

Le rôle de l'avocat dans l'exécution des peines privatives de liberté: entre droits du détenu et devoirs du conseil

PALUMBO, Guglielmo

Abstract

La présente étude se propose de présenter le rôle de l'avocat dans l'exécution des peines privatives de liberté. Dans un premier temps, elle analyse, d'un point de vue général, le rôle de l'avocat du détenu, qui est celui de garant de ses droits humains et de véritable voie de secours à laquelle il peut faire appel durant l'exécution de sa peine. Dans un deuxième temps, une attention particulière est portée sur le rôle de l'avocat en cas d'infraction disciplinaire du détenu. Cette partie du travail démontre que dans la procédure disciplinaire, l'avocat se conçoit en tant que véritable défenseur du détenu et propose de faire application des garanties procédurales pénales à la procédure disciplinaire. Dans un dernier temps, sont présentés d'autres rôles que peut être amené à exercer l'avocat du détenu, notamment en matière de requêtes et de plaintes, de libération conditionnelle, ainsi qu'en cas de recours en grâce.

Reference

PALUMBO, Guglielmo. *Le rôle de l'avocat dans l'exécution des peines privatives de liberté: entre droits du détenu et devoirs du conseil*. Maîtrise : Univ. Genève, 2012

Available at:

<http://archive-ouverte.unige.ch/unige:30518>

Disclaimer: layout of this document may differ from the published version.



UNIVERSITÉ
DE GENÈVE

Guglielmo PALUMBO

Semestre d'Automne 2012

Université de Genève, Faculté de Droit

Sous la direction de Baptiste Viredaz

Mémoire de maîtrise en droit des sanctions

**Le rôle de l'avocat dans l'exécution des
peines privatives de liberté: entre droits du
détenu et devoirs du conseil**

Réflexions autour de quelques aspects de défense pénale continue

Alors commença une chose extraordinaire. Philippe prit Bontems par le cou et lui parla. Ce n'était pas un discours, mais une incantation verbale où, sans cesse, revenait le mot courage. « Tu es bien, tu es formidable, tu as du courage. » Je ne sais pas si Bontems comprenait tout ce que Philippe lui disait, à phrases décousues. Mais elles entraient en lui, le protégeaient, écartant la réalité. Seule importait la voix amicale, les mots familiers, cette tendresse secrète qui faisait irruption, dans cette cellule, et berçait Bontems au moment de mourir. Ce que Philippe accomplit en cet instant dépassa tout ce qu'un avocat peut espérer jamais atteindre au service de la défense.

Robert BADINTER, *L'exécution*, 1973

Je les ai aimés tous, vous dis-je. Choisi ou commis d'office, j'ai fait corps avec eux. Les défendre tous comme ils sont, avec leurs bassesses, leurs nostalgies à jamais stériles, leurs étincelles divines (ils en crépitent) et leurs terreurs dernières, a été et reste mon devoir.

Albert NAUD, *Les défendre tous*, 1973

Sommaire

Introduction	5
1. La fonction de l'avocat avant jugement et après condamnation	5
2. Le détenu en tant que sujet de droit	7
3. Problématique	8
4. Structure du travail	8
I. L'avocat, garant des droits du détenu	10
1. La vulnérabilité particulière du détenu en matière d'atteintes aux droits de l'homme, une caractéristique centrale de la vie pénitentiaire	10
2. Les instruments suisses et internationaux de garantie des droits du détenu	11
3. L'accès du détenu aux conseils juridiques	12
A. Le droit à un avocat	12
B. Le droit à l'assistance juridique	13
4. Le droit du détenu aux contacts avec son avocat	15
II. L'avocat dans la procédure disciplinaire	17
1. La procédure administrative et ses spécificités	17
A. Les particularités procédurales	17
a. Les règles	17
b. Les difficultés pratiques	18
c. Les raisons de ces difficultés	19
B. La représentation du détenu par un conseil	20
a. Le droit d'être représenté par un avocat	20
b. Le besoin d'être représenté par un avocat	21

c.	La rémunération du défenseur à travers l'assistance juridique	22
2.	La procédure pénale disciplinaire	22
A.	Les infractions en prison : entre droit pénal et droit administratif	22
B.	Le « tripartite test » et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme	24
a.	Les trois grands arrêts	24
b.	Le droit disciplinaire suisse face à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme	25
c.	L'accès du détenu condamné à une sanction disciplinaire aux voies de recours pénales	27
C.	Le défenseur du détenu et l'application des garanties procédurales pénales à la procédure disciplinaire	28
a.	La défense obligatoire	28
b.	La défense d'office en cas d'indigence du détenu	29
c.	La présomption d'innocence et l'avocat de la première heure	30
D.	La rémunération du défenseur à travers l'assistance juridique	30
III.	Les autres rôles de l'avocat du détenu	32
1.	La requête et la plainte	32
2.	La demande de libération conditionnelle	33
3.	Le recours en grâce	34
	Conclusion	36
	Bibliographie	38

Introduction

1. La fonction de l'avocat avant jugement et après condamnation

Avant le jugement, les règles de procédure pénale s'appliquent. Le premier article du Code de procédure pénale suisse¹ (ci-après : CPPS) dispose en effet que le code régit la poursuite et le jugement des infractions prévues par le droit fédéral. La poursuite s'étend de la phase policière à l'acte d'accusation, à l'ordonnance de classement ou à l'ordonnance pénale². Tandis qu'en matière pénale, le jugement est en principe la décision qui statue sur la culpabilité et, en cas de réponse affirmative à cette première question, prononce une peine, une mesure ou l'exemption de toute peine³. Cette première phase prend donc fin au moment de la condamnation du prévenu, à moins d'une éventuelle demande en révision du jugement, cette dernière étape faisant encore partie du procès pénal (art. 410 ss CPPS et 385 du Code pénal suisse⁴, ci-après : CPS)⁵.

Le Code de procédure pénale suisse consacre plusieurs dispositions à l'avocat. Plus particulièrement, les articles 128 à 135 traitent de la question du défenseur. Le choix terminologique est important. En effet, l'activité de l'avocat avant le jugement peut être considérée comme celle de la défense pénale au sens propre du terme. ALBRECHT, parle à ce sujet d'« Entlastungsfunktion »⁶. Parallèlement à cela, l'avocat a une fonction de contrôle⁷ sur la procédure, dans le sens où il doit adopter un rôle actif permettant la mise en œuvre concrète des droits procéduraux du prévenu⁸. D'un point de vue global, il assure à son client l'égalité des armes face à l'appareil répressif de l'Etat lorsqu'il poursuit le prévenu : il équilibre et coordonne la tension entre liberté du citoyen, encore présumé innocent, et l'exercice de l'autorité⁹. En ce sens, les américains le nomment « the equalizer »¹⁰.

L'importance et la nécessité du rôle de l'avocat dans la phase avant le jugement sont reconnues¹¹. Au niveau européen, l'article 6 paragraphe 3 lettre e CEDH accorde le droit à « tout accusé » d'être assisté par un défenseur, la tendance étant même de reconnaître ce droit dès les premiers stades de la procédure¹². Au niveau national, notre code de procédure pénale garantit également de manière optimale le droit du prévenu à un avocat en prévoyant des cas de défense obligatoire (art. 130 CPPS), un système de défense d'office (art. 132 à 135 CPPS), ainsi qu'en assurant la présence du conseil juridique dès le début de la première audition (art. 158 al. 1 let. c CPPS).

Après la condamnation, inversement, le rôle de l'avocat est bien plus indéterminé. « L'avocat joue un rôle important dans le contexte pénitentiaire, même s'il intervient plus souvent avant jugement que lors de l'exécution de la peine »¹³. L'activité de l'avocat après la condamnation

¹ RS 312.0, du 5 octobre 2007.

² CR CPP-ARN/STEINER, Art. 1 N 5.

³ CR CPP-ARN/STEINER, Art. 1 N 6.

⁴ RS 311.0, du 21 décembre 1937.

⁵ PERRET-GENTIL, p. 1 et 115.

⁶ ALBRECHT, N 2.11.

⁷ BSK StPO-RUCKSTUHL, Art. 128 N 1 ; ALBRECHT, N 2.49.

⁸ ALBRECHT, N 2.41.

⁹ BRUNETTI, p. 81.

¹⁰ PONCET, p. 379, N 2.

¹¹ STAVROS, p. 206 ; ATF 117 Ia 277, consid. 5.a.

¹² Arrêt *Salduz contre Turquie*, consid. 52.

¹³ CR CP I- VIREDAZ/VALLOTTON, Art. 84, N 20.

est encore peu claire¹⁴ et, surtout, non codifiée. Elle déplore un caractère laconique¹⁵. En effet, dans la partie du Code pénal suisse traitant de l'exécution des peines privatives de liberté (Titre 4, articles 74 à 92) aucune disposition ne porte sur le rôle du conseil et sur le droit du détenu aux services d'un avocat en exécution de peine. Il est intéressant de noter que le prévenu condamné passe du statut de sujet lors de la procédure pénale, à celui d'objet de l'administration pénitentiaire¹⁶. Le condamné, préalablement protégé par le statut pénal de prévenu, est donc « pris en charge » par l'administration et acquiert ainsi un « statut nouveau »¹⁷. En exécution de peine, une modification s'opère, dans le sens où l'individu est objet de sujétions et non sujet d'obligations¹⁸.

Le prévenu est partie à la procédure au sens de l'article 104 alinéa 1 lettre a CPPS et est placé sur un plan d'égalité avec son accusateur, le ministère public (art. 104 al. 1 let. c CPPS). Le détenu, quant à lui, est *soumis* aux règles de l'administration pénitentiaire. Il représente, dans la hiérarchie de l'établissement pénitentiaire, l'échelon le plus bas. Ainsi, après la condamnation, les enjeux auxquels est confronté l'avocat se modifient. À l'horizontalité du procès, lieu d'équilibre et d'égalité, du moins théoriques, se substituent la verticalité de l'organisation pénitentiaire et la disparité qui en découle.

Après la condamnation, il sera donc bien plus question de la vie carcérale du détenu que de l'infraction ayant causé son incarcération, bien plus question du principe de normalisation que de preuves illégales ou de témoignages, par exemple. Le conseil aura principalement une fonction de garant des droits qui restent au prisonnier, droits déjà restreints par le fait même d'être privé de liberté. Si l'on considère que le procès est une bataille où le prévenu a droit à l'égalité des armes, il est possible d'admettre que dans l'exécution de peine, l'avocat fait office de contrepoids face à l'administration pénitentiaire. Il est une voie de secours¹⁹ à laquelle le détenu a accès pour connaître ses droits et les mettre en œuvre de manière concrète.

Le Tribunal fédéral (ci-après : TF), dans un arrêt datant de 1991, s'est posé la question de savoir si un détenu avait droit à l'assistance judiciaire gratuite (*unentgeltliche Verteidigung*) dans le cadre de la réintégration à une mesure infligée selon l'ancien code pénal. En d'autres termes, notre Haute Cour a pris position sur le droit du détenu à être assisté d'un avocat à l'aune des problèmes auxquels il est confronté en prison. En précisant que la question concernait tant le domaine pénal qu'administratif (« *zwischen Strafrecht und Verwaltungsrecht* »²⁰, le TF a accordé l'assistance judiciaire parce que le détenu faisait face à une situation susceptible de lui causer de graves conséquences personnelles (« *einschneidende Konsequenzen auf die persönlichen Verhältnisse des Beschwerdeführers* »)²¹. Plus généralement, dans cet arrêt-clé, le TF a affirmé que dans l'exécution de peine, il était envisageable que le détenu soit confronté à des situations juridiques ou factuelles épineuses ou bien à des questions procédurales compliquées²². Dans cette décision, il y a donc une reconnaissance du besoin du détenu d'être assisté par un avocat.

¹⁴ BRUNNER, N 6.1.

¹⁵ BACHER/JENDLY, p. 634.

¹⁶ BRUNNER, N 6.1.

¹⁷ AKSOY RÉTORNAZ, p. 20.

¹⁸ GIUDICELLI-DELAGE/MASSE, p. 13.

¹⁹ « Avocat », du latin *advoco* : faire venir, appeler à soi.

²⁰ ATF 117 Ia 277, consid. 5.a.

²¹ ATF 117 Ia 277, consid. 5.a.

²² BRUNNER, N 6.2 ; ATF 117 Ia 277, consid. 5.a.

Néanmoins, il est important de souligner que la protection du détenu, de ce point de vue, est nettement plus faible que celle du prévenu. Elle n'est notamment pas prévue expressément par la CEDH qui n'accorde une protection qu'à la personne prévenue, sur laquelle pèsent des « criminal charges »²³. Cette notion de « criminal charges » ou « strafrechtliche Anklage »²⁴ étant autonome, nous verrons dans la suite de cette contribution qu'elle peut être de grande utilité pour le détenu²⁵.

2. Le détenu en tant que sujet de droit

La réflexion autour du rôle de l'avocat nous amène impérativement à une attention préalable sur le statut juridique du détenu, puisque les droits dont bénéficie le prisonnier sont logiquement liés à son statut juridique. Nous disions précédemment que le détenu est objet de l'administration pénitentiaire²⁶. Néanmoins, la jouissance des droits de l'homme ne dépend pas d'un statut particulier et la vie pénitentiaire ne doit pas constituer une atteinte généralisée aux droits fondamentaux²⁷. En substance, « pour être un détenu, on n'est pas moins un homme »²⁸, la peine n'étant la privation que d'un seul droit fondamental : la liberté²⁹. Selon BAECHTOLD, les détenus ne font plus figure de « sans droits », d'« outlaws » ou « d'esclaves de l'Etat » livrés à l'arbitraire et au bon vouloir de leur souverain³⁰. Ils disposent pleinement du « rechtsburgerschap »³¹, c'est-à-dire « the ability to participate in legal matters and the possibility of claiming that the legal principles and values must be applied to them »³².

Pourtant, les détenus restent en Suisse soumis à un « rapport de droit spécial » au regard de l'Etat³³. Au départ, cette notion juridique avait pour conséquence de pouvoir restreindre leurs droits en l'absence de base légale³⁴. Cette conception, aujourd'hui dépassée, constituait un empêchement sérieux à l'évolution des conceptions modernes du traitement pénal³⁵. Le Tribunal fédéral considère « indispensable de fixer, dans un règlement ou une loi, les limitations de liberté personnelle que les prévenus et les condamnés doivent subir pendant leur détention en prison »³⁶. À cela s'ajoute la protection offerte par l'article 74 CPS, qui stipule que l'exercice des droits du détenu ne peut être restreint que dans la mesure requise par la privation de liberté et par les exigences de la vie collective dans l'établissement.

En définitive, nous pouvons affirmer que malgré son statut juridique particulier, le détenu est bien titulaire de droits, la détention ne pouvant justifier des atteintes superflues. Le cadre juridique est donc contraignant pour l'autorité étatique : le détenu conserve ses droits fondamentaux et peut faire valoir bien d'autres prétentions consacrées par la législation³⁷.

²³ STAVROS, p. 8; PERRET-GENTIL, p. 174.

²⁴ MEYER-LADEWIG, Art. 6 N 21.

²⁵ STAVROS, p. 16; Arrêt *Ezeh et Connors contre Royaume-Uni*, consid. 84, où la Cour européenne des droits de l'homme accorde la protection de l'article 6 CEDH à des détenus parce qu'elle considère que dans la situation en question ils revêtaient précisément la qualité d'accusés.

²⁶ BRUNNER, N 6.

²⁷ AKSOY RÉTORNAZ, p. 18.

²⁸ SOYER, p. 82.

²⁹ ROBERT (1974), p. 44.

³⁰ BAECHTOLD, N 167, p. 201 ; ROBERT (1974), p. 46.

³¹ VAN ZYL SMIT/SNACKEN, p. 70; SNACKEN, p. 138.

³² VAN ZYL SMIT/SNACKEN, p. 70.

³³ MULLER, p. 1 : « Gefängnis » ; BAECHTOLD, N 169, p. 201.

³⁴ BAECHTOLD, N 169, p. 201.

³⁵ ROBERT (1974), p. 43.

³⁶ ATF 106 Ia 277, consid. 3.d, tiré de l'ATF 99 Ia 268 consid. III.4.

³⁷ BAECHTOLD, N 167, p. 201.

Dans ce domaine, la fonction de l'avocat est donc de toute importance puisqu'elle consistera à assister le détenu dans la mise en œuvre de ses droits.

3. Problématique

À travers cet écrit, nous allons nous intéresser au rôle de l'avocat dans l'exécution des peines privatives de liberté. Nous tenterons de démontrer pourquoi l'avocat est important pour le détenu et en quoi la mise en œuvre de ses droits peut s'avérer problématique dans le cadre pénitentiaire. Nous serons donc amenés à nous poser les questions suivantes : Les enjeux auxquels le prisonnier est confronté sont-ils aussi cruciaux qu'en procédure pénale ? Les privilèges de la relation accusé-défenseur sont-ils maintenus durant la phase d'exécution de peine ?

Nous partons du constat selon lequel le rôle de l'avocat après condamnation n'est pas suffisamment approfondi tant par la doctrine³⁸ que par la jurisprudence, bien que, dans la pratique, les détenus et l'administration soient confrontés à des problèmes d'une importance majeure. Intéressants à cet égard sont les mots de GIUDICELLI-DELAGE et MASSE à propos du paradigme du fossé qui existerait en matière pénitentiaire entre les faits et le droit : « Idée reçue puisque l'on n'a de connaissance claire et nette ni du fait ni du droit »³⁹, disent-ils. Le droit de faire appel à un avocat est reconnu, « mais principalement pour ce qui concerne les prévenus détenus avant jugement. Il n'est pas conçu comme la base d'une reconnaissance pour des interventions systématiques d'un défenseur pendant l'application d'une peine ou d'une mesure privative de liberté »⁴⁰. Ainsi, des interrogations extrêmement concrètes s'imposent : Est-ce que le détenu a le droit aux services d'un avocat en cas de manque de moyens financiers ? Est-ce que la procédure sanctionnelle disciplinaire permet au détenu d'être défendu par un avocat ? Plus, généralement, quelles sont les problématiques juridiques auxquelles doit faire face le détenu ? Sont-elles assez complexes ou délicates pour nécessiter les services d'un avocat ?

4. Structure du travail

Afin de décrire concrètement cette problématique dans le quotidien des détenus, ainsi que pour répondre aux questions soulevées précédemment, nous traiterons de quelques situations précises susceptibles de clarifier l'utilité et la nécessité du rôle de l'avocat pour le prisonnier, tout en gardant à l'esprit que la fonction et le devoir du conseil dans l'exécution de peine sont d'être le garant des droits de la personne privée de liberté dans un environnement particulièrement hostile. Nous viserons donc à démontrer que la défense pénale ne prend pas fin lors du prononcé du jugement, mais bien plus qu'elle s'exerce de façon continue, jusqu'à la fin de l'exécution de la sanction⁴¹.

Notre réflexion se divise en trois grands axes qui sont autant de « facettes » de la dimension du rôle de l'avocat en exécution de peine. Tout d'abord, nous mettrons en avant la fonction générale de protection des droits du détenu qu'exerce l'avocat. Ensuite, nous nous pencherons sur la problématique du droit disciplinaire, en démontrant que l'avocat a une fonction de défense fondamentale dans l'application des sanctions qui en découlent. Enfin, nous

³⁸ L'unique contribution traitant précisément de la question sous l'angle du droit suisse a été rédigée en 2007 par Christian-Nils ROBERT et s'intitule *La défense continue* (voir bibliographie).

³⁹ GIUDICELLI-DELAGE/MASSE, p. 11.

⁴⁰ ROBERT (2007), p. 345.

⁴¹ ROBERT (2007), p. 340 : « idée (...) d'une défense continue, d'une défense qui se continue ».

aborderons la question des enjeux juridiques soulevés par le droit de se plaindre et de formuler des requêtes du condamné, ainsi que des demandes de libération conditionnelle et de grâce, que le détenu peut être amené à effectuer durant son incarcération.

Tout au long de notre contribution, une attention particulière sera portée sur l'aspect financier de la relation détenu-avocat, en analysant le droit du détenu à l'assistance juridique étatique puisqu'il se trouve généralement dans une situation financière précaire, cette situation étant propre à entraver la mise en œuvre de ses droits. Par ailleurs, nous avons choisi de présenter en détail la problématique du rôle de l'avocat dans la procédure disciplinaire en raison des nombreuses incertitudes juridiques qu'elle comporte. Ainsi, des tâches pratiques plus récurrentes dans le quotidien des avocats exerçant dans le domaine de l'exécution de peine, telles que les demandes de libération conditionnelle et les plaintes des détenus, sont abordées plus sommairement.

Nous traiterons uniquement des détenus privés de liberté exécutant une peine de prison ferme au sens des articles 40, 41 et 74 à 92 CPS. Ainsi, il ne sera notamment pas question du rôle de l'avocat dans l'exécution des mesures (art. 56 à 66 CPS). Concernant le conseil, nous ferons exclusivement référence, à l'instar de l'article 127 alinéa 5 du CPPS, aux avocats habilités à représenter les parties devant les tribunaux au sens de l'article 2 alinéa premier de la Loi fédérale sur la libre circulation des avocats⁴².

Il mérite également d'être précisé que cet écrit n'a pas la prétention d'être exhaustif quant à la description des situations concrètes qui ont lieu dans les prisons suisses. Son objectif est de présenter, dans les grandes lignes, les défis auxquels est confronté l'avocat du détenu condamné. Partant, nous avons choisi d'illustrer nos exemples principalement à l'appui des textes relatifs à l'exécution de peine en vigueur dans les cantons de Genève et Vaud.

⁴² RS 935.61, du 23 juin 2000.

I. L'avocat, garant des droits du détenu

1. La vulnérabilité particulière du détenu en matière d'atteintes aux droits de l'homme, une caractéristique centrale de la vie pénitentiaire

« La justice ne saurait s'arrêter à la porte des prisons »⁴³. Ces propos peuvent toutefois être nuancés, dans le sens où il convient d'éviter la fiction selon laquelle le détenu jouit de ses droits *comme si* il était en liberté⁴⁴. La Cour européenne des droits de l'homme a elle-même considéré que les mesures privatives de liberté s'accompagnent ordinairement d'un certain degré de souffrance et d'humiliation acceptable⁴⁵. La condition du détenu le place bien plus dans une situation de danger tant au niveau physique et psychique que social et juridique⁴⁶. D'ailleurs, la vulnérabilité du détenu à un de ces niveaux en influencera négativement d'autres⁴⁷. Il peut, par exemple, être particulièrement difficile pour le détenu d'avoir accès aux juridictions de son pays en raison de sa vulnérabilité sociale, ce qui revient à l'affaiblir sur le plan juridique de la mise en œuvre de ses droits⁴⁸.

Les juridictions portent un regard de plus en plus critique sur les régimes pénitentiaires⁴⁹ et la doctrine permet de dégager différents axes d'atteintes possibles et fréquentes aux droits de l'homme des détenus⁵⁰. Il est d'ailleurs aujourd'hui reconnu que les circonstances entourant l'exécution des peines privatives de liberté, telles que le caractère déplorable de certaines prisons et le maintien en prison d'êtres humains vulnérables⁵¹ représentent des atteintes injustifiées aux droits de l'homme. Dans ce sens, plusieurs dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme⁵² (ci-après : CEDH) concernent de près ou de loin la personne privée de liberté et sont destinées à protéger les détenus⁵³.

Tout d'abord, la prison risque d'exposer les détenus à des privations arbitraires de liberté. C'est uniquement dans le bon respect de la loi que l'autorité a la possibilité de placer et de maintenir une personne en prison. La CEDH accorde en ce sens à toute personne privée de liberté la possibilité de contester légalement son maintien en détention. Plus précisément, c'est l'article 5 qui traite du droit à la liberté (paragraphe 1), des conditions où il est permis de la restreindre (différentes lettres du paragraphe 1) et des moyens de droit dont disposent les personnes privées de liberté (paragraphe 4).

En outre, l'emprisonnement confronte souvent le détenu à la question des traitements inhumains et dégradants énoncés notamment à l'article 3 CEDH. Ses droits peuvent être facilement violés par les conditions de détention, par exemple en raison de la durée excessive de la peine ou encore à cause de l'impact néfaste de la détention sur sa santé. Sous l'angle des articles 3 et 8 CEDH, les conditions de détention (*Vollzugsbedingungen*⁵⁴) sont un des aspects

⁴³ Arrêt *Campbell et Fell contre Royaume-Uni*, consid. 69.

⁴⁴ TULKENS, p. 254.

⁴⁵ SPIELMANN/SPIELMANN, p. 606.

⁴⁶ TULKENS, p. 254.

⁴⁷ VAN ZYL SMIT/SNACKEN, p. 70 : « (...) the social vulnerability of most prisoners is increased as a result of selectivity of the criminal justice systems in applying deprivation of liberty ».

⁴⁸ TULKENS, p. 255.

⁴⁹ MURDOCH, p. 212.

⁵⁰ MURDOCH, p. 212.

⁵¹ SPIELMANN/SPIELMANN, p. 617.

⁵² RS 0.101, du 4 novembre 1950.

⁵³ SPIELMANN/SPIELMANN, p. 604 et 618.

⁵⁴ BRUNNER, N 6. 15.

les plus problématiques. Dans ce contexte, s'imposera souvent un examen du règlement de la prison et des restrictions superflues à la liberté imposées au détenu, celui-ci ayant dans tous les cas droit à des conditions de vie décentes et convenables.

Enfin, la population carcérale est bien trop souvent atteinte dans la mise en œuvre de ses droits civils et politiques (i.e. art. 12 CEDH). Voici deux cas de figure parmi tant d'autres : la situation d'impossibilité d'avoir des rapports sexuels imposée à une détenue pendant plusieurs années peut revenir à la priver d'avoir des enfants, tout comme l'ingérence dans la correspondance des détenus représente une forte intrusion dans leur sphère privée.

2. Les instruments suisses et internationaux de garantie des droits du détenu

L'article 123 alinéa 2 de la Constitution fédérale stipule que l'organisation judiciaire et l'administration de la justice, ainsi que l'exécution des peines et des mesures en matière de droit pénal sont du ressort des cantons, sauf disposition contraire de la loi. La couverture législative du domaine de l'exécution de peine varie donc selon les cantons suisses, tant sur le plan formel que matériel⁵⁵. Par exemple, nous n'avons à Genève qu'un Règlement sur le régime intérieur de la prison et le statut des personnes incarcérées⁵⁶ (ci-après : RRIP/GE), tandis que le Canton de Vaud est doté, entre autres, d'une Loi sur l'exécution des condamnations pénales (ci-après : LEP/VD)⁵⁷. Toujours au niveau cantonal, le droit administratif cantonal jouit d'une grande importance en matière d'application des peines⁵⁸, ce qui laisse apparaître d'autres disparités entre cantons.

Au niveau intercantonal, il existe trois concordats traitant de l'exécution des peines (art. 48 Cst)⁵⁹. Ces actes ont une grande importance pratique⁶⁰. Ceux-ci sont le Concordat sur l'exécution des peines et des mesures dans les cantons latins⁶¹, le Concordat sur l'exécution des peines et des mesures de la Suisse centrale et du Nord-Ouest⁶² et le Concordat sur l'exécution des peines et des mesures de la Suisse orientale⁶³.

À l'échelon fédéral, outre les bases légales du Code pénal qui réglementent l'exécution des peines privatives de liberté (art. 74 ss CPS), la Constitution fédérale revêt un rôle majeur en matière de protection des droits des détenus⁶⁴. En effet, les détenus sont titulaires, comme tout citoyen, des droits fondamentaux listés aux articles 7 et suivants. Plus particulièrement, ils bénéficient également de la garantie présente à l'article 31 alinéa premier de la Constitution fédérale disposant que nul ne peut être privé de sa liberté si ce n'est dans les cas prévus par la loi et selon les formes qu'elle prescrit.

Puis, sur le plan du droit international contraignant, la quantité de normes ratifiées par la Confédération s'est développée à tel point qu'il est pratiquement impossible d'en garder une

⁵⁵ BAECHTOLD, N 5, p. 61.

⁵⁶ RS GE F 1 50.04, du 30 septembre 1985.

⁵⁷ RS VD 340.01, du 4 juillet 2006.

⁵⁸ BAECHTOLD, N 7, p. 63.

⁵⁹ BRÄGGER, p. 49.

⁶⁰ BRUNNER, N 6. 8.

⁶¹ Concerne les cantons : Fribourg, Genève, Jura, Neuchâtel, Vaud, Valais, Tessin.

⁶² Concerne les cantons : Argovie, Bâle-Campagne, Bâle-Ville, Berne, Lucerne, Obwald, Nidwald, Schwytz, Soleure, Uri, Zoug.

⁶³ Concerne les cantons : Appenzell Rhodes-Extérieures, Appenzell Rhodes-Intérieures, Glaris, Grisons, Schaffhouse, Saint Gall, Thurgovie, Zurich.

⁶⁴ BAECHTOLD, N 3, p. 61.

vue d'ensemble, selon BAECHTOLD⁶⁵. En matière de protection des détenus, nous tiendrons particulièrement compte de la CEDH et des garanties minimales conférées par ses articles 3, 5 (paragraphe 1 lettre a et 4), 6 et 8. De plus, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (ci-après : Pacte II)⁶⁶, la Convention contre la torture et autres peines ou traitements inhumains et dégradants⁶⁷, la Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants⁶⁸ sont autant d'actes juridiques octroyant de nombreux droits aux prisonniers.

Finalement, en matière de sources internationales non-contraignantes, les Règles pénitentiaires européennes⁶⁹ (ci-après : RPE) méritent d'être prises en compte dans les moyens de protection des détenus, puisqu'elles ont acquis une importance similaire à certains traités⁷⁰. Bien que non obligatoires, ces actes internationaux unilatéraux constituent d'importants moyens auxiliaires d'interprétation des règles conventionnelles pertinentes pour le contrôle de constitutionnalité⁷¹. En effet, en Suisse elles sont régulièrement prises en compte par le Tribunal fédéral dans ses décisions en matière d'exécution des peines⁷². Notre Haute Cour a précisé que « celles-ci ont le caractère de simples directives à l'intention des Etats membres du Conseil de l'Europe, mais, en tant que reflet des traditions juridiques communes à ces Etats, le Tribunal fédéral en tient compte dans la concrétisation de la liberté personnelle et des autres droits fondamentaux garantis par la Constitution et par la CEDH »⁷³. Au surplus, toujours en matière de « soft law », il faut noter que les normes du Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (ci-après : CPT) sont une source juridique qui mérite la plus grande attention.

En définitive, la réflexion autour du rôle de l'avocat dans l'exécution des peines privatives de liberté nous impose de considérer ces différentes sources comme autant de moyens juridiques susceptibles d'être invoqués par le conseil dans son assistance du prisonnier. L'avocat devra ainsi se prévaloir de ces actes pour mettre en œuvre les droits du détenu, en utilisant aussi bien des instruments juridiques techniques et précis, voués à s'appliquer uniquement dans un établissement pénitentiaire cantonal (i.e. le RRIP à Genève), que des grandes conventions internationales protégeant les droits humains (i.e. la CEDH)⁷⁴.

3. L'accès du détenu aux conseils juridiques

A. Le droit à un avocat

Tout détenu a le droit de solliciter des conseils juridiques et les autorités pénitentiaires doivent raisonnablement l'aider à avoir accès à de tels conseils (Règle 23.1 RPE). Dans le commentaire de cette disposition, il est indiqué que ces conseils peuvent porter tant sur des affaires au pénal qu'au civil. Ce droit est également prôné par la doctrine, dans le sens où l'on reconnaît le besoin du détenu en matière de services juridiques : « Prisoners, perhaps even

⁶⁵ BAECHTOLD, N 9, p. 65.

⁶⁶ RS 0.103.2, du 16 décembre 1966.

⁶⁷ RS 0.105, du 10 décembre 1984.

⁶⁸ RS 0.106, du 26 novembre 1987.

⁶⁹ Règles pénitentiaires européennes Rec (2006) 2 du Comité des Ministres aux Etats membres du 11 janvier 2006.

⁷⁰ BAECHTOLD, N 9, p. 65; DAGA, p. XI.

⁷¹ ATF 123 I 112, consid. 4.c.cc.

⁷² Voir par exemple ATF 123 I 221, consid. II.2.b.

⁷³ ATF 124 I 231, consid. 2.b.aa.

⁷⁴ AKSOY RÉTORNAZ, p. 315.

more than other citizens, also have a need for the full range of legal services, from civil litigation to advice on matters of contract, family law and even wills and testaments »⁷⁵. La possibilité d'obtenir un conseil juridique indépendant est essentielle à la protection des droits et des intérêts des détenus⁷⁶. Les normes du CPT, quant à elles, désignent le droit d'accès à un avocat comme un moyen permettant de prévenir des mauvais traitements⁷⁷, ce droit ayant un effet dissuasif sur ceux qui seraient enclins à maltraiter les prisonniers. En outre, on considère qu'un avocat est bien placé pour prendre les mesures qui s'imposent si des personnes sont effectivement maltraitées⁷⁸. Sur le plan cantonal, l'article 36 alinéa premier du RRIP/GE dispose uniquement que les avocats peuvent « conférer librement » avec les détenus, tandis que le Règlement vaudois sur le statut des condamnés exécutant une peine privative de liberté et les régimes de détention applicables (ci-après : RSC/VD)⁷⁹ stipule que les établissements fournissent aux condamnés l'aide nécessaire afin que ces derniers puissent avoir accès à des conseils juridiques (art. 107 al.1 RSC).

B. Le droit à l'assistance juridique

Au vu de ce qui précède, le droit à des conseils juridiques est acquis pour les détenus, même en exécution de peine. Concernant la rémunération de l'avocat, le problème de l'utilité de l'assistance juridique se pose essentiellement lorsqu'il s'agit d'accorder l'assistance gratuite d'un avocat désigné d'office⁸⁰, ainsi que lorsqu'il est question de permettre au défenseur du prévenu dans le procès pénal de poursuivre son activité auprès du détenu condamné. C'est précisément en ce sens que ce sujet est capital pour notre problématique, la rémunération du conseil étant un des facteurs permettant la continuation de la défense.

Les instruments de protection internationaux des détenus, tels que le Pacte II ou le CEDH accordent expressément le droit à l'assistance juridique gratuite uniquement aux prévenus. En effet, comme nous l'avons mentionné précédemment, l'article 6 paragraphe 3 CEDH accorde des droits à « tout accusé », ce qui exclut de ces droits les détenus exécutant une peine qui ont déjà été condamnés et sur lesquels il ne pèse aucune accusation⁸¹. Le Pacte II, similairement, ne parle que de « personne accusée » et de « défenseur » à son article 14 chiffre 3 lettre d, ce qui entraîne la même conséquence.

Puis, la Règle 23.2 des Règles pénitentiaires européennes dispose que tout détenu a le droit de consulter à ses frais un avocat de son choix sur n'importe quel point de droit. La Règle 23.3 indique simplement que si la législation prévoit un système d'aide judiciaire gratuite, cette possibilité doit être portée à l'attention de tous les détenus par les autorités pénitentiaires. Il n'est donc pas possible de déduire de cette disposition un droit absolu à l'assistance juridique gratuite pour les détenus en exécution de peine.

Par ailleurs, l'article 29 alinéa 3 de la Constitution fédérale confère à toute personne qui ne dispose pas des ressources suffisantes le droit à l'assistance judiciaire gratuite, à moins que sa cause paraisse dépourvue de toute chance de succès. Les garanties générales de procédure confèrent donc au détenu un droit subsidiaire et minimal à l'assistance judiciaire gratuite⁸²,

⁷⁵ VAN ZYL SMIT/SNACKEN, p. 247.

⁷⁶ RICHARDSON, p. 197.

⁷⁷ [CPT/Inf/E (2002) 1 - Rev. 2011], p. 17.

⁷⁸ [CPT/Inf/E (2002) 1 - Rev. 2011], p. 9.

⁷⁹ RS VD 340.01.1.

⁸⁰ CORBOZ, p. 79 ; ATF 121 I 314, consid. 4.b.

⁸¹ CORBOZ, p. 71 ; ZIMMERMANN, p. 365.

⁸² VIREDAZ, N 293, p. 139.

tant en matières civile et administrative que pénale⁸³. Il convient de garder à l'esprit que cette disposition n'est qu'une règle fédérale minimale, les cantons étant libres de se montrer plus généreux⁸⁴. Il appartient dès lors aux cantons d'adopter des normes plus précises en la matière. Cela a pour conséquence qu'en matière d'assistance judiciaire, il y a toujours lieu de se référer aux lois cantonales adoptées par les législateurs cantonaux⁸⁵. Dans le domaine de l'exécution de peine, le RSC/VD indique, par exemple, que les condamnés doivent être informés par les établissements pénitentiaires de la possibilité de bénéficier de l'assistance judiciaire ou d'une défense d'office dans un procès pénal (art. 108 RSC/VD). Dans le canton de Genève, le Règlement sur l'assistance juridique et l'indemnisation des conseils juridiques et défenseurs d'office en matière civile, administrative et pénale (ci-après : RAJ/GE)⁸⁶ indique que l'assistance juridique peut être limitée à certains actes de procédure ou démarches déterminés ainsi que dans la quotité des heures nécessaires à l'activité couverte (art. 3 al.1 RAJ/GE), l'assistance juridique ne couvrant que les démarches ou les actes de procédure utiles à la défense de la personne bénéficiaire (art. 3 al.1 RAJ/GE). La législation genevoise ne dispose donc pas de base légale particulière concernant les détenus.

Il ressort de la règle constitutionnelle et de la jurisprudence, que l'assistance juridique n'est due que s'il y a une démarche à accomplir, comme demandeur ou défendeur, devant une autorité. Précisons qu'il n'est pas nécessaire que la démarche soit judiciaire, mais de simples conseils hors de toute procédure sont exclus⁸⁷. En matière d'exécution de peine, notre Haute Cour a dû juger en 2002 du droit d'une personne faisant l'objet d'un internement à l'assistance juridique dans le cadre d'une demande d'octroi d'un congé⁸⁸. Cette décision a été l'occasion pour le Tribunal fédéral de préciser certains principes applicables par analogie au droit à l'assistance juridique des détenus exécutant une peine privative de liberté. En ce sens, il a été précisé que la personne privée de liberté n'a pas droit à l'assistance juridique pour toute la durée de l'exécution, mais seulement pour des démarches déterminées⁸⁹ (« kein Anspruch auf unentgeltliche Rechtsverbeiständung für die gesamte Dauer des Vollzuges hinsichtlich der jährlichen Überprüfung der Massnahme ergibt »⁹⁰). Le droit à l'assistance juridique s'applique donc également dans les procédures postérieures à une condamnation pénale, du moins lorsque des modalités d'exécution de la peine sont en jeu⁹¹ et s'il s'agit d'effectuer des démarches déterminées en faveur du détenu.

Un regard critique sur les droits du condamné dans ce domaine s'impose. On comprend aisément le point de vue du Tribunal fédéral limitant les cas d'assistance aux démarches déterminées. Or, on peut se demander s'il est justifié de ne pas reconnaître une certaine spécificité à la situation du détenu, liée à ses conditions de vie en détention et, plus simplement, au fait qu'il vit privé de liberté. Il est par ailleurs notoire que de nombreux avocats continuent à visiter leurs clients condamnés sans être rémunérés, ce qui démontre un besoin des détenus d'être assistés en exécution de peine. La restriction des droits, à l'extrême, causée par la vie carcérale suppose qu'il serait équitable d'accorder au détenu la possibilité de bénéficier de manière plus large de conseils juridiques promulgués par un professionnel. Au

⁸³ ATF 128 I 225, consid. 2.3. : « (...) nicht nur im Straf- und Zivilprozess sowie im Verwaltungsbeschwerde- und Verwaltungsgerichtsverfahren, sondern auch im nichtstreitigen Verwaltungsverfahren ».

⁸⁴ CORBOZ, p. 69 et 73.

⁸⁵ SPIRA, p. 319.

⁸⁶ RS GE E 2 05.04.

⁸⁷ CORBOZ, p. 73 ; ATF 121 I 324, consid. 2.b.

⁸⁸ ATF 128 I 225.

⁸⁹ CORBOZ, p. 73.

⁹⁰ ATF 128 I 225, consid. 2.4.2.

⁹¹ CR CPP-HARARI/ALIBERTI, Art. 132, N 16.

surplus, la condition d'indigence, liée à la faible rémunération du travail carcéral, prive le détenu du pouvoir « économique » de consulter un avocat « hors procédure », à ses propres frais, comme peuvent le faire de nombreux citoyens libres. Ainsi, l'instauration d'une assistance juridique extra-judiciaire serait un mécanisme permettant d'améliorer la situation du détenu et de renforcer sa position d'infériorité face à l'administration pénitentiaire si l'équité ou des besoins impérieux l'exigent. Un autre moyen permettant d'améliorer la condition des détenus en leur apportant une connaissance qualitativement meilleure de leurs droits serait d'instaurer, à l'intérieur-même des établissements pénitentiaires, des permanences juridiques qui fonctionneraient similairement à celles qui existent à l'extérieur des prisons.

4. Le droit du détenu aux contacts avec son avocat

D'une part, l'article 84 alinéa premier CPS pose le principe selon lequel le détenu a le droit de recevoir des visites et d'entretenir des relations avec le monde extérieur, les contacts avec les amis et les proches devant être favorisés. En règle générale, les détenus ont droit à une heure de visite par semaine, sous surveillance des gardiens, dans des salles comprenant plusieurs tables⁹². Concernant la correspondance, certaines ingérences étatiques du droit de correspondre sont inévitables⁹³. Si l'intérêt public l'exige et si une base légale expresse le prévoit, elle peut être contrôlée par l'administration pénitentiaire, saisie et non distribuée⁹⁴. La mise en œuvre vaudoise de ce principe, toujours à titre exemplatif, implique que la correspondance soit contrôlée et qu'elle soit distribuée ouverte aux détenus (art. 91 al. 3 RSC/VD).

Les troisième et quatrième alinéas de l'article 84 CPS traitent des cas particuliers en matière de visites. L'alinéa trois concerne les personnes investies de fonctions professionnelles ou officielles, tandis que l'alinéa quatre a trait à la question particulière du défenseur. Ce quatrième alinéa dispose *ab initio* que les relations avec les défenseurs doivent être autorisées. Le principe de confidentialité des communications est également présent dans les Règles pénitentiaires européennes, à la Règle 23.4. Ces dispositions assurent au conseil, et non seulement au défenseur en matière pénale⁹⁵, un contact privilégié (« besondere privilegierter Kontakt ») et une libre communication (« freie Verkehr »⁹⁶) avec le détenu⁹⁷. Ce n'est pas uniquement la communication afférente à un procès qui est protégée, mais l'intégralité des contacts entre le détenu et l'avocat⁹⁸. À ce sujet, l'exemple du RSC/VD est de tout intérêt puisqu'il accorde à l'avocat un traitement spécifique en matière de visites, l'avocat d'un condamné pouvant visiter son mandant, sans quelconque limitation de durée ou de fréquence (art. 89 al. 5 RSC/VD). Il est intéressant de constater que l'article 89 RSC/VD privilégie également les relations détenu-avocat en stipulant que les visites ne sont pas surveillées. Si l'avocat ne peut s'entretenir avec son client ni recevoir des informations ou des instructions confidentielles, son assistance perd une grande partie de son efficacité⁹⁹. À cet égard, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que le détenu a le droit de

⁹² BAECHTOLD, N 128, p. 182.

⁹³ VIREDAZ, N 237, p. 112.

⁹⁴ CR CP I- VIREDAZ/VALLOTTON, Art. 84, N 7, 8.

⁹⁵ TRECHSEL, Art. 84, N 7 : « (...) nicht nur der Rechtbeistand in einem akuten Strafverfahren zu verstehen, sondern auch ein Anwalt, der den Gefangenen in einer Sache vertritt, insbesondere bei Einreichung einer Beschwerde gegen die Anstalt ».

⁹⁶ BSK Strafrecht I – BAECHTOLD, Art. 84, N 15.

⁹⁷ CR CP I- VIREDAZ/VALLOTTON, Art. 84, N 19.

⁹⁸ VAN ZYL SMIT/SNACKEN, p. 247.

⁹⁹ TULKENS, p. 278 ; SCHLEGEL, p. 338 ; Arrêt *Lanz contre Autriche*, consid. 50 à 52.

communiquer avec son avocat sans qu'il ne soit exercé aucun contrôle auditif des échanges¹⁰⁰. Plus particulièrement, cette libre communication ne doit pas avoir lieu dans un parloir muni d'une vitre de séparation¹⁰¹.

L'échange de correspondance entre le détenu et son avocat est également protégé de manière étendue. Il ne peut faire l'objet d'aucun contrôle¹⁰², à moins d'abus manifestes. Les Règles pénitentiaires européennes mentionnent expressément la correspondance comme étant un élément de communication devant rester confidentiel (Règle 23.4). La correspondance envoyée par l'avocat à son mandant privé de liberté doit en principe parvenir fermée à ce dernier¹⁰³, l'ouverture du courrier ayant été jugée contraire à la Convention¹⁰⁴.

En définitive, les règles relatives aux visites de l'avocat ne le soumettent pas à la longue série de contraintes à laquelle sont soumis les visiteurs ordinaires¹⁰⁵. Il est intéressant de noter qu'en matière de visites et de correspondance, l'avocat du détenu est traité exactement comme le défenseur du prévenu, ce qui n'est notamment pas le cas en matière d'assistance juridique, comme nous l'avons indiqué précédemment (voir supra I, 3, B).

Ces quelques réflexions montrent donc bien à quel point l'avocat a le devoir de jouer un rôle actif déterminant permettant, autant que faire se peut, de protéger le détenu contre des atteintes illicites à ses droits. Les facilités relationnelles accordées à l'avocat dans son rôle auprès du détenu exécutant une peine privative de liberté témoignent du besoin des condamnés de faire appel à un conseil durant la phase d'exécution ferme de leur peine. Il appartient donc à l'avocat d'assumer une assistance qui va progressivement adapter ses objectifs au fil du déroulement du procès pénal, dont la notion s'étend jusqu'à l'application de la sanction pénale¹⁰⁶.

¹⁰⁰ Arrêt *S contre Suisse*, consid. 48 : « La Cour estime que le droit, pour l'accusé, de communiquer avec son avocat hors de portée d'ouïe d'un tiers figure parmi les exigences élémentaires (...) de l'article 6 par. 3 c) (art. 6-3-c) de la Convention » ; Commentaire RPE 23.4 : « non à la portée d'ouïe du personnel pénitentiaire ».

¹⁰¹ BAECHTOLD, N 124, p. 181.

¹⁰² CR CP I- VIREDAZ/VALLOTTON, Art. 84, N 20 ; ATF 119 Ia 505, consid. 3.

¹⁰³ Arrêt *Campbell contre Royaume-Uni*, consid. 48 : « La Cour n'aperçoit pourtant aucune raison de distinguer entre les différentes catégories de correspondance avec des avocats : quelle qu'en soit la finalité, elles portent sur des sujets de nature confidentielle et privée. En principe, de telles missives jouissent d'un statut privilégié en vertu de l'article 8 (art. 8). Il en résulte que les autorités pénitentiaires peuvent ouvrir 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. Toutefois, elles ne doivent que la décacheter, sans la lire. Il y a lieu de fournir des garanties appropriées pour en empêcher la lecture, par exemple l'ouverture de l'enveloppe en présence du détenu. Quant à la lecture du courrier d'un détenu à destination ou en provenance d'un avocat, elle 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. ».

¹⁰⁴ VIREDAZ, N 253, p. 121 ; Arrêt *Campbell contre Royaume-Uni*, consid. 64.

¹⁰⁵ Bien qu'il doive enlever ses chaussures à son entrée en prison, ATF 130 I 65, consid. 3.6.

¹⁰⁶ ROBERT (2007), p. 339.

II. L'avocat dans la procédure disciplinaire

1. La procédure administrative et ses spécificités

A. Les particularités procédurales

a. Les règles

En Suisse, les cantons sont chargés d'édicter les dispositions disciplinaires en matière d'exécution des peines, ces règles devant notamment définir la procédure applicable (art. 91 al. 3 CPS)¹⁰⁷. Néanmoins, la majorité des normes cantonales se contente de ne mentionner que quelques principes de procédure administrative¹⁰⁸. À ce sujet, FRICKER dit que les règles procédurales cantonales ne sont pas très différentes les unes des autres et ne se différencient, dans la pratique, qu'en ce qui concerne les délais de recours¹⁰⁹.

Il est tout de même intéressant de constater la différence actuelle de réglementation entre les cantons de Genève et Vaud. D'une part, à Genève, les sanctions et les règles de procédure disciplinaire y relatives sont incluses dans le RRIP/GE à l'article 47. Cette unique disposition prévoit notamment qu'avant l'infliction de la sanction, le détenu doit être informé des faits qui lui sont reprochés et être entendu (art. 47 al. 2 RRIP/GE). D'autre part, le canton de Vaud dispose du récent Règlement sur le droit disciplinaire applicable aux détenus avant jugement et aux condamnés¹¹⁰ (ci-après : RDD/VD). Ce texte consacre une entière section à la procédure disciplinaire (art. 13 à 20 RDD/VD). Il y est notamment prévu qu'une enquête doit avoir lieu afin de procéder aux mesures d'instruction et que les actes d'instruction doivent être retranscrits dans un procès-verbal (art. 14 RDD/VD). Cette précise réglementation stipule également que le détenu doit être auditionné dans les quarante-huit heures qui suivent le moment où on lui a communiqué les accusations (art. 18 RDD/VD), des moyens de défense concrets lui étant offerts (art. 16 RDD/VD). Dans les établissements pénitentiaires du Canton de Vaud, les décisions ordonnant des sanctions disciplinaires doivent être communiquées par écrit (art. 20 RDD/VD).

Malgré les différences existantes dans les réglementations cantonales, en pratique, les établissements procèdent de manière très similaire. Voici une description, certes basique, permettant de visualiser l'ensemble des étapes auxquelles est généralement soumis le détenu faisant l'objet d'une procédure disciplinaire¹¹¹.

Tout d'abord, la procédure démarre avec le constat d'une infraction au règlement de la prison par un gardien en service. Sur la base de ce constat, des mesures immédiates peuvent être prises. Le pouvoir d'appréciation du surveillant est à ce moment-là très large et il se déterminera selon les circonstances : « Aus Sicherheitsgründen kann das Betreuungspersonal (...) ohne oder mit vorgängiger Anhörung, jedoch ohne bereits verfügbaren Entscheid, vorsorgliche Massnahmen anordnen »¹¹². Ces premières mesures, jugées admissibles par notre Haute Cour¹¹³, sont bien plus des mesures de sécurité que des sanctions disciplinaires

¹⁰⁷ BAECHTOLD, N 158, p. 198.

¹⁰⁸ CR CP I- FAVRE, Art. 91, N 32.

¹⁰⁹ FRICKER, p. 60.

¹¹⁰ RS VD 340.07.1, du 26 septembre 2007.

¹¹¹ Pour plus de précisions, voir HUBER, p. 154 ss.

¹¹² FRICKER, p. 60.

¹¹³ ATF 122 II 359, consid. 2.c.

anticipées, celles-ci devant impérativement prendre fin au moment où il n'existe plus aucun danger¹¹⁴. Ensuite, le gardien doit rapporter à sa hiérarchie l'infraction qu'il a observée, ce rapport étant la plupart du temps oral¹¹⁵. Si l'infraction requiert des investigations supplémentaires, elles seront effectuées. L'instruction terminée, l'autorité entend le détenu¹¹⁶ et lui laisse la possibilité de s'exprimer sur les faits qui lui sont reprochés. Ses déclarations doivent être retranscrites par l'administration pénitentiaire dans un procès-verbal que le détenu signe à la fin de l'audition¹¹⁷. Enfin, la décision finale est rendue par écrit dans une langue que comprend son destinataire, immédiatement ou aussitôt que possible¹¹⁸. Il n'y a donc pas, comme en procédure pénale classique, de clôture de l'instruction suivie de l'ouverture d'une phase de débats. La configuration est bien plus sommaire, dans le sens où l'autorité pénitentiaire se prononce sur l'infraction dès qu'elle considère que l'état de fait est suffisamment clair¹¹⁹. Pour finir, comme nous l'avons mentionné précédemment, les délais pour recourir sont extrêmement variables selon les établissements et vont, par exemple, de vingt-quatre heures à Lucerne¹²⁰, à trois jours au canton de Vaud (art. 35 LEP/VD), et à dix jours aux Grisons¹²¹. Dans ce domaine, il est intéressant de mettre en avant l'apparition d'un juge d'application des peines, dans certains cantons, dont le canton de Vaud depuis 2010. Ce juge est notamment chargé d'examiner les recours administratifs interjetés contre les décisions du Service pénitentiaire en matière de sanctions disciplinaires. Il y a donc une judiciarisation du droit administratif disciplinaire¹²² visant à trouver une équitable pondération des intérêts en jeu¹²³.

b. Les difficultés pratiques

Au niveau européen, de nombreuses institutions ne communiquent pas les sanctions disciplinaires par écrit à leurs sujets et ne tiennent pas un registre des sanctions qu'elles prononcent¹²⁴. Or, le CPT a rappelé que des procédures disciplinaires claires, définies formellement et appliquées dans la pratique, sont indispensables pour prévenir des systèmes officieux et incontrôlés en parallèle aux procédures formelles¹²⁵. En ce sens, le CPT considère que l'analyse de la procédure disciplinaire est une étape fondamentale de ses visites d'établissements pénitentiaires¹²⁶. C'est aussi l'idée que préconisent les Règles pénitentiaires européennes, en faisant valoir que les incidents disciplinaires doivent être traités de manière claire (commentaire de la Règle 55 RPE). Quant aux procédures, il faut qu'elles soient

¹¹⁴ FRICKER, p. 60 ; HUBER, p. 130.

¹¹⁵ HUBER, p. 127 ; FRICKER, p. 60.

¹¹⁶ FRICKER, p. 61.

¹¹⁷ HUBER, p. 128.

¹¹⁸ FRICKER, p. 61 ; HUBER, p. 129.

¹¹⁹ HUBER, p. 129.

¹²⁰ Justizvollzugsverordnung des Kantons Luzern (Nr 327), paragraphe 98 ; Hausanordnung, Haft- und Untersuchungshaftsgefängnis Grosshof, du 28 décembre 2011, paragraphe 9.5.

¹²¹ Legge sull'esecuzione giudiziaria nel Cantone dei Grigioni, du 27 août 2009, art. 34.

¹²² ROBERT (2007), p. 346 ; Il est intéressant de noter qu'en France, la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec l'administration habilite les avocats à s'exercer au prétoire de discipline pour défendre les intérêts de leurs clients poursuivis disciplinairement. Ces tribunaux se trouvent au sein-même de la prison. Ils sont une réelle juridiction interne qui équilibre les rapports détenu-administration dans la procédure administrative disciplinaire.

¹²³ BACHER/JENDLY, p. 639 ; DE SCHUTTER/KAMINSKI, p. 13 : « (...) ont permis au juge de coloniser le monde pénitentiaire en prenant appui sur les normes internationales relatives à la protection des droits de l'homme fondamentaux ».

¹²⁴ BAECHTOLD, N 159, p. 199.

¹²⁵ MURDOCH, p. 268.

¹²⁶ VAN ZYL SMIT/SNACKEN, p. 303 : « Investigation of the disciplinary procedures is a fundamental part of all CPT prison visits ».

réglementées dans le respect des principes de justice, d'équité, ce qui implique l'existence d'un règlement au statut juridiquement clairement défini (commentaire de la Règle 57. 2 RPE).

Les difficultés liées à la bonne application des différents règlements et principes se comprennent aisément, puisqu'en matière disciplinaire, contrairement au droit pénal classique, c'est le droit de fond lui-même qui est fortement lié aux circonstances. Cela, dans le sens où l'ambiance générale qui règne dans l'établissement pénitentiaire aura une influence déterminante sur la qualification des faits¹²⁷. Prenons l'exemple suivant. L'article 45 lettre a RRIP/GE interdit aux détenus de faire du bruit. Or, la formulation de cette règle est extrêmement vague. Son application dépendra notamment du moment, dans le sens où si le détenu fait du bruit la nuit, il est bien plus probable qu'il soit sanctionné. Encore, la mise en œuvre de cette interdiction suppose de tenir compte du lieu où le détenu l'enfreint : dans la bibliothèque de la prison, la salle de sport ou sa cellule ? Les règles disciplinaires de fond sont formulées de manière large, de sorte à ce que l'on puisse sanctionner un grand nombre de comportements en cas de besoin, mais aussi pour que l'administration pénitentiaire ait la possibilité de ne pas sanctionner un détenu ayant enfreint une règle, mais ne méritant pas de sanction. C'est en ce sens que les règles disciplinaires sont surnommées des normes « attrape-tout »¹²⁸. HUBER dit à ce sujet qu'en matière pénitentiaire, l'administration peut toujours choisir si agir, le cas échéant, en décidant du moment et de la manière : « ob, wie und wann sie handeln will »¹²⁹. Les règles varient donc en fonction des circonstances et de « l'agent qui les interprète »¹³⁰. C'est précisément cette omniprésence du principe d'opportunité¹³¹ qui amène l'insécurité du droit et l'application parfois arbitraire ou inéquitable des différentes règles¹³². Ainsi, ROBERT va jusqu'à dire que le droit disciplinaire « n'est tout simplement pas du droit », et qu'il « n'est peut-être pas disciplinaire non plus, mais pénal, alors que ces sanctions sont de graves atteintes aux droits du détenu : le manque de clarté et de prévisibilité est total quant aux comportements qui peuvent conduire à l'infliction d'une sanction disciplinaire »¹³³.

c. Les raisons de ces difficultés

En premier lieu, la procédure administrative revêt un caractère fortement interne. La décision est rendue par la hiérarchie de l'établissement, c'est à dire la même autorité qui a constaté l'infraction et qui sera également chargée d'appliquer les différentes sanctions. La différence avec la procédure pénale ordinaire est donc de taille, dans le sens où ces trois étapes sont bien plus marquées « hors prison ». La police constate l'infraction. La justice juge le prévenu, en présence d'un juge impartial et indépendant. L'établissement pénitentiaire se charge ensuite de faire exécuter la peine. Le caractère interne de la procédure administrative disciplinaire et le manque de transparence qui en résulte expliquent les difficultés pratiques liées à la mise en œuvre des règlements des différents établissements. Ce caractère presque familier de la procédure est renforcé par le fait que la procédure administrative n'est pas publique, cela ayant été jugé conforme à la CEDH par notre Haute Cour¹³⁴.

¹²⁷ HUBER, p. 120.

¹²⁸ LOUCKS, p. 305.

¹²⁹ HUBER, p. 120.

¹³⁰ LOUCKS, p. 305.

¹³¹ ROTH (1985), p. 136.

¹³² HUBER, p. 120 ; LOUCKS, p. 305.

¹³³ ROBERT (2007), p. 344.

¹³⁴ ATF 119 Ib 311, consid. 6.c. et 6.d. ; ZIMMERMANN, p. 363.

En second lieu, l'urgence caractérise particulièrement la mise en œuvre des sanctions administratives en milieu pénitentiaire. Ce besoin de célérité est couplé avec l'exigence de sécurité à laquelle doit faire face l'établissement pénitentiaire (art. 75 al. 1 *in fine* CPS). Il est important de souligner que le principe sécuritaire vise la protection tant du personnel de l'administration pénitentiaire que des codétenus. La procédure doit donc être rapide et les sanctions prises au plus vite. La Cour européenne des droits de l'homme a rappelé à cet effet qu'elle n'ignore pas que dans le contexte carcéral, des raisons pratiques et de politique militent pour un régime disciplinaire spécial en matière pénitentiaire¹³⁵. Elle motive sa position en citant les circonstances suivantes : les considérations de sécurité, l'intérêt de l'ordre, la nécessité de réprimer la mauvaise conduite de détenus avec toute la promptitude possible¹³⁶. La Cour précise dans ce même arrêt que « l'existence de sanctions « sur mesure » dont les juridictions de droit commun peuvent ne pas disposer et le désir des autorités pénitentiaires de garder la haute main sur la discipline dans leurs établissements »¹³⁷ sont autant de raisons permettant d'expliquer l'existence des régimes disciplinaires spéciaux en prison. Le droit disciplinaire doit donc permettre à l'administration pénitentiaire de réagir rapidement à l'infraction, afin de pouvoir rétablir l'ordre au sein de l'établissement¹³⁸. Nous avons vu précédemment que l'administration peut prendre des mesures de sécurité qui suivent immédiatement le constat d'une infraction (voir supra II, 1, A, a), telles que la fouille immédiate de la chambre et de la personne en cas de découverte de grandes quantités de drogue ou d'alcool, ou encore d'autres mesures permettant de limiter un détenu menaçant sa sécurité ou celle d'autres personnes dans l'établissement comme le placement préventif aux arrêts (art. 17 RDD/VD). Ces rapides « remèdes » ne devront cependant durer que le temps de la mise en danger, au plus tard jusqu'au début de la sanction administrative¹³⁹. L'urgence et la sécurité sont donc autant de facteurs expliquant la tendance du personnel pénitentiaire à agir simplement en vertu du principe d'opportunité.

B. La représentation du détenu par un conseil

a. Le droit d'être représenté par un avocat

Au niveau international, les Règles pénitentiaires européennes disposent que tout détenu accusé d'une infraction disciplinaire doit être autorisé à se défendre seul ou avec une assistance judiciaire, lorsque l'intérêt de la justice l'exige (Règle 59 let. c RPE). La doctrine considère à ce sujet que les droits de la défense font également partie de l'arsenal de moyens mis à disposition des administrés pour défendre leurs intérêts contre les autorités administratives dotées d'un pouvoir de sanction¹⁴⁰. Sur le plan national helvétique, l'article 29 alinéa 3 de la Constitution fédérale prévoit, comme garantie générale de procédure, que toute personne a le droit à l'assistance gratuite d'un défenseur si la mise en œuvre de ses droits le requiert. En faisant abstraction de l'aspect financier, nous pouvons déduire de cette disposition que toute personne peut faire appel à un avocat si sa situation juridique le justifie. Toute personne à qui l'on reproche une infraction disciplinaire a donc le droit de solliciter l'assistance d'un avocat.

¹³⁵ Arrêt *Campbell et Fell contre Royaume-Uni*, consid. 69.

¹³⁶ Arrêt *Campbell et Fell contre Royaume-Uni*, consid. 69.

¹³⁷ Arrêt *Campbell et Fell contre Royaume-Uni*, consid. 69.

¹³⁸ HUBER, p. 119 : « (...) rasch die Ordnung in der Strafanstalt wiederzustellen »; ROTH (1991), p. 311.

¹³⁹ FRICKER, p. 60 et 61.

¹⁴⁰ MODERNE, p. 302.

Au vu des règles de procédure administrative disciplinaire que nous avons décrites (voir supra II, 1, A, a), le conseil ne semble pas revêtir un rôle d'une importance fondamentale. Il est absent des textes qui réglementent cette procédure. Au niveau local, il est intéressant de noter que le RDD/VD, tout en traitant précisément de la question des moyens de défense du détenu accusé d'une infraction disciplinaire, ne confère pas expressément de droit du détenu à être représenté par un avocat. L'article 16 alinéa 2 RDD/VD indique que le temps et les moyens nécessaires doivent être accordés au détenu afin de lui permettre de préparer sa défense. L'alinéa 3 de cette même base légale prévoit que le détenu peut solliciter l'audition de témoins et soumettre une liste des questions à leur poser. Quant au RRIP/GE, il ne prévoit rien en ce qui concerne la défense du détenu à qui l'on reproche une infraction disciplinaire.

Nous pouvons donc tirer de ce qui précède les deux conclusions suivantes. Premièrement, aucune règle n'interdit au détenu de se faire représenter par un avocat dans la procédure administrative disciplinaire. Deuxièmement, les règles générales de procédure administrative ordinaire s'appliquent, puisque les établissements pénitentiaires sont des établissements de droit public (voir, par exemple, l'art. 5 let. a Loi genevoise sur la procédure administrative¹⁴¹, ci-après : LPA/GE).

Les règles cantonales de procédure administrative prévoient la possibilité du citoyen de se faire représenter par un avocat devant les autorités¹⁴². Il n'y a donc pas lieu de douter du droit du détenu à qui l'on reproche une infraction disciplinaire d'être assisté et représenté par un avocat dans la procédure administrative.

b. Le besoin d'être représenté par un avocat

Au vu du cadre juridique décrit ci-dessus, il convient de suivre ROBERT, lorsqu'il indique que nous sommes en présence « d'un saupoudrage de juridictionnalité, résultant d'une infinie prudence quant à l'affirmation d'un contentieux pénitentiaire. C'est ainsi que les nouveaux textes sanctionnels sont émaillés d'expressions qui sont loin de répondre au principe de légalité qu'exigerait la reconnaissance de droits subjectifs en faveur du détenu »¹⁴³.

Nous avons vu qu'une phase des débats au sens propre du terme n'a pas lieu dans cette procédure. On pourrait donc légitimement s'interroger sur l'utilité de la présence d'un avocat en procédure administrative disciplinaire. Néanmoins, une instruction est menée et le détenu a le droit d'y être entendu. Ces deux éléments, à eux-seuls, laissent penser que l'avocat a un rôle à jouer puisqu'ils impliquent une instruction à charge, mais aussi à décharge, ainsi que la possibilité pour le détenu d'expliquer les raisons de son acte. Par ailleurs, en vertu du principe de l'équité du procès (art. 6 paragraphe 1 CEDH), applicable en matière administrative¹⁴⁴, les principes d'égalité des armes et de caractère contradictoire du procès doivent être respectés¹⁴⁵. La présence d'un avocat aux côtés du détenu permet d'équilibrer les rapports de force qui caractérisent la procédure administrative au sein de la prison. Dans ce contexte, l'avocat est un rempart permettant de modérer les effets néfastes liés à la (trop) forte présence de

¹⁴¹ RS GE E 5 10, du 12 septembre 1985.

¹⁴² Voir, par exemple, l'art. 9 al. 1 LPA/GE : « Les parties, à moins qu'elles ne doivent agir personnellement ou que l'urgence ne le permette pas, peuvent se faire représenter (...) par un avocat ».

¹⁴³ ROBERT (2007), p. 343; PERRET-GENTIL, p. 117: « Les décisions postérieures au jugement donnent lieu à une instance en exécution du jugement primitif. Elles devraient être en principe pleinement assimilées à des jugements : le juge statue sur un nouvel état de fait, lié à un examen de droit de fond, et se détermine sur le sort de la sanction initiale. Elle devrait aussi consacrer l'intervention d'une véritable autorité juridictionnelle ».

¹⁴⁴ ZIMMERMANN, p. 359.

¹⁴⁵ Arrêt *Ruiz-Mateos contre Espagne*, consid. 63 et 64.

l'opportunité dans la procédure administrative disciplinaire. Le défenseur permet également de faire face au caractère interne et enclos de cette procédure, dans le sens où sa présence est une garantie de transparence. En outre, les problématiques de l'urgence et du besoin marqué de sécurité sont autant d'éléments qui laissent penser que l'avocat, le plus tôt possible dans la procédure administrative disciplinaire, doit être présent et soutenir la position critique du « détenu-accusé », son rôle étant de tempérer les tensions auprès de l'administration et de prévenir le prononcé de toute sanction prématurée, c'est-à-dire avant la décision administrative¹⁴⁶.

En somme, l'avocat a un important rôle à jouer en matière de sanctions disciplinaires administratives. Ce rôle doit être favorisé par l'autorité, car il permet d'atténuer le déséquilibre institué par cette procédure. Il appartiendra donc à l'administration pénitentiaire d'informer convenablement le détenu sur ses droits et de lui permettre de les mettre en œuvre concrètement. Néanmoins, il est important de souligner que la situation actuelle est critique, puisque les détenus ne sont concrètement pas souvent assistés par un avocat, même au niveau de la procédure disciplinaire de recours¹⁴⁷. La pratique administrative n'est pas en adéquation avec les devoirs qui incombent à l'administration pénitentiaire.

c. La rémunération du défenseur à travers l'assistance juridique

Nous avons vu qu'en matière judiciaire, le détenu indigent bénéficie comme tout citoyen de l'assistance juridique (voir supra I, 3, B), que ce soit en matière pénale, civile ou administrative. À ce sujet, BAECHTOLD précise néanmoins que la question de savoir si un détenu a droit à l'assistance juridique se pose. Elle n'a jamais été véritablement tranchée, bien que l'application des principes de procédure administrative au domaine de l'application et de l'exécution des sanctions pénales ne fait aucun doute¹⁴⁸. Les sanctions disciplinaires sont des mesures administratives fixées par une décision de l'administration pénitentiaire. Ainsi, le détenu indigent, partie à un contentieux l'opposant à l'administration pénitentiaire, susceptible de se voir infliger une sanction disciplinaire, a le droit, comme tout citoyen, à l'assistance juridique. La condition selon laquelle la cause ne doit pas être dépourvue de tout succès (art. 29 al. 3 Cst) prête dans ce cas à discussion. En pratique, elle est d'ailleurs souvent utilisée pour justifier le refus d'assistance. Un système s'approchant de celui de l'assistance juridique en matière pénale, où le détenu a droit à un avocat d'office indépendamment de ses chances de succès, serait donc plus adapté à la procédure administrative disciplinaire.

2. La procédure pénale disciplinaire

A. Les infractions en prison : entre droit pénal et droit administratif

En règle générale, les procédures disciplinaire et pénale sont distinctes, séparées, indépendantes¹⁴⁹. C'est d'ailleurs ce qu'indiquent expressément le RRIP/GE (art. 47 al. 7RRIP/GE) et le RDD/VD (art. 11 RSC/VD) en stipulant que l'application des lois pénales en

¹⁴⁶ ATF 124 I 231, consid. 1.b. : Dans cette décision, le détenu a exécuté sa sanction disciplinaire dans des conditions inhumaines et ne s'en est plaint qu'après. Le TF admet que le détenu a un intérêt actuel à agir, « même si la sanction disciplinaire infligée au recourant a déjà été exécutée, le recourant se trouve toujours détenu aux EPO, et on ne saurait exclure qu'une nouvelle sanction disciplinaire soit prononcée contre lui, et exécutée dans les mêmes conditions ».

¹⁴⁷ BAECHTOLD, N 190, p. 209.

¹⁴⁸ BAECHTOLD, N 190, p. 209.

¹⁴⁹ HUBER, p. 122.

cas de crime, délit ou contravention demeure réservée, respectivement que les sanctions disciplinaires sont ordonnées sans préjudice d'éventuelles poursuites pénales. C'est aussi l'idée prônée par les Règles pénitentiaires européennes. La Règle 55 prévoit que toute allégation d'infraction pénale commise en prison doit faire l'objet de la même enquête que celle réservée aux actes du même type commis à l'extérieur, et doit être traitée conformément au droit interne. Ainsi, il est préférable que les infractions pénales graves qui adviennent en prison ne soient pas traitées par le droit disciplinaire, mais bien par le droit pénal ordinaire¹⁵⁰, ce type d'infraction ne devant même pas être mentionné par le règlement disciplinaire¹⁵¹. La réflexion inverse veut logiquement que des infractions moins graves, tombant tant sous le coup du droit disciplinaire que pénal, soient uniquement sanctionnées sur le plan administratif, afin d'éviter la violation du principe « ne bis in idem »¹⁵². C'est, par exemple, le cas des agressions et des vols de moindre importance, le vol et les lésions corporelles étant des infractions pénales (art. 139 et 122 à 126 CPS) qui sont également réprimées par les règlements disciplinaires cantonaux (i.e. art. 29 et 39 RDD/VD). La matière étant encore controversée¹⁵³, nous tenons simplement à relever que, selon nous, la double sanction n'a plus lieu d'être suite à l'arrêt *Zolotukhin contre Russie* de la Cour européenne des droits de l'homme¹⁵⁴.

Il arrive également que des infractions uniquement disciplinaires, donc de nature purement administrative, doivent être considérées comme pénales. Ces infractions sont uniquement réprimées par les règlements des prisons et non par le Code pénal suisse. Dans ces cas, la sanction administrative se caractérise par une finalité répressive qui la rapproche de la sanction pénale¹⁵⁵. En ce sens, on peut affirmer que les sanctions disciplinaires « ressemblent fortement à des sanctions pénales »¹⁵⁶. ROTH affirme à ce sujet que « le droit disciplinaire est traditionnellement tiraillé entre un rattachement au droit pénal et un rattachement au droit administratif »¹⁵⁷ et parle à ce sujet « d'ordre pénalo-administratif »¹⁵⁸.

L'article 6 CEDH, aux paragraphes 2 et 3, consacre des garanties spéciales à l'accusé, le prévenu en droit helvétique. Ces règles de procédure pénale s'appliquent « immédiatement »¹⁵⁹ aux procédures administratives portant sur des sanctions disciplinaires qui relèvent du volet pénal de l'article 6 paragraphe 1 CEDH¹⁶⁰, la Cour voulant étendre ses garanties bien au-delà du droit pénal stricto sensu¹⁶¹. Ainsi, le fait que la Convention européenne des droits de l'homme n'évoque pas *in terminis* les sanctions administratives ne signifie pas qu'elles soient écartées de son champ d'application. Se pose donc la question de savoir quelles infractions disciplinaires méritent d'être considérées comme pénales.

¹⁵⁰ VAN ZYL SMIT/SNACKEN, p. 299.

¹⁵¹ C'est d'ailleurs ce que l'on constate en pratique. Voir, par exemple, la liste des infractions mentionnées aux articles 29 à 43 RDD/VD.

¹⁵² ROTH (1985), p. 138.

¹⁵³ Avis contraires de Huber (HUBER, p. 122) et de Fricker (FRICKER, p. 43).

¹⁵⁴ Arrêt *Sergey Zolotukhin contre Russie*, consid. 82, 97 et 120 à 122; VAN ZYL SMIT/SNACKEN, p. 300.

¹⁵⁵ MODERNE, p. 57.

¹⁵⁶ VIREDAZ, N 299, p. 142.

¹⁵⁷ ROTH (1985), p. 130.

¹⁵⁸ ROTH (1985), p. 142 et 146.

¹⁵⁹ MODERNE, p. 63.

¹⁶⁰ ZIMMERMANN, p. 365.

¹⁶¹ MODERNE, p. 59.

B. Le « tripartite test » et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

a. Les trois grands arrêts

On ne saurait affirmer que les sanctions disciplinaires, en tant que telles, tombent sous le coup de l'article 6 CEDH. Encore faut-il que certains critères définis soient remplis, ce qui doit être apprécié de cas en cas¹⁶². Trois grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme retracent l'évolution des critères d'appréciation selon lesquels les sanctions disciplinaires peuvent être considérées comme pénales.

D'abord, l'arrêt *Engel et autres contre Pays-Bas* a posé les conditions qui doivent être vérifiées pour déterminer si des procédures disciplinaires doivent être considérées, indépendamment de leur qualification nationale, comme impliquant la détermination du bienfondé d'une accusation en matière pénale au sens de l'article 6 CEDH et prévoir des garanties procédurales complètes¹⁶³. Dans cette décision, la Cour a précisé, en se limitant au domaine militaire, comment elle vérifie si une « accusation » donnée, à laquelle l'État en cause attribue un caractère disciplinaire, relève néanmoins de la « matière pénale » telle que l'entend l'article 6 CEDH¹⁶⁴. À cet effet, elle examine trois critères. Premièrement, la qualification nationale de l'infraction. Il ne suffit donc pas à l'État de qualifier une infraction de disciplinaire pour se soustraire à l'application de l'obligation d'accorder un procès équitable¹⁶⁵. Deuxièmement, la nature de l'infraction, en considérant, entre autres, quel dommage elle entraîne, quel degré de réprobation elle suscite et qui sont les destinataires de la norme violée¹⁶⁶. Troisièmement, la sévérité de la sanction qu'encourt l'intéressé. Au sujet de ce troisième critère, la Cour indique que ressortissent à la « matière pénale » les privations de liberté susceptibles d'être infligées à titre répressif, hormis celles qui par leur nature, leur durée ou leurs modalités d'exécution ne sauraient causer un préjudice important. Dans ce sens, SCHLEGEL affirme qu'en matière de privations de liberté, il faut retenir la qualification de la matière pénale¹⁶⁷, tandis que ZIMMERMAN précise que le détenu doit être exposé à une sanction grave¹⁶⁸. Dans l'appréciation de ce troisième critère, doivent donc être pris en compte les différents éléments de la sanction et les modalités de son exécution¹⁶⁹.

Après, l'application des « critères Engel »¹⁷⁰ a été étendue au monde pénitentiaire dans l'arrêt *Campbell et Fell contre Royaume-Uni*, la Cour ayant précisé que rien, dans les cas appropriés, ne permet de priver les détenus de la protection de l'article 6 CEDH. Les principes énoncés dans l'arrêt *Engel et autres* valent donc également, *mutatis mutandis*, pour le milieu pénitentiaire¹⁷¹.

Enfin, le « leading case »¹⁷² en la matière est l'affaire *Ezeh et Connors contre Royaume-Uni*. Dans cette affaire, les requérants se plaignaient sous l'angle de l'article 6 CEDH de ne pas avoir été représentés par un avocat et de ne pas avoir reçu, à titre subsidiaire, quelconque aide

¹⁶² ZIMMERMANN, p. 340.

¹⁶³ MURDOCH, p. 268.

¹⁶⁴ Arrêt *Engel et autres contre Pays-Bas*, consid. 82.

¹⁶⁵ MODERNE, p. 62 ; ZIMMERMANN, p. 354.

¹⁶⁶ MODERNE, p. 60.

¹⁶⁷ SCHLEGEL, p. 57 : « Bei Freiheitsentziehungen liegt grundsätzlich eine Strafsache vor. »

¹⁶⁸ ZIMMERMANN, p. 339.

¹⁶⁹ MODERNE, p. 60.

¹⁷⁰ MURDOCH, p. 268.

¹⁷¹ Arrêt *Campbell et Fell contre Royaume-Uni*, consid. 69.

¹⁷² TULKENS, p. 275.

judiciaire lors de leur comparution devant un directeur de prison (consid. 3). Les infractions reprochées étaient d'avoir menacé de mort un agent de probation, respectivement d'avoir heurté volontairement un agent de détention (consid. 17 et 25). Le premier requérant a été reconnu coupable et condamné à quarante jours de détention supplémentaires, ainsi qu'à quatorze jours d'isolement cellulaire, quatorze jours d'exclusion du travail en commun et quatorze jours de perte de privilèges (consid. 21). Le second requérant a été reconnu coupable de voies de fait et condamné à sept jours de détention supplémentaires, ainsi qu'à trois jours d'isolement cellulaire et à une amende (consid. 28). La Cour a relevé dans cet arrêt qu'il n'était toujours pas contesté que l'applicabilité du volet pénal de l'article 6 CEDH à la procédure en question doit s'apprécier sur la base des critères exposés dans l'arrêt *Engel et autres*. Elle a donc constaté une violation de l'article 6 CEDH, puisque les recourants n'ont pas eu droit aux garanties procédurales pénales dans la procédure disciplinaire à laquelle ils étaient soumis (consid. 82 et 85).

b. Le droit disciplinaire suisse face à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

En droit suisse, les sanctions disciplinaires sont réglées exhaustivement par l'article 91 alinéa 2 CPS et sont l'avertissement (let. a), la suppression temporaire, complète ou partielle, de la possibilité de disposer de ressources financières, des activités de loisirs et des relations avec le monde extérieur (let. b), l'amende (let. c) et les arrêts (let. d).

Selon les critères de la Cour, on peut penser que l'unique sanction disciplinaire suisse susceptible de provoquer l'application des garanties procédurales pénales est celle des arrêts (i.e. art. 26 al. 6 RDD/VD), puisque la punition doit être considérée comme étant susceptible de « causer un préjudice important¹⁷³ »¹⁷⁴. Le Tribunal fédéral avait d'ailleurs décidé qu'une amende n'était pas susceptible d'engendrer la qualification d'« accusation en matière pénale »¹⁷⁵, en procédant à l'examen des trois « critères Engel »¹⁷⁶. Ces trois critères font partie intégrante de notre droit national. Les sanctions disciplinaires infligées par les administrations pénitentiaires peuvent donc être examinées à leur aune, afin de savoir s'il convient d'accorder au détenu accusé d'avoir commis une infraction disciplinaire les garanties procédurales de l'article 6 paragraphes 2 et 3 CEDH.

À ce sujet, il convient de réfuter l'avis d'AKSOY RÉTORNAZ lorsqu'elle considère que « le droit d'accéder à un tribunal en matière pénale est directement consacré à l'article 6 paragraphe 1 CEDH ; il ne porte que sur 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 administratives qui ne deviennent pénales que si elles ont pour conséquence de rallonger la durée de la peine et que le détenu doit purger. Or tel n'est pas le cas, ni en droit suisse (...) »¹⁷⁷. Ce point de vue se fonde sur le fait que la Cour, dans l'arrêt *Ezeh et Connors contre Royaume-Uni*, a motivé sa décision en indiquant que les recourants risquaient de rester en prison au-delà de la date à laquelle ils auraient dû

¹⁷³ Arrêt *Engel et autres contre Pays-Bas*, consid. 82.

¹⁷⁴ VIREDAZ, N 299, p. 142.

¹⁷⁵ ATF 121 I 379, consid. 3.e. : « Gesamthaft erscheint somit die streitige Disziplinarbusse nicht als strafrechtliche Anklage im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK » ; ATF 128 I 346, consid. 2.4.

¹⁷⁶ ATF 121 I 379, consid. 3.a. : « (...) beurteilt sich die Frage, ob eine Anklage strafrechtlich im Sinne von Art. 6 EMRK sei, nach drei alternativen Kriterien: nach der landesrechtlichen Qualifikation als strafrechtlich (unten let. b), nach der Natur der Widerhandlung (unten let. c) sowie nach Natur und Schwere der angedrohten Sanktion (unten let. d) ».

¹⁷⁷ AKSOY RÉTORNAZ, p. 296.

normalement être libérés à cause d'une procédure disciplinaire séparée et sans lien juridique avec leurs condamnation et peine initiales¹⁷⁸. Les jours supplémentaires auxquels les deux recourants ont été condamnés constituent des jours qui s'ajouteront à la peine, à partir du moment où le détenu peut être libéré¹⁷⁹. Une telle sanction ne figure pas dans l'arsenal disciplinaire suisse. En revanche, cela ne signifie pas que c'est uniquement par le biais d'un rallongement effectif de la peine que l'on peut se trouver en présence d'une situation d'accusation en « matière pénale ».

Notre Haute Cour a considéré que l'aggravation du régime de détention sous la forme de deux¹⁸⁰ jours d'arrêts n'est pas assez grave pour constituer une sanction pénale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme¹⁸¹. Néanmoins, le Tribunal fédéral a laissé ouverte la question de savoir si dix¹⁸² et vingt¹⁸³ jours d'arrêts représentaient une sanction pénale, dans des décisions postérieures¹⁸⁴. De plus, *Ezeh et Connors contre Royaume-Uni* ne laisse pas entendre que d'autres types de sanctions disciplinaires ne peuvent pas engendrer les garanties procédurales pénales. La Cour a d'ailleurs jugé, certes dans un cas particulier où le recourant se voyait reprocher des faits susceptibles d'engendrer une peine d'emprisonnement, que « nonobstant la nature pécuniaire de la sanction effectivement infligée au requérant, la procédure en cause peut être assimilée à une procédure pénale (...) »¹⁸⁵. Au surplus, la question de l'application des garanties de la CEDH doit s'examiner en tenant compte du fait que les garanties accordées par la Cour européenne des droits de l'homme sont minimales et que les Etats parties à la Convention peuvent accorder des garanties plus étendues¹⁸⁶.

L'arrêt *Ezeh et Connors contre Royaume-Uni* met en avant les « critères Engel » en réaffirmant leur actualité¹⁸⁷. Or, comme nous l'avons mentionné précédemment (voir supra II, 2, B, a), la Cour, dans *Engel et autres contre Pays-Bas*, a précisé que sont comprises dans la matière pénale les privations de liberté susceptibles d'être infligées à titre répressif qui sont susceptibles de causer un préjudice important¹⁸⁸. Nous ne voyons pas comment ne pas inclure dans cette catégorie la sanction disciplinaire des arrêts (art. 91 al. 2 let. d CPS), puisqu'elle représente précisément une restriction supplémentaire à la liberté du détenu et est susceptible d'engendrer de graves séquelles psychologiques en raison de sa proximité avec les traitements inhumains et dégradants¹⁸⁹. Il faut d'ailleurs noter que dans l'arrêt *Campbell et Fell contre Royaume-Uni*, la Cour prend également la « suppression de certains privilèges »¹⁹⁰ comme élément d'appréciation du troisième critère. Les sanctions disciplinaires suisses, à l'exception de l'avertissement (art. 91 al. 2 let. a CPS), entrent pleinement dans cette catégorie,

¹⁷⁸ Arrêt *Ezeh et Connors contre Royaume-Uni*, consid. 123.

¹⁷⁹ TULKENS, p. 275.

¹⁸⁰ ATF 117 Ia 187, consid. 4.b. : « Es handelt sich zwar um gewisse Verschärfungen der Haftbedingungen, jedoch keineswegs um einen zusätzlichen Freiheitsentzug (...) ».

¹⁸¹ ZIMMERMANN, p. 343.

¹⁸² ATF 118 Ia 363, consid. 3b.bb.

¹⁸³ ATF 118 Ia 64, consid. 3s.bb. : « Ob eine Arreststrafe von 20 Tagen (...) einer strafrechtlichen Sanktion gleichkommt, welche im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK von einer richterlichen Behörde sanktioniert werden müsste, ist im vorliegenden Fall nicht zu untersuchen ».

¹⁸⁴ ZIMMERMANN, p. 343.

¹⁸⁵ Arrêt *Grecu contre Roumanie*, consid. 54.

¹⁸⁶ ZIMMERMANN, p. 354.

¹⁸⁷ Arrêt *Ezeh et Connors contre Royaume-Uni*, consid. 82.

¹⁸⁸ Arrêt *Ezeh et Connors contre Royaume-Uni*, consid. 82.

¹⁸⁹ ATF 124 I 231, consid. 2.b.cc. : « Si un isolement social et sensoriel total peut aboutir à une destruction de la personnalité entraînant de graves souffrances mentales et physiques, et constituer ainsi une forme de traitement inhumain prohibé, l'exclusion de la collectivité carcérale pour des raisons, notamment, de discipline, n'est pas habituellement considérée comme un traitement ou une peine inhumains ».

¹⁹⁰ Arrêt *Campbell et Fell contre Royaume-Uni*, consid. 72.

puisqu'elles constituent des durcissements du régime carcéral (art. 91 al. 2 let. b et d CPS), donc des suppressions de privilèges.

En définitive, il convient d'interpréter les « critères Engel » en admettant que les sanctions disciplinaires helvétiques sont susceptibles d'engendrer l'application des garanties procédurales pénales, puisque le détenu est passible de subir un préjudice important. Il faut donc, dans chaque cas particulier, de se demander si la sanction disciplinaire qui risque d'être prononcée est susceptible de causer un préjudice important au détenu et, le cas échéant, admettre la qualification pénale de la sanction disciplinaire.

c. L'accès du détenu condamné à une sanction disciplinaire aux voies de recours pénales

La réforme de la justice suisse a quelque peu atténué l'importance de la distinction entre sanction pénale et sanction administrative¹⁹¹, dans le sens où l'article 29a de la Constitution et la Loi fédérale sur le Tribunal fédéral¹⁹² (ci-après : LTF) ont imposé aux cantons la création d'un tribunal statuant en dernière instance cantonale, et cela sans considération du caractère pénal ou administratif¹⁹³ (art. 80 al. 2 LTF). Un recours en matière pénale est expressément ouvert en matière d'exécution des peines (art. 78 al. 2. let. b LTF)¹⁹⁴. Face à ces exigences, les cantons ont réagi différemment. Dans certains cantons, s'est opérée une véritable judiciarisation de la procédure de recours disciplinaire, à travers l'instauration d'un juge pénal indépendant : le juge d'application des peines et des mesures. Dans le canton de Vaud, par exemple, c'est la LEP/VD qui l'institue comme autorité de recours contre les décisions rendues par les autorités administratives dans le cadre de l'exécution des peines et des mesures (art. 11 al. 4 et 36 ss LEP/VD). À Genève, un Tribunal d'application des peines et des mesures a été créé (art. 1 let. c n°5 Loi genevoise sur l'organisation judiciaire¹⁹⁵, ci-après : LOJ/GE)¹⁹⁶, mais il n'est pas compétent en matière de droit disciplinaire (art. 3 LOJ/GE à *contrario*), ce domaine étant resté sous la compétence du département de la sécurité (art. 5 al. 2 let. d LOJ/GE). Néanmoins, le recours contre les décisions de cet organisme sont possibles auprès de la Cour de justice (art. 42 al. 1 let. a ab initio LOJ/GE). L'accès à une autorité judiciaire est donc garanti également à Genève.

Il va de soi que devant ces autorités judiciaires de recours, les garanties procédurales pénales conventionnelles et constitutionnelles s'appliquent, tout comme le Code de procédure pénale suisse. Néanmoins, l'exemple de la LEP/VD caractérise bien les incertitudes qui existent en pratique sur la procédure applicable devant les autorités de recours cantonales, puisque l'article 37 alinéa 2 LEP/VD prévoit l'application par analogie de nombreuses dispositions de la Loi sur la procédure administrative vaudoise¹⁹⁷. À ce sujet, il est important de noter que le Tribunal fédéral a dit qu'en présence d'une accusation en matière pénale, le droit disciplinaire est primé par les garanties procédurales pénales¹⁹⁸.

¹⁹¹ VIREDAZ, N 299, p. 143 ; Voir aussi l'ATF 126 I 228 sur le droit d'accès à une autorité judiciaire en matière disciplinaire non-pénitentiaire.

¹⁹² RS 173.110, du 17 juin 2005.

¹⁹³ VIREDAZ, N 298, p. 142 et 143.

¹⁹⁴ VIREDAZ, Schéma n° 2, p. 144.

¹⁹⁵ RS GE 2 05, du 26 septembre 2010.

¹⁹⁶ Ce tribunal traite les domaines que le Loi genevoise d'application du Code pénal (ci-après : LaCP/GE, RS GE E 4 10, du 27 août 2009) lui attribue (art. 102 LOJ/GE).

¹⁹⁷ RS VD 173.36, du 28 octobre 2008.

¹⁹⁸ ATF 106 Ia 7, consid. 2.

Au vu de ce qui précède, le détenu à qui l'on reproche une infraction disciplinaire a le droit d'être défendu par un avocat conformément aux articles 128 et suivants CPPS, pour le moins dans la procédure de recours contre la décision de l'administration pénitentiaire¹⁹⁹. Il n'en reste pas moins que la procédure disciplinaire prévoit que c'est une autorité administrative qui prend la première décision, ensuite susceptible de contrôle judiciaire. Ainsi, on peut se demander si l'autorité administrative doit elle-même assurer l'application des garanties procédurales pénales dans son processus décisionnel, puisqu'elle assume une *fonction équivalente* à celle du ministère public dans le procès pénal²⁰⁰. Certains auteurs vont même jusqu'à dire qu'il est difficile d'admettre, d'un point de vue théorique, que les sanctions administratives revêtant un caractère pénal soient prononcées par l'administration²⁰¹.

C. Le défenseur du détenu et l'application des garanties procédurales pénales à la procédure disciplinaire

a. La défense obligatoire

On peut se demander si le détenu susceptible de se voir infliger une sanction disciplinaire a l'obligation d'être défendu par un avocat devant l'autorité judiciaire de recours en donnant lieu à des cas de défense obligatoire au sens de l'article 130 CPPS.

La défense obligatoire est prévue dans un souci de « protection accrue »²⁰² du prévenu et dans l'intérêt de la justice²⁰³ (« Interesse der Rechtspflege »²⁰⁴). Pour donner lieu à un cas de défense obligatoire, il faut impérativement que l'une des variantes prévues à l'article 130 CPPS soit réalisée. En matière d'infractions disciplinaires, rien n'est mentionné. Néanmoins, on peut se demander si le détenu qui, « en raison de son état physique ou psychique ou pour d'autres motifs, (...) ne peut pas suffisamment défendre ses intérêts dans la procédure et que ses représentants légaux ne sont pas en mesure de le faire » (art. 130 let. c CPPS), ne pourrait pas entrer dans cette catégorie. Cette considération hypothétique se motive par le fait que les détenus sont très souvent dans un état psychologique particulièrement faible et fragile²⁰⁵ et ont donc un besoin d'assistance accru.

Quoi qu'il en soit, le risque de se voir infliger la sanction disciplinaire des arrêts, du moins lorsqu'elle est susceptible d'être infligée pour plus de quelques jours²⁰⁶, devrait donner lieu à un cas de défense obligatoire au vu du degré extrêmement élevé de l'atteinte à la liberté du détenu que prévoit cette punition. Cette réflexion fondée sur la gravité de la peine encourue par le détenu est à mettre en parallèle avec l'article 130 lettre b CPPS qui prévoit que le prévenu qui encourt une peine privative de liberté de plus d'une année doit obligatoirement

¹⁹⁹ ZIMMERMANN, p. 367 ; À noter que nous avons déjà démontré, dans le volet administratif disciplinaire, que le détenu a le droit de faire appel à un avocat en vertu des règles de procédure administrative (voir supra, II, 1, A, b).

²⁰⁰ ZIMMERMANN, p. 365.

²⁰¹ ROTH (1981), p. 304 : « L'un des impératifs est que la fonction judiciaire soit laissée à un organe judiciaire. » ; ZIMMERMANN, p. 341.

²⁰² CR CPP-HARARI/ALIBERTI, Art. 130, N 4.

²⁰³ ATF 110 Ia 156, consid. 4.3 ; CR CPP-HARARI/ALIBERTI, Art. 130, N 4.

²⁰⁴ HAEFELIN, p. 89.

²⁰⁵ Par exemple, voir à propos du suicide en prison, AKSOY RÉTORNAZ, p. 77 : « Il s'agit du comportement auto-agressif le plus fréquent et d'un des plus violents en prison. (...) Ces facteurs sont liés aux conditions de l'emprisonnement, au vécu des détenus, à la gestion pénitentiaire, ainsi qu'aux effets de l'incarcération sur l'état de santé mentale du détenu (...) » ; Plus généralement voir, VAN ZYL SMIT/SNACKEN, p. 47 ss ; VIREDAZ, p. 225 ss ; MOUESCA, p. 23.

²⁰⁶ ATF 117 Ia 187, consid. 4.b.

être assisté d'un avocat. En effet, la sanction des arrêts est la sanction disciplinaire la plus sévère, tout comme la peine privative de liberté l'est dans l'arsenal des sanctions pénales (art. 34 à 41 CPS). Ces deux types de punitions méritent le même traitement, une application par analogie de l'article 130 lettre b CPPS à la procédure disciplinaire étant envisageable. C'est d'ailleurs une solution qui nous paraît aller dans le sens de l'intérêt de la justice, puisque le détenu, partie vulnérable à la procédure disciplinaire (voir supra II, 2, B, b) verra son rapport avec l'autorité s'équilibrer.

b. La défense d'office en cas d'indigence du détenu

L'article 132 alinéa premier lettre b CPPS a trait à la défense d'office facultative²⁰⁷ et stipule que si le prévenu ne dispose pas des moyens nécessaires et que l'assistance d'un défenseur est justifiée pour sauvegarder ses intérêts, la direction de la procédure ordonne une défense d'office. La nomination d'un défenseur d'office est donc, dans cette hypothèse, un des aspects de l'assistance juridique²⁰⁸. À ce sujet, l'alinéa 2 de cette même disposition dispose que la défense d'office aux fins de protéger les intérêts du prévenu se justifie notamment lorsque l'affaire n'est pas de peu de gravité (« kein Bagatellfall »²⁰⁹) et qu'elle présente, sur le plan des faits ou du droit, des difficultés que le prévenu seul ne pourrait surmonter. Cette variante intervient donc dans tous les cas qui ne sont pas « couverts » par la défense obligatoire, mais qui ne peuvent pas être considérés comme étant de peu de gravité. Selon notre raisonnement, ces règles s'appliquent à la procédure disciplinaire dans des situations relativement lourdes et sérieuses, mais qui ne prévoient pas la sanction disciplinaire des arrêts. Il convient donc de se demander si les autres sanctions disciplinaires prévues par l'article 91 alinéa 2 CPS sont toutes des punitions prononcées dans des cas légers.

Les règles cantonales de droit de fond disciplinaire sont variées et diffèrent suivant les cantons. Il n'y a donc pas de généralités à ce sujet. Néanmoins, l'exemple vaudois est illustratif d'une tendance bien précise en matière de droit disciplinaire en milieu carcéral : on laisse le choix à l'autorité entre tous les différents types de sanctions pour une infraction donnée. Ainsi, par exemple, le RDD/VD prévoit seulement pour le cas de l'évasion que le détenu soit sanctionné des arrêts et uniquement des arrêts (art. 31 RDD/VD). En effet, tant pour les atteintes au patrimoine (art. 39 RDD/VD) que pour les atteintes à la liberté (art. 34 RDD/VD), toujours à titre exemplatif, le détenu encourt un avertissement, une amende, une suppression temporaire de la possibilité de disposer de ses ressources financières, une suppression temporaire des relations avec l'extérieur, ou encore un placement aux arrêts ! La peine-plancher est donc souvent très basse et la peine-plafond habituellement très haute en la matière.

Dans ces circonstances, le détenu devrait pouvoir bénéficier d'un avocat d'office dans les cas où il risque concrètement d'être privé de la possibilité de disposer de ressources financières ou de relations avec le monde extérieur, mais aussi lorsqu'il encourt le paiement d'une amende élevée par rapport à sa situation financière. La gravité de la sanction doit s'analyser au vu du bouleversement que peuvent causer les mesures disciplinaires sur le quotidien du détenu et en ayant à l'esprit que tout citoyen a droit à un minimum de protection juridique, en particulier, à des moyens concrets de défense²¹⁰.

²⁰⁷ CR CPP-HARARI/ALIBERTI, Art. 130, N 4.

²⁰⁸ CR CPP-HARARI/ALIBERTI, Art.132, N 23 ; Commentario CPP-GALLIANI/MARCELLINI, Art. 135, N 1 : « Il Codice non opera una distinzione fra l'istituto del difensore d'ufficio e quello del gratuito patrocinio ».

²⁰⁹ HAEFELIN, p. 272.

²¹⁰ ATF 105 Ia 296, consid. 1.b.

c. La présomption d'innocence et l'avocat de la première heure

Il convient d'examiner la portée du principe de la présomption d'innocence, puisqu'il caractérise l'activité de l'avocat dans toute la procédure. Avant l'infliction de la sanction disciplinaire, le détenu est présumé innocent dans les cas où la « matière pénale » est retenue. L'administration pénitentiaire veille à respecter ce principe en vertu des articles 32 alinéa premier Cst et 10 CPPS. Il lui incombe donc de démontrer la culpabilité du détenu. Il n'appartient pas à ce dernier d'établir qu'il n'est pas coupable²¹¹. L'avocat du détenu défend donc les intérêts d'un condamné, encore présumé innocent au regard de l'infraction disciplinaire qu'on lui reproche. Au niveau des conditions de détention, le régime de détention dans lequel se trouvait le détenu doit être maintenu jusqu'à la prise de la décision disciplinaire, sous réserve des considérations de sécurité que nous avons évoquées précédemment (voir supra II, 1, A, a). Il n'y a donc pas de place pour un placement immédiat aux arrêts ou bien, par exemple, pour une suppression instantanée des moyens financiers. Il conviendra bien plus d'attendre que la décision de l'autorité soit entrée en force pour appliquer les sanctions disciplinaires. C'est un des points que devra vérifier le défenseur.

Notre Code de procédure pénale confère au prévenu le droit d'être assisté d'un défenseur dès le premier interrogatoire de police (art. 158 al.1 let. c et 159 al. 1 CPPS). En matière de graves infractions disciplinaires, la présence d'un défenseur est nécessaire dès les premiers stades de la procédure, c'est-à-dire déjà durant la procédure interne à l'établissement pénitentiaire, dès que le détenu est entendu sur les faits qu'on lui reproche. Une application analogique de ces dispositions à la procédure disciplinaire « en matière pénale » apparaît donc souhaitable. Cela, dans le sens où, l'assistance de l'avocat à ce moment-là, dans l'établissement pénitentiaire-même, est d'une importance cruciale pour le respect du principe de la présomption d'innocence. Cette présence immédiate doit également s'apprécier au vu du fait que les recours contre les décisions de l'administration pénitentiaire en matière disciplinaire, tout comme en procédure pénale ordinaire (art. 387 CPPS), n'ont pas d'effet suspensif sur la sanction (i.e. art. 60 RIPP/GE à *contrario* ; 35 al. 1 LEP/VD). Cette absence d'effet suspensif, cumulée à la position précaire des détenus dont la liberté de communiquer avec un mandataire fait toujours l'objet de restrictions en pratique, précarité à laquelle vient s'ajouter le difficile accès, en prison, aux sources juridiques, a pour conséquence que l'exercice d'un recours judiciaire s'avère souvent compromis²¹². Il n'y a donc pas lieu d'attendre le prononcé de la sanction disciplinaire de la part de l'administration pour accorder au détenu la possibilité d'être défendu²¹³.

D. La rémunération du défenseur à travers l'assistance juridique

La question de l'assistance juridique se pose tant en cas de défense obligatoire qu'en situation de défense d'office facultative. Au pénal, l'assistance juridique est accordée beaucoup moins restrictivement qu'en matière civile et administrative. Il suffira donc de prouver que le détenu est réellement indigent et que sa défense est nécessaire à la sauvegarde de ses droits²¹⁴. En présence d'une sanction administrative présentant un caractère pénal, ainsi que devant les

²¹¹ ZIMMERMANN, p. 365.

²¹² AKSOY RÉTORNAZ, p. 300.

²¹³ AKSOY RÉTORNAZ, p. 301 : « (...) les voies de recours en matière pénitentiaire devraient être pourvues d'un effet suspensif généra, afin d'éviter qu'elles ne soient considérées comme des recours dépourvus de toute effectivité ».

²¹⁴ La condition des chances de succès de la procédure n'étant pas applicable en procédure pénale, CR CPP-HARARI/ALIBERTI, Art. 132, N 41.

juridictions de recours contre les sanctions disciplinaires, le détenu a le droit d'être traité comme le prévenu en procédure pénale ordinaire. Il dispose donc des mêmes garanties en matière d'assistance juridique et doit se voir accorder cette prestation s'il remplit les conditions de son octroi.

Concernant la condition de l'indigence du détenu, celle-ci est le plus souvent remplie, puisque la population carcérale se caractérise par un manque de moyens financiers²¹⁵. Il convient logiquement d'analyser cette exigence au cas par cas, tout en sachant que le détenu qui a les moyens de rémunérer un avocat a l'obligation de les mettre en œuvre à cette fin et ne peut bénéficier de l'assistance juridique. Quant à la seconde condition, l'absence de nécessité d'être représenté par un avocat dans la procédure disciplinaire est souvent invoquée par l'autorité pour refuser l'assistance juridique. Néanmoins, en matière pénale, l'assistance juridique est à octroyer plus largement qu'en matière civile et administrative. De plus, nous avons démontré précédemment à quel point le détenu est vulnérable dans la procédure disciplinaire (voir supra II, 1, B, b) et exposé les raisons pour lesquelles les sanctions administratives méritent d'être examinées en tenant compte de leur grave impact sur le quotidien du détenu (voir supra II, 2, C, b). Le détenu a donc un réel besoin d'être défendu par un avocat en matière disciplinaire.

En définitive, le détenu doit pouvoir jouir du support financier étatique permettant d'indemniser son défenseur dans la procédure « pénale » disciplinaire lorsqu'il remplit les conditions légales.

²¹⁵ BAECHTOLD, N 190, p. 209 ; VAN ZYL SMIT/SNACKEN, p. 191 ss.

III. Les autres rôles de l'avocat du détenu

1. La requête et la plainte²¹⁶

L'institution du droit de plainte du détenu vise à montrer aux prisonniers une autre face du droit, non pas répressif ou aliénant, tel qu'ils l'ont connu lors de procédure ayant mené à leur condamnation, mais le droit comme instrument de conflits, un droit garantissant leur reconnaissance comme acteurs sociaux à part entière²¹⁷. Ce type de garantie fait entrer nos prisons dans l'ère dite « post-autoritaire »²¹⁸. L'article 35.1 de l'Ensemble de règles minima pour le traitement des détenus des Nations Unies²¹⁹ dispose que, lors de son admission, chaque détenu doit recevoir des informations écrites notamment au sujet des moyens autorisés pour obtenir des renseignements et formuler des plaintes, et de tous autres points qui peuvent être nécessaires pour lui permettre de connaître ses droits et ses obligations. L'autorité a donc un grand devoir d'information impliquant la mise à disposition des détenus d'une version écrite du règlement auquel ils sont soumis²²⁰. Quant aux Règles pénitentiaires européennes, elles consacrent ce même-droit (Règles 70.1 à 70.7 RPE) et précisent notamment que les détenus ne doivent pas être punis pour avoir présenté une requête ou avoir introduit une plainte (Règle 70.4 RPE). Plus localement, par exemple, le RSC/VD (art. 111 ss et 115 ss RSC/VD) confère au détenu tant le droit d'effectuer des requêtes (art. 113 RSC/VD) que la possibilité de se plaindre auprès de l'autorité (art. 115 ss RSC/VD).

La mise en œuvre du droit de déposer plainte, ainsi que celui d'accomplir des requêtes se heurtent souvent à des problèmes pratiques dus à « l'inertie des autorités »²²¹ auxquelles les détenus font appel. Les risques d'abus en la matière étant évidents, les Règles pénitentiaires européennes, accordent au détenu le droit de solliciter un avis juridique, ainsi que les services d'un avocat lorsque l'intérêt de la justice l'exige (Règle 70.7 RPE). Il y a donc un réel besoin de l'avocat en matière de plaintes des détenus et ce, même si elles n'ont pas directement trait à la violation de leurs droits fondamentaux²²². L'assistance de l'avocat permet, dans ce cas également, au détenu de renforcer sa position face à l'autorité, la simple constitution du conseil permettant de montrer la détermination du détenu à faire valoir ses droits. D'ailleurs, au-delà des rapports de force, le recours à l'avocat permettra au détenu de faire valoir ses droits de façon appropriée et, s'il y a lieu, de désamorcer un conflit qui n'a pas de raison d'être. Par ailleurs, dans certains établissements pénitentiaires, les requêtes et plaintes doivent impérativement s'effectuer par écrit²²³. Les détenus étant parfois dépourvus de toute connaissance linguistique du lieu où ils sont incarcérés, ils trouvent en leur avocat un juriste capable de formuler convenablement les raisons de leurs plaintes et les objets de leurs requêtes²²⁴.

²¹⁶ Bien que des différences juridiques existent entre la requête et la plainte, nous les traiterons conjointement, l'objectif étant simplement de décrire le rôle de l'avocat dans leur mise en œuvre.

²¹⁷ SNACKEM, p. 141.

²¹⁸ VAN ZYL SMIT/SNACKEN, p. 306.

²¹⁹ 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.

²²⁰ VAN ZYL SMIT/SNACKEN, p. 307 ; Règles 30.2 et 30.3 RPE.

²²¹ Arrêt *Labita contre Italie*, consid. 135.

²²² VAN ZYL SMIT/SNACKEN, p. 313.

²²³ ROTH (1991), p. 314.

²²⁴ C'est d'autant plus vrai quand l'on sait que la majorité de la population carcérale est d'origine étrangère.

En définitive, l'institution du droit de se plaindre de la personne incarcérée, couplée à la possibilité de faire appel aux services d'un avocat permet d'assurer concrètement et convenablement le respect des droits du détenu.

2. La demande de libération conditionnelle

Selon l'article 86 alinéa 2 CPS, l'examen de la libération conditionnelle a lieu d'office. Néanmoins, en pratique, « c'est bien le détenu, avec l'aide des services sociaux ou d'autres services d'encadrement qui dépose une requête en vue de la libération conditionnelle²²⁵ ». Concernant la procédure, le détenu doit être entendu²²⁶, sur la base du rapport établi de la part de la direction de l'établissement pénitentiaire²²⁷. Lors de la comparution du détenu face à l'autorité compétente, le juge d'application des peines dans les cantons de Genève et Vaud, il sera examiné si ce dernier remplit les conditions de la libération conditionnelle (art. 86 al. 1 CPS). Lorsque le détenu a été condamné pour une infraction visée par l'article 64 alinéa premier CPS, la commission instituée par l'article 62d alinéa 2 CPS doit également être consultée, cette dernière ayant pour mission d'apprécier le caractère dangereux du détenu pour la collectivité²²⁸. Concernant la procédure de recours, un recours en matière pénale peut être formé auprès du Tribunal fédéral (art. 78 ss LTF) contre les décisions cantonales de dernière instance en matière de libération conditionnelle²²⁹.

La réglementation actuelle ne fait pas état du droit du détenu sur la question de la possibilité d'être assisté d'un défenseur. Néanmoins, l'autorité compétente, dans les cantons de Genève et Vaud, est une autorité judiciaire. En outre, les points sur lesquels cette autorité doit se prononcer sont complexes et prêtent à discussion. Par exemple, les notions de bon comportement au sein de la prison et d'absence de pronostic défavorable méritent clairement d'être discutées avec l'organe décisionnel. Enfin, le fait que les décisions sont susceptibles de recours judiciaires pénaux, dans tous les cantons, nous amène à la réflexion suivante. L'autorité doit accorder les garanties procédurales pénales dès le commencement de la procédure, avant la première décision. Par voie de conséquence, la présence de l'avocat aux côtés du détenu, tant dans la préparation de l'audition que pendant cette audition paraît indispensable. À défaut, la mission de l'avocat intervenant dans un dossier déjà instruit, figé, pourrait s'en trouver gravement compromise. De plus, la libération conditionnelle fait actuellement partie du plan d'exécution de la sanction de tout condamné à une peine de prison ferme. Elle est donc une étape fondamentale du régime progressif d'exécution des peines où les détenus doivent pouvoir bénéficier de l'assistance d'un conseil.

Financièrement, la mise en œuvre de ce droit suppose la possibilité, pour le détenu qui en remplit les conditions, de bénéficier de l'assistance juridique en matière pénale. La décision de libération conditionnelle comporte des enjeux pénaux graves pour le détenu, puisqu'en cas de refus de sa demande, il risque de devoir purger une année de peine privative de liberté ferme supplémentaire²³⁰. Il conviendra donc de reconnaître la nécessité du détenu d'être assisté d'un défenseur pour sauvegarder ses droits dans la procédure de libération conditionnelle.

²²⁵ BAECHTOLD, N 13 p. 264.

²²⁶ ATF 109 IV 12, JdT 1983 IV 135, consid. 2.b.

²²⁷ CR CP I-KUHN, Art. 86, N 19.

²²⁸ CR CP I-KUHN, Art. 86, N 19.

²²⁹ BAECHTOLD, N 15, p. 265.

²³⁰ CR CP I-KUHN, Art. 86, N 17.

3. Le recours en grâce

La grâce représente une atteinte extraordinaire à l'exécution de la peine²³¹ (« ausserordentlichen Eingriff in den Gang der Justiz »²³²). Elle n'annule pas le jugement prononcé, mais revient à renoncer à son exécution. L'article 383 CPS dispose à ce sujet que par l'effet de la grâce, toutes les peines infligées par un jugement passé en force peuvent être remises, totalement ou partiellement, ou commuées en des peines plus douces. En cas de grâce, l'Etat renonce donc, totalement ou partiellement, à l'application du droit pénal à l'égard du condamné, plus précisément à l'exécution d'une peine, et non d'une mesure²³³, prononcée par un jugement passé en force²³⁴.

Au niveau procédural, le condamné a le droit de former un recours *en grâce*, mais n'a aucunement un droit à la grâce²³⁵. Le droit à la grâce est exercé, pour les jugements rendus en vertu du CPS ou d'une autre loi fédérale, par l'Assemblée fédérale, dans les causes jugées par la Cour des affaires pénales ou une autorité administrative fédérale, ou bien par l'autorité compétente du canton, dans les causes jugées par les autorités cantonales (art. 381 let. a et b CPS). Le but de la demande en grâce n'est pas d'obtenir une décision judiciaire, mais bien un moyen *sui generis*²³⁶. Ensuite, bien que la décision de grâce se prête mal à une remise en cause²³⁷, un recours en matière pénale auprès du Tribunal fédéral (art. 78 ss LTF) est ouvert contre ce type de décisions depuis 2007²³⁸.

L'article 382 CPS dispose à son premier alinéa que le recours en grâce peut être formé par le condamné, ou encore, s'il y consent, par son défenseur. Concernant la notion de défenseur, elle se distingue originellement de celle d'avocat²³⁹. À ce sujet, GASS précise que la question de savoir si d'autres personnes que des avocats peuvent représenter le condamné est réglée par le droit cantonal. Les avocats sont donc habilités à former un recours en grâce pour un détenu condamné. Par ailleurs, le rôle d'assistance de l'avocat en matière de recours en grâce est illustré par le fait que le détenu ne doit pas obligatoirement être au bénéfice d'un conseil pour former le recours. Il lui appartient donc de définir si et dans quelle mesure il souhaite que son avocat intervienne dans la procédure. Dans ce contexte, l'avocat doit maîtriser la procédure cantonale, souvent compliquée²⁴⁰, et exposer le mieux possible les motifs invoqués en faveur du condamné. Ces motifs ne sont pas énumérés par la loi et varient selon la situation des détenus. Ils vont de la rigueur exagérée de la peine, par exemple, en raison d'une peine-menace disproportionnée, au fait que le condamné a déjà été suffisamment puni par les conséquences indésirables de son infraction²⁴¹. Concernant la possibilité pour le détenu de se voir assigner un avocat commis d'office, ainsi que de bénéficier de l'assistance juridique, il nous semble qu'un mécanisme de défense d'office doit être « mis à disposition » du détenu s'il en fait la demande. Cela, en vertu de la garantie constitutionnelle (art. 29 al. 3 Cst), en ce sens que la question de la grâce relève de la matière pénale et que l'issue de la procédure est

²³¹ BSK Strafrecht II-GASS, Art. 381, N 25.

²³² BSK Strafrecht II-GASS, Art. 381, N 27.

²³³ KASSER, p. 184.

²³⁴ KASSER, p. 13.

²³⁵ BSK Strafrecht II-GASS, Art. 381, N 33.

²³⁶ BSK Strafrecht II-GASS, Art. 381, N 30 ; KASSER, p. 174.

²³⁷ ROTH (1988), p. 26.

²³⁸ BSK Strafrecht II-GASS, Art. 381, N 38 et 45.

²³⁹ KASSER, p. 166.

²⁴⁰ Voir, par exemple, la Loi portant sur le règlement du Grand Conseil de la République et canton de Genève (RS GE B 1 01, du 13 septembre 1985), art. 203 ss.

²⁴¹ ROTH (1988), p. 24.

clairement susceptible d'avoir un impact important sur la vie du détenu. Indépendamment de la nomination d'un avocat d'office, l'assistance juridique en cas d'indigence doit indubitablement être accordée si le recours en grâce du détenu n'est pas manifestement infondé. Il s'agit là de prendre en compte les circonstances du cas particulier.

Conclusion

Enfin, retraçons brièvement les quelques conclusions auxquelles nous sommes parvenus à travers cette contribution. Dans un premier temps (voir supra Introduction), nous avons mis en avant les zones d'ombre afférentes au rôle de l'avocat après le prononcé du jugement pénal, en précisant que c'est parce que le détenu est un sujet de droit « à part entière » qu'il est titulaire du droit d'être assisté d'un avocat en cas de besoin. Dans un deuxième temps (voir supra I), nous avons expliqué en quoi le conseil a une fonction de garant, de protecteur des droits du détenu au vu de sa vulnérabilité particulière en milieu pénitentiaire. Il a également été question du droit du détenu d'accéder aux services d'un avocat, en mettant l'accent sur les droits aux contacts et à l'assistance juridique. Dans un troisième temps (voir supra II), nous avons traité de la question du droit disciplinaire en démontrant que l'avocat a le devoir d'agir en tant que véritable défenseur du « condamné-accusé », tant au niveau administratif que pénal. Cette deuxième facette de la mission de l'avocat en exécution de peine a été pour nous l'occasion de présenter dans quelle mesure les sanctions disciplinaires peuvent être considérées comme pénales et ainsi entraîner l'application des garanties procédurales propres à ce domaine juridique. L'application de ces garanties aux sanctions disciplinaires n'étant pas prévue par notre Code de procédure pénale fédéral, nous avons tenté, non sans difficulté, de démontrer qu'une application analogique de certaines dispositions procédurales pénales qui traitent du droit à un défenseur est souhaitable, car elle améliorerait la position du détenu face à l'autorité. Dans un dernier temps (voir supra III), nous avons porté notre attention sur la fonction qu'exerce l'avocat dans d'autres problématiques qui se présentent au cours de l'incarcération du condamné. Dans cette troisième partie, nous avons pu constater que le conseil permet au détenu d'affronter avec « aisance » les problématiques juridiques auxquelles il doit faire face dans la correcte mise en œuvre de ses droits.

Au vu de ce qui précède, nous pensons que le rôle de l'avocat dans l'exécution de peine reste encore à découvrir et à régler²⁴². Notre écrit n'a permis que de démontrer qu'il a une mission importante à accomplir, l'exécution des peines, plus encore que le procès pénal, étant le « lieu d'un conflit entre intérêt de l'individu et intérêts de la société »²⁴³. Il est intéressant de noter qu'en Suisse, « l'émergence d'une décision affectant la vie pénitentiaire d'un condamné apparaît à de nombreuses reprises dans le Code pénal, sans toutefois faire l'objet d'une attribution à une autorité de décision clairement énoncée »²⁴⁴. L'espoir nous semble donc venir de la judiciarisation progressive du domaine de l'exécution des sanctions privatives de liberté, puisqu'un tel phénomène s'accompagne nécessairement d'une amélioration des droits procéduraux du détenu, dont la consécration du droit à un avocat en exécution de peine. La floraison de ces « modalités d'exécution », c'est à dire de l'intervention judiciaire dans cette « activité originellement administrative »²⁴⁵, s'accorde d'ailleurs parfaitement au principe d'individualisation de la peine au sens de l'article 75 CPS²⁴⁶. Ce cap de la judiciarisation du domaine de l'exécution de peine a été franchi tant en France qu'en Allemagne, avec des résultats encourageants ayant permis de mettre en place des mécanismes de protection accrue du détenu au sein-même de l'établissement

²⁴² ROBERT (2007), p. 342 ss.

²⁴³ ROTH (1991), p. 319.

²⁴⁴ ROBERT (2007), p. 342.

²⁴⁵ PERRET-GENTIL, p. 175.

²⁴⁶ PERRET-GENTIL, p. 118 ; ROTH (1991), p. 303 : « C'est dans la perspective d'un renforcement des règles secondaires au bénéfice d'une amélioration de la mise en œuvre des règles primaires que se situe le débat sur la judiciarisation ».

pénitentiaire²⁴⁷. La « juridicisation » du système carcéral passe, pour l'essentiel, par la judiciarisation du domaine de l'exécution de peine²⁴⁸. Ainsi, une réforme du droit helvétique dans ce sens nous semble souhaitable, notamment au vu du fait que la Confédération dispose désormais du pouvoir de légiférer en matière d'exécution de peine (art. 123 al.3 Cst)²⁴⁹.

En guise de conclusion, les défis auxquels doit faire face l'avocat du détenu condamné à exécuter une peine ferme de privation de liberté ne font qu'illustrer la grande variété de rôles que peut jouer le plaideur²⁵⁰ après le prononcé du jugement, notre contribution n'ayant aucunement la prétention d'être exhaustive. Par conséquent, la mission de l'avocat ne prend pas forcément fin au prononcé du jugement pénal. Dans ces cas, l'avocat aura un devoir continu de défense qui se poursuivra durant toute l'exécution de la sanction pénale. Cette mission de l'avocat « post jugement » participe également à la resocialisation du détenu qui, bien que privé de liberté, découvrira et/ou profitera pleinement des droits attachés à la dignité humaine. Ainsi, dans l'exécution de son « devoir envers la société »²⁵¹, l'avocat sera parfois amené à redoubler d'attention, maintenir ses efforts et poursuivre son mandat une fois que son client, condamné, entrera en prison. Il lui appartiendra de l'accompagner durant l'exécution de sa peine, un peu comme Albert NAUD et Robert BADINTER, grands avocats français de l'après-guerre, soutenaient les condamnés à mort jusqu'à l'échafaud.

²⁴⁷ ROBERT (2007), p. 346 ss.

²⁴⁸ ROTH (1991), p. 307.

²⁴⁹ VIREDAZ, N 357, p. 263.

²⁵⁰ BOHNET/MARTENET, N 7, p. 15.

²⁵¹ PONCET, p. 383.

Bibliographie

1. Ouvrages

AKSOY RÉTORNAZ Emine Eylem, *La sauvegarde des droits de l'homme dans l'exécution de la peine privative de liberté, notamment en Suisse et en Turquie*, Genève, Zurich, Bâle (Schultess) 2011. (cité : AKSOY- RÉTORNAZ)

ALBRECHT Peter, *Die funktion und Rechtstellung des Verteidigers im Strafverfahren, in Strafverteidigung*, (NIGGLI Marcel/ WEISSENBERGER Philippe, Hrsg.), Basel, Genf, München (Helbing & Lichtenhahn Verlag) 2002, p. 5 ss. (cité : ALBRECHT)

BADINTER Robert, *L'exécution*, Paris (Fayard) 1998. (consulté)

BAECHTOLD Andrea, *Exécution des peines*, Berne (Stämpfli Editions SA) 2008. (cité : BAECHTOLD)

BERNASCONI Paolo/ GALLIANI Maria/ MARCELLINI Luca/ MELI Edy/ MINI Mauro/ NOSEDA John (édit.), *Codice svizzero di procedura penale (CPP) Commentario*, Zürich, St. Gallen (Dike Verlag AG) 2010. (cité : Commentario CPP-AUTEUR)

BOHNET François/ MARTENET Vincent, *Droit de la profession d'avocat*, Berne (Stämpfli) 2009. (cité : BOHNET/MARTENET)

BRUNETTI Elio, *Ruolo e funzione del difensore nella fase predibattimentale della procedura penale ticinese*, in Ugeliebte Diener des Rechts (BAUMGARTNER Hans/ SCHUHMACHER René, Hrsg.), Baden-Baden, Zürich (Elster Verlag) 1999, p. 75 ss. (cité : BRUNETTI)

BRÄGGER Benjamin F., *Einführung in die neuen Bestimmungen des Schweizerischen Strafgesetzbuches zum Sanktionensystem und zum Stra- und Massnahmenvollzug an Erwachsenen*, Bern (Stämpfli Verlag AG) 2007. (cité : BRÄGGER)

BRUNNER Mattias, *Straf- und Massnahmenvollzug*, in *Strafverteidigung*, (NIGGLI Marcel/ WEISSENBERGER Philippe, Hrsg.), Basel, Genf, München (Helbing & Lichtenhahn Verlag) 2002, p. 223 ss. (cité : BRUNNER)

CORBOZ Bernard, *Le droit constitutionnel à l'assistance judiciaire*, in *La Semaine Judiciaire*, 2003, Volume II, p. 67 et ss. (cité : CORBOZ)

DAGA Luigi, *Le regole penitenziarie europee*, in *Le regole penitenziarie europee*, (Comucci Paola/ PRESUTTI Adonella, édit.) Milano (Giuffrè Editore) 1989. (cité : DAGA)

DE SCHUTTER Olivier/ KAMINSKI Dan, *Enjeux de la reconnaissance des droits aux détenus*, in *L'institution du droit pénitentiaire, enjeux de la reconnaissance de droits aux détenus* (De SCHUTTER Olivier / KAMINSKI Dan, édit.), Paris (Bruylant L.G.D.J.) 2002, p. 3 ss. (cité : DE SCHUTTER/ KAMINSKI)

FRICKER Christoph, *Disziplinar- und besondere Sicherheits- massnahmen*, Bern Stuttgart Wien (Haupt Verlag) 2004. (cité : FRICKER)

HAEFELIN Walter M., *Die amtliche Verteidigung im schweizerischen Strafprozess*, Zurich (Dike Verlag) 2010. (cité : HAEFELIN)

HUBER Lukas, *Disziplinarmassnahmen im Strafvollzug*, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Basel (Helbing & Lichtenhahn) 1995. (cité : HUBER)

JUND Heike, *Sanktionensysteme und Menschenrechte*, Bern, Stuttgart, Wien (Verlag Paul Haupt) 1992. (cité : JUND)

KASSER Amédée, *La grâce en droit fédéral et en droit vaudois*, Tolochenaz (Imprimerie Chabloz S.A.) 1991. (cité : KASSER)

KUHN André/ JANNERET Vincent (édit.), *Commentaire romand, Code de procédure pénale*, Bâle (Helbing) 2011. (cité : CR CPP-AUTEUR)

LOUCKS Nancy, *La gestion de l'indiscipline en prison : une étude comparative Suède, France, Angleterre*, in *Approches de la prison* (FORGERON Claude, CHAUVENET Antoinette, COMBESSIE Philippe, édit.), Paris, Bruxelles (De Boeck & Larcier s.a.) 1996, p. 297 ss. (cité : LOUCKS)

MEYER-LADEWIG Jens, *EMRK Handkommentar*, Baden-Baden, Basel (Nomos Verlagsgesellschaft/ Helbing Lichtenhahn Verlag) 2011. (cité : MEYER-LADEWIG)

MODERNE Franck, *Sanctions administratives et justice constitutionnelle*, Paris (Economica) 1993. (cité : MODERNE)

MOUESCA Gabi, *Prison@.net Journal d'un « longue peine »*, Euskal Herria (Gatuzain) 2001. (cité : MOUESCA)

MÜLLER Markus, *Das besondere Rechtsverhältnis*, Bern (Stämpfli Verlag AG) 2003. (cité : MÜLLER)

MURDOCH Jim, *Le traitement des détenus*, Strasbourg (Editions du Conseil de l'Europe) 2007. (cité : MURDOCH)

NAUD Albert, *Les défendre tous*, Paris (Editions Robert Laffont S.A.) 1973. (consulté)

NIGGLI Marcel/ HEER Marianne / WIPRÄCHTIGER Hans (Hrsg.), *Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung*, Basel (Helbing Lichtenhahn Verlag) 2011. (cité : BSK StPO-AUTEUR)

NIGGLI Marcel / WIPRÄCHTIGER Hans (Hrsg.), *Basler Kommentar, Strafrecht I*, Basel (Helbing Lichtenhahn Verlag) 2007, 2. Auflage (cité : BSK Strafrecht I -AUTEUR)

NIGGLI Marcel / WIPRÄCHTIGER Hans (Hrsg.), *Basler Kommentar, Strafrecht II*, Basel (Helbing Lichtenhahn Verlag) 2007, 2. Auflage (cité : BSK Strafrecht II -AUTEUR)

PERRET-GENTIL Sylvaine, *Les décisions postérieures au jugement : un aspect particulier de l'exécution pénale : étude de droit pénal suisse et de procédure pénale vaudoise avec un aperçu des droits français et allemand*, Yverdon-les-Bains (Imprimerie Cornaz SA) 1992. (cité : PERRET-GENTIL)

PONCET Dominique, *La protection de l'accusé par la Convention européenne des droits de l'homme*, Genève (Librairie de l'université Georg & Cie SA) 1977. (Consulté)

PONCET Dominique, *Le devoir de défense*, in *La Semaine Judiciaire (SJ)*, Genève 1990, p. 379 ss. (cité : PONCET)

GIUDICELLI-DELAGE Geneviève/ MASSE Michel, *Rapport introductif*, in *La condition juridique du détenu* (PRADEL Jean, édit.), Paris (Editions Cujas) 1993, p. 11 ss. (cité : GIUDICELLI-DELAGE/MASSE)

RICHARDSON Geneva, *Des droits aux attentes*, in *L'institution du droit pénitentiaire, enjeux de la reconnaissance de droits aux détenus* (De SCHUTTER Olivier / KAMNSKI Dan, édit.), Paris (Bruylant L.G.D.J.) 2002, p. 189 ss. (cité : RICHARDSON)

ROBERT Christian-Nils, *La participation du juge à l'application des sanctions pénales*, Genève (Georg & Cie S.A.) 1974. (cité : ROBERT (1974))

ROBERT Christian-Nils, *La défense continue*, in *Revue pénale suisse (RPS)* (CASSANI Ursula, Wolfgang WOHLERS, édit.), Bern (Stämpfli Verlag AG) 2007, vol. 125, n° 4, p. 339 ss. (cité : ROBERT (2007))

ROTH Robert / MOREILLON Laurent (édit.), *Code pénal I, Commentaire romand*, Bâle, (Helbing Lichtenhahn) 2009. (cité : CR CP I- AUTEUR)

ROTH Robert, *Tribunaux pénaux, autorités administratives et droit pénal administratif*, in *Revue de droit administratif et de droit fiscal*, année 37, n°5, Lausanne 1981, p. 285 ss. (cité : ROTH (1981))

ROTH Robert, *Les sanctions disciplinaires : un nouveau droit (pénal) sanctionnateur ?*, in *Le rôle sanctionnateur du droit pénal* (GAUTHIER Jean, édit.), Fribourg (Editions universitaires Fribourg) 1985, p. 125 ss. (cité : ROTH (1985))

ROTH Robert, *Brève analyse juridique*, in *La grâce, institution entre tradition et changements* (LANGUIN Noëlle, LUCCO-DENEREAZ Claudine, ROBERT Christian-Nils, ROTH Robert, édit.), Collection juridique romande, Lausanne (Payot) 1988, p. 19 ss. (cité : ROTH (1988))

ROTH Robert, *La judiciarisation de l'exécution des peines*, 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, Collection genevoise, Bâle et Francfort-sur-le-Main (Helbing & Lichtenhahn et Faculté de Droit de Genève) 1991, p. 301 ss. (cité : ROTH (1991))

SCHLEGEL Stephan, *Die Verwirklichung des Rechts auf Wahlverteidigung*, Zurich (Schultess Juristische Medien AG) 2010. (cité : SCHLEGEL)

SNACKEN Sonja, « Normalisation » dans les prisons : concept et défis. L'exemple de l'Avant-projet de loi pénitentiaire belge, in L'institution du droit pénitentiaire, enjeux de la reconnaissance de droits aux détenus (De SCHUTTER Olivier / KAMNSKI Dan, édit.), Paris (Bruylant L.G.D.J.) 2002, p. 133 ss. (cité : SNACKEN)

SOYER Jean-Claude, *La condition du détenu par rapport à la Convention européenne des droits de l'homme*, in La condition juridique du détenu (PRADEL Jean, édit.), Paris (Editions Cujas) 1993, p. 71 ss. (cité : SOYER)

SPIELMANN Alfonse/ SPIELMANN Dean, *Des peines et de leur exécution : les exigences de la Convention européenne des droits de l'homme*, in Du monde pénal, mélanges en l'honneur de Pierre-Henri Bolle (ZEN-RUFFINEN Piermarco, édit.), Bâle, Genève, Munich (Helbing & Lichtenhahn) 2006, p. 597 ss. (cité : SPIELMANN/SPIELMANN)

SPIRA Vincent, *L'avocat au bénéfice de l'assistance juridique*, in Défis de l'avocat au XXI^e siècle, Mélanges en l'honneur de Madame le bâtonnier Dominique Burger (JEANNERET Vincent/ HARI Oliver, édit.), Genève (Slatkine) 2008, p. 313 ss. (cité : SPIRA)

STAVROS Stephanos, *The guarantee for accused person under Article 6 of the european convention on human rights*, Dordrecht, Boston, London (Martinius Nijhoff publishers) 1993. (cité : STAVROS)

TRECHSEL Stefan, *Schweizerische Strafgesetzbuch, Praxiskommentar*, Zürich, St. Gallen (Dike Verlag AG) 2008. (cité : TRECHSEL)

TULKENS Françoise, *Droits de l'homme en prison Jurisprudence de la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme*, in L'institution du droit pénitentiaire, enjeux de la reconnaissance de droits aux détenus (De SCHUTTER Olivier / KAMNSKI Dan, édit.), Paris (Bruylant L.G.D.J.) 2002, p. 249 ss. (cité : TULKENS)

VAN ZYL SMIT Dirk/ SNACKEN Sonja, *Principles of European Prison Law and Policy*, New York (Oxford University Press Inc.) 2009. (cite : VAN ZYL SMIT/SNACKEN)

VIREDAZ Baptiste, *Les principes régissant les peines privatives de liberté (art. 74 et 75 al.1 CP)*, Genève, Bâle Zurich 2009. (cité : VIREDAZ)

ZIMMERMANN Robert, *Les sanctions disciplinaires et administratives au regard de l'article 6 CEDH*, in Revue de droit administratif et de droit fiscal, année 50, n°5, Lausanne (Imprimerie de l'Ère Nouvelle SA) 1994, p. 335-377. (cité : ZIMMERMANN)

2. Jurisprudence

A. Du Tribunal fédéral

Décisions

ATF 99 Ia 262

ATF 105 Ia 98

Traductions françaises

JdT 1974 I 656.2

-

ATF 105 Ia 296	JdT 1982 IV 30.2
ATF 106 Ia 277	-
ATF 117 Ia 187	JdT 1993 IV 93
ATF 117 Ia 277	-
ATF 118 Ia 64	JdT 1994 IV 62.2
ATF 118 Ia 363	-
ATF 119 Ia 505	JdT 1996 IV 191.3
ATF 119 Ib 311	-
ATF 120 Ia 48	JdT 1996 IV 74
ATF 121 I 314	-
ATF 121 I 324	-
ATF 121 I 379	JdT 1997 I 679
ATF 122 II 359	JdT 1997 I 781
ATF 123 I 112	JdT 1999 I 529
ATF 123 I 221	JdT 1999 I 566
ATF 124 I 231	-
ATF 126 I 228	JdT 2003 I 101
ATF 128 I 225	-
ATF 128 I 346	-
ATF 130 I 65	-

B. De la Cour européenne des droits de l'homme

Arrêt Cour EDH dans la cause *Golder contre Royaume-Uni* du 21 février 1975, Série A, vol. 18, Requête 4451/70. (cité : Arrêt *Golder contre Royaume-Uni*)

Arrêt Cour EDH dans la cause *Silver et autres contre Royaume-Uni* du 25 Mars 1983, Série A, vol. 61, Requêtes 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75, 7136/75. (cité : Arrêt *Silver et autres contre Royaume-Uni*)

Arrêt Cour EDH dans la cause *Campbell et Fell contre Royaume-Uni* du 28 juin 1984, Série A, vol. 80, Requêtes 7819/77, 7878/77. (cité : Arrêt *Campbell et Fell contre Royaume-Uni*)

Arrêt Cour EDH dans la cause *S contre Suisse* du 28 novembre 1991, Série A, vol. 220, Requêtes 12629/87, 13965/88. (cité : Arrêt *S contre Suisse*)

Arrêt Cour EDH dans la cause *Campbell contre Royaume-Uni* du 25 mars 1992, Série A, vol. 233, Requête 13590/88. (cité : *Campbell contre Royaume-Uni*)

Arrêt Cour EDH dans la cause *Ruiz-Mateos contre Espagne* du 23 juin 1993, Série A, vol. 262, Requête 12952/87. (cité : Arrêt *Ruiz-Mateos contre Espagne*)

Arrêt Cour EDH dans la cause *Labita contre Italie* du 6 avril 2000, Recueil 2000-IV, Requête 26772/95. (cité : Arrêt *Labita contre Italie*)

Arrêt Cour EDH dans la cause *Lanz contre Autriche* du 30 janvier 2001, Requête 24430/94. (cité : Arrêt *Lanz contre Autriche*)

Arrêt Cour EDH dans la cause *Brennan contre Royaume-Uni* du 16 octobre 2001, Recueil 2001-X, Requête 39846/98. (cité : Arrêt *Brennan contre Royaume-Uni*)

Arrêt Cour EDH dans la cause *Ezeh et Connors contre Royaume-Uni* du 9 octobre 2003, Recueil 2003-X, Requêtes 39665/98, 40086/98. (cité : Arrêt *Ezeh et Connors contre Royaume-Uni*)

Arrêt Cour EDH dans la cause *Greco contre Roumanie* du 30 novembre 2006, Requête 75101/0. (cité : Arrêt *Greco contre Roumanie*)

Arrêt Cour EDH dans la cause *Sergey Zolotukhin contre Russie* du 7 juin 2007, Recueil 2009, Requête 1439/03. (cité: Arrêt *Sergey Zolotukhin contre Russie*)

Arrêt Cour EDH dans la cause *Salduz contre Turquie* du 27 novembre 2008, Recueil 2008, Requête 3639/102. (cité : Arrêt *Salduz contre Turquie*)