénitentiaire à la dérive. Le Syndicat de la magistrature pointe du doigt le durcissement répressif au principe de l'inflation carcérale et rappelle qu'« *aucune réforme pénitentiaire ne peut se concevoir sans réflexion sur le sens de la peine, ni remise à plat de notre système d'échelle des peines* ». Il préconise l'inscription de la réinsertion comme « *finalité prioritaire* » de la peine, ainsi que la conversion de l'incarcération comme solution de dernier recours, conformément à une recommandation récurrente du Conseil de l'Europe. Bref, la réforme est fidèle au double usage que le langage dominant lui attribue : euphémisme producteur de consentement, d'une part, désamorçage du litige politique, de l'autre¹³.

Misère du fétichisme légaliste

Que l'adoption d'une loi, fût-elle ambitieuse, ne soit pas en elle-même de nature à améliorer pour de bon la condition carcérale, et encore moins à régler la question qui en résulte (même formulée de la façon la plus minimaliste et la moins sociologique qui soit), c'est une évidence qu'il est exaspérant de devoir rappeler. Même les rapports parlementaires avaient fait part de leur méfiance à l'égard du fétichisme juridique : « *Certains évoquent la possibilité d'une "grande loi pénitentiaire". Mais de même "qu'on ne change pas la société par décret", la commission est persuadée qu'on ne changera pas les prisons par la seule loi* »¹⁴.

Rachida Dati a enjoint les experts de « *réfléchir à la manière dont ces personnes [la population pénale] doivent être traitées, soignées, en regardant avec précision les exemples étrangers toujours riches d'enseignement* ». Prenons-là au mot : riches d'enseignement, ils le sont en effet. Particulièrement celui de la République fédérale d'Allemagne, où une loi pénitentiaire fédérale est entrée en vigueur en 1977, dans la foulée d'une refonte du Code pénal. Elle s'inscrivait dans un triple objectif d'ensemble, voué à faire de l'État de droit allemand une référence : d'abord, la réduction de la part de l'incarcération dans la palette des sanctions (la prison comme *ultima ratio* de la peine) ; ensuite, la conversion de la prison à une visée ultime à la resocialisation des détenus ; enfin, l'harmonisation spatiale du régime de détention et le respect de l'égalité de traitement des justiciables, selon une vieille problématique du fédéralisme. De plus,

¹² Prises de position tirées de Pierre Tournier, *ACP (Arpenter le champ pénal)*, n° 62, 5 novembre 2007.

¹³ E. Hazan, *LQR. La propagande du quotidien*, Paris, Raisons d'Agir, 2006, p. 31-32.

¹⁴ *Prisons : une humiliation pour la République*, op. cit., tome I, p. 186.

le nouvel étalon normatif s'ancrait dans trois principes directeurs : les conditions de vie du *dedans* doivent être calquées dans toute la mesure du possible sur celles du *dehors* ; les effets nocifs de l'incarcération doivent être limités et combattus ; la peine doit tout entière être tournée vers la réinsertion. La loi prévoyait, entre autres, l'instauration de prisons « semi-ouvertes » autorisant plusieurs types de permissions de sortie temporaire et d'infrastructures socio-thérapeutiques alternatives à l'enfermement pur et simple¹⁵. Somme toute, cette loi adoptée il y a un quart de siècle était nettement plus ambitieuse que celle qui se prépare chez nous aujourd'hui. Or, cette loi est aujourd'hui considérée en échec, parce que son application a fait défaut et a élargi l'écart entre les normes écrites et la réalité pratique. Nombreux sont les juristes favorables à cette loi qui reconnaissent avoir sous-estimé la rigidité de l'« institution totale » par excellence. Cet échec, du point de vue du fétichisme légaliste, motive actuellement une percée réactionnaire dans plusieurs régions. Les gouvernements n'ont plus besoin d'euphémiser leurs déclarations lorsqu'ils affirment vouloir en finir avec les velléités humanitaires et assumer un virage sécuritaire. La seule amélioration carcérale en Allemagne eut lieu dans les années 1980, quand les acteurs du système pénal limitèrent les flux d'entrée en détention, notamment en privilégiant des sanctions non privatives de liberté.

En France comme en Allemagne, l'obstacle le plus flagrant à la réalisation des souhaits législatifs est la surpopulation carcérale – terme d'ailleurs équivoque : il vaudrait mieux parler de suroccupation¹⁶ – qui en sape matériellement les conditions d'effectuation. Le nombre de détenus, qui excède depuis plusieurs années les 60 000 personnes¹⁷, flirte avec des records historiques qui risquent fort d'être largement dépassés en 2008. Parallèlement à l'exhortation au développement des alternatives à l'incarcération, qui jouent en réalité une fonction complémentaire bien plus que substitutive, une stratégie d'expansion du parc pénitentiaire est à l'œuvre. Elle prétend juguler une inflation carcérale commodément présentée comme une fatalité, comme l'est l'extension de la pénalisation dont elle découle. Sur le plan quantitatif, le refus des grâces présidentielles et la faiblesse du nombre de libérations conditionnelles rendent la situation explosive. Les prévisions administratives exposent au grand jour des contradictions si patentes qu'elles ne peuvent être que délibérées¹⁸. Rachida Dati reprend la promesse de l'encellulement individuel, classique depuis la commission patronnée par le vicomte d'Haussonville en 1872-1875 : personne n'y croit, mais l'on peut assurément compter sur l'extension de la formule carcérale. La campagne *Trop c'est trop* s'efforce de rappeler une vérité élémentaire¹⁹ : une loi pénitentiaire n'aura aucune prise sur cet engorgement, qui dépend de l'ensemble des politiques pénales et, au-delà, de l'état des rapports sociaux. Ceux-ci étant de plus en plus inégalitaires, on voit mal quelle fonction réelle sera dévolue à la loi pénitentiaire, hormis celle de la caution juridico-humanitaire. On rappelle volontiers la formule selon laquelle l'état d'une société ou d'un État se juge à celui de ses prisons, mais rarement en la prenant au sérieux. Car accepter cette théorie du reflet suppose d'admettre le caractère illogique de la « réforme des prisons », qui

¹⁵ Il y aurait évidemment beaucoup à dire sur le modèle médico-correctionnaliste que ces infrastructures concrétisent, qui postule que le prisonnier est un malade ou un défectueux à soigner et redresser.

¹⁶ La définition technique renvoie en effet à un ratio entre le nombre de prisonniers et le nombre de places disponibles, sans s'interroger sur la légitimité de ce nombre de places.

¹⁷ Pour le 1^{er} décembre 2007, l'estimation du démographe Pierre Tournier est de 64 500 à 65 500 personnes détenues, contre 50 700 places « opérationnelles » en détention : *ACP*, n° 62, 5 novembre 2007.

¹⁸ Voir G. Chantraine, J. Bérard, « 80 000 détenus en 2017 ? », *Vacarme*, n° 41, 2007, p. 91-94, ainsi que, dans la même revue, les articles précédents des auteurs consacrés à la condition carcérale.

¹⁹ <http://www.tropctrop.fr/>

touche à l'effet et non à la cause. Il faut donc « *tout repenser, la loi et la prison* »²⁰, autrement dit reposer inlassablement la question : qui va en prison et qui n'y va pas, qu'est-ce qui est (plus ou moins) puni et qu'est-ce qui ne l'est pas ? C'est dire que, plutôt qu'un regard consensuel et donc suspect, ce qui importe est une repolitisation de la question carcérale au-delà d'un horizon borné par l'invocation de l'État de droit. Ce qui implique de réintroduire dans le débat public tout ce que la prison doit à l'ensemble des mécanismes sociaux, c'est-à-dire à la reproduction des inégalités économiques et à la restriction des possibilités d'existence concédées au plus grand nombre.

²⁰ M. Foucault, « Il faut tout repenser, la loi et la prison » (1981), *Dits et Écrits*, II, Paris, Gallimard (Quarto), 2001 [1994], p. 1021-1023.