



HAL
open science

Défendre en justice la cause des détenus, défendre en justice la cause des étrangers : différences et convergences

Danièle Lochak

► **To cite this version:**

Danièle Lochak. Défendre en justice la cause des détenus, défendre en justice la cause des étrangers : différences et convergences. Défendre en justice la cause des personnes détenues. Actes du colloque des 25 et 26 janvier 2013, La Documentation française, pp. 91-99, 2014, CNCDH - Colloques, 978-2-11-009476-6. hal-01647330

HAL Id: hal-01647330

<https://hal.parisnanterre.fr/hal-01647330>

Submitted on 23 Nov 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Défendre en justice la cause des détenus, défendre en justice la cause des étrangers : différences et convergences

Danièle Lochak

Professeure émérite de l'Université Paris Ouest - Nanterre (CREDOF)

in CNCDH, *Défendre en justice la cause des personnes détenues*,
La Documentation Française, 2014, p. 91-99

Dans la mesure où l'intitulé de ce colloque fait volontairement écho à celui d'un autre colloque qui s'était tenu en 2008 sur le thème : « Défendre la cause des étrangers en justice »¹, il paraissait logique de tenter de tracer un parallèle entre la façon dont les militants de chacune de ces causes – notamment le Gisti d'un côté, l'OIP de l'autre – se sont saisis de l'arme contentieuse. Préalablement je m'attacherai à mettre en regard les caractéristiques du droit des étrangers et du droit « en prison », en rappelant comment ils ont évolué, à des rythmes différents, depuis une forme d'infra-droit jusqu'à la reconnaissance des droits fondamentaux des étrangers et des détenus. Et pour conclure, je m'interrogerai sur les limites des combats contentieux en mettant là encore en parallèle les deux « champs de bataille ».

Une longue marche vers la reconnaissance des droits fondamentaux

Le sort réservé aux étrangers et aux détenus a représenté pendant longtemps la face obscure de l'État de droit. Si la problématique des droits de l'Homme a largement contribué à améliorer la condition des premiers à partir des années 1980, il a fallu beaucoup plus de temps pour qu'elle pénètre le monde carcéral.

Les étrangers : sortir d'un infra-droit

Jusqu'à la fin des années 1970, les étrangers, privés de la jouissance de la plupart des droits fondamentaux et soumis à l'arbitraire de l'administration, vivaient plus sous le régime d'un État de police que d'un État de droit. Cette situation allait de pair avec la portion congrue accordée à la loi au bénéfice du décret, de la circulaire et finalement du « droit du guichet », mal contrôlé par un juge soucieux de ne pas s'immiscer dans un domaine de « haute police » et convaincu au demeurant que l'administration n'avait pas les mêmes obligations à l'égard des étrangers que des nationaux. Au point qu'on avait pu parler d'« infra-droit » pour caractériser cette situation².

L'essor de la problématique des droits de l'Homme a modifié la donne. Les étrangers se sont vu reconnaître le droit de mener une « vie familiale normale », des droits égaux à ceux des travailleurs français dans l'entreprise, l'égalité d'accès aux prestations sociales, la liberté d'expression grâce notamment à l'abrogation du régime d'exception des associations et des publications étrangères. Ces progrès sur le plan des droits substantiels se sont accompagnés de progrès sur le plan de la hiérarchie des normes. Désormais, la condition des étrangers est régie par des lois et les mesures qui les concernent font l'objet d'une multitude de contrôles exercés par le juge constitutionnel, les juges européens, le juge administratif et le juge judiciaire.

Cette évolution peut, au moins pour partie, être mise en relation avec le contentieux initié par les associations et notamment le Gisti : une forme de cercle vertueux s'est en effet instaurée, les recours contribuant à l'évolution de la jurisprudence et les progrès jurisprudentiels encourageant à faire des recours. Reste que le respect du formalisme de l'État de droit,

¹ Les actes de ce colloque ont donné lieu à une publication : *Défendre la cause des étrangers en justice*, (coll.), Gisti-Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2009.

² Danièle Lochak, « Observations sur un infra-droit », *Droit social*, mai 1976, p. 43.

comme on le dira plus loin, n'a pas empêché les droits des étrangers de régresser sous l'influence de la radicalisation de la politique d'immigration.

La prison : contrôler le "pouvoir disciplinaire" ?

En empruntant les concepts de Michel Foucault³, on pourrait dire que, même à l'époque où la réglementation sur les étrangers pouvait être caractérisée comme un « infra-droit », ils restaient néanmoins soumis à un pouvoir de nature « juridico-discursive » ; dans la prison, en revanche, le pouvoir qui s'exerce sur les détenus est de nature « disciplinaire ».

La prison correspond à l'idéal-type de l'institution totalitaire telle que l'a caractérisée Goffman⁴ : une institution érigée en univers clos, dont les murs ne constituent pas seulement une séparation matérielle mais aussi une frontière symbolique avec le monde de la liberté et qui exerce un contrôle total sur l'activité de ses membres.

Spontanément, la prison est appréhendée comme un espace de non droit, lieu de l'arbitraire sinon de la violence physique. Or des règles existent, et même à profusion, qui enserrant les individus dans un réseau dense de contraintes et placent les détenus dans une situation de totale dépendance à l'égard des autorités pénitentiaires⁵. Les règles alimentent le bon plaisir au lieu de le limiter car chacune d'elle devient un moyen de pression entre les mains du personnel qui peut manier la menace d'une application stricte ou au contraire y tolérer des entorses mineures en échange d'un comportement de soumission. La multiplication des règlements arbitraires entretient l'angoisse d'être sanctionné puisque sont constitutives de fautes, donc prétexte à sanction, des conduites qui n'encourraient dans le monde extérieur aucune sanction. Et cela à l'abri de tout contrôle juridictionnel car, pour préserver l'autorité de ceux qui ont la délicate mission de maintenir l'ordre, le juge refuse de connaître de la façon dont ils exercent leurs prérogatives.

On est donc bien en-deçà de la situation caractérisée comme « État de police » : les étrangers, pour revenir à eux, s'ils sont soumis à l'arbitraire administratif et dépossédés des moyens de faire valoir leurs droits face au pouvoir, conservent malgré tout une sphère d'autonomie à l'abri de son emprise.

La pénétration de la problématique des droits fondamentaux dans la prison a été lente et laborieuse. Il a notamment fallu attendre 2009 pour que la loi pénitentiaire dise clairement que l'administration doit garantir aux détenus – dans certaines limites... – le respect de leurs droits et de leur dignité. Le rôle de la Cour européenne des droits de l'Homme a été ici déterminant, plus encore que pour les étrangers⁶. C'est évidemment la perspective d'une condamnation par la Cour qui a incité le Conseil d'État à faire évoluer sa jurisprudence sur les mesures d'ordre intérieur : l'arrêt *Marie* de 1995 n'est jamais qu'un début de mise en conformité du droit interne avec les exigences de l'article 13 sur le droit à un recours effectif. Mais il a fallu que tombent les premiers arrêts condamnant la France, au milieu des années 2000, pour que le Conseil d'État fasse sortir des catégories entières de décisions du champ des mesures d'ordre intérieur

S'il est donc vrai que « le juge appréhende désormais la réalité carcérale sous l'angle des droits fondamentaux » au lieu de se contenter « d'examiner l'action des services pénitentiaires à l'aune des maigres articles du CPP, résultant de dispositions réglementaires et ménageant un très large pouvoir discrétionnaire à l'administration »⁷, encore faut-il avoir les moyens de

³ Notamment dans *Surveiller et punir*, Gallimard, 1975.

⁴ Erving Goffman, *Asiles*, trad. fr. Ed. de Minuit, 1968.

⁵ Pour une tentative d'analyse de la place et du rôle du droit dans les institutions totalitaires, voir D. Lochak, « Droit et non-droit dans les institutions totalitaires. Le droit à l'épreuve du totalitarisme », in *L'institution*, Publications du CURAPP, PUF, 1981, p. 125-184.

⁶ Voir notamment les interventions de Jean-Paul Costa (« Bilan de dix années de contentieux des détenus devant la CourEDH ») et Anne Gillet, « Apport et limite de la jurisprudence de la CourEDH dans la protection des détenus : analyse d'arrêts récents ») dans cet ouvrage.

⁷ Hugues de Suremain et Jean Bérard, « La gestion des longues peines au révélateur des luttes juridiques »,

faire valoir ces droits fondamentaux. Or, si les obstacles purement juridiques ont régressé, les obstacles matériels demeurent, à commencer par la difficulté d'avoir accès à un avocat pour ceux qui sont déjà condamnés et qui ont perdu le contact avec celui qui les avait défendus. Les avocats eux-mêmes sont la plupart du temps des pénalistes pas toujours familiers du droit administratif. Et si les recours devant le juge administratif sont dispensés d'avocat, la justice administrative est mal connue des détenus et la procédure si complexe que la plupart du temps les requêtes sont déclarées irrecevables⁸. L'appui des associations est donc indispensable, même si, on le verra, il n'est pas non plus suffisant pour faire prévaloir les droits des détenus.

Quels "usages militants" du droit ?

On s'appuiera ici essentiellement sur l'expérience comparée du Gisti d'un côté, de l'OIP et des associations qui l'ont précédée de l'autre. Bien que la création du Gisti soit contemporaine de la naissance du militantisme anticarcéral, la différence de « culture », notamment en ce qui concerne le rapport au droit, est manifeste. Elle s'est par la suite atténuée, et aujourd'hui les stratégies contentieuses utilisées pour défendre la cause des détenus ont beaucoup de points communs avec celles utilisées depuis quarante ans par le Gisti pour défendre les immigrés.

Des cultures différentes

Le Gisti illustre la figure du « militant expert » : celui qui met son capital d'expertise – ici le savoir juridique – au service de son engagement militant. Le droit est, dès l'origine, au cœur des préoccupations du Gisti dont l'objet statutaire est d'informer les travailleurs immigrés de leurs droits et de soutenir leur action pour la reconnaissance et le respect de ces droits. Ce positionnement mérite d'autant plus d'être relevé qu'à l'époque on cultive plutôt, dans les milieux d'extrême gauche, la méfiance vis-à-vis du droit, considéré comme un instrument d'oppression entre les mains de la classe dominante. Or le Gisti va dire qu'il y a place pour une utilisation militante du droit, que le droit « si inégalitaire soit-il », reste une arme qu'il est possible d'utiliser « en raison des contradictions internes des sociétés capitalistes » et dont il faut s'efforcer de tirer dans chaque cas « l'avantage maximal ». Mais ces actions « au cas par cas » doivent s'insérer dans une lutte collective car « l'assistance sociale et les vœux humanitaires ne changent pas la condition des immigrés »⁹. Autrement dit, agir sur le terrain du droit ne signifie pas renoncer au combat politique mais le poursuivre par d'autres moyens¹⁰.

Si le Gisti ne tient plus aujourd'hui ce langage imprégné de marxisme et en vogue au début des années 1970, il fait encore sienne l'idée qu'il ne suffit pas de revendiquer une application correcte du droit – un droit qui reste au demeurant discriminatoire – et que le traitement de dossiers individuels ne peut remplacer le combat pour transformer plus fondamentalement la situation des immigrés.

Dans le champ de la prison, le militantisme anticarcéral radical qui a émergé après 1968, accompagnant les mouvements de révolte des prisonniers eux-mêmes, a un rapport ambivalent au droit. Le Groupe d'information sur les prisons¹¹ puis le Comité d'action des prisonniers stigmatisent l'arbitraire qui règne en prison et revendiquent pour les détenus les droits dont ils sont privés mais ils restent sceptiques vis-à-vis des réponses juridiques et conten-

Champ pénal/ Penal field [En ligne], Vol. VI | 2009, mis en ligne le 31 décembre 2009

⁸ Voir aussi, sur ce point, la contribution à cet ouvrage d'Elydia Fernandez, « La pratique et les difficultés dans l'accès des détenus au juge administratif ».

⁹ Présentation du *Petit livre juridique des travailleurs immigrés* publié par le Gisti aux Editions Maspero en 1974.

¹⁰ Voir sur ce point Liora Israël, « Faire émerger le droit des étrangers en le contestant ou l'histoire paradoxale des premières années du Gisti », *Politix*, n° 32, p. 115 et s.

¹¹ Sur le GIP, voir Audrey Kiéfer, « Michel Foucault, le GIP, l'histoire et l'action », Thèse de Philosophie, Université de Picardie-Jules Verne, 2006

tieuses – que la jurisprudence sur les mesures d’ordre intérieur condamne du reste à l’échec. Mais surtout, comme le rappellent des auteurs, le militantisme anticarcéral « ne repose pas essentiellement sur la dénonciation de droits bafoués » mais sur la dénonciation de la prison comme « comme outil de la domination de classe » ; les luttes sont menées « non pas au nom de la sauvegarde des Droits de l’homme [...], mais au nom de la solidarité des opprimés »¹². Prétendre faire de la prison un espace de droit, n’est-ce pas de surcroît entériner l’enfermement carcéral, par lui-même antinomique avec les droits de l’Homme ?

En sens inverse, toutefois – et tel est le dilemme qu’ont à affronter les militants de la cause des prisonniers¹³, refuser toute réforme de la prison, c’est renoncer à améliorer la condition des détenus et à leur conférer un minimum de garanties contre l’arbitraire. Or les détenus revendiquent cette amélioration. Le CAP lui-même en prend acte en énonçant, en janvier 1973, les « onze premiers points du CAP », parmi lesquels le droit à un salaire minimum égal au SMIC, le droit au parloir et à la correspondance libres, le droit à des soins médicaux corrects, le droit de recours et de défense devant l’administration pénitentiaire, le droit d’association. Atteste aussi de ce début d’évolution un recours déposé en 1975 par le CAP, le SM, le SAF et le Mouvement d’action judiciaire contre le décret du 23 mai 1975 pris après les révoltes de 1974. Ils font notamment grief au texte de restreindre les pouvoirs des juges de l’application des peines et de rompre l’égalité de traitement entre les condamnés. Le Conseil d’État, au bout de quatre ans, rejettera la quasi-totalité des moyens (CE, Section, 4 mai 1979) : ce résultat n’est pas de nature à conforter la propension à faire du contentieux.

Il faut finalement attendre les années 2000 pour que l’OIP se décide à utiliser de façon plus systématique l’arme contentieuse. Il s’agit là d’un tournant dans l’histoire de l’Observatoire qui se cantonnait jusque-là dans la dénonciation de l’arbitraire et conservait une certaine méfiance à l’égard du droit. Cette évolution est concomitante de la mobilisation du droit par les détenus les plus activistes, ceux qui sont à la pointe des actions de résistance (rébellion, protestation, pétitions...) dans les prisons et qui entreprennent de se défendre contre une administration pénitentiaire qui les opprime en utilisant la voie du contentieux¹⁴.

Des stratégies convergentes

De très nombreuses associations, aujourd’hui, tiennent des permanences juridiques qui, à l’instar de celle que le Gisti avait créée dès 1972, conseillent les étrangers et le cas échéant les guident pour tenter des actions en justice¹⁵. Mais pour défendre la cause des étrangers, le Gisti a privilégié la voie consistant à attaquer des mesures réglementaires – décrets, circulaires, arrêtés ministériels... – devant le Conseil d’État. Celui-ci, entre 1975 et 2013, a rendu une centaine de décisions à la requête de l’association, agissant seule ou conjointement avec d’autres partenaires associatifs ou syndicaux. Si le Gisti n’hésite pas à intervenir à l’appui de requêtes individuelles devant les tribunaux administratifs ou judiciaires lorsqu’elles soulèvent des questions de principe, la saisine du Conseil d’État représente non seulement la partie la plus visible et la plus importante quantitativement de l’activité contentieuse de l’association, mais aussi celle dont l’impact est le plus directement politique, puisqu’elle vise à obtenir l’annulation des décrets et circulaires par lesquels le pouvoir met en œuvre sa politique d’immigration¹⁶. Accessoirement, le contentieux des étrangers a fourni l’occasion d’un certain

¹² Grégory Salle et Gilles Chantraine, « Le droit emprisonné ? », *Politix* 3/2009 (n° 87), p. 93-117.

¹³ Y. Cartuyvels, « Réformer ou supprimer : le dilemme des prisons », in O. De Schutter, D. Kaminski (Eds.), *L’institution du droit pénitentiaire* Paris/Bruxelles, LGDJ/Bruylant, La pensée juridique, 2002, p. 113-132.

¹⁴ Voir les propos de Hugues de Suremain cités par Gilles Chantraine et Dan Kaminski, « La politique des droits en prison », *Champ pénal/Penal field* [En ligne], Séminaire Innovations Pénales, mis en ligne le 27 septembre 2007, <http://champpenal.revues.org/2581>.

¹⁵ Rappelons que la Ligue des droits de l’homme, dès sa création, en 1898, a mis en place un service juridique pour défendre les individus victimes d’une injustice, qui traitait plusieurs centaines de dossiers par an. Aujourd’hui, ce service juridique traite en majorité des dossiers d’étrangers.

¹⁶ On trouvera une présentation de la diversité des modes d’intervention du Gisti devant la justice, des succès

nombre d'avancées jurisprudentielles telles que la reconnaissance du droit de mener une vie familiale normale comme principe général du droit (Gisti, 1978), la possibilité pour le juge d'interpréter les conventions internationales (Gisti, 1990) ou encore la réforme des procédures d'urgence en 2000¹⁷.

Il existe donc un contraste, à cet égard, avec les actions engagées par l'OIP : pour obtenir la condamnation des pratiques les plus critiquables d'une politique pénitentiaire tout entière axée sur le renforcement de la sécurité – fouilles, rotations de sécurité, placement à l'isolement... –, l'Observatoire s'est plutôt appuyé au départ sur des cas individuels en accompagnant les actions entamées par les prisonniers. De fait, les premières décisions rendues par le juge administratif l'ont été en général à la requête de quelques prisonniers condamnés à de longues peines, considérés comme fauteurs de trouble ou susceptibles de s'évader, donc particulièrement visés par les mesures de sécurité¹⁸.

Mais depuis quelques années une évolution est perceptible car l'OIP a multiplié les recours dirigés contre des décrets ou des circulaires ou encore contre des instructions propres à chaque établissement¹⁹. En sens inverse, les associations qui œuvrent dans le champ de l'immigration sont amenées de plus en plus souvent, en raison de l'attitude de la Cour européenne des droits de l'Homme qui n'accepte d'être saisie que par des « victimes » directes d'une violation des droits garantis par la Convention, à monter des dossiers à partir des cas individuels soumis préalablement aux juridictions nationales.

On relève enfin, des deux côtés, la propension croissante à saisir, outre des instances internationales ou européennes, des autorités indépendantes : la Halde puis le Défenseur des droits, en priorité, pour le Gisti, le Contrôleur des lieux de privation de liberté pour l'OIP.

Le Gisti et l'OIP ont par ailleurs en commun le fait de ne pas dissocier l'action contentieuse du registre de la revendication et de la dénonciation. Ils ne se placent donc ni dans une logique strictement juridique, à l'instar de l'avocat qui défend les intérêts de son client, ni dans une logique humanitaire animée par le souci de secourir une victime, mais bien dans une logique politique au sens où, au-delà du « cas », on vise à faire évoluer la jurisprudence, à modifier l'état du droit, à faire progresser une cause.

La mise en cause des pouvoirs publics par la voie contentieuse est souvent en même temps une mise en cause politique dans la mesure où faire constater par un juge l'illégalité des actes de l'exécutif ou l'inconstitutionnalité d'une loi est une façon de démontrer le bien fondé des critiques adressées à la politique gouvernementale. La victoire obtenue devant le juge renforce la position que l'on défend et peut donc faire l'objet d'une utilisation politique. Dans l'univers carcéral, par ailleurs, la perspective de pouvoir saisir un juge renforce les capacités de résistance des détenus contre l'arbitraire : la ressource juridique « alimente des luttes, résistances, et négociations qui se jouent massivement sur un terrain non juridique »²⁰.

L'appui des médias est devenu aujourd'hui un atout considérable pour faire prendre conscience à l'opinion du caractère intolérable – et le cas échéant illégal – des situations qu'on dénonce. Les actions en justice, si on réussit à leur assurer une médiatisation suffisante, sont donc aussi une façon d'alerter le grand public : le référé sur la prison des Baumettes en décembre 2012 fournit l'exemple d'une médiatisation réussie, mais les cas sont hélas assez rares.

obtenus et des obstacles rencontrés dans l'ouvrage précité : *Défendre la cause des étrangers en justice*.

¹⁷ Ronny Abraham, « Les retombées 'collatérales' du contentieux des étrangers dans la jurisprudence et le droit administratif », in *Défendre la cause des étrangers en justice*, précité, p. 297 et s.

¹⁸ Hugues de Suremain et Jean Bérard, « La gestion des longues peines au révélateur des luttes juridiques », *Champ pénal/ Penal field* [En ligne], Vol. VI | 2009, mis en ligne le 31 décembre 2009.

¹⁹ L'action contentieuse de l'OIP au cours des dix dernières années est décrite par Delphine Costa dans sa contribution au présent ouvrage : « Retour sur dix ans de jurisprudences suscitées par l'OIP sur la défense de la dignité et des droits fondamentaux des détenus ».

²⁰ Grégory Salle et Gilles Chantraine, « Le droit emprisonné », article précité.

Les limites des combats contentieux

La prise en compte – plus tardive dans le cas de la prison – de la problématique des droits de l'Homme a eu incontestablement un impact positif sur le sort des étrangers et celui des détenus. Mais les évolutions législatives et jurisprudentielles que nous avons rappelées concernant le sort des étrangers et celui des détenus rencontrent des limites pour des raisons qui sont pour partie communes et pour partie spécifiques à chacun des deux champs concernés.

Il faut d'abord citer les entraves persistantes à l'accès au juge pour des populations vulnérables et défavorisées : les difficultés d'accès à un avocat, la brièveté des délais de recours qui, s'agissant des étrangers, confine parfois au déni de justice ; l'insuffisance des procédures d'urgence dès lors que, pour le juge, l'urgence n'est jamais suffisamment urgente et l'atteinte aux libertés jamais assez grave ou caractérisée pour justifier un référé-liberté²¹.

On constate aussi l'ineffectivité fréquente des victoires obtenues devant le juge. Sur le terrain du droit des étrangers, on ne compte plus, hélas, les victoires qui ont été remises en cause par le législateur. Mais surtout, les victoires obtenues dans des contentieux individuels n'entraînent pas de modifications des pratiques parce que l'administration n'en tient pas compte. D'où cette guérilla sans fin où l'on gagne des batailles mais jamais la guerre. Ajoutons enfin que, au regard de la masse des illégalités commises, il est impossible de défendre toutes les personnes dont les droits sont bafoués : les recours ne représentent qu'une larme dans l'océan.

L'impact de la radicalisation de la politique d'immigration

La radicalisation de la politique dite de « maîtrise des flux migratoires », à partir du milieu des années 1970, a largement contrecarré les effets positifs de la reconnaissance de principe des droits fondamentaux des étrangers et du renforcement des contrôles juridictionnels. Elle a entraîné des atteintes de plus en plus importantes à des droits aussi fondamentaux que la liberté de circulation, le droit d'asile, la liberté individuelle, le droit de travailler, le droit de vivre en famille. Elle a entraîné également un accroissement des pouvoirs de contrôle conférés à la police, fatalement néfaste pour les libertés. Cette politique a justifié enfin l'enfermement, sur simple décision administrative, des étrangers indésirables sur le territoire français, en instance d'éloignement forcé.

Certes, l'étranger aux prises avec la machine étatique conserve toujours un recours devant les juridictions ordinaires : les principes de l'État de droit sont en apparence respectés. Mais en pratique, comme on l'a rappelé, l'accès au juge est loin d'être toujours aisé : à cause de l'éloignement géographique pour ceux qui veulent contester un refus de visa, à cause de la complexité des procédures et de la brièveté des délais impartis pour saisir le juge, de l'obstacle de la langue... Le contentieux des étrangers apparaît de surcroît de plus en plus comme un contentieux d'exception : procédures accélérées, juge unique, appel non suspensif... Enfin, force est de constater que, au prétoire aussi, le souci de garantir les droits des étrangers cède devant les impératifs de la politique migratoire. Même aux yeux de la Cour européenne l'objectif de maîtrise des flux migratoires est un impératif légitime qui justifie des restrictions éventuellement importantes aux droits et libertés des étrangers. Particulièrement significatif à cet égard est l'arrêt de Grande Chambre rendu le 27 mai 2008 dans lequel la Cour a revu à la baisse le caractère absolu de la protection due au titre de l'article 3 en permettant l'expulsion d'étrangers atteints d'une maladie grave alors même qu'il risque d'en résulter une dégradation importante de leur état de santé et une réduction significative de leur espérance de vie.

Dans un tel contexte, il est clair que la voie contentieuse trouve ses limites. Les défaites se suivent, au risque de renforcer aux yeux de l'opinion la croyance en la légitimité des textes et

²¹ Voir sur ce point les exemples donnés par Nicolas Ferran dans sa contribution au présent ouvrage : « La personne détenue encore à la recherche de son juge ».

des pratiques et dans le bien-fondé de la politique gouvernementale. Les victoires elles-mêmes sont rarement totales et encore moins durables²². Et puis l'éclat de certaines victoires remportées au plan des principes – tel le premier arrêt Gisti consacrant le droit à une vie familiale normale – masque les retombées décevantes quand le principe se décline concrètement dans des contentieux individuels.

L'opposition radicale entre la prison et la garantie de droits fondamentaux

Vu du côté de la prison, on constate un phénomène à certains égards analogue. L'article 22 de la loi pénitentiaire prévoit certes que « l'administration pénitentiaire garantit à toute personne détenue le respect de sa dignité et de ses droits » mais elle ajoute immédiatement que « l'exercice de ceux-ci ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles résultant des contraintes inhérentes à la détention, du maintien de la sécurité et du bon ordre des établissements, de la prévention de la récidive et de la protection de l'intérêt des victimes ». Malgré la formulation apparemment restrictive : « ne [...] que », les raisons « légitimes » d'apporter des restrictions aux droits des détenus restent nombreuses et surtout l'impératif de sécurité, qui tend à devenir obsessionnel, entrave l'exercice des droits proclamés comme fondamentaux, exactement comme les droits des étrangers cèdent devant l'impératif de maîtrise des flux migratoires. Et de la même façon que le juge a fait siennes les préoccupations des pouvoirs publics en matière d'immigration, il se laisse aisément persuader que l'exercice de leurs droits par les détenus est de nature à menacer l'impératif de sécurité devant lequel « tout droit subjectif doit céder le pas »²³.

S'il est illusoire de vouloir faire de la prison un lieu régi par le droit, c'est aussi parce que, comme on l'a rappelé plus haut, « le fonctionnement structurel de l'institution close secrète inmanquablement des privilèges, des échanges informels, des transactions aux marges du droit » car « l'ordre carcéral est à ce prix »²⁴.

*

Ce parallèle peut-il contribuer à éclairer la place respective qu'occupent ces deux catégories de population vulnérables et stigmatisées que sont les étrangers et les détenus dans une société qui se veut démocratique et respectueuse des principes de l'État de droit ?

Il nous semble que, sur le plan des principes, la reconnaissance des droits des détenus suit depuis une dizaine ou une quinzaine d'années une pente ascendante, tandis que les effets de cette reconnaissance, pourtant plus ancienne, s'agissant des étrangers, sont remis en cause par une politique d'immigration tout entière fondée sur la répression. En sens inverse, toutefois, les étrangers bénéficient, pour défendre leurs droits, d'atouts qui font défaut aux prisonniers : n'étant pas – du moins pas systématiquement – enfermés, ils ont un accès plus aisé au droit et au prétoire, par l'intermédiaire des associations ou des avocats. Même si beaucoup de droits leur sont déniés, même lorsqu'ils sont condamnés à la clandestinité, ils évoluent dans un monde régi par le droit. Les détenus, eux, restent d'abord des reclus, à l'intérieur d'une institution où le droit a du mal à pénétrer. Comment ne pas constater, également, que le discours sur la promotion des droits des détenus s'accommode parfaitement d'une expansion du carcéral, avec toujours plus de détenus et des peines toujours plus longues²⁵ ?

Faut-il en déduire que la cause des détenus est encore moins « audible » que celle des étrangers ?

²² Danièle Lochak, « Le Gisti au Conseil d'État. De la défense des étrangers à la défense de la légalité », in *Le dialogue des juges. Mélanges Genevois*, Dalloz, 2009, p. 673 et s. ; « Trente ans de contentieux à l'initiative du Gisti », in *Défendre la cause des étrangers en justice*, Dalloz-Gisti, 2009, p. 44 et s. ; Nathalie Ferré, « Victoires volées », *ibid.*, p. 227 et s.

²³ Gilles Chantraine et Dan Kaminski, « La politique des droits en prison », précité.

²⁴ Grégory Salle et Gilles Chantraine « Le droit emprisonné ? », précité.

²⁵ *Ibid.*