

## Retour sur la case « prison » : le Conseil constitutionnel, un monde à part ?

par Véronique Champeil-Desplats

Professeure à l'Université de Paris-Ouest-Nanterre la Défense

A l'occasion de deux Questions prioritaires de constitutionnalité (QPC) relative au statut du travail en prison - décisions n° 2013-320/321 QPC du 14 juin 2013 dite Absence de contrat de travail en prison et n° 2015-485 QPC du 25 septembre 2015, M. Johnny M. -, la Section française de l'Observatoire international des prisons (OIP) introduisait deux observations en intervention. Dans les deux cas, elle fut représentée par maître Spinosi.

Les observations en intervention sur une QPC, c'est-à-dire l'envoi de mémoires ou de courriers par des tiers à une affaire dont le Conseil constitutionnel est saisi, ont d'abord constitué une pratique informelle. Durant la première année d'exercice de la QPC, le Conseil a reçu des observations d'acteurs aussi divers que des syndicats, des fédérations d'organismes ou d'entreprises, des entreprises du secteur de la grande distribution, La Française des Jeux, des départements ou encore des associations<sup>1</sup>... Il évalue qu'au cours de la première année d'exercice de la QPC, 11% d'entre elles ont fait l'objet d'interventions. Le pourcentage a ensuite sensiblement augmenté, non sans fluctuation selon les années (de 20% en 2014 jusqu'à 39% pour 2012)<sup>2</sup>. Les règles relatives aux observations en intervention ont, dans un premier temps, été fixées au fil des décisions. Le Conseil a notamment examiné l'intérêt spécial à intervenir<sup>3</sup> qu'il admet largement ; dès fin novembre 2010, il a invité les tiers intervenants qui le souhaitent à adresser des observations orales au cours de l'audience par l'intermédiaire d'un avocat<sup>4</sup>. Dans un second temps, le Conseil constitutionnel a officialisé la pratique en insérant, par une décision du 21 juin 2011<sup>5</sup>, quatre nouveaux alinéas (al. 2 à 5) à l'art. 6 du règlement du 4 février 2010 relatif à la procédure des QPC.

Dans ce contexte, les observations de la Section française de l'OIP ont été acceptées sans difficulté. Pour autant, entre l'audition de son représentant et la succincte mention des observations en intervention produites et enregistrées par le Conseil dans les visas de la décision, ... c'est la boîte noire. Face à la *imperatoria brevitatis* souvent décriée des raisonnements que donne à lire le Conseil constitutionnel, face à l'absence d'information d'éventuelles d'opinions dissidentes renseignant sur les arguments échangés et débattus, il est difficile d'appréhender le niveau de considération porté par le Conseil aux observations en intervention, tout comme d'ailleurs aux mémoires étoffés des avocats des parties, à moins d'être un fin connaisseur de telle ou telle d'entre elles, le plus souvent pour y avoir été partie prenante.

<sup>1</sup> Voir « Juillet-août 2011 : Les interventions devant le Conseil constitutionnel dans la procédure de QPC », <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/a-la-une/juillet-août-2011-les-interventions-devant-le-conseil-constitutionnel-dans-la-procedure-de-qpc.98394.html>

<sup>2</sup> Voir « Octobre 2014 : Les interventions en QPC de 2010 au 31 août 2014 » : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/a-la-une/octobre-2014-les-interventions-en-qpc-de-2010-au-31-août-2014.142397.html> ; voir aussi pour avril 2015-2016, S. Hennette-Vauchez, « ...les droits et libertés que la constitution garantit » : *quiproquo* sur la QPC ?, *La Revue des droits de l'homme*, 10 | 2016 : <http://revdh.revues.org/2481>.

<sup>3</sup> Décision n° 2010-42 QPC, 7 octobre 2010, CGT-FO et autres.

<sup>4</sup> « Octobre 2014 : Les interventions en QPC de 2010 au 31 août 2014 », précit.

<sup>5</sup> Décision n° 2011-120 ORGA.

Il serait néanmoins excessif d'en rester à l'idée que le Conseil est plus fermé au monde que les portes d'une prison. Car il est bien évident que des porosités et des interactions existent. Plus juste semble de considérer qu'il prend et laisse ce qu'il veut. Les deux décisions posant la question du statut du travail en prison présentent ainsi l'intérêt de mettre en exergue à la fois les points de contacts (I) et les points de fuite (II) du Conseil vis-à-vis des arguments développés par les acteurs qui le côtoient.

## I. Points de contact

Que le Conseil ne soit pas fermé au monde est une donnée qui n'a pas toujours été portée à son crédit. L'institution fut un temps considérée comme le « chien de garde de l'exécutif » ; elle réglerait à l'occasion des comptes politiques ; elle porterait la parole partisane des autorités de nomination de ses membres. A l'aune de telles considérations, on pourrait être tenté de conclure que, s'agissant de nos deux QPC, le Conseil s'est montré plus sensible aux sirènes politiques dominantes qu'aux appels des acteurs spécialisés sur le monde carcéral. Pourquoi pas. Mais encore faut-il pouvoir le montrer.

D'un côté, en effet, les membres du Conseil insistent à l'envi sur l'indépendance de leur fonction. Une fois l'entrée dans l'institution effectuée, la finalité et l'intérêt de celle-ci l'emporteraient sur toute autre considération. L'indépendance personnelle, l'existence de processus d'autonomisation institutionnelle et d'identification à une fonction qu'il s'agit d'accomplir pendant neuf longues années ne sont pas à négliger, même si ces éléments se trouvent vite fragilisés à chaque fois qu'un membre sort de son devoir de réserve ou qu'un lien de tel ou tel avec une question examinée est relevé.

D'un autre côté, sur le terrain de l'analyse, d'autant lorsqu'une institution est collégiale et qu'elle n'a de cesse de défendre son caractère juridictionnel, il n'est pas certain que l'on puisse dans tous les cas réduire l'explication de ses choix à des allégeances politiques, des influences individuelles ou des revanches personnelles du type « le refus d'avancée dans les grades de la légion d'honneur explique la décision du 11 juillet 1971 »... Bien que ces éléments ne puissent être déconsidérés, il y a toujours à gagner en intellectualité à ne pas se contenter de personnaliser les facteurs explicatifs d'une décision. Les années 1990 avaient offert plusieurs cadres d'analyse en ce sens. Les uns mettaient en avant les contraintes liées au positionnement institutionnel du Conseil constitutionnel ; d'autres ses stratégies<sup>6</sup> ; d'autres encore ses ressources et interactions politiques<sup>7</sup>. Ce vivier théorique a toutefois peu été entretenu. Il peut en outre apparaître, aujourd'hui, pour qui recherche des clés de compréhension de telle ou telle décision singulière, trop général, trop « macro » comme diraient les économistes.

Une approche plus casuistique et pragmatique pourrait, dans ce contexte, fournir un contrepoint intéressant. En s'équipant sérieusement des bagages fournis par les théories du droit, la sociologie ou les sciences politiques, voire, dans une certaine mesure, les sciences économiques, il s'agirait d'analyser finement des décisions choisies en partant de questions simples. Quels sont et ont été les engagements ou expertises professionnels, politiques,

---

<sup>6</sup> J. Meunier, *Le pouvoir du Conseil constitutionnel. Essai d'analyse stratégique*, Paris, LGDJ, 1994 ; M. Troper, « La liberté d'interprétation du juge constitutionnel », *Interprétation et droit*, P. Amselek (dir), Paris, Bruxelles, Bruylant et PUAM, 1995, p. 244.

<sup>7</sup> B. François, « Le juge, le droit, la politique », *RFDC*, n° 1, 1990.

associatifs des membres du Conseil sur le sujet soumis à leur examen ? S'agissant de nos deux QPC notamment, quels étaient les membres les plus spécialisés en droit du travail ou sur le monde carcéral ? Quelle position adoptent-ils ? En l'occurrence, on se souviendra par exemple du rapport Canivet sur le contrôle extérieur des prisons<sup>8</sup>. Ou encore, quels acteurs ont été consultés, lus, écoutés ? Selon quelles formes ? A l'aide de quelles sources juridiques et autres la décision a-t-elle été préparée ? On relèvera ici l'absence, dans les dossiers documentaires fournis à l'appui des deux décisions sur le travail en prison, de références faites à des rapports d'institutions internationales ou européennes. Seules des données comparatives provenant de rapports nationaux sont mentionnées<sup>9</sup>. Par ailleurs, qui a été désigné rapporteur, question que tout spécialiste du Conseil sait cruciale ? Quelles sont les tendances jurisprudentielles et les débats sur la question examinée ? Pour quel raisonnement, quelle rédaction a opté le Conseil constitutionnel parmi toutes celles qui lui étaient ouvertes ? Eventuellement, pour quelle raison ? Le problème est que pour répondre à certaines de ces interrogations, les informations manquent. On pense évidemment à la publicité du nom du rapporteur mais aussi à celle des « portes étroites » reçues par le Conseil constitutionnel, on y revient. Car ce que confirment les deux décisions qui nous occupent n'est pas seulement les insuffisances des cadres théoriques mobilisables pour les analyser ; c'est aussi une absence de transparence sur les jeux d'influences multiples ayant cours au sein du Conseil constitutionnel. Rien ne naît de rien.

Outre les influences politiques habituellement suspectées, il existe d'autres points de contact du Conseil constitutionnel avec le monde : liens informels avec telle ou telle personnalité, participations à des manifestations universitaires, rencontres avec d'autres membres de Cours constitutionnelles... Surtout, les membres du Conseil constitutionnel peuvent prendre connaissance de l'état des débats et des attentes - au-delà de celles du justiciable - sur une question soumise à leur examen par deux voies évoquées : des « portes étroites » et des observations en intervention. Toutefois, ces deux voies présentent une asymétrie de taille.

Les « portes étroites » sont officieuses et complètement opaques pour qui ne travaille pas au Conseil. On n'en trouve aucune trace dans les dossiers documentaires, ni dans les décisions. Depuis le début des années 1980, ce type d'observations envoyées au Conseil sur une décision en cours est le fait d'acteurs en tout genre : associations, ONG, syndicats, groupes de pression économiques, professionnels, sportifs, professeurs de droit mus par un simple élan intellectuel ou, le plus souvent, travaillant pour le compte d'autrui<sup>10</sup>... Le Conseil communique très peu à leur sujet. A en lire un article de Médiapart : « 'Secret des affaires', se serait vu rétorquer une chercheuse qui souhaitait consulter des 'portes étroites' »<sup>11</sup>. La pratique est pourtant parfois frénétique. « En 2014, quarante-sept 'portes étroites' ont ainsi été déposées au siège du Conseil, rue de Montpensier. Vingt et une autres (...), sur la seule loi renseignement. Puis vingt-quatre encore sur la loi Macron », concède l'ancien président du

---

<sup>8</sup> *Amélioration du contrôle extérieur des établissements pénitentiaires : Rapport au garde des Sceaux, ministre de la justice*, Paris, La documentation française, 2000.

<sup>9</sup> Voir [http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2013320\\_321QPCdoc.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2013320_321QPCdoc.pdf) ; [http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2015485QPC2015485qpc\\_doc.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2015485QPC2015485qpc_doc.pdf)

<sup>10</sup> Voir M. Guillaume, « Guy Carcassonne et le Conseil constitutionnel », Colloque *Hommage à Guy Carcassonne*, Conseil constitutionnel, 10 avril 2014 : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/documentation/dossiers-thematiques/2014-colloque-hommage-a-guy-carcassonne/guy-carcassonne-et-le-conseil-constitutionnel.141705.html>

<sup>11</sup> M. Mathieu, « Enquête sur les coulisses du Conseil constitutionnel, cible des lobbies », *Médiapart*, 12 Octobre 2015.

Conseil constitutionnel, Jean-Louis Debré<sup>12</sup>. Alors que les « portes étroites » ont ouvert un marché qui s'est développé dans l'ombre, les observations en intervention, au contraire, on l'a évoqué, ont été rendues publiques (elles sont visées dans les textes ses décisions), institutionnalisées (le Conseil leur consacre une note sur son site) et encadrées par le règlement intérieur du Conseil. Au cours de la procédure, elles sont communiquées à toutes les parties, qui peuvent donc y répondre, à la différence des « portes étroites » qui ne sont connues que des seuls membres du Conseil.

Une telle asymétrie n'est pas sans poser la question de l'égalité des armes au détriment de celui qui joue le jeu de l'officialité. Ce dernier peut en effet être confronté, sans le savoir et donc sans la possibilité d'y répondre, à des argumentaires développés dans une « porte étroite » introduite par des représentants d'intérêts opposés. Entre les arguments des uns des autres, il difficile de savoir vers lesquels le cœur des membres du Conseil balancera.

## II. Points de fuite

Une fois les points de contacts établis, quel crédit, quel poids accorde le Conseil constitutionnel aux uns et aux autres?

S'agissant des « portes étroites », le brouillard l'emporte : « *On ne peut pas savoir si une 'porte étroite' est lue ou pas, si on pèse ou pas, confie un avocat parisien, coutumier de la pratique. Je préviens toujours mes clients : ça peut partir direct à la poubelle* »<sup>13</sup>. Les membres livrent des appréciations divergentes. Pour l'un, la « question de l'impact des 'portes étroites' sur mes travaux de juge (...) s'avère délicate à traiter. Impossible de généraliser ». Mais d'autres ont pu avouer aux intéressés « *C'est ta porte étroite qui a fait la différence* » ou faire valoir que « *Le contrôle a priori du Conseil constitutionnel (...) vit dans un climat d'une grande pauvreté intellectuelle. (...) C'est un vrai bonheur pour (...) les juges d'avoir une porte étroite dans une affaire. C'est un vecteur extrêmement puissant* ». A l'inverse, d'autres encore « assurent qu'ils n'ont jamais été influencés, balayant le terme même de 'lobbying' »<sup>14</sup>, tandis que selon un ancien secrétaire général: « Le Conseil constitutionnel fonde son action sur les saisines qui lui sont adressées. Ce sont celles-ci qui guident son action constitutionnelle. Les interventions ne trouvent véritablement une place que lorsqu'elles sont en cohérence avec ces saisines. Il en va ainsi tant pour le champ de la décision que pour le sens de celle-ci »<sup>15</sup>.

S'agissant des observations en intervention, hormis leur mention dans les visas des décisions, les indices des modalités de leur prise en considération ne sont pas plus nets. A moins, de connaître précisément le contenu des observations, en général, pour avoir participé à leur rédaction, il est difficile de déceler une réponse directe ou indirecte dans les décisions. En l'état des données officielles disponibles, on ne peut compter que sur les voies mondaines ou subreptices des confidences – en les supposant fiables - obtenues auprès des membres ou

---

<sup>12</sup> *Ibid.*

<sup>13</sup> M. Mathieu, « Enquête sur les coulisses du Conseil constitutionnel, cible des lobbies », *op. cit.*

<sup>14</sup> *Ibid.*

<sup>15</sup> Voir M. Guillaume, « Guy Carcassonne et le Conseil constitutionnel », Colloque *Hommage à Guy Carcassonne*, Conseil constitutionnel, 10 avril 2014 : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/documentation/dossiers-thematiques/2014-colloque-hommage-a-guy-carcassonne/guy-carcassonne-et-le-conseil-constitutionnel.141705.html>

des services du Conseil ou, plus académiquement, sur l'analyse comparée de la décision et des arguments spécifiquement introduits par les observations en intervention. Mais même lorsqu'une correspondance peut être établie entre les textes, elle ne signifie pas que le Conseil ait fait droit à l'argumentaire développé dans les observations. Les membres peuvent avoir emprunté d'eux-mêmes un raisonnement semblable ou, le cas échéant, l'avoir repris du mémoire d'une partie à l'affaire.

Le défaut de transparence est donc, en la matière, criant. On ne sait ce à quoi le Conseil répondra, ni ce qu'il considèrera. Les deux QPC sur le travail en prison l'illustrent à merveille. Certes, les observations ont été visées. Certes, le Conseil entame sa décision du 25 septembre 2015 en se référant « au requérant » et à « la partie intervenante ». Mais, sur le fond, on ne trouve aucun indice d'une quelconque attention, aucune réponse directe ou indirecte, aux arguments présentés, si ce n'est peut-être l'examen de la question de l'incompétence négative sur laquelle la Section française de l'OIP avait particulièrement insisté. D'où, un sentiment récurrent de cécité ou de surdité, de maîtrise très contrôlée de l'usage des observations en intervention, tout comme des mémoires des parties. Pourtant, dans nos deux affaires, les différents avocats avait fortement insisté sur l'occasion donné au Conseil constitutionnel d'ouvrir les yeux, de s'ouvrir à la réalité du monde carcéral<sup>16</sup>, d'« aller dans le sens de l'histoire » pour reprendre A. Hirschman<sup>17</sup>. Mais, après des minutes serrées de plaidoiries appuyées par des observations étoffées, documentées, référencées d'études juridiques et sociologiques sur ce qui est constitutif d'un contrat de travail, à savoir l'existence d'un lien de subordination, après plus anecdotiquement une pétition signée par 375 universitaires<sup>18</sup>, après aussi de nombreux rapports et recommandations d'ONG ou d'autorités nationales et internationales indépendantes<sup>19</sup>, la réplique du Conseil atteint les sommets de *l'imperatoria brevitatis* : « les personnes détenues ne sont pas placées dans une relation contractuelle avec l'administration pénitentiaire ; que par suite, le grief tiré de la méconnaissance de la liberté contractuelle est inopérant ». En retour, rarement une décision aura suscité des commentaires doctrinaux aussi secs : « le travail pénitentiaire conforté dans le 'non-droit' »<sup>20</sup>, « Travail en prison : le combat continue ! »<sup>21</sup>, « Travail en prison : le renoncement du conseil constitutionnel »<sup>22</sup>...

Ces deux décisions ne sont que le reflet d'une tendance de fond. Depuis la fin des années 1990, le Conseil constitutionnel a mis au second plan, dans le cadre du contrôle *a priori*, sa mission de garantie des droits et libertés. Plusieurs indices abondent en ce sens : abandon de l'effet cliquet, baisse relative du nombre de censures autres que fondées sur le principe d'égalité ou des libertés économiques, recours au principe de proportionnalité à l'issue duquel il est souvent conclu à l'absence d'atteinte manifestement disproportionnée ou excessive à un droit ou une liberté...<sup>23</sup>. Pour certains, le Conseil filtrerait ainsi le moustique

---

<sup>16</sup> Ecouter, voir : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/videos/2015/septembre/affaire-n-2015-485-qpc.144337.html>

<sup>17</sup> A. Hirschman, *Deux siècles de rhétorique réactionnaire*, Paris, Fayard, 1991.

<sup>18</sup> F. Johannès, « 375 universitaires militent pour le droit du travail en prison », *Le Monde.fr*, 14 septembre 2015.

<sup>19</sup> Entre maints références, lire les recommandations du 30 avril 2009 du Contrôleur général des lieux de privation de liberté relatives à la maison d'arrêt de Nice, *JORF*, n°109, 12 mai 2009, texte n° 63.

<sup>20</sup> C. Tzutzuiano, *RFDC*, 2016, n° 105, 177.

<sup>21</sup> P. Auvergnon, *Droit social*, janvier 2016, n° 1, p. 64.

<sup>22</sup> J. Bonnet, A. Roblot-Troizier, *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 50, janvier 2016, p. 85.

Voir aussi C. Wolmark, « Le travail en prison », *Constitutions*, n° 2015-4, p. 579.

<sup>23</sup> Voir V. Champeil-Desplats, « Le Conseil constitutionnel a-t-il une conception des libertés publiques ? », *Jus Politicum*, n° 7, 2012, <http://www.juspoliticum.com/Le-Conseil-constitutionnel-a-t-il.html>

pour « laisser passer le chameau »<sup>24</sup> ; il se ferait « gardien de l'Etat plus que des libertés » ; il serait en « grève du zèle »<sup>25</sup>.

Cette attitude est entretenue par un postulat prédominant au sein de l'institution : le Conseil constitutionnel ne dispose pas d'un pouvoir d'appréciation identique à celui du parlement. En conséquence, « il est loisible au législateur » de faire beaucoup de chose ou de ne rien faire. Dans nos deux QPC, le Conseil n'a pas manqué de le rappeler : « il est loisible au législateur de modifier les dispositions relatives au travail des personnes incarcérées afin de renforcer la protection de leurs droits ». L'argument, d'une part, est source de jeux complexes lorsqu'une incompétence négative est soulevée. Selon les cas, soit le Conseil censure et renvoie au législateur le soin de remédier aux insuffisances, soit il rejette le moyen tout en suggérant que la loi est lacunaire. La QPC du 25 septembre 2015 en est une illustration<sup>26</sup>. L'argument, d'autre part, est commode pour une institution qui craint la critique du gouvernement des juges et calibre donc ses coups, et qui, à l'occasion, joue du *self restraint* pour ne pas contrarier le parlement ou le pouvoir exécutif. Le représentant du Premier Ministre dans les procédures QPC l'a bien compris. En témoigne le nombre de fois où, comme il l'a fait dans nos deux affaires, il rappelle au Conseil les limites de ses compétences.

Pourtant, depuis l'instauration de la QPC, les politiques jurisprudentielles du Conseil se trouvent confrontées à une tension nouvelle entre, d'un côté, l'action directrice du *self restraint* et, de l'autre, la garantie des droits et libertés. Jusqu'alors, cette dernière n'était pas explicitement conférée par la constitution. Outre l'expression d'un engagement sincère de ses membres, elle pouvait s'analyser comme un moyen de légitimation d'une institution encore fragile et singulière dans le paysage international des Cours constitutionnelles. Mais elle a pu s'accommoder d'atténuations par la suite lorsque, à la fin des années 1990, la position institutionnelle du Conseil a paru suffisamment consolidée. Or, avec la QPC, le contrôle des lois au regard des droits et libertés que la constitution garantit est dorénavant expressément prévu par la Constitution. Il n'est alors pas inconcevable que les points d'équilibre soient appelés à se déplacer ou qu'il puisse être attendu qu'il le soit, d'autant que le *self restraint* n'a pas les mêmes effets sur la garantie des droits et libertés selon que le législateur en fait ou non lui-même une priorité. C'est en laissant paraître que contrôler n'est pas forcément garantir que les incompréhensions des justiciables et des différents acteurs impliqués dans le domaine des droits et libertés sont susceptibles de s'accroître.

On pourrait finalement analyser l'attitude du Conseil constitutionnel avec une certaine bienveillante : qu'une instance réputée indépendante accorde le crédit qu'elle entend aux arguments qui lui sont présentés, il n'y a rien à redire. Mais le problème est qu'à force de raisonnements lapidaires, de silence gardé sur les débats internes, de ne rien laisser transparaître sur les acteurs entendus ou de ne pas répondre à d'autres, le sentiment de surdité l'emporte, voire pire, pour une instance dite juridictionnelle, celui de deux poids, deux mesures. Le monde à part que semble composer le Conseil constitutionnel réside dès lors peut-être moins dans son absence de perméabilité à ceux qui l'entourent que dans son défaut de transparence et de communication sur ses rapports au monde.

---

<sup>24</sup> P. Wachsmann, « Des chameaux et des moustiques. Réflexions critiques sur le Conseil constitutionnel », in *Billet d'humeur en l'honneur de D. Lochak*, V. Champeil-Desplats, N. Ferré (dir.), Paris, LGDJ, 2007, p. 279.

<sup>25</sup> F. Johannès, « Le Conseil constitutionnel, gardien de l'Etat plus que des libertés », *Le Monde*, 20 août 2015 ; « La « grève du zèle » des juges constitutionnels », *Le Monde*, 18 août 2015.

<sup>26</sup> A. Roblot-Troizier, « Travail en prison : une loi lacunaire mais pas d'incompétence négative », *RFDA*, 2015, n° 6, p. 1200.