



Master II
Droit de l'Exécution des peines et Droits de l'Homme

Institut de Droit et Économie d'Agen
Promotion 2017-2018

**L'INFLUENCE DU JUGE ADMINISTRATIF SUR
LA PROTECTION CONTRE LES ATTEINTES À
L'INTÉGRITÉ DE LA PERSONNE DÉTENUE**

Mémoire présenté et soutenu publiquement à la session de
septembre 2018 par Yonas HUE

Sous la direction scientifique de Monsieur Jean GOURDOU
Professeur à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour

Master II
Droit de l'Exécution des peines et Droits de l'Homme

Institut de Droit et Économie d'Agen
Promotion 2017-2018

**L'INFLUENCE DU JUGE ADMINISTRATIF SUR
LA PROTECTION CONTRE LES ATTEINTES À
L'INTÉGRITÉ DE LA PERSONNE DÉTENUE**

Mémoire présenté et soutenu publiquement à la session de
septembre 2018 par Yonas HUE

Sous la direction scientifique de Monsieur Jean GOURDOU
Professeur à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour

« La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans ce mémoire ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur »

« Je déclare sur l'honneur que ce mémoire a été écrit de ma main, sans aide extérieure non autorisée, qu'il n'a pas été présenté auparavant pour évaluation et qu'il n'a jamais été publié, dans sa totalité ou en partie. Toutes parties, groupes de mots ou idées, aussi limités soient-ils, y compris des tableaux graphiques, cartes etc. qui sont empruntés ou qui font référence à d'autres sources bibliographiques sont présentés comme tels (citations entre guillemets, références bibliographiques, sources pour tableaux et graphiques etc.) ».

Qu'il nous soit permis au seuil de cette étude, d'exprimer notre profonde gratitude à Monsieur le professeur Jean Gourdou pour le grand honneur qu'il nous a fait de diriger ce mémoire de recherche et pour le soutien qu'il a bien voulu nous apporter à l'occasion de ces travaux. Sous sa direction mais toujours ensemble, ses conseils avisés, ses remarques et sa disponibilité, ont éclairé cette route et grandement contribué à la concrétisation de ce mémoire et à susciter en nous, la production d'une thèse de doctorat.

Nous adressons également de très vifs remerciements à tous ceux qui ont participé à la production du présent mémoire, à mes amis qui m'ont donné la traduction concrète du mot équipe et en particulier à ma mère, mon modèle de courage et de ténacité qui m'a donné les forces nécessaires pour achever ce travail.

On récolte ce que l'on sème¹.

Ce proverbe est celui qui s'applique le mieux à la réalisation de ce travail universitaire.

Durant ses années d'études, on s'investit dans le but d'atteindre ses objectifs. Ces derniers peuvent changer en fonction de notre évolution personnelle. Il en ressort que même en cas d'échecs, ils nous mènent vers d'autres voies qui sont le fruit de notre travail.

On dit toujours qu'avec des « si », on pourrait refaire le monde, alors :

- si j'avais suivi un cursus littéraire après mon baccalauréat série « L » ;
- si j'avais décidé de devenir un tennisman et non un juriste ;
- si je n'avais pas quitté mon université d'origine (Nanterre) ;
- si j'avais réussi le concours d'accès à l'École nationale de la magistrature ;
- si je n'avais pas fait toutes ces jolies rencontres qui m'ont donné le goût des autres...

Je n'aurais tout simplement pas rédigé ce mémoire !

Il convient d'avoir immédiatement à l'esprit que mon parcours universitaire n'a jamais eu pour but unique d'obtenir des diplômes et *in fine*, d'obtenir un emploi stable et valorisant. C'était aussi l'expérience de vie que j'étais venu chercher (le monde universitaire est riche en rites initiatiques qui s'avèrent fondateurs à terme de l'émergence de valeurs de travail, d'exigence et de persévérance) et vous retrouverez dans ce travail de recherche, des éléments qui vous permettront d'appréhender ma sensibilité que je décide avec grand plaisir, du moins en partie, de partager avec vous.

Avec certes pudeur mais sincérité, je peux aujourd'hui l'affirmer sans ambages : J'aime le monde universitaire et j'espère que vous retrouvez sous ma plume, quelques preuves d'amour.

Bonne lecture !

1 Proverbe français

Principales abréviations

Aff : Affaire

AJDA : Actualité juridique du droit administratif

AJ Pénal : Actualité juridique du droit pénal

AN : Assemblée nationale

Art : Article

Ass. : Assemblée du Conseil d'État

c/ : Contre

CAA : cour administrative d'appel

Cass : Cour de cassation

CC : Conseil constitutionnel

CE : Conseil d'État

Chron : Chronique

Circ : Circulaire

CJA : Code de justice administrative

Coll : Collection

Com.EDH : Commission européenne des droits de l'Homme

Concl : Conclusions

Conv.EDH : Cour européenne des droits de l'Homme

CPP : Code de procédure pénale

CPT : Comité européen pour la prévention de la torture

CSP : Code de la santé publique

DC : Décision constitutionnelle

DDHC : Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen

DPS : Détenu particulièrement signalé

DUDH : Déclaration universelle des droits de l'Homme

Éd : Édition

GAJA : Grands arrêts de la jurisprudence administrative

Gaz. Pal. : Gazette du palais

Gr. Ch. : Grande chambre

JCP A : La Semaine juridique - Administrations et collectivités territoriales

JORF : Journal officiel de République française

LGDJ : Librairie générale de droit et de jurisprudence

LPA : Les Petites affiches
N° : Numéro
OIP : Observatoire international des prisons
P : Page
PUF : Presse universitaire de France
RDLF : Revue des droits et libertés fondamentaux
RDP : Revue de droit public
RDSS : Revue de droit sanitaire et social
Rec : Recueil
Réf : Ordonnance de référé
Req : Requête
RFDA : Revue française de droit administratif
RJE : Revue juridique de l'environnement
RSC : Revue de sciences criminelles
RPDP : Revue pénitentiaire et de droit pénal
RPE : Règles pénitentiaires européennes
RTDH : Revue trimestrielle des droits de l'Homme
Supra : plus haut
TA : Tribunal administratif
TC : Tribunal des conflits
V° : Voir

« La punition tendra donc à devenir la part la plus cachée du processus pénal [...]. De ce fait, la justice ne prend plus en charge la part de violence qui est liée à son exercice. Qu'elle tue, elle aussi, ou qu'elle frappe, ce n'est plus la glorification de sa force, c'est un élément d'elle-même qu'elle est bien obligée de tolérer, mais dont il lui est difficile de faire état ».

Michel FOUCAULT, *Surveiller et punir*, 1975, p. 16.

Sommaire

| | |
|--|----|
| Mémoire de recherche/ Septembre 2018 | 1 |
| Remerciements | 7 |
| Avant-propos | 8 |
| Introduction | 15 |
| | |
| PARTIE I. L'AJUSTEMENT PRÉTORIEN DU DROIT ADMINISTRATIF GÉNÉRAL AU STATUT DE LA PERSONNE DÉTENUE USAGER DU SERVICE PUBLIC PÉNITENTIAIRE | 28 |
| | |
| CHAPITRE 1. L'EXIGENCE DU STATUT DE DÉTENU USAGER DU SERVICE PUBLIC PÉNITENTIAIRE COMME PRÉALABLE À LA PROTECTION CONTRE LES ATTEINTES À L'INTÉGRITÉ DE LA PERSONNE DÉTENUE | 29 |
| | |
| CHAPITRE 2. LA PROGRESSION DE LA PROTECTION CONTRE LES ATTEINTES À L'INTÉGRITÉ DE LA PERSONNE DÉTENUE ENCOURAGÉE PAR LA DYNAMIQUE DU RÉFÉRÉ-LIBERTÉ | 40 |
| | |
| PARTIE 2. L'ÉLABORATION D'UN ORDRE JURIDIQUE PÉNITENTIAIRE PROTECTEUR CONTRE LES ATTEINTES À L'INTÉGRITÉ DE LA PERSONNE DÉTENUE | 50 |
| | |
| CHAPITRE 1. LES PRESCRIPTIONS DU DROIT ADMINISTRATIF DE LA DÉTENTION DANS LA PROTECTION CONTRE LES ATTEINTES À L'INTÉGRITÉ DE LA PERSONNE DÉTENUE | 50 |
| | |
| CHAPITRE 2. LA PROTECTION CONTRE LES ATTEINTES À L'INTÉGRITÉ DE LA PERSONNE DÉTENUE FREINÉE PAR L'IMPÉRATIF DE SÉCURITÉ ET L'ORGANISATION DU SERVICE PUBLIC PÉNITENTIAIRE | 64 |
| | |
| Conclusion | 79 |
| | |
| Sources | 81 |
| | |
| Bibliographie | 82 |
| | |
| Table des matières | 92 |

Introduction

De Montesquieu, nous ne retenons généralement que le Chapitre 6 du livre II de l'*Esprit des lois*, « de la constitution d'Angleterre » où l'auteur assigne au juge une fonction fortement limitée : les juges « *ne sont [...] que la bouche qui prononce les paroles de la loi* ». Aujourd'hui, cette conception du rôle du juge a connu de nombreux changements et affirmer que le juge a pour unique fonction d'être la bouche de la loi s'avère réducteur.

En effet, de nombreuses réformes sont venues modifier l'office du juge administratif. Pour n'en citer que deux, nous nous référerons aux lois du 8 février 1995² et du 30 juin 2000³ introduisant respectivement l'injonction dans les pouvoirs du juge destinée à assurer l'exécution de ses décisions, et la mise en place d'un office propre au juge administratif des référés. Si avec la loi du 8 février 1995, « *une page de l'histoire du régime contentieux administratif a été tournée* »⁴, avec l'entrée en vigueur de la loi du 30 juin 2000, la pratique a mis en place un office propre au juge administratif des référés de sorte que « *par sa jurisprudence, [le juge administratif] dégage les règles de droit dont le respect s'impose ensuite aux autorités* »⁵.

L'utilisation de ces pouvoirs va servir à justifier les évolutions de la protection contre les atteintes à l'intégrité de la personne détenue, mais nous ferons aussi remarquer que le recours à la notion de dignité apparaît également pour justifier les évolutions de la protection contre ces atteintes.

L'intégrité de la personne détenue, les atteintes que ce droit peut subir pendant le temps d'une incarcération, la protection garantie par le juge administratif et partant, la consécration du droit administratif de la détention dans la progression de la politique pénitentiaire, tels sont les sujets de l'étude proposée.

Il faut considérer qu'il relève « *de l'honneur des hommes de refuser d'infliger aux prisonniers, quels qu'ils soient, des conditions matérielles et morales inhumaines de détention, qui dégradent en*

2 Loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, *JORF* n° 0034 du 9 février 1995.

3 Loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives, *JORF* n° 151 du 1^{er} juillet 2000.

4 René CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Paris, Montchrestien, 2006, p. 950.

5 Raymond ODENT, *Contentieux administratif*, Paris, Dalloz, t.1, 2007, p. 49.

définitive autant celui qui les subit que celui qui les inflige »⁶. Il convient de préciser dès à présent que n'entrent pas dans le champ de cette recherche, les atteintes à l'intégrité des personnes qui seraient privées de liberté sans pour autant être incarcérées au sein d'un établissement pénitentiaire.

Martin Page l'exprimait « *La prison ce n'est pas seulement la suppression de la liberté de mouvement, c'est un changement de gravité atmosphérique et de la composition de l'air, comme si les murs ne se contentaient pas de vous entourer mais qu'ils écrasaient votre peau et votre pensée* »⁷. La confrontation entre les intérêts sécuritaires de l'administration pénitentiaire et la protection des droits des détenus, contribue à rendre difficilement surmontable ce décalage, faisant dire à l'actuel contrôleur général des lieux de privation de liberté, Adeline Hazan, que « *Cet équilibre n'existe plus* »⁸. Pour autant, si les prisons sont sans doute toujours une « humiliation de la République », selon le titre d'un rapport d'une commission d'enquête⁹, elles ont cessé d'être « *une zone de non-droit* »¹⁰.

L'attachement du juge administratif à la protection de l'être humain s'est traduit par une réduction des atteintes portées à l'intégrité de la personne détenue¹¹. Le lecteur intéressé à la cause pénitentiaire peut néanmoins s'interroger sur l'applicabilité du droit administratif général à la complexité du statut de détenu. La réponse est pourtant simple et résulte d'un syllogisme. Le droit administratif s'applique aux usagers du service public, or la personne détenue est l'usager du service public pénitentiaire donc le droit administratif s'applique. Ce raisonnement fort simple fait néanmoins abstraction de la situation particulière de la personne détenue. Le juge administratif a répondu sur ce point en consacrant l'obligation qui pèse sur le garde des Sceaux et les directeurs des établissements pénitentiaires de prendre toutes les mesures propres à protéger la vie de la personne détenue. Si l'obligation trouve sa base légale dans le principe rappelé par l'article 2 de la Conv.EDH aux termes duquel le droit à la vie de toute personne est protégé par la loi, le raisonnement mis en œuvre par le Conseil d'État est fondé sur le droit au fonctionnement normal du service public pénitentiaire¹². Ce faisant, le juge administratif conduit l'État à redéfinir son action en matière pénitentiaire et c'est par le jeu des prescriptions et des prohibitions qu'est tracé ce que droit être

6 Pierre LAMBERT, « Le sort des détenus au regard des droits de l'homme et du droit supranational », *RTDH*, 1998, n° 34, p. 302.

7 Martin PAGE, *L'apiculture selon Samuel Beckett*, Paris, l'Olivier, 2013.

8 Le Figaro.fr, *Les « droits fondamentaux » mis à mal dans les prisons française en 2016*, 23 mars 2017.

9 Louis MERMAZ et Jacques FLOCH, *La situation des prisons françaises*, Rapport fait au nom de la Commission d'enquête, Les documents de l'Assemblée Nationale, n° 2521, juin 2000.

10 Jean-Charles FROMENT, « Vers une "prison de droit" ? », *RSC*, 1997, n° 3, p. 539.

11 CE, 17 décembre 2008, *Min. de la Justice c/ Section française de l'OIP*, req. n° 293786, *Rec. Lebon*, p. 456. Le juge administratif exige de l'administration pénitentiaire qu'elle mette tout en œuvre pour préserver leur intégrité.

12 *Ibid.*

l'emprisonnement et ce qu'il ne doit pas être. Le juge administratif, ce juge « *aux doigts de fée* » selon la formule d'un commissaire de gouvernement, fait ainsi et aussi pencher la balance des intérêts en faveur de la personne détenue en adoptant une conception de la sécurité et de l'ordre public qui garantit l'efficacité du droit à l'intégrité.

Néanmoins, nous voyons apparaître là, certaines tensions entre deux impératifs antagonistes : le droit à l'intégrité de la personne détenue et l'exigence de sécurité en détention. Les lacunes de la jurisprudence du juge administratif doivent-elles être identifiées comme un aveu d'impuissance, liées notamment à cette exigence de sécurité en détention, au pragmatisme du juge administratif et finalement à la prise en compte des réalités pénitentiaires. Mais si cet impératif de sécurité ne devrait pas justifier de divergences sur la définition du droit absolu à l'intégrité protégé par la Conv.EDH¹³, ces divergences du juge administratif constituent certainement un obstacle à une élaboration d'une politique pénitentiaire pleinement consciente de la nécessité de protéger toutes les atteintes à l'intégrité de la personne détenue. Par ailleurs, cette double approche du juge administratif, tantôt à l'avantage de la personne détenue, tantôt à l'avantage de l'administration pénitentiaire, nuit à la lisibilité des obligations conventionnelles, législatives et réglementaires. S'agissant d'un droit qui ne saurait par principe subir aucune dérogation, quel est le degré de précision de l'obligation de protection du droit à l'intégrité de la personne détenue pouvant être attendu du juge administratif ? La « *logique de réalisme* »¹⁴ qui oblige le juge administratif à replacer en permanence la situation de la personne détenue à la réalité pénitentiaire ne l'emporte-t-elle pas sur l'essentiel : la protection contre les atteintes à l'intégrité ?

Quoi qu'il en soit, si le juge administratif ne peut évidemment pas tout, il a assuré sa tâche et c'est bien cela qui sera démontré. Aussi, pour reprendre une formule de Roland Vandermeeren¹⁵, dans ce domaine, l'histoire distinguera peut-être deux époques : l'ancienne et la nouvelle, c'est-à-dire avant et après la réflexion apportée par le juge administratif sur l'application du droit dans l'univers pénitentiaire.

L'opportunité de la recherche (I) et un brève contextualisation (II) conduira d'abord à la délimiter et à en définir les termes (III) puis à formuler la problématique générale (IV) ainsi que les méthodes employées (V), développée dans un plan en deux parties (VI).

I. Opportunité de l'étude

13 Cour.EDH, 28 février 2008, *Saadi c/ Italie*, req. n° 37201/06.

14 Pierre-Victor TOURNIER, « Prisons d'Europe », *AJ Pénal*, 2007, n°4, p. 168.

15 Roland VANDERMEEREN, « La réforme du référé administratif », *Regards critiques sur l'évolution des droits fondamentaux de la personne humaine en 1999 et 2000*, Paris Budapest Turin, L'Harmattan, 2002, p. 143.

Ce qui frappe d'emblée celui qui aborde la question de la protection contre les atteintes à l'intégrité de la personne détenue, c'est son triple caractère : important, passionnant et actuel.

Le sujet est évidemment important car la protection contre les atteintes à l'intégrité de la personne détenue est la garantie de la crédibilité de justice administrative. De plus, notre sujet est passionnant. Le droit administratif et son juge ont changé depuis plus de vingt ans sous l'influence du droit européen, qu'il soit communautaire et conventionnel, du droit international, de l'évolution de la jurisprudence du Conseil constitutionnel¹⁶ et enfin des profondes mutations de la société française. C'est donc un intérêt théorique et scientifique, une démarche de connaissance qui guide le chercheur novice que nous sommes. Aussi, l'intérêt de la recherche est actuelle. En effet, l'actualité quotidienne évoque les questions pénitentiaires, qu'il s'agisse des mauvaises conditions de détention que de décès de détenus¹⁷. Également, doit être évoqué le jugement rendu le 20 juillet 2018 par le tribunal administratif de Melun, lequel enjoint à l'administration pénitentiaire de rénover, dans un délai de six mois, les cours de promenade du quartier « hommes » du centre pénitentiaire de Fresnes¹⁸. Enfin, si l'on fait l'inventaire des nombreux travaux¹⁹, colloques²⁰ autour de notre sujet, il apparaît que la problématique plus générale des droits et libertés fondamentaux de la personne détenue a le vent en poupe. Aucune autre recherche ne met en effet le chercheur avec son for intérieur dans un rapport d'une telle nature. Le chercheur se sent concerné par cette problématique puisqu'il s'agit rien d'autre que de sa situation au sein de la société. Rien d'étonnant dès lors que des recherches sur ce sujet soient multiples et donc éveillent voire mûrissent dans les esprits.

À quoi bon, dès lors, consacrer une nouvelle étude ? Tout n'a-t-il pas été dit ? Il existe quelques bonnes raisons de s'attaquer à ce sujet. Notre étude part du constat qu'« *historiquement réticent à*

16 En droit interne, la valeur constitutionnelle de la sauvegarde de la dignité de la personne humaine a été affirmée par le Conseil constitutionnel dans sa décision n°94-343-344 DC du 27 juillet 1994 relative aux lois sur la bioéthique. Cette valeur constitutionnelle a été rappelée par la Cour de cassation qui, statuant en matière médicale, a affirmé que « *le devoir d'information du médecin vis-à-vis de son patient trouve son fondement dans l'exigence du respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine* » (Cass., 1^{er} Civ., 9 octobre 2001).

17 Le samedi 21 avril 2018, un détenu a été retrouvé pendu au quartier disciplinaire de la maison d'arrêt de Fleury Mérogis. Il s'agit du onzième détenu décédé à cette maison d'arrêt depuis le 1^{er} janvier 2018, et le neuvième suicide selon l'administration pénitentiaire (Section française de l'OIP, communiqué de presse du 24 juillet 2018).

18 TA Melun, 20 juillet 2018, req. n° 1503550.

19 Depuis le début des années 1990, de nombreuses thèses de doctorat ont été écrites sur le sujet. Pour ne citer que quelques exemples: Gilles MATHIEU, *Les droits de personnes incarcérées*, Thèse de doctorat, Droit, Aix-Marseille, Université Aix-Marseille, 1993 ; Ahmed MOUSSA, *Les droits de l'homme détenu*, Thèse de doctorat, Droit, Paris, Université Paris II Panthéon-Assas, 2002 ; Georgia BECHLIVANOU-MOREAU, *Le sens juridique de la peine privative de l'application des droits de l'homme dans la prison*, Thèse de doctorat, Droit, Paris, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2008.

20 RPDP, n° spécial 2007, p. 7.

pénétrer dans l'univers carcéral »²¹, le juge administratif s'est, depuis une vingtaine d'années, résolument engagé dans un contrôle de l'activité de l'administration pénitentiaire. Il a ce faisant, « *accompagné, suivi et même suscité le processus de réforme du droit pénitentiaire* »²², dont témoigne notamment, la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009²³, et il fallait, à notre sens, révéler son influence dans le corpus juridique pénitentiaire en prenant comme point d'analyse, son influence sur la protection contre les atteintes à l'intégrité de la personne détenue.

Traiter notre sujet suppose de disposer d'un recul suffisant pour discerner les ingrédients du problème. Il convient dès lors de faire un bref mais nécessaire rappel historique.

II. Rappel historique

L'usage de la prison, « *modalité centrale du système punitif* »²⁴, se généralise dans les cours d'Église à partir du XIII^{ème} siècle²⁵. Ce trait est d'autant plus remarquable que le droit romain - et donc le droit laïc -, ne connaissait que la prison préventive. Elle ne constituait pas en elle-même une peine mais seulement le moyen de s'assurer des prévenus en attente de jugement ou des condamnés en attente d'exécution : *carcer ad continendos homines, non ad puniendos haberi debet*, « *la prison doit être considérée comme un moyen de contenir les hommes, non de les punir* »²⁶. Par opposition au système pénal de l'Église, le droit laïc de l'Ancien régime ne se souciait pas de la guérison du délinquant.

En 1771, Jousse poursuit : « *La prison n'est pas donnée comme peine, mais pour la garde des criminels. Mais une finalité proprement pénale et le souci de correction ne sont pas absents dans l'hypothèse de l'incarcération politique ou administrative ordonnée par lettre de cachet* »²⁷. Ce n'est qu'à partir des années 1750, sous l'influence notamment de la doctrine anglo-saxonne de l'*Habeas Corpus* de 1679 que l'idée de punir pour réhabiliter socialement a fait son apparition. L'italien Cesare Beccaria définissait déjà la peine du point de vue de son utilité sociale²⁸. Dès lors, l'objectif est d'enfermer pour punir et de punir pour réinsérer²⁹. En parallèle, des nouveaux moyens sont mis en place pour parvenir à cet objectif. La création du panoptique de Bentham à la fin du

21 Mattias Guyomar, « Le juge administratif, juge pénitentiaire », *Terres de droit* : mélanges en l'honneur de Yves JÉGOUZO, Dalloz, Paris, 2009, p 25.

22 Conseil d'État, *Le juge administratif et l'administration pénitentiaire*, Dossier thématique, 2 mai 2017.

23 Loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire, *JORF* n° 0273 du 25 novembre 2009.

24 Didier FASSIN, *L'ombre du monde. Une anthropologie de la condition carcérale*, Paris, Seuil, 2015, p. 40.

25 Jean-Marie CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, Paris, PUF, 2000, p. 246.

26 *D.*, 48, 19, 8, 9.

27 Jean-Marie CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle* (supra n° 25), p. 248.

28 Cesare BECCARIA, *Des délits et des peines*, Paris, Dalibon, 1821.

29 Maryvonne LORCY, « L'évolution des conceptions de la peine privative de liberté », *CRDF*, 2004, n° 3, p. 11.

XVIII^{ème} siècle permet désormais une surveillance permanente du détenu. L'emprisonnement devient ainsi une étape vers la réinsertion du prisonnier.

En 1789, la DDHC sous l'influence de la pensée des philosophes des Lumières³⁰, pose les bases juridiques de l'idéologie humaniste. Cette dernière permis l'émergence de principes fondamentaux. La DDHC proclame à l'article 7 la légalité des incriminations. L'article 8 affirme le principe de proportionnalité des peines aux infractions, ainsi que le principe de non rétroactivité de la loi pénale plus sévère alors que l'article 9 proclame la présomption d'innocence. En protégeant la liberté, les articles 7, 8 et 9 établissent les grands principes de la réforme pénale : des peines légales et déterminées (contre l'arbitraire), égales pour tous (contre les privilèges), strictement nécessaires (contre les cruautés)³¹.

Adopté pendant la Révolution par l'Assemblée nationale législative, entre le 25 septembre et le 6 octobre 1791, le Code pénal place l'enfermement au centre du dispositif judiciaire. La prison devient un lieu de punition et d'amendement du condamné. Elle devient une peine à part entière. L'invention de cette peine résulte donc d'un « *projet humaniste et même humanitaire* », d'une volonté d'adoucir les peines, de les rendre plus justes. Dès lors, « *la prison serait ainsi une réponse rationnelle, équitablement distribuée et résolument respectueuse de la dignité humaine, pour remplacer des sanctions avilissantes et cruelles* »³².

La conception moderne de la prison va être institutionnalisée sous la troisième République³³. De plus, depuis 1795, date de création de l'administration des prisons, celles-ci dépendaient du ministère de l'Intérieur. Par décret du 13 mars 1911³⁴, elles seront rattachées au ministère de la Justice. Cette nouvelle organisation témoigne de la volonté d'intégrer de la justice et du droit dans l'univers pénitentiaire et désormais, l'organisation judiciaire et le fonctionnement de l'administration pénitentiaire sont liés par le droit.

Au milieu du XX^{ème} siècle³⁵, la théorie de « la défense sociale nouvelle »³⁶ et la réforme pénitentiaire Paul Armor de 1945, auraient dû servir de fondement à l'amélioration des conditions

30 C'est Montesquieu qui a fait le premier en France l'éloge de la procédure anglaise. Jean-Marie CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle* (supra n° 25), p. 355 ; En même temps, le génie polémique de Voltaire, exploitant habilement quelques affaires malheureuses, donne aux thèses réformatrices, un retentissement universel dont l'écho se retrouve naturellement, en 1789, dans les cahiers de doléances. *Idem*, p. 354.

31 Jacques-Guy PETIT et Michel PIERRE, *Histoire des prisons en France, 1789-2000*, Paris, Privat, p. 26.

32 Didier FASSIN, *L'ombre du monde. Une anthropologie de la condition carcérale* (supra, n° 24), p. 41.

33 Hinda HEDILI, « Regard sur l'histoire pénitentiaire française et ses institutions depuis le XIX^{ème} », *RPDP*, 2011, n° 1, p. 39

34 Décret du 13 mars 1911 portant rattachement de la direction de l'administration pénitentiaire et des services qui en dépendent au ministère de la Justice, *JORF* du 14 mars 1911.

35 Claude FAUGERON, « Les prisons de la Ve République », *Histoire des galères, des bagnes et des prisons, XIII^{ème} XX^{ème} : introduction à l'histoire pénale de la France*, Toulouse, Privat, 1991.

36 Marc ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, Paris, Cujas, 1980.

de détention des détenus³⁷. De même, l'objectif de réinsertion devait être soutenu et encadré par des normes juridiques. Malheureusement, ceci n'a pas été suivi d'effets.

Progressivement, les conditions de détention au sein des établissements pénitentiaires français vont se durcir. L'indignité de la détention va, dès 1971, provoquer des émeutes violentes en détention³⁸. La situation dans les prisons³⁹ sera mise à jour lors de la prise d'otages du 22 septembre 1970 à la maison centrale de Clairvaux⁴⁰. Le double meurtre de Clairvaux va entraîner la dégradation des conditions de détention dans l'établissement et partant, les régimes d'incarcération vont se durcir. L'année 1972 sera marquée par de nombreux suicides en prison⁴¹. Cette contestation se propagera à une quarantaine d'établissements⁴², et s'étendra jusqu'en 1974⁴³. On trouve ici l'une des raisons de l'obstacle à l'émergence des droits de la personne détenue : l'histoire du maintien de l'ordre en détention. La gestion du maintien de l'ordre justifie pour l'administration pénitentiaire la nécessité d'un pouvoir discrétionnaire. Ce constat fera dire à Robert Badinter que « *La France ce n'est pas la patrie des droits de l'homme. C'est la patrie de la déclarations des droits de l'homme* »⁴⁴.

Consécutivement, une prise de conscience politique va émerger concernant l'état des prisons françaises et les conditions de détention. Les premiers droits de la détention vont être consacrés⁴⁵. Après avoir été qualifié de zone de non-droit, due à la faiblesse des normes le régissant, le milieu pénitentiaire est apparu comme une zone soumise au droit. Le professeur Pierrette Poncela confirmera ce constat « *longtemps absent des préoccupations relatives à la prison, le droit y occupe aujourd'hui une place importante. Cette irruption, moins du droit lui-même, que d'un discours sur le droit, n'est sensible que depuis la fin des années 1980, en France* »⁴⁶. Le réveil peut sembler tardif. Certains sociologues expliquent que la question pénitentiaire relève du champ des politiques

37 Jean PINATEL, *Traité élémentaire de science pénitentiaire et de défense sociale : législation pénitentiaire, administration pénitentiaire, régime pénitentiaire, problèmes de défense sociale*, Melun, Recueil Sirey, 1950.

38 L'année 1971 est marquée par de violentes émeutes dans plusieurs prisons françaises (Clairvaux, Poissy, Lyon, Toul, Nancy).

39 En novembre 1971 ce sont quatre cents prisonniers de la prison de Poissy qui font la grève de la faim et du travail pour protester contre la circulaire Pleven du 10 octobre 1971 renforçant la surveillance individuelle des détenus.

40 Prise d'otages au cours de laquelle Claude BUFFET et Roger BONTEMPS ont tué une infirmière et un gardien.

41 L'Express, n° 1031, 12-18 avril 1971. 37 prisonniers se donneront la mort cette année, établissant, pour l'époque, un triste record.

42 Notamment Poissy, Nancy, Lyon, Melun, Fleury-Mérogis, la Santé, Loos-lès-Lille, où les événements furent les plus marquants.

43 Philippe ARTIÈRES, « La prison en procès. Les mutins de Nancy (1972) », *Revue d'histoire*, 2001, n° 70, p. 60.

44 Propos cité par Christian CHARRIÈRE-BOURNAZEL, *Défendre en justice la cause des personnes détenues : actes du colloque des 25 et 26 janvier 2013*, CNCDDH, Paris, La Documentation française, 2014, pp. 21-22.

45 En 1974, le mariage devient libre en prison. La loi du 31 décembre 1975 instaure le droit de vote par procuration pour les détenus, intégrant ainsi du droit et de la citoyenneté au sein d'un univers clos, auparavant privé de démocratie.

46 Pierrette PONCELA, *Droit de la peine*, Paris, PUF, 2001, p. 292.

publiques propices à un phénomène traduit par l'expression de « déni d'agenda »⁴⁷. Il s'agit d'une stratégie de contournement par des responsables politiques, lesquels éviteraient de « *s'atteler à des chantiers législatifs susceptibles de déclencher des réactions hostiles de l'opinion et préféreraient ainsi la passivité au risque de désamour* »⁴⁸.

Pour briser cette inertie, les juridictions ont un rôle fondamental à jouer car « *seuls des organes juridictionnels indépendants de toute pression électoraliste sont susceptibles de faire évoluer de manière significative le droit pénitentiaire* »⁴⁹. En réponse à ce premier état de fait, à savoir la frilosité du législateur, s'est développé le second : des prises d'initiatives juridictionnelles parfois audacieuses et en France, la protection des personnes incarcérées a été nettement renforcée grâce à des évolutions jurisprudentielles. La jurisprudence du juge administratif est fondamentale à la compréhension du phénomène étudié. À cet égard, deux décisions symptomatiques de l'importance du juge administratif doivent être soulignées. D'abord, en 1995, l'arrêt *Marie*⁵⁰ du Conseil d'État qui a restreint l'hégémonie des mesures d'ordre intérieur en détention, permettant à la personne détenue de contester des mesures lui faisant grief. Ensuite, un mouvement d'extension du champ de la responsabilité de l'administration pénitentiaire dont le fonctionnement porte atteinte à l'intégrité de la personne détenue a été réalisé. Ainsi et par exemple, un arrêt de la cour d'appel de Douai concluait le 12 novembre 2009⁵¹ que les conditions de détention d'une maison d'arrêt insalubre étaient susceptibles de causer aux personnes détenues un préjudice moral devant être indemnisé. Aujourd'hui, ces juridictions administratives vont jusqu'à condamner l'État pour indignité des conditions matérielles de détention⁵² alors que le législateur repousse à chaque nouvelle réforme l'adoption du principe de l'encellulement individuel.

III. Délimitation de la recherche et définition des termes du sujet

Le juriste affectionne les mots précis. Les termes employés dans notre sujet évoquent un certain flou, une certaine incertitude. Notre étude est celle de *L'influence du juge administratif sur l'évolution de la protection contre les atteintes (2) à l'intégrité de la personne détenue (3)*. Avant d'entreprendre l'analyse du sujet, il importe au préalable, et afin de permettre une compréhension

47 Philippe ARTIÈRES, « Introduction », *Gouverner, enfermer : la prison, un modèle indépassable ?*, Presses de Sciences Po, 2004, p. 36.

48 Anne SIMON, *Les atteintes à l'intégrité des personnes détenues imputables à l'État : contribution à la théorie des obligations conventionnelles européennes : l'exemple de la France*, Thèse de doctorat, Droit, Paris, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2015, p. 28.

49 *Ibid*, p. 30.

50 CE, Ass., 17 février 1995, *Min. de la Justice c/ Marie*, req. n° 97754, *Rec.*, *Lebon*, p. 85.

51 CAA Douai, 12 novembre 2009, *Min. de la Justice c/ Turner*, n° 09DA00782.

52 TA, Rouen 27 mars 2008, *Min. de la Justice c/ Donat*, req. n° 0602590.

plus facile et plus exacte des développements qui vont suivre, de présenter les termes du sujet après l'avoir délimité (1).

1. La délimitation de la recherche

La problématique des droits des personnes détenues a le vent en poupe. Pourtant, le risque que contient en germe tout projet d'étude exhaustive des droits et libertés fondamentaux de cette personne détenue est celui du manque de profondeur d'analyse. Cette problématique englobant un champ juridique large, elle explique la nécessité de limiter le champ de cette étude au droit à l'intégrité de la personne détenue, intégrité physique⁵³ et psychique⁵⁴, considérant qu'il s'agit du premier des droits, comme un droit matriciel⁵⁵ dont « *la menace de violation et l'éventuelle réalisation de cette menace mettent en péril l'exercice, par la personne détenue, de l'ensemble de ses droits fondamentaux* »⁵⁶.

Les atteintes à l'intégrité sont sanctionnées tant par des stipulations législatives internes⁵⁷ que par des stipulations conventionnelles à savoir les articles 2, 3 et 8 de la Conv.EDH. Le respect de l'intégrité de la personne comporte de nombreuses composantes, dont le droit au respect de la vie privée et l'une de ses manifestations, le respect du droit à l'image. Si l'article 8 protège expressément la vie privée, la Cour.EDH a précisé, selon une conception étendue de l'intégrité que « *la protection de la vie privée, dans le cadre de l'intimité personnelle, concerne plus particulièrement l'intégrité physique et morale de la personne* »⁵⁸. Il est cependant à souligner que l'intégrité au sens de l'article 8 ne sera pas étudiée dans la mesure où une telle admission étendrait de manière excessive le champ de cette recherche. Finalement, parce que le droit à l'intégrité des personnes protège des « *valeurs, à protection absolue, celles auxquelles il ne doit pas être dérogé et qui doivent faire l'objet d'une protection prioritaire par le droit [...] la vie et plus largement la*

53 Ce qui est physique peut être défini comme ce qui concerne le corps humain et serait opposé à « psychique ».

54 La dimension psychique des êtres humains touche à l'esprit, la pensée ou à l'âme.

55 Selon le professeur Bertrand Mathieu, un droit matriciel renvoie à l'idée que « *certaines principes deviennent des principes majeurs, des "principes matriciels" en ce qu'ils engendrent d'autres droits de portée et de valeur différentes. [Ainsi], le droit à la dignité est la matrice d'un certain nombre de garanties [...]* ». Bertrand MATHIEU, « Pour une reconnaissance de "principes matriciels" en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme », *Dalloz*, 1995, n° 27, p. 211.

56 Anne SIMON, *Les atteintes à l'intégrité des personnes détenues imputables à l'état : contribution à la théorie des obligations conventionnelles européennes : l'exemple de la France*, Thèse de doctorat, Droit, Paris, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2015, p. 23.

57 Le Code civil dispose en son article 16 que « la loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie »

58 Cour.EDH, 26 mars 1985, *X. et Y. c/ Pays-Bas*, req. n° 8978/80, §21 et Cour.EDH, 22 juillet 2003, *Y. F. c/ Turquie*, req.n° 24209/94, §43.

protection de la dignité de la personne »⁵⁹, l'importance de ce droit dans l'ordonnement juridique imposait nécessairement le choix de l'analyser, le décortiquer et en percevoir les limites de son application.

L'intégrité est une composante de la dignité humaine définie juridiquement comme la « *valeur infinie de la personne humaine [...]. C'est l'attribut fondamental de la personne humaine, qui la fonde à la fois comme sujet moral et sujet de droit* »⁶⁰. Si dignité et intégrité ne peuvent pas être confondues, elles n'en demeurent pas moins intimement liées. En ce sens, l'article 3 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, dans une première partie intitulée « dignité », protège l'intégrité de la personne en indiquant que « *toute personne a droit à son intégrité physique et mentale* ». La dignité est donc au fondement le plus direct du droit au respect de l'intégrité car « *torturer ou dégrader la personne humaine revient à lui nier sa dignité fondamentale, en d'autres termes à lui nier son appartenance à la communauté humaine, c'est-à-dire réduire l'homme à l'animal voire à moins* »⁶¹. C'est pourquoi, l'étude portera aussi sur le notion de dignité.

Le terme d'intégrité trouve son origine étymologique dans le verbe latin *integrare* qui signifie réparer. Il est possible de définir l'intégrité comme « *l'état d'une chose qui est entière, l'état d'une chose qui est demeurée intacte* » ou encore « *l'état d'une chose saine et sans altération* »⁶². Négativement, le droit à l'intégrité correspond au « *droit de ne pas être atteint dans son corps ni violenté dans son esprit* »⁶³.

Le Code pénal vise expressément les atteintes faites à l'intégrité physique ou psychique des personnes en les distinguant des atteintes à la vie, mais à défaut d'une définition figée proposée par la jurisprudence européenne du concept d'intégrité, il est fait le choix d'en adopter une conception extensive. Cette définition extensive correspond au domaine d'application des articles 2 et 3 de la Conv.EDH, qui protègent respectivement le droit à la vie et la prohibition de la torture et des traitements inhumains et dégradants. Ce choix est d'ailleurs fait conformément aux développements qui sont consacrés à la question par le professeur Frédéric Sudre qui affirme que ces normes impératives « *visent la protection de l'intégrité physique et morale de la personne humaine* »⁶⁴. Les

59 Pierre ARPAILLANGE, Sénat, séance du 9 mai 1989.

60 V° Dignité, Serge GUINCHARD et Thierry DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, Paris, Dalloz, 2011, 858 p.

61 Béatrice MAURER, *Le principe de respect de la dignité humaine et la convention européenne des droits de l'homme*, Paris, La documentation française, 1999, p. 269.

62 V° Intégrité, *Le nouveau Littré*, Paris, Garnier, 2004, 1639 p.

63 Maité MELILLAN, *La protection du droit au respect de l'intégrité physique et morale dans la jurisprudence de la Cour interaméricain des droits de l'homme*, Thèse de doctorat, Droit, Lille, Université Lille III, 2003, p.4.

64 Frédéric SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2012, p. 306.

atteintes étudiées dans le cadre de cette étude seront donc celles portées au droit à la vie et celles constitutives de torture et de traitements inhumains ou dégradants.

2. Les atteintes

L'atteinte est définie dans le lexique juridique du doyen Cornu comme une « *action dirigée contre quelque chose ou quelqu'un par des moyens divers* »⁶⁵. L'atteinte renvoie également à tout « *dommage matériel ou moral* »⁶⁶. L'étude limitera la recherche aux actions volontaires ou involontaires de nature à porter atteinte à l'intégrité des personnes détenues. Il s'agit par exemple de la question des fouilles, des placements en cellule disciplinaire, des conditions d'incarcération. Cela renvoie aussi à certains cas d'atteintes à la condition de malade ou de handicapé ou encore à la problématique du tabagisme passif.

3. Les personnes détenues

L'utilisation que nous ferons des termes détenus, personnes détenues, personnes incarcérées sont synonymes et doivent s'entendre comme la personne majeure condamnée par une juridiction pénale à une peine privative de liberté en maison d'arrêt ou en établissement pour peines. Toutefois, il pourra être fait ponctuellement état de situations relatives aux mineurs et aux femmes détenus ainsi qu'aux prévenus, placés en détention provisoire.

IV. Problématique

Après avoir circonscrit et lu les sources à notre disposition, de grands thèmes se dégagèrent, et c'est ainsi que s'offrait à nous, la seule question qui englobe toutes les autres, celle qui impose le sujet : le juge administratif est-il facteur d'évolution de la politique pénitentiaire ? La réponse juridique apportée à cette interrogation fondamentale dépend immédiatement de la réponse qui sera apportée à une seconde question ici formulée : Quelle est l'aptitude concrète du juge administratif à faire cesser une situation d'atteinte à l'intégrité de la personne détenue ?

Cette problématique générale n'est pas dénuée d'intérêt au moins pour deux raisons :

65 V° Atteinte, Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2011, 1095 p.

66 V° Atteinte, *Le Nouveau Petit Robert de la langue française*, 2007, Le Robert, Paris, 2837 p.

- en premier lieu, à l'occasion du projet de loi pénitentiaire, dans son rapport déposé le 17 décembre 2008 au nom de la commission des lois⁶⁷, Jean-René Lecerf, fait remarquer que le droit pénitentiaire s'est progressivement structuré sous l'effet de cinq facteurs parmi lesquels, les avancées de la jurisprudence administrative. Or, si de notre point de vue, l'influence du juge administratif est considérable de sorte qu'il nous est permis de la placer en tête des facteurs qui ont structuré le droit administratif, tel n'est pas le cas de l'ancien sénateur du Nord qui place en dernier l'influence du juge administratif. Cette position nous paraît peu concevable tant son action a été massive ;

- en second lieu, dans son ouvrage, Marie-Aude Beernaert indique que « *sous les coups de boutoir, notamment de la Cour européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, un véritable droit pénitentiaire s'élabore* »⁶⁸, l'adverbe notamment laisse entendre que la Cour.EDH n'est pas la seule institution à avoir une influence sur la protection contre les atteintes à l'intégrité de la personne détenue et partant, sur la politique pénitentiaire. L'étude aura pour but de montrer en quoi, à côté et non derrière la Cour.EDH, le juge administratif s'est révélé être une véritable juridiction des droits et libertés fondamentaux en protégeant l'intégrité de la personne détenue.

V. Méthodes employées

La première méthode employée est historique. Pour constater l'influence du juge administratif sur la politique pénitentiaire, l'étude des décisions de justice, des textes législatifs et réglementaires a permis de comprendre le cadre juridique du droit positif. La recherche fera donc une part majoritaire à l'analyse de la jurisprudence ainsi qu'aux dispositions légales et réglementaires.

Ensuite, la deuxième méthode employée sera comparative. Nous allons comparer l'office du juge administratif avec la jurisprudence de la Cour.EDH pour révéler les carences du juge administratif. Ce mémoire aura donc pour objectif de démontrer les limites de l'office du juge administratif, tout en proposant des améliorations et une proposition visant à renforcer cette office.

Aussi, en matière pénitentiaire, il y a le paradigme du fossé entre le fait et le droit. Pour contredire cette affirmation, la troisième méthode a été de prendre connaissance des spécificités pratique du droit pénitentiaire et de sa mise en œuvre. Pour cela, il nous a été permis d'effectuer un stage au centre pénitentiaire des femmes de Rennes et d'assurer la fonction d'assesseur extérieur à la maison centrale de Poissy. Ce faisant, il a été possible de confronter le droit à la pratique. Ainsi, certains éléments ou faits pourront être affirmés car tirés de la narration de l'expérience personnelle,

67 Jean-René LECERF, Rapport fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi pénitentiaire, n° 143, 17 décembre 2008.

68 Marie-Aude BEERNAERT, *Manuel de droit pénitentiaire*, Anthémis, Louvain-la Neuve, 2007, p. 7.

de choses vues ou sues, qu'il peut être délicat de rapporter avec précision, voire impossible surtout lorsqu'ils sont couverts par le secret de la fonction.

Enfin, et parce qu'en réalité, le rôle du juge administratif en matière de protection des droits et libertés fondamentaux a pris un nouveau tournant avec la loi du 30 juin 2000 introduisant le référé-suspension et le référé-liberté, une large part de la recherche sera laissée à l'étude des référés - en particulier du référé-liberté - car ils occupent une place significative dans l'activité des juridictions administratives. Aussi, et parce que c'est notre rôle de révéler les carences du juge administratif pour envisager un rapprochement encore plus fort avec l'idéal des droits de l'homme proclamé dans le préambule de la DUDH, c'est à l'aune d'un « *examen critique du contentieux pénitentiaire* »⁶⁹ que ce mémoire sera mené. Nous pouvons aujourd'hui, pour ce qui concerne le référé-liberté, vérifier si les attentes qu'il a fait naître sont ou non déçues ce qui impliquera d'une part, de restituer l'esprit dans lequel le législateur l'a institué, d'autre part, d'identifier les traits caractéristiques inhérentes à sa mise en œuvre ainsi que ses évolutions les plus récentes, en examinant la manière dont est appréciée l'urgence, dont sont définies les libertés fondamentales ainsi que ce qui caractérise les mesures prises au titre du référé-liberté. Plus largement, l'étude du contentieux des référés permettra de s'interroger sur la question de savoir si finalement, le juge administratif a les moyens d'assurer une protection effective de l'intégrité de la personne détenue.

VI. Plan de l'étude

Pour répondre à nos interrogations et d'abord à notre problématique générale, il était important d'analyser l'ajustement prétorien du droit administratif général au statut de détenu, usager du service public pénitentiaire car c'est en premier lieu ce statut de détenu, usager du service public pénitentiaire, qui constitue le socle de la protection contre les atteintes à l'intégrité (Partie I) pour comprendre comment le juge administratif a élaboré un véritable ordre juridique pénitentiaire protecteur contre les atteintes à l'intégrité de la personne détenue (Partie II).

69 Jean-Marie AUBY, « Le contentieux du service public pénitentiaire », *RDJ*, 1987, t. 103, p. 547.

PARTIE I. L'AJUSTEMENT PRÉTORIEN DU DROIT ADMINISTRATIF GÉNÉRAL AU STATUT DE LA PERSONNE DÉTENU USAGER DU SERVICE PUBLIC PÉNITENTIAIRE

Aujourd'hui, le détenu est devenu un véritable sujet de droits⁷⁰ et c'est par un rapprochement vers le droit du service public que le juge administratif suivi par législateur, va donner au détenu les véritables garanties d'un statut juridique. Cette nouvelle approche de la personne incarcérée repose sur l'idée selon laquelle le détenu, en tant qu'usager, a droit au fonctionnement normal du service public pénitentiaire.

Le statut juridique du détenu est un statut complexe. Il recouvre, en effet, diverses réalités⁷¹. Le détenu se différencie de l'homme libre par la privation de la liberté d'aller et venir dont il fait l'objet. Le détenu est soumis à la coercition d'une autorité supérieure. Il endosse par conséquent le visage de « sujet », assujéti à des prescriptions particulières visant à garantir un environnement sécuritaire à la société. Pour autant, le détenu et avant tout, un homme dont l'intégrité doit être, compte tenu de sa vulnérabilité⁷², particulièrement protégée. La personne humaine qu'est le détenu devra ainsi être l'objet de toutes les attentions de la part des autorités étatiques tant en ce qui concerne la protection de son intégrité physique et psychique, qu'en ce qui concerne la protection de sa vie. Conscient de cet état de fait, la loi du 12 avril 2000 cesse, pour la première fois, de considérer l'administration pénitentiaire à part des autres administrations. Elle donne toute sa signification à la notion de « service public pénitentiaire » utilisée par la loi du 22 juin 1987⁷³. Cette notion de service public pénitentiaire signifie un rééquilibrage entre sécurité et droits des détenus. Pour le professeur Éric Péchillon, on passe ainsi « *d'un service de répression à un service de prestations* »⁷⁴ et « *le fait de reconnaître au détenu le statut général d'usager de service public fait partie des techniques juridiques qui paraissent être en mesure de proposer une solution satisfaisante à l'application du droit en détention* »⁷⁵. Il apparaît comme un préalable indispensable à l'affirmation d'un droit à l'intégrité de la personne détenue (Chapitre 1) dont le mécanisme du référé-liberté se fait en particulier l'écho (Chapitre 2).

70 Aurélie MONNIER, *Le détenu, sujet de droit ?*, Mémoire de DEA, Université Paris II, Panthéon-Assas, 2001.

71 Éric PÉCHILLON, « L'accès au droit et le droit de recours », *Surveiller et punir / Surveiller ou punir ?*, Cahier de la recherche sur les droits fondamentaux, n°3, 2004, pp. 49-60. L'auteur fait référence à quatre dimensions du statut juridique de détenu : personne humaine, citoyen, justiciable et usager.

72 Anne SIMON, « La vulnérabilité de la personne détenue », *Dialectique carcérale. Quand la prison s'ouvre et résiste au changement*, Paris, l'Harmattan, 2012, pp. 35-47.

73 Loi n° 87-432 du 22 juin 1987 relative au service public pénitentiaire, *JORF* du 23 juin 1987.

74 Éric PÉCHILLON, *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, Paris, LGDJ, 1998, p. 499.

75 Jean-Paul CÉRÉ et Éric PÉCHILLON, « Le contrôle du placement à l'isolement : une nouvelle étape dans la formation du droit pénitentiaire », *RPDP*, 2003, n° 2, p. 398.

CHAPITRE 1. L'EXIGENCE DU STATUT DE DÉTENU USAGER DU SERVICE PUBLIC PÉNITENTIAIRE COMME PRÉALABLE À LA PROTECTION CONTRE LES ATTEINTES À L'INTÉGRITÉ DE LA PERSONNE DÉTENUE

La jurisprudence administrative a beaucoup œuvré en faveur du renforcement du droit pénitentiaire et partant, de la protection contre les atteintes à l'intégrité de la personne détenue. Sa politique jurisprudentielle repose sur l'idée que le détenu, usager du service public pénitentiaire, a droit au fonctionnement normal du service public pénitentiaire (Section 1). Ce développement a été progressif mais ces évolutions sont toutes justifiées par la volonté de renforcer la protection juridique du détenu, son statut juridique d'usager du service public pénitentiaire ce dont témoigne les conclusions du commissaire de gouvernement (Section 2).

Section 1. Une politique jurisprudentielle fondée sur l'usager du service public pénitentiaire

En premier lieu, le juge administratif a contribué à banaliser la responsabilité de l'État du fait du service public pénitentiaire en abandonnant progressivement l'exigence d'une faute lourde et en reconnaissant la faute simple (§1). Il consacrera quelques années plus tard, une obligation générale de protection de la vie (§2).

§ 1. Une responsabilité banalisée par la reconnaissance progressive de la faute simple

La peine privative de liberté n'a pas pour effet de priver le détenu de son attribut d'être humain. Le détenu demeure une personne humaine à part entière, disposant d'une intégrité inaliénable méritant au contraire, une protection spécifique compte tenu du contexte factuel auquel il est confronté. En ce sens, et en vertu de ses obligations européennes, deux missions incombent à l'État qui punit : respecter et protéger l'intégrité de la personne détenue⁷⁶. Dans le contentieux de la responsabilité, l'abandon de la faute lourde et progressivement, la reconnaissance de la faute simple, conditionnent certainement l'efficacité de la protection contre les atteintes à l'intégrité de la personne détenue.

⁷⁶ Certains auteurs identifient une « triade » d'obligations comme l'obligation de respecter, l'obligation de protéger, l'obligation de mettre en œuvre ou de réaliser les droits fondamentaux. V° Hugues DUMONT et Isabelle HACHEZ, « Les obligations positives déduites du droit international des droits de l'homme : dans quelles limites ? », *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2007, p. 53.

L'administration pénitentiaire a longtemps bénéficié d'une « *présomption d'irresponsabilité dans la gestion de l'activité du service public pénitentiaire dont elle a la charge* »⁷⁷. Le juge exigeait la démonstration d'une faute d'une extrême gravité⁷⁸. Toutefois, la transformation de cette activité en véritable service public⁷⁹, débiteur de prestations à l'égard des usagers détenus⁸⁰, a eu pour conséquence l'émergence de nouvelles contraintes liées au respect dû à l'intégrité du détenu.

Au début des années 1950, le juge va porter son analyse sur la démonstration d'une faute lourde pour engager la responsabilité de l'administration pénitentiaire⁸¹. La décision *Dame Veuve Picard* du 5 février 1971 marque la généralisation de la faute lourde⁸². Parallèlement à cette exigence, le juge s'est octroyé la possibilité d'examiner la responsabilité de l'administration pénitentiaire sur le fondement d'« *une faute de nature à engager la responsabilité de l'administration* »⁸³. Il en a été ainsi à l'occasion d'un dommage causé à une victime mineure⁸⁴. De même, il pouvait être reconnu des dommages causés aux détenus à l'occasion de l'exercice d'une tâche confiée par l'administration⁸⁵. C'est à l'occasion de l'arrêt *Chabba* du 23 mai 2003 que les juges du Palais Royal ont abandonné l'exigence d'une faute lourde⁸⁶.

En l'espèce, un détenu placé en détention provisoire se plaignait du fait qu'il était détenu sans titre valable. L'administration ne lui avait pas notifié son maintien en détention décidé par le juge d'instruction. Le détenu ignorait donc le prolongement de sa détention. Malgré les demandes du prévenu, les surveillants n'avaient fait que lui demander de se calmer sans vérifier la véracité de ses allégations. Ne supportant pas la situation, le détenu s'est donné la mort en se pendait dans sa

77 Guillaume FAUGÈRE, *L'accès des personnes détenues aux recours : étude de droit administratif*, Thèse de doctorat, Droit, Toulouse, Université Toulouse I Capitole, 2015, p. 394.

78 La responsabilité des services pénitentiaires a été examinée pour la première fois par le Conseil d'État en 1918 à l'occasion des arrêts *Zulémario* (CE, 4 janvier 1918, *Min. de la Justice c/ Mineur Zulémario*, *Rec. Lebon*, p. 9.) et *Duchesne* (CE, 4 janvier 1918, *Min. de la Justice c/ Mineur Duchesne*, *Rec. Lebon*, p. 10). Pour cela, les juges ont vérifié, « *s'il y a lieu de relever à la charge de ce service, une faute manifeste particulièrement grave, de nature à engager la responsabilité de l'État* ». Ces décisions ont marqué la fin de l'irresponsabilité de l'administration pénitentiaire et le début d'une tentative de responsabilisation.

79 Loi n° 87-432 du 22 juin 1987 (supra, n° 74).

80 Éric PÉCHILLON, *Sécurité et droit du service public pénitentiaire* (supra, n° 75), pp. 501-504.

81 CE, 18 avril 1949, *Min. de la Justice c/ Pagliano*, *Rec. Lebon*, p. 87 ; CE 24 mars 1950, *Min. de la Justice c/ Bizière*, *Rec. Lebon*, p. 191 ; CE, 20 juin 1951, *Min. de la Justice c/ Hilaire-Darigrand*, *Rec. Lebon*, p. 357 ; CE, 24 octobre 1952, *Min. de la Justice c/ Laurent*, *Rec. Lebon*, p. 468.

82 CE, 5 février 1971, *Min. de la Justice c/ Veuve Picard*, *Rec. Lebon*, p. 101. La faute lourde est exigée concernant le choix, par l'administration, de l'établissement d'affectation, du régime de détention et pour défaut de surveillance.

83 CAA Marseille, 29 mars 2004, req. n° 01MA02289. Le juge évoque « *une faute de nature à engager la responsabilité de l'administration* » ; CAA Nancy, 17 mars 2005, req. n° 00NC00414.

84 CE, 15 juillet 1958, *Min. de la Justice c/ Dufour*, *Rec. Lebon*, p. 458.

85 CE, 2 juin 1950, *Min. de la Justice c/ Marly*, *Rec. Lebon*, p. 875, propos d'une faute matérialisé par l'absence de précaution lors de travaux de maçonnerie.

86 CE, 23 mai 2003, *Min. de la Justice c/ Chabba*, req. n° 244663, concl. Emmanuelle Prada-Bordenave, *Rec. Lebon* 2003, p. 240.

cellule. Les juges ont considéré que « *dans les circonstances particulières de l'espèce, le suicide de M. Chabba doit être regardé comme la conséquence directe d'une succession de fautes imputables au service pénitentiaire qui, en premier lieu, a omis de lui notifier l'ordonnance prolongeant sa détention dans les délais les plus brefs conformément aux prescriptions en vigueur, [...]* ».

La lecture de cet arrêt permet de relever que le juge n'emploie pas le terme de faute lourde. Dès lors, il était tentant de conclure à la reconnaissance de la faute simple. Pourtant, le juge n'emploie pas non plus le terme de faute simple. Il retient la responsabilité du service public pénitentiaire en raison du suicide d'un détenu, conséquence directe d'« *une succession de fautes* » commises par l'administration pénitentiaire. Or, une succession de fautes n'est ni une faute lourde, ni une faute simple. C'est pourquoi, la doctrine s'est interrogée sur l'utilisation de cette formule. Ainsi, certains auteurs se sont posés la question de savoir s'il s'agissait réellement d'un passage au contrôle de la faute simple dans la mesure où la succession de fautes peut revêtir un degré intermédiaire entre la faute lourde et la faute simple⁸⁷. Dès lors, il serait possible de considérer que c'est la succession de fautes qui permet l'engagement de la responsabilité et qu'ainsi, dans l'hypothèse où seule une faute simple aurait été commise, elle n'aurait probablement pas suffi à engager la responsabilité de l'État⁸⁸. D'autres auteurs considèrent qu'une succession de fautes simples peut conduire à une faute lourde et qu'ainsi, l'arrêt *Chabba* ne matérialisait pas l'évolution attendue⁸⁹. Enfin, un dernier groupe d'auteurs considéraient au contraire qu'il s'agissait d'une nouvelle étape dans la responsabilisation de l'administration pénitentiaire, marquée par l'avènement de la faute simple⁹⁰.

Le basculement de la faute lourde vers la faute simple a été confirmé par le Conseil d'État « *en cas de dommage résultant du suicide d'un détenu, même mineur* »⁹¹. Dans l'arrêt *Delorme*, le juge affirme « *la responsabilité de l'État du fait des services pénitentiaires en cas de dommage résultant du suicide d'un détenu, même mineur, peut être recherchée seulement en cas de faute* ». Le juge considère qu'un défaut de surveillance constitue une faute susceptible d'engager la responsabilité de

87 Hervé ARBOUSSET, « La responsabilité de l'État dans le domaine pénitentiaire, en débat : comment interpréter l'arrêt Chabba à la lumière des jurisprudences postérieures ? », *RPDP*, 2007, n° 3, pp. 563-582 ; Éric PÉCHILLON, « Le recours en responsabilité : un terrain d'observation privilégié du droit », *RPDP*, 2007, n° spécial, p. 41.

88 Hervé ARBOUSSET, « Décès d'un détenu et responsabilité de l'État : les ambiguïtés perdurent », *Dalloz*, 2006, n° 25, pp. 1729-1733.

89 François LEMAIRE, « Abandon confirmé ou survivance de la faute lourde pour l'administration pénitentiaire ? », *JCP A*, 2005, n° 8, p. 418-420, à propos de l'arrêt CAA Marseille, 15 novembre 2004, req. n° 02MA00449.

90 Mattias GUYOMAR, « Les perspectives d'évolution de la jurisprudence du conseil d'État », *Défendre en justice la cause des personnes détenues : actes du colloque des 25 et 26 janvier 2013*, CNCDH, Paris, La Documentation française, 2014, p. 242 ; Isabelle DE SILVA, « L'État est responsable pour faute simple de la mort d'un détenu à la suite d'un incendie », *AJDA*, 2009, n° 8, pp. 433-438 ; Nathalie ALBERT, « L'abandon de l'exigence de la faute lourde pour engager la responsabilité de l'administration pénitentiaire », *AJDA* 2004, n° 3, pp. 157-161.

91 CE, 9 juillet 2007, *Min. de la Justice c/ Delorme*, req. n° 281205, concl. Mattias Guyomar ; Hervé ARBOUSSET, « Responsabilité de l'État du fait des services pénitentiaires : une nouvelle évolution jurisprudentielle », *AJDA*, 2007, n° 38, pp. 2094-209. Le défaut de vigilance constitue une faute de l'administration.

l'administration pénitentiaire en cas de suicide d'un mineur. Ce n'est donc pas une succession de fautes qui est retenue, mais un seul comportement fautif. Toutefois, cette appréciation n'était pas certaine « *dans la mesure où il pouvait être considéré que cette assouplissement était dû au fait que la victime était mineure et qu'ainsi le juge ait voulu renforcer l'obligation de surveillance des agents pénitentiaires à l'égard de cette catégorie particulière de détenu* »⁹². En l'espèce, le juge prend en compte l'âge du détenu. Dès lors, il était permis de suggérer que le suicide d'un détenu majeur n'aurait peut-être pas conduit le juge à retenir une faute simple.

Les doutes ont été levés avec l'arrêt *Zouiya* du 17 décembre 2008⁹³ qui consacre le passage à un régime de responsabilité pour faute simple à l'occasion du suicide d'un détenu en raison d'un incendie allumé par un codétenu, revenant ainsi sur une jurisprudence *Garde des Sceaux c/ Consorts Wachter*⁹⁴ qui imposait la faute lourde en matière d'incendie dû au défaut de surveillance d'un détenu. Un détenu était décédé par asphyxie à la suite de l'inhalation des fumées dégagées par un matelas dont l'incendie avait été causé volontairement par un codétenu. Le juge a retenu la responsabilité de l'administration pénitentiaire pour faute simple. Il procède en deux temps : dans un premier temps, il explique que l'administration pénitentiaire n'a pas tenu compte des menaces d'incendie proférées par le détenu, dans un second temps, il fait état de négligence dans la prévention des risques connus de combustion des matelas, de négligence dans la prise en compte adaptée des systèmes de désenfumages ainsi que le délai trop long ayant permis au surveillant d'accéder au matériel de lutte contre les incendies. Le juge considère « *qu'aucune de ces circonstances ne revêt le caractère d'une faute lourde dans l'organisation ou le fonctionnement du service de surveillance des détenus* », partant, il étend la faute simple au cas d'atteinte à l'intégrité physique des personnes détenues, hors cas du suicide. Dès lors, « *le régime de la faute simple est apte à régir l'ensemble des actions indemnitaires fondées sur le fonctionnement du service public pénitentiaire, qu'il s'agisse de la mission de surveillance des détenus, du suivi médical, de l'aménagement des locaux ou des conditions de travail des détenus* »⁹⁵.

L'influence du juge de l'excès de pouvoir et la philosophie sous-jacente à l'évolution du recours pour excès de pouvoir permet entre autres, d'expliquer la passage de la faute lourde à la faute simple : le détenu ne perd pas son droit au recours du fait qu'il est détenu donc le juge de la

92 Guillaume FAUGÈRE, *L'accès des personnes détenues aux recours : étude de droit administratif* (supra, n° 78), p. 403.

93 CE, 17 décembre 2008, *Min. de la Justice c/ Zaouiya*, req. n° 292088. Concl. Isabelle DE SILVA, « L'État est responsable pour faute simple de la mort d'un détenu à la suite d'un incendie », *AJDA* 2009, p. 432

94 CE, 26 mai 1978, *Min. de la Justice c/ Consorts Wachter*, req. n° 02605, *Rec. Lebon*, p. 222.

95 Isabelle DE SILVA. Concl. sur, CE, 17 décembre 2008, *Min. de la Justice c/ Zaouiya* (supra, n° 94).

responsabilité pouvait paraître en décalage avec cette évolution. La jurisprudence *Marie*⁹⁶ marque le véritable point de départ de l'évolution opérée par le juge administratif dans sa mise en balance, des impératifs sécuritaires d'une part, de l'exigence que soient pris en compte les droits des personnes détenues dans le cadre de la légalité générale d'autre part. C'est à cette période que le juge administratif commence réellement à pénétrer la prison, ce qui lui vaudra d'être qualifié de juge pénitentiaire ou de juge de l'activité pénitentiaire⁹⁷. C'est semble-t-il, le même rééquilibrage qu'il opère en 2003, avec l'arrêt *Chabba* et la consécration de la faute simple.

Avec la création de la nouvelle identité de la faute pénitentiaire, le juge administratif a renforcé l'obligation de protection de l'intégrité de la personne détenue qui pèse sur le service public pénitentiaire. Le juge administratif a rééquilibré la balance au profit des détenus en généralisant cette faute simple pénitentiaire à « *tous les cas d'engagement de responsabilité de la puissance publique en matière pénitentiaire*⁹⁸ » et particulièrement aux atteintes à l'intégrité de la personne détenue. Poursuivant son œuvre jurisprudentielle, le 17 décembre 2008⁹⁹, le juge du Conseil d'État a consacré l'obligation qui pèse sur le garde des Sceaux et les directeurs des établissements pénitentiaires de prendre toutes mesures propres à protéger la vie des détenus.

§ 2. Une responsabilité finalisée par la consécration d'une obligation générale de protection de la vie

« *L'usager du service public pénitentiaire qu'est le détenu, n'est pas un usager du service public comme les autres* »¹⁰⁰. La protection de son intégrité est d'une importance majeure en raison de la vulnérabilité qu'il tire de cette situation puisque, privée de sa liberté, la personne détenue se trouve « *dépossédée d'un droit fondamental, qui l'expose à d'autres violations* »¹⁰¹.

La reconnaissance de l'intégrité de la personne détenue ne va pas de soi. En effet, elle se trouve en contradiction avec la situation d'entière dépendance vis-à-vis de l'administration pénitentiaire dans laquelle celle-ci se trouve. Mises au ban de la société, les personnes détenues sont particulièrement exposées à des atteintes à leur intégrité, voire à une déchéance de leur dignité¹⁰².

96 CE, Ass., 17 février 1995, *Min. de la Justice c/ Marie* (supra n° 51).

97 Matthias GUYOMAR, « Le juge administratif, juge pénitentiaire » (supra, n° 21), p. 471.

98 *Ibid*, p. 477.

99 CE, 17 décembre 2008, *Min. de la Justice c/ Zaouiya*, (supra, n° 94).

100 Anne JENNEQUIN, « La dignité de la personne détenue », *RFDA*, 2015, n° 6, p.1082.

101 Pauline ALBERT, *La protection de la dignité de la personne détenue par la Cour européenne des droits de l'homme*, Mémoire de master II, Droit, Toulouse, Institut d'études politiques Toulouse, 2016, p. 24.

102 Anne JENNEQUIN, « La dignité de la personne détenue » (supra, n° 101), pp. 1082-1087.

On y trouve en effet mention, sous « *le pavillon du droit à la vie* »¹⁰³, de la vulnérabilité particulière des détenus et de leur situation d'entière dépendance vis-à-vis de l'administration. C'est en ce sens que s'est prononcé le Conseil d'État dans son arrêt du 17 décembre 2008 confirmé le 22 décembre 2012¹⁰⁴ : « *eu égard à la vulnérabilité des détenus et à leur situation d'entière dépendance vis-à-vis de l'administration, il appartient tout particulièrement à celle-ci, et notamment au garde des Sceaux, ministre de la Justice, et aux directeurs des établissements pénitentiaires, en leur qualité de chefs de service, de prendre les mesures propres à protéger leur vie* ». Autrement dit, le Conseil d'État fonde l'obligation du chef de service sur le droit au fonctionnement normal du service public pénitentiaire. Est-ce à dire que la spécificité de la mission pénitentiaire, qui conduisait la jurisprudence à modérer son contrôle par égard pour les « *sujétions particulières* » à laquelle l'administration était soumise, est aujourd'hui éclipsée par la spécificité de la situation du détenu, justifiant à l'inverse un resserrement de ce contrôle ? Nous ne le pensons pas. En effet, le juge du Conseil d'État retient que l'illégalité de l'atteinte à l'intégrité de la personne détenue « *doit s'apprécier en tenant compte des moyens dont dispose l'autorité administrative compétente* »¹⁰⁵. Sur ce point et non loin d'innover, le juge du Conseil d'État s'inscrit dans le prolongement du raisonnement de la Cour.EDH, laquelle précise que les personnes détenues étant « *en situation de particulière vulnérabilité* »¹⁰⁶, « *les autorités ont le devoir de les protéger* »¹⁰⁷, cette obligation devant toutefois être interprétée « *de manière à ne pas imposer [à celles-ci] un fardeau insupportable ou excessif* »¹⁰⁸.

Cette dernière jurisprudence du juge du Conseil d'État invite à penser que la protection des moyens d'action de l'administration pénitentiaire prévaut sur la protection de l'intégrité des personnes détenues et met l'accent sur une conception de la prison qui se concentre sur sa perspective sécuritaire. Quoi qu'il en soit, la lecture croisée des deux arrêts du 17 décembre 2008 conforte l'existence d'un statut d'usager du service public pénitentiaire. Il s'agit de conférer à l'usager « *des garanties qui non seulement le protègent contre l'arbitraire administratif mais encore lui donnent un droit de regard, une capacité d'emprise sur le fonctionnement de l'administration* »¹⁰⁹ et dans ce domaine, le commissaire de gouvernement invite régulièrement le juge administratif à restreindre les atteintes portées à l'intégrité de la personne détenue en élaborant un véritable statut juridique d'usager du service public pénitentiaire.

103 Xavier DOMINO et Aurélie BRETONNEAU, « Custodire ipsos custodes : le juge administratif face à la prison », *AJDA*, 2011, n° 24, pp. 1364-1369.

104 CE, réf., 22 décembre 2012, *Min. de la Justice c/ Section française de l'OIP*, req. n° 364584, §6.

105 CE, réf., 30 juillet 2015, *Min. de la Justice c/ Section française de l'OIP*, req. n° 392043, §19.

106 Cour.EDH, 27 juillet 2004, *Slimani c/ France*, req. n° 57671/00, §27.

107 Cour.EDH, 20 octobre 2011, *Stasi c/ France*, req. n° 25001/07, §78.

108 *Ibid.*

109 Jacques CHEVALLIER, « Figures de l'usager », *Psychologie et science administrative*, Paris, PUF, 1985, p. 35-69.

Section 2. L'apport novateur du discours du commissaire de gouvernement dans la recherche d'une protection contre les atteintes à l'intégrité de la personne détenue

Le discours juridique est celui « *dans lequel on formule le droit ou dans lequel on parle du droit* »¹¹⁰. Si le discours du commissaire de gouvernement ne peut être qualifié de normatif dans la mesure où son auteur n'a pas le pouvoir de créer des normes, il peut orienter la décision vers une solution plus protectrice contre les atteintes à l'intégrité de la personne détenue (§ 2) en se positionnant en faveur d'une extension de la compétence du juge administratif au champ pénitentiaire (§ 1).

§ 1. Un discours partisan de l'extension de la compétence du juge administratif au champ pénitentiaire

« *Le juge administratif fut historiquement réticent à pénétrer l'univers carcéral. Il a longtemps répugné à se reconnaître compétent dans le domaine de l'exécution des peines qui apparaissait inséparable de leur prononcé par le juge judiciaire* »¹¹¹. C'est le Tribunal des conflits qui a fait évoluer la jurisprudence administrative en estimant que le fonctionnement administratif du service pénitentiaire relevait du contrôle de la juridiction administrative¹¹². En revanche, il énonçait qu'« *il n'appartient qu'à la juridiction judiciaire de connaître des litiges relatifs à la nature et aux limites d'une peine infligée par une juridiction judiciaire* » et partant, relèvent de cette juridiction, les requêtes tendant à l'annulation des décisions du juge de l'application des peines accordant ou refusant une réduction de peine¹¹³, une libération conditionnelle¹¹⁴ ou une permission de sortir¹¹⁵ parce que ces mesures ne sont pas détachables de l'exécution de la peine initialement infligée. Malgré la solutions dégagée par Tribunal des conflits, les requêtes formulées par les personnes détenues ont continué à être jugées irrecevables par le juge administratif¹¹⁶ conduisant à un « *déplorable paradoxe* » puisqu'« *il exist[ait] bien un juge compétent mais il estim[ait] ne pas*

110 Jerzi WROBLEWSKI, « Les langages juridiques, une typologie », *Droit et Société*, 1988, n° 8, pp. 13-26.

111 Mattias GUYOMAR, « La justiciabilité des mesures pénitentiaires devant le juge administratif », *AJDA*, 2009, n° 8, pp. 413-415.

112 T. confl. 22 févr. 1960, *Dame Fargeaud d'Epied*, *Rec. Lebon*, p. 855.

113 CE, *Sect.*, 9 novembre 1990, *Min. de la Justice c/ Théron*, *Rec. Lebon*, p. 313 ; CE, 18 mars 1998, *Min. de la Justice c/ Druelle*, *Rec. Lebon*, p. 98 ; CE, 23 novembre 2005, *Min. de la Justice c/ Monné*, *Rec. Lebon*, p. 801.

114 CE, *Sect.* 4 novembre 1994, *Min. de la Justice c/ Korber*, *Rec. Lebon*, p. 489.

115 CE, 9 février 2001, *Min. de la Justice c/ Malbeau*, *Rec. Lebon*, p. 54.

116 S'agissant des sanctions prononcées l'encontre des détenus : CE, 4 mai 1979, *Min. de la Justice c/ Comité d'action des prisonniers*, *Rec. Lebon*, p. 182 ; des mesures relatives au transfert d'un détenu et au retrait d'un régime spécial de détention : CE, 8 décembre 1967, *Min. de la Justice c/ Sieur Kayanakis*, *Rec. Lebon*, p. 475.

devoir connaître du litige »¹¹⁷. L'évolution va être amorcée par Bruno Genevois qui n'aura de cesse, dans l'affaire *Caillol*¹¹⁸, la volonté d'étendre la compétence du juge administratif au champ pénitentiaire en réduisant la catégorie des mesures d'ordre intérieur, suivi dans son raisonnement, une dizaine d'années plus tard, par Patrick Fydman¹¹⁹.

L'expression « *jurisprudence immobilière* » a été avancée par René Chapus¹²⁰ pour caractériser la jurisprudence du Conseil d'État sur les mesures d'ordre intérieur. La décision du 27 janvier 1987 dans l'affaire *Caillol* tend à confirmer cette impression. En dépit des conclusions « *fortement argumentés* »¹²¹ de Bruno Genevois¹²², et d'un courant doctrinal déjà ancien¹²³, les juges du Palais Royal ont refusé la nouvelle approche proposée en considérant que la décision de placer un détenu dans un quartier de haute sécurité était « *une mesure d'ordre strictement interne puisque que le régime de ces quartiers n'ont d'incidence que sur la vie pénitentiaire des détenus* »¹²⁴. Dans cette perspective, « *On ne saurait contester non plus le pouvoir de décider du placement d'un détenu dans un quartier de haute sécurité est lié au pouvoir disciplinaire qui appartient normalement aux directeurs des établissements pénitentiaires* »¹²⁵. En revanche, on doit s'interroger sur la portée juridique du placement en quartier de plus haute sécurité. N'a-t-il pas pour effet de modifier la situation juridique du détenu¹²⁶ ?

Bruno Genevois développait deux séries d'arguments pour ne pas appliquer la jurisprudence classiques des mesures d'ordre intérieur. En premier lieu, il indiquait que, si la décision en cause était bien exclusivement interne à l'administration pénitentiaire, en revanche, la décision prise à l'égard de M. Caillol n'était pas dépourvue d'effet juridique et ne présentait pas le caractère d'une décision discrétionnaire. D'une part, le fait de placer M. Caillol dans un quartier de plus haute sécurité n'était pas sans influence sur sa situation juridique puisqu'il s'agissait d'une sanction réservée à des condamnés qui lui était appliquée. D'autre part, la décision contestée n'était pas

117 Mattias GUYOMAR, « La justiciabilité des mesures pénitentiaires devant le juge administratif » (supra n° 112).

118 CE, Ass., 27 janvier 1984, *Min. de la Justice c/ Caillol*, *Rec. Lebon*, p. 28.

119 CE, Ass., 17 février 1995, *Min. de la Justice c/ Marie* (supra n° 51).

120 René CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Paris, Montchrestien, 1983, p. 220.

121 F.-M. MODERNE, « Les mesures d'ordre intérieur et l'institution carcérale », *RFDA*, 1984, p. 187.

122 Dans ses conclusions, Bruno Genevois était favorable à une progression du contrôle de légalité et donc pour la compétence du juge administratif.

123 Nombreux sont en effet les auteurs qui ont adressé à cette jurisprudence des critiques sévères par exemple : Robert-Édouard CHARLIER, « Circulaires, instructions de service et autres prétendues mesures d'ordre intérieur administrative » *JCP*, n° 1169, 1954) y voyait une « *infirmité du contentieux* » et Marcel WALINE, *Traité de droit administratif*, Paris, Sirey, 1957, p. 447) une « *carence du juge* ».

124 F.-M. MODERNE, « Les mesures d'ordre intérieur et l'institution carcérale » (supra, n° 122).

125 *Ibid.*

126 Il n'est pas inutile de préciser que dans l'ancien régime de placement dans un quartier de haute sécurité, le détenu faisait l'objet d'une surveillance particulière et combiné à l'isolement, pouvaient s'apparenter à des moyens de pression indirects pour obtenir des aveux s'agissant de prévenus par exemple.

purement discrétionnaire, mais était intervenue en application de dispositions précises du CPP¹²⁷. Par conséquent, « *les mesures prises par l'administration à l'encontre de l'usager du service public pénitentiaire ne sont pas des mesures d'ordre intérieur dès lors qu'elles portent atteinte au statut juridique des intéressés* »¹²⁸.

L'assemblée du contentieux du Conseil d'État n'a pas fait sienne les thèses de son commissaire de gouvernement mais l'argumentation de Bruno Genevois sera reprise une dizaine d'années plus tard lorsque le Conseil d'État entamera sa politique de réduction de la catégorie des mesures d'ordre intérieur. Si, dans l'affaire *Caillol*, Bruno Genevois avait souhaité convaincre l'assemblée du contentieux du Conseil d'État de ne retenir la qualification de mesure d'ordre intérieur au regard de considérations juridiques, ses successeurs au pupitre se sont référés aux réalités du milieu carcéral pour appuyer leurs démonstrations, mais se sont également appuyés sur des considérations de droit international et sur des éléments de droit comparé. Ce sont là, des attitudes nouvelles pour le juge administratif qui s'est situé pendant longtemps dans un cadre purement français.

Ainsi, en 1995, dans l'affaire *Marie*¹²⁹, Patrick Frydman a proposé de faire évoluer la jurisprudence sur les mesures d'ordre intérieur en invoquant cinq arguments :

- « *on ne peut manquer d'être sensible aux conséquences préjudiciables qui s'attachent, pour les personnes concernées, au prononcé de sanctions disciplinaires et corrélativement, au considérable progrès du droit que représenterai la soumission de telles mesures au contrôle du juge...les punitions infligées tant aux détenus qu'aux militaires comportent en réalité des effets de droit et de fait qui, non seulement, s'avèrent plus sensibles que ceux de bien d'autres actes dont le juge administratif examine chaque jour la légalité, mais, surtout, rendent à nos yeux indispensable la soumission de telles sanctions à un contrôle juridictionnel...l'on ne peut, de ce point de vue, s'empêcher de voir dans votre jurisprudence actuelle une manifestation d'archaïsme, sinon constitutive – comme il a parfois été dit – d'un véritable déni de justice, du moins difficilement compatible avec les principes de l'État de droit tel qu'il est aujourd'hui entendu* » ;

- « *le revirement jurisprudentiel ainsi rendu nécessaire nous apparaît par ailleurs facilité, en deuxième lieu, par l'évolution récente qu'a connue notre droit en direction d'un rétrécissement du domaine des mesures d'ordre intérieur. La méthode que vous avez adoptée pour ce faire consiste*

127 Les quartiers de sécurité renforcée ont été créés par un décret n°75-402 du 23 mai 1975 modifiant les articles D. 70 et suivants du CPP. Selon l'ancien article D. 70-1, alinéa 2 « *parmi les maisons centrales, des établissements ou quartiers de sécurité renforcée reçoivent les condamnés, qui, par leur personnalité ou leur comportement, ne peuvent pas être affectés ou maintenus dans un autre établissement* ». Ce décret a été abrogé par un décret n° 82-191 du 26 février 1982.

128 Bruno GENEVOIS, concl. sur CE, Ass., 27 janvier 1984, *Min. de la Justice c/ Caillol* (supra, n° 87).

129 En 1995, Patrick FRYDMAN défend la recevabilité du recours pour excès de pouvoir contre une sanction de mise en cellule disciplinaire.

précisément à exclure de cette catégorie les décisions ayant en réalité pour effet de porter une atteinte substantielle aux droits et libertés ou à la situation juridique ou statutaire de leurs destinataires » ;

- « le renversement de votre position traditionnelle nous paraît impliqué, en troisième lieu, par un facteur juridique qui n'est d'ailleurs pas sans lien avec cette évolution plus générale du droit des mesures d'ordre intérieur : les obligations, résultant de certains engagements souscrits par la France et, tout particulièrement, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 » ;

- « parmi les éléments qui militent fortement en faveur de la recevabilité des recours dirigés contre les sanctions disciplinaires figure également, en quatrième lieu, le constat suivant lequel de tels recours sont possibles ...dans la plupart des États comparables au nôtre » ;

- « ce renversement nous paraît par ailleurs favorisé, en cinquième lieu, par la notable évolution sociologique qu'ont connue le milieu pénitentiaire et l'armée dans les dernières décennies, et qui les a conduits tout à la fois à mieux reconnaître les droits de l'individu et à s'ouvrir à un contrôle extérieur ».

Pour Patrick Frydman, l'affirmation d'un droit au recours permettrait le passage du « *détenu-sujet* » au « *détenu-citoyen* »¹³⁰. Le commissaire de gouvernement appelle donc à une nouvelle logique juridique : celle d'un détenu qui, à l'exception de la liberté d'aller et venir, conserve tous les droits puisés dans sa qualité de citoyen.

La dynamique amorcée par Bruno Genevois et les argumentations appuyées de Patrick Frydman ont largement contribué à faire en sorte que la prison ne soit plus « *cette région la plus sombre dans l'appareil de justice* » que décrit Michel Foucault¹³¹ puisque le Conseil d'État suivra les conclusions de Patrick Frydman. Plus encore, les poussées jurisprudentielles ultérieures montreront que les commissaires de gouvernement successifs auront également permis, outre d'investir l'univers pénitentiaire, d'orienter la décision vers une solution plus protectrice contre les atteintes à l'intégrité de la personne détenue.

130 Jean FAVARD, « Le détenu-citoyen », *RPDP*, 1989, n° 3, pp. 255-279.

131 Michel FOUCAULT, *Surveiller et punir*, Paris, Gallimard, p. 297.

§ 2. L'orientation de la décision vers une solution plus protectrice contre les atteintes à l'intégrité de la personne détenue

Raymond Odent affirmait que « *dans le travail collectif [..], le Commissaire du Gouvernement est le seul à exprimer publiquement son opinion, son sentiment et ses raisons. Cette publicité vaut à la fonction d'être réputée à l'origine de toutes les évolutions jurisprudentielles. La réalité est moins tranchée [...]. Cela dépend de l'espèce et des tempéraments en présence* ». De la même manière, Mme Fraysse-Druesnes, commissaire de gouvernement près le tribunal administratif de Nancy, écrivait dans un article que « *La recherche de la conformité du droit n'est pas un drame permanent et la question de l'influence du commissaire de gouvernement se pose surtout pour les affaires délicates impliquant entre autres, une interprétation de texte, un mouvement jurisprudentiel, des implications concrètes graves et inhabituelles* »¹³².

Il arrive bien sûr quelque fois, que les conclusions du commissaire de gouvernement ne soient d'aucune influence, mais en matière pénitentiaire, parce qu'il s'agit d'« *affaires délicates* », impliquant « *des implications concrètes graves et inhabituelles* »¹³³, les conclusions constituent le support nécessaire à l'évolution de la jurisprudence. Nous voudrions pour exemple les conclusions du commissaire de gouvernement Isabelle de Silva dans l'affaire *Zaouiya*.

Nous le savons, en matière d'évolution de la nature de la faute devant être prouvée par le détenu pour engager la responsabilité de l'administration pénitentiaire, l'impulsion originelle de cette évolution est l'arrêt du Conseil d'État *Chabba*. Le revirement jurisprudentiel est intervenu dans des conditions inhabituelles puisque le commissaire du gouvernement, Emmanuelle Prada-Bordenave¹³⁴, n'avait pas conclu à une évolution du régime jurisprudentiel exigeant une faute lourde (dont elle estimait les conditions réunies en l'espèce). Or, dans l'arrêt *Zaouiya*, Isabelle de Silva a clairement orienté la décision vers une solution favorable à la reconnaissance de la faute simple.

Dans ses conclusions, Isabelle de Silva vient préciser le doute qui subsistait quant à la nature de la faute relevée dans l'arrêt *Chabba*¹³⁵. Pour le commissaire de gouvernement, la faute lourde devait être définitivement être écartée de la mise en cause de la responsabilité de l'État au titre du

132 Mme FRAYSSE-DRUESNES, « Du commissaire du gouvernement devant la juridiction administrative », *Les Cahiers du Droit*, t. 2, 1985, p. 52.

133 *Idem*.

134 *Supra* n° 87.

135 Sur les différentes positions doctrinales, *supra* n° 89 à 91.

fonctionnement des établissements pénitentiaires¹³⁶ puisque « *le régime de faute simple est apte à régir l'ensemble des actions indemnitaires fondées sur le fonctionnement du service public pénitentiaire, qu'il s'agisse de la mission de surveillance des détenus, du suivi médical, de l'aménagement des locaux ou des conditions de travail des détenus* ». Au soutien de son argumentation, elle ajoutait que cette acception de la nouvelle nature de la faute était cohérente avec l'évolution qui avait consisté à abandonner la faute lourde, y compris pour des activités de service public difficiles : services d'urgence¹³⁷, service de lutte contre l'incendie¹³⁸. Elle concluait en proposant « *d'écarter le moyen tiré de l'erreur de droit qu'aurait commise la cour¹³⁹ en appliquant un régime de faute simple, en précisant bien l'abandon de l'exigence de la faute lourde* ». Nous connaissons la suite puisque le Conseil d'État a suivi son commissaire de gouvernement en reconnaissant l'exigence de la faute simple pour engager la responsabilité de l'administration pénitentiaire.

L'application de la Conv.EDH aux personnes détenues a conduit à une immersion du juge dans la réalité pénitentiaire et ce, y compris au niveau des juridictions nationales administratives. Alors que la procédure devant la Cour.EDH peut prendre plusieurs mois, voire plusieurs années avant l'examen effectif de la requête par le juge, il existe en droit français, un recours permettant l'intervention rapide du juge administratif pour mettre fin à une atteinte grave et manifestement illégale de l'administration à une liberté fondamentale. Il s'agit du référé-liberté qui, au vu de la jurisprudence, a fortement contribué à faire progresser la protection contre les atteintes à l'intégrité de la personne détenues.

CHAPITRE 2. LA PROGRESSION DE LA PROTECTION CONTRE LES ATTEINTES À L'INTÉGRITÉ DE LA PERSONNE DÉTENUE ENCOURAGÉE PAR LA DYNAMIQUE DU RÉFÉRÉ-LIBERTÉ

Le référé-liberté est ouvert aux personnes détenues faisant ainsi du juge administratif, un « *quasi-administrateur pénitentiaire* »¹⁴⁰ en mesure de protéger l'intégrité des personnes détenues. L'objectif de ce type de recours s'inscrit dans le but de préserver l'intégrité de la personne détenue en ce qu'il entend mettre fin à une atteinte grave, ce que ne peut faire la Cour.EDH dont les arrêts tendent plutôt à compenser *a posteriori*, le préjudice subi par une telle violation sans pour autant

136 Supra n° 94.

137 CE, Sect., 20 juin 1997, *Theux*, Rec. Lebon, p. 253.

138 CE, 29 avril 1998, *Commune de Hannapes*, Rec. Lebon, p. 185.

139 L'arrêt de la cour administrative d'appel de Versailles a été commenté en doctrine (supra, n° 89).

140 Anne JENNEQUIN, « La dignité de la personne détenue » (supra n° 101).

pouvoir y mettre fin au moment où celle-ci intervient¹⁴¹. Le référé-liberté prévu à l'article L. 521-2 du CJA connaît une « *irrésistible ascension* »¹⁴² avec des solutions qui font apparaître une imprégnation de la Conv.EDH (Section 1) ce qui ébranle « *l'image d'un juge des référés marginalisant la norme conventionnelle* »¹⁴³. La jurisprudence du juge administratif apparaît comme particulièrement audacieuse, d'autant qu'elle ne procède pas d'une invitation strasbourgeoise mais de la nécessité de « *répondre à un besoin de protection juridictionnelle exprimé par les justiciables dans les hypothèses où la puissance publique porte gravement atteinte aux libertés* »¹⁴⁴ (Section 2).

Section 1. L'approche par assimilation du principe de dignité dégagé par la Cour européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales

La prise en compte de la Conv.EDH par le juge administratif est conçue comme « *un moyen de développer l'efficacité du référé-liberté et d'aider le juge des référés à remplir sa mission de sauvegarde de la liberté en cause* »¹⁴⁵. La logique de « *banalisation de l'exercice du contrôle juridictionnel de conventionnalité des lois* »¹⁴⁶ s'est imposée dans le contentieux du référé-liberté de sorte qu'aujourd'hui, la Conv.EDH est devenue une source quasi-exclusive d'identification de certaines libertés fondamentales. En effet, et pour ne prendre qu'un exemple, outre le droit à la vie, d'autres droits garantis par la Conv.EDH ont été identifiés comme libertés fondamentales. C'est le cas du droit protégé à l'article 3 de ne pas être soumis à des traitements inhumains ou dégradants, identifié, pour la première fois, comme liberté fondamentale dans l'ordonnance rendue le 22 décembre 2012 relative à l'insalubrité prévalant au centre pénitentiaire des Baumettes¹⁴⁷. Tel qu'il est identifié dans cette ordonnance, ce nouveau droit s'analyse comme un droit à ne pas subir des conditions de détention constitutives d'une atteinte à la dignité humaine. Or, ce droit a été consacré

141 Constat qui peut être nuancé par la possibilité, prévue par l'article 39 du Règlement de la Cour.EDH, d'enjoindre à un État, à la demande d'un requérant, de prendre des mesures ou de s'abstenir d'agir tant que la Cour.EDH ne s'est pas prononcée sur le fond. Néanmoins, dans le cadre du contentieux de la détention, on note que les arrêts de la Cour.EDH interviennent souvent bien après que les faits se sont produits.

142 Aurélie BRETONNEAU et Jean LESSI, « Référé-liberté : l'irrésistible ascension », *AJDA*, 2014, n° 26, p. 1484-1488.

143 Mustapha AFROUKH, « Référé-liberté et Convention européenne des droits de l'homme », *RFDA*, n° 4, pp. 685-696.

144 Olivier LE BOT, *La protection des libertés fondamentales par la procédure du référé-liberté. Étude de l'article L. 521-2 du code de justice administrative*, LGDJ, 2007, p. 9.

145 Mustapha AFROUKH, « Référé-liberté et Convention européenne des droits de l'homme » (supra, n° 144).

146 *Idem*.

147 CE, réf., 22 décembre 2012, *Min. de la Justice c/ Section française de l'OIP* (supra, n° 105).

par la Cour.EDH dans son arrêt *Kudla c/ Pologne*¹⁴⁸.

La reconnaissance de ce droit à ne pas être soumis à des traitements inhumains ou dégradants comme une liberté fondamentale, démontre une parfaite connaissance par le juge des référés, du régime juridique de ce droit au sens de la Conv.EDH et les emprunts se déploient sur deux terrains. Le juge des référés fait siennes des méthodes de la Cour.EDH (§1) et confère au droit à ne pas être soumis à des traitements inhumains ou dégradants comme liberté fondamentale, une « *substance identique* »¹⁴⁹ à celle qui résulte de la jurisprudence de la Cour.EDH (§2).

§ 1. L'appropriation des méthodes

Lorsque le juge du référé-liberté identifie une liberté fondamentale en insistant sur son origine conventionnelle, il s'inspire des méthodes de la Cour.EDH. Nous ne prétendons pas à l'exhaustivité et nous nous contenterons de porter notre analyse sur l'appropriation par le juge des référés, de la technique des obligations positives considérant qu'elle illustre parfaitement l'objet de notre recherche.

L'arrêt *Ville de Paris*¹⁵⁰ expose que « *lorsque l'action ou la carence de l'autorité publique crée un danger caractérisé et imminent pour la vie des personnes, portant ainsi une atteinte grave et manifestement illégale [au droit à la vie], et que la situation permet de prendre utilement des mesures de sauvegarde dans un délai de quarante-huit heures, le juge des référés peut, au titre de la procédure particulière prévue par cet article, prescrire toutes les mesures de nature à faire cesser le danger résultant de cette action ou de cette carence* ». Cette appropriation donne une nouvelle amplitude à l'office du juge des référés et les ordonnances du 22 décembre 2012, la première relative au centre pénitentiaire des Baumettes et du 17 octobre 2014, la seconde relative au centre pénitentiaire de Ducos, en Martinique¹⁵¹, ont étendu la solution de l'arrêt *Ville de Paris* à l'article 3 de la Conv.EDH.

148 « l'article 3 de la Convention impose à l'État de s'assurer que tout prisonnier est détenu dans des conditions qui sont compatibles avec le respect de la dignité humaine, que les modalités d'exécution de la mesure ne soumettent pas l'intéressé à une détresse ou à une épreuve d'une intensité qui excède le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention et que, eu égard aux exigences pratiques de l'emprisonnement, la santé et le bien-être du prisonnier sont assurés de manière adéquate, notamment par l'administration des soins médicaux requis ». Frédéric SUDRE, « L'article 3 bis de la Convention européenne des droits de l'homme : le droit à des conditions de détention conformes au respect de la dignité humaine », *Libertés, justice et tolérance : mélanges en hommage au doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 1499.

149 Mustapha AFROUKH, « Référé-liberté et Convention européenne des droits de l'homme » (supra, n° 144).

150 CE, Sect, 16 novembre 2011, *Ville de Paris*, req. n° 353172, *Recueil Lebon*, p. 552.

151 TA Fort-de-France, réf., 17 octobre 2014, *Min. de la Justice c/ Section française de l'OIP*, req. n° 140673.

Le 22 décembre 2012¹⁵², le Conseil d'État a en ce sens considéré que « *lorsque la carence de l'autorité publique crée un danger caractérisé et imminent pour la vie des personnes ou les expose à être soumises, de manière caractérisée, à un traitement inhumain ou dégradant, portant ainsi une atteinte grave et manifestement illégale à ces libertés fondamentales, et que la situation permet de prendre utilement des mesures de sauvegarde dans un délai de quarante-huit heures, le juge des référés peut, au titre de la procédure particulière prévue par l'article L. 521-2 du CJA, prescrire toutes les mesures de nature à faire cesser la situation résultant de cette carence* ». L'ordonnance rendue le 17 octobre 2014 par le tribunal administratif de Fort-de-France, confirme cette position¹⁵³. L'ordonnance du 30 juillet 2015¹⁵⁴ marque un cran décisif en justifiant le recours à la technique des obligations positives par la spécificité des droits garantis aux articles 2 et 3, droits intangibles protégeant la dignité de la personne humaine.

Aussi, « *le mimétisme* »¹⁵⁵ se retrouve dans les critères qu'énonce le juge des référés pour contrôler les manquements aux obligations positives. Selon la Cour.EDH, « *pour qu'il y ait obligation positive, il doit être établi que les autorités savaient ou auraient dû savoir, sur le moment, l'existence d'un risque réel et immédiat pour la vie d'un individu identifié et (...) et qu'elles n'ont pas pris, dans le cadre de leurs pouvoirs, les mesures qui, d'un point de vue raisonnable, auraient sans doute pallié ce risque* »¹⁵⁶. En se référant principalement au « *danger caractérisé et imminent pour la vie des personnes* » lorsqu'est en cause le droit à la vie ou à l'intégrité physique ou psychique, le juge des référés énonce un critère compatible avec la jurisprudence européenne.

L'emprunt ne porte pas seulement sur les méthodes de contrôle, il concerne également les solutions adoptées.

152 CE, réf., 22 décembre 2012, *Min. de la Justice c/ Section française de l'OIP* (supra n° 105).

153 « qu'eu égard à la vulnérabilité des détenus et à leur situation d'entière dépendance vis-à-vis de l'administration, il appartient à celle-ci, et notamment aux directeurs des établissements pénitentiaires, en leur qualité de chefs de service, de prendre les mesures propres à protéger leur vie, à leur éviter tout traitement inhumain ou dégradant ainsi qu'à protéger leur intégrité physique et morale afin de garantir le respect effectif des exigences découlant des principes rappelés notamment par les articles 2, 3 et 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales; que le droit au respect de la vie, le droit de ne pas être soumis à des traitements inhumains ou dégradants ainsi que le droit à la protection de son intégrité physique et morale constituent des libertés fondamentales au sens des dispositions de l'article L. 521-2 du code de justice administrative ; que, lorsque la carence de l'autorité publique crée un danger caractérisé et imminent pour la vie des personnes ou les expose à être soumises, de manière caractérisée, à un traitement inhumain et dégradant ou portant atteinte à leur intégrité physique et morale, portant ainsi une atteinte grave et manifestement illégale à ces libertés fondamentales, et que la situation permet de prendre utilement des mesures de sauvegarde dans un délai de quarante-huit heures, le juge des référés peut, au titre de la procédure particulière prévue par l'article L. 521-2 précité, prescrire toutes les mesures de nature à faire cesser la situation résultant de cette carence », considérant n° 3.

154 CE, réf., 30 juillet 2015, *Min. de la Justice c/ Section française de l'OIP* (supra n° 106), ordonnance rendue à propos de la surpopulation carcérale à la maison d'arrêt de Nîmes.

155 Mustapha AFROUKH, « Référé-liberté et Convention européenne des droits de l'homme » (supra, n° 144).

156 Cour.EDH, 28 oct. 1998, *Osman c/ Royaume-Uni*, req. n° 23452/94.

§ 2. L'appropriation des solutions

Sans prétendre une nouvelle fois à l'exhaustivité, nous nous concentrerons sur les exemples les plus significatifs relatifs aux atteintes directes (A) et aux atteintes indirectes (B).

A. Les exigences en matière d'atteintes directes

Une illustration est fournie par l'ordonnance rendue par le juge des référés du Conseil d'État le 6 juin 2013 relative à la pratique des fouilles intégrales systématiques sur les détenus. Ayant préalablement pris le soin de viser les principes constitutionnels de la dignité humaine et les droits garantis aux articles 3 et 8 de la Conv.EDH qualifiés de libertés fondamentales¹⁵⁷, le juge des référés se place dans la droite ligne de la jurisprudence européenne relative aux fouilles. La « *filiation jurisprudentielle* »¹⁵⁸ apparaît lorsque l'ordonnance mentionne que « *les nécessités de l'ordre public et les contraintes du service pénitentiaire peuvent légitimer l'application aux détenus d'un régime de fouilles corporelles intégrales* »¹⁵⁹. Or, il ressort de la jurisprudence européenne que la pratique des fouilles intégrales ne pose pas en soi un problème au regard de l'article 3. Dans son appréciation du seuil de gravité, la Cour.EDH se fonde sur le contexte dans lequel elles ont été réalisées et les impératifs liés à la sécurité¹⁶⁰.

La proximité des motivations se retrouve sur le terrain des atteintes passives.

B. Les exigences en matière d'atteintes passives

Les solutions adoptées par le juge des référés dans les situations de carence aux droits protégés par les articles 2 et 3 de la Conv.EDH correspondent avec celles rencontrées dans la jurisprudence européenne. En effet, dans l'ordonnance du 22 décembre 2012¹⁶¹, la référence à la « *vulnérabilité des détenus et (...) leur situation d'entière dépendance vis-à-vis de l'administration* » s'accorde avec l'affirmation avancée par la juridiction européenne selon laquelle « *les obligations des États contractants prennent une dimension particulière à l'égard des détenus, ceux-ci se trouvant entièrement sous le contrôle des autorités : vu leur vulnérabilité, les autorités ont le devoir de les*

157 CE, réf., 6 juin 2013, *Min. de la Justice c/ Section française de l'OIP*, req. n° 368816, considérant n° 4.

158 Mustapha Afroukh, « Référé-liberté et Convention européenne des droits de l'homme » (supra, n° 144).

159 CE, réf., 6 juin 2013, *Min. de la Justice c/ Section française de l'OIP*, (supra, n° 158), considérant n° 7.

160 Cour.EDH, 4 décembre 2003, *Van der Ven c/ Pays-Bas*, req. n° 50901/99, §49.

161 CE, réf., 22 décembre 2012, *Min. de la Justice c/ Section française de l'OIP* (supra, n° 105).

protéger »¹⁶². La Cour.EDH estime que le choix des moyens pour assurer cette obligation relève de la marge d'appréciation de l'État et que la raison tient aux « *difficultés matérielles auxquelles sont confrontées les autorités pénitentiaires ainsi que de l'imprévisibilité du comportement humain* »¹⁶³. Mustapha Afroukh affirme qu'il existe ainsi « *une convergence avec la prise en compte par le juge des référés des moyens dont dispose l'autorité administrative compétente* »¹⁶⁴. On souscrit à cette analyse. L'ordonnance du 30 juillet 2015, dans laquelle le juge ne se montre pas insensible à la diminution du nombre de matelas au sol à la maison d'arrêt de Nîmes malgré les contraintes auxquelles l'administration pénitentiaire doit faire face¹⁶⁵, en est un exemple patent. Les deux ordonnances illustrent « *la relativité de la protection des droits intangibles dans le cadre d'une procédure d'urgence telle que le référé-liberté* »¹⁶⁶.

Le constat est le suivant : le référé-liberté s'est enrichi et a dévoilé de nouveaux visages sous l'effet de l'appropriation de la jurisprudence du juge européen des droits de l'homme. Comme l'illustre plusieurs arrêts, le Conseil d'État s'est pleinement approprié le raisonnement du juge strasbourgeois dans l'application des exigences des articles 2 et 3 de la Conv.EDH à la situation des détenus. Mais au vrai, l'adoption du référé-liberté ne résulte pas de contraintes externes mais de considérations internes.

Section 2. L'approche par renouvellement

La mise en place du référé-liberté n'a aucun lien avec la Conv.EDH. En effet, l'adoption du référé-liberté ne résulte pas de contraintes externes mais plutôt de considérations internes. Comme l'a fait observer le professeur Olivier Le Bot, il s'agissait surtout de « *répondre à un besoin de protection juridictionnelle exprimé par les justiciables dans les hypothèses où la puissance publique porte gravement atteinte aux libertés* »¹⁶⁷. Les exigences européennes n'ont donc aucune influence sur la création de cette nouvelle procédure d'urgence ce qu'illustre parfaitement la

162 Cour.EDH, 27 juillet 2004, *Slimani c/ France* (supra, n° 107), §27.

163 Béatrice BELDA, « L'innovante protection des droits du détenu élaborée par le juge européen des droits de l'homme », *AJDA*, 2009, n° 8, pp. 406-412.

164 Mustapha AFROUKH, « Référé-liberté et Convention européenne des droits de l'homme » (supra, n° 144).

165 En l'espèce, le juge des référés constate que les détenus de la prison de Nîmes étaient soumis à des conditions de détention contraires à l'article 3 de la Conv.EDH en raison d'un taux de sur-occupation très élevé mais conclut qu'il y a seulement lieu « *d'enjoindre à l'administration pénitentiaire de prendre, dans les meilleurs délais, toutes les mesures qui apparaîtraient de nature à améliorer, dans l'attente d'une solution pérenne, les conditions matérielles d'installation des détenus durant la nuit* ».

166 Xavier DUPRÉ DE BOULOIS et Laure MILANO, « Jurisprudence administrative et Convention européenne des droits de l'homme », *RFDA*, 2016, n° 4, pp. 769-776.

167 Olivier LE BOT, *La protection des libertés fondamentales par la procédure du référé-liberté. Étude de l'article L. 521-2 du code de justice administrative* (supra, n° 145).

formulation de principe de la Cour.EDH selon laquelle l'article 13 « *ne va pas jusqu'à exiger une forme particulière de recours* »¹⁶⁸. Or, lorsque l'on connaît l'influence déterminante du référé liberté dans la protection contre les atteintes à l'intégrité de la personne détenue, il convenait de relever que c'est sous l'impulsion du juge administratif que la réforme du 30 juin 2000 des référés et partant, la création du référé-liberté, est née (§1), conduisant à ce que soit qualifié de liberté fondamentale, le droit à l'intégrité physique et psychique de la personne détenue (§2).

§ 1. L'autorité du juge administratif dans la création du référé-liberté

La loi du 30 juin 2000 a réalisé une grande et belle réforme des procédures de référé devant les juridictions administratives. Parmi les procédures d'urgence aménagées, celle du référé-liberté¹⁶⁹ fait figure de « *vedette contentieuse* »¹⁷⁰. L'une des innovations majeures de la loi du 30 juin réside dans la possibilité offerte au juge administratif de l'urgence d'adresser des injonctions à l'administration lorsqu'une liberté fondamentale est menacée par l'administration. Ces prérogatives participent sans aucun doute au succès de ce dispositif dont il convient de rappeler que la réforme dont est issue le référé-liberté a été élaborée « *initiée, discutée et préparée à partir des conclusions du groupe de travail sur les procédures d'urgence constitué au Conseil d'État en novembre 1997, groupe de travail [...] composé, en dehors de deux éminents professeurs de droit administratif*¹⁷¹, *que de magistrats des juridictions administratives, et même essentiellement que de membres du Conseil d'État* »¹⁷². Jean-René Etchegaray ajoutait que le rapport de ce groupe de travail avait « *sans aucune complaisance, dressé l'état actuel de notre droit* »¹⁷³.

Constatant les imperfections du droit des procédures d'urgence devant le juge administratif, dès novembre 1997, le vice-président du Conseil d'État a mis en place un groupe de travail dont la direction a été confiée au président Daniel Labetoulle. Ce groupe de travail a suggéré de renforcer l'efficacité des procédures d'urgence par l'institution d'un véritable juge des référés doté de pouvoirs élargis dans le cadre d'une procédure accélérée et simplifiée. Trois procédures de référés en urgence vont être ainsi instituées. Deux d'entre elles ne sont pas totalement nouvelles et ont pour

168 Cour.EDH, 30 octobre 1991, *Vilvarajah et autres c/ Royaume-Uni*, req. n° 13163/87.

169 Le professeur René Chapus avait suggéré de qualifier ce recours de « *référé-sauvegarde* » (*Droit du contentieux administratif*, Paris, Montchrestien, 1999, p. 1169).

170 Roland VANDERMEEREN,, « La réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif », *AJDA*, 2000, n° 9, p. 712.

171 René CHAPUS et Bernard PACTEAU.

172 Jean-Luc PISSALOUX, « Quelques réflexions dubitatives sur les nouvelles procédures du référé administratif (première partie) », *Droit Administratif*, 2001, n° 10, pp. 4-10.

173 Jean-René ETCHEGARAY, « La réforme des procédures d'urgence ; le nouveau juge des référés administratifs est-il arrivé ? », *Construction-Urbanisme*, 2001, n° 1, pp. 5-10.

objectif de faciliter le prononcé des mesures demandées: il s'agit du référé-suspension qui succède au sursis à exécution caractérisé par l'appréciation restrictive de ses conditions d'octroi et du référé-conservatoire qui est assoupli. La troisième procédure constitue « *l'innovation majeure de cette loi, c'est la procédure du référé-liberté qui répondait à une nécessité: stopper la saisine massive du juge des référés civils sur des champs de compétence relevant du juge administratif* »¹⁷⁴.

La loi du 30 juin 2000, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2001, a répondu aux souhaits, depuis longtemps exprimés, des praticiens du droit et de la doctrine et est venue consacrer pleinement la vocation du juge administratif à agir en urgence. Roland Vandermeeren annonçait en 2002, que « *dans le domaine de la protection des droits fondamentaux par le juge administratif, l'histoire distinguera peut-être deux époques: l'ancienne et la nouvelle, c'est-à-dire avant et après la réforme du référé administratif que vient de réaliser la loi du 30 juin 2000* »¹⁷⁵. Dix-huit ans après, cette supposition est totalement vérifiée car la loi du 30 juin 2000 « *a connu un succès indéniable et a contribué à diffuser largement une culture de l'urgence au sein de la juridiction administrative* »¹⁷⁶. Le juge administratif des référés s'est affirmé, au vu de sa jurisprudence, comme un véritable juge de l'urgence à l'instar de son homologue civil et s'est assigné le rôle d'une véritable juridiction des droits et libertés fondamentaux.

Le cas de la réforme des référés est éclairante : le rôle du juge administratif a été massif voire exclusif. Ce texte a en effet été entièrement rédigé de façon interne au Conseil d'État. Ce sont les propositions de ce groupe de travail¹⁷⁷ qui prépareront le projet dont la loi du 30 juin 2000 est issue¹⁷⁸. La protection des administrés, puisqu'il faut croire que c'est l'unique objectif de cette réforme ainsi élaborée, est de la sorte renforcée au détriment de l'administration pénitentiaire qui se voit contraint à une obligation de protection de l'intégrité physique et psychique de la personne détenue.

174 Julien PIASECKI, *L'office du juge administratif des référés: entre mutations et continuité jurisprudentielle*, Thèse de doctorat, Droit, Toulon, Université de Toulon, 2008, p. 31.

175 Roland VANDERMEEREN, « La réforme du référé administratif », *Regards critiques sur l'évolution des droits fondamentaux de la personne humaine en 1999 et 2000* (supra, n° 15).

176 Maud VIALETTES, Anne COURRÈGES, Aurélie ROBINEAU-ISRAEL, « Les temps de la justice administrative », *Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle, Juger l'administration, administrer la justice*, Dalloz, 2007, p. 842.

177 Conseil d'État, « Rapport du groupe de travail du Conseil d'État sur les procédures d'urgence », *RFDA*, 2000, n° 5, pp. 941-958 ; Bernard PACTEAU, « Vu de l'intérieur : loi du 30 juin 2000, une réforme exemplaire », *RFDA*, 2000, n° 5, pp. 959-962.

178 Gilles DUMONT « La participation du Conseil d'Etat à l'élaboration des règles de procédure de 1806 à 2006 », *Modèles français, enjeux politiques et élaboration des grands textes de procédure en Europe*, Paris, Éditions juridiques et techniques, t. 1, 2007, pp. 285-299.

§ 2. La consécration prétorienne du droit à l'intégrité physique et psychique comme liberté fondamentale

Saisi aux fins de remédier à l'insalubrité prévalant dans le centre pénitentiaire des Baumettes¹⁷⁹, le juge des référés du Conseil d'État reconnaît le droit de ne pas être soumis à un traitement inhumain ou dégradant comme une liberté fondamentale. Jusqu'alors, ce droit ne disposait pas d'une reconnaissance autonome dans le cadre du référé-liberté. Il bénéficiait d'une protection dans le contentieux des décisions fixant le pays de renvoi d'un étranger, en tant qu'élément de la liberté individuelle¹⁸⁰ ou de la liberté personnelle¹⁸¹. Désormais, le droit de ne pas subir de traitements inhumains ou dégradants est consacré en tant que liberté fondamentale à part entière et il trouve sa source à l'article 3 de la Conv.EDH, seul texte le consacrant à être expressément mentionné dans les visas, comme du reste, dans les motifs de l'ordonnance.

L'ordonnance retient également l'attention par le caractère marquant des mesures ordonnées. L'administration pénitentiaire, après s'être vue ordonner par le tribunal de Marseille, de veiller « à ce que chaque cellule soit dotée d'un éclairage artificiel et d'une fenêtre en état de fonctionnement », de « procéder à l'enlèvement des détritiques dans les parties collective et les cellules » et de modifier « la méthode de distribution des plateaux repas jusqu'ici posés à même le sol »¹⁸², s'est ainsi vu enjoindre par le Conseil d'État, de procéder dans les 10 jours suivant la notification de la décision à l'éradication des espèces nuisibles présentes dans les locaux de l'établissement pénitentiaire. Ce recours au juge des référés s'est révélé particulièrement efficace puisque, 5 jours après la décision du Conseil d'État, les opérations de dératisation et de désinsectisation ont effectivement débuté au centre pénitentiaire des Baumettes. De même, par ordonnance du 17 octobre 2014, le tribunal administratif de Fort-de-France procède à la même nature d'injonctions¹⁸³.

Les ordonnances frappent en premier lieu par la qualité des requérants et intervenants. En effet, les recours ont été formés par de nombreuses institutions dont la Section française de l'observatoire international des prisons, le Syndicat des avocats de France, le Conseil national des barreaux, l'Ordre des avocats au barreau de Marseille et le Syndicat de la magistrature, faisant ainsi

179 CE, réf., 22 décembre 2012, *Min. de la Justice c/ Section française de l'OIP* (supra, n° 105).

180 CE, réf., 15 octobre 2001, *Min. de la Justice c/ Hamani*, req. n° 238934.

181 CE, réf., 14 janvier 2005, req. n° 276123.

182 Donia NECIB, « Le tribunal administratif de Marseille prescrit de nouveaux travaux dans la prison des Baumettes », *AJDA*, 2013, p. 80.

183 Maud LÉNA, « Le référé-liberté en matière pénitentiaire : un emplâtre sur une jambe qui n'est pas de bois », *Dalloz actualité*, 29 octobre 2014.

remarquer qu'en 2012 et 2014, le monde judiciaire intervenant en milieu pénitentiaire s'est réuni, avec l'Observatoire international des prisons, autour de cette action. D'autres part, ces décisions ont reçu un écho politique important. Le 8 janvier 2013, au centre pénitentiaire des Baumettes, l'ancienne garde des Sceaux, Christiane Taubira, a exposé sa vision d'une politique pénitentiaire rénovée dont un programme de construction/rénovation d'établissements pénitentiaires¹⁸⁴ ouvrant ainsi, de nouvelles perspectives au référé-liberté. Poursuivant cette voie, l'ancien ministre de la Justice, Jean-Jacques Urvoas, a présenté le 20 septembre 2016¹⁸⁵, un rapport intitulé, « En finir avec la surpopulation carcérale » , et le lancement d'un programme immobilier d'une ampleur sans précédent¹⁸⁶. La procédure du référé-liberté a donc permis « *un changement réel et immédiat que les alertes lancées depuis des années par le personnel pénitentiaire et les autorités de contrôle n'avaient pu provoquer* »¹⁸⁷.

Au-delà du cas du référés-liberté, c'est par une jurisprudence protectrice de l'intégrité de la personne détenue que le juge administratif va devenir le contributeur essentiel de l'élaboration du droit pénitentiaire dans la mesure où ses décisions vont progressivement remplacer le pouvoir législatif défaillant. L'élaboration d'une norme pénitentiaire prétorienne sur mesure voit le jour, à travers une large gamme de procédures de référés, rendant possible l'élaboration d'un ordre juridique pénitentiaire protecteur contre les atteintes à l'intégrité de la personne détenue.

184 Déclaration de Christiane TAUBIRA, garde des Sceaux, ministre de la Justice, sur la situation des prisons et notamment celle de la prison des Baumettes, Marseille, le 8 janvier 2013.

185 Jean-Jacques URVOAS, *En finir avec la surpopulation carcérale*, Rapport du Parlement sur l'encellulement individuel, 20 septembre 2016.

186 33 maisons d'arrêt à hauteur de 3 902 places, 28 quartiers de préparation à la sortie à hauteur de 2 513 places.

187 Olivier LE BOT, « Référé Liberté aux Baumettes : remède à l'inertie administrative et consécration d'une nouvelle liberté fondamentale », *La Semaine Juridique Édition Générale*, n° 4, 2013, pp. 139-142.

PARTIE II. L'ÉLABORATION D'UN ORDRE JURIDIQUE PÉNITENTIAIRE PROTECTEUR CONTRE LES ATTEINTES À L'INTÉGRITÉ DE LA PERSONNE DÉTENUE

La première partie pose la question de l'identité du détenu et révèle que plus qu'un délinquant identifié par définition à son délit, le détenu est une personne humaine pour laquelle le juge administratif a consacré le droit à l'intégrité. Cette seconde partie est consacrée à l'élaboration par le juge administratif, d'un ordre juridique pénitentiaire protecteur contre les atteintes à l'intégrité de la personne détenue en s'appuyant sur les aspects de la détention qui portent atteinte à l'intégrité de cette personne détenue tels que les fouilles, les conditions de détention, les placements à l'isolement et en cellule disciplinaire. L'objet de cette deuxième partie veut couvrir les pratiques pénitentiaires qui ont été encadrées par le juge administratif jusqu'à ce que la loi pénitentiaire consacre ces poussées jurisprudentielles (Chapitre 1). Mais est-ce que les nouvelles exigences d'encadrement normatif du juge administratif ne feraient-elle pas simplement garantir la pérennité du système pénitentiaire au détriment de la personne détenue ? La prison a besoin de droit pour être acceptée mais force est de constater que le traitement juridique élaboré par le juge administratif est freiné par les impératifs de sécurité et d'organisation du service public pénitentiaire (Chapitre 2).

CHAPITRE 1. LES PRESCRIPTIONS DU DROIT ADMINISTRATIF DE LA DÉTENTION DANS LA PROTECTION CONTRE LES ATTEINTES À L'INTÉGRITÉ DE LA PERSONNE DÉTENUE

Si la personne détenue est soumise à l'autorité discrétionnaire de l'administration, elle est également un requérant, qui bénéficie à ce titre des procédures de droit commun qu'offre la loi. Ainsi, il est possible d'effectuer outre des recours urgents dont l'efficacité dans la protection contre les atteintes à l'intégrité de la personne détenue se vérifient dans les procédures de fouilles intégrales systématiques et de placement en cellule disciplinaire, d'autres recours non soumis à l'urgence offrant également de larges possibilités. Il en est ainsi du référé-constat et du référé-provision.

Ces voies de droit n'ont qu'un seul objectif : garantir une protection contre les atteintes à l'intégrité de la personne détenue (Section 1) et les effets qu'elles produisent se sont concrétisés au niveau législatif (Section 2).

Section 1. Les directives garantissant une protection contre les atteintes à l'intégrité de la personne détenue

Le juge administratif des référés est présent dans l'univers pénitentiaire à travers une large gamme de procédures. Il peut ainsi, par le référé-constat, envoyer un expert dans un établissement pénitentiaire aux fins de constater les conditions dans lesquelles le requérant y est détenu¹⁸⁸ ou encore, par le référé-provision, ordonner à l'administration pénitentiaire de verser à un détenu une somme d'argent à titre de réparation du préjudice subi du fait de ses conditions de détention n'assurant pas le respect de la dignité inhérente à la personne humaine¹⁸⁹ (§1). De même, par la mise en œuvre du référé-suspension et du référé-liberté, le juge administratif est venu encadrer certaines pratiques attentatoires à l'intégrité de la personne détenue telles que les procédures de fouilles intégrales systématiques et certains placements en cellule disciplinaire (§2).

§ 1. L'exigence de conditions de détention respectueuses de l'intégrité de la personne détenue

Il n'est pas nécessaire de se précipiter vers une action principale au fond lorsque des recours préalables efficaces sont à la disposition de la personne détenue demanderesse. Il en est ainsi du référé-constat (A), dont la faculté à garantir des conditions de détention dignes est indéniable, et du référé-provision (B), en vue de l'obtention d'une indemnité réparatrice du préjudice subi à la suite de mauvaises conditions de détention en particulier pour le malade et la personne handicapée détenue.

A. L'indéniable efficacité du référé-constat

L'article R. 531-1460 du CJA dispose « *S'il n'est rien demandé de plus que la constatation de faits, le juge des référés peut, sur simple requête qui peut être présentée sans ministère d'avocat et même en l'absence d'une décision administrative préalable, désigner un expert pour constater sans délai les faits qui seraient susceptibles de donner lieu à un litige devant la juridiction. [...]* ». Ce recours offre ainsi la possibilité pour la personne détenue, de faire intervenir un tiers, désigné par le juge, afin qu'il constate les conditions matérielles de détention qu'elle subit.

¹⁸⁸ CE, 28 septembre 2011, *Min. de la Justice c/ Gallois*, req. n° 345309.

¹⁸⁹ CAA Douai, 12 novembre 2009, *Min. de la Justice c/ Turner* (supra, n° 52).

La mission de l'expert désigné par le juge ne semble pas limitée géographiquement à quelques lieux de l'établissement. Ainsi, il peut être missionné pour constater l'état des cellules ordinaires de détention¹⁹⁰ occupés par le requérant au moment de sa demande, mais également de toutes les cellules qu'il a pu occuper pendant sa détention¹⁹¹. Les parties communes sont également au nombre des lieux constatables¹⁹². Le constat peut aussi porter sur une cellule du quartier disciplinaire¹⁹³ de sorte que la preuve des mauvaises conditions de détention au sein d'un quartier jugé « *impénétrable* » est ainsi facilitée par ce mécanisme. Dans la continuité, les cellules du quartier d'isolement ne semblent pas être exclues du champ d'application du référé-constat, tout comme les quartiers arrivants¹⁹⁴. De plus, la procédure de référé-constat peut porter sur des biens immobiliers, tels que les murs de la cellule ou les couloirs des parties communes, mais aussi sur des biens mobiliers. Ainsi l'absence, l'insuffisance ou le mauvais état de la literie ou des matelas dans une cellule sont au nombre des constatations possibles¹⁹⁵, tout comme le fait pour certains détenus d'être contraints de dormir sur des matelas à même le sol. Aussi, le juge considère que l'absence de séparation entre les sanitaires et le reste de la cellule peut être constatée dans le rapport¹⁹⁶, tout comme l'absence ou le défaut de fonctionnement des systèmes de chauffage¹⁹⁷.

À la lecture des différentes jurisprudences, on relève qu'« *En désignant un tiers afin qu'il constate sans limite de lieux les conditions de détention, le juge contribue indéniablement à rétablir quelque peu l'égalité des armes entre le détenu et l'administration pénitentiaire* »¹⁹⁸.

Autrefois considéré comme « *le parent pauvre du contentieux administratif* », le référé-provision est désormais considéré comme « *un outil efficace fréquemment utilisé* »¹⁹⁹. En effet, il offre la possibilité de contester des conditions de détention incompatibles avec la condition de malade ou de handicapé et finalement d'obtenir une indemnisation.

190 TA Nantes, 19 juillet 2004, req. n° 0403193.

191 CE, 26 janvier 2012, *Min. de la Justice c/Barbotin*, req. n° 349874.. En l'espèce, le constat a été effectué sur les six cellules de détention ordinaire, occupées successivement par le détenu.

192 Martine HERZOG-EVANS, « Conditions de détention : la vigilance des juges administratifs », *AJ Pénal*, 2004, n°11, pp. 413-414. Il peut s'agir des douches, des sanitaires, des parloirs ou encore de l'infirmerie.

193 TA Clermont-Ferrand, 1^{er} mars 2004, *Min. de la Justice c/ Korber*, req. n° 0040204. Bien qu'en l'espèce il s'agisse d'un référé mesures-utiles issu de l'article L. 521-3 du CJA, le même raisonnement peut être transposé au référé-constat.

194 CAA Nantes, 5 janvier 2012, req. n° 11NT01534 et n° 11NT01533.

195 TA, Nantes, 19 juillet 2004 (supra, n° 191).

196 TA, Rouen 27 mars 2008, *Min. de la Justice c/ Donat* (supra, n° 53).

197 TA, Clermont Ferrand, 1^{er} mars 2004 (supra, n° 194). Bien qu'en l'espèce il s'agisse d'un référé mesure utiles issu de l'article L. 521-3 du CJA, le même raisonnement semble être transposable au référé constat.

198 Guillaume FAUGÈRE, *L'accès des personnes détenues aux recours : étude de droit administratif* (supra, n° 78), p. 145.

199 Charles-André DUBREUIL, « Le référé-provision, référé administratif au fond ? », *RFDA*, 2007, n° 5, pp. 1005-1018.

B. Les conditions de détention incompatibles avec la condition de malade ou de handicapé dans le contentieux du référé-provision

L'article R. 541-1 du CJA dispose que : « *Le juge des référés peut, même en l'absence d'une demande au fond, accorder une provision au créancier qui l'a saisi lorsque l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable. Il peut, même d'office, subordonner le versement de la provision à la constitution d'une garantie [...]* ». Si le juge administratif accepte de contrôler les demandes de constat de personnes valides, il accepte également de contrôler les demandes de constat des personnes détenues handicapées ou malades²⁰⁰. À cet égard, il juge recevable la demande de provision introduite par des détenus handicapés physiques, qu'ils soient en fauteuil roulant²⁰¹ ou qu'ils se déplacent en béquille²⁰², dès lors qu'ils ont été détenus dans des cellules non adaptées à leur handicap. Il en est de même pour les demandes émanant de détenus atteints de troubles psychologiques²⁰³. Le juge peut considérer dans ce cas que la demande de provision est recevable s'agissant d'une part du préjudice consécutif « *aux conditions de détention matérielles indignes* », et d'autre part s'agissant de « *l'absence de soins et de prise en charge adaptée à l'état de santé du demandeur* », en l'occurrence, la schizophrénie.

Le juge administratif s'attelle également à encadrer les pratiques pénitentiaires attentatoires à l'intégrité des personnes détenues.

§ 2. L'encadrement de certaines pratiques attentatoires à l'intégrité de la personne détenue

La personne détenue a du mal à prouver que l'atteinte à son intégrité est excessive au point de caractériser une situation d'urgence ou une atteinte grave et manifestement illégale à ses libertés fondamentales. Il convient toutefois de réserver, au sein des décisions pénitentiaires, le cas des régimes de fouilles intégrales systématiques et des procédures de placement en cellule disciplinaire qui ne font pas l'objet du même traitement contentieux de la part du juge des référés que d'autres mesures. Les procédures d'urgence à leur encontre connaissent en effet un plus grand succès (A) que celles introduites à l'égard des procédures d'isolement (B).

200 CE, 1^{er} juillet 2009, *Min. de la Justice c/ Mouisel*, req. n° 308925. En l'espèce, il s'agissait d'un détenu atteint d'une leucémie.

201 CE, 6 décembre 2013, req. n° 363290, n° 363291, n° 363293, et n° 363294. En l'espèce, rejet de la demande de provision.

202 CE, 6 décembre 2013, *Min. de la Justice c/ M. B.*, req. n° 363292.

203 CAA Douai, 7 janvier 2013, req. n° 12DA01478.

A. L'affirmation du droit à l'intégrité dans les procédures de fouille et de placement en cellule disciplinaire

À l'approche bienveillante de l'atteinte à l'intégrité résultant de régimes de fouilles intégrales (1) succède les hypothèses de placement en cellule disciplinaire (2).

1. La remise en cause des fouilles intégrales systématiques

Ces régimes de fouilles intégrales systématiques occupent une place à part dans la jurisprudence. Compte tenu de leur caractère par nature humiliant et avilissant, le juge des référés admet régulièrement l'urgence à intervenir (a) ou l'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale (b).

a. La reconnaissance d'une atteinte grave et immédiate à la dignité de la personne détenue dans le contentieux du référé-suspension : la jurisprudence Théron

Le simple fait d'introduire un référé-suspension peut permettre de faire suspendre un acte, le plus souvent réglementaire²⁰⁴. L'administration pénitentiaire a tendance à prendre et exécuter des notes, en particulier celles relatives aux fouilles intégrales systématiques, qu'elle sait illégales, et c'est en cette matière que le référé-suspension s'est exprimé avec la plus grande force, aidé en cela par la loi pénitentiaire²⁰⁵. L'article 57 de la loi pénitentiaire a permis au juge administratif d'annuler les notes de chefs d'établissement prévoyant la fouille systématique des détenus à la sortie des parloirs. Pour contourner cette interdiction légale, certains chefs d'établissement ont mis en place un système de fouilles aléatoires. Dans la jurisprudence *Théron*²⁰⁶, le juge administratif a contrôlé ce nouveau système et a considéré qu'il y avait urgence à suspendre la note du chef d'établissement. Pour ce faire, il a examiné à la fois le contenu de la note et son application au regard de la situation du requérant. En l'espèce, la note prévoyait que les fouilles étaient effectuées en moyenne une fois sur deux passages. Le requérant qui demandait la suspension de la note bénéficiait d'un parloir par semaine, il était donc un usager régulier des parloirs, susceptible de subir prochainement une fouille. Le juge a retenu l'urgence à suspendre au sens de l'article L. 521-1 du CJA dans la mesure

204 CE, réf., 12 janvier 2004, *Min. de la Justice c/ Section française de l'OIP*, req. n° 274117, à propos d'un référé-suspension contre une note organisant les escortes pénitentiaires lors des extractions médicales, abrogée postérieurement à la requête et antérieurement à la décision du juge.

205 Loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire (supra n° 23).

206 CE, 26 septembre 2012, *Min. de la Justice c/ Théron*, req. n° 359479.

où ces fouilles, à l'imminence probable, préjudicient de manière grave et immédiate à la dignité des détenus.

b. Le caractère quotidien des fouilles intégrales et la situation d'urgence reconnue en sens du référé-liberté

L'urgence à statuer au sens de l'article L. 521-2 du CJA répond à des exigences spécifiques de preuves. L'arrêt *El Shennawy* daté du 14 novembre 2008²⁰⁷, suivi par l'arrêt *Dezaire*²⁰⁸, est significatif des difficultés que peuvent rencontrer les personnes détenues à prouver l'urgence à statuer dans un délai de 48 heures. Le requérant est un détenu soumis à un régime spécifique de fouilles puisqu'il fait l'objet, lors de chaque extraction judiciaire, entre 4 et 8 inspections anales, systématiquement filmées et pratiquées par des hommes cagoulés. En l'espèce, le juge rejette la condition d'urgence. Il considère « *qu'il n'est pas établi, ni même allégué, que M. El Shennawy devrait faire prochainement l'objet d'une extraction à laquelle le régime litigieux s'appliquerait* ». Ainsi le fait que le détenu n'ait pas à subir prochainement une extraction judiciaire, suffit au juge pour écarter l'urgence à suspendre.

Dans l'arrêt *Dezaire*²⁰⁹ daté du 9 septembre 2011, le requérant subissait après chaque parloir, une fouille intégrale systématique. En l'espèce, le juge considère que « *s'agissant d'une fouille limitée aux occasions de contacts du détenu avec l'extérieur soit, pour M. A, une fois par quinzaine quand il est autorisé à rencontrer ses parents au parloir, la mesure contestée ne suffit pas à établir une situation d'urgence particulière justifiant une décision du juge des référés dans les quarante-huit heures [...]* ». Le juge affirme ainsi que le détenu n'établit pas l'existence d'une urgence particulière dans la mesure où il bénéficie de parloirs une fois tous les 15 jours, et que le prochain parloir n'est pas prévu prochainement. L'urgence à statuer dans un délai de 48 heures n'est donc pas constituée.

Notons qu'il est possible de voir dans cet arrêt un rejet prétorien constructif dans la mesure où le détenu et son conseil ont tiré les conséquences du rejet de la requête. En effet, ils ont, quelques jours plus tard, à nouveau saisi la juridiction administrative, cette fois, de l'article L. 521-1 du CJA afin que soit suspendue la décision de fouilles systématiques, ce qu'ils ont finalement obtenu²¹⁰.

207 CE, 14 novembre 2008, *Min. de la Justice c/ El Shennawy*, req. n° 315622.

208 CE, réf., 9 septembre 2011, *Min. de la Justice c/ Dezaire*, req. n° 352372.

209 *Ibid.*

210 TA Marseille, réf., 16 septembre 2011, n° 1105921.

Dans sa thèse, Guillaume Faugère explique que les termes employés par le juge dans l'ordonnance de rejet ont orienté « *le détenu vers cette procédure et ainsi facilité l'accès à cette voie de droit tout en contribuant à son efficacité* »²¹¹.

En revanche, dès lors que la preuve d'une extrême urgence est rapportée, le juge peut sans difficulté la retenir tel a été le cas dans l'arrêt *Gutknecht*²¹² daté du 2010. En l'espèce, à l'instar de M. El Shennawy, M. Gutknecht était soumis à un régime de fouilles spécifique après chaque promenade. Ces dernières étant quotidiennes, les fouilles intégrales l'étaient également. Le Conseil d'État a indiqué « *que si les nécessités de l'ordre public et les contraintes du service public pénitentiaire peuvent légitimer l'application à un détenu d'un régime de fouilles corporelles intégrales répétées, c'est à la double condition, d'une part, que le recours à ces fouilles intégrales soit justifié, notamment, par l'existence de suspicions fondées sur le comportement du détenu, ses agissements antérieurs ou les circonstances de ses contacts avec des tiers et, d'autre part, qu'elles se déroulent dans des conditions et selon des modalités strictement et exclusivement adaptées à ces nécessités et ces contraintes* ». Il a poursuivi en précisant « *que le caractère quotidien des fouilles corporelles en cause crée une situation d'urgence au sens de l'article L. 521-2* » et « *qu'aux termes de l'article 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants* »²¹³. L'imminence des prochaines fouilles a permis au juge de suspendre en urgence la mesure.

Cette progression jurisprudentielle en faveur d'un usage limité et raisonné des fouilles intégrales systématiques s'est achevée le 12 juillet 2012. Le Conseil d'État exposait que : « *les mesures de fouilles ne sauraient revêtir un caractère systématique et doivent être justifiées par la présomption d'une infraction ou par les risques que le comportement des personnes détenues fait courir à la sécurité des personnes et au maintien du bon ordre de l'établissement et, d'autre part, que les fouilles intégrales revêtent un caractère subsidiaire par rapport aux fouilles par palpation ou à l'utilisation de moyens de détection électronique* »²¹⁴. Les pouvoirs publics ont entendu le juge administratif. D'abord, l'administration pénitentiaire elle-même a entendu se conformer à la règle de droit en adoptant une note de la direction de l'administration pénitentiaire le 11 juin 2013,

211 Guillaume FAUGÈRE, *L'accès des personnes détenues aux recours : étude de droit administratif* (supra, n° 78), p. 460.

212 CE, réf., 20 mai 2010, *Min. de la Justice c/ Gutknecht*, req. n° 339259.

213 *Ibid.*

214 CE, 11 juillet 2012, *Min. de la Justice c/ Section française de l'OIP*, req. n° 347147.

laquelle a enjoint aux chefs d'établissements d'appliquer la loi pénitentiaire²¹⁵. Ensuite, c'est le ministère de la Justice le 15 novembre 2013, qui est venu rappeler aux services pénitentiaires la prohibition du caractère systématique des fouilles intégrales²¹⁶.

Quid des procédures de placement en cellule disciplinaire ?

2. Les hypothèses de placement en cellule disciplinaire

À l'analyse détaillée de la jurisprudence, le juge administratif peut être amené à reconnaître une atteinte spécifique à la santé de la personne détenue placée en cellule disciplinaire, que ce soit dans le contentieux du référé-suspension (a) ou du référé-liberté (b).

a. La reconnaissance d'une atteinte spécifique à la santé de la personne détenue dans le contentieux du référé-suspension : la jurisprudence *Kidher*

Lorsqu'une personne détenue souhaite agir en urgence, elle peut saisir le juge des référés sur le fondement de l'article L. 521-1 du CJA relatif au référé-suspension. L'intérêt de cette procédure réside dans le fait que le juge admet plus facilement l'urgence dans la mesure où elle s'apprécie au regard de la « *nécessité pour le détenu de bénéficier à très bref délai d'une mesure provisoire* »²¹⁷, et non dans un délai de 48 heures, exigence réservée au référé-liberté.

Dans l'affaire *Khider*, le tribunal administratif de Melun a suspendu les décisions sanctionnant M. Khider de plusieurs jours de cellule disciplinaire²¹⁸. Il considère qu'il y a urgence dans la mesure où une telle sanction a des effets graves sur la santé du détenu qui a en outre développé des pathologies physiques et psychiatriques du fait de son isolement prolongé²¹⁹. L'urgence est ainsi caractérisée par la preuve de l'atteinte spécifique à la santé du détenu. Il n'est donc pas impossible de prouver l'urgence à suspendre au sens de l'article L. 521-1 même si le seuil de gravité de l'atteinte nécessaire à son existence paraît élevé.

215 Note DAP du 11 juin 2013 relative aux fouilles à nu des détenus, *Dedans-Dehors*, octobre 2013, n° 81, p. 17.

216 Note DAP du 15 novembre 2013 relative aux moyens de contrôle des personnes détenues, *BOMJ* n° 2013-12 du 31 décembre 2013.

217 TA Paris, réf., 20 juin 2006.

218 TA Melun, 1^{er} avril 2008, *Min. de la Justice c/ Kidher*, req. n° 802164.

219 Dans son considérant 4, le juge des référés explique que M. Kidher a été placé en cellule disciplinaire le 10 mars 2008 et devait y demeurer jusqu'au 9 avril 2008. Or, le juge des référés estime que doit être prise en compte la gravité de ce placement en cellule disciplinaire pendant une durée de 30 jours sur la santé physique et mentale de la personne soumise à un tel traitement dans la mesure où l'intéressé avait développé à l'intérieur de la prison une pathologie invalidante de l'appareil musculo-squelettique qui pouvait être rattachée à ses conditions particulière d'incarcération.

b. La reconnaissance d'une atteinte spécifique à la santé de la personne détenue et de la gravité de la sanction disciplinaire infligée dans le contentieux du référé-liberté

S'il est difficile pour les personnes détenues d'apporter la preuve au juge qu'il y a urgence à statuer dans un délai de 48 heures, une telle obligation n'est pas insurmontable dans la mesure où le juge administratif est enclin à élargir son contrôle des éléments susceptibles de caractériser l'urgence, facilitant ainsi l'apport d'une telle preuve par les détenus. L'urgence peut ainsi être matérialisée par la preuve de circonstances particulières attestant d'une atteinte grave et illégale à la santé physique et psychique de la personne détenue²²⁰. C'est en l'occurrence, la durée extrêmement longue de la sanction de placement en cellule disciplinaire qui a permis au juge de retenir une telle solution.

Un jugement du tribunal administratif de Grenoble rendu en 2009 semble conforter ce constat tout en l'élargissant. Condamné à 15 ans de réclusion criminelle et libérable en 2015, M. H a été incarcéré au centre de détention de Varennes-le-Grand au titre d'un rapprochement familial. Le 13 novembre 2009, les détenus de cet établissement ont refusé de remonter de promenade afin de protester contre l'instauration d'un régime différencié. Considéré comme l'instigateur de ce mouvement, M. H a été transféré le 2 décembre 2009 au centre pénitentiaire de Saint-Quentin-Fallavier. Dès son arrivée, M. H a assisté à une violente altercation entre un détenu et le personnel de surveillance et a insulté les surveillants. Ces propos à l'encontre des agents présents ont été considérés par le président de la commission de discipline comme des menaces et insultes. Le 4 décembre, celui-ci a prononcé à son encontre une sanction disciplinaire de trente jours de quartier disciplinaire. Le même jour, M. H. a tenté de se pendre dans sa cellule. L'intervention rapide d'un surveillant a permis d'éviter le pire, cependant la direction de l'établissement a maintenu la sanction, non sans l'avis favorable des services médicaux, se contentant d'appliquer une surveillance adaptée se matérialisant par retrait des vêtements et de la literie contre remise d'un pyjama déchirable. Le 14 décembre 2009²²¹, M. H. a déposé une requête en référé-liberté devant le tribunal administratif de Grenoble. Le tribunal a précisé que la gravité de la sanction disciplinaire

220 TA Melun, réf., 1^{er} avril 2008 (supra, n° 219).

221 TA Grenoble, 16 décembre 2009, req. n° 0905563. Éric PECHILLON, « Première application de la loi pénitentiaire en référé : une obligation pour l'administration pénitentiaire de tirer toutes les conséquences du nouveau cadre législatif », *AJ Pénal*, 2010, n°2, pp. 93-94.

infligée à un détenu additionnée à la tentative de suicide déjà commise par ce dernier, sont de nature à caractériser une situation d'urgence au sens de l'article L. 521-2 du CJA²²².

Pourtant, si le juge administratif peut se montrer protecteur de l'intégrité des personnes détenus en matière de fouilles intégrales systématiques ou de placement en cellule disciplinaire, l'analyse détaillée de sa jurisprudence montre un certain affadissement de ce droit dans les procédures d'isolement.

B. L'affadissement du droit à l'intégrité dans les procédures d'isolement

Dans l'arrêt *Kidher* daté du 26 janvier 2007, le juge administratif fait une appréciation singulière de l'urgence au sens du référé-suspension²²³. Il considère en effet, qu'il n'y a pas urgence à suspendre la décision prolongeant l'isolement de M. Kidher dans la mesure où si « *les certificats médicaux produits, attestent de l'existence de troubles, ils ne suffisent pas à établir qu'ils seraient d'une gravité telle qu'elle caractériserait une situation d'urgence* ». Concluons que l'existence de certificat médicaux ne suffit pas à convaincre le juge qu'il y a une atteinte grave et immédiate, et donc urgente, alors même qu'ils font état de troubles dont la réalité n'est pas contestée. Cela démontre la difficulté pour les détenus de prouver l'urgence.

De même, en 2012, M. Khider contestait une nouvelle décision relative à son maintien à l'isolement²²⁴. Le juge précise qu'en matière d'isolement, il peut prendre en compte la durée de l'isolement pour apprécier l'urgence, et la rejette en l'espèce en prenant en compte le profil pénitentiaire du détenu. Il considère que ce détenu a déjà été détenu durant de nombreuses années à l'isolement. Il est donc habitué à ce régime de détention. Ainsi, ce nouveau placement à l'isolement ne suffit pas à caractériser l'urgence dans la mesure où M. Kidher a déjà eu à subir de telles conditions de détention. Cette jurisprudence nous apporte un nouvel élément : l'habitude qu'a le détenu d'être détenu au sein de ce quartier où il est isolé, justifie le fait qu'il puisse à nouveau endurer cet isolement.

222 « *Que la gravité de la sanction prononcée à l'encontre de [M. H.], sanction la plus sévère susceptible d'être infligée à un détenu, pour la durée maximale d'ores et déjà applicable en vertu des dispositions de l'article 726 du code de procédure pénale, dans sa rédaction issue de la loi susvisée du 24 novembre 2009, et alors que les faits reprochés sont exempts de toute violence physique, tout autant que les effets du maintien de cette décision, après que l'intéressé eut tenté de mettre fin à ses jours, sont de nature à caractériser suffisamment une situation d'urgence au sens des dispositions de l'article L. 521-2 du code de justice administrative* ».

223 CE, 26 janvier 2007, *Min. de la Justice c/ Khider*, req. n° 299267.

224 CE, 1^{er} février 2012, *Min. de la Justice c/ Khider*, req. n° 350899.

Malgré les apports incontestables du juge administratif, il fallait une réponse politique de nos gouvernants pour concrétiser les solutions dégagées par le juge du Palais Royal. La loi du 24 novembre 2009 est une bonne illustration de cette concrétisation à la fois, et même s'il s'agit d'un aspect symbolique, en faisant évoluer la dénomination de « détenu » en « personne détenue » et surtout, en reconnaissant à cette personne détenue, le statut d'usager du service public pénitentiaire, ce qui emporte nécessairement des conséquences sur le terrain de la protection de sa sécurité.

Section 2. La concrétisation des prescriptions du droit administratif de la détention : le législateur du 24 novembre 2009 pénétré par l'esprit des juges du Palais Royal

La prison ne fait bien souvent pas partie des priorités du pouvoir politique en place. Améliorer les conditions de vie de la population pénitentiaire, lorsque celles de l'ensemble des personnes en liberté demandent aussi à être reconsidérées entraîne inévitablement des choix à arbitrer de la part des gouvernements, lesquels ne peuvent pas non plus se défaire de la pression électorale. Les électeurs que nous sommes ne demandent pas spécialement à ce que soient améliorées les établissements pénitentiaires ; tout au plus peuvent-ils souhaiter que leur sécurité soit mieux assurée. Pourtant, « *L'exercice d'une mission de sécurité publique ne devrait pas se faire au détriment de la dignité humaine. La détention devrait être la privation de liberté et rien d'autre. [...]* »²²⁵. Le juge administratif peut précisément agir sur ce point en permettant que la personne détenue soit reconsidérée comme une personne humaine. La loi pénitentiaire conforte cette évolution en considérant les individus placés sous la responsabilité de l'administration pénitentiaire comme des personnes (§1) leur attribuant le statut d'usager du service comme les personnes libres (§2).

§ 1. Considérer la personne détenue indépendamment du motif de condamnation

Dans la période antérieure à 1995, le principal objectif de l'institution pénitentiaire était « *la maîtrise du comportement des détenus, le calme des établissements et pour ce faire, l'autonomie secrètement gardée de l'administration pénitentiaire dans l'accomplissement de telles missions* »²²⁶. Si les années qui allaient suivre seraient consacrées au contrôle des juges sur ses activités du fait de la régression continue de la notion de mesure d'ordre intérieur et d'une redéfinition de la faute

²²⁵ Marie-Julie BERNARD, *L'administration pénitentiaire française et l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme : étude du processus de « réception administrative » de la norme supranationale*, Thèse de doctorat, Droit, Grenoble, Université de Grenoble, 2005, p. 7.

²²⁶ Martine HERZOG-ÉVANS, « Loi pénitentiaire numéro 2009-1436 du 24 novembre 2009 : changement de paradigme pénologique et toute puissance administrative », *Dalloz*, 2010, n° 1, pp. 31-38.

susceptible d'engager la responsabilité de l'administration pénitentiaire, elles allaient surtout consacrer la pénétration du droit dans l'activité pénitentiaire ce dont témoigne la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009²²⁷ en consacrant pour la première fois dans un texte législatif « les droits et devoirs de la personne détenue ». À l'occasion d'une conférence de presse organisée par le Conseil d'État le 17 décembre 2008 sur l'« évolution de la jurisprudence administrative concernant les droits des personnes détenues, Mattias Guyomar déplorait que « *tout ce qui relev[ait] de la vie en détention ét[ait] réglementaire* » et exprimait le souhait que « *le rehaussement des normes pénitentiaires* » trouve sa place dans la loi pénitentiaire²²⁸. Son souhait sera exaucé le 24 novembre 2009 par l'adoption de la loi pénitentiaire qui a entendu remplacer le terme de « détenu » par « personne détenue » et ce changement de dénomination a, nous semble-t-il, couronné l'évolution juridique de ces personnes.

Dans son chapitre troisième du titre premier, la loi pénitentiaire dit, des conditions de détention dans lesquelles la personne détenue doit vivre sa peine privative de liberté que : « *L'administration pénitentiaire garantit à toute personne détenue le respect de sa dignité [...]* ». Ainsi, si la peine privative de liberté doit permettre de prendre en charge des détenus, l'idée que l'administration pénitentiaire doit aussi et avant tout, prendre en charge des personnes est intégrée. Par ce changement de dénomination, la loi pénitentiaire appelle donc un réajustement du discours pénitentiaire. Il ne s'agit plus seulement de surveiller des détenus mais de concevoir la détention comme un lieu où vivent des personnes, de passer d'un discours où le délinquant serait à la marge de l'humanité à une vision dynamique, en se demandant comment et dans quelle condition la personne détenue doit être maintenue en détention.

Ce changement de dénomination connaît une importance sur le terrain de la responsabilité puisque désormais, la loi pénitentiaire admet une responsabilité sans faute de l'administration. Sur ce point, le législateur de 2009 est allé plus loin que le juge administratif en disposant que : « *Même en l'absence de faute, l'État est tenu de réparer le dommage résultant du décès d'une personne détenue causé par des violences commises au sein d'un établissement pénitentiaire par une autre personne détenue* »²²⁹. De toute évidence, cette disposition vise à contraindre l'administration à repenser le statut de l'individu incarcéré : plus qu'un détenu, il est une personne donc un usager du service public comme les autres.

227 Loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire (supra n° 23).

228 Pour le Conseil d'État, la loi doit garantir les droits des détenus (Le Monde, 19 décembre 2008).

229 Article 44 de la loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire.

§ 2. Faire de la personne détenue un usager du service public comme les autres

S'agissant particulièrement des personnes détenues, « *Le principe de dignité [...] permet de rappeler avec force que ces individus ne sont pas exclus de la communauté humaine* »²³⁰. Alors que la mise à l'écart de la société par la peine privative de liberté pourrait induire une mise à l'écart de l'humanité, laquelle justifierait donc des atteintes à l'intégrité à l'encontre des personnes détenues, la mobilisation par le juge administratif, du principe de dignité humaine, permet à ces personnes de se « *ré-approprier leur part d'humanité* »²³¹. S'inscrivant dans cette perspective, la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 est venue proclamer un droit à la sécurité (A) et finalement, consacrer un statut de détenu, usager du service public pénitentiaire (B).

A. La réception de l'exigence de sécurité dans l'article 44

Avant 1995, la sécurité servait la justification juridique des restrictions apportées au droit à l'intégrité de la personne détenue. En 1975, les quartiers de haute sécurité (QHS) voient le jour avant d'être fermés en 1982 et la construction d'établissements pénitentiaires depuis 1987 sur des règles de sécurité maximale, reposant sur une technologique omniprésente (multiplication des caméras, des sas) et des pratiques systématiques (fouilles) en sont des exemples. Cette approche de la mission de sécurité de l'administration pénitentiaire était justifiée puisqu'elle visait à assurer une sécurité optimale dans les établissements pénitentiaires, en prévenant les évasions, les mutineries, les violences et les dégradations mais aussi les suicides.

À partir de 1995, et le rattachement par le juge administratif des personnes détenues à la catégorie des personnes vulnérables²³², la nouvelle conception de la sécurité devient beaucoup plus contraignante pour l'administration pénitentiaire. Cette nouvelle conception est justifiée par « *l'obligation qui pèse sur tout institution, publique ou privée accueillant du public de tout mettre en œuvre pour garantir le respect des droits individuels* »²³³ comme le droit à l'intégrité. En 2009, la loi pénitentiaire s'est fait l'écho de cette nouvelle conception de la sécurité en consacrant l'article

230 Jean-Michel LARRALDE, Communication présentée lors du Colloque inaugural du séminaire de recherche « Enfermements, Justice et Libertés dans les sociétés contemporaines », de l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 15 septembre 2009.

231 Pauline ALBERT, *La protection de la dignité de la personne détenue par la Cour européenne des droits de l'homme*, (supra, n° 102).

232 V° notamment, CE, réf., 22 décembre 2012, *Min. de la Justice c/ Section française de l'OIP*, req. n° 364584 et TA Fort-de-France, réf., 17 octobre 2014, *Min. de la Justice c/ Section française de l'OIP*, req. n° 140673.

233 Éric PÉCHILLON, *Sécurité et droit du service public pénitentiaire* (supra, n° 75), p..

44²³⁴ qui témoigne de la volonté du législateur d'opérer un rapprochement entre le statut de détenu et le statut de citoyen détenteur de droits²³⁵.

B. L'admission du statut de détenu usager du service public pénitentiaire dans l'article 2

L'article 2 de la loi pénitentiaire contient une définition renouvelée du service public pénitentiaire : « *Le service public pénitentiaire participe à l'exécution des décisions pénales. Il contribue à l'insertion et à la réinsertion des personnes qui lui sont confiées par l'autorité judiciaire, à la prévention de la récidive et à la sécurité publique dans le respect des intérêts de la société, des droits des victimes et des droits des personnes détenues [...]* ». L'énoncé de droits des personnes détenues semble militer en faveur de la reconnaissance du statut d'usager du service public pénitentiaire.

Pour certains auteurs à l'instar d'Éric Péchillon, le doute n'est pas permis puisqu'il considère que le détenu est placé dans une situation administrative légale et réglementaire qui lui confère *ipso facto* le statut d'usager : « *Les conditions pour reconnaître la qualité d'usager au détenu sont réunies au regard des conditions de sa prise en charge et de ses relations quotidiennes avec le service public* »²³⁶. Il est difficile en effet de ne pas voir dans les différentes missions de l'administration pénitentiaire une activité de prestations. Mais Éric Péchillon ajoutait que « *Le statut d'usager incarcéré ne sera véritablement complet lorsque tous les droits seront ainsi déclarés* »²³⁷. Les droits des personnes détenues ayant été consacrés dans une loi, ne faut-il pas en déduire la reconnaissance de ces personnes le statut d'usager du service public pénitentiaire ? Nous plaidons pour cette thèse d'autant que le décret n° 2010-1711 du 30 décembre 2010 portant Code de déontologie du service public pénitentiaire²³⁸ rappelle l'obligation d'information sur les droits et devoirs des personnes détenues qui pèse sur le personnel de l'administration pénitentiaire. En outre, il incombe à tous les acteurs du service public pénitentiaire de protéger leur vie et leur santé²³⁹. Le Code de déontologie poursuit en imposant au personnel de l'administration pénitentiaire, lors de la première affectation de prêter serment : « *Je jure de bien et loyalement remplir mes fonctions et*

234 « *L'administration pénitentiaire doit assurer à chaque personne détenue une protection effective de son intégrité physique en tous lieux collectifs et individuels [...]* ».

235 « *Le maître mot des réformes projetées est le rapprochement du statut des détenus du statut de citoyen libre* » (Dan KAMINSKI et Olivier DE SCHUTTER, *L'institution du droit pénitentiaire: enjeux de la reconnaissance de droits aux détenus*, Bruxelles Paris, Bruylant LGDJ, 2002, p. 293).

236 Éric PÉCHILLON, *Sécurité et droit du service public pénitentiaire* (supra, n° 75), p. 152.

237 *Ibid.*

238 Décret n° 2010-1711 du 30 décembre 2010 portant code de déontologie du service public pénitentiaire, *JORF* n° 0303 du 31 décembre 2010.

239 Articles 15, 16 et 30

d'observer les devoirs qu'elles m'imposent dans le strict respect des personnes confiées au service public pénitentiaire et de leurs droits ». Et si, à l'instar de la loi pénitentiaire, le Code de déontologie évite de faire référence aux usagers, nous ne pensons pas qu'il s'agisse d'un frein à la reconnaissance par ces textes du statut d'usager du service public pénitentiaire puisque tous les droits lui ont été reconnus notamment mais pas seulement, le droit à l'intégrité.

S'il est indéniable que le juge administratif a favorisé cette mutation des esprits, à faire en sorte que le détenu soit considéré comme une véritable personne à côté des citoyens libres et non pas derrière, ce qui oblige, tant au niveau législatif que réglementaire, l'administration pénitentiaire à garantir la protection de l'intégrité de cette personne détenue, le juge administratif n'a pas fini son œuvre et finalement, d'améliorer le corpus juridique pénitentiaire.

Chapitre 2. Une figure à améliorer : l'interventionnisme modéré du juge administratif

Les limites tant de l'accès de la personne détenue au juge administratif des référés (Section 1) que de l'absence de reconnaissance du droit à la santé comme liberté fondamentale (Section 2) plaident en faveur d'un renforcement de l'office du juge administratif dans un seul objectif : l'amélioration du corpus juridique pénitentiaire.

Section 1. La recherche d'une amélioration de l'accès de la personne détenue au juge administratif des référés

La personne détenue a les plus grandes difficultés à établir en matière de référé-suspension la condition d'urgence et en matière de référé-liberté, les deux conditions d'urgence et d'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale. La situation de personne détenue est en effet appréciée à l'aune des contraintes inhérentes à la détention, lesquelles vont légitimer les mesures pénitentiaires prises (§ 1) . C'est pourquoi, des solutions doivent être envisagées pour permettre à la personne détenue à ce que la protection contre les atteintes à son intégrité soit pleinement garantie (§ 2).

§ 1. Les données du problème

Les contraintes inhérentes à la détention vont bien souvent conduire le juge des référés à écarter l'atteinte grave et manifestement illégale aux libertés fondamentales du détenu dans le cadre de

référés-liberté ou à écarter la condition d'urgence dans le cadre de référés-suspension. Ces contraintes sont de deux ordres : il s'agit d'une part, des impératifs de sécurité et de bon ordre (A), d'autre part, des contraintes d'organisation du service public pénitentiaire (B).

A. La persistance des impératifs d'ordre public et de sécurité

En matière de référé-suspension, l'appréciation de l'urgence doit être objective et concrète. L'urgence « *doit également s'apprécier au regard des intérêts publics en présence qui tiennent [notamment] à la nécessité de garantir la sécurité des personnels de l'établissement, des codétenus et de l'intéressé* ». Or, au regard de son profil pénal et pénitentiaire, le détenu est souvent jugé « *susceptible de compromettre la sécurité de l'établissement pénitentiaire et ainsi de porter atteinte à un intérêt public* ». Dès lors, les considérations d'ordre public et de sécurité peuvent justifier la mesure de placement à l'isolement²⁴⁰ et même le régime de fouilles intégrales systématiques²⁴¹.

En matière de référé-liberté, le profil pénal et pénitentiaire joue également au détriment du détenu le privant de la possibilité d'invoquer une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale à l'encontre d'une décision prise précisément pour garantir l'impératif de sécurité en détention. Ainsi et par d'exemple, saisi de demandes de suspension de régimes de fouilles intégrales, le juge des référés vérifie que le régime de fouilles intégrales est justifié « *notamment par l'existence de suspicions fondées sur le comportement du détenu, ses agissements antérieurs ou les circonstances de ses contacts avec les tiers* »²⁴². Dans d'autres hypothèses, et nous l'avons relevé plus en avant, c'est le risque de trouble général à l'ordre public qui est utilisé par le juge des référés pour apprécier l'éventuelle illégalité de l'atteinte à la liberté fondamentale en cause. Ainsi, « *si les mesures de fouilles ne sauraient en principe revêtir un caractère systématique et doivent être justifiées et si les fouilles intégrales revêtent un caractère subsidiaire par rapport aux fouilles par palpation ou à l'utilisation de moyens de détection électronique, les nécessités de l'ordre public et les contraintes du service public pénitentiaire peuvent toutefois légitimer, sous certaines conditions appréciées strictement, l'application aux détenus d'un régime de fouilles corporelles intégrales* »²⁴³.

240 TA Lyon, réf., 17 mars 2014, req. n° 1401744 ; TA Melun, réf., 21 mai 2013, req. n° 1303530/13.

241 TA Melun, 14 mars 2016, n° 1601650.

242 CE, 14 novembre 2008, *Min. de la Justice c/ El Shennawy* (supra, n° 208).

243 CE, réf., 6 juin 2013, *Min. de la Justice c/ Section française de l'OIP*, req. n° 368816.

Les contraintes d'organisation du service public pénitentiaire paraissent aussi pour justifier les difficultés pour le détenu de voir sa requête en référé prospérer.

B. Les conditions d'octroi des référés neutralisées par les nécessités d'organisation du service

Dans le cadre de référés introduits à l'encontre de décisions prises en matière d'affectation dans une cellule, le juge des référés tient compte à la fois de l'état du parc pénitentiaire et du contexte de surpopulation avec lesquels l'administration pénitentiaire doit composer. En ce sens, saisi au titre de l'article L.521-1 du CJA d'une demande de suspension de la décision du directeur de la maison d'arrêt de Fleury-Mérogis refusant de mettre fin au placement de détenus dans les quartiers disciplinaires, le Conseil d'État a confirmé que le juge des référés pouvait retenir l'urgence à exécuter la mesure dès lors que « *l'administration n'était pas en mesure de proposer une solution alternative à la mise à l'isolement dans les quartiers disciplinaires eu égard, notamment, au taux d'occupation de 130 % de la maison d'arrêt [...] et à la vétusté des locaux* », qu'il était nécessaire « *de disposer d'un quartier disciplinaire pour les détenus sanctionnés pour des actes d'une particulière gravité,* » et enfin compte tenu de ce que « *l'ouverture d'un nouveau quartier disciplinaire pour les hommes était prévue [dans les prochains mois]* »²⁴⁴. Par conséquent, le maintien des détenus dans les quartiers disciplinaires vétustes pour cause de surpopulation n'est pas constitutif d'une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale.

De même, le maintien dans une cellule fumeur d'un détenu souffrant de graves troubles cardiaques n'est pas constitutif d'une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale, dès lors que « *la volonté [du requérant] de rester affecté au service des cuisines limite pour des raisons tenant à l'organisation du service, le choix des cellules disponibles* »²⁴⁵.

L'amélioration nécessaire de l'efficacité des procédures d'urgence s'inscrit dans un contexte général en faveur d'une pénétration du droit au milieu pénitentiaire. Que les spécificités de l'univers pénitentiaire aient justifié pendant des dizaines d'années que soit octroyé à l'administration pénitentiaire la possibilité de déroger au droit commun du service public pouvait s'entendre. Désormais, le juge administratif, devenu pleinement juge pénitentiaire, doit achever sa tâche pour envisager un rapprochement avec l'idéal des droits l'homme proclamé dans le préambule de la DUDH. Nous avons conclu précédemment que les perspectives liées à l'efficacité des procédures d'urgence se trouvaient limitées par les impératif de sécurité de l'administration pénitentiaire.

²⁴⁴ CE, 9 avril 2008, *Min. de la Justice c/ Section française de l'OIP*, req. n° 311707.

²⁴⁵ CE, réf., 8 septembre 2005, *Min. de la Justice c/ Bunel*, req. n° 284803.

L'office des référés exercé par le juge administratif révèle un contrôle qui paraît ne pas être totalement suffisant dans la protection contre les atteintes à l'intégrité de la personne détenue. Partant, deux évolutions peuvent être proposées afin de rendre plus efficace cet office des référés.

§ 2. Les solutions envisagées

Que le référé-liberté et le référé-suspension soient limités dans leur efficacité n'est pas satisfaisant pour la protection contre les atteintes à l'intégrité des personnes détenues. Deux solutions peuvent être envisagées pour améliorer l'efficacité de ces procédures d'urgence : l'instauration d'une présomption d'urgence pour les référés-suspension dans le premier cas (A) et le nécessaire réajustement de la notion d'atteinte grave et manifestation illégale à une liberté fondamentale à la situation particulière de la personne détenue dans le second cas (B).

A. L'idée d'une présomption d'urgence pour le référé-suspension

L'intérêt de l'instauration d'une présomption d'urgence pour le référé-suspension dirigé contre certaines décisions pénitentiaires permettrait de faciliter l'accès au juge des référés. Plusieurs tentatives d'instauration d'une présomption d'urgence en matière pénitentiaire ont été remarquées. D'abord, le commissaire du gouvernement Francis Donnat a, le premier, proposé de présumer l'urgence pour les demandes de suspension des décisions de prolongation de l'isolement, sans être suivi par la formation de jugement²⁴⁶. C'est ensuite à propos des demandes de suspension des régimes de rotations de sécurité que Claire Landais envisage, dans ses conclusions sur l'arrêt Payet, d'introduire une présomption d'urgence. Elle y renonce toutefois²⁴⁷. Enfin, le législateur lui-même, au cours des travaux parlementaires sur la loi pénitentiaire, a tenté d'instaurer une présomption d'urgence en matière de référé-liberté. à la faveur de deux amendements déposés par des sénateurs socialistes²⁴⁸. La présomption d'urgence a toutefois été supprimée.

Malgré ses tentatives avortées, de notre point de vue, une telle présomption pourrait se justifier « eu égard à la vulnérabilité des détenus et à leur situation d'entière dépendance vis à vis de l'administration pénitentiaire »²⁴⁹. La détention emporte une dose inévitable de souffrances. Dès lors, il serait envisageable de considérer que les décisions pénitentiaires les plus graves, en

246 Concl. Francis DONNAT sur CE, 29 décembre 2004, *Min. de la Justice c/ Attou*, req. n° 268826.

247 Concl. Claire LANDAIS sur CE, Ass., 14 décembre 2007, *Min. de la Justice c/ Payet*, req. n° 306432.

248 Jean-René LECERF et Alain ANZIANI.

249 CE, réf., 22 décembre 2012, *Min. de la Justice c/ Section française de l'OIP* (supra, n° 105).

aggravant la détention, « *eu égard à [leur] objet et à [leurs] effets, porte[nt] en principe par elles[s]-même[s] atteinte de manière grave et immédiate à la situation de la personne qu'elle[s] vise[nt] et créé dès lors une situation d'urgence* »²⁵⁰ au sens de l'article L. 521-1 du CJA. La présomption d'urgence pourrait s'appliquer aux décisions de placement ou de maintien à l'isolement, aux décisions de placement en cellule disciplinaire et aux décisions de soumission à un régime de fouilles corporelles intégrales, lesquelles sont susceptibles d'exposer les détenus à un traitement inhumain ou dégradant au sens de l'article 3 de la Cour.EDH. Une telle présomption d'urgence serait heureuse puisqu'elle procéderait à une sorte de rééquilibrage des rapports entre administration pénitentiaire et les personnes détenues. Les chances de succès du référé-suspension augmenteraient ainsi nettement et l'efficacité de cette procédure s'en verrait renforcée. Par ailleurs, l'instauration d'une procédure d'urgence ne menacerait pas les impératifs de l'administration pénitentiaire. La présomption aurait une portée limitée. À l'instar des autres présomptions d'urgence instituées par le juge des référés²⁵¹, elle ne serait pas irréfragable et aurait pour seul effet de renverser la charge de la preuve de l'urgence en faisant peser cette charge sur l'administration pénitentiaire. L'administration pénitentiaire pourrait ainsi établir l'urgence en faisant état d'impératifs d'ordre public et de sécurité, de la personnalité de la personne détenue comme de son profil pénal et pénitentiaire.

Au-delà de l'instauration d'une présomption d'urgence dans le cadre du référé-suspension, l'adaptation de la notion d'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale à la situation de la personne détenue peut également contribuer à l'amélioration de l'efficacité de la procédure d'urgence au sens de l'article L. 521-2 du CJA.

B. Le nécessaire réajustement de la notion d'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale à la situation particulière de la personne détenue

Pour garantir une plus grande protection au titre du référé-liberté, le juge devrait davantage prendre en considération la situation des personnes détenues et caractériser les atteintes graves et manifestement illégales à leurs libertés fondamentales, « *eu égard à leur vulnérabilité et à leur situation d'entière dépendance des personnes détenues vis à vis de l'administration* »²⁵². Il s'agirait d'adopter une méthode attentive aux effets réels de la mesure pénitentiaire sur la situation de la personne détenue. Nous pensons que le raisonnement mené par le juge des référés doit

250 CE, Sect., 14 mars 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Ameur*, req. n° 229773, *Rec. Leb*, p. 124.

251 CE, 13 novembre 2002, *Hourdin*, req. n° 248851, *Rec. Leb*, p. 396.

252 CE, réf., 22 décembre 2012, *Min. de la Justice c/ Section française de l'OIP* (supra, n° 105).

« s'acclimater à la matière pénitentiaire et être davantage à l'écoute de la motivation développée par les requérants »²⁵³. Ainsi, les décisions de placement à l'isolement ou de prolongation de l'isolement devraient davantage être confrontées à l'isolement affectif et sensoriel qui est réellement éprouvé par les personnes détenues qui en font l'objet compte tenu des effets néfastes avérés « sur la santé mentale, somatique et le bien-être social »²⁵⁴. Selon Anne Jennequin, « les décisions de soumettre un détenu à des fouilles corporelles intégrales devraient également être appréhendées par le juge des référés plus souvent au regard des sentiments d'angoisse et de détresse profonds qu'elles génèrent »²⁵⁵.

Quid au refus de l'admission de la fondamentalité du droit à la santé ?

Section 2. La limite à la reconnaissance du droit à la santé comme liberté fondamentale

Une attention minimum à la protection contre les atteintes à l'intégrité de la personne détenue s'impose au juge administratif. Mais entre un minimum imposé et un maximum souhaité, il existe une marge de manœuvre. L'objectif à cette étape de la recherche est, en prenant comme point d'appui « le droit à la santé » et plus spécifiquement la problématique du tabagisme passif en détention, de tenter de mettre en évidence des indices qui rendent possibles une évaluation objective de l'action du juge administratif. Dans le premier cas, le test est diachronique (§1) ; dans le second, il est synchronique (§2).

§ 1. Le test diachronique

Le refus de l'admission de la fondamentalité du droit à la santé est désormais acquis (A). Reste que la position jurisprudentielle adoptée par le juge des référés du Conseil d'État est fragilisée par un raisonnement théorique contestable (B).

A. Le refus de l'admission de la fondamentalité du droit à la santé

Si la jurisprudence est peu abondante sur la question de l'exposition des détenus au tabagisme passif, elle est cependant très instructive. Alors que dans une ordonnance du 25 août 2005, le

253 Anne JENNEQUIN, « Les référés administratifs d'urgence à l'épreuve des décisions pénitentiaires », *RDLF*, 2017, n° 37.

254 V° 21^e rapport général d'activités publié le 10 novembre 2011 par le CPT.

255 Anne JENNEQUIN, « Les référés administratifs d'urgence à l'épreuve des décisions pénitentiaires » (supra, n° 254).

tribunal administratif de Nantes a accepté de compter le « droit à la santé » au nombre des libertés fondamentales conformément à l'article L. 521-2 du CJA (1), le Conseil d'État est revenu sur la solution adoptée, estimant que la protection de la santé publique constitue un principe de valeur constitutionnelle et non pas une liberté fondamentale fondamentale au sens de l'article L. 521-2 (2).

1. L'approche par le tribunal administratif de Nantes de l'atteinte portée à l'intégrité du tabagisme passif en détention, légaliste : l'ordonnance du 24 août 2005

Saisi en référé sur le fondement de l'article L. 521-2 du CJA, le tribunal administratif de Nantes avait enjoint le garde des Sceaux de soustraire le détenu demandeur au tabagisme passif, après avoir estimé que le refus d'y être exposé était une composante du droit à la santé, qui est au nombre des libertés fondamentales auxquelles s'applique l'article L. 521-2 précité et que l'état de santé du requérant et son exposition à la fumée de tabac caractérisaient l'existence d'une situation d'urgence²⁵⁶.

En l'espèce, un détenu ayant cessé de fumer suite à un infarctus du myocarde souhaitait être affecté dans une cellule non-fumeur. La question était donc de savoir si un détenu non fumeur, souffrant d'une maladie coronarienne chronique, pouvait-il demander en référé à l'administration pénitentiaire son déplacement en cellule non-fumeur, sur le fondement du droit à la santé ? Le tribunal administratif de Nantes avait estimé qu'il devait être fait droit à cette demande, en reconnaissant l'existence d'une « *atteinte grave et manifestement illégale [au] droit à la santé* » du requérant, considéré comme liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du CJA, que « *le tabagisme nuit gravement à la santé qu'il soit actif ou passif* ». Le tribunal administratif en déduisait donc que « *le refus d'être exposé au tabagisme est une composante du droit à la santé* ». Logiquement, une injonction avait donc été délivrée à l'administration de déplacer le requérant dans une cellule où il ne serait pas exposé au tabagisme de ses codétenus, sans pour autant le priver de son emploi aux cuisines de la maison d'arrêt. La décision du juge des référés du tribunal administratif de Nantes de consacrer le droit à la santé comme liberté fondamentale, au sens de l'article L. 521-2 du CJA, peut se justifier sur deux points, le premier tenant aux textes visés.

Outre le CSP, loi Evin et le décret n° 92-478 du 24 mai 1992, elle se référait non seulement à la Conv.EDH, mais encore à deux textes sans effet direct, voire sans valeur normative : la DUDH et même, c'est exceptionnel, à la recommandation n° R(98)7 du Comité des ministres aux États

²⁵⁶ TA Nantes, réf., 25 août 2005, req. n° 0504305. Position venant infirmer TA Caen, 21 décembre 2004. V° « Application de la loi contre le tabagisme au milieu carcéral », *Dalloz*, 2005, p. 2134.

membres relative aux aspects éthiques et organisationnels des soins de santé en milieu pénitentiaire²⁵⁷. Les recommandations du Conseil de l'Europe n'ont pas de valeur normative, toutefois, les États membres s'efforcent de les respecter afin de ne pas se signaler comme étant à la traîne voire à la marge des nations démocratiques. Il est cependant rarissime qu'une juridiction nationale s'en inspire directement.

Aussi, l'interprétation faite par le juge des référés nantais de la notion de liberté fondamentale dans le cadre de l'article L. 521-2 nous paraît conforme à la position doctrinale. La notion de « liberté fondamentale » inscrite à l'article L. 521-2 du CJA conditionne le champ d'application du référé-liberté. Certains auteurs comme Laurence Gay, opposent les « droits-créances », définis comme « *une obligation d'intervention positive [de l'État] en vue de répondre à un certain nombre de besoins fondamentaux de la vie humaine* », aux « droits-libertés », de nature défensive et dont la finalité est de protéger les individus des actes ou comportements des pouvoirs publics afin de « *préserver un intérêt, une sphère d'autonomie ou de libre détermination qui lui est reconnue par le droit positif* »²⁵⁸. La distinction entre les droits-créances et les droits-libertés par le juge « *est essentielle dans la mesure où l'éligibilité des premiers au titre du référé-liberté n'est pas évidente alors que les seconds sont parfaitement référo-compatibles* »²⁵⁹. Méconnaître cette distinction, c'est risquer pour le juge d'évincer de « vrais » « droits-libertés ». Or, dans son ordonnance du 25 août 2005, le juge des référés a considéré, conformément à la doctrine précitée²⁶⁰, que le droit invoqué par le requérant était un droit à caractère défensif visant à interdire aux autorités les comportements susceptibles de causer des dommages à sa santé. Les critères d'application du référé-liberté étant remplis, le juge des référés du Conseil d'État aurait dû prendre en compte le droit à la protection de la santé tel qu'il était invoqué. Pourtant, le Conseil d'État a adopté une attitude plus restrictive. Selon l'ordonnance en référé qu'il a rendue, au contraire, le « droit à la santé » n'est pas au nombre des libertés fondamentales.

257 « *Les détenus souffrant de handicaps physiques graves et ceux qui sont très âgés devraient pouvoir mener une vie aussi normale que possible[...]* » (recommandation n° 50).

258 Laurence GAY, *Les droits-créances constitutionnels*, Thèse de doctorat, Droit, Aix-Marseille, Université Aix-Marseille, p. 13 et 16.

259 Pour reprendre la formule de Patrick WACHSMANN, « L'atteinte grave à une liberté fondamentale », *RFDA*, 2007, n° 1, p. 58.

260 Laurence GAY, *Les droits-créances constitutionnels* (supra, n° 259), p. 255. Dans le même sens, Xavier BIOY, « Le tabagisme est un domaine propice au développement de nouveaux principes relatifs aux liberté », *Dalloz*, 2006, n° 2, p. 124.

2. La répugnance du Conseil d'État à imposer toute protection contre le tabagisme passif en détention, attachée de la réalité : l'ordonnance du 8 septembre 2005

Le refus du juge des référés du Conseil d'État²⁶¹ de consacrer le « droit à la santé » comme liberté fondamentale s'appuie sur le statut juridique complexe du droit à la santé, qui s'oppose à la consécration d'un véritable droit subjectif.

L'alinéa 11 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 dispose que « *La Nation [...] garantit à tous [...] la protection de la santé* ». Le juge des référés du Conseil d'État ne refuse pas de considérer la valeur constitutionnelle avérée de cet alinéa, du fait du « *renvoi fait par le préambule de la Constitution de 1958 au préambule de la Constitution de 1946* » et en citant dans les visas, la décision du Conseil constitutionnel n° 90-283 du 8 janvier 1991, consacrant le « *principe constitutionnel de protection de la santé publique* ». Le juge des référés du Conseil d'État refuse de reconnaître qu'un « droit à la santé » découlerait de ces dispositions constitutionnelles et refuse de créer un « droit à la santé » dans le cadre de l'article L. 521-2 du CJA. En revanche, s'il a refusé de voir dans le droit constitutionnel à la santé une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 CJA, il a énoncé deux libertés fondamentales applicables en l'espèce, à savoir le principe du consentement libre et éclairé du patient aux soins médicaux, et le droit de chacun au respect de sa liberté personnelle. Mais le juge des référés du Conseil d'État a immédiatement posé une limite en ajoutant que la situation des détenus au regard de ces droits « *est nécessairement tributaire des sujétions inhérentes à leur détention* ». Il ne saurait donc peser sur l'administration pénitentiaire qu'une simple obligation de moyens.

À la lecture de cette ordonnance, on constate donc que, tout en accroissant par ailleurs la protection des détenus (abandon de la faute lourde, réduction des mesures d'ordre intérieur), le Conseil d'État demeure très réticent à imposer quelque sujétion que ce soit à l'administration en termes d'organisation du service public pénitentiaire. Cette position s'explique sans doute par la conscience qu'a le Conseil d'État de l'importance des contraintes tant matérielles que financières qui pèsent sur l'administration pénitentiaire.

Il n'est toutefois pas certain que la solution retenue par le juge des référés du Conseil d'État soit définitive. Une lecture *a contrario* permet en effet, de penser que la Haute juridiction pourrait reconnaître à l'avenir, le principe d'un droit des détenus à ne pas être soumis à un environnement

261 CE, réf., 8 septembre 2005, *Min. de la Justice c/ Bunel* (supra, n° 246).

tabagique²⁶². Cette avancée jurisprudentielle est néanmoins, d'ores et déjà fragilisée par un raisonnement théorique contestable.

B. Une position jurisprudentielle fragilisée par un raisonnement théorique contestable

Si la position jurisprudentielle du juge des référés du Conseil d'État est contestable, c'est en raison d'une part, de l'exigence à reconnaître le « droit à la santé » comme composante du droit à l'intégrité (1) d'autre part, de la reconnaissance du droit de vivre dans un environnement équilibré et favorable à la santé (2).

1. Le droit à la santé, composante du droit à l'intégrité

Dans son ordonnance de référé, le tribunal administratif de Nantes avait combiné des normes internationales avec le droit interne.

Au niveau international, l'article 2 de la Conv.EDH dispose que « *le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi (...)* » et selon l'article 3 de la DUDH : « *Tout individu a droit à la vie (...)* ». Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques énonce également en son article 6 que « *le droit à la vie est inhérent à la personne humaine. Ce droit doit être protégé par la loi (...)* ». L'article 10 dispose quant à lui que « *toute personne privée de sa liberté est traitée avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine* ». Enfin, la recommandation du 8 avril 1998 no R (98) 7 du comité des ministres aux États membres du Conseil de l'Europe relative aux aspects éthiques et organisationnels des soins de santé en milieu pénitentiaire indique que « *le respect des droits fondamentaux des personnes incarcérées implique que ces dernières puissent bénéficier de mesures de prévention sanitaire (...)* ». En droit interne, la loi Évin et de son décret d'application n° 92-478 du 29 mai 1992, l'article L. 3511-7 du CSP dispose qu'« *il est interdit de fumer dans les lieux affectés à un usage collectif (...)* ». Par ailleurs, selon l'article D. 347 du CPP, « *il est interdit de fumer dans les lieux affectés à un usage collectif, notamment dans les couloirs, les salles de spectacle ou de culte, les salles de sport, les locaux médicaux, les ateliers et les cuisines. Le chef d'établissement détermine, en fonction de la configuration des lieux, les locaux dans*

262 Ce n'est, en effet, qu'en raison des circonstances factuelles que la requête semble avoir été rejetée. L'audience de référé devant le Conseil d'État a montré que l'administration pénitentiaire avait, avant même la décision de première instance, pris des mesures propres à limiter au maximum l'exposition au tabac de M. X. Si tel n'avait pas été le cas, l'administration aurait donc été très vraisemblablement sanctionnée par la voie du référé-liberté.

lesquels les détenus sont autorisés à fumer, en tenant compte notamment de leur aération et de leur destination ».

La référence à l'ensemble de ces textes dans les visas de l'ordonnance du juge des référés nantais, traduit clairement le fait que le droit à la santé est « *un des aspects du droit plus général à la vie* »²⁶³. Le requérant était par conséquent fondé à soutenir que le garde des Sceaux portait « *une atteinte grave et manifestement illégale à son droit à la santé* » dès lors qu'il subissait le tabagisme passif de son codétenu et alors même qu'il souffrait d'une maladie coronarienne chronique.

Plus encore, c'est la reconnaissance du droit de vivre dans un environnement équilibré et favorable à la santé qui vient fragiliser la position du juge des référés du Conseil d'État.

2. L'ordonnance du 8 septembre 2005 face au droit de vivre dans un environnement équilibré et favorable à la santé

En appeler aux droits environnementaux en matière pénitentiaire ne va pas de soi. Et pourtant, l'un d'entre eux paraît invocable : le droit de chacun de vivre dans un environnement équilibré et favorable à sa santé.

L'article premier de la Charte constitutionnelle de l'environnement²⁶⁴ reconnaît à chacun le droit de vivre dans un environnement équilibré et favorable à sa santé. Ce droit étant reconnu sans distinction, les personnes privées de liberté devraient pouvoir s'en prévaloir. Par ailleurs, notons que rien dans l'article premier de la Charte n'implique que le droit à l'environnement se limite à l'environnement extérieur. L'environnement n'est pas une notion aisée à cerner. Comme le relève le professeur Van Lang, « *la définition de l'environnement s'étire entre une conception étroite, restreinte au voisinage et une signification très large, qui se confond avec la biosphère* »²⁶⁵. On peut toutefois adopter « *une vision plus élargie encore de l'environnement, celle de l'espace clos ou de l'environnement intérieur* »²⁶⁶. Le droit ne l'ignore pas même si sa prise en compte par le droit de l'environnement est relativement récente. Il faut en effet attendre la loi Lepage pour que soit formalisée l'idée de pollution atmosphérique dans les espaces clos et la loi Grenelle 2 pour que soit insérée dans le Code de l'environnement, une section consacrée à la qualité de l'air intérieur²⁶⁷.

263 François FOURNIER et Éric MASSAT, « Le tabac nuit gravement... à l'état de droit », *LPA*, n° 38, p. 17.

264 La Charte a valeur constitutionnelle (Cons. const., décision n° 2008-564 DC du 19 juin 2008).

265 Agathe VAN LANG, *Droit de l'environnement*, Paris, PUF, 2011, p. 13.

266 Marianne MOLINIER-DUBOST, « Les détenus ont-ils le droit de vivre dans un environnement sain ? (ou sont-ils condamnés à vivre dans un environnement tabagique ?) », *RJE*, 2012, n° 1, pp. 9-21.

267 Code de l'environnement, Livre II, titre II, chapitre I, section III.

L'environnement à l'intérieur des espaces clos se résume ainsi presque totalement à l'air²⁶⁸ et réduit logiquement l'intervention du droit y compris du droit de l'environnement, à un objectif sanitaire. La protection de la santé anime donc de larges pans du droit de l'environnement et notamment le droit de la pollution atmosphérique, ce dont témoigne le droit de chacun à respirer un air qui ne nuise pas à sa santé. Or, le droit à l'environnement est selon le juge de première instance²⁶⁹, une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du CJA. Le Conseil d'État n'a pas pris de position formelle sur ce point²⁷⁰, mais si l'on admet que le droit à l'environnement constitue bien une liberté fondamentale, la recevabilité d'une telle requête en référé-liberté ne semble guère douteuse. Pour autant, cela ne préjuge pas de son succès. Le droit à l'environnement pourrait-il être restreint pour cause de contraintes inhérentes à la détention ? Compte tenu de ce qu'il vient d'être explicité plus en avant, c'est probable.

Si la solution dégagée par le juge des référés du Conseil d'État s'impose aux juridictions de fond, il n'est toutefois pas certain que cette solution soit conforme à la jurisprudence de la Cour.EDH.

§ 2. Le test synchronique

L'État qui devient membre du Conseil de l'Europe se doit de respecter la Conv. EDH. Le droit européen, droit supranational législatif et fortement jurisprudentiel, jouit de la légitimité d'un modèle prescripteur d'obligations positives et négatives, base d'une harmonisation du droit des États membres²⁷¹.

Ainsi, bien qu'il autorise des limites (B), le droit européen demeure un modèle dans la protection des droits substantiels comme le droit à la santé (A).

268 L'air est un élément de l'environnement ainsi qu'en attestent l'article L. 110-1 du Code de l'environnement qui intègre la qualité de l'air au patrimoine commun de la Nation.

269 TA Châlons-en-Champagne, 29 avril 2005, *Préfet de la Marne c/ Conservatoire du patrimoine naturel et autres*, req. n^{os} 0500828, 05008829 et 0500830.

270 Dans une ordonnance du 11 mai 2007, le Conseil d'État a rejeté la demande de référé d'une association sollicitant la suspension d'un arrêté préfectoral autorisant l'organisation d'un rallye automobile sur un circuit traversant un site Natura 2000 en indiquant que « *eu égard notamment à la brièveté de cette compétition et aux mesures de prévention, destinées à limiter l'impact du rallye sur l'environnement, [il ne résulte pas de l'instruction] que ces épreuves porteraient, en tout état de cause, une atteinte grave à la protection de l'environnement* ». Le Conseil d'État ne vise pas le droit à l'environnement.

271 Bertrand ECOCHARD, « L'émergence d'un droit à des conditions de détention décentes garanti par l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme », *RFDA*, 2003, n^o 1, pp. 99-108.

A. La consécration européenne du droit à la santé de la personne détenue sur le fondement du droit à l'intégrité

Plus qu'un simple « droit-créance », catégorie à laquelle semble rattaché le droit à la santé en vertu de l'ordonnance du juge des référés du Conseil d'État, le droit à la santé de la personne incarcérée est considéré par la Cour.EDH comme inhérent aux droits les plus fondamentaux de la Conv.EDH protégeant l'intégrité des détenus. L'essentiel du contentieux en matière de protection de la santé relève de l'article 3 de la Conv.EDH qui prohibe les traitements inhumains et dégradants (1). Dans les situations de défaillance étatique les plus graves, ayant causé un décès de la personne détenue, le constat de violation peut être prononcé sur le fondement du droit à la vie (2).

1. L'indifférence à l'état de santé, excès de souffrance

La Cour.EDH admet que l'excès de souffrance lié à un mauvais état de santé peut constituer un traitement inhumain. Ainsi, elle a jugé que *« l'État est tenu, nonobstant les problèmes logistiques et financiers, d'organiser son système pénitentiaire de façon à assurer aux détenus le respect de leur dignité. Cela peut impliquer l'obligation, à la charge de l'État, de prendre des mesures afin de protéger un détenu contre les effets nocifs du tabagisme passif lorsque, au vu des examens médicaux et des recommandations des médecins traitants, son état de santé l'exige »*²⁷².

Aussi, dans l'arrêt *Elefteriadis c/ Roumanie*²⁷³, la Cour.EDH prend note du fait que *« le requérant a été placé dans une cellule avec un détenu non fumeur au centre pénitentiaire de Rahova et qu'il occupe à présent seul une cellule, dans le nouvel établissement pénitentiaire où il a été transféré en 2009 »* mais, elle souligne que *« cette situation favorable au requérant semble être liée non pas à l'existence, dans la législation nationale, de critères objectifs assurant la séparation des détenus qui, comme le requérant, ne fument pas des détenus fumeurs, mais plutôt à un concours de circonstances lié à l'existence, à un moment donné, d'une capacité d'hébergement suffisante dans l'une ou l'autre des maisons d'arrêt où l'intéressé a été successivement détenu, ce qui a permis aux autorités de tenir compte de la qualité de non-fumeur de ce détenu. Ainsi, rien ne permet de dire qu'en cas de surcharge future de l'établissement où le requérant purge actuellement sa peine ou en cas de transfert de l'intéressé vers un autre établissement pénitentiaire dont la capacité d'hébergement serait supérieure au nombre de détenus qui y seraient placés, le requérant*

²⁷² Cour.EDH, 1^{er} juin 2006, *Mamedova c/ Russie*, req. n° 7064/05.

²⁷³ Cour.EDH, 7 juillet 2015, *Elefteriadis c/ Roumanie*, req. n° 53104/11.

bénéficierait de conditions aussi favorables » (§ 53). La Cour.EDH conclut à la violation de l'article 3 de la Conv.EDH.

Les autorités doivent également intervenir pour que les violations de l'intégrité des personnes détenues n'aboutissent pas à une violation du droit à la vie.

2. L'indifférence à l'état de santé, risque pour la vie

La dégradation de l'état de santé d'une personne détenue pourrait conduire à son décès et la Cour.EDH admet que le droit à la vie garanti par l'article 2 de la Conv.EDH peut être mobilisé dans de telles hypothèses.

La Cour.EDH a précisé à plusieurs reprises que l'article 2 de la Conv.EDH « *astreint l'État non seulement à s'abstenir de provoquer la mort des personnes relevant de sa juridiction, de manière volontaire et irrégulière, mais aussi à prendre préventivement toutes les mesures nécessaires pour protéger celles-ci contre le fait d'autrui ou, le cas échéant, contre elles-mêmes* »²⁷⁴. Cela implique « *de dispenser avec diligence des soins médicaux lorsque l'état de santé de la personne le nécessite afin de prévenir une issue fatale* »²⁷⁵. L'État doit prendre les mesures nécessaires pour protéger les détenus contre des tiers ou contre lui-même. À défaut, il pourrait se voir imputer indirectement cette atteinte subie, ayant été permise ou tolérée par sa défaillance. Rappelons en effet que le juge européen accepte d'appliquer l'article 2 de la Conv.EDH bien que la mort de la personne privée de liberté ne soit pas infligée intentionnellement par les agents de l'État²⁷⁶.

À l'heure actuelle, la Cour.EDH n'a pas eu à statuer sur le décès d'une personne détenue pour cause de tabagisme passif mais assurément, le droit à la santé fondé sur les articles 2 et 3 de la Conv.EDH exige des États une adaptation des conditions d'incarcération aux pathologies de la population pénale. Toutefois, si la Cour.EDH consacre un droit à la santé, elle l'exprime de manière relative.

274 Cour.EDH, 9 juin 1998, *L.C.B c/ Royaume-Uni*, req. n°23413/94, § 36.

275 Frédéric SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme* (supra, n° 65), p. 318.

276 Cour.EDH, 21 novembre 2000, *Demiray c/ Turquie*, req. n°27308/95, §§46-47 et §§53-54.

B. La consécration européenne d'un droit à la vie exprimée de manière relative

La Com.EDH avait souligné dans sa décision *B c/ France* de 1988²⁷⁷ que « *l'État est tenu de contrôler en permanence les conditions de détention de manière à garantir la santé et le bien être des prisonniers compte tenu des exigences habituelles et raisonnables de l'emprisonnement* ». Cette précision permet aux autorités étatiques, lorsqu'elles mettent en application des mesures visant à protéger la santé de la personne détenue, de prendre parallèlement en considération les exigences inhérentes à l'emprisonnement. Cette décision est le signe que la position du juge européen des droits de l'homme consiste en une adaptation du droit de la Conv.EDH à la complexité statutaire du détenu. Ce dernier est en effet un être humain et à ce titre, il doit pouvoir bénéficier de la protection de ses droits les plus fondamentaux, mais il est également un détenu soumis aux contraintes inhérentes de la détention. À ce titre, la Cour.EDH souligne expressément que « *l'article 3 de la Conv.EDH impose à l'état de s'assurer que tout prisonnier est détenu dans des conditions qui sont compatibles avec le respect de la dignité humaine, que les modalités d'exécution de la mesure ne soumettent pas l'intéressé à une détresse ou à une épreuve d'une intensité qui excède le niveau inévitable inhérente à la détention et que, eu égard aux exigences pratiques de l'emprisonnement, la santé et le bien être du prisonnier sont assurés de manière adéquate [...]* »²⁷⁸. Par conséquent, dès lors que la situation d'espèce révélera de telles exigences, le juge européen s'abstiendra de reconnaître à la charge de l'État une obligation positive ou en atténuera la portée. Ce constat fait dire au professeur Florence Massias que « *si on peut se féliciter qu'en vertu de cette jurisprudence évolutive la Cour reconnaisse le droit à la santé et au bien-être au détenu sur le terrain de l'article 3, ces droits ne restent que des dérivés du droit à la dignité, ils n'en empruntent pas le caractère absolu*²⁷⁹ ». Il n'est donc pas surprenant que le juge des référés du Conseil d'État dans son ordonnance datée du 8 septembre 2005²⁸⁰, ait emprunté une démarche interprétative identique à celle du juge européen des droits de l'homme.

277 Comm.EDH, 10 mars 1988, *B c/ France*.

278 Cour.EDH, 26 octobre 2000, *Kudla c/ Pologne*, req. n° 30210/96.

279 Florence MASSIAS, « La protection de la santé et de la dignité du détenu par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Surveiller et punir / Surveiller ou punir ?*, Cahier de la recherche sur les droits fondamentaux, n°3, 2004, p. 28.

280 CE, réf., 8 septembre 2005, *Min. de la Justice c/ Bunel* (supra n° 246).

Conclusion

Mettre en perspective l'émergence des droits des détenus, et en particulier, la reconnaissance du principe de dignité avec le droit élaboré par le juge administratif est une tâche immense mais essentiel pour comprendre le phénomène de « *colonisation par le droit du monde carcérale* »²⁸¹. Le juge administratif a, progressivement, soumis au droit, l'univers pénitentiaire obligeant les pouvoirs publics à confronter leurs conceptions de la détention avec le standard commun de protection. Le juge administratif et plus encore, la jurisprudence du juge administratif ont œuvré comme une contrainte juridique pesant sur le législateur mais également comme un argument justifiant que les pouvoirs publics se saisissent de l'amélioration des conditions de détention et de la nécessité d'encadrer par le droit, les pratiques pénitentiaires. Rappelons qu'alors que la plupart des pays européens disposaient d'une véritable législation pénitentiaire, le droit français se caractérisait par la faible place de la loi²⁸². En exploitant les réalités de l'univers pénitentiaire, l'autorité du juge administratif a assurément été déterminante pour accélérer, l'adoption de la loi pénitentiaire, l'évolution réglementaire de l'univers pénitentiaire et finalement, faire prendre conscience dans l'esprit des parlementaires, de la nécessité de respecter l'intégrité des détenus. Aussi, la référence à la « *vulnérabilité des détenus et (...) leur situation d'entière dépendance vis-à-vis de l'administration* » a été essentielle à l'élaboration d'une politique pénitentiaire plus soucieuse de l'intégrité des détenus. En assimilant le droit de la Cour.EDH, le juge administratif a permis de tracer une jurisprudence qui couvre tout à la fois l'intégrité physique (y compris le droit à la vie) et l'intégrité psychique. Il n'est donc pas illogique que l'action du juge administratif est servie de cadre normatif de référence à l'élaboration de la loi pénitentiaire. Il est, à cet égard, significatif de constater que Jean-Michel Dejeune a pu affirmer que « *nous devons à la jurisprudence du juge administratif, la plupart de [d]es progrès, que des lois ont consacrés* »²⁸³. Par son action, le juge administratif a contribué à une prise de conscience selon laquelle un droit des détenus digne de ce nom, doit nécessairement être fondé sur des exigences d'humanité²⁸⁴. En se faisant défenseur de la protection contre les atteintes à leur intégrité, il est devenu, dans le contentieux pénitentiaire, à l'instar de la Cour.EDH, une véritable juridiction des droits et libertés fondamentaux.

281 Dan KAMINSKI et Olivier DE SCHUTTER, *L'institution du droit pénitentiaire: enjeux de la reconnaissance de droits aux détenus*(supra, n° 225).

282 V° sur ce point Jean-Paul CÉRÉ, *Panorama européen de la prison*, Paris, L'Harmattan, 2002.

283 Jean-Michel DEJEUNE, *La prison, un service public ?*, Compte rendu de la rencontre-débat du mardi 4 mars 2014 à Orsay, p. 4.

284 Joëlle ANDRIANTSIMBAZOVINA, « Rapport de synthèse. Une modernisation progressive du droit des détenus », *Le droit des détenus. Sécurité ou réinsertion ?*, Paris, Dalloz, 2010, p. 159.

I. Sources imprimées

1. Textes réglementaires et législatifs

- Note DAP du 11 juin 2013 relative aux fouilles à nu des détenus, *Dedans-Dehors*, octobre 2013, n° 81, p. 17.
- Note DAP du 15 novembre 2013 relative aux moyens de contrôle des personnes détenues, *BOMJ* n° 2013-12 du 31 décembre 2013.
- Décret du 13 mars 1911 portant rattachement de la direction de l'administration pénitentiaire et des services qui en dépendent au ministère de la Justice, *JORF* du 14 mars 1911.
- Décret n° 2010-1711 du 30 décembre 2010 portant code de déontologie du service public pénitentiaire, *JORF* n° 0303 du 31 décembre 2010.
- Décret n° 2014-477 du 13 mai 2014 relatif à la fouille des personnes détenues et à la délégation de signature du chef d'établissement pénitentiaire, *JORF* n° 0112 du 15 mai 2014 .
- Loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives, *JORF* n° 151 du 1^{er} juillet 2000.
- Loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, *JORF* n° 0034 du 9 février 1995.
- Loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire, *JORF* n° 0273 du 25 novembre 2009.
- Loi n° 87-432 du 22 juin 1987 relative au service public pénitentiaire, *JORF* du 23 juin 1987.

2. Rapports parlementaires

Assemblée Nationale

- LECERF (Jean-René), Rapport fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi pénitentiaire, n° 143, 17 décembre 2008.
- MERMAZ (LOUIS) et FLOCH (Jacques), *La situation des prisons françaises*, Rapport fait au nom de la Commission d'enquête, Les documents de l'Assemblée Nationale, n° 2521, juin 2000.
- RAIMBOURG (Dominique), Rapport au nom de la Commission des lois sur la proposition de loi visant à instaurer un mécanisme de prévention de la surpopulation pénitentiaire, n°2941, 12 novembre 2010.
- RAIMBOURG (Dominique) et HUYGUE (Sébastien), Rapport de la Commission des lois en conclusion des travaux d'une mission d'information sur les moyens de lutte contre la surpopulation carcérale, Les documents de l'Assemblée Nationale, n°652, 23 janvier 2013.

Sénat

- HYEST (Jean-Jacques) et CABANEL Guy-Pierre), *Les conditions de détention dans les établissements pénitentiaires français*, Tome 1, Rapport de la commission d'enquête, Les documents du Sénat, n° 449, juin 2000.

3. Dossiers thématiques et discours du Conseil d'État

- Conseil d'État, *Le juge administratif et le droit de l'environnement*, Dossier thématique, 1^{er} juin 2015.
- Conseil d'État, *Le juge des référés*, Dossier thématique, 7 janvier 2016.
- Conseil d'État, *Le juge administratif et l'administration pénitentiaire*, Dossier thématique, 2 mai 2017.

- Conseil d'État, *L'urgence devant le juge administratif*, Discours, 26 juin 2015.

II. Sources sur internet

<http://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2014/11/06/la-dignite-humaine-dans-la-jurisprudence-de-la-cour-europeenne-des-droits-de-lhomme/>

<http://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2014/11/06/la-dignite-humaine-en-droit-public-francais-lultime-recours/>

<http://webcache.googleusercontent.com/searchq=cache:XlEmKO0AB4J:www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2016/02/02/les-armes-du-juge-administratif-dans-la-protection-des-libertes-fundamentales/+&cd=3&hl=fr&ct=clnk&gl=fr&client=firefox-b-ab>

I. Ouvrages

1° Ouvrages généraux

BOULOC (Bernard), *Pénologie*, Paris, Dalloz, 2017 [1^{ère} éd. 1991], 565 p.

BRISSON (Jean-François), *Le recours pour excès de pouvoir : tendances récentes du contentieux administratif*, Paris, Ellipses, 2004, 144 p.

CABRILLAC (Rémy), *Libertés et droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2017 [1^{ère} éd. 1994], 1061 p.

CHAPUS (René), *Droit administratif général*, Paris, LGDJ, 2 vol, coll. « Précis Domat », 2001 [1^{ère} éd. 1985], 1440 p.

CONSEIL d'ÉTAT, *Le droit européen des droits de l'homme : un cycle de conférences du Conseil d'État*, Paris, La Documentation française, 2011, 321 p.

HEYMANN-DOAT (Arlette), *Libertés publiques et droits de l'homme*, Paris, LGDJ, 2008 [1^{ère} éd. 1990]. XXX, 288 p.

ISRAËL (Jean-Jacques), *Droit des libertés fondamentales*, Paris, LGDJ, 1998, 596 p.

LOMBARD (Martine), DUMONT (Gilles) et SIRINELLI (Jean), *Droit administratif*, Paris, Dalloz, 2017 [1^{ère} éd. 1997], 670 p.

MORANGE (Jean), *Droits de l'homme et libertés publiques*, Bruxelles, Bruylant, 2009 [1^{ère} éd. 1985], 240 p.

PUTMAN (Émmanuel) et GIACOPELLI (Muriel), *Les droits fondamentaux des personnes privées de liberté*, Paris, Mare et Martin, 2015, 423 p.

TURPIN (Dominique), *Libertés publiques et droits fondamentaux*, Vanves, Sup'Foucher, 2009 [1^{ère} éd. 2004], 367 p.

2° Ouvrages spéciaux

BELDA (Béatrice), *Les droits de l'homme des personnes privées de liberté : contribution à l'étude du pouvoir normatif de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 2010, 745 p.

BOUSSARD (Sabine) (dir.), *Les droits de la personne détenue après la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009*, Acte du colloque des 26 et 27 janvier 2012, Paris, Dalloz, 2013, 341 p.

CÉRÉ (Jean.-Paul) (dir.), *Panorama européen de la prison*, Paris, L'Harmattan, 2002, 256 p.

CNCDH, *Défendre en justice la cause des personnes détenues : actes du colloque des 25 et 26 janvier 2013*, Paris, La Documentation française, 2014, 263 p.

DE SCHUTTER (Olivier) et KAMINSKI (Dan) (dir.), *L'institution du droit pénitentiaire. Enjeux de la reconnaissance de droits aux détenus*, Bruxelles-Paris, Bruylant-LGDJ, 2002, 308 p.

PÉCHILLON (Éric), *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, Paris, LGDJ, 1998, 627 p.

II. Thèses et mémoires

1° Thèses

BERNARD (Marie-Julie), *L'administration pénitentiaire française et l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme : étude du processus de « réception administrative » de la norme supranationale*, Thèse de doctorat, Droit, Grenoble, Université Grenoble II, 2005, 417 p.

FAUGÈRE (Guillaume), *L'accès des personnes détenues aux recours : étude de droit administratif*, Thèse de doctorat, Droit, Toulouse, Université Toulouse I Capitole, 2015, 559 p.

LE BOT (Olivier), *La protection des libertés fondamentales par la procédure du référé-liberté : étude de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative*, Thèse de doctorat, Droit, Aix-Marseille, Université Aix-Marseille III, 2006, 699 p.

MAURER (Béatrice), *Le principe de respect de la dignité humaine et la convention européenne des droits de l'homme*, Thèse de doctorat, Droit, Montpellier, Université Montpellier I, 1998, 553 p.

SIMON (Anne), *Les atteintes à l'intégrité des personnes détenues imputables à l'état : contribution à la théorie des obligations conventionnelles européennes : l'exemple de la France*, Thèse de doctorat, Droit, Paris, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2015, 654 p.

2° Mémoires

ALBERT (Pauline), *La protection de la dignité de la personne détenue par la Cour européenne des droits de l'homme*, Mémoire de master II, Droit, Toulouse, Institut d'études politiques Toulouse, 2016, 148 p, [en ligne], Disponible sur : https://memoires.sciencespo-toulouse.fr/uploads/memoires/2016/DECR/memoire_ALBERT-PAULINE MTE1MzI2NzEzLjE2.pdf

DARGAUD (Élodie), *La protection juridictionnelle du détenu en France*, Mémoire de master II, Droit, Lyon, Institut d'études politiques de Lyon, 2005, 92 p, [en ligne], Disponible sur : http://doc.sciencespolyon.fr/Ressources/Documents/Etudiants/Memoires/Cyberdocs/MFE2005/dargaud_e/pdf/dargaud_e.pdf

MONNIER (Aurélie), *Le détenu, sujet de droit ?*, Mémoire de DEA, Droit, Paris, Université Paris II Panthéon-Assas, 2001, 71 p.

III. Articles

AFROUKH (Mustapha), « Référé-liberté et Convention européenne des droits de l'homme », *RFDA*, n° 4, pp. 685-696.

ALBERT (Nathalie), « L'abandon de l'exigence de la faute lourde pour engager la responsabilité de l'administration pénitentiaire », *AJDA*, 2004, n° 3, pp. 157-161.

« Application de la loi contre le tabagisme au milieu carcéral », *Dalloz*, 2005, p. 2134.

ARBOUSSET (HERVÉ), « Décès d'un détenu et responsabilité de l'État : les ambiguïtés perdurent », *Dalloz*, 2006, n° 25, pp. 1729-1733.

ARBOUSSET (HERVÉ), « La responsabilité de l'État dans le domaine pénitentiaire, en débat : comment interpréter l'arrêt Chabba à la lumière des jurisprudences postérieures ? », *RPDP*, 2007, n° 3, pp. 563-582.

ARBOUSSET (HERVÉ), « Responsabilité de l'État du fait des services pénitentiaires : une nouvelle évolution jurisprudentielle », *AJDA*, 2007, n° 38, pp. 2094-2097.

AUBY (Jean-Bernard), « Le juge administratif, juge pénitentiaire », *Droit administratif*, 2014, n° 3, pp. 3-4.

BELDA (Béatrice), « L'innovante protection des droits du détenu élaborée par le juge européen des droits de l'homme », *AJDA*, 2009, n° 8, pp. 406-412.

BRETONNEAU (Aurélien) et LESSI (Jean), « Référés : l'irrésistible ascension », *AJDA*, 2014, n° 26, p. 1484-1488.

CONSEIL D'ÉTAT, « Rapport du groupe de travail du Conseil d'État sur les procédures d'urgence », *RFDA*, 2000, n° 5, pp. 941-958.

DE SILVA (Isabelle), « La rénovation du régime de responsabilité de l'État du fait des services pénitentiaires », *AJDA*, 2009, n° 8, pp. 416-420.

DE SILVA (ISABELLE), « L'État est responsable pour faute simple de la mort d'un détenu à la suite d'un incendie », *AJDA*, 2009, n° 8, pp. 433-438.

DEYGAS (Serge), « Fouilles intégrales des détenus », *Procédures*, 2009, n° 1, pp. 29-30.

DOMINO (Xavier) et BRETONNEAU (Aurélie), « Custodire ipsos custodes : le juge administratif face à la prison », *AJDA*, 2011, n° 24 , pp. 1364-1369.

DUBREUIL (Charles-André), « Le référé-provision, référé administratif au fond ? », *RFDA*, 2007, n° 5, pp. 1005-1018.

DUPRÉ DE BOULOIS (XAVIER) et MILANO (Laure), « Jurisprudence administrative et Convention européenne des droits de l'homme », *RFDA*, 2016, n° 4, pp. 769-776.

ECOCHARD (Bertrand), « L'émergence d'un droit à des conditions de détention décentes garanti par l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme », *RFDA*, 2003, n° 1, pp. 99-108.

FOURNIER (François) et MASSAT (Éric), « Le tabac nuit gravement... à l'état de droit », *LPA*, n° 38, p. 17.

FRIEDRICH (Clemmy), « Le juge du référé-liberté confronté à la carence de l'administration pénitentiaire », *JCP A*, 2017, n° 35, pp. 3-4.

GHEZA (Marc), « Abandon de l'exigence de faute lourde pour engager la responsabilité de l'État dans le cadre des activités pénitentiaires », *Revue générale du droit*, 2008, n° 1.

GUYOMAR (Mattias), « La justiciabilité des mesures pénitentiaires devant le juge administratif », *AJDA*, 2009, n° 8, pp. 413-415.

HENNION-JACQUET (Patricia), « Dignité et détention des personnes souffrant des troubles mentaux : et si la justice s'arrêtait aux portes des prisons ? », *RDSS*, 2009, n° 3, pp. 509-522.

HERZOG-EVANS (Martine), « Conditions de détention : la vigilance des juges administratifs », *AJ Pénal*, 2004, n°11, pp. 413-414.

HERZOG-EVANS (Martine), « Le juge administratif qualifié de contraire à la dignité humaine les conditions de détention d'une maison d'arrêt », *Dalloz*, 2008, n° 28, pp. 1959-1963.

JENNEQUIN (Anne), « La dignité de la personne détenue », *RFDA*, 2015, n° 6, pp. 1082-1087.

JENNEQUIN (Anne), « Les référés administratifs d'urgence à l'épreuve des décisions pénitentiaires », *RDLF*, 2017, n° 37.

LE BOT (Olivier), « Référé Liberté aux Baumettes : remède à l'inertie administrative et consécration d'une nouvelle liberté fondamentale », *La Semaine Juridique Édition Générale*, n° 4, 2013, pp. 139-142.

LEMAIRE (François), « Abandon confirmé ou survivance de la faute lourde pour l'administration pénitentiaire ? », *JCP A*, 2005, n° 8, p. 418-420.

LÉNA (Maud), « Fouilles corporelles intégrales : application de la loi pénitentiaire », *Dalloz*, 2013, n° 22, p. 1478.

LÉNA (Maud), « Le référé-liberté en matière pénitentiaire : un emplâtre sur une jambe qui n'est pas de bois », *Dalloz actualité*, 29 octobre 2014.

MODERNE (F.M), « Les mesures d'ordre intérieur et l'institution carcérale », *RFDA*, 1984, p. 187.

MOLINIER-DUBOST (Marianne), « Les détenus ont-ils le droit de vivre dans un environnement sain ? (ou sont-ils condamnés à vivre dans un environnement tabagique ?) », *RJE*, 2012, n° 1, pp. 9-21.

OTERO (Christophe), « Maison d'arrêt de Fresnes : mise sous tension de l'administration pénitentiaire », *AJDP*, 2017, n° 7, pp. 359-360.

PACTEAU (Bernard), « Vu de l'intérieur : loi du 30 juin 2000, une réforme exemplaire », *RFDA*, 2000, n° 5, pp. 959-962.

PECHILLON (Éric), « Le recours en responsabilité : un terrain d'observation privilégié du droit », *RPDP*, 2007, n° spécial, pp. 37-47.

PÉCHILLON (Éric), « Les conditions de détention en maison d'arrêt sous le contrôle du juge des référés : le référé-provision », *AJDP*, 2009, n° 6, p. 278.

PECHILLON (ÉRIC), « Première application de la loi pénitentiaire en référé : une obligation pour l'administration pénitentiaire de tirer toutes les conséquences du nouveau cadre législatif », *AJ Pénal*, 2010, n°2, pp. 93-94.

PÉCHILLON (Éric), « Contrôle des conditions de détention : l'arme du référé face au manque de réactivité de l'administration pénitentiaire », *AJDP*, 2013, n° 4, pp. 232-234.

« Référé-liberté à la maison d'arrêt de Fresnes : les limites de l'article L. 521-2 », *AJDA*, 2017, n° 44, pp. 2540-2546.

SENNA (Éric), « Le référé-liberté dans le domaine pénitentiaire : un pas en avant, un pas en arrière », *Gaz. Pal.*, 2017, n° 35, p. 26-28.

TRÉMOLIÈRE (Alexandre), « La prison et ses juges : la détention à l'épreuve du dualisme juridictionnel », *RFDA*, 2017, n° 4, p. 731-740.

VIGOUROUX (Christian), « La valeur de la justice en détention », *AJDA*, 2009, n° 8, pp. 403-405

IV. Jurisprudences

1. Jurisprudences administratives

TA Clermont-Ferrand, 1^{er} mars 2004, *Min. de la Justice c/ Korber*, req. n° 0040204.

TA Nantes, 19 juillet 2004, req. n° 0403193.

TA Nantes, réf., 25 août 2005, req. n° 0504305.

TA Paris, réf., 20 juin 2006.

TA, Rouen 27 mars 2008, *Min. de la Justice c/ Donat*, req. n° 0602590.

TA Melun, 1^{er} avril 2008, *Min. de la Justice c/ Kidher*, req. n° 802164.

TA Grenoble, 16 décembre 2009, req. n° 0905563.

TA Marseille, réf., 16 septembre 2011, n° 1105921.

TA Melun, réf., 21 mai 2013, req. n° 1303530/13.

TA Lyon, réf., 17 mars 2014, req. n° 1401744.

TA Fort-de-France, réf., 17 octobre 2014, *Min. de la Justice c/ Section française de l'OIP*, req. n° 140673.

TA Melun, 14 mars 2016, n° 1601650.

CAA Marseille, 29 mars 2004, req. n° 01MA02289.

CAA Marseille, 15 novembre 2004, req. n° 02MA00449.

CAA Nancy, 17 mars 2005, req. n° 00NC00414.

CAA Douai, 12 novembre 2009, *Min. de la Justice c/ Turner*, n° 09DA00782.

CAA Nantes, 5 janvier 2012, req. n° 11NT01534.

CAA Nantes, 5 janvier 2012, req. n° 11NT01533.

CAA Douai, 7 janvier 2013, req. n° 12DA01478.

CE, 4 janvier 1918, *Min. de la Justice c/ Mineur Zulémaro*, *Rec. Lebon*, p. 9.

CE, 4 janvier 1918, *Min. de la Justice c/ Mineur Duchesne*, *Rec. Lebon*, p. 10.

CE, 18 avril 1949, *Min. de la Justice c/ Pagliano*, *Rec. Lebon*, p. 87.

CE 24 mars 1950, *Min. de la Justice c/ Bizière*, *Rec. Lebon*, p. 191.

CE, 2 juin 1950, *Min. de la Justice c/ Marly*, *Rec. Lebon*, p. 875.

CE, 20 juin 1951, *Min. de la Justice c/ Hilaire- Darigrand*, *Rec. Lebon*, p. 357.

CE, 24 octobre 1952, *Min. de la Justice c/ Laurent*, *Rec. Lebon*, p. 468.

CE, 15 juillet 1958, *Min. de la Justice c/ Dufour*, *Rec. Lebon*, p. 458.

CE, 8 décembre 1967, *Min. de la Justice c/ Sieur Kayanakis*, *Rec. Lebon*, p. 475.

CE, 5 février 1971, *Min. de la Justice c/ Veuve Picard*, *Rec. Lebon*, p. 101.

CE 26 mai 1978, *Min. de la Justice c/ Consorts Wachter*, req. n° 02605, *Rec. Lebon*, p. 222.

CE, 4 mai 1979, *Min. de la Justice c/ Comité d'action des prisonniers*, *Rec. Lebon*, p. 182.

CE, Ass., 27 janvier 1984, *Min. de la Justice c/ Caillol*, *Rec. Lebon*, p. 28.

CE, Sect., 9 novembre 1990, *Min. de la Justice c/ Théron*, *Rec. Lebon*, p. 313.

CE, Sect. 4 novembre 1994, *Min. de la Justice c/ Korber*, *Rec. Lebon*, p. 489.

CE, Ass., 17 février 1995, *Min. de la Justice c/ Marie*, req. n° 97754, *Rec., Lebon*, p. 85.

CE, 18 mars 1998, *Min. de la Justice c/ Druelle*, *Rec. Lebon*, p. 98.

CE, 9 février 2001, *Min. de la Justice c/ Malbeau*, *Rec. Lebon*, p. 54.

CE, réf., 15 octobre 2001, *Min. de la Justice c/ Hamani*, req. n° 238934.

CE, 23 mai 2003, *Min. de la Justice c/ Chabba*, req. n° 244663.

CE, réf., 12 janvier 2004, *Min. de la Justice c/ Section française de l'OIP*, req. n° 274117.

CE, réf., 14 janvier 2005, req. n° 276123.

CE, réf., 8 septembre 2005, *Min. de la Justice c/ Bunel*, req. n° 284803.

CE, 23 novembre 2005, *Min. de la Justice c/ Monné*, *Rec. Lebon*, p. 801.

CE, 26 janvier 2007, *Min. de la Justice c/ Khider*, req. n° 299267.

CE, 9 juillet 2007, *Min. de la Justice c/ Delorme*, req. n° 281205.

CE, 9 avril 2008, *Min. de la Justice c/ Section française de l'OIP*, req. n° 311707
CE, 14 novembre 2008, *Min. de la Justice c/ El Shennawy*, req. n° 315622.
CE, 17 décembre 2008, *Min. de la Justice c/ Section française de l'OIP*, req. n° 293786.
CE, 17 décembre 2008, *Min. de la Justice c/ Zaouiya*, req. n° 292088.
CE 1^{er} juillet 2009, *Min. de la Justice c/ Mouisel*, req. n° 308925.
CE, réf., 20 mai 2010, *Min. de la Justice c/ Gutknecht*, req. n° 339259.
CE, réf., 9 septembre 2011, *Min. de la Justice c/ Dezaire*, req. n° 352372.
CE, 28 septembre 2011, *Min. de la Justice c/ Gallois*, req. n° 345309.
CE, 26 janvier 2012, *Min. de la Justice c/Barbotin*, req. n° 349874.
CE, 1^{er} février 2012, *Min. de la Justice c/ Khider*, req. n° 350899.
CE, 11 juillet 2012, *Min. de la Justice c/ Section française de l'OIP*, req. n° 347147.
CE, 26 septembre 2012, *Min. de la Justice c/ Théron*, req. n° 359479.
CE, réf., 22 décembre 2012, *Min. de la Justice c/ Section française de l'OIP*, req. n° 364584.
CE, réf., 6 juin 2013, *Min. de la Justice c/ Section française de l'OIP*, req. n° 368816.
CE, 6 décembre 2013, req. n° 363290.
CE, 6 décembre 2013, req. n° 363291.
CE, 6 décembre 2013, req. n° 363293.
CE, 6 décembre 2013, req. n° 363294.
CE, 6 décembre 2013, *Min. de la Justice c/ M. B.*, req. n° 363292.
CE, réf., 30 juillet 2015, *Min. de la Justice c/ Section française de l'OIP*, req. n° 392043.
T. confl. 22 févr. 1960, *Dame Fargeaud d'Epied*, *Rec. Lebon*, p. 855.

2. Jurisprudences européennes

Cour.EDH, 28 février 2008, *Saadi c/ Italie*, req. n° 37201/06.
Cour.EDH, 26 mars 1985, *X. et Y. c/ Pays-Bas*, req. n° 8978/80.
Cour.EDH, 30 octobre 1991, *Vilvarajah et autres c/ Royaume-Uni*, req. n° 13163/87.
Cour.EDH, 22 juillet 2003, *Y. F. c/ Turquie*, req.n° 24209/94.
Cour.EDH, 27 juillet 2004, *Slimani c/ France*, req. n° 57671/00.
Cour.EDH, 1^{er} juin 2006, *Mamedova c/ Russie*, req. n° 7064/05.
Cour.EDH, 20 octobre 2011, *Stasi c/ France*, req. n° 25001/07.
Cour.EDH, 28 oct. 1998, *Osman c/ Royaume-Uni*, req. n° 23452/94.
Cour.EDH, 4 décembre 2003, *Van der Ven c/ Pays-Bas*, req. n° 50901/99.
Cour.EDH, 7 juillet 2015, *Elefteriadis c/ Roumanie*, req. n° 53104/11.

Cour.EDH, 9 juin 1998, *L.C.B c/ Royaume-Uni*, req. n° 23413/94.

Cour.EDH, 21 novembre 2000, *Demiray c/ Turquie*, req. n° 27308/95.

Cour.EDH, 26 octobre 2000, *Kudla c/ Pologne*, req. n° 30210/96.

Comm.EDH, 10 mars 1988, *B c/ France*.

Table des matières

| | |
|--|----|
| PARTIE I. L'AJUSTEMENT PRÉTORIEN DU DROIT ADMINISTRATIF GÉNÉRAL AU STATUT DE LA PERSONNE DÉTENUE USAGER DU SERVICE PUBLIC PÉNITENTIAIRE..... | 28 |
| CHAPITRE 1. L'EXIGENCE DU STATUT DE DÉTENU USAGER DU SERVICE PUBLIC PÉNITENTIAIRE COMME PRÉALABLE À LA PROTECTION CONTRE LES ATTEINTES À L'INTÉGRITÉ DE LA PERSONNE DÉTENUE..... | 29 |
| Section 1. Une politique jurisprudentielle fondée sur l'usager du service public pénitentiaire..... | 29 |
| § 1. Une responsabilité banalisée par la reconnaissance progressive de la faute simple..... | 29 |
| § 2. Une responsabilité finalisée par la consécration d'une obligation générale de protection de la vie..... | 33 |
| Section 2. L'apport novateur du discours du commissaire de gouvernement dans la recherche d'une protection contre les atteintes à l'intégrité de la personne détenue..... | 35 |
| § 1. Un discours partisan de l'extension de la compétence du juge administratif au champ pénitentiaire..... | 35 |
| § 2. L'orientation de la décision vers une solution protectrice de l'intégrité de la personne détenue..... | 39 |
| CHAPITRE 2. LA PROGRESSION DE LA PROTECTION CONTRE LES ATTEINTES À L'INTÉGRITÉ DE LA PERSONNE DÉTENUE ENCOURAGÉE PAR LA DYNAMIQUE DU RÉFÉRÉ-LIBERTÉ..... | 40 |
| Section 1. L'approche par assimilation du principe de dignité dégagé par la Cour européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales..... | 41 |
| § 1. L'appropriation des méthodes..... | 42 |
| § 2. L'appropriation des solutions..... | 44 |
| A. Les exigences en matière d'atteintes directes..... | 44 |
| B. Les exigences en matière d'atteintes passives..... | 44 |
| Section 2. L'approche par renouvellement..... | 45 |
| § 1. L'autorité du juge administratif dans la création du référé-liberté..... | 46 |
| § 2. La consécration prétorienne du droit à l'intégrité physique et psychique..... | 48 |

PARTIE II. L'ÉLABORATION D'UN ORDRE JURIDIQUE PÉNITENTIAIRE PROTECTEUR
CONTRE LES ATTEINTES À L'INTÉGRITÉ DE LA PERSONNE DÉTENUE.....50

CHAPITRE 1. LES PRESCRIPTIONS DU DROIT ADMINISTRATIF DE LA DÉTENTION
DANS LA PROTECTION CONTRE LES ATTEINTES À L'INTÉGRITÉ DE LA PERSONNE
DÉTENUE.....50

Section 1. Les directives garantissant une protection contre les atteintes à l'intégrité de la personne
détenue.....51

§ 1. L'exigence de conditions de détention respectueuses de l'intégrité de la personne
détenue.....51

A. L'indéniable efficacité du référé-constat.....51

B. Les conditions de détention incompatibles avec la condition de malade ou de handicapé dans le
contentieux du référé-provision.....53

§ 2. L'encadrement de certaines pratiques attentatoires à l'intégrité de la personne
détenue.....53

A. L'affirmation du droit à l'intégrité dans les procédures de fouille et de placement en cellule
disciplinaire.....54

1. La remise en cause des fouilles intégrales systématiques.....54

a. La reconnaissance d'une atteinte grave et immédiate à la dignité de la personne détenue dans le
contentieux du référé-suspension : la jurisprudence THÉRON.....54

b. Le caractère quotidien des fouilles intégrales et la situation d'urgence reconnue en sens du référé-
liberté.....55

2. Les hypothèses de placement en cellule disciplinaire.....57

a. La reconnaissance d'une atteinte spécifique à la santé de la personne détenue dans le contentieux
du référé-suspension : la jurisprudence KIDHER.....57

b. La reconnaissance d'une atteinte spécifique à la santé de la personne détenue et de la gravité de la
sanction disciplinaire infligée dans le contentieux du référé-liberté.....58

B. L'affadissement du droit à l'intégrité dans les procédure d'isolement.....59

Section 2. La concrétisation des prescriptions du droit administratif de la détention : le législateur
du 24 novembre 2009 pénétré par l'esprit des juges du Palais Royal.....60

§ 1. Considérer la personne détenue indépendamment du motif de condamnation.....60

§ 2. Faire de la personne détenue un usager du service public comme les autres.....62

| | |
|---|----|
| A. La réception de l'exigence de sécurité dans l'article 44..... | 62 |
| B. L'admission du statut de détenu usager du service public pénitentiaire dans l'article 2.... | 63 |
| CHAPITRE 2. LA PROTECTION CONTRE LES ATTEINTES À L'INTÉGRITÉ DE LA PERSONNE DÉTENUE FREINÉE PAR L'IMPÉRATIF DE SÉCURITÉ ET L'ORGANISATION DU SERVICE PUBLIC PÉNITENTIAIRE..... | |
| 64 | |
| Section 1. Les lacunes de l'accès de la personne détenue au juge administratif du référé..... | 64 |
| § 1. Les données du problème..... | 64 |
| A. La persistance des impératifs d'ordre public et de sécurité..... | 65 |
| B. Les conditions d'octroi des référés neutralisées par les nécessités d'organisation du service..... | 66 |
| § 2. Les solutions envisagées..... | 67 |
| A. L'idée d'une présomption d'urgence en matière de référé-suspension..... | 67 |
| B. Le nécessaire réajustement de la notion d'atteinte grave et manifestation illégale à une liberté fondamentale à la situation particulière de la personne détenue..... | 68 |
| Section 2. La limite à la reconnaissance du droit à la santé comme liberté fondamentale..... | 69 |
| § 1. Le test diachronique..... | 69 |
| A. Le refus de l'admission de la fondamentalité du droit à la santé..... | 69 |
| 1. L'approche par le tribunal administratif de Nantes de l'atteinte portée à l'intégrité du tabagisme passif en détention, attachée à la réalité : l'ordonnance du 24 août 2005..... | 70 |
| 2. La répugnance du Conseil d'État à imposer toute protection contre le tabagisme passif en détention, détachée de la réalité : l'ordonnance du 8 septembre 2005..... | 72 |
| B. Une position jurisprudentielle fragilisée par un raisonnement théorique contestable..... | 73 |
| 1. Le droit à la santé, composante du droit à l'intégrité..... | 73 |
| 2. L'ordonnance du 8 septembre 2005 face au droit de vivre dans un environnement équilibré et favorable à sa santé..... | 74 |
| § 2. Le test synchronique..... | 75 |
| A. La consécration européenne du droit à la santé de la personne détenue sur le fondement du droit à l'intégrité..... | 76 |
| 1. L'indifférence à l'état de santé, excès de souffrance..... | 76 |

| | |
|---|----|
| 2. L'indifférence à l'état de santé, risque pour la vie..... | 77 |
| B. La consécration européenne d'un droit à la santé exprimée de manière relative..... | 78 |

Résumé :

La préservation de l'intégrité des personnes détenues constitue un facteur de légitimité indéniable de l'institution pénitentiaire et de son rôle au sein d'une société démocratique. En vertu des articles 2 et 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui protègent respectivement le droit à la vie et la prohibition des traitements inhumains et dégradants, la jurisprudence administrative a élaboré un véritable ordre juridique pénitentiaire protecteur contre les atteintes à l'intégrité de la personne détenue et ce faisant, a accompagné, suivi et même suscité le processus de réforme du droit pénitentiaire dont témoigne notamment, la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009. Les atteintes portées à l'intégrité des personnes détenues dans le cadre de la détention carcérale peuvent résulter du fonctionnement officiel de l'institution, en particulier des fouilles, des placements à l'isolement ou en cellule disciplinaire ou encore des conditions de détention. Elles peuvent aussi résulter d'une défaillance étatique qui a permis ou toléré la réalisation d'un acte particulier violant ces droits absolus protégés. L'élaboration de cet ordre pénitentiaire est précisément déterminé sur la base de la reconnaissance du statut de détenu, usager du service public pénitentiaire. Mais si le juge administratif apparaît comme l'un des facteurs premiers de la mutation du droit pénitentiaire et d'une protection renforcée du droit à l'intégrité de la personne détenue, les lacunes de sa jurisprudence pourraient avoir des effets contradictoires et faire obstacle à l'élaboration d'une théorie systématisée du droit à cette intégrité.

Abstract :

Preserving the integrity of detainees is an undeniable factor in the legitimacy of the prison institution and its role in a democratic society. Under Articles 2 and 3 of the European Convention on Human Rights, which respectively protect the right to life and the prohibition of inhuman and degrading treatment, the administrative case law has developed a veritable protective penitentiary legal system against the integrity of the detained person and, in so doing, accompanied, followed and even sparked the process of prison law reform, as witnessed in particular by the Prison Act of 24 November 2009. The attacks on the integrity of detainees held in Prison detention may result from the official functioning of the institution, in particular searches, solitary confinement or disciplinary detention or conditions of detention. They can also result from a state failure that allowed or tolerated the performance of a particular act violating these protected absolute rights. The elaboration of this penitentiary order is precisely determined on the basis of the recognition of the status of prisoner, user of the public penitentiary service. But if the administrative judge appears to be one of the prime factors in the change of prison law and the enhanced protection of the right to the integrity of the detained person, the shortcomings of its jurisprudence could have contradictory effects and hinder the elaboration of a systematised theory of the right to this integrity.

Descripteurs :

intégrité physique – intégrité psychique - droit à la vie – juge administratif – dignité – politique pénitentiaire – santé – Cour européenne des droits de l'homme – usager - service public pénitentiaire

Keywords :

physical integrity - psychic integrity - right to life - administrative judge - dignity - penitentiary policy - health - European court of human rights – user - public service penitentiary