Julia SCHMITZ.

En 2014, Nicolas Ferran constatait que « *La personne détenue* [était] *« encore » à la recherche de son juge en France* »[1] pour contester les décisions prises par l'administration pénitentiaire à son encontre. Presque dix ans plus tard, et malgré des évolutions jurisprudentielles significatives, des condamnations européennes retentissantes et une réforme législative instaurant une nouvelle voie de recours, nous pouvons faire le même constat en ce qui concerne le contentieux des conditions matérielles de détention : la personne détenue est « toujours » à la recherche de son juge.

Il convient tout d'abord de rappeler que le contentieux pénitentiaire apparaît depuis très longtemps comme un contentieux écartelé entre les deux ordres juridictionnels. Relèvent de la compétence du juge judiciaire les litiges relatifs « *à la nature et aux limites d'une peine infligée par une juridiction judiciaire et dont l'exécution est poursuivie à la diligence du ministère public* »[2], et au juge administratif les litiges relatifs au fonctionnement du service public pénitentiaire. Or cette ligne de séparation est loin d'être étanche et génère un contentieux complexe. En matière de conditions matérielles de détention, lesquelles sont liées à une multiplicité d'acteurs et de facteurs, la ligne de démarcation de la répartition des compétences juridictionnelles s'avère particulièrement perméable.

Suite aux refus successifs du juge judiciaire de se saisir de ce contentieux, par la voie du délit d'hébergement incompatible avec la dignité humaine[3], de la demande de mise en liberté devant le juge des libertés et de la détention[4] ou de la demande de l'aménagement de peine devant le juge de l'application des peines[5],seule la voie du recours juridictionnel administratif a été ouverte pour mettre en cause la carence des autorités pénitentiaires.

Sur le fondement de l'article 3 Conv. EDH, la responsabilité administrative s'est alors largement développée par un recours compensatoire permettant d'engager la responsabilité de l'État pour faute simple en raison de conditions de détention qui n'assurent pas le respect de la dignité de la personne humaine[6]. Le juge administratif a par la suite facilité l'exercice de ce recours en mettant en place une présomption de faute à partir du moment où une atteinte à la dignité est constatée, indépendamment de l'intention fautive de l'administration pénitentiaire[7]. Ont également été développées de nouvelles modalités de calcul de l'indemnisation du préjudice moral subi qui est considéré comme continu et évolutif et pour prendre en compte l'intégralité de la durée de détention en raison du caractère exponentiel de ce préjudice[8]. Enfin, face à la difficulté de prouver l'indignité des conditions de détention, le juge administratif a opéré un allègement de la charge de la preuve au bénéfice de la personne détenue[9], s'accordant ainsi avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH)[10]. Mais si le juge européen considère le recours compensatoire comme un recours disponible et adéquat[11], il a fini par condamner la France pour violation du droit au recours effectif en raison de l'insuffisance de l'indemnisation du préjudice subi par la personne placée dans des conditions indignes de détention[12].

Surtout, il convient de souligner que le recours indemnitaire ne vient que *compenser*, en accordant une réparation, des conditions matérielles indignes de détention, et non les *empêcher*. La Cour européenne précise qu'en matière de conditions indignes de détention, les recours préventifs et compensatoires doivent coexister de manière complémentaire. Elle exige donc un recours préventif permettant « *à la personne intéressée d'obtenir des juridictions internes un redressement direct et approprié, de nature à empêcher la continuation de la violation alléguée ou de lui permettre d'obtenir une amélioration de ses conditions matérielles de détention* »[13].

Or depuis la loi du 2000 n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives, il existe en France des procédures d'urgence qui semblent répondre à ces attentes. Deux procédures en particulier peuvent s'avérer ici pertinentes : le référé-mesures utiles et le référé-liberté[14]. Si l'ouverture de ces recours a suscité des espoirs pour mettre un terme à l'indignité des conditions matérielles de détention (I), ils n'ont cependant pas pu combler les attentes européennes (II).

I. L'effectivité attendue des recours administratifs préventifs

Pour être effectif le recours préventif doit présenter selon la Cour européenne certaines caractéristiques : des garanties de célérité ; l'indépendance des autorités carcérales de l'instance accueillant ce recours ; la mise à disposition d'une large gamme d'instruments juridiques permettant de mettre fin aux problèmes à l'origine des griefs, et la capacité de statuer conformément aux principes énoncés dans la jurisprudence de la Cour sur le terrain de l'article 3 de la Convention[15]. Les deux recours préventifs institués devant le juge administratif ont ainsi été passés au crible de l'examen de la CEDH. Mais si l'effectivité du référé mesures-utiles a rapidement été balayée (A) celle du référé-liberté, plus attendue, a été scrutée de manière plus minutieuse devant le prétoire européen (B).

A. L'effectivité du référé mesures-utiles balayée par la CEDH

L'article L. 521-3 du Code de justice administrative (CJA) précise qu' « *en cas d'urgence et sur simple requête qui sera recevable même en l'absence de décision administrative préalable, le juge des référés peut ordonner toutes autres mesures utiles sans faire obstacle à l'exécution d'aucune décision administrative* » (1). Malgré des apparences prometteuses, la Cour européenne va simplement considérer que « *outre son caractère subsidiaire par rapport au référé-liberté et le caractère limité du pouvoir du juge, il se heurte aux mêmes obstacles pratiques que ce dernier* »[16], sans plus de précision. Il peut s'avérer intéressant de comprendre pourquoi la CEDH l'a aussi vite balayée (2).

1. Un recours subsidiaire mais complémentaire

Il est vrai que ce recours a longtemps été considéré comme le « *parent pauvre* »[17] des procédures d'urgence. Cependant, l'accès au juge de l'article L 521-3 et les pouvoirs de ce dernier ont été progressivement étendus. Il est ainsi largement ouvert aux usagers des services publics pour obtenir leur fonctionnement normal[18]. En matière de conditions de détention, cette voie de recours semble donc offrir des possibilités intéressantes : elle est sans rapport avec les questions de légalité et offre la possibilité de dénoncer une inaction de l'action pénitentiaire.

La seule condition restrictive repose sur l'exigence de l'absence de contestation sérieuse qui pourrait conduire le juge à s'interroger sur l'existence d'une obligation légale incontestable à la charge de l'administration. Peut-on considérer que l'administration pénitentiaire est tenue de garantir des conditions de détention dignes ? Il suffit pour s'en convaincre de rappeler les textes, à commencer par l'article 22 de la loi pénitentiaire de 2009, repris à l'article L. 6 du Code pénitentiaire : « *L'administration pénitentiaire garantit à toute personne détenue le respect de sa dignité et de ses droits* ». De même, l'article L. 7 du même code précise que « *L'administration pénitentiaire doit assurer à chaque personne détenue une protection effective de son intégrité physique en tous lieux collectifs et individuels* ». De manière encore plus précise, l'article L. 213-2 de ce code affirme que « *les personnes prévenues sont placées en cellule individuelle* » et l'article L. 213-5 précise que lorsqu'elles sont placées en cellule collective, « *les cellules doivent être adaptées au nombre de personnes qui y sont hébergées. Les personnes détenues doivent être en mesure de cohabiter. Leur sécurité et leur dignité doivent être assurées* ».

De plus, le référé mesures-utiles présente des avantages sur le référé-liberté, qui est une voie de recours réservée à une situation d'extrême urgence autorisant une mesure immédiate de sauvegarde, l'urgence exigée pour la mise en œuvre du référé de l'article L. 521-3 est plus relative et peut également découler d'un retard prolongé de l'action administrative. Ainsi, le Conseil d'État a-t-il pu considérer que la circonstance que les droits des personnes détenues à la confidentialité de leurs conversations « *soient méconnus depuis plusieurs années ne saurait faire disparaître l'urgence* »[19]. L'on peut également souligner une utilité complémentaire importante de ce référé qui peut être utilisé pour faire désigner un huissier pour faire constater des conditions de détention que ce soit dans le cadre d'un contentieux indemnitaire, préventif ou judiciaire[20].

2. Une voie de recours finalement verrouillée

Cette voie de recours a ainsi pu prospérer pour ordonner à l'administration pénitentiaire d'effectuer des travaux d'étanchéité et de mise en conformité électrique, installer des cloisons d'intimité dans des cellules, assurer le caractère confidentiel des communications téléphoniques des détenus, ou supprimer des murets de séparation des parloirs[21]. L'article L. 521-3 ainsi redécouvert aurait pu ainsi prospérer dans le contentieux des conditions indignes de détention. Mais il ressort de l'analyse de la jurisprudence la plus récente que le juge administratif a fini par fermer les espoirs portés par cette voie de recours.

Si l'interdiction de faire obstacle à l'exécution d'une décision administrative ne devrait pas jouer dans le cadre du contentieux des conditions matérielles de détention puisque le plus souvent elles résultent d'une inertie et non de décisions administratives identifiées, le juge interprète largement cette condition. Il considère en effet que la mesure à laquelle le recours ne doit pas faire obstacle peut être celle qui refuse la mesure demandée. Ainsi, une personne détenue ne peut solliciter du juge qu'il prescrive au directeur de la prison de lui délivrer le matériel nécessaire à son hygiène personnelle ainsi que le respect du règlement intérieur prévoyant trois douches par semaine si ce dernier a préalablement refusé de faire droit à une telle demande[22].

Surtout, le juge interprète cette condition comme lui interdisant également d'ordonner au directeur d'un établissement pénitentiaire de prendre un acte de nature règlementaire, « *y compris d'organisation des services placés sous son autorité* »[23]. Ainsi, les demandes de fermeture de certains bâtiments vétustes, d'arrêt de toute nouvelle affectation au sein de ces bâtiments et de changement d'affectation des personnes détenues au sein de ces bâtiments « *font obstacle à l'exécution de décisions prises, soit par l'administration pénitentiaire au titre de l'organisation du service, soit par le chef d'établissement dans l'affectation des détenus, lesquelles excèdent les mesures qu'autorisent les dispositions de l'article L. 521 3 du code précité qu'il y a lieu de rejeter ces demandes* »[24]. Or, d'une part, ces mesures d'organisation des services sont nécessaires pour mettre fin aux conditions indignes de détention et, d'autre part, le juge aurait pu considérer que cette demande ne vise que des actes matériels ne nécessitant pas de modification du règlement intérieur[25].

Le Conseil d'État semble avoir adopté une attitude préventive, pour endiguer un flot contentieux de recours préventifs susceptibles de venir encombrer le juge du référé de l'article L. 521-3. *A contrario*, le juge du référé-liberté n'hésite pas à rappeler l'obligation positive à la charge du chef d'établissement de mettre justement en œuvre son pouvoir règlementaire de chef de service pour assurer la protection de la vie et de la dignité des personnes détenues.

B. L'effectivité du référé-liberté scrutée par la CEDH

Les potentialités du référé-liberté qui avaient soulevé l'intérêt de la CEDH dans l'affaire *Yengo c. France* en ce qu'il semble « *permettre au juge d'intervenir en temps utile en vue de faire cesser des conditions de détention jugées contraires à la dignité* » (1) vont être scrutées dans l'arrêt *J.M.B. c. France* au vu de la pratique jurisprudentielle réelle (2).

1. Un recours adapté en raison de sa souplesse procédurale

L'avantage du référé-liberté est en effet d'être un recours autonome qui n'a pas à être précédé d'une requête au fond, dispensé là encore de tout recours administratif préalable et du ministère d'avocat. Il permet également de saisir le juge des référés d'une décision mais aussi en cas d'inaction ou de carence de l'administration. Sa rapidité procédurale, le juge disposant de quarante-huit heures pour statuer, en

fait « *une arme de protection massive* »[26] et un recours particulièrement adapté au contentieux des conditions indignes de détention, avec à la clé un large pouvoir d'injonction reconnu au juge.

Le juge du référé-liberté a de plus été un juge audacieux reconnaissant de nombreuses libertés fondamentales, dépassant le contrôle superficiel de la légalité pour s'engager dans le contrôle de conventionnalité et surmontant l'interdiction du caractère provisoire de ses décisions. C'est d'ailleurs en matière pénitentiaire que le Conseil d'État a précisé l'étendue de son pouvoir d'injonction. Ainsi, si les mesures de référé « *doivent en principe présenter un caractère provisoire* », elles peuvent néanmoins présenter un caractère définitif « *lorsqu'aucune mesure de cette nature n'est susceptible de sauvegarder l'exercice effectif de la liberté fondamentale à laquelle il est porté atteinte* »[27].

De plus, et contrairement au référé mesures-utiles, le pouvoir d'injonction peut porter sur des actes de nature règlementaire. Le juge des référés peut ainsi ordonner à l'autorité compétente de prendre une mesure d'organisation des services placés sous son autorité, lorsqu'une telle mesure est nécessaire à la sauvegarde d'une liberté fondamentale.

La Cour européenne était ainsi dans l'expectative des suites données à l'ordonnance rendue par le juge du référé-liberté concernant l'établissement pénitentiaire des *Baumettes* à Marseille dans laquelle a été forgé un considérant de principe fort prometteur qui se saisit parfaitement du problème systémique de la situation carcérale. Des obligations importantes à la charge de l'administration pénitentiaire sont ainsi consacrées : « *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 ainsi qu'à leur éviter tout traitement inhumain ou dégradant afin de garantir le respect effectif des exigences découlant des principes rappelés notamment par les articles 2 et 3 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* ». Concernant l'office du juge, il est affirmé 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 lorsque la situation permet de prendre utilement des mesures de sauvegarde dans un délai de quarante-huit heures, le juge des référés peut […] prescrire toutes les mesures de nature à faire cesser la situation résultant de cette carence* »[28].

2. Un recours adapté pour contester les conditions collectives et systémiques de détention

En raison du caractère systémique de la surpopulation carcérale, la Cour européenne n'exige pas nécessairement une solution individualisée pour mettre fin à des conditions indignes de détention telles que le transfert d'une personne détenue ou sa remise en liberté, mais invite plutôt à des « *améliorations à dimension collective des conditions de détention* »[29]. Ainsi, « *s'agissant des recours préventifs, ce redressement peut, selon la nature du problème en cause, consister soit en des mesures ne touchant que*

le détenu concerné ou – lorsqu'il y a surpopulation – en des mesures plus générales propres à résoudre les problèmes de violations massives et simultanées de droits des détenus résultant de mauvaises conditions dans tel ou tel établissement pénitentiaire ». Et le juge européen précise que la possibilité pour des requérants d'obtenir un redressement individuel de leur situation ne suffit pas s'il n'y a pas d'impact sur la surpopulation générale, « *dans une telle situation, l'amélioration de la situation d'un détenu se ferait au détriment de celle des autres, et la capacité du recours à produire un effet préventif n'est pas démontrée* […] »[30].

Le recours en référé-liberté semble pouvoir répondre à ces attentes. Le juge de l'article L. 521-2 CJA admet ainsi largement la recevabilité des recours portés par des organisations de défense des droits des détenus et portant sur des conditions collectives, et non individuelles, de détention. De plus, la charge de la preuve des conditions de détention est particulièrement allégée devant le juge du référé-liberté qui accepte de s'appuyer sur les rapports du Contrôleur général des lieux de privation de liberté (CGLPL). On ne retrouve pas les caractères circonstancié, actuel et personnel des allégations exigés dans le cadre du nouveau recours pouvant être porté devant le juge judiciaire[31] dans le critère de l'atteinte à la dignité laquelle doit être grave et « manifestement » illégale dans le cadre du référé-liberté.

Le référé-liberté semble ainsi parfaitement épouser les attentes de la CEDH. Mais après l'audace jurisprudentielle saluée par la doctrine, un bond en arrière peut être constaté, refermant cette voie de recours et la conduisant à une impasse contentieuse.

II. L'effectivité déçue du référé-liberté

Si l'ordonnance des Baumettes avait suscité des espoirs au niveau européen, les ordonnances postérieures les ont anéantis[32]. Le juge de Strasbourg conclut en effet son examen de la jurisprudence en considérant que le référé-liberté « *ne peut être considéré comme le recours préventif qu'exige la Cour* »[33]. Deux insuffisances ont pu être relevées par le juge européen le conduisant à conclure au caractère limité du pouvoir d'injonction : le caractère limité du pouvoir d'injonction du juge par une interprétation particulière de l'urgence (A) et la prise en compte par le juge des moyens dont dispose l'administration (B).

A. L'interprétation détournée de la condition d'urgence du référé-liberté

Dans le cadre du référé-liberté, il convient de justifier d'une extrême urgence puisque ce juge statue en quarante-huit heures et qu'est en cause la sauvegarde d'une liberté fondamentale. Or, le juge a détourné cette condition temporelle, pour limiter son pouvoir d'injonction. La célérité du référé-liberté s'est muée en un impératif de brièveté des délais de réalisation des mesures que le juge peut ordonner,

l'intervention du juge étant « *subordonnée au constat que la situation litigieuse permette de prendre utilement et à très bref délai les mesures de sauvegarde nécessaires* »[34]. Le juge peut ainsi refuser nombre de demandes d'injonction portant sur des mesures qu'il va juger comme d'ordre structurel, en raison de l'ampleur des travaux sollicités.

Or, cette transfiguration de l'office du juge peut être contestée car elle repose sur une interprétation particulière du texte de l'article L. 521-2 CJA qui introduit une confusion entre l'exigence de rapidité de l'intervention du juge et celle de la réalisation des effets des mesures qu'il ordonne à l'administration, son office étant en principe de sauvegarder une liberté par tout moyen.

Outre le fait que cette jurisprudence semble contraire à la lettre et à l'esprit de l'article L. 521-2 CJA, elle s'avère également largement contradictoire et casuistique. À titre d'illustration, le juge du référé-liberté a pu considérer comme pouvant être mise en œuvre rapidement des actions de formation pour le personnel pénitentiaire[35], le recrutement d'un médecin addictologue[36] ou la mise en place d'une enquête interne de l'établissement sur le comportement des surveillants au quartier disciplinaire[37], mais il a refusé d'ordonner d'affecter des postes de conseillers pénitentiaires d'insertion et de probation[38] ou d'enjoindre le préfet à convoquer le conseil d'évaluation de la prison[39]. Il a pu enjoindre à l'administration d'équiper les cours de promenades d'un abri, de bancs et d'installations permettant l'exercice physique[40] ou de s'assurer de la mise aux normes des installations électriques mais il a considéré comme ne pouvant être mise en œuvre à brève échéance la rénovation et le nettoyage des murs et sols des cellules, l'installation d'équipements légers dans la cour de promenade (banc, table, installation sportive, urinoir et point d'eau)[41], la rénovation des douches extérieures et l'installation d'un dispositif plus protecteur de l'intimité des personnes détenue[42] ou la modernisation de l'installation électrique et l'accès à l'eau chaude au sein d'une cellule[43].

Et pour refuser certaines demandes, le juge prend parfois en compte les démarches entreprises par l'administration pénitentiaire, quelle que soit la durée de réalisation des effets de celles-ci[44]. De même, l'urgence à réaliser les injonctions prononcées par le juge du référé-liberté se fait moins pressante dans le contentieux du suivi de leur exécution lorsque le juge refuse d'en prononcer de nouvelles en considérant que les mesures demandées sont « *en cours d'exécution* », même plus d'un an après leur prononcé[45].

D'ailleurs, ce dernier contentieux témoigne là encore d'une fermeture de l'office du juge de l'urgence puisque la plupart de ces injonctions restent non suivies d'effet, ce qu'avait d'ailleurs pu constater la Cour de Strasbourg, le juge administratif de l'urgence refusant de mettre en œuvre le suivi des mesures qu'il prononce[46]. On peut voir là une forme de déseffectivité de l'effectivité potentielle du recours préventif.

B. L'interprétation extensive de la séparation des pouvoirs

L'analyse de la jurisprudence du référé-liberté en matière de conditions de détention fait apparaître le repli du juge derrière l'argument la séparation des pouvoirs, bridant son pouvoir d'injonction vis-à-vis des

pouvoirs publics (1) ou du juge judiciaire (2).

1. Vis-à-vis des pouvoirs publics

Les ordonnances rendues dans le contentieux des conditions de détention laissent entrevoir un paradoxe : le juge du référé-liberté se veut à la fois éloigné du pouvoir par peur de se faire administrateur mais il se fait également garant des intérêts de l'administration.

Il refuse d'un côté d'ordonner des mesures d'ordre structurel « *reposant sur des choix de politique publique* »[47]. Se profile ainsi un autre motif dévoilé par le gouvernement lui-même devant la Cour européenne pour défendre la limitation de l'office du juge : « [le] *principe de la séparation des pouvoirs, et* [...] *la place du juge auquel il n'appartient pas de faire des choix de politique publique ou de se prononcer sur des choix de société* »[48]. Or, c'est justement en refusant de s'immiscer dans les choix de politique publique que le juge administratif ne reste pas à sa place, dans son rôle de « sauvegarde des libertés ». Il ne s'agit pas d'effectuer un arbitrage en lieu et place de l'administration, « *mais de* [la] *forcer* [...]*à se résoudre à une politique qui, en tout état de cause, ne peut méconnaître* » les libertés fondamentales[49]. Loin d'en faire un administrateur, son rôle de prescripteur devrait en faire un aiguilleur de l'action publique.

D'un autre côté, si le juge du référé-liberté décide de ne pas empiéter sur les choix de politique publique, il s'en rapproche dangereusement pour tenir compte des moyens dont dispose l'administration pour exercer ses missions. Il précise ainsi que « *le caractère manifestement illégal de l'atteinte à la liberté fondamentale en cause doit s'apprécier en tenant compte des moyens dont dispose l'autorité administrative compétente* »[50]. Si cette prise en compte ne rentre plus dans l'appréciation de la légalité mais permet de définir les mesures de sauvegarde susceptibles d'être ordonnées par le juge, cela bride encore le pouvoir d'injonction du juge[51].

Toujours est-il que le juge brandit ici une excuse pénurique puisque, de manière notoire, les moyens dont dispose l'administration sont largement insuffisants pour assurer à toutes les personnes détenues des conditions matérielles de détention dignes. Ainsi, l'administration pénitentiaire ne dispose d'aucune marge de manoeuvre et est tenue d'écrouer toutes les personnes, prévenues ou condamnées qui lui sont confiées par l'autorité judiciaire. Ce que ne cesse d'ailleurs de répéter le juge du référé-liberté : « *Il est constant qu'une maison d'arrêt est tenue d'accueillir, quel que soit l'espace dont elle dispose, la totalité des personnes mises sous écrou, mettant ainsi le centre pénitentiaire de Fresnes dans l'obligation d'affecter un troisième détenu dans une cellule prévue pour deux* »[52].

Dès lors, la prise en compte des moyens dont dispose l'administration entache l'office du juge lequel doit statuer en toute indépendance et impartialité sur le seul fondement de la protection des droits et non des moyens alloués aux autorités publiques ou des moyens qu'elles souhaitent mettre en oeuvre. D'ailleurs, le juge européen insiste sur le fait que les pouvoirs publics ne peuvent s'exonérer de leurs obligations en

matière de conditions de détention en arguant une insuffisance de moyens financiers.

2. Vis-à-vis du juge judiciaire

En tenant compte des moyens dont dispose l'administration, le juge administratif du référé-liberté se retranche également derrière la « ligne Maginot » de la répartition des compétences juridictionnelles. À de nombreuses reprises, il botte en effet en touche pour rejeter les demandes visant à enjoindre à l'administration pénitentiaire de mettre fin au surpeuplement des cellules, en soulignant que « *l'administration pénitentiaire ne dispose d'aucun pouvoir de décision en matière de mises sous écrou, lesquelles relèvent exclusivement de l'autorité judiciaire* »[53].

Alors que des associations requérantes ont demandé au juge du référé-liberté d'enjoindre à l'administration pénitentiaire de mettre en place un dispositif « *stop-écrou* » – tel qu'il a pu être mis en place à la maison d'arrêt de Bordeaux-Gradignan – afin de réduire le taux de surpopulation carcérale au sein du quartier maison d'arrêt du centre pénitentiaire de Perpignan où le taux d'occupation atteint 279 %, la demande a été rejetée pour ce motif. Dans sa volonté de préserver à tout prix le pouvoir de décision judiciaire, il rejette également la demande tendant à « *faire réaliser une étude afin d'analyser les raisons du faible taux d'aménagement de peine et de proposer des pistes de mesures à mettre en place* », qui porterait sur des décisions de l'autorité judiciaire[54]. Le juge du référé mesures-utiles avait quant à lui pourtant considéré que les demandes de fermeture de certains bâtiments vétustes et d'arrêt de toute nouvelle affectation au sein de ces bâtiments « *font obstacle à l'exécution de décisions prises, soit par l'administration pénitentiaire au titre de l'organisation du service, soit par le chef d'établissement dans l'affectation des détenus* », ce qui excède le cadre du recours de l'article L 521-3 CJA[55].

Le juge administratif s'entête à faire la « *sourde oreille* »[56] au prétoire européen et renvoie ainsi la balle au juge judiciaire. Dans le dernier état de sa jurisprudence, une nouveauté est même apparue dans le considérant de principe sur l'office du juge du référé-liberté. Il est y est ajouté une précision « *sur les pouvoirs du juge administratif et de l'autorité judiciaire statuant sur les conditions de détention des personnes prévenues ou condamnées* » afin d'articuler le nouveau recours de l'article 803-8 CPP avec le référé-liberté[57]. Il rejette ainsi la requête visant à faire respecter un encellulement individuel « *étant sauve la possibilité pour tout détenu qui estimerait subir des conditions indignes de détention de saisir, le cas échéant, l'autorité judiciaire sur le fondement de l'article 803-8 du Code de procédure pénale* […] ».

La foudre européenne n'aura donc pas suffi à redynamiser le référé-liberté. Même après la condamnation européenne, le juge du référé-liberté continue de considérer qu'il ne lui appartient pas d'étendre son office. On risque alors d'aboutir à une impasse contentieuse concernant la dénonciation des conditions matérielles de détention au nom du sacro-saint principe de séparation des pouvoirs, les deux juges étant amputés d'une partie de leur office. Le juge administratif n'est « *ni à l'initiative de la mise sous écrou de la personne ni en mesure d'influencer la durée de sa détention et d'ordonner sa remise en liberté* »[58]. Inversement, le juge judiciaire dispose certes avec le recours de l'article 803-8 CPP d'un nouvel outil pour

dialoguer avec l'administration pénitentiaire mais ne peut lui enjoindre directement de prendre des mesures déterminées, notamment de transfert, laissant ce soin à l'administration pénitentiaire « *seule compétente pour apprécier les moyens devant être mis en œuvre* »[59].

Loin d'une articulation ou d'une complémentarité entre les deux juges, on peut parler d'une concurrence négative. Le juge des libertés et de la détention ou le juge de l'application des peines peuvent en effet court-circuiter le transfert d'une personne détenue vers un établissement pénitentiaire moins surpeuplé qui pourrait être enjoint à l'administration pénitentiaire par le juge administratif, puisque ce dernier doit se dessaisir le temps que le juge judiciaire statue[60]. Et dans le cadre d'un référé-liberté, le ministère, à l'appui de son mémoire en défense, a produit des décisions de rejet fondées sur l'article 803-8 à la suite de recours formés par des détenus de ce même établissement[61].

Un cercle vicieux, si ce n'est une boucle infernale, semble ainsi avoir été mis à jour par les impasses du contentieux des conditions matérielles de détention.Le contentieux pénitentiaire souligne l'absence de maîtrise de l'administration pénitentiaire en matière de levée d'écrou et reconnaît, dans le même temps, la possibilité d'intervenir en matière de gestion de la population carcérale pour ordonner des transferts au juge judiciaire dont l'échec en matière d'individualisation des peines et de recherche d'alternatives à la détention est cuisant. C'est la situation que traduit le juge administratif du référé-liberté lorsqu'il refuse d'enjoindre à l'administration pénitentiaire des « *mesures d'ordre structurelles* » qui seraient comme des rustines posées sur une dérive pénologique « *dans l'attente d'une solution pérenne* »[62] comme il le répète souvent. Ce faisant, le juge du référé-liberté pose finalement la question de la possibilité de l'effectivité d'un recours juridictionnel quel qu'il soit dans une telle situation systémique et de la nécessité d'une réforme politique d'ampleur. Plutôt que d'un repli, il aurait alors fait preuve de réalisme.

Julia SCHMITZ,

Maître de conférences en droit public,

Responsable du DU de Droit pénitentiaire

Université Toulouse Capitole, Institut Maurice Hauriou

---

[1] N. Ferran, « La personne détenue encore à la recherche de son juge en France », *Déviance et Société*, 2014/4, pp. 469-489.

[2] TC, 22 février 1960, *Dame Fargeaud d'Epied*, Rec. 855.

[3] Cass. crim., 20 janvier 2009, n° 08-82807, *Bull. crim.* n° 18.

[4] Cass. crim., 3 septembre 1997, n° 97-83.280 ; Cass. crim, 3 octobre 2012, n° 12-85.054 ; Cass. crim. 18 septembre 2019, n°19-83.950. Le seul infléchissement de cette jurisprudence a permis au juge de la détention provisoire de tenir compte « *d'éléments propres à la personne concernée, suffisamment graves pour mettre en danger sa santé physique ou mentale* » (Cass. crim., 29 février 2012, n°11-88.441), ce qui a été consacré par la loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines modifiant l'article 147-1 CPP pour autoriser le juge à ordonner une mise en liberté pour ce motif.

[5] Si la loi du 15 août 2014 a inscrit à l'article 707 CPP que toute personne condamnée « *bénéficie chaque fois que cela est possible d'un retour progressif à la liberté en tenant compte des conditions de détention et du taux d'occupation de l'établissement pénitentiaire* », très peu de procédures de libération conditionnelle, de suspension ou de fractionnement de la peine ne prospèrent sur ce terrain.

[6] TA Rouen 27 mars 2008, *Donat*, n° 060259 ; CE, Section, 6 décembre 2013, *Thévenot*, n° 363290 et al.

[7] CE, 13 janv. 2017, n° 389711.

[8] CE, 3 déc. 2018, n° 402010.

[9] CE, 21 mars 2022, n° 443986.

[10] CEDH, 30 janv. 2020, *J. M. B. c/ France*, Req. n° 9671/15 et 31 autres, § 258 : « *la charge de la preuve est transférée au gouvernement défendeur, qui est le seul à avoir accès aux informations susceptibles de confirmer ou d'infirmer les allégations du requérant* ».

[11] CEDH, 21 mai 2015, *Yengo c/ France*, Req. n° 50494/12.

[12] CEDH, 19 nov. 2020, *Barbotin c. France*, Req. n° 25338/16. S'il est par hypothèse difficile de chiffrer le préjudice moral, depuis l'arrêt du 3 décembre 2018, une grille d'indemnisation forfaitaire et évolutive a été retenue. La personne qui a subi des conditions de détention indignes pourra prétendre à un forfait mensuel de 200 € pour la première année de détention, puis 300 EUR par mois pour la deuxième année puis un forfait mensuel de 450 € pour la troisième année. En l'espèce, le requérant a certes obtenu une indemnité en réparation du dommage subi (500 €), mais les frais d'expertise mis à sa charge (700 €) l'ont rendu débiteur de l'État à hauteur de 273,57 €.

[13] *Yengo c. France*, § 50.

[14] Le référé-suspension a quant à lui un intérêt moindre en ce qu'il vise la suspension d'une décision administrative, ce qui dans le contentieux de la carence des autorités pénitentiaires se justifie moins.

[15] *Yengo c. France*, § 61 et 62.

[16] *JMB c. France,* § 220.

[17] D. Chauvaux, « Les pouvoirs du juge des référés au titre de l'article L. 521-3 du code de justice administrative », *RFDA* 2007, pp. 314-322.

[18] Cette voie de recours permet ainsi au juge d'enjoindre à l'OFPRA de statuer sur une demande d'admission au statut de réfugié, CE, 18 juillet 2011, n° 343901, *M. F.*

[19] CE, 23 juillet 2014, *Section française de l'OIP*, n° 379875.

[20] CE, 15 juillet 2004, n° 265594.

[21] TA Marseille, 10 janvier 2013, n° 1208146 ; TA Rennes, 23 avril 2014, n° 1401157 ; CE, 23 juillet 2014, n° 379875 ; TA Melun, 19 janvier 2015, n° 1410906.

[22] CE, 5 février 2016, n° 393540.

[23] CE, 27 mars 2015, *Section française de l'OIP*, n° 385332.

[24] TA Marseille, 10 janvier 2013, n° 1208146.

[25] Cela semble d'ailleurs contradictoire avec la décision du Conseil d'État qui a accepté d'enjoindre au directeur d'un centre pénitentiaire de mettre en oeuvre toute mesure permettant aux détenus d'avoir des conversations avec leurs avocats et leur famille confidentiellement, CE, 23 juillet 2014, *Section française de l'OIP*, n° 379875.

[26] X. Domino et A. Bretonneau, « La fée du logis ? », *AJDA* 2013, p. 788.

[27] CE, ord., 30 juillet 2015, *OIP-SF et Ordre des avocats au barreau de Nîmes*, n° 392043.

[28] CE, ord., 22 déc. 2012, *Section française de l'OIP*, n° 364584.

[29] *JMB c. France*, § 213.

[30] *Ibid*., § 209.

[31] L'article 803-8 CPP précise que « *si les allégations figurant dans la requête sont circonstanciées, personnelles et actuelles, de sorte qu'elles constituent un commencement de preuve que les conditions*

de détention de la personne ne respectent pas la dignité de la personne, le juge déclare la requête recevable [...] ».

[32] CE, ord., 30 juillet 2015, *op. cit.* ; 28 juill. 2017, *OIP-SF*, n° 410677 ; CE, ord., 4 avr. 2019, *Garde des Sceaux, ministre de la Justice c. Section française de l'OIP*, n° 428747 ; ord., 27 mai 2019, *Garde des Sceaux, ministre de la Justice et M. X.*, n° 430631.

[33] *JMB c. France*, § 220.

[34] CE, ord., 30 juill. 2015, *op. cit.*

[35] TA Melun, ord., 28 avril 2017, n° 1703085.

[36] TA Nouvelle Calédonie, ord., 19 février 2020 n° 2000048.

[37] TA Montpellier, ord., 22 août 2023, *Section française de l'OIP et association A3D*, n° 2304698.

[38] CE, ord., 19 oct. 2020, n° 439372.

[39] CE, ord., 10 nov. 2022, n° 468490.

[40] TA Toulouse, ord., 4 oct. 2021, n° 2105421.

[41] CE, ord., 10 nov. 2022, n° 468490.

[42] CE, ord., 6 février 2023, n° 470228.

[43] CE, ord., 20 déc. 2022, n° 469304.

[44] V. par ex. le renvoi à un marché public de rénovation conclu en octobre 2018, dont les travaux doivent « *débuter au printemps 2019 pour une durée de quatre mois* », estimant que ces mesures ainsi prises par l'administration « *produiront des effets à bref délai* », CE, ord., 4 avr. 2019, *Ministère de la justice c/ OIP-SF*, n° 428747.

[45] Le juge retient ainsi qu'en ce qui concerne la rénovation des sanitaires et l'aménagement de la cour de promenade du service médico-psychologique, l'administration indique qu'un projet de fresque à réaliser par les détenus et le personnel soignant doit permettre de décorer la cour de promenade de ce service. Un devis a été réalisé et un financement partagé entre le ministère de la justice et le ministère de la santé a été arrêté, CE, 15 novembre 2022, n° 466827.

[46] CE, 28 juillet 2017, *op. cit.*

[47] *Ibid*.

[48] *J.M.B. c/ France, op. cit.*, § 182.

[49] C. Friedrich, « Le référé-liberté en carence de l'administration », *RDP,* 2018, p. 1297. Ce pouvoir d'injonction d'ordre structurel est par contre reconnu au juge de l'excès de pouvoir qui « *peut, lorsqu'il est saisi à cet effet, enjoindre, le cas échéant, à l'administration pénitentiaire de remédier à des atteintes structurelles aux droits fondamentaux des prisonniers en lui fixant, le cas échéant, des obligations de moyens ou de résultats* », CE, ord., 20 décembre 2022, n° 469304.

[50] CE, ord., 30 juillet 2015, *op. cit*.

[51] CE, 19 octobre 2020, *op. cit.*

[52] CE, 27 mai 2019, n° 430631.

[53] CE, ord., 30 juillet 2015, n° 392043 ; CE, 28 juillet 2017, n° 410677 ; CE, 19 octobre 2020, n° 39372 ; CE, Ord., 23 avril 2021, n° 451276 ; TA Toulouse, 4 octobre 2021, n° 2105421 ; CE, 24 décembre 2021, n° 435622 ; TA Montpellier, ord., 22 août 2023, *Section française de l'OIP et association A3D*, n° 2304698.

[54] TA Montpellier, ord., 22 août 2023, *op. cit*.

[55] TA Marseille, ord. 10 janvier 2013, n° 1208146.

[56] J. Schmitz, « Le dialogue des juges en matière de contrôle des conditions de la détention provisoire : la sourde oreille du juge du référé-liberté », *AJDA*, n° 12, 2021, pp. 694-703.

[57] CE, ord., 20 décembre 2022, *op. cit.*

[58] A. Tremolière, « La prison et ses juges : la détention à l'épreuve du dualisme juridictionnel », *RFDA* 2017 p. 731.

[59] Le juge judiciaire peut finalement ordonner une mesure de transfert, de mise en liberté ou d'aménagement de la peine uniquement à l'issue d'un délai fixé pouvant aller jusqu'à un mois.

[60] CJA, art. R. 559-2.

[61] TA Cergy-Pontoise, ord., 30 juin 2023, *Section française de l'OIP*, n° 2307209.

[62] CE, 30 juillet 2015, *op. cit*. ; CE, 28 juillet 2017, *op. cit.*