



HAL
open science

La décision implicite d'acceptation à l'épreuve de la matière pénitentiaire

Ariane Amado, Armand Desprairies

► **To cite this version:**

Ariane Amado, Armand Desprairies. La décision implicite d'acceptation à l'épreuve de la matière pénitentiaire. *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2019, 2018 (04), pp.829-846. 10.3917/rsc.1804.0829 . halshs-03049796

HAL Id: halshs-03049796

<https://shs.hal.science/halshs-03049796v1>

Submitted on 10 Aug 2023

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

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

Copyright

La décision implicite d'acceptation à l'épreuve de la matière pénitentiaire

Ariane Amado, Armand Desprairies

DANS **REVUE DE SCIENCE CRIMINELLE ET DE DROIT PÉNAL COMPARÉ** 2018/4 (N° 4), PAGES 829
À 846

ÉDITIONS **DALLOZ**

ISSN 0035-1733

ISBN 9782995518043

DOI 10.3917/rsc.1804.0829

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://www.cairn.info/revue-de-science-criminelle-et-de-droit-penal-compare-2018-4-page-829.htm>



CAIRN.INFO
MATIÈRES À RÉFLEXION

Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...

Flashez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



Distribution électronique Cairn.info pour Dalloz.

La reproduction ou représentation de cet article, notamment par photocopie, n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France. Il est précisé que son stockage dans une base de données est également interdit.

Le récent principe « silence vaut acceptation » sur une demande de l'administré à l'administration s'applique en matière pénitentiaire. Entre les exceptions au principe et les obstacles à son effectivité, le silence de l'administration pénitentiaire face aux demandes des personnes détenues ne leur apporte pas nécessairement satisfaction. Toutefois, ce principe combiné avec certaines dispositions du code des relations entre le public et l'administration pourrait renforcer, par certains aspects, leurs droits.

La décision implicite d'acceptation à l'épreuve de la matière pénitentiaire

Ariane Amado

Docteur de l'École de droit de la Sorbonne
(Université Paris I Panthéon-Sorbonne)

Armand Desprairies

Doctorant à l'École de droit de la Sorbonne
(Université Paris I Panthéon-Sorbonne)

829

Prison law has recently seen the implementation of the principle "silence implies consent" in its legal framework as a mechanism to regulate the users'demands to the prison administration. Considering the exceptions to this principle and the obstacles to its efficiency, the opposing silence of the prison administration to the detainees'demands does not necessarily give rise to a satisfactory answer. Nevertheless, to some extents, the combination of this principle with specific dispositions from the Code of relations between the public and the administration could reinforce their rights.

Le principe « silence vaut acceptation » en matière pénitentiaire

Depuis le 12 novembre 2014, la décision implicite d'acceptation¹ est le principe applicable en cas de silence de l'administration d'État à une demande formu-

(1) Par commodité de langage, sont utilisées de manière équivalente, d'une part, les expressions « décision implicite d'acceptation », « silence positif », « silence vaut acceptation », « silence vaut accord » et, d'autre part les expressions « décision implicite de rejet », « silence négatif », « silence vaut rejet », « silence vaut refus ».

lée par un administré². Cette « révolution juridique [qui] a pour ambition de rétablir le lien entre les citoyens et leur administration »³ est d'une lecture complexe en raison d'une très grande difficulté à identifier le champ d'application du principe compte tenu des nombreuses exceptions qui ont été prévues⁴. En matière pénitentiaire, le « silence vaut acceptation » est applicable à 36 procédures⁵ tandis que le « silence vaut rejet » concerne 65 procédures⁶. Le ratio 36/65 ne comprend pas la totalité des procédures applicables en prison dans la mesure où les pouvoirs publics ne fournissent aucune liste des exceptions législatives⁷ et des dispositions spéciales⁸. Cependant le ratio 36/65 constitue un échantillon représentatif des démarches administratives dans le domaine pénitentiaire.

Dans la mesure où plus d'une procédure sur trois serait soumise au silence positif de l'administration pénitentiaire,

l'application du principe « silence vaut acceptation » au milieu carcéral semble, à première vue, conforter l'objectif de cette réforme qui est d'inverser le sens de droit commun conféré au silence administratif au profit de l'administré. Est ainsi instauré un droit à ce que leur demande soit traitée dans un délai de deux mois. À défaut, l'inertie administrative est sanctionnée par une décision favorable au profit de l'administré. L'application de ce principe à la matière pénitentiaire fait écho à l'amélioration des droits des personnes détenues et notamment la question du droit au recours effectif. À ce titre, la France a été condamnée à plusieurs reprises par la Cour européenne des droits de l'homme en raison de la défaillance du service pénitentiaire en la matière⁹.

En conséquence, la naissance d'une décision administrative favorable à la personne détenue au terme d'un délai

- (2) Pour les autres administrations (collectivités territoriales, organismes de sécurité sociale, organismes chargés d'un service public administratif), le « silence vaut acceptation » est applicable depuis le 12 nov. 2015. Pour une présentation générale de la réforme, V. not. le dossier AJCT 2015. 120 : Le silence vaut acceptation : quelle mise en œuvre ? ; D. Ribes, Le nouveau principe « silence de l'administration vaut acceptation », AJDA 2014. 389 ; Parmi les articles les plus critiques de la réforme : S. Braconnier, P. Cassia, P. Gonod, J. Petit, B. Plessix, B. Seiller, Le silence de l'administration vaudra acceptation : big bang ou trou noir juridique ?, JCP 2013, n° 51, p. 1324 ; H. Pauliat, Le silence gardé par l'administration vaut acceptation : un principe en trompe l'œil ?, JCP A 2013. Actu. 737 ; B. Seiller, Le silence de l'administration. Quand les exceptions infirment (heureusement) la règle : le sens du silence de l'administration, RFDA 2014. 35 ; J.-Ph. Derosier, La nouvelle règle le silence vaut acceptation si rarement applicable, JCP A 2014. 2305 ; C. Lantero, Le silence est décrété !, JCP 2014, n° 46-47, p. 1168.
- (3) Conseil des Ministres, compte rendu du 22 oct. 2014, www.gouvernement.fr/conseil-des-ministres/2014-10-22/le-silence-valant-accord-.
- (4) Légifrance.fr a mis ligne la liste des procédures soumises au « silence vaut acceptation » : www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Silence-vaut-accord-SVA. Par ailleurs, un moteur de recherche fourni par Service-public.fr permet d'accéder à chaque procédure par mot clé : www.service-public.fr/demarches-silence-vaut-accord. Toutefois, il convient de préciser que la liste fournie est simplement indicative et n'est pas exhaustive. Aux exceptions prévues à l'art. L. 231-4 du code des relations entre le public et l'administration, s'ajoutent d'une part les exceptions réglementaires prévues par quarante-cinq décrets listés sur Légifrance : www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Silence-vaut-accord-SVA/Silence-vaut-rejet-SVR et d'autre part les éventuelles dispositions spéciales dérogeant audit code (CRPA, art. L. 100-1).
- (5) Selon le tableau accessible sur Légifrance.fr, *ibid*.
- (6) Décr. n° 2014-1277 et 2014-1279 du 23 oct. 2014.
- (7) Il convient également de souligner que certaines demandes rentrent dans la catégorie des exceptions législatives prévues à l'art. L. 231-4 du code des relations entre le public et l'administration (CRPA). Ces exceptions législatives n'ont pas à figurer dans la liste réglementaire du « silence vaut rejet ». Par exemple, une des exceptions législatives est : « Lorsque la demande ne s'inscrit pas dans une procédure prévue par un texte législatif ou réglementaire » (CRPA, art. L. 231-4 al. 2). Or, en matière pénitentiaire, il existe de nombreuses demandes qui ne sont prévues par aucun texte que ce soit le code de procédure pénale ou un règlement intérieur pénitentiaire. Dans son rapport public de 2015 portant sur l'activité juridictionnelle et consultative des juridictions administratives, le Conseil d'État cite « les demandes de la personne détenue tendant à ne pas être soumise au port de menottes ou d'entraves lors d'un transfèrement ou d'une extraction ainsi que les demandes de détenues enceintes tendant à accoucher en prison » *in* CE, Rapport public de 2015 sur l'activité juridictionnelle et consultative des juridictions administratives, p. 280.
- (8) Par ailleurs, il n'est pas à écarter que le gouvernement rajoute ultérieurement des exceptions de droit listées par le décr. n° 2014-1279 du 23 oct. 2014 au nom de la « protection de la sécurité nationale » et « sauvegarde de l'ordre public » ; CRPA, art. L. 231-4, al. 4.

de deux mois oblige l'administration pénitentiaire à être plus diligente. Pour éviter que la décision implicite ne se forme, elle doit répondre par une décision expresse défavorable dans le respect de certaines obligations procédurales. En effet, l'administration doit en principe¹⁰ motiver en droit et en fait cette mesure de police¹¹ et respecter la procédure contradictoire qui s'impose à elle¹². Il est vrai que l'urgence ou les circonstances exceptionnelles permettent de déroger à ces obligations, mais encore faut-il que ces conditions soient caractérisées¹³. À défaut, la décision de l'administration pénitentiaire est illégale.

Eu égard à ces contraintes procédurales, il est très probable que l'administration pénitentiaire réponde à ces obligations formelles, tant sur le plan du débat contradictoire préalable à sa prise de décision, qu'au regard d'une motivation officielle (bien que très stéréotypée¹⁴). Ces obligations procédurales s'affichent comme une contrainte qui pèse sur l'administration pénitentiaire afin de garantir le respect des obligations qui découlent de la décision implicite d'acceptation. Le principe « silence vaut acceptation » permet de

constituer une garantie, dont les personnes détenues ou leur conseil doivent pouvoir s'emparer. Un recours indemnitaire ainsi qu'une demande d'injonction peuvent également être engagés devant le juge administratif afin que soit respectée la décision implicite d'acceptation¹⁵. Le comportement de l'administration pénitentiaire étant illégal du fait du non-respect de la décision administrative, la personne détenue-bénéficiaire peut alerter les autorités administratives indépendantes¹⁶, les associations¹⁷ ou saisir le juge administratif pour sanctionner son non-respect.

Par exemple, la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 a inscrit par son article 27 une obligation d'activité pour toute personne détenue en vue de préparer à sa réinsertion¹⁸. Cette obligation peut se matérialiser entre autres, par la poursuite d'une formation professionnelle ou d'un enseignement. L'article 713-3 du code de procédure pénale prévoit que l'administration pénitentiaire doit s'efforcer de fournir aux personnes incarcérées une activité professionnelle et une formation professionnelle ou générale¹⁹. Or, la présentation d'une personne détenue à un examen figure parmi la liste des demandes soumises

- (9) CEDH 17 janv. 2006, req. n° 76093/01, *Barbier c/ France*, L'appel, le contradictoire et le prisonnier, D. 2006. 1209, note F. Defferrard et V. Durtette. En matière de fouilles corporelles et de placement en cellule disciplinaire, V. not. CEDH 20 janv. 2011, req. n° 51246/08 et 19606/08, *El Shannawy c/ France et Payet c/ France*, AJDA 2011. 133 ; *ibid.* 1993, chron. L. Burgogue-Larsen ; D. 2011. 1306, obs. J.-P. Céré, M. Herzog-Evans et E. Péchillon ; AJ pénal 2011. 88, note M. Herzog-Evans ; RFDA 2012. 455, chron. H. Labayle, F. Sudre, X. Dupré de Boulois et L. Milano ; RSC 2011. 704, obs. D. Roets.
- (10) Que ce soit la motivation ou le débat contradictoire, l'urgence ou les circonstances exceptionnelles permettent d'y déroger.
- (11) Loi n° 79-587 du 11 juill. 1979, art. 1 désormais codifié à CRPA, art. L. 211-5.
- (12) Loi n° 2000-321 du 12 avr. 2000, art. 24 désormais codifié à CRPA, art. L. 121-1. Dans ce sens, cf. CAA Paris 19 déc. 2005, req. n° 05PA00868, AJDA 2006. 652, note B. Bachini ; D. 2006. 1352, note F. Fournié et E. Massat ; AJ pénal 2006. 134, obs. E. Péchillon ; RFDA 2006. 981, concl. B. Bachini ; CAA Nantes 27 sept. 2012, req. n° 11NT01339 ; S. Niquègue, Les demandes adressées à l'administration, RFDA 2011. 1165.
- (13) CRPA, art. L. 121-2 et L. 211-6. En cas d'urgence, la motivation n'est pas nécessaire mais la personne détenue peut toujours demander les motifs de la décision défavorable.
- (14) OIP, *Le guide du prisonnier*, op. cit., spéc. n° 657 et 658.
- (15) Dans ce sens : CE 27 juill. 2015, req. n° 367484, *M. Baey c/ Commune d'Hébuterne*, Rec. 285 ; Lebon ; AJDA 2015. 1514 ; *ibid.* 2277, note A. Perrin ; AJCT 2016. 48, obs. S. Defix.
- (16) Par ex., le Défenseur des droits, le CGLPL ou encore la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDDH).
- (17) Par ex., l'OIP.
- (18) Art. 27 de la loi du 24 nov. 2009 qui se retrouve au travers de l'art. D. 435 C. pr. pén. ; R. 57-6-20 art. 15 s. ; P. Poncela, La loi pénitentiaire du 24 novembre 2009, RSC 2010. 190 ; F. Février, Nécessité(s) de la loi pénitentiaire, RFDA 2010. 15.
- (19) C. pr. pén., art. 717-3. Cf. P. Auvergnon, *Droit du travail en prison, d'un déni à une reconnaissance*, Presses universitaires de Bordeaux, 2015, p. 153.

au principe « silence vaut acceptation ». En l'absence de réponse à une demande de candidature à un examen au terme d'un délai de deux mois, une personne détenue peut alors se prévaloir de l'acceptation de sa demande. S'ouvre la possibilité pour la personne lésée de prévenir son conseil et, à défaut, l'Observatoire international des prisons (OIP) en vue d'exercer un recours. De même, cette personne peut saisir le Contrôleur général des lieux de privation de liberté (CGLPL) pour dénoncer l'inexécution de sa demande et le manquement à son droit. Dans un contexte où l'avis du CGLPL du 22 décembre 2016 a récemment rappelé qu'il fallait renforcer et faciliter l'accès à la formation des personnes incarcérées²⁰, l'application du « silence vaut acceptation » en matière de présentation aux épreuves d'examen ajouterait un critère de contrôle au respect de ce droit²¹. Dans ce cadre, il semblerait que le principe « silence vaut acceptation » renforce l'obligation de moyen impartie à l'administration pénitentiaire de satisfaire les demandes de formation professionnelle.

De même, le mécanisme du « silence vaut accord » pourrait renforcer le droit de saisine de l'administration par voie électronique applicable pour les administrations d'État depuis le 7 novembre 2015²². Le décret n° 2015-1411 du 5 novembre 2015 prévoit l'application de

ce droit à partir du « 7 novembre 2018, [pour les] demandes, déclarations, documents ou informations adressés à l'administration pénitentiaire par ou pour les personnes détenues ». Ainsi, depuis peu, les personnes détenues et les personnes extérieures qui communiquent avec elles peuvent saisir l'administration pénitentiaire par voie électronique. Cette évolution technologique pourrait faciliter la formalisation de nombreuses demandes, et faire naître des décisions implicites d'acceptation.

Toutefois, il est légitime de s'interroger sur la réalité du principe « silence vaut acceptation » dans un domaine où inévitablement la personne détenue n'est pas un administré comme un autre. En situation de « vulnérabilité et [...] d'entière dépendance vis-à-vis de l'administration pénitentiaire »²³, le statut de la personne détenue tend davantage vers celui d'un usager contraint du service public²⁴. Par sa nature hybride, la matière pénitentiaire se situe à la croisée du droit public et du droit privé. Illustration symptomatique de l'imbrication des droits, la personne détenue prévenue est soumise à l'autorité judiciaire saisie de la procédure, alors que la personne détenue condamnée relève entièrement de l'autorité administrative²⁵. Loin d'un fonctionnement purement administratif, le droit des personnes incarcérées se confronte

(20) CGLPL, *Avis du 22 décembre 2016 relatif au travail et à la formation professionnelle dans les établissements pénitentiaires*, *op.cit.*

(21) C. pr. pén., art. D. 436-3.

(22) Ord. n° 2014-1330 du 6 nov. 2014 relative au droit des usagers de saisir l'administration par voie électronique, JO n° 0258 du 7 nov. 2014, p. 18780, texte n° 8 ; Les dispositions sont désormais codifiées aux art. L. 112-8 s. du code des relations entre le public et l'administration.

(23) CE 17 déc. 2008, req. n° 305594, *Section française de l'Observatoire international des prisons*, Lebon ; AJDA 2008. 2364, obs. M.-C. Montecler ; *ibid.* 2014. 119, chron. J.-M. Delarue ; AJ pénal 2009. 86, obs. E. Péchillon ; I. Foucard, Décès violents de détenus en prison. Les évolutions récentes de la responsabilité de l'État, AJDA 2011. 142.

(24) É. Péchillon, Contrôle des conditions de détention : l'arme du référé face au manque de réactivité de l'administration pénitentiaire, AJ pén. 2013. 232.

(25) C. pr. pén., art. D. 52, al. 3.

(26) Selon le magistrat D. Mondon, « La politique pénale a pu être définie *lato sensu* comme la somme de six éléments : l'élaboration de la norme pénale (*i.e.* la politique législative) ; la prévention ; la police judiciaire ; les poursuites ; le jugement pénal ; l'exécution des peines et la politique pénitentiaire. C'est dire si la politique pénale voit s'entrecroiser les attributions du gouvernement, celles du Parlement et, au sein de l'autorité judiciaire celles des procureurs comme celles des juges qui décident des peines, les deux intervenant en aval dans l'exécution de celles-ci » : D. Mondon, Pour une analyse systémique de la politique pénale ?, AJ pén. 2012. 442 ; Y. Aguila, La politique pénale est-elle une politique publique comme une autre ?, Rev. adm. 1994, n° 277, p. 7.

inévitamment à des questions de politique pénale et criminelle²⁶. La matière pénitentiaire est sous-tendue par la recherche constante d'un équilibre fragile entre le maintien de l'ordre et la sécurité de l'établissement, et le respect des droits fondamentaux des personnes incarcérées²⁷.

Compte tenu de ces multiples enjeux, la Direction de l'administration pénitentiaire a d'abord fait preuve d'une certaine réticence à appliquer cette réforme au milieu carcéral. Il n'est pas inintéressant, à ce titre, d'effectuer un parallèle avec le contentieux des étrangers dans la mesure où la rétention constitue une autre forme de privation de liberté (relevant à ce titre des missions du Contrôleur général des lieux de privation de liberté)²⁸. Or, dans ce domaine, la quasi-totalité des demandes a été inscrite parmi les exceptions à l'application du principe « silence vaut acceptation »²⁹. Mieux encore, certaines demandes comme la demande d'octroi du statut de réfugié³⁰ ou de reconnaissance de la qualité d'apatride³¹ ne donnent naissance à aucune décision implicite³². À l'instar de l'objet politique que représente la prison, le contentieux des étrangers catalyse de nombreuses tensions

opposant les droits fondamentaux des personnes étrangères aux politiques migratoires de régulation des flux. Par analogie et compte tenu de la complexité semblable de la matière, l'application du principe « silence vaut acceptation » au droit pénitentiaire interpelle dès lors, quant à sa portée et ses effets.

Eu égard à ces enjeux et à l'impératif de conciliation entre la sécurité et les droits fondamentaux, la Direction de l'administration pénitentiaire a sélectionné les demandes des personnes détenues qui pouvaient être soumises au principe « silence vaut acceptation ». Outre un manque de cohérence dans la répartition des demandes désormais soumises au principe « silence vaut acceptation » et celles qui en sont exclues, l'étude de certaines procédures dénote le décalage entre le principe et son application au milieu pénitentiaire (I). En outre, la manière dont cette réforme a été adaptée en matière pénitentiaire soulève de nombreuses interrogations quant à sa légalité (II). Bien que l'application de cette réforme puisse renforcer les droits des personnes incarcérées, des enjeux pénaux intrinsèques à l'hybridité du droit pénitentiaire freinent l'application d'une politique administrative de droit commun.

I – Une application limitée du mécanisme « silence vaut acceptation » en matière pénitentiaire

Le mécanisme du « silence vaut acceptation » a des effets limités en prison en

raison, d'une part, d'un champ d'application réduit (A) et, d'autre part, du déca-

(27) Cf. not. A. Simon, *Les atteintes à l'intégrité des personnes détenues imputables à l'État*, Paris, Dalloz, coll. Bibliothèque de la Justice, 2015, 593 p. ; B. Belda, *Les droits de l'homme des personnes privées de liberté*, Bruxelles, Bruylant, 2010, § 58 s. ; E. Péchillon, *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 1998, p. 181.

(28) Art. 1^{er} de la Loi n° 2007-1545 du 30 oct. 2007 instituant un Contrôleur général des lieux de privation de liberté, NOR n° JUSX0758488L. Cf. E. Sennat, *Le contrôleur général des lieux privatifs de liberté*, AJ pén. 2013. 331 ; J.-P. Céré, *L'institution d'un contrôleur général des lieux de privation de liberté par la loi du 30 octobre 2007 : remarques sur un accouchement difficile*, AJ pén. 2007. 525.

(29) Art. 1^{er} du décr. n° 2014-1294 du 23 oct. 2014.

(30) CESEDA, art. L. 723-8 (anc. L. 723-3-1).

(31) CESEDA, art. L. 721-2 et R. 723-2.

(32) H. Delesalle, *Asile et apatridie : silence vaut rejet ?*, AJDA 2017. 458.

lage entre ce principe du droit commun administratif et le milieu carcéral (B).

A – Un champ d'application réduit

L'objectif des demandes soumises au « silence vaut acceptation », et celles qui en sont exclues n'est parfois pas si éloigné si bien que l'application du principe à certaines demandes plus qu'à d'autres ne fait pas toujours preuve de cohérence.

Par une comparaison de la liste fournie par Légifrance des procédures soumises au « silence vaut accord » et les exceptions réglementaires pour lesquelles le « silence vaut rejet »³³, le gouvernement semble procéder à une échelle d'intensité des droits des personnes détenues. Les droits soumis au « silence vaut accord » semblent plus relever de la catégorie des droits essentiels à la personne détenue³⁴ ou alors sont peu significatifs dans la gestion quotidienne des établissements pénitentiaires³⁵. La demande de maintien d'un enfant de plus de 18 mois auprès de sa mère détenue en est une parfaite illustration car elle ne concerne, chaque année, que

des cas rarissimes³⁶. De manière générale, les cas de « silence vaut accord » semblent correspondre aux obligations essentielles de moyens à la charge de l'établissement pénitentiaire. Dès que les contraintes matérielles sont plus importantes, les décrets n^{os} 2014-1277 et 2014-1279 du 23 octobre 2014 précisent expressément que le « silence vaut rejet » s'applique. Par exemple, l'octroi d'un régime alimentaire spécifique pour des raisons religieuses apparaît dans la liste réglementaire du « silence vaut rejet »³⁷.

Néanmoins, ces tentatives de catégorisation ne parviennent pas à expliquer certains choix. Par exemple, l'accès aux activités proposées par l'établissement pénitentiaire relève pour l'essentiel du silence négatif³⁸. Pourtant, la participation à la préparation et à l'animation d'une activité, la présentation aux épreuves d'examen, ou le travail pour son propre compte ou pour le compte d'une association sont soumis au silence positif. Alors que ces dernières demandes ont toutes trait à l'obligation d'activités³⁹, certaines sont soumises au « silence vaut acceptation » alors que d'autres en sont exclues.

(33) La liste de ces demandes soumises au principe « silence vaut acceptation se trouve sur : www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Silence-vaut-accord-SVA. Quant à la liste des exceptions réglementaires, elles sont fournies en annexe des décr. n^{os} 2014-1277 et 2014-1279 du 23 oct. 2014.

(34) Par ex. : obtention de biens courants, entretien avec un aumônier ou avec le chef d'établissement, assistance par un avocat ou un mandataire agréé.

(35) Travail pour son propre compte ou pour le compte d'une association, participation à la préparation ou animation d'une activité culturelle ou socioculturelle, présentation aux épreuves d'examen, maintien d'un enfant de plus de 18 mois auprès de la mère détenue.

(36) Observations lors des visites dans les établissements pénitentiaires de Fleury-Mérogis, Nice, Rennes et Rouen effectuées entre juin 2014 et nov. 2016.

(37) Il a été récemment rappelé d'ailleurs par le Conseil d'État que « l'administration pénitentiaire [...] n'est pas tenue de garantir aux personnes détenues, en toute circonstance, une alimentation respectant leurs convictions religieuses ». La haute juridiction considère que les menus sans porc ou végétariens ainsi que la possibilité pour les personnes incarcérées de se fournir en aliments conformes aux prescriptions religieuses, suffisent à garantir la liberté de culte. En revanche, l'administration pénitentiaire doit garantir aux personnes détenues indigentes une aide en nature afin qu'ils puissent se procurer ces aliments à la cantine (CE 10 févr. 2016, req. n^o 385929, Lebon avec les concl. ; AJDA 2016. 284 ; *ibid.* 1127, note X. Bioy ; D. 2016. 426, obs. M.-C. de Montecler).

(38) V. les annexes des décr. n^{os} 2014-1277 et 2014-1279 du 23 oct. 2014 portant « silence vaut rejet ».

(39) La loi pénitentiaire du 24 nov. 2009 a inscrit, par son art. 27, une obligation d'activités pour toutes les personnes détenues, en vue de préparer leur réinsertion. Quant au cas spécifique du travail, il fait partie intégrante de cette obligation d'activité à laquelle l'administration pénitentiaire doit s'efforcer de répondre : Art. 27 de la loi du 24 nov. 2009 ; C. pr. pén., art. D. 435 ; C. pr. pén., art. 717-3 ; C. pr. pén., art. R. 57-6-20 ; CGLPL, art. 15 s. Avis du 22 déc. 2016 relatif au travail et à la formation professionnelle dans les établissements pénitentiaires, JO du 9 févr. 2017, NOR n^o CPLX1702465V ; P. Auvergnon, *Droit du travail en prison, d'un déni à une reconnaissance*, Presses universitaires de Bordeaux, 2015, p. 153 ; P. Poncela, La loi pénitentiaire du 24 novembre 2009, RSC 2010. 190 ; M. Giacomelli, Le contenu de la loi pénitentiaire : des avancées encore insuffisantes, RFDA 2010. 25 ; F. Février, Nécessité(s) de la loi pénitentiaire, RFDA 2010. 15.

B – Un décalage avec la réalité carcérale

La décision implicite d'acceptation ne peut naître que si la personne détenue a déposé une demande conforme et que l'administration pénitentiaire ne s'est pas prononcée dans le délai d'instruction de deux mois. Quand bien même une décision d'acceptation a été formée du fait du silence de l'administration pénitentiaire, le respect des droits qui en découlent est loin d'être effectif.

La délicate mise en œuvre du mécanisme

Afin qu'une décision implicite d'acceptation naisse, il faut que la personne détenue formalise une demande. Cette dernière peut être formulée par écrit ou oralement ⁽⁴⁰⁾, mais doit obligatoirement être faite en langue française ⁽⁴¹⁾. Elle doit être complète et adressée à la bonne autorité compétente ⁽⁴²⁾. En principe, cette demande fait l'objet d'un accusé de réception rendu par l'administration, ce qui s'avère particulièrement utile pour connaître le point de départ du délai d'instruction de deux mois ⁽⁴³⁾.

Or, ce formalisme apparaît bien souvent inadapté à la réalité carcérale compte

tenu de la méconnaissance de l'accès au droit ⁽⁴⁴⁾. La condition d'une formulation en langue française exclut les personnes détenues qui ne maîtrisent pas la langue ⁽⁴⁵⁾. De même, l'accusé de réception permettant de prouver la formulation de la demande s'avère bien difficile à obtenir puisque la personne détenue reste tributaire de différents échelons intermédiaires avant d'atteindre l'autorité compétente ⁽⁴⁶⁾. Il est vrai que l'absence d'accusé de réception rendu par l'administration pénitentiaire peut être compensée par la possibilité pour la personne détenue-demandeur de prouver par tout moyen la date du dépôt de la demande. Dans ce sens, la mise en place dans certains établissements pénitentiaires de « bornes de saisies de requête » faciliterait l'enregistrement des demandes. Néanmoins, l'installation de ces bornes est loin d'être généralisée et subit de nombreux dysfonctionnements techniques ⁽⁴⁷⁾. De surcroît, si certaines demandes doivent être adressées au Service pénitentiaire d'insertion et de probation ⁽⁴⁸⁾, d'autres devront être soumises au chef d'établissement ou au directeur interrégional des services pénitentiaires ⁽⁴⁹⁾. Aussi, la compétence varie en fonction des demandes, ce qui ne manque pas de complexifier davantage la procédure à suivre.

Ces freins issus de la pratique pénitentiaire font écho à l'arrêt de la CEDH

- (40) L'oralité rend difficile la charge de la preuve et la réalisation de certaines formalités imposées à l'administration comme l'accusé réception mais elle n'est pas, à notre sens, exclue. Dans ce sens : CE, ord., 25 août 2004, req. n° 271410.
- (41) CRPA, art. L. 111-1 ; par ex. : CE 10 juin 1991, req. n° 99608, *Kerrain*, Lebon 1107.
- (42) CRPA, art. L. 114-3.
- (43) CRPA, art. L. 112-3.
- (44) Y. Bouagga, *Humaniser la peine ? Enquêtes en maison d'arrêt*, Presses Univ. de Rennes, 2015, p. 167-196 ; J.-M. Delarue, *Droit et procédure en détention*, in CNCDH, *Défendre en justice la cause des personnes détenues, Actes du Colloque des 25 et 26 janv. 2013*, La doc. fr., 2014, p. 73-80.
- (45) CGLPL, Avis du 9 mai 2014 relatif à la situation des personnes étrangères détenues, JO du 3 juin 2014, NOR : CPLX1411703V ; C. Saas, *Détenus et étrangers, relégués parmi les relégués*, in CNCDH, *Défendre en justice la cause des personnes détenues, Actes du Colloque des 25 et 26 janv. 2013*, La doc. fr., 2014, p. 113-121.
- (46) E. Fernandez, *La pratique et les difficultés dans l'accès des détenus au juge administratif*, in CNCDH, *Défendre en justice la cause des personnes détenues, Actes du Colloque des 25 et 26 janv. 2013*, La doc. fr., 2014, p. 161-170 ; OIP, *Les conditions de détention en France, rapport 2011*, Éd. La découverte, 2012, p. 122-126.
- (47) OIP, *Le guide du prisonnier*, op. cit., spéc. n° 655.
- (48) Par ex., les activités en prison sont organisées et définies par le service pénitentiaire d'insertion et de probation si bien que les demandes de participation à une activité doivent s'adresser à ce service : C. pr. pén., art. D. 441-1.
- (49) Par ex., le retour d'un enfant de plus de 18 mois en détention après avoir été séparé de sa mère, relève de la compétence du chef d'établissement alors que la décision de maintien d'un enfant en détention après ses 18 mois incombe au directeur interrégional des services pénitentiaires : C. pr. pén., art. D. 401 al. 3 et D. 401-1.

Barbier c/ France du 17 janvier 2006, dans lequel la Cour a condamné la France en violation de l'article 6 paragraphe 1 de la Conv. EDH aux motifs que la défaillance du service pénitentiaire avait entravé l'accès au recours effectif d'une personne incarcérée⁵⁰. En l'espèce, le requérant n'avait pas pu interjeter appel d'une décision dans le délai légal imparti parce qu'aucun surveillant ne l'avait accompagné à temps au greffe de l'établissement pénitentiaire. Fléau de l'effectivité du droit en prison, les dysfonctionnements du service pénitentiaire, tels que ceux relevés par les juges de Strasbourg dans cet arrêt, présenteraient ainsi un obstacle sérieux à l'applicabilité du principe « silence vaut acceptation ».

L'effectivité relative de la décision implicite d'acceptation

Si à l'issue de deux mois l'administration pénitentiaire n'a pas répondu à la demande de la personne détenue et que celle-ci figure dans le champ d'application du « silence vaut acceptation », une décision administrative favorable à la personne détenue-demandeur entre en vigueur. Néanmoins cette acceptation sera absolument impossible à mettre à exécution. En effet, il sera matériellement impossible pour la personne détenue d'exiger la réalisation effective de sa décision puisqu'elle reste tributaire de la bonne volonté de l'administration pénitentiaire. Par exemple, si une décision implicite d'acceptation naît à la suite d'une demande d'une personne détenue de confession musulmane d'obtenir un tapis de prière, elle restera inefficace jusqu'à ce que l'administration fournisse

l'objet. Plutôt que de prendre une mesure contraire soumise aux contraintes procédurales, il suffira à l'administration pénitentiaire de rester inactive et la décision d'acceptation demeurera lettre morte. Au même titre que les nombreuses obligations de moyens qui s'imposent en milieu carcéral⁵¹, la décision implicite d'acceptation demeure un truisme qui rappelle le non-respect des droits des personnes détenues par l'administration pénitentiaire.

L'inadaptation du délai d'instruction de droit commun de deux mois

La matière pénitentiaire demeure un domaine sous-tendu par l'équilibre fragile entre le besoin impérieux de sécurité et les potentielles atteintes aux droits des personnes détenues⁵². Bien souvent, le caractère sérieux des demandes exige une réponse de l'administration pénitentiaire dans un délai adapté à la spécificité de la procédure. Or, la loi n° 2013-1005 du 12 novembre 2013 prévoit que le silence de l'administration à une demande de l'administré fait naître une décision implicite d'acceptation seulement au bout d'un délai de droit commun de deux mois⁵³. Si le gouvernement conserve la possibilité de prévoir un délai différent au nom de « l'urgence ou la complexité de la procédure »⁵⁴, rien n'a été prévu en ce sens dans le domaine pénitentiaire. Le délai de deux mois est uniformément appliqué, indistinctement de la demande et du sens du silence attribué.

Une simple lecture de la plupart des procédures administratives soumises

(50) CEDH 17 janv. 2006, *Barbier c/ France*, *op.cit.* note F. Defferrard, V. Durtette, *op.cit.*, D. 2006. 1209.

(51) Il en va par exemple, de l'obligation de moyens qui s'impose à l'administration pénitentiaire en matière de travail et de formation professionnelle de la personne détenue : C. pr. pén., art. 717-3, al. 2. Cf. CGLPL, *Avis du 22 décembre 2016 relatif au travail et à la formation professionnelle dans les établissements pénitentiaires*, JO du 9 fév. 2017, NOR n° CPLX1702465V.

(52) É. Péchillon., *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, *op. cit.*

(53) Principe désormais codifié à CRPA, art. L. 231-1.

(54) CRPA, art. L. 231-6.

au « silence vaut accord » suffit pour se convaincre du caractère inadapté du délai de deux mois. Parmi ces procédures, la demande de maintien d'un enfant en prison après 18 mois et l'assistance d'un avocat dans une procédure disciplinaire sont deux exemples illustratifs d'un décalage total entre le délai de deux mois au terme duquel peut naître une décision implicite d'acceptation et l'urgence de la situation nécessitant une réponse rapide.

Le cas du maintien d'un enfant en prison après 18 mois. Selon l'article D. 401 du code de procédure pénale, les enfants peuvent rester auprès de leur mère détenue jusqu'à leurs 18 mois, sous réserve que leur naissance soit intervenue durant la peine d'emprisonnement ou, très exceptionnellement, lorsque la naissance de l'enfant est intervenue quelque temps avant l'incarcération⁵⁵. Lorsque ces enfants atteignent l'âge des 18 mois, ils doivent quitter l'établissement et ce, même si cet âge limite ne coïncide pas avec la sortie de prison de leur mère, aboutissant à une séparation entre les deux. Afin d'éviter au maximum ces séparations et de faire coïncider la fin de l'incarcération de la mère avec le départ de l'enfant, l'article D. 401-1 du code de procédure pénale prévoit une prorogation exceptionnelle de cet âge dans la limite maximale de six mois (soit aux deux ans de l'enfant). Dans ce cadre, il revient au directeur interrégional des services pénitentiaires d'autoriser ou non un tel maintien après avis d'une commission consultative pluridisciplinaire⁵⁶. Le maintien d'un enfant

en détention après ses 18 mois est soumis au principe du « silence vaut acceptation ». La demande sera alors considérée comme accordée en cas d'absence de réponse dans un délai de deux mois. Toutefois, la pratique pénitentiaire signale l'inadaptabilité de ce principe au cas en présence.

Le délai de deux mois du droit commun s'avère disproportionné au regard de l'urgence même de la situation et de la gravité intrinsèque à la séparation d'un enfant en bas âge avec sa mère. En outre, la pratique pénitentiaire montre que les rares cas de maintien de l'enfant en détention au-delà de l'âge des 18 mois s'inscrivent souvent au sein de démarches entreprises en amont par l'aide sociale à l'enfance, voire même de la mise en application d'une mesure d'assistance éducative ordonnée par le juge des enfants⁵⁷. En effet, le maintien de l'enfant de 18 mois en prison est généralement autorisé afin d'éviter la rupture du lien maternel qu'entraînerait son placement temporaire, alors que la situation pénale de sa mère permettrait d'aligner sa sortie de prison sur le départ de l'enfant. Selon l'article 375 du code civil, le juge des enfants peut ordonner une mesure d'assistance éducative, qui peut être matérialisée par le placement de l'enfant, lorsqu'il existe un danger ou lorsque les conditions de son éducation ou de son développement sont gravement compromises⁵⁸. Dans ce cadre, l'encadrement pénitentiaire de l'enfant en détention recoupe le mécanisme civil de droit commun de la protection de l'enfance en danger. En

(55) C. pr. pén., art. D. 401-1 ; circ. du 18 août 1999, art. 1.1.1 ; cf. A. Amado, *L'enfant en détention en France et en Angleterre, Contribution à l'élaboration d'un cadre juridique pour les enfants accompagnant leur mère en prison*, Thèse dactylo., Univ. Paris I Panthéon-Sorbonne, 2018. J.-P. Céré, *Détenues enceintes et mères détenues avec leur enfant*, Rép. pén. 2015, art. 4, § 320 ; M. Herzog-Evans, *Le séjour du petit enfant avec sa mère en détention*, L. Cadiet, F. Chauvaud et al., (dir.), *Figures de femmes criminelles, de l'Antiquité à nos jours*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2010, p. 205.

(56) C. pr. pén., art. D. 401-1 et D. 401-2.

(57) Les auteurs remercient ici M. P. Pédrón, magistrat, vice-président chargé des fonctions de juge des enfants au tribunal de grande instance de Versailles, pour ses éclairages tant théoriques que pratiques en la matière. Cf. A. Amado, *op.cit.*, 2018, § 363.

(58) C. civ., art. 375 ; cf. S. Bernigaud, *Dispositif judiciaire de protection de l'enfance en danger : l'assistance éducative*, in P. Murat (dir.), *Droit de la famille*, Dalloz, coll. Dalloz Action, 2016-2017, chap. 242, § 242.00 s. ; A. Gouttenoire, La loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance, D. 2007. 1090.

d'autres termes, l'urgence du caractère grave et sérieux que revêt cette demande, ainsi que l'intervention parallèle d'une procédure administrative ou judiciaire en matière d'enfance en danger, entraînent *de facto* l'inadaptabilité du délai de deux mois au terme duquel naît la décision implicite d'acceptation.

Le cas de l'assistance d'un avocat lors d'une procédure disciplinaire. Depuis la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, les personnes détenues peuvent être assistées d'un avocat durant l'ensemble des procédures disciplinaires⁵⁹. L'article R. 57-7-16 II du code de procédure pénale prévoit que l'assistance d'un avocat peut résulter d'un choix de la personne détenue et à défaut, de la désignation d'un avocat commis d'office⁶⁰. Cette demande qui doit être formulée auprès du directeur de l'établissement, est soumise au silence positif. Cela signifie, dès lors, qu'au-delà d'un délai de deux mois resté sans réponse la personne détenue doit *de jure* bénéficier d'un avocat.

Or, une procédure disciplinaire peut intervenir dans les 24 heures à compter de l'information de la personne détenue de sa comparution en commission de discipline⁶¹. En effet, l'article R. 57-7-16 I du code de procédure pénale ne confère aux personnes incarcérées pour préparer leur défense qu'un délai légal minimal de 24 heures en deçà duquel la commission de discipline ne peut prendre place⁶². Si le délai d'attente avant la survenue de la commission de discipline est généralement supérieur à 24 heures, cette procédure peut inévitablement se dérouler avant l'expiration

du délai de deux mois nécessaire à l'application du « silence vaut acceptation »⁶³. Par ailleurs, quand bien même cette demande aurait donné lieu à un silence positif au terme du délai de deux mois, forcer son exécution paraît, si ce n'est absolument impossible, très complexe à mettre en œuvre.

Au regard de l'inadéquation du délai de deux mois en matière pénitentiaire, peut-être le pouvoir réglementaire aurait-il pu envisager *a minima* un raccourcissement du délai de deux mois ? Si véritablement, l'objectif derrière l'application de ce principe en prison est de renforcer la diligence de l'administration pénitentiaire dans le traitement des demandes des personnes incarcérées, il faudrait tout de moins l'adapter à la réalité des contingences pénitentiaires.

Une volonté gouvernementale de limiter l'effectivité de la réforme « silence vaut accord »

L'inadaptation du délai de deux mois illustre une volonté gouvernementale de faire échec à l'effectivité de la réforme « silence vaut accord ». Les procédures qui pourraient donner lieu à un droit du fait du silence de l'administration pénitentiaire ont été classées comme relevant du « silence vaut rejet ». Dans le même sens, celles qui donnent lieu à un silence positif ne présentent que peu de risque pour l'administration pénitentiaire puisqu'au regard du délai démesuré, l'administration y aura inévitablement répondu avant qu'une décision implicite d'acceptation ne naisse. D'ailleurs, l'entretien auprès de Monsieur Morel d'Arleux, qui était en charge

(59) M. Herzog-Evans, *Droit pénitentiaire*, Paris, Dalloz, coll. Dalloz Action, 2012-2013, § 1113. 21 s. ; C. Cardet, Les procédures disciplinaires en prison : entre spécialisation des fonctions et spécificité des « juridictions », RSC 2006. 863.

(60) C. pr. pén., art. R. 57-7-16 II. Cf. C. Cardet, *op.cit.*, 2006, p. 863.

(61) C. pr. pén., art. R. 57-7-16 I.

(62) C. pr. pén., art. R. 57-7-16 I.

(63) Plus encore, il convient de rappeler que le délai légal minimal conféré à la personne détenue pour préparer sa défense dans le cadre d'une procédure disciplinaire était auparavant de 3h !, J.-P. Céré, Feu le nouveau droit disciplinaire pénitentiaire, AJ pénal 2011. 172

de la mise en œuvre de la réforme au sein de la Direction de l'administration pénitentiaire, corrobore tout à fait cette analyse⁶⁴. Interrogé sur les raisons pour lesquelles le gouvernement n'avait pas souhaité réduire le délai de deux mois afin de permettre une meilleure effectivité de la réforme, il nous a été répondu que la suroccupation pénitentiaire incitait à la prudence, et qu'en ce sens, il était important d'éviter de prendre un délai qui aurait risqué de ne pas être tenu. Ainsi, selon Monsieur Morel d'Arleux, « l'ensemble des procédures administratives soumises au "silence vaut accord" sont traitées avant le délai

de deux mois par une décision expresse, qu'elle soit favorable ou pas »⁶⁵. Dès lors, les cas de silence positif donnent l'illusion que la réforme est appliquée dans le milieu carcéral tout en sachant délibérément que pour ces cas une réponse expresse sera donnée avant l'écoulement du délai de deux mois.

L'effectivité du principe « silence vaut accord » est donc particulièrement amoindrie en raison, d'une part d'un champ d'application restreint, et d'autre part du maintien d'un délai de droit commun de deux mois inadapté au milieu carcéral.

II – Une application illégale du mécanisme « silence vaut acceptation » en matière pénitentiaire

Initialement hostile à cette réforme⁶⁶, la Direction de l'administration pénitentiaire a finalement décidé de la mettre en œuvre, sous réserve d'entreprendre une vérification casuistique de l'applicabilité, ou non, d'une exception d'ordre législatif ou réglementaire pour chacune des procédures. Cette méthode a consisté à vérifier que la procédure administrative ne rentrait dans aucune des exceptions, avant de la soumettre au principe « silence vaut accord ». Dans ce cadre, le gouvernement a procédé à une interprétation large de l'exception réglementaire tenant à la « bonne administration », ainsi que l'exception de droit fondée sur la « sauvegarde de l'ordre public ». Cette méthode permet de réduire le champ d'application de la décision implicite d'acceptation à des demandes anecdotiques.

Au regard d'une conception particulièrement extensive attribuée tant aux exceptions dites de droit qu'aux exceptions réglementaires, il est sérieusement possible de douter de la légalité des décrets n^{os} 2014-1277 et 2014-1279 du 23 octobre 2014. Depuis un arrêt du 30 décembre 2015⁶⁷, le Conseil d'État vérifie que le pouvoir réglementaire n'a commis aucune « erreur d'appréciation » en prévoyant d'exclure les procédures administratives du champ d'application de la décision implicite d'acceptation. Ce passage d'un contrôle auparavant restreint à un contrôle normal⁶⁸ s'inscrit dans un renforcement du respect des règles de droit commun de la décision implicite codifiées aux articles L. 231-1 à L. 231-6 du code des relations entre le public et l'administration. Les exceptions au prin-

(64) Entretien réalisé le 10 nov. 2017 auprès de M. J. Morel d'Arleux, en sa qualité de sous-directeur de l'administration pénitentiaire, ayant participé à la mise en œuvre de la réforme « silence vaut accord ». Nous le remercions d'ailleurs vivement d'avoir accepté de nous recevoir et d'être cité.

(65) *Ibid.*

(66) À l'origine, le ministère de la Justice envisageait d'inclure la totalité des demandes en matière pénitentiaire dans les décrets portant exception réglementaire au « silence vaut accord », ce qui ressort de l'entretien avec M. Morel d'Arleux, réalisé le 10 nov. 2017, *op. cit.*

(67) CE 30 déc. 2015, req. n^o 386805, *Compagnie nationale des conseils en propriété industrielle*, Rec. T. p. 530-531 ; Lebon ; Le cantonnement des dérogations au principe du « silence vaut acceptation », AJDA 2016. 1986, note C. Froger ; RTD com. 2016. 87, obs. J.-C. Galloux.

(68) CE 27 juill. 2005, req. n^o 264913, *Société Arbed*, Rec. p. 347 ; Lebon ; AJDA 2005. 2084.

cipe « silence vaut accord » doivent donc être justifiées au regard de leur objet. Il ne suffit pas d'invoquer les motifs de « bonne administration » et de « sauvegarde de l'ordre public » pour que les procédures administratives puissent être légalement rattachées aux exceptions réglementaires. Or, en matière pénitentiaire, les exceptions réglementaires sont peu motivées et contestables.

Ainsi, les décrets d'exceptions en matière pénitentiaire pourraient être partiellement censurés par le juge administratif en raison d'une qualification juridique erronée de certaines demandes. Cela est dû au fait que les deux catégories d'exceptions au « silence vaut accord » sont définies de manière incertaine (A). Certaines demandes sont alors classées dans l'une des deux catégories sans que cela soit justifié (B).

A – Des exceptions au principe « silence vaut accord » indéterminées

Lors de l'entrée en vigueur de l'ensemble des décrets portant exceptions au principe du « silence vaut accord », ces derniers n'énoncent pas clairement le fondement de l'exception à laquelle sont rattachées les procédures administratives. Les décrets précisent seulement la catégorie juridique de l'exception : exception de droit ou exception réglementaire laissée à l'appréciation du Gouvernement.

En matière pénitentiaire, l'exception de droit semble être « la sauvegarde de l'ordre public »⁶⁹, ce qui ressort du rapport du Conseil d'État de 2014 relatif à

l'application du récent principe « silence de l'administration vaut acceptation »⁷⁰. La Haute juridiction administrative rattache à cette exception de droit certaines « demandes qui, dans le cadre d'établissements pénitentiaires pourraient avoir une incidence sur la sécurité de ces établissements. « À titre d'exemples, seraient ainsi exclues du principe la demande de levée d'une mesure d'isolement, la demande d'acquisition d'un matériel informatique ou la demande de permis de visite alors qu'une demande de vêtements ou d'envoi d'argent à la famille pourraient faire l'objet d'une décision implicite d'acceptation »⁷¹. Ces exemples nous permettent de mieux appréhender l'interprétation donnée à la notion de « sauvegarde de l'ordre public » par le Conseil d'État qui adopte une interprétation large visant toute demande ayant une incidence sur la sécurité de l'établissement pénitentiaire. Or, le milieu carcéral reposant sur une logique d'enfermement, toute demande a potentiellement une « incidence » sur la sécurité de l'établissement. Le décret n° 2014-1279 du 23 octobre 2014 énumère 36 procédures administratives sur ce fondement sans que cette liste ne soit exhaustive. En plus des trois cités par le Conseil d'État dans son rapport de 2014, sont listées par exemple, les demandes de transfèrement, de changement de cellule, ou encore de radiation du répertoire des détenus particulièrement signalés.

Concernant l'exception réglementaire, laissée à l'appréciation du Gouvernement, elle semble se rapporter à la notion de « bonne administration », et plus précisément au bon fonctionnement de l'établissement pénitentiaire du fait d'un nombre important de demandes et

(69) Les autres exceptions de droit sont : « le respect des engagements internationaux et européens de la France, la protection de la sécurité nationale, la protection des libertés et des principes à valeur constitutionnelle » (CRPA, art. L. 231-4, al. 4).

(70) CE, L'application du nouveau principe « silence de l'administration vaut acceptation », La doc. fr., juin 2014, 140 p. La « sauvegarde de l'ordre public » comme fondement de l'exception de droit nous a été également confirmé par M. Morel d'Arleux lors de l'entretien réalisé le 10 nov. 2017, *op. cit.*

(71) CE, L'application du nouveau principe « silence de l'administration vaut acceptation », *op. cit.*, p. 67.

de la nécessité d'un contrôle effectif⁷². Le décret n° 2014-1277 du 23 octobre 2014 énumère 30 procédures administratives. Sont recensées, par exemple, les demandes de visite au parloir, de participation aux activités de travail, sportives ou culturelles, d'accès aux soins infirmiers ou à la douche, de détention d'une radio ou d'un téléviseur individuel.

Au regard de ces deux exceptions, la définition des termes « sauvegarde de l'ordre public » et « bon fonctionnement de l'établissement pénitentiaire » s'avère assez floue et la frontière entre les deux catégories révèle une certaine porosité. En effet, toute demande qui a une « incidence » sur la sécurité de l'établissement perturbe nécessairement son bon fonctionnement.

Pourtant la délimitation du contenu de ces deux catégories est déterminante pour identifier le champ d'application du « silence vaut accord » en matière pénitentiaire. À la différence de la catégorie d'exception réglementaire, les procédures administratives rattachées à l'exception de droit s'imposent au nom de normes supra-législatives sans qu'un décret ne soit nécessaire. Le décret n'a qu'une fonction informative et ne fait que préciser les procédures administratives qui y sont rattachées au nom de « l'impératif de sécurité juridique [qui] commande en effet que les citoyens puissent connaître, de manière précise, les régimes pour lesquels le nouveau principe "silence vaut accord" ne s'appliquera pas »⁷³. Ainsi, les procédures administratives rangées dans la catégorie d'exception de droit le sont du fait de leur nature. Le décret n° 2014-1279 du 23 octobre 2014 ne fait que préciser les procédures administratives relevant de cette catégorie. En revanche, les procédures administratives classées dans l'exception réglementaire peuvent être, à tout moment,

sur la volonté du gouvernement, retirées de cette catégorie et soumises au principe « silence vaut accord ».

L'absence de définition des deux catégories d'exception rend potentiellement illégal le classement de nombreuses demandes à l'une de ces exceptions.

B – Des demandes classées comme exceptions réglementaires sans motif particulier

Le recensement de nombreuses procédures administratives dans l'une des deux catégories d'exception par les décrets n° 2014-1277 (exception réglementaire) et n° 2014-1279 du 23 octobre 2014 (exception de droit) est plus qu'hasardeux. Par exemple, la demande d'« encellulement individuel d'une personne détenue prévenue ou condamnée » est rangée dans la catégorie d'exception réglementaire, tandis que la demande de « dérogation au principe de l'encellulement individuel » figure dans la catégorie d'exception de droit. La demande de « maintien en maison d'arrêt émanant d'une personne détenue condamnée » est classée comme exception réglementaire, tandis que les demandes d'affectation en maison d'arrêt, en établissement pour peine, en établissement pénitentiaire permettant d'assurer un suivi médical et psychologique adapté, sont considérées comme des exceptions de droit.

Le bon fonctionnement de l'établissement pénitentiaire, une exception très largement invoquée

En raison de leur nature, certaines demandes sont classées dans la caté-

(72) *Ibid.*, p. 76. Le fondement de « bon fonctionnement de l'établissement pénitentiaire » au nom du principe de bonne administration nous a été confirmé par M. Morel d'Arleux lors de l'entretien du 10 nov. 2017, *op. cit.*

(73) CE, L'application du nouveau principe « silence de l'administration vaut acceptation », *op. cit.*, p. 62.

gorie d'exception réglementaire. Le classement en exception réglementaire d'une demande n'est légal que si la demande s'avère incompatible « du fait de son objet et pour des motifs de bonne administration » avec le mécanisme de la décision implicite d'acceptation. Plus précisément, la demande ne peut être classée comme exception réglementaire que si elle porte atteinte au bon fonctionnement de l'établissement pénitentiaire. Or, de nombreuses demandes sont rangées dans cette exception de manière *a priori* injustifiée.

Par exemple, la procédure administrative « Obtention d'une consultation ou d'un examen médical » est classée dans la liste « silence vaut accord » sur les sites internet Légifrance.fr et Service-Public.fr. Pourtant, le décret n° 2014-1277 du 23 octobre 2014 prévoit un certain nombre d'exceptions qui sont très similaires : « obtention de certificats, attestations ou avis médicaux », « accès aux soins infirmiers », « demande de mise à disposition de moyens de prévention et d'information sur les maladies transmissibles », « réalisation d'un examen clinique destiné au dépistage de la tuberculose », « consultation et réalisation d'un test de dépistage du VIH ». À la lecture de ces deux listes, une certaine perplexité se dégage : la personne détenue qui demande à consulter un médecin peut obtenir un accord implicite de l'administration, sauf si la demande a pour objet l'obtention d'un certificat médical ou des soins infirmiers. De même, si le problème médical concerné a trait à la tuberculose ou une maladie sexuellement transmissible, le silence de l'administration constitue un rejet. Or, il est difficile de comprendre en quoi l'accès à certains actes médicaux porte atteinte

au bon fonctionnement de l'établissement pénitentiaire, et ce d'autant que la consultation ou l'examen médical ne perturbe pas son fonctionnement.

En réalité, le gouvernement s'est tourné vers une approche « neutralisante » de l'application du récent principe « silence vaut accord », interprétant de manière très large l'exception réglementaire tenant au bon fonctionnement de l'établissement pénitentiaire. Ainsi, dès que la demande présente une contrainte matérielle, le décret n° 2014-1277 l'intègre dans la liste du « silence vaut rejet ». L'exception réglementaire fondée sur le bon fonctionnement de l'établissement pénitentiaire est ainsi invoquée de manière extensive. Exemple des plus révélateurs en matière de pratique religieuse, l'octroi d'un régime alimentaire spécifique apparaît dans ce décret. De même, l'acquisition d'un bien ne figurant pas sur la liste des objets fournis en cantine est rangée dans cette catégorie, alors que l'obtention des biens courants (produits d'hygiène, vêtements, biens de la cantine, biens culturels) est soumise au principe. Ces deux demandes paraissent assez similaires au regard tant de leur finalité, que de leur traitement par l'administration. Toutefois, contrairement aux biens courants qui relèvent d'une obligation générale à charge de l'administration pénitentiaire⁷⁴, l'acquisition d'un bien hors cantine aurait potentiellement constitué un renforcement des droits des personnes détenues qui auraient pu se prévaloir d'un silence positif. Le risque de bon fonctionnement de l'établissement pénitentiaire est donc invoqué de manière large – et injustifiée – pour faire échec à de nombreuses demandes des personnes détenues.

Cette même logique « neutralisante » est appliquée pour l'exception de droit.

(74) Loi n° 2009-1436 du 24 nov. 2009, art. 46 (produits d'hygiène), C. pr. pén., art. D. 348 (produits vestimentaires), C. pr. pén., art. R. 57-9-7 (produits culturels), C. pr. pén., art. D. 323 (biens de la cantine).

La sauvegarde de l'ordre public, une exception de droit extensive

Au même titre que l'exception réglementaire, le gouvernement a fait le choix de faire figurer certaines demandes dans l'exception de droit alors qu'elles ne semblent pas être incompatibles avec « la sauvegarde de l'ordre public ».

Par exemple, de nombreuses demandes sont rangées dans la liste soumise au silence vaut acceptation : « Versement d'une somme d'argent à l'extérieur par un détenu condamné », « Remise d'objets à un tiers », « Réception ou envoi de publications écrites et audiovisuelles par dépôt à l'établissement », « Sortie d'un écrit rédigé en détention en vue de sa publication », « Obtention d'objets ou de livres culturels ». Pourtant, le décret n° 2014-1279 du 23 octobre 2014 prévoit, sur le fondement de la sauvegarde de l'ordre public, l'exception suivante : « Autorisation d'entrée ou de sortie de sommes d'argent, correspondances ou objets ». Cette procédure plus générale semble englober les procédures citées précédemment. La liste Légifrance « silence vaut accord », n'ayant qu'une valeur indicative, est supplétive par rapport aux exceptions réglementaires. Dès lors, l'exception de droit vient « neutraliser » l'ensemble des demandes pourtant listées sur Légifrance en « silence vaut accord » alors que l'atteinte à l'ordre public ne semble aucunement caractérisée. Au fond, sous l'apparence du respect de la réforme « silence vaut accord », le gouvernement a adopté une approche large des impératifs d'ordre public ou de bon fonctionnement des établissements pénitentiaires, permettant de

circonscrire ce principe à des procédures plus qu'anecdotiques.

Une exception de droit dévoyée

Le flou qui entoure l'exception de droit de sauvegarde de l'ordre public induit potentiellement son dévoiement au profit de politiques pénales sous-jacentes en matière pénitentiaire. Pour s'en convaincre, il suffit de constater le rajout récent par le gouvernement d'une nouvelle exception de droit : la demande de consultation du dossier de procédure d'une personne détenue poursuivie devant la commission de discipline. Avant l'entrée en vigueur de ce décret, une incertitude pesait sur cette procédure administrative qui, n'étant pas prévue par les décrets n°s 2014-1277 et 2014-1279 du 23 octobre 2014, semblait relever du champ d'application du « silence vaut accord ». Par le décret n° 2016-1432 du 24 octobre 2016, le gouvernement a levé toute incertitude en excluant formellement cette procédure du champ du « silence vaut accord ». En l'occurrence, le décret du 24 octobre 2016 porte application de l'article 11 de la loi n° 2014-535 du 27 mai 2014 qui transpose la directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012, relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales. Alors que la directive est circonscrite aux différentes phases de la procédure pénale, sa transposition ouvre ce champ d'application aux procédures disciplinaires avec l'article 11 de la loi du 27 mai 2014, qui détermine les conditions dans lesquelles l'avocat d'une personne détenue peut consulter les pièces du dossier d'une procédure disciplinaire⁷⁵. Or, le décret d'application du 24 octobre 2016

(75) Il est intéressant de constater qu'en matière de garde à vue, les garanties conférées par cette directive soulèvent de vives interrogations dans la mesure où son art. 7 énonce que l'avocat doit bénéficier d'un accès à l'ensemble des pièces du dossier, alors que l'art. 63-4-1 C. pr. pén., issu de la loi n° 2011-392 du 14 avr. 2011, ne prévoit qu'un accès limité à certaines pièces. Cf. F. Desprez, *Garde à vue : consultation des pièces de procédure par l'avocat*, D. 2013. 2760 ; F. Desprez, *Accès au dossier lors de la garde à vue : le risque d'une condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme*, D. 2012. 2640. Plus généralement, concernant les débats autour de la loi du 14 avr. 2011 portant réforme de la garde à vue, cf. J. Alix, *Les droits de la défense au cours de l'enquête de police après la réforme de la garde à vue : état des lieux et perspectives*, D. 2011. 1699 ; E. Vergès, *Garde à vue : le rôle de l'avocat au cœur d'un conflit de normes nationales et européennes*, D. 2011. 3005.

exclut explicitement cette procédure du « silence vaut accord » indifféremment du lien ténu avec le motif de l'exclusion.

En procédant de la sorte, le gouvernement rajoute une procédure administrative dans le champ des exceptions de droit, et effectue une appréciation extensive de la sauvegarde de l'ordre public. En effet, la naissance d'une décision implicite d'acceptation à une demande de consultation d'un dossier de procédure disciplinaire ne menace *a priori* en rien l'ordre public. Si la plupart des exceptions de droit listées au décret n° 2014-1279 du 23 octobre 2014 portent sur les conditions de détention des personnes détenues, elles ont un rapport avec l'ordre public. Or, il n'en est rien de la demande de consultation du dossier de procédure disciplinaire, qui a trait, purement et simplement, aux droits de la défense. Pour ce motif, le décret n° 2016-1432 du 24 octobre 2016 devrait faire l'objet d'une censure par le juge administratif.

De manière plus générale, cette soudaine exclusion d'un droit de la défense du champ d'application du « silence vaut accord » renvoie aux vives polémiques suscitées par la présence de l'avocat en garde à vue et son accès à certaines pièces du dossier⁷⁶. Loin de constituer une menace à l'ordre public, l'exclusion de la demande de consulta-

tion du dossier disciplinaire par l'avocat d'une personne détenue traduit, à elle seule, la complexité et l'hybridité de la matière pénitentiaire. La personne incarcérée n'est assurément pas un administré comme les autres et les multiples stratégies gouvernementales visant à rendre inapplicable le principe « silence vaut acceptation » dans le domaine carcéral le confirment. Compte tenu de cette logique neutralisante et de son effectivité relative en prison, le juriste ne peut que se questionner sur les raisons pour lesquelles la matière pénitentiaire n'a pas tout simplement été exclue du champ d'application du principe « silence vaut acceptation »⁷⁷. Toutefois, les personnes détenues étant pleinement considérées comme des administrés au sens de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations⁷⁸, une exclusion de l'ensemble des procédures administratives en matière pénitentiaire aurait été illégale. Il a été donc nécessaire de les intégrer au régime de droit commun, quitte à prévoir des exceptions. En somme, est utilisée la technique de la « coquille vide » en apparence légale mais qui comporte de nombreuses exceptions juridiquement douteuses. Décidément, la prison est un terrain d'étude très illustratif des réticences à appliquer pleinement la récente réforme « silence vaut accord ».

(76) Loi n° 2014-535 du 27 mai 2014 portant transposition de la dir. 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2012, relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales.

(77) C. Otero, Le code des relations entre le public et l'administration est-il aussi la *lex generalis* en matière pénitentiaire ?, AJ pén. 2016. 579. L'auteur s'interroge plus globalement sur l'intérêt d'appliquer le code des relations entre le public et l'administration à la matière pénitentiaire et s'il ne serait pas plus opportun de prévoir un code spécial.

(78) M. Herzog-Evans, *Droit pénitentiaire*, Paris, Dalloz, coll. Dalloz Action, 2012-2013, § 1113. 21 s.

TABLEAU 1

Exemples cités de demandes soumises au « silence vaut acceptation »

Objet de la demande du détenu	Textes de référence
Obtention de biens d'usage courant (produits d'hygiène, vêtements, biens de la cantine)	C. pr. pén., art. D. 323 et R. 57-6-18 ; règlement intérieur.
Travail pour son propre compte ou pour le compte d'une association	C. pr. pén., art. D. 432-3 ; règlement intérieur.
Participation à la préparation ou animation d'une activité culturelle ou socioculturelle	C. pr. pén., art. D. 446 ; règlement intérieur.
Présentation aux épreuves d'examen	C. pr. pén., art. D. 436-3 ; règlement intérieur.
Entretien avec un aumônier et obtention d'objets et de livres culturels	C. pr. pén., art. R. 57-9-6 et R. 57-9-7 ; règlement intérieur.
Entretien avec le chef d'établissement	C. pr. pén., art. R. 57-6-18 ; règlement intérieur.
Assistance par un avocat ou mandataire agréé en cas de prise de décision défavorable	C. pr. pén., art. R. 57-6-8 s. ; règlement intérieur.
Maintien d'un enfant de plus de 18 mois auprès de la mère détenue	C. pr. pén., art. R. 57-6-23 ; règlement intérieur.
Réception ou envoi de publications écrites et audiovisuelles par dépôt à l'établissement	C. pr. pén., art. R. 57-6-18 ; règlement intérieur.
Sortie d'un écrit rédigé en détention en vue de sa publication	C. pr. pén., art. R. 57-6-18 ; règlement intérieur.
Remise d'objets à un tiers	C. pr. pén., art. R. 57-6-18 ; règlement intérieur.
Obtention d'une consultation ou d'un examen médical	C. pr. pén., art. R. 57-8-1 ; règlement intérieur.
Versement d'une somme d'argent à l'extérieur	C. pr. pén., art. D. 319, D. 330 ; règlement intérieur.

La liste correspond aux exemples traités ou similaires de l'étude.

La liste indicative fournie par le gouvernement est disponible en ligne à l'adresse suivante : www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Silence-vaut-accord-SVA.

TABLEAU 2

Exemples cités de demandes soumises au « silence vaut rejet »

Objet de la demande du détenu	Textes de référence
Demande d'encellulement individuel	C. pr. pén., art. 716, 717-2 et art. 100 de la loi n° 2009-1436 du 24 nov. 2009 ; décr. n° 2014-1277 du 23 oct. 2014
Demande de dérogation au principe de l'encellulement individuel	C. pr. pén., art. 716, 717-2 et D. 521-1 ; décr. n° 2014-1279 du 23 oct. 2014
Demande de maintien en maison d'arrêt	C. pr. pén., art. 717 ; décr. n° 2014-1277 du 23 oct. 2014

Demande d'affectation ou transfert en maison d'arrêt, établissement pour peine, établissement pénitentiaire permettant d'assurer un suivi médical et psychologique adapté.	C. pr. pén., art. 717-1, D. 52, D. 82, D. 84, D. 300 et D. 301 ; règlement intérieur ; décr. n° 2014-1279 du 23 oct. 2014
Autorisation de changement de régime de détention	C. pr. pén., art. 717, 717-1 et D. 76 ; décr. n° 2014-1279 du 23 oct. 2014
Autorisation de changement de cellule	C. pr. pén., art. R. 57-6-24 ; décr. n° 2014-1279 du 23 oct. 2014
Autorisation de transfert dans un établissement pénitentiaire permettant l'accueil d'une mère détenue et de son enfant	C. pr. pén., art. D. 401 ; règlement intérieur ; décr. n° 2014-1279 du 23 oct. 2014
Demande de consultation par les personnes détenues poursuivies en commission de discipline du dossier de la procédure	C. pr. pén., art. R57-7-16 ; décr. n° 2016-1432 du 24 oct. 2016
Demande de visite au parloir, parloir familial, unité de vie familiale	C. pr. pén., art. R. 57-8-11, R. 57-8-13, R. 57-8-14 ; décr. n° 2014-1277 du 23 oct. 2014
Accès à la médiathèque et participation aux activités socio-culturelles et sportives	C. pr. pén., art. R. 57-6-18, D. 436, D. 436-3, D. 459-1, D. 518, D. 518-2, D. 521 ; règlement intérieur ; décr. n° 2014-1277 du 23 oct. 2014
Admission aux activités de travail	C. pr. pén., art. R. 57-6-18 et D. 517-1 ; règlement intérieur ; décr. n° 2014-1277 du 23 oct. 2014
Accès à la douche	C. pr. pén., art. R. 57-6-18 ; règlement intérieur ; décr. n° 2014-1277 du 23 oct. 2014
Acquisition d'un bien ne figurant pas sur la liste des objets fournis en cantines	C. pr. pén., art. R. 57-6-18 ; règlement intérieur ; décr. n° 2014-1277 du 23 oct. 2014
Autorisation d'entrée ou de sortie de sommes d'argent, correspondances ou objets	C. pr. pén., art. D. 274 ; décr. n° 2014-1279 du 23 oct. 2014
Détention d'une radio ou d'un téléviseur individuel	Règlement intérieur ; décr. n° 2014-1277 du 23 oct. 2014
Autorisation d'acquisition de matériel informatique	C. pr. pén., art. R. 57-6-18 ; règlement intérieur ; décr. n° 2014-1279 du 23 oct. 2014
Obtention de certificats, attestations ou avis médicaux, mise à disposition de moyens de prévention et information sur les maladies transmissibles	C. pr. pén., art. D. 382 et D. 384 ; décr. n° 2014-1277 du 23 oct. 2014
Accès aux soins infirmiers	C. pr. pén., D. 383 ; décr. n° 2014-1277 du 23 oct. 2014
Réalisation d'un examen destiné au dépistage de la tuberculose ou VIH	C. pr. pén., D. 384-1, D. 384-3 ; décr. n° 2014-1277 du 23 oct. 2014
Octroi d'un régime alimentaire spécifique	C. pr. pén., art. R. 57-6-18 ; règlement intérieur ; décr. n° 2014-1277 du 23 oct. 2014

La liste correspond aux exemples traités ou similaires de l'étude. La liste complète est fournie dans les annexes du décret n° 2014-1277 du 23 octobre 2014 (exceptions à l'appréciation du gouvernement) ainsi que du décret n° 2014-1279 du 23 octobre 2014 (exceptions de droit).