

## Les référés administratifs d'urgence à l'épreuve des décisions pénitentiaires

Lorsqu'on évoque les procédures administratives d'urgence en matière pénitentiaire, s'impose immédiatement à l'esprit leur utilisation en matière de conditions de détention, celle-ci occultant largement leur emploi à l'encontre des décisions prises par l'administration pénitentiaire à l'égard des personnes détenues.

Il est vrai que la prise en considération par le juge administratif du droit à des conditions de détention dignes a été un formidable accélérateur de la protection juridictionnelle des droits et libertés de la personne détenue, d'abord dans le cadre du contentieux de la responsabilité en ouvrant droit à une réparation des préjudices en résultant<sup>1</sup>, ensuite et surtout dans le cadre du contentieux de l'urgence en permettant le prononcé des mesures de sauvegarde nécessaires. La célèbre ordonnance *Section française de l'Observatoire international des prisons* rendue par le Conseil d'Etat le 22 décembre 2012<sup>2</sup> a ouvert des potentialités en matière pénitentiaire<sup>3</sup> qui n'ont cessé d'être exploitées depuis<sup>4</sup>.

Pourtant, les référés administratifs d'urgence pour le rétablissement de conditions de détention dignes ne constituent qu'une infime partie des procédures d'urgence en matière pénitentiaire et ne sont nullement représentatifs de l'ensemble.

Les procédures d'urgence introduites à l'encontre des décisions prises par l'administration pénitentiaire à l'égard de personnes détenues, à savoir le référé-suspension et le référé-liberté<sup>5</sup>, présentent un tout autre visage. Elles sont d'abord quantitativement plus nombreuses. La présente étude repose sur l'analyse de 31 ordonnances du juge des référés du

---

<sup>1</sup> CE, Sect., 6 décembre 2013, 363290, Thévenot, Leb. ; AJDA 2014.237, concl. D. Hedary ; AJ pénal 2014. 143, note E. Péchillon.

<sup>2</sup> CE, ord., 22 décembre 2012, Section française de l'Observatoire international des prisons, Syndicat des avocats de France et autres, Leb. 496 ; AJDA 2013. 12 ; D. 2013. 1304, obs. J.-P. Céré, M. Herzog-Evans et E. Péchillon ; AJ pénal 2013. 232, obs. E. Péchillon ; JCP 2013. 87, note O. Le Bot

<sup>3</sup> O. Le Bot, « Référé-liberté aux Baumettes : remède à l'inertie administrative et consécration d'une nouvelle liberté fondamentale », JCP G, n° 4, 21/01/2013, n°87.

<sup>4</sup> Voir notamment CE, ord., 30 juillet 2015, Section française de l'Observatoire international des prisons et Ordre des avocats au barreau près la Cour d'appel de Nîmes, Lebon ; AJDA 2015. 1567 et 2216, note O. Le Bot ; pour le développement du référé-mesures utiles en matière de conditions de détention, voir CE, 23 juillet 2014, 379875, Section française de l'Observatoire international des prisons, AJDA 2014.1587.

<sup>5</sup> Le référé-mesures utiles est par nature irrecevable à l'encontre de décisions pénitentiaires, dès lors que l'article L. 521-3 du code de justice administrative exclut que la mesure ordonnée par le juge des référés fasse obstacle à l'exécution d'une décision administrative.

Conseil d'Etat et d'un éventail, sinon exhaustif<sup>6</sup> du moins représentatif, de 432 ordonnances des juges des référés des tribunaux administratifs entre 2004 et 2017, 182 prises dans le cadre de référés-suspension et 250 dans le cadre de référés-liberté<sup>7</sup>. La consistance du matériau jurisprudentiel disponible doit d'ailleurs être soulignée : le faible nombre de décisions du Conseil d'Etat, rapporté au nombre conséquent d'ordonnances des juges des référés des tribunaux administratifs, révèle la fragilité et le manque de solennité des solutions jurisprudentielles, lesquelles mériteraient parfois une intervention unificatrice et clarificatrice de la juridiction suprême<sup>8</sup>. Elles sont ensuite qualitativement plus variées et embrassent tous les aspects de la détention. Si les demandes de suspension ou d'injonction introduites par les personnes détenues portent essentiellement sur les décisions de placement initial ou de prolongation de l'isolement, les régimes de fouilles, les refus de permis de visite, les mises en cellule disciplinaire et les changements d'affectation, elles peuvent également porter sur les décisions d'inscription ou de maintien sur le registre des détenus particulièrement signalés, les extractions médicales<sup>9</sup>, la mise en place de repas hallal<sup>10</sup> ou végétarien<sup>11</sup>, la restitution de matériel informatique saisi<sup>12</sup>, la prise en compte de la problématique transsexuelle du requérant<sup>13</sup>, la demande de transfert en unité hospitalière sécurisée interrégionale<sup>14</sup>, l'affectation en cellule individuelle<sup>15</sup>, la rémunération du travail au service général de l'établissement pénitentiaire selon les taux horaires minimaux garantis par le code de procédure pénale<sup>16</sup>. Enfin, les référés administratifs d'urgence apparaissent souvent comme les seules voies de recours effectives pour faire cesser les atteintes aux droits et libertés des personnes détenues. Le temps du recours pour excès de pouvoir n'est en effet pas adapté à la temporalité spécifique de la détention. Pour des décisions à la durée d'exécution limitée (durée maximale de 30 jours pour la mise en cellule disciplinaire, de 3 mois renouvelables pour le placement ou la prolongation de l'isolement), le recours pour excès de pouvoir non assorti d'une demande de

---

<sup>6</sup> Les bases de données Lexbase, Ariane web et Ariane Archives ne garantissent pas avec certitude un accès exhaustif à l'ensemble des ordonnances rendues par les juges des référés des tribunaux administratifs.

<sup>7</sup> Qu'il me soit permis ici de témoigner toute ma reconnaissance à Monsieur Quencez, Président de la Cour administrative d'appel de Douai qui m'a autorisée à consulter la base de données Ariane archives, laquelle m'a été d'une aide précieuse.

<sup>8</sup> Faute de disposer d'une jurisprudence du Conseil d'Etat fournie en la matière, la présente étude consacre une large place à la jurisprudence des tribunaux administratifs.

<sup>9</sup> TA Nancy, ord., 23 janvier 2014, 1400081.

<sup>10</sup> TA Dijon, ord., 4 janvier 2013, 1300002.

<sup>11</sup> TA Marseille, ord., 14 mars 2013, 101651.

<sup>12</sup> TA Toulouse, ord., 17 juillet 2015, 503280.

<sup>13</sup> TA Caen, ord., 19 mai 2011, 1101008.

<sup>14</sup> TA Strasbourg, ord., 3 mai 2017, 1702257.

<sup>15</sup> TA Toulouse, ord., 28 avril 2017, 1701928.

<sup>16</sup> TA Grenoble, ord., 17 novembre 2014, 1406956.

suspension ne permet pas, compte tenu du délai de jugement qu'il implique et de l'éventuel recours administratif obligatoire qu'il a fallu introduire au préalable, l'intervention d'une décision en temps utile, avant que la décision n'ait été entièrement exécutée par l'administration pénitentiaire. Pour les autres décisions qui auront un impact plus long sur la détention (changement d'affectation, refus de permis de visite, maintien sur le répertoire des détenus particulièrement signalés, régime de fouilles), l'attente du jugement au fond pourra paraître insoutenable, tant les effets des décisions sont vécus douloureusement par les personnes détenues. Les procédures d'urgence permettent ainsi de remédier à cette ineffectivité et de garantir « le droit d'exercer un recours effectif susceptible de permettre l'intervention du juge en temps utile »<sup>17</sup>.

Contrairement aux référés d'urgence introduits pour remédier aux conditions de détention indignes, les référés-suspension et les référés-liberté intentés par les personnes détenues à l'encontre de décisions pénitentiaires connaissent un échec cuisant et très rares sont les injonctions prononcées par le juge des référés. Ainsi, sur les 155 requêtes en référé-suspension introduites par les personnes détenues entre 2009 et 2017, seules 6 ont donné lieu à une suspension de la mesure, soit moins de 4 % des requêtes. De même, sur les 250 requêtes engagées sur le fondement de l'article L. 521-2 de 2004 à 2017, 13 seulement ont permis le prononcé de mesures de sauvegarde, dont 9 en matière de fouilles intégrales, soit 5% des requêtes. Plus concrètement, sur tous les référés administratifs d'urgence introduits depuis 2004, une seule mesure de mise en cellule disciplinaire a bénéficié d'une suspension<sup>18</sup>, aucune décision relative à l'isolement n'a encore fait l'objet d'une mesure de référé.

L'analyse de cette jurisprudence bat ainsi en brèche la répartition des rôles entre référé-liberté et référé-suspension imaginée par la loi du 30 juin 2000. Dans l'esprit du législateur, le référé-suspension se présente comme la procédure d'urgence de droit commun laquelle, introduite en parallèle d'un recours au fond, permet la suspension d'un acte administratif, tandis que le référé-liberté est au contraire une « procédure conçue pour des situations exceptionnelles »<sup>19</sup>. Cet échelonnement se traduit dans leurs conditions d'octroi respectives : la condition d'urgence se décline en une urgence simple en matière de référé-suspension et en

---

<sup>17</sup> CE, 28 décembre 2012, 357494, Pierre A. Lorsque le recours pour excès de pouvoir n'est recevable qu'après l'exercice d'un recours administratif préalable obligatoire, la recevabilité du référé-suspension est conditionnée par l'introduction par le requérant d'un recours administratif, sans qu'il soit besoin pour lui d'attendre que l'administration ait statué (CE, ord., 26 avril 2001, 231870, Fondation Lénval, Leb. T. 221). En matière de référé-liberté, le requérant est dispensé de l'obligation de former un recours administratif préalable (CE, ord., 10 février 2004, 264182, *Ministre de la Justice c/ Soltani*, RSC 2006. 423, obs. P. Poncela).

<sup>18</sup> TA Versailles, 13 novembre 2009, 0910150.

<sup>19</sup> O. Le Bot, *La protection des libertés fondamentales par la procédure du référé-liberté. Etude de l'article L. 521-2 du code de justice administrative*, Paris : LGDJ, Coll. Thèses, 2007, 698 pages.

une urgence extrême en matière de référé-liberté<sup>20</sup> ; la condition de légalité exige dans le premier cas un doute sérieux sur sa légalité, dans le second une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale<sup>21</sup>. Cette distribution des rôles invite le justiciable à privilégier la voie du référé-suspension et à ne recourir à celle du référé-liberté qu'avec prudence et dans des circonstances exceptionnelles. Lorsqu'il est incarcéré, le justiciable perd pourtant purement et simplement le choix fondamental qui est offert par le législateur. Le caractère exceptionnel du référé-liberté est largement confirmé tant il est difficile d'établir une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale, sans que le référé-suspension n'apparaisse comme une solution de repli réelle, dès lors que la condition d'urgence est particulièrement dure à caractériser en matière pénitentiaire.

Apparaît dès lors un paradoxe : les décisions pénitentiaires qui devraient fournir un terrain fertile aux procédures d'urgence, compte tenu de la mise en cause des droits et libertés des personnes détenues et compte tenu de l'ineffectivité du recours pour excès de pouvoir, semblent être au contraire une terre hostile à l'intervention de mesures de référés. Ce paradoxe mérite d'être interrogé, non seulement pour identifier les causes de cet échec mais également pour en mesurer les conséquences en termes de protection des droits et libertés des personnes détenues. Il s'agit donc ici d'apprécier l'effectivité des procédures d'urgence à l'encontre des décisions pénitentiaires et d'évaluer leur capacité à faire cesser les atteintes aux droits et libertés des détenus causées par les décisions de l'administration pénitentiaire.

L'analyse de la jurisprudence des tribunaux administratifs et du Conseil d'Etat révèle qu'en dépit d'un office du juge des référés de nature à protéger les droits et libertés des personnes détenues (I), les conditions d'octroi des référés-liberté et référés-suspension sont neutralisées du fait de la détention (II), si bien que l'effectivité des procédures d'urgence mérite d'être améliorée à l'encontre des décisions pénitentiaires (III).

---

<sup>20</sup> V. Ogier-Bernaud, « Le référé-suspension et la condition d'urgence », RFDA 2002.284 ; O. Le Bot, thèse préc., pp. 303 et s.

<sup>21</sup> P. Cassia, « L'examen de la légalité en référé-suspension et en référé-liberté », RFDA 2007.45.

## **I. L'office du juge des référés de nature à protéger les droits et libertés des personnes détenues**

Selon que les conditions d'octroi posées par les articles L.521-1 ou L. 521-2 du code de justice administrative sont ou non réunies, le juge des référés se présente tantôt comme un gardien vigilant des droits des personnes détenues (A), tantôt comme un défenseur actif (B).

### **A. Le juge administratif des référés, gardien vigilant des droits des personnes détenues**

C'est exclusivement lorsqu'il intervient au titre de l'article L. 521-2 du code de justice administrative que le juge des référés est en mesure d'assurer cette fonction de gardien vigilant. Parce que le référé-liberté est une procédure d'urgence au fond susceptible d'être utilisée indépendamment de tout recours au fond, il fournit autant d'occasions au juge des référés de promouvoir les libertés fondamentales des personnes détenues (1) et d'aligner le droit pénitentiaire sur les exigences européennes (2), et ce alors même que les conditions d'octroi ne sont pas réunies.

#### **1. Le juge administratif des référés, promoteur des libertés fondamentales des personnes détenues**

A la faveur des référés-liberté dont il a été saisi, le juge des référés a dessiné, en matière pénitentiaire, les contours de la notion de libertés fondamentales au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative.

Il a d'une part admis que les personnes détenues ne sont pas, du seul fait de leur incarcération, privées du droit d'exercer des libertés fondamentales<sup>22</sup> et qu'elles peuvent donc se prévaloir, pour l'essentiel, des mêmes libertés fondamentales que les autres justiciables. Il en est ainsi du droit au respect de la vie<sup>23</sup>, du droit de ne pas subir de traitements inhumains ou dégradants<sup>24</sup>, du droit au respect de sa vie privée et familiale<sup>25</sup> qui implique notamment la liberté

---

<sup>22</sup> CE, ord., 27 mai 2005, 280866, Section française de l'Observatoire international des prisons, Bret et Blandin, Lebon 232, D. 2006.1078, obs. J.-P. Céré, M. Herzog-Evans et E. Péchillon, AJDA 2005.1579, note A. Rainaud.

<sup>23</sup> CE, ord., 22 décembre 2012, 364584, Section française Observatoire international des prisons, préc.

<sup>24</sup> CE, 14 novembre 2008, 315622, El Shennawy, Lebon 417 ; AJDA 2008. 2389, chron. E. Geffray et S.-J. Liéber ; D. 2009. 1376, obs. J.-P. Céré ; AJ pénal 2009. 89, obs. E. Péchillon ; RFDA 2009. 957, obs. D. Pollet-Panoussis ; CE, ord., 22 décembre 2012, préc.

<sup>25</sup> CE, ord., 30 juillet 2015, Section française de l'Observatoire international des prisons et Ordre des avocats au barreau près la cour d'appel de Nîmes, préc.

de se marier<sup>26</sup> ou encore du droit de chacun au respect de sa liberté personnelle « qui implique qu'il ne puisse subir de contraintes excédant celles qu'imposent la sauvegarde de l'ordre public ou le respect des droits d'autrui »<sup>27</sup>. Si le droit à la santé n'est pas une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2, pour les personnes détenues comme pour les autres justiciables, constituent au contraire une telle liberté le droit de donner son consentement libre et éclairé aux soins médicaux qui lui sont prodigués<sup>28</sup> ainsi que le droit d'obtenir des soins appropriés à son état de santé<sup>29</sup>. Figurent également au nombre des libertés fondamentales des personnes détenues le droit de propriété et son corollaire le droit de disposer librement de ses biens<sup>30</sup> qui implique notamment que la personne détenue puisse librement disposer de son pécule de libération pour préparer sa réinsertion<sup>31</sup>. Il en est de même du libre exercice du suffrage<sup>32</sup>. Les personnes détenues disposent également de la liberté de culte<sup>33</sup>, à l'instar des autres justiciables, mais celle-ci n'implique pas pour l'administration pénitentiaire de fournir aux personnes détenues, en toutes circonstances, une alimentation conforme à leurs convictions et ne crée qu'une obligation de moyen à la charge des autorités pénitentiaires<sup>34</sup>. En revanche, les personnes détenues sont privées, du fait de la détention, de la possibilité de se prévaloir de certaines libertés fondamentales dont disposent les personnes libres : le juge des référés du Conseil d'Etat l'a jugé expressément à propos de la liberté de réunion<sup>35</sup> mais il en est de même certainement, en dépit de toute prise de position de la part du juge des référés jusqu'à présent, de la liberté syndicale ou du droit de grève, dès lors qu'aucune disposition législative ou réglementaire ne prévoit les modalités de leur exercice en détention.

L'exercice des libertés fondamentales par la personne détenue est toutefois subordonné aux contraintes inhérentes à la détention si bien que la protection ainsi accordée est moindre que celle offerte à la personne libre. La formulation, à la fois négative et restrictive, retenue par le Conseil d'Etat dans l'ordonnance *Section française de l'Observatoire international des prisons* du 27 mai 2005 ne laisse planer aucun doute : « Si

---

<sup>26</sup> TA Clermont-Ferrand, ord., 9 septembre 2016, 1601547.

<sup>27</sup> CE, ord. 8 septembre 2005, 284803, Garde des Sceaux, Ministre de la justice c/ Bunel, Lebon p. 388 ; AJDA 2006, p. 376, note M. Laudijois ; D. 2006, Jur. p. 124, note X. Bioy.

<sup>28</sup> *Id.*

<sup>29</sup> TA Nîmes, ord., 22 octobre 2010, 1002552

<sup>30</sup> TA Lyon, ord., 18 août 2008, 0805261.

<sup>31</sup> TA Strasbourg, ord., 19 mai 2017, 1702553.

<sup>32</sup> CE, ord., 27 mai 2005, 280866, préc.

<sup>33</sup> TA Dijon, 4 janvier 2013, 1300002, Stojanovic et TA Grenoble, 29 avril 2013, 1302205, Khadar

<sup>34</sup> CE, 25 février 2015, 355724, Dalloz actualité, 3 mars 2015, obs. Pastor; D. 2015. 1122, obs. Péchillon; AJDA 2015. 421; RFDA 2015. 512, obs. Dupré de Boulois et CE, 10 février 2016, 385929, Khadar, Leb. 26, concl. A. Bretonneau . AJDA 2016. 1127 , note X. Bioy ; D. 2016. 426, obs.

<sup>35</sup> CE, ord., 27 mai 2005, 280866, préc.

les personnes détenues dans des établissements pénitentiaires ne sont pas de ce seul fait privées du droit d'exercer des libertés fondamentales susceptibles de bénéficier de la procédure de protection particulière instituée par l'article L. 521-2 du code de justice administrative, l'exercice de ces libertés est subordonné aux contraintes inhérentes à leur détention »<sup>36</sup>. Il y a ainsi en matière pénitentiaire une forme d'affadissement des libertés fondamentales au sens de l'article L.521-2. Les personnes détenues ne peuvent pas prétendre à la même protection au titre des libertés fondamentales, car leur exercice des libertés est contraint par la détention. Alors que « le droit de chacun au respect de sa liberté personnelle implique en particulier qu'il ne puisse subir de contraintes excédant celles qu'imposent la sauvegarde de l'ordre public ou le respect des droits d'autrui », « s'agissant des personnes détenues dans les établissements pénitentiaires, leur situation est nécessairement tributaire des sujétions inhérentes à leur détention »<sup>37</sup>. De même, les personnes détenues ne bénéficient de la liberté fondamentale que constitue le droit au respect de la vie privée et familiale que « compte tenu des contraintes inhérentes à la détention »<sup>38</sup>. Par conséquent, l'atteinte grave et manifestement illégale ne sera constituée que lorsque ce droit sera affecté de manière caractérisée « dans des conditions qui excèdent les restrictions inhérentes à la détention ». Si la protection accordée est moindre, il n'en demeure pas moins que la reconnaissance de ces libertés au profit des personnes détenues est remarquable et contribue à faire de la personne détenue un justiciable comme les autres.

Le juge des référés a d'autre part reconnu au profit des personnes détenues le bénéfice de libertés fondamentales spécifiques, conscient qu'elles peuvent, de par leur vulnérabilité et leur situation d'entière dépendance vis-à-vis de l'administration pénitentiaire, être empêchées de faire valoir leurs droits. Il en est ainsi d'abord de « la possibilité d'assurer de manière effective sa défense devant le juge ». Initialement consacrée pour les étrangers<sup>39</sup> et étendue par la suite aux personnes détenues<sup>40</sup>, cette liberté fondamentale est plus précise que son corollaire le « droit pour tout individu d'assurer sa défense »<sup>41</sup> et implique que le détenu puisse obtenir communication de son dossier individuel pénitentiaire, au vu duquel le juge d'application des peines va statuer, dans un délai lui permettant de préparer utilement sa défense. Constitue ensuite une liberté fondamentale réservée cette fois aux seules personnes détenues le « droit de

---

<sup>36</sup> CE, Ord., 27 mai 2005, 280866, Section française de l'Observatoire international des prisons, Bret et Blandin, préc.

<sup>37</sup> CE, Ord., 27 mai 2005, préc.

<sup>38</sup> CE, ord., 30 juillet 2015, 392043, préc.

<sup>39</sup> CE, ord., 3 avril 2002, 244686, Ministre de l'Intérieur c/ Kurtarici, Leb. T. 871.

<sup>40</sup> CE, 20 janvier 2011, 345052, AJ Pénal 2012. 428, obs. M. Herzog-Evans.

<sup>41</sup> CE, ord., 19 janvier 2005, 276562, Chevallier, Lebon ; AJDA 2005. 793 ; RSC 2006. 423, obs. P. Poncela.

tout détenu de voir sa situation traitée dans le respect des règles de compétence et de procédure fixées par le code de procédure pénale »<sup>42</sup>, lequel interdit notamment à un chef d'établissement pénitentiaire de faire obstacle à l'instruction d'une demande de changement d'affectation par l'autorité compétente pour en connaître. Enfin, corollaire du droit au respect de la vie privée, le droit à la confidentialité des conversations des personnes détenues avec leur avocat est une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2<sup>43</sup>. Cette volonté de spécialisation des libertés fondamentales des personnes détenues est toutefois limitée. Le juge des référés a en effet refusé de qualifier de libertés fondamentales au sens du référé-liberté les droits-créances invoqués par les requérants. Ne sont donc pas au nombre des libertés fondamentales « l'objectif de politique criminelle suivant lequel l'exécution des peines privatives de liberté a pour objet non seulement de punir le condamné mais également de favoriser son amendement et de préparer son éventuelle réinsertion »<sup>44</sup>, le droit à la formation professionnelle<sup>45</sup>, la possibilité d'exercer une activité rémunérée<sup>46</sup> ou encore la possibilité de travailler pour son propre compte durant son incarcération<sup>47</sup>.

Au-delà de la promotion des libertés fondamentales dont disposent les personnes détenues au sens de l'article L. 521-2, le juge administratif des référés procède également à l'alignement du droit pénitentiaire sur les exigences européennes.

## 2. Le juge administratif des référés, artisan de l'alignement du droit pénitentiaire sur les exigences européennes

Le juge se fait l'artisan de l'alignement du droit pénitentiaire sur les exigences européennes, à la fois au stade de l'identification des libertés fondamentales des personnes détenues et au stade de la définition du cadre du litige.

S'agissant d'une part de l'identification des libertés fondamentales au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, le juge des référés utilise la Convention européenne des droits de l'homme comme source quasi-exclusive. Soit il rattache expressément la liberté fondamentale considérée à un article précisément identifié de la Convention européenne : c'est

---

<sup>42</sup> CE, 30 juillet 2015, 392100, AJDA 2016.77. Il est intéressant à cet égard de relever que le juge des référés du Conseil d'Etat a préféré consacrer une nouvelle liberté fondamentale plutôt que de se fonder sur l'atteinte, invoquée par le requérant, à la dignité et au droit au respect de la vie privée et familiale.

<sup>43</sup> TA Nice, ord., 16 août 2014, 140348

<sup>44</sup> CE, ord., 19 janvier 2005, 276562, préc.

<sup>45</sup> TA Toulon, 28 septembre 2012, 1202515.

<sup>46</sup> TA Toulouse, ord., 28 août 2015, 1503972.

<sup>47</sup> TA Lyon, ord., 27 juin 2006, 0603915.

le cas du droit au respect de la vie, du droit de ne pas être soumis à des traitements inhumains ou dégradants et du droit au respect de la vie privée et familiale des personnes détenues respectivement fondés sur les articles 2, 3 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Soit il ne fait pas référence à un article particulier mais inscrit aux visas de l'ordonnance la convention européenne des droits de l'homme ainsi que la Constitution de 1958<sup>48</sup>.

S'agissant d'autre part du cadre juridique du litige, le juge du référé-liberté procède, au gré de ses ordonnances, à la réception du « droit commun européen de la détention »<sup>49</sup> et s'approprie les solutions dégagées par la Cour de Strasbourg<sup>50</sup>. Tout en rejetant la requête pour défaut d'urgence, l'ordonnance *El Shennawy* de 2008<sup>51</sup> pose ainsi de manière inédite les conditions de légalité des fouilles corporelles intégrales, réceptionnant par là-même la jurisprudence de la Cour européenne en la matière<sup>52</sup>. L'ordonnance *Section française de l'Observatoire international des prisons* du 22 décembre 2012 transpose pour sa part en droit interne l'interprétation extensive donnée à l'article 3 de la CEDH par l'arrêt Kudla<sup>53</sup> et consacre le droit à des conditions de détention dignes. On y retrouve tous les éléments du raisonnement tenu par la Cour européenne, à savoir la prise en compte de vulnérabilité de la personne détenue et sa situation d'entière dépendance vis-à-vis de l'administration pénitentiaire, mais aussi le recours à la technique des obligations positives à la charge des autorités compétentes ou encore la prise en considération des moyens dont dispose l'administration<sup>54</sup>. Enfin, tout en déniaient en l'espèce une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale, l'ordonnance

---

<sup>48</sup> Voir par exemple CE, ord. 8 septembre 2005, 284803, préc. ; TA Strasbourg, ord., 19 mai 2017, 1702553; TA Clermont-Ferrand, ord., 9 septembre 2016, 1601547.

<sup>49</sup> B. Belda, « L'innovante protection des droits du détenu élaborée par le juge européen des droits de l'homme », *AJDA* 2009. 406.

<sup>50</sup> M. Afroukh, « Référé-liberté et Convention européenne des droits de l'homme », *RFDA* 2016. 685

<sup>51</sup> CE, ord., 14 novembre 2008, n° 315622, *El Shennawy*, préc. : « 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 ; qu'il appartient ainsi à l'administration de justifier de la nécessité de ces opérations de fouille et de la proportionnalité des modalités retenues »

<sup>52</sup> CEDH, 2<sup>e</sup> Sect. 12 juin 2007, *Frérot c. France*, Req. n°70204/01, *AJ Pénal* 2007.336, note M. Herzog-Evans ; *RSC* 200.140, note J-P. Marguénaud et D. Roets, .404, chron. . Poncela ; D.2008, note J.-P. Céré, M. Herzog-Evans et E. Péchillon

<sup>53</sup> CEDH, 26 octobre 2000, req n° 30210/96, *Kudla c/Pologne*, *AJDA* 2000. 1006, chron. J.-F. Flauss ; *RFDA* 2001. 1250, chron. H. Labayle et F. Sudre ; *ibid.* 2003. 85, note J. Andriantsimbazovina.

<sup>54</sup> Voir également CE, ord., 30 juillet 2015, n° 392043, préc. M. Afroukh, « Référé-liberté et Convention européenne des droits de l'homme », *RFDA* 2016, p. 685

*Moussaoui*<sup>55</sup> consacre, dans un considérant de principe, les obligations qui s'imposent à l'administration en cas de placement ou de maintien à l'isolement d'une personne détenue et transpose en droit interne les exigences posées par la Cour européenne des droits de l'homme<sup>56</sup>.

L'affirmation et la réaffirmation constante des droits et libertés des personnes détenues et des obligations qui s'imposent à l'administration pénitentiaire n'ont pas seulement une portée symbolique : elles encadrent l'administration pénitentiaire et limitent les risques d'arbitraire en détention ; elles peuvent également ouvrir la voie à d'autres recours.

Lorsque les conditions d'octroi sont remplies, le juge administratif des référés n'est plus seulement un gardien en retrait, il est en mesure de sauvegarder effectivement les droits et libertés des personnes détenues.

## B. Le juge administratif des référés, défenseur actif des droits des personnes détenues

Le juge administratif des référés est en capacité d'améliorer sensiblement la situation de la personne détenue, à la fois par l'efficacité des mesures de référé qu'il peut ordonner (1) et par le caractère dissuasif de l'instance sur l'administration pénitentiaire (2).

### 1. Des mesures de référé efficaces pour protéger les droits des personnes détenues

Les pouvoirs de suspension et d'injonction que le code de justice administrative confie au juge des référés garantissent une sauvegarde efficace des libertés fondamentales des personnes détenues.

Exercé indifféremment dans le cadre du référé-suspension et dans le cadre du référé-liberté, le pouvoir de suspension permet de faire cesser des atteintes à la situation des détenus résultant

---

<sup>55</sup> CE, ord., 10 avril 2013, n°367343, *Moussaoui* : « eu égard à la nature d'une mesure de placement d'office à l'isolement et à l'importance de ses effets sur la situation du détenu qu'elle concerne, l'administration pénitentiaire doit veiller, à tout moment de son exécution, à ce qu'elle n'ait pas pour effet, eu égard notamment à sa durée et à l'état de santé physique et psychique de l'intéressé, de créer un danger pour sa vie ou de l'exposer à être soumis à un traitement inhumain ou dégradant ; qu'à cet effet, il lui incombe en particulier de s'assurer du respect effectif des garanties prévues à l'article R. 57-7-63 du code de procédure pénale[...] »

<sup>56</sup> Cour EDH, G.C. 4 juillet 2006, *Ramirez Sanchez c. France*, req. n° 59450/00, RSC 2007. 350, chron. P. Poncela ; AJDA 2006. 1709, note J.-F. Flauss et Cour EDH, 5e Sect. 9 juillet 2009, *Khider c. France*, req. n°39364/05, RSC 2010. 225, obs. J.-P. Marguénaud ; D. 2009. 2462, note M. Herzog-Evans ; D. 2010. 2828, obs. G. Roujou de Boubée ; D. 2010. 1378, obs. J.-P. Céré ; AJ pénal 2009. 372, obs. M. Herzog-Evans ; Dr. pénal 2010. obs. E. Dreyer.

de décisions de l'administration pénitentiaire : le juge des référés a pu suspendre l'exécution de décisions mettant en place des fouilles corporelles intégrales systématiques<sup>57</sup>, l'exécution de la sanction de mise en cellule disciplinaire dans l'attente de la réalisation dans la cellule des aménagements spécialement adaptés aux lourds handicaps du requérant<sup>58</sup>, l'exécution de la décision de prolongation du maintien à l'isolement<sup>59</sup>, l'exécution de décisions suspendant un permis de visite à la compagnie d'un détenu en fin de vie<sup>60</sup> ou à un fils visitant régulièrement son père qui n'est pas libérable avant 8 ans<sup>61</sup>, l'exécution de décisions de changement d'affectation privant le détenu des facilités – d'ordre médical<sup>62</sup> ou d'ordre familial<sup>63</sup> - dont il bénéficiait dans l'établissement d'affectation initiale.

Plus intrusif que le pouvoir de suspension, le pouvoir d'injonction reconnu au juge des référés par l'article L. 521-2 du code de justice administrative est de nature à contribuer au redressement ou à la restauration de la situation de la personne détenue. C'est d'ailleurs en matière pénitentiaire que le Conseil d'Etat a saisi l'occasion de préciser, dans un *obiter dictum*, l'étendue du pouvoir d'injonction du juge des référés<sup>64</sup>. 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 »<sup>65</sup>. Le juge des référés peut ordonner à l'autorité compétente de prendre, à titre provisoire, une mesure d'organisation des services placés sous son autorité, lorsqu'une telle mesure est nécessaire à la sauvegarde d'une liberté fondamentale. Il peut également décider de réexaminer la situation dans une décision ultérieure et le cas échéant ordonner les mesures complémentaires qui s'imposent. Toutefois, une limite circonscrit le pouvoir d'injonction : les mesures de référé ordonnées doivent être de celles qui peuvent être prises utilement à très bref délai. Les injonctions prononcées témoignent d'une réelle capacité du juge des référés à sauvegarder les libertés fondamentales de la personne détenue dans tous les aspects de la détention : injonction de modifier les conditions d'application du régime de fouilles intégrales systématiques à l'issue des parloirs afin d'en

---

<sup>57</sup> CE, ord., 20 mai 2010, 339259, Ministre d'Etat, Garde des Sceaux, Ministre de la justice et des libertés, AJDA 2010. 1846 ; RSC 2010. 645, chron. P. Poncela (RL) ; CE, 26 septembre 2012, n°359479, Garde des sceaux, ministre de la justice, AJDA 2012.1826 ; D. 2013. 1305, obs. Péchillon ; Rev. pénit. 2012. 935, obs. Péchillon (RS).

<sup>58</sup> TA Versailles, ord., 13 novembre 2009, 0910150 (RL).

<sup>59</sup> TA Lille, ord., 4 mai 2017, 1700091 (RS).

<sup>60</sup> TA Melun, ord., 30 octobre 2006, 06-7067/2 (RL).

<sup>61</sup> TA Lyon, ord., 30 décembre 2011, n°1107936 (RS).

<sup>62</sup> TA Paris, 31 décembre 2014, 144369/9 (RS).

<sup>63</sup> TA Lille, 13 octobre 2015, 15079694 (RS).

<sup>64</sup> CE, ord., 30 juillet 2015, préc.

<sup>65</sup> La portée des mesures de référé avait déjà été précisée dans CE, ord., 30 juillet 2014, n° 373299.

permettre la modulation en fonction de la personnalité des détenus<sup>66</sup>, injonction de transmettre la demande de changement d'affectation à la direction interrégionale des services pénitentiaires afin que celle-ci saisisse pour avis l'autorité judiciaire et transmette le dossier au ministre de la justice pour qu'il se prononce<sup>67</sup>, injonction au directeur de l'établissement pénitentiaire de délivrer au détenu copie des mentions figurant sur le registre retraçant l'arrivée et le départ des courriers le concernant<sup>68</sup>, injonction au préfet de ne pas faire obstacle à l'exercice du droit de visite de la compagne et de la fille d'un détenu hospitalisé et au pronostic vital engagé sur des plages horaires et des jours qu'il définit<sup>69</sup>, injonction à un directeur d'établissement pénitentiaire d'autoriser un détenu à prélever sur son pécule de libération les sommes nécessaires à la préparation de sa réinsertion<sup>70</sup>, ou encore injonction de réintégrer le détenu en détention ordinaire et de lui assurer une prise en charge médicale et une surveillance adaptées<sup>71</sup>.

Même en l'absence d'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale, le juge du référé-liberté a parfois adressé des injonctions implicites<sup>72</sup> à l'administration pénitentiaire, en « rejetant une requête sous réserve d'injonction »<sup>73</sup>. Le Conseil d'Etat en a fait usage par deux fois. Si l'application d'un régime de fouilles intégrales systématiques au requérant ne constitue pas une atteinte grave et manifestement illégale aux libertés fondamentales, c'est à la condition que « le chef d'établissement en réexamine le bien-fondé, à bref délai et, le cas échéant, à intervalle régulier, afin d'apprécier si le comportement et la personnalité du requérant justifient ou non la poursuite de ce régime exorbitant »<sup>74</sup>. De même, la décision maintenant le requérant à l'isolement ne caractérise pas une atteinte grave et manifestement illégale aux libertés fondamentales invoquées, « alors même que le comportement du requérant n'est pas stabilisé et continue d'appeler une surveillance médicale renforcée de nature, le cas échéant, à alerter, en temps utile, le chef d'établissement sur la nécessité de mettre un terme à l'isolement litigieux »<sup>75</sup>.

---

<sup>66</sup> CE, ord. 6 juin 2013, n° 368816, Section française de l'Observatoire international des prisons, Lebon T. ; AJDA 2013. 1191 ; AJ pénal 2013. 497, obs. E. Péchillon.

<sup>67</sup> CE, ord., 30 juillet 2015, 392100, préc.

<sup>68</sup> CE, ord., 22 mars 2002, n° 244279, *Ministre de la Justice Garde des Sceaux c/ Caze*, Leb. T. 852.

<sup>69</sup> TA Caen, ord., 15 juillet 2011, 1101513.

<sup>70</sup> TA Strasbourg, ord., 19 mai 2017, 1702553.

<sup>71</sup> TA Grenoble, ord., 16 décembre 2009, n° 0905563, AJ pénal 2010. 93, note E. Péchillon. Voir également TA Lille, ord., 4 mai 2017, 1700091 pour une injonction similaire prononcée dans le cadre d'un référé-suspension.

<sup>72</sup> O. Le Bot, thèse préc. p. 502

<sup>73</sup> J. Schmitz, « Le juge du référé-liberté à la croisée des contentieux de l'urgence et du fond », RFDA 2014. 502. La technique a été consacrée, à propos du principe du caractère pluraliste de l'expression des courants de pensée et d'opinion, par l'ordonnance CE, 24 févr. 2001, n° 230611, *Tibéri*, Lebon p. 85 ; D. 2001. 1748, note R. Gheventian ; RFDA 2001. 629, note B. Maligner.

<sup>74</sup> CE, 6 juin 2013, 368875, préc.

<sup>75</sup> CE, ord., 10 avril 2013, 367343, *Moussaoui*, préc.

Au-delà des injonctions prononcées à l'encontre de l'administration pénitentiaire, l'introduction de référés-liberté a par elle-même une capacité d'influence sur l'administration pénitentiaire.

## 2. Une instance de référé dissuasive pour l'administration pénitentiaire

L'engagement d'une procédure de référé-liberté, par la crainte qu'elle inspire d'une condamnation pour atteinte grave et manifestement illégale aux libertés fondamentales<sup>76</sup>, conduit régulièrement l'administration pénitentiaire à donner satisfaction au requérant, avant même que le juge des référés ne se prononce : rétablissement du droit de visite à la compagne et au jeune enfant d'un détenu<sup>77</sup>, adoption d'un nouveau régime de fouilles intégrales ne présentant plus un caractère systématique<sup>78</sup>, retrait d'une sanction de mise en cellule disciplinaire reconnue comme élevée<sup>79</sup> ou encore placement du détenu dans une cellule non-fumeur<sup>80</sup>.

Si les mesures de référé sont de nature à améliorer la situation des requérants, elles n'interviennent cependant que trop rarement, en raison d'une neutralisation, du fait de la détention, des conditions d'octroi.

## **II. La neutralisation des conditions d'octroi des référés administratifs d'urgence du fait de la détention**

Le requérant, de par sa situation de 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 d'une part appréciée à l'aune des contraintes inhérentes à la détention, lesquelles vont légitimer les mesures pénitentiaires prises (A) ; elle

---

<sup>76</sup> Sur le rôle dissuasif du juge des référés : O. Le Bot, thèse préc. p.492.

<sup>77</sup> TA Lyon, ord., 13 mars 2015, 1502287.

<sup>78</sup> CE, ord., 30 juillet 2014, 373299, A.B. ; TA Rennes, ord., 31 mars 2013, n° 1303960, Section française de l'Observatoire international des prisons.

<sup>79</sup> TA Caen, ord., 26 janvier 2010, 1000124.

<sup>80</sup> CE, 8 septembre 2005, 284803, préc.

fait d'autre part l'objet d'une approche abstraite et désincarnée, laquelle vient minorer les effets et la portée des mesures pénitentiaires sur les personnes détenues (B).

### A. L'appréciation de la situation de la personne détenue à l'aune des contraintes inhérentes à la détention

La situation des personnes détenues apparaît largement tributaire des « contraintes inhérentes à la détention »<sup>81</sup>, lesquelles vont peser lourdement sur l'appréciation du juge des référés. Ces contraintes inhérentes à la détention légitiment aux yeux du juge des référés les décisions prises et 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<sup>82</sup>, 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 (1), d'autre part des contraintes d'organisation du service public pénitentiaire (2).

#### 1. Les conditions d'octroi des référés neutralisées par les impératifs d'ordre public et de sécurité

Les impératifs d'ordre public et de sécurité inspirent l'immense majorité des décisions pénitentiaires, qu'il s'agisse de mesures de prévention des risques d'évasion ou de mutinerie, de mesures de protection du détenu lui-même ou des autres personnes (codétenus, personnel pénitentiaire, visiteurs, etc.) contre des actes de violence ou encore de mesures de sanctions disciplinaires. La prise en compte de ces impératifs par le juge va neutraliser les conditions d'octroi des référés, soit de manière individualisée, soit de manière plus globale.

Le profil pénal et pénitentiaire du requérant est bien souvent retenu par le juge pour rejeter la demande de référé.

En matière de référé-suspension, il faut rappeler que l'appréciation de l'urgence par le juge des référés doit être objective, concrète et globale, et confronter l'ensemble des intérêts en présence. Ainsi, « 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

---

<sup>81</sup> CE, Ord., 27 mai 2005, 280866, Section française de l'Observatoire international des prisons, Bret et Blandin, préc.

<sup>82</sup> O. Le Bot, thèse préc. p. 292 : La condition d'illégalité est « également exclue lorsque la décision positive ou le refus repose sur des motifs dont l'invocation paraît raisonnable au regard des données juridiques et factuelles de l'espèce ».

l'établissement, des codétenus et de l'intéressé »<sup>83</sup>. Or, par son profil pénal et par ses antécédents en détention, le détenu est souvent jugé « susceptible de compromettre la sécurité de l'établissement pénitentiaire et ainsi de porter atteinte à un intérêt public »<sup>84</sup>. Les considérations d'ordre public et de sécurité fondent alors l'urgence à exécuter la mesure de placement à l'isolement<sup>85</sup>, la décision de maintien sur le registre des détenus particulièrement surveillés<sup>86</sup>, le régime de fouilles intégrales systématiques<sup>87</sup> ou le refus de permis de visite<sup>88</sup> et annihilent par là-même l'urgence à suspendre qui pourrait résulter de l'état de santé dégradé du détenu ou de l'atteinte à sa vie privée et familiale.

S'agissant du référé-liberté, ces mêmes considérations vont permettre de dénier à l'atteinte à une liberté fondamentale les caractères de gravité et d'illégalité manifeste. Le profil pénal et pénitentiaire joue souvent au détriment du détenu, fonctionnant comme une sorte d'exception d'illégitimité : son passé pénal et son comportement en détention le privant de toute possibilité d'invoquer utilement une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale à l'encontre d'une décision prise précisément pour garantir l'ordre et la sécurité dans l'établissement. A titre 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 »<sup>89</sup>. Bien souvent « le profil pénal et pénitentiaire de l'intéressé [...] est de nature à justifier l'application d'un tel régime sans que soient méconnus les objectifs d'individualisation et de proportionnalité [...] »<sup>90</sup>. En effet « la nature des faits qui ont entraîné la condamnation »<sup>91</sup>, des antécédents d'évasion même s'ils remontent respectivement à 22 ans et 11 ans<sup>92</sup>, des antécédents de violence ou encore le statut de détenu particulièrement signalé sont tout autant d'éléments de nature à justifier

---

<sup>83</sup> TA Melun, ord., 21 mai 2013, 1303530/13.

<sup>84</sup> TA Lille, ord., 16 septembre 2016, 1606470.

<sup>85</sup> TA Lyon, ord., 17 mars 2014, 1401744 ; TA Melun, ord., 21 mai 2013, 1303530/13

<sup>86</sup> TA Lille, ord., 8 octobre 2015, 1507493.

<sup>87</sup> TA Melun, 14 mars 2016, 1601650.

<sup>88</sup> TA Toulouse, 18 avril 2017, 1701710 : « Considérant qu'un refus de permis de visite d'un détenu constitue une mesure de police administrative tendant à assurer le maintien de l'ordre public et de la sécurité au sein de l'établissement pénitentiaire ou, le cas échéant, la prévention des infractions ; qu'eu égard à l'objet de cette mesure, le refus de permis de visite ne saurait par lui-même créer une situation d'urgence et dispenser le juge des référés d'apprécier concrètement ses effets sur la situation du requérant pour vérifier qu'est satisfaite la condition d'urgence à laquelle est subordonné le prononcé par le juge des référés d'une mesure de suspension d'une décision administrative sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative ».

<sup>89</sup> CE, 14 novembre 2008, n°315622, El Shennawy, préc.

<sup>90</sup> TA Lyon, 4 mars 2013, 1301366.

<sup>91</sup> CE, ord., 6 juin 2013, 368875, AJDA 2013. 1191 ; AJ Pénal 2013. 497 : participation à une association de malfaiteurs en vue de la préparation d'un acte de terrorisme

<sup>92</sup> TA Marseille, ord., 19 août 2014, 1405872.

l'application d'un régime de fouilles et donc à écarter le moyen tiré de l'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale. C'est seulement si le détenu a un comportement paisible et correct vis-à-vis du personnel pénitentiaire comme à l'égard des autres détenus et s'il ne présente aucune dangerosité que l'application d'un régime de fouilles répétées constituera une atteinte grave et manifestement illégale au droit de ne pas subir de traitements inhumains ou dégradants<sup>93</sup>. Dans le cadre d'un référé-liberté introduit par Salah Abdeslam et tendant à la suspension du dispositif de vidéo-protection continue dont il faisait l'objet depuis son incarcération, le juge des référés a pris en compte le profil très particulier du requérant pour statuer sur l'atteinte grave et manifestement illégale que porterait à ses libertés fondamentales un tel dispositif. La formation collégiale du Conseil d'Etat développe en effet largement les considérations impérieuses à l'œuvre en l'espèce : *« tant le caractère exceptionnel des faits pour lesquels [il] est poursuivi, qui ont porté à l'ordre public un trouble d'une particulière gravité, que le contexte actuel de poursuite de ces actes de violence terroriste, font, à la date de la présente décision, obligation à l'administration pénitentiaire de prévenir, avec un niveau de garantie aussi élevé que possible, toute tentative d'évasion ou de suicide de l'intéressé ; qu'en égard à la forte présomption selon laquelle ce dernier peut bénéficier du soutien d'une organisation terroriste internationale disposant de moyens importants, et alors même qu'il n'aurait pas manifesté à ce jour de tendance suicidaire, sa surveillance très étroite, allant au-delà de son seul placement à l'isolement, revêt ainsi, à la date de la présente décision, un caractère nécessaire »*<sup>94</sup>.

Parfois, c'est non pas le profil pénal et pénitentiaire du détenu mais le risque de trouble général à l'ordre public qui est utilisé par le juge des référés pour apprécier le degré de gravité et d'illégalité de l'atteinte à la liberté fondamentale en cause. Tel est le cas dans le cadre de référés dirigés contre des régimes de fouilles intégrales systématiques. 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

---

<sup>93</sup> CE, ord., 20 mai 2010, 339259, Ministre d'Etat, Garde des Sceaux, Ministre de la justice et des libertés, préc. ; CE, ord., 9 septembre 2011, 352372, Garde des Sceaux, Ministre de la justice et des libertés, AJDA 2011. 495, Dalloz actualité, 23 sept. 2011, obs. M. Léna ; D. 2011. 2784, entretien N. Ferran. A fortiori, dans le cadre d'un référé-suspension, le doute sérieux sur la légalité sera constitué si le détenu a un comportement paisible et correct vis-à-vis du personnel pénitentiaire comme à l'égard des autres détenus, s'il ne présente aucune dangerosité, l'application d'un régime de fouilles répétées caractérise une atteinte grave et manifestement illégale au droit de ne pas subir de traitements inhumains ou dégradants, et a fortiori un doute sérieux sur la légalité du dispositif.

<sup>94</sup> CE, formation collégiale, 28 juillet 2016, 401800, AJDA 2016. 2052, note M. Sztulman ; D. 2016. 1808, note E. Péchillon.

appréciées strictement, l'application aux détenus d'un régime de fouilles corporelles intégrales<sup>95</sup>. En conséquence, eu égard au nombre d'objets et de substances illicites saisis à l'issue des parloirs et aux pressions avérées subies par certains détenus et leur famille de la part de codétenus afin qu'ils introduisent des objets ou des substances dangereux pour la sécurité, la mise en place d'un régime de fouilles intégrales systématiques à l'issue des parloirs pour une durée de trois mois ne porte aucune atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale<sup>96</sup>. Cette prise en compte globale des impératifs de sécurité pour fonder l'application à l'ensemble des détenus d'un régime de fouilles, heureusement rare, est dangereuse et contestable en ce qu'elle supprime un équilibre déjà fragile en détention entre sécurité et liberté.

Autres contraintes inhérentes à la détention, les nécessités d'organisation du service pénitentiaire peuvent également neutraliser les conditions d'octroi des référés-suspension et – liberté.

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

Quoique moins utilisées, les nécessités d'organisation du service peuvent légitimer aux yeux du juge des référés les décisions pénitentiaires objet de procédures d'urgence et le conduire à écarter, pour les référés-suspension l'urgence ou, pour les référés-liberté l'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale.

Dans le cadre de référés introduits à l'encontre de décisions prises en matière d'affectation dans un établissement pénitentiaire ou dans une cellule, le juge des référés tient compte de l'état du parc pénitentiaire et du contexte de surpopulation carcérale avec lesquels l'administration pénitentiaire doit inévitablement composer. Ainsi, saisi au titre de l'article L.521-1 du code de justice administrative 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 de l'établissement, le Conseil d'Etat a confirmé que le juge des référés pouvait retenir l'urgence à exécuter 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

---

<sup>95</sup> CE, Ord., 6 juin 2013, 368816, Section française de l'Observatoire international des prisons, préc.

<sup>96</sup> TA Montpellier, ord., 17 juillet 2013, 1303217, Section française de l'Observatoire international des prisons.

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] »<sup>97</sup>. 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 »<sup>98</sup>. Le transfert d'une personne détenue dans un établissement éloigné du domicile familial ne crée pas une situation d'urgence au sens de l'article L. 521-2, compte tenu de ce que « l'établissement de destination n'est pas en situation de surencombrement » et permettra l'exécution de la peine dans de meilleures conditions<sup>99</sup>.

Si les conditions d'octroi du référé-liberté et du référé-suspension sont neutralisées par l'appréciation de la situation de la personne détenue à l'aune des contraintes inhérentes de la détention, elles le sont également en raison de l'approche désincarnée dont fait l'objet l'atteinte à la situation de la personne détenue.

## B. L'approche désincarnée de l'atteinte à la situation de la personne détenue

La personne détenue a le plus grand mal à prouver que l'atteinte à ses droits est excessive au point de caractériser une situation d'urgence ou une atteinte grave et manifestement illégale à ses libertés fondamentales. L'atteinte à sa situation est en effet appréhendée de manière désincarnée, au mépris de la réalité vécue par la personne détenue.

Il convient toutefois de réserver, au sein des décisions pénitentiaires, le cas des régimes de fouilles intégrales qui ne font pas l'objet du même traitement contentieux de la part le juge des référés. Les procédures d'urgence à leur encontre connaissent en effet un plus grand succès (1) que celles introduites à l'égard des autres décisions pénitentiaires (2).

---

<sup>97</sup> CE, 9 avril 2008, 311707, Section française de l'Observatoire international des prisons, AJDA 2008. 1447, note J. Birnbaum.

<sup>98</sup> CE, ord., 8 septembre 2005, 284803, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice c/ Bunel, préc.

<sup>99</sup> TA Bordeaux, ord., 7 février 2017, 1700481.

## 1. L'approche relativement bienveillante des atteintes résultant de régimes de fouilles corporelles intégrales

Ces régimes de fouilles intégrales répétées 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 comme le doute sérieux sur la légalité ou l'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale. L'appréciation de la condition de légalité repose, comme on l'a vu précédemment, sur l'analyse du comportement et de la personnalité du ou des détenus soumis aux fouilles et sur le caractère nécessaire et proportionné des fouilles. La condition d'urgence est pour sa part établie par la fréquence et le caractère répété des fouilles subies. L'urgence, plus souple dans le cadre du référé-suspension, sera ainsi admise en présence d'un régime aléatoire de fouilles exposant le détenu à une fouille intégrale en moyenne une fois sur deux<sup>100</sup>, tandis que dans le cadre du référé-liberté, elle sera établie par une fréquence plus importante des fouilles et leur étalement sur une durée significative<sup>101</sup>. Le juge s'attache alors à examiner l'application concrète du régime de fouilles au requérant pour en déterminer le degré de systématisme : « la double circonstance que les mesures prescrites sont susceptibles d'être mises en œuvre de manière aléatoire et que le détenu risque d'être contraint de s'y soumettre » à l'occasion de chaque parloir ou de chaque réintégration de l'établissement après une sortie à l'extérieur ne suffit pas, en tout état de cause, à établir une situation d'urgence particulière et caractérisée<sup>102</sup>. De même, des fouilles limitées à une fois par quinzaine n'établissent pas l'urgence au sens de l'article L. 521-2<sup>103</sup>. En revanche, le caractère quotidien des fouilles crée bien évidemment une situation d'urgence<sup>104</sup>. Plusieurs référés-liberté dirigés en 2013 contre le régime de fouilles intégrales systématiques mis en place à l'issue des parloirs dans un contexte de recrudescence d'introductions et de tentatives d'introduction d'objets interdits au centre pénitentiaire de Lyon-Corbas ont donné l'occasion au juge des référés de préciser l'appréciation de la condition d'urgence : les fouilles répétées sont comptabilisées par mois<sup>105</sup> ; tantôt leur fréquence est suffisamment importante pour caractériser la situation d'urgence (deux fois par semaine soit huit fouilles par mois)<sup>106</sup> ; tantôt

---

<sup>100</sup> CE, 26 septembre 2012, 359479, Garde des Sceaux, ministre de la justice, préc.

<sup>101</sup> TA Poitiers, 22 mars 2012, 1200752.

<sup>102</sup> TA Pau, 17 juin 2013, 1300974.

<sup>103</sup> CE, 9 septembre 2011, 352372, Garde des Sceaux, Ministre de la justice et des libertés, préc.

<sup>104</sup> CE, 20 mai 2010, 339259, Ministre d'Etat, Garde des Sceaux, Ministre de la justice et des libertés, préc.

<sup>105</sup> TA Lyon, ord., 26 avril 2013, 1302893.

<sup>106</sup> TA Lyon, ord., 9 avril 2013, 1302278.

la fréquence ne permet pas à elle seule d'établir l'urgence (trois<sup>107</sup> ou six fouilles<sup>108</sup> par mois), le caractère excessif devant être confirmé sur une période d'observation plus longue<sup>109</sup>. Dans ces conditions, l'établissement de l'urgence à suspendre un régime de fouilles intégrales systématiques apparaît nettement plus aisé pour l'OIP que pour la personne détenue elle-même : l'association peut en effet invoquer « la fréquence et le caractère répété des fouilles encourues à l'échelle de l'établissement pénitentiaire »<sup>110</sup> et bénéficier ainsi de « l'effet de masse » généré par l'application d'un tel régime à tout un établissement pénitentiaire<sup>111</sup>. Le juge des référés a ainsi pu facilement admettre l'urgence à suspendre le régime de fouilles systématiques à l'issue des parloirs organisé au sein de la maison d'arrêt de Fleury-Mérogis après avoir évalué à dix mille le nombre de parloirs – et donc de fouilles corporelles intégrales – organisés pendant les six dernières semaines<sup>112</sup>.

Les régimes de fouilles font toutefois figure d'exception et s'agissant des autres mesures qui affectent la détention, les procédures d'urgence ont bien plus de mal à prospérer.

## 2. L'approche des atteintes portées par les autres décisions pénitentiaires, détachée de la réalité

En l'absence de circonstances particulières appréciées très restrictivement, les mesures pénitentiaires ne sont pas en soi constitutives d'une urgence ou d'une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale.

Les décisions pénitentiaires interviennent toujours en application de dispositions du code de procédure pénale, lesquelles encadrent leur prononcé par des règles de compétence et de procédure et les entourent de garanties juridictionnelles et de garanties de fond. S'agissant en particulier des dispositions relatives à l'isolement<sup>113</sup>, aux fouilles intégrales<sup>114</sup> ou encore à

---

<sup>107</sup> TA Lyon, 26 avril 2013, 1302895.

<sup>108</sup> TA Lyon, ord., 26 avril 2013, 1302893.

<sup>109</sup> TA Lyon, 4 février 2013, 1300634 pour une période d'observation de deux mois.

<sup>110</sup> CE, ord., 6 juin 2013, 368816, Section française de l'Observatoire international des prisons, préc.

<sup>111</sup> TA Nancy, 17 juillet 2013, 1301584, Section française de l'Observatoire international des prisons.

<sup>112</sup> CE, ord., 6 juin 2013, 368816, préc. ; voir également pour un minimum de 780 fouilles corporelles intégrales pratiquées chaque mois et autant à prévoir d'ici la fin du mois d'août : TA Melun, ord., 16 juillet 2013, 1305634/13, Section française de l'Observatoire international des prisons (RL).

<sup>113</sup> CE, 31 octobre 2008, n°293785, Section française de l'Observatoire international des prisons, Lebon p. 374 ; AJDA 2008. 2389, chron. E. Geffray et S.-J. Liéber ; D. 2009. 134, note M. Herzog-Evans ; AJ pénal 2008. 500, note E. Péchillon ; RFDA 2009. 73, concl. M. Guyomar ; *ibid.* 145, chron. C. Santulli

<sup>114</sup> CE, 8 décembre 2000, n°162995 et 176389, Frérot et Mouesca, Leb. ; Dr. adm. févr. 2001, chron. R. S., p. 19 ; D. 2002. Chron. 110, obs. Céré, Herzog-Evans et Péchillon.

la mise en cellule disciplinaire<sup>115</sup>, le Conseil d'Etat en a d'ailleurs admis la légalité à l'occasion de recours pour excès de pouvoir dirigés contre ces dispositifs. S'agissant du dispositif de vidéo-protection continue dont peuvent faire l'objet les personnes détenues, le juge des référés du Conseil d'Etat a écarté l'argument tiré de ce qu'il serait par lui-même manifestement incompatible avec l'article 8 de la CEDH, après avoir relevé que la loi pénitentiaire, dans sa rédaction issue de la loi du 21 juillet 2016, « réserve la mise en place des systèmes de vidéosurveillance continue aux situations qui l'exigent et la soumet à une procédure contradictoire, prévoit son réexamen régulier assorti d'un contrôle médical, limite notamment sa portée par des dispositifs garantissant l'intimité de la personne et encadre strictement, tant l'usage qui est fait des données ainsi recueillies que les personnes habilitées à en disposer »<sup>116</sup>. A l'encontre de telles décisions intervenant en vertu d'un texte légal et dans le respect des règles qu'il pose, les procédures d'urgence ne sauraient évidemment prospérer, sauf circonstances particulières propres au détenu. Les décisions de placement en cellule disciplinaire comme celles de placement ou de maintien à l'isolement illustrent parfaitement cette immunité dans le cadre des procédures de référé. D'abord, la modification temporaire du régime de détention qui en résulte ne crée pas « en elle-même »<sup>117</sup> une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale, pas plus qu'elle ne constitue « en elle-même une situation d'urgence », au sens du référé-liberté<sup>118</sup> comme au sens du référé-suspension<sup>119</sup>, et ce, alors même que la mesure est susceptible d'une exécution immédiate<sup>120</sup>. Ensuite, les effets normalement attachés à la mesure critiquée et prévus par le code de procédure pénale ne peuvent pas davantage être invoqués pour caractériser l'urgence<sup>121</sup> ou l'atteinte grave et manifestement illégale à une

---

<sup>115</sup> CE, 30 juillet 2003, n°253973, Section française de l'Observatoire international des prisons, Lebon p. 633.

<sup>116</sup> CE, formation collégiale, 28 juillet 2016, 401800, préc.

<sup>117</sup> A propos du placement en cellule disciplinaire : CE, ord., 10 février 2004, 264182, Garde des Sceaux, Ministre de Justice c/ Nordine A.

<sup>118</sup> A propos d'une décision de mise en cellule disciplinaire : CE, 22 avril 2010, 338662, Ministre d'Etat, Garde des Sceaux, Ministre de la justice et des libertés c/ Mebarek, Lebon T. 900 et 907 ; AJDA 2010. 929 ; D. 2011. 1306, obs. J.-P. Céré, M. Herzog-Evans et E. Péchillon ; AJ pénal 2010. 299, obs. E. Péchillon ; RSC 2010. 645, chron. P. Poncela ; à propos d'une décision de mise à l'isolement : CE, 22 mars 2010, 337534, Mayali.

<sup>119</sup> A propos d'une décision de maintien à l'isolement : CE, 29 déc. 2004, n° 268826, Ministre de la justice c/ Attou, Lebon T. 821 ; AJDA 2005. 511 ; AJ pénal 2005. 164, obs. J.-P. Céré ; RSC 2006. 423, obs. P. Poncela ; à propos d'un changement d'affectation : CE, 1<sup>er</sup> févr. 2012, n° 350899, Khider, Lebon T. 912 ; AJDA 2012. 241 ; ibid. 1177, note J.-F. Calmette ; AJ pénal 2012. 237, obs. J.-P. Céré

<sup>120</sup> CE, ord., 13 août 2014, 383588, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice c/ Dubois.

<sup>121</sup> En matière d'isolement, voir par exemple TA Caen, ord., 27 juillet 2011, 1101602 : « qu'en faisant valoir que par sa nature même cette décision constitue une dégradation sensible de ses conditions de détention et porte atteinte à sa dignité en ce qu'il est consigné dans sa cellule 23 heures sur 24, qu'il est dans l'impossibilité de bénéficier des activités communément proposées dans l'établissement pénitentiaire, et de fait privé de toute possibilité de travail, qu'il ne peut plus bénéficier que de visites réduites dans leur fréquence et leur durée, M. M. ne caractérise pas une situation d'urgence au sens des dispositions précitées du code de justice administrative ».

liberté fondamentale<sup>122</sup>. Enfin l'urgence, qui ne se présume pas<sup>123</sup>, ne peut pas résulter non plus du seul fait que le détenu a fait l'objet de plusieurs mesures successives de placement en cellule disciplinaire<sup>124</sup> ou à l'isolement, ou de la durée d'un tel placement, dès lors que le code de procédure pénale autorise les placements successifs et les placements de longue durée<sup>125</sup>. Ainsi, une période d'isolement de 5 ans, 8 mois et 29 jours, ne crée pas, par elle-même, une situation d'urgence<sup>126</sup>. Au-delà de l'isolement, les régimes de rotation de sécurité<sup>127</sup>, les décisions d'inscription sur le registre des détenus particulièrement signalés<sup>128</sup> ne créent pas en eux-mêmes une situation d'urgence.

Impossibles à établir à partir d'éléments objectifs, les conditions relatives à l'urgence et à l'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale ne peuvent donc être remplies qu'au regard de circonstances particulières propres au requérant. Ces circonstances particulières, qu'elles soient liées à l'état de santé ou à la vie privée et familiale, sont toutefois très difficiles à établir.

L'état de santé est la principale circonstance particulière pouvant caractériser une urgence à suspendre en matière de référé-suspension ou une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale en matière de référé-liberté. Les troubles physiques ou psychiques peuvent être invoqués à l'encontre d'une décision de placement ou de prolongation de l'isolement, d'une décision de mise en cellule disciplinaire, d'un refus de permis de visite ou encore d'une décision de changement d'affectation ou de refus de changement d'affectation. Il s'agit alors pour le détenu de démontrer que la mesure prononcée par l'administration pénitentiaire n'est pas compatible avec son état de santé ou son handicap. Il y a certes de très rares exemples dans lesquels le juge des référés a suspendu l'exécution d'une décision incompatible avec l'état de santé du requérant, essentiellement sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative. Ainsi, le changement d'affectation conduisant à priver le détenu de la prise en charge médicale adaptée à son handicap et à ses pathologies à laquelle

---

<sup>122</sup> Voir à propos d'une mise en cellule disciplinaire TA Rennes, ord., 4 mars 2011, 1100801 : « si M. M. invoque une atteinte à sa liberté de mouvement, de rencontrer ses proches et son Conseil au parloir, ainsi que d'exercer une activité rémunérée, ces effets sont prévus explicitement par l'article R. 57-7-38 précité du code de procédure pénale ; que, par nature, les sanctions disciplinaires prévues aux articles R. 57-7-33 et suivants dudit code impliquent une limitation temporaire des facilités et autorisations dont bénéficient les détenus ».

<sup>123</sup> J.-F. Calmette, « Pas de présomption d'urgence pour le placement à l'isolement d'un détenu ou sa prolongation », AJDA 2012. 1177

<sup>124</sup> CE, ord., 22 avril 2010, 338662, préc.

<sup>125</sup> TA Toulouse, ord., 18 août 2010, 1003480.

<sup>126</sup> TA Limoges, ord., 22 juillet 2016, 1601050.

<sup>127</sup> CE, Ass., 14 décembre 2007, 306432, Payet, Lebon 495 ; AJDA 2008. 128, chron. J. Boucher et B. Bourgeois-Machureau ; RFDA 2008. 104, concl. C. Landais ; AJDA 2008. 1827, note D. Costa ; D. 2008. 820, note M. Herzog-Evans ; AJ pénal 2008. 100, obs. E. Péchillon.

<sup>128</sup> TA Marseille, ord., 25 mars 2011, 1102169.99

il avait pourtant accès dans le précédent établissement d'affectation et entraînant de ce fait une détérioration de son état de santé a été considéré comme caractérisant à la fois une urgence au sens de l'article L.521-1 et un doute sérieux sur la légalité de la décision<sup>129</sup>. De même, a été suspendue sur le fondement de l'article L. 521-1 la décision du garde des Sceaux refusant de radier du registre des détenus particulièrement signalés un détenu affecté d'une pathologie très grave et subissant un traitement particulièrement agressif : le dispositif très lourd de surveillance résultant de l'inscription au répertoire DPS a été jugé incompatible avec les impératifs de prise en charge médicale du requérant, en particulier dans l'hypothèse où une dégradation de son état de santé rendrait nécessaire de procéder à son extraction d'urgence<sup>130</sup>. Une sanction de mise en cellule disciplinaire a été suspendue par le juge du référé-liberté en raison de l'atteinte grave et manifestement illégale qu'elle porte au droit du requérant de ne pas subir de traitement inhumain ou dégradant : en l'espèce, le détenu lourdement handicapé (amputé des deux jambes au niveau des genoux et avec des mains atrophiées) n'était pas en mesure, au regard de la configuration de sa cellule et de celle des douches collectives, d'assurer son hygiène et celle de ses prothèses dans des conditions compatibles avec la dignité de la personne humaine<sup>131</sup>. Ces quelques ordonnances mises à part, il demeure extrêmement compliqué pour la personne détenue de se prévaloir d'une dégradation de son état de santé pour obtenir la suspension de la mesure dont il fait l'objet. Il ne semble d'ailleurs pas y avoir de différence entre référé-suspension et référé-liberté : le juge des référés apparaît aussi exigeant à l'égard de la condition d'urgence au sens de l'article L.521-1 du code de justice administrative qu'il ne l'est à l'égard de la condition d'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale. L'exemple de l'isolement est à cet égard très révélateur. Parce que l'isolement est par définition la mesure la plus susceptible d'entraîner une dégradation de l'état physique et psychique du détenu, à la fois par sa durée et par ses effets sur le régime de détention, l'invocation d'un tel moyen devrait prospérer principalement à l'encontre de décisions de placement ou de maintien à l'isolement. L'analyse de la jurisprudence en la matière le dément, révélant au contraire une très nette réticence du juge des référés à admettre une dégradation de l'état de santé caractérisant une urgence ou une atteinte grave et manifestement illégale. Le détenu ne peut pas se borner à évoquer les effets physiques et psychologiques généralement néfastes d'une mesure d'isolement, sans apporter de précision sur son état de santé personnel<sup>132</sup>.

---

<sup>129</sup> TA Paris, 1424369/9.

<sup>130</sup> TA Pau, 30 mars 2009, 0900580.

<sup>131</sup> TA Versailles, 13 novembre 2009, 0910150.

<sup>132</sup> TA Versailles, ord., 6 juin 2011, 1102662.

Or, il est bien souvent reproché au requérant de produire des certificats médicaux trop anciens ou rédigés en termes généraux et ne comportant aucun élément médical précis permettant d'apprécier la gravité des troubles dont il est fait état<sup>133</sup>, ou, lorsque la gravité des troubles est détaillée, de ne pas établir l'incompatibilité de son état avec le maintien à l'isolement<sup>134</sup> ou de ne pas justifier que ses troubles sont directement liés à son placement à l'isolement et non pas à son incarcération<sup>135</sup>. Une hospitalisation de trois jours en unité psychiatrique et un suivi bihebdomadaire par une psychologue n'établissent pas davantage un état psychologique suffisamment grave, dès lors que la compliance du détenu à ses séances est de nature à permettre l'amélioration de son état<sup>136</sup>. La charge de la preuve paraît dès lors bien compliquée, d'autant plus qu'en pratique, les médecins refusent de s'immiscer dans le fonctionnement du service public pénitentiaire et n'établissent jamais de certificats médicaux s'opposant fermement et définitivement au maintien du détenu à l'isolement. Et même lorsqu'un avis défavorable à la prolongation de la mise à l'isolement est produit, le juge des référés ne s'estime pas lié par ce seul avis qui ne suffit pas à établir la nécessité pour le juge des référés d'intervenir dans le délai particulièrement bref de 48 heures prévu par l'article L. 521-2<sup>137</sup>. Par ailleurs, les garanties apportées par le code de procédure pénale qu'il peut être mis fin à tout moment à l'isolement et que le détenu bénéficie d'au moins deux visites d'un médecin par semaine permettent au juge d'écarter l'atteinte grave et manifestement illégale dès lors que le médecin pourra à tout moment constater l'incompatibilité de l'état de santé du détenu avec son maintien à l'isolement<sup>138</sup>. En revanche, lorsque l'administration pénitentiaire n'établit pas garantir à un détenu souffrant de troubles psychiatriques très lourds les deux visites médicales hebdomadaires, de nature à l'alerter sur une dégradation de l'état de santé au cours de la période d'isolement, l'urgence au sens de l'article L. 521-1 est admise<sup>139</sup>. S'agissant du cas particulier de la grève de la faim entamée par le requérant à l'occasion de son placement en cellule disciplinaire ou d'un changement d'affectation, elle n'est pas de nature à créer une situation d'urgence, d'une part parce qu'elle résulte d'une décision prise par la personne détenue, d'autre part parce qu'elle n'entraîne pas une dégradation suffisante de l'état de santé<sup>140</sup>. En tout état de cause, l'urgence sera exclue au regard des dispositions du code de procédure pénale relatives au suivi et à la

---

<sup>133</sup> TA Marseille, ord., 30 octobre 2015, 1508025 ; TA Montpellier, ord., 27 juillet 2016, 1603800.

<sup>134</sup> TA Limoges, ord., 28 avril 2016, 1600567 ; TA Montpellier, ord., 27 juillet 2016, 1603800.

<sup>135</sup> TA Versailles, ord., 17 juillet 2015, 1504618.

<sup>136</sup> TA Melun, ord., 5 mai 2014, 1404164/13.

<sup>137</sup> TA Lille, ord., 10 janvier 2017, n° 1700090.

<sup>138</sup> TA Clermont-Ferrand, ord., 8 juillet 2016, 1601001.

<sup>139</sup> TA Lille, ord., 4 mai 2017, 170091.

<sup>140</sup> TA Lyon, ord., 27 décembre 2016, 1609328 ; TA Orléans, ord., 16 mai 2011, 1101689.

prise en charge médicale des détenus se livrant à une grève de la faim, de nature, aux yeux du juge des référés, à garantir le droit au respect de la vie<sup>141</sup>.

Autres circonstances particulières susceptibles d'établir l'urgence en matière de référé-suspension ou l'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale en matière de référé-liberté, les atteintes à la vie privée et familiale de la personne détenue font également l'objet d'une approche très désincarnée, insensible au vécu en détention. L'appréciation portée par le juge des référés sur les effets des refus ou suspensions de droit de visite comme sur les effets des changements ou refus de changement d'affectation pour déterminer tantôt l'urgence tantôt l'atteinte grave et manifestement illégale apparaît en effet très rigoureuse. La réalité de l'atteinte à la vie privée et familiale est souvent minorée, l'urgence à suspendre la mesure étant alors rejetée. La circonstance que sont maintenus les contacts par téléphone ou par courrier contrebalance les effets de la suspension d'un droit de visite<sup>142</sup> ou d'un changement d'affectation rendant très difficile la visite des proches<sup>143</sup> ; de même la suppression d'un droit de visite aux parents du détenu est compensée par les visites d'autres personnes proches<sup>144</sup> ; le changement d'affectation dans un établissement éloigné du domicile familial rend par ailleurs les visites des proches certes difficiles mais jamais impossibles<sup>145</sup> ; l'intensité des liens familiaux est souvent jugée non établie, compte tenu du faible nombre de visites précédemment effectuées, mais sans que soient prises en compte les graves difficultés socio-économiques des familles<sup>146</sup> ; enfin, la perspective d'une « libération prochaine » dans les 8<sup>147</sup> à 14 mois<sup>148</sup> ou la possibilité de former l'année prochaine une nouvelle demande de changement d'affectation qui devrait être accueillie avec bienveillance<sup>149</sup> retire toute urgence à la situation. Pour établir l'urgence à suspendre une mesure restreignant la vie privée et familiale d'un détenu, il faut ainsi établir des « circonstances particulières qui rendraient pressante la nécessité d'une rencontre entre l'intéressé et [sa famille] »<sup>150</sup>. La circonstance que le pronostic vital du détenu est engagé caractérise ainsi l'ingérence excessive que porte le refus de permis de visite à sa compagne au droit de mener une vie familiale normale, de même qu'elle fonde l'urgence au sens de l'article

---

<sup>141</sup> TA Melun, ord., 15 juin 2016, 1605050.

<sup>142</sup> TA Bordeaux, ord., 7 février 2017, 1700481.

<sup>143</sup> TA Polynésie française, ord., 5 août 2015, 1500429: en l'espèce, le détenu était transféré d'un centre pénitentiaire de Polynésie française au centre pénitentiaire du sud francilien.

<sup>144</sup> TA Poitiers, ord., 3 décembre 2015, 1502941.

<sup>145</sup> TA Strasbourg, Ord., 3 novembre 2016, 1605383 (RS).

<sup>146</sup> TA Bordeaux, ord., 7 février 2017, 1700481 (RL) ; TA Strasbourg, Ord., 3 novembre 2016, 1605383 (RS).

<sup>147</sup> TA Strasbourg, Ord., 3 novembre 2016, 1605383 (RS).

<sup>148</sup> TA Bordeaux, ord., 7 février 2017, 1700481 (RL) ; TA Poitiers, ord., 3 décembre 2015, 1502941 (RL).

<sup>149</sup> TA Paris, ord., 6 juin 2016, 1608329/9 (RS)

<sup>150</sup> TA Poitiers, ord., 3 décembre 2015, 1502941

L.521-2<sup>151</sup>. De même, il semble que le refus de permis de visite opposé à l'enfant mineur d'une personne détenue puisse caractériser une urgence, au regard du très jeune âge<sup>152</sup>, lequel ne permet pas une compensation satisfaisante par des contacts téléphoniques ou par courrier, ou au regard de la fréquence des visites de l'enfant jusqu'à présent et de la longue durée de la peine restant à effectuer<sup>153</sup>. Cette rigueur est très dommageable, tant le maintien des liens privés et familiaux en détention est difficile pour des personnes souvent en rupture familiale et sociale avant même leur incarcération.

L'établissement de circonstances particulières propres à établir l'urgence ou l'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale semble bien compliqué. L'appréciation concrète de la situation de la personne détenue n'en est d'ailleurs pas vraiment une, elle ne fait trop souvent que réactiver les éléments objectifs prévus par les textes, renvoyant ainsi à l'appréciation abstraite : le profil pénal et pénitentiaire renforce les motifs impérieux de sécurité et d'ordre à l'œuvre dans les décisions pénitentiaires ; l'état de santé dégradé du détenu est minoré au regard des garanties médicales prévues ; les perturbations de la vie privée et familiale sont également prévues et limitées par les textes.

Du fait de la neutralisation de leurs conditions d'octroi, les référés administratifs d'urgence ont une effectivité insuffisante à l'égard des décisions pénitentiaires, en n'assurant que trop rarement aux personnes détenues une protection de leurs droits et libertés. Dès lors, l'accès au juge des référés mérite d'être davantage facilité.

### **III. La nécessaire amélioration de l'accès des personnes détenues au juge administratif des référés**

Que le référé-liberté et le référé-suspension offrent de maigres chances de succès en matière pénitentiaire n'est pas satisfaisant pour la protection des droits et libertés des personnes détenues. Présentées comme les garanties du droit au recours effectif, les procédures d'urgence

---

<sup>151</sup> TA Melun, ord., 30 octobre 2006, 06-7067/2; TA Caen, ord., 15 juillet 2011, 1101513.

<sup>152</sup> TA Lyon, ord., 29 avril 2015, 1503802.

<sup>153</sup> TA Lyon, ord., 30 décembre 2011, 110736 (RS).

doivent elles-mêmes être effectives, et ce, à l'égard de tous les justiciables, qu'ils soient ou non incarcérés.

Deux solutions peuvent être envisagées pour améliorer l'effectivité des procédures d'urgence à l'encontre des mesures pénitentiaires : soit l'instauration d'une présomption d'urgence pour les référés-suspension intentés contre les mesures pénitentiaires les plus graves (A); soit l'acclimatation de la notion d'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale à la situation particulière des personnes détenues (B).

#### A. L'instauration d'une présomption d'urgence pour les référés-suspension à l'encontre des décisions pénitentiaires les plus graves.

L'instauration d'une présomption d'urgence pour les référés-suspension dirigés contre certaines décisions pénitentiaires permettrait de faciliter l'accès au juge des référés. Le référé-suspension apparaîtrait ainsi comme un remède effectif à l'absence de caractère suspensif du recours pour excès de pouvoir, dont les effets sont particulièrement rigoureux en matière pénitentiaire, tant les décisions sont d'exécution immédiate et d'application courte. « Dans ces situations une présomption d'urgence s'impose tant la voie du référé s'avère être la seule pouvant avoir un effet utile »<sup>154</sup>. En dépit de tentatives avortées d'instauration d'une présomption d'urgence en matière pénitentiaire (1), une présomption d'urgence aux contours et limites définis mérite d'être consacrée (2).

##### 1. Des tentatives avortées d'instauration d'une présomption d'urgence en matière pénitentiaire

La question de l'instauration d'une présomption d'urgence n'est pas totalement nouvelle, elle a au contraire été régulièrement envisagée, sans être jamais consacrée.

Le commissaire du gouvernement F. 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 jugement<sup>155</sup>. C'est ensuite à propos des demandes de suspension des régimes de rotations de sécurité que C. Landais envisage, dans ses conclusions sur l'arrêt

---

<sup>154</sup> A. Trémolière, « La prison et ses juges : la détention à l'épreuve du dualisme juridictionnel », RFDA 2017. 731.

<sup>155</sup> Concl. F. Donnat sur CE, 29 décembre 2004, 268826 Garde des Sceaux, Ministre de la Justice c/ Attou, cité par C. Landais, concl. sur CE, Ass., 14 décembre 2007, 306432, Payet, RFDA 2008, p. 104.

Payet, d'introduire une présomption d'urgence ; elle y renonce toutefois, craignant que soit remise en cause la cohérence de la catégorie des décisions qui font l'objet d'une présomption d'urgence : alors que celles-ci ont toutes en commun d'être difficilement réversibles, les décisions de soumission à des rotations de sécurité ne le sont pas, ce sont seulement leurs effets qui peuvent l'être<sup>156</sup>.

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. A la faveur de deux amendements déposés par des sénateurs socialistes<sup>157</sup>, le projet de loi adopté par le Sénat en première lecture modifiait le code de procédure pénale par des dispositions aux termes desquelles lorsqu'un détenu est placé en quartier disciplinaire ou en confinement ou lorsqu'il est placé à l'isolement, « il peut saisir le juge des référés en application de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, [ces mesures] constituant une situation d'urgence susceptible de porter une atteinte grave à ses droits fondamentaux »<sup>158</sup>. Le sénateur Alain Anziani justifiait en séance publique une telle présomption d'urgence à propos des mises en cellule disciplinaire ou en confinement en ces termes : « Si nous ne prévoyons pas de recours effectif dans de brefs délais, la procédure ne servira à rien. Les tribunaux se demandent souvent si la condition d'urgence est remplie. Pour nous, elle est évidente. Le législateur doit donc donner son sentiment sur cette évidence »<sup>159</sup>. La présomption d'urgence a toutefois été supprimée dès le texte de la Commission des lois de l'Assemblée nationale<sup>160</sup>, sans jamais être rétablie au cours de la procédure législative. De la rédaction prometteuse des articles 726 et 726-1 du code de procédure pénale, il ne reste qu'un pâle vestige : la seule référence à la possibilité pour la personne détenue placée en cellule disciplinaire ou à l'isolement de saisir le juge des référés en application de l'article L.521-2 du code de justice administrative. Une telle précision paraît bien inutile, la loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives pas plus que le juge administratif des référés n'ayant entendu avant la loi pénitentiaire exclure les personnes détenues du champ du référé-liberté.

---

<sup>156</sup> C. Landais, concl. préc.

<sup>157</sup> Amendement en commission ajouté par le rapport supplémentaire n° 201 de Jean-René Lecerf fait au nom de la commission des lois du Sénat le 4 février 2009 et amendement n° 92 rectifié présenté par M. Anziani et les membres du groupe socialiste, apparentés et rattachés et déposé en séance publique le 6 mars 2009.

<sup>158</sup> Il s'agit des articles 53 et 53 bis du projet de loi ayant pour objet respectivement de modifier l'article 726 du code de procédure pénale et d'insérer un article 726-1 dans le code de procédure pénale.

<sup>159</sup> Débats en séance publique du 6 mars 2009.

<sup>160</sup> Texte de la Commission des lois de l'Assemblée nationale déposé le 9 septembre 2009

En dépit de ces tentatives avortées et si le juge administratif des référés s'est jusqu'à présent toujours refusé à consacrer une présomption d'urgence en matière pénitentiaire<sup>161</sup>, il semble que l'instauration d'une présomption d'urgence pour les référés-suspension introduits à l'encontre des décisions pénitentiaires les plus graves ne poserait pas de difficultés sérieuses, bien au contraire.

## 2. Les contours et limites de la présomption d'urgence proposée

Une telle présomption pourrait aisément se justifier « eu égard à la vulnérabilité des détenus et à leur situation d'entière dépendance vis à vis de l'administration pénitentiaire »<sup>162</sup>. La détention emporte des restrictions à l'exercice de leurs droits et libertés et comporte une dose inévitable de souffrances. De plus, le temps ne s'écoule pas de la même façon en détention et semble s'étirer indéfiniment, si bien qu'une décision pénitentiaire, même ponctuelle ou aux effets occasionnels, peut être vécue très douloureusement par la personne détenue et affecter durablement les conditions de sa détention. Dès lors, il serait parfaitement envisageable de considérer que les décisions pénitentiaires les plus graves, en aggravant le vécu de 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 »<sup>163</sup> au sens de l'article L. 521-1 du code de justice administrative. La présomption d'urgence s'appliquerait évidemment 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 leurs destinataires à un traitement inhumain ou dégradant, mais on pourrait également envisager d'étendre le champ de cette présomption d'urgence aux décisions refusant ou retirant les permis de visite et aux décisions de changement ou de refus de changement d'affectation, en ce qu'elles sont de nature à compromettre gravement la vie privée et familiale ainsi que les chances de réinsertion des personnes qui en font l'objet. Si ces décisions ne sont effectivement pas irréversibles comme le sont les décisions pour lesquelles la jurisprudence a consacré une présomption d'urgence<sup>164</sup>, l'instauration d'une procédure d'urgence ne menacerait pas pour

---

<sup>161</sup> J. Schmitz, *ibid.*

<sup>162</sup> CE, ord., 22 décembre 2012, n° 364584, préc.

<sup>163</sup> Justification retenue pour l'instauration d'une présomption d'urgence en matière de refus de renouvellement de titre de séjour CE, Sect., 14 mars 2001, 229773, *Ministre de l'Intérieur c/ Ameur*, Leb. p. 124 ; AJDA 2001. 465, chron. Guyomar et Collin ; RFDA 2001. 673, concl. de Silva.

<sup>164</sup> CE, 2<sup>e</sup> et 7<sup>e</sup> s-sect. réunies, 9 nov. 2011, n° 346700, *Roopchan*, Leb. T. 963 ; AJDA 2011. 2208 ; CE, 27 juill. 2001, n° 230231, *Commune de Tulle c/ Consorts Dufour*, Leb. T. 1115 ; RDI 2001. 542, obs. P. Soler-Couteaux.

autant la cohérence de l'édifice jurisprudentiel : les personnes détenues sont dans une situation de dépendance et de vulnérabilité, laquelle peut justifier que le caractère réversible soit apprécié non pas au regard des décisions elles-mêmes mais seulement au regard de leurs effets.

La présomption aurait par ailleurs une portée limitée : à l'instar des autres présomptions d'urgence instituées par le juge des référés<sup>165</sup>, 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. Par voie de conséquence, l'administration pourrait établir l'urgence, en faisant état d'impératifs circonstanciés d'ordre public et de sécurité, de la personnalité de la personne détenue comme de ses antécédents pénaux et pénitentiaires. Dans ces conditions, le juge des référés, contrairement à ce qui avait pu être soutenu dans les débats parlementaires sur la loi pénitentiaire<sup>166</sup>, ne serait pas lié dans l'appréciation de l'urgence et conserverait la possibilité, au vu des éléments apportés par l'autorité pénitentiaire, d'écarter la présomption d'urgence au nom de l'urgence à exécuter la mesure. Bien que de portée limitée, une telle inversion de la charge de la preuve serait bienfaitrice, en procédant à une sorte de rééquilibrage, à la faveur de procédures de référé, des rapports entre administration pénitentiaire et personnes détenues, lesquels sont par nature fortement inégalitaires et dominés par des impératifs d'ordre public et de sécurité. Si l'urgence à suspendre la mesure est présumée, l'urgence à exécuter ne pourra en effet renverser la présomption que si elle est réelle et détaillée, et non plus seulement abstraite et générale. L'administration pénitentiaire sera donc tenue de s'assurer au préalable qu'il s'agit bien d'une nécessité sécuritaire et non d'un simple réflexe ou d'une simple habitude sécuritaire. La présomption d'urgence forcera alors le juge à une balance des intérêts en présence plus fine et l'obligera à justifier davantage l'existence d'une urgence à exécuter la mesure pénitentiaire. Dès lors, elle changerait considérablement les perspectives contentieuses du référé-suspension en matière pénitentiaire, car c'est bien la condition d'urgence qui fait toujours échec aux procédures engagées par les personnes détenues. Elle permettrait ainsi de concentrer le débat contentieux sur la question de l'existence d'un doute sérieux sur la légalité de l'acte en cause. Les chances de succès du référé-suspension augmenteraient ainsi nettement et l'effectivité cette procédure à l'égard des personnes détenues s'en verrait renforcée. La répartition des rôles voulue par le législateur de 2000 serait ainsi mieux respectée avec un référé-suspension en procédure de droit commun, plus facile et plus

---

<sup>165</sup> CE, 13 novembre 2002, Hourdin, 248851, Leb. 396 ; BJDU 2002. 460, concl. J.-H. Stahl, AJDA 2003, p. 695.

<sup>166</sup> Voir la position du gouvernement défendue par la ministre de la Justice Mme Dati lors des débats en séance publique devant le Sénat le 6 mars 2009 et celle du rapporteur de la commission des lois de l'Assemblée nationale Jean-Paul Garraud dans le rapport n°1899 fait au nom de la commission des lois, déposé le 8 septembre 2009 (Amendements du rapporteur CL 686 et CL 688).

accessible, et un référé-liberté en procédure d'exception pour les situations exceptionnellement graves.

En revanche, étendre la présomption d'urgence au référé-liberté ne semble pas pertinent : d'abord parce qu'elle conduirait à uniformiser la condition d'urgence quelle que soit la procédure de référé, niant ainsi la distinction fondamentale entre l'urgence simple de l'article L.521-1 et l'urgence extrême au sens de l'article L. 521-2 ; ensuite parce qu'elle aurait un effet limité : la condition d'urgence est bien souvent examinée dans un second temps après que l'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale a été caractérisée et l'urgence découle bien souvent du constat de l'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale. Cette dernière condition demeurerait donc déterminante et continuerait de faire barrage aux mesures de référé.

Au-delà de l'instauration d'une présomption d'urgence dans le cadre du référé-suspension contre les mesures pénitentiaires les plus graves, l'adaptation de la notion d'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale à la situation des personnes détenues peut également contribuer à l'amélioration de l'effectivité des procédures d'urgence à l'égard des décisions pénitentiaires.

## B. L'acclimatation de la notion d'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale à la situation particulière des personnes détenues

Le référé-liberté, tel qu'il est conçu par le législateur et appréhendé par le juge des référés, s'articule, très classiquement, autour de la notion cardinale de liberté fondamentale : c'est par rapport à la notion et au contenu de la ou les liberté(s) fondamentale(s) que vont être caractérisées successivement l'atteinte, l'atteinte grave et l'atteinte manifestement illégale propres à justifier, en cas d'urgence, le prononcé par le juge des référés de mesures de sauvegarde. Or, en matière pénitentiaire, axer le référé-liberté autour de la notion de liberté fondamentale des personnes détenues revient à condamner purement et simplement la voie de recours, dès lors que les libertés fondamentales dont ces justiciables disposent ne sont pas de même intensité que celles dont disposent les personnes libres. Leur exercice est en effet subordonné aux contraintes inhérentes à la détention, c'est-à-dire encadré et limité par des textes législatifs et réglementaires qui répondent eux-mêmes à des préoccupations légitimes d'ordre public et de sécurité. A travers ce prisme déformant, les atteintes aux libertés

fondamentales des personnes détenues ne peuvent pas être perçues par le juge des référés comme des atteintes graves dès lors qu'elles sont toujours justifiées et limitées, et pas davantage comme des atteintes manifestement illégales dès lors qu'elles sont prévues et encadrées par des textes. Ainsi et de manière assez paradoxale, parce que les personnes détenues sont privées de par leur incarcération d'une partie de leurs libertés fondamentales, elles vont pouvoir faire davantage l'objet d'atteintes à leurs libertés fondamentales, sans pour autant bénéficier de la protection de l'article L.521-2 du code de justice administrative. Il paraît pourtant logique que le juge des référés ait un seuil de tolérance moindre lorsque les justiciables considérés disposent d'une sphère de libertés fondamentales d'emblée réduite.

Il semble donc que la vulnérabilité de la personne détenue pourrait être utilisée comme point d'ancrage de l'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale (1), ce changement de perspective s'inscrivant dans les évolutions de la jurisprudence administrative en matière pénitentiaire (2).

1. La vulnérabilité de la personne détenue, point d'ancrage de l'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale

Pour sortir de l'impasse contentieuse dans laquelle se trouvent les personnes détenues et leur garantir une protection réelle et effective au titre du référé-liberté, le juge des référés 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 »<sup>167</sup>. Il s'agirait ainsi d'adopter une méthode concrète d'appréciation de la condition d'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale, qui serait attentive aux effets réels de la mesure pénitentiaire sur la situation déjà dégradée de la personne détenue et sensible à la différence de taille qui existe entre consistance théorique de la mesure pénitentiaire et perception réelle de la mesure par le détenu qui en est le destinataire. La prison est en effet « un monde [...] où la ligne de partage entre ce qui est véniel et ce qui ne l'est pas n'obéit pas aux règles de droit commun de la perception »<sup>168</sup>.

Le raisonnement mené par le juge des référés doit s'acclimater à la matière pénitentiaire et être davantage à l'écoute de la motivation développée par les requérants. Ainsi, les refus de

---

<sup>167</sup> CE, ord., 22 décembre 2012, préc.

<sup>168</sup> X. Domino et A. Bretonneau, « Custodire ipsos custodes : le juge administratif face à la prison », AJDA 2011, p. 1364.

permis de visite devraient être examinés au regard de leurs effets réels sur une vie privée et familiale déjà limitée et compliquée par la détention, si bien que les circonstances que sont maintenus les contacts téléphoniques ou épistolaires ou que le refus de permis de visite est d'une durée limitée ne pourraient plus être aussi souvent retenues par le juge des référés pour écarter l'atteinte grave et manifestement illégale au droit au respect de la vie privée et familiale. De même, les décisions de mise 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 et à la grande réserve des médecins à attester d'une incompatibilité avec l'état de santé physique ou psychique. 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.

Ce changement de perspective n'imposerait pas au juge administratif des référés une modification trop radicale de sa méthode d'appréciation. Bien au contraire, il s'adosserait à des évolutions de la jurisprudence administrative en matière pénitentiaire qui lui serviraient aisément d'assise.

## 2. Un changement de perspective qui s'adosserait aux évolutions de la jurisprudence en matière pénitentiaire

Retenir une telle méthode d'appréciation de l'atteinte grave et manifestement illégale portée à une liberté fondamentale d'une personne détenue permettrait de parachever l'évolution de la posture du juge administratif en matière pénitentiaire.

D'abord, la jurisprudence administrative prend déjà en considération la vulnérabilité des personnes détenues et leur situation d'entière dépendance vis-à-vis de l'administration pénitentiaire. Dans le cadre du contentieux de la responsabilité d'une part, ces considérations entrent en jeu, quoique de manière différente : tandis que la seconde constitue la raison d'être de l'appréciation du caractère attentatoire à la dignité des conditions de détention, la première - qui doit être appréciée compte tenu de l'âge, de l'état de santé, du handicap et de la personnalité de la personne détenue - est l'un des critères d'appréciation du caractère attentatoire<sup>169</sup>. Dans le cadre du référé-liberté d'autre part, c'est sur ce double fondement que

---

<sup>169</sup> CE, Sect. 6 décembre 2013, 363290, préc. ; CE, 13 janvier 2017, 389709, 389710, 389711, 389712 ; J. Schmitz, « Responsabilité de l'Etat en raison de conditions de détention », AJDA 2017, p.687.

sont mises à la charge des autorités pénitentiaires des obligations positives, consistant à prendre les mesures propres à protéger la vie des personnes détenues et à leur éviter tout traitement inhumain ou dégradant<sup>170</sup>. Le juge des référés, saisi au titre de l'article L.521-2, peut alors enjoindre à un directeur d'établissement pénitentiaire de prendre les mesures de nature à faire cesser la situation, lorsque la carence de l'administration porte une atteinte grave et manifestement illégale au droit à la vie ou au droit de ne pas être soumis à des traitements inhumains ou dégradants. La référence directe aux considérations de vulnérabilité et de situation d'entière dépendance vis-à-vis de l'administration pour caractériser les atteintes graves et manifestement illégales aux libertés fondamentales résultant cette fois non plus d'une carence mais d'une décision de l'administration permettrait d'ailleurs d'unifier opportunément l'appréciation de la condition de l'atteinte grave et manifestement illégale aux libertés fondamentales des personnes détenues.

Ensuite, cette méthode concrète d'appréciation de l'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale ne déstabiliserait pas un juge administratif de plus en plus soucieux de se placer au plus près de la réalité carcérale. L'appréciation par le juge de l'excès de pouvoir de la recevabilité des recours dirigés contre des mesures pénitentiaires témoigne d'une approche concrète : après avoir pris en compte « la nature et la gravité »<sup>171</sup> de la mesure pour se prononcer sur le caractère de décision faisant grief, le juge administratif combine désormais une méthode globale par catégorie de décisions, eu égard à « [leur] nature et à l'importance de [leurs] effets sur la situation des détenus »<sup>172</sup> et une approche concrète qui tient compte de la mise en cause, par la mesure attaquée, des libertés et des droits fondamentaux des personnes détenues. L'abandon de la faute lourde<sup>173</sup> et l'assouplissement des conditions d'engagement de la responsabilité de l'Etat en matière pénitentiaire ont plongé également le juge du plein contentieux au cœur du fonctionnement du service public pénitentiaire et l'ont amené à apprécier notamment les mesures de prévention des suicides<sup>174</sup> et des violences<sup>175</sup> ainsi que, en dehors de tout événement ponctuel, les conditions de détention imposées aux personnes

---

<sup>170</sup> CE, ord., 22 décembre 2012, préc.

<sup>171</sup> CE, Ass., 17 février 1995, Marie, Lebon 84 ; AJDA 1995. 420, chron. L. Touvet et J.-H. Stahl ; RFDA 1995. 353, concl. P. Frydman

<sup>172</sup> CE, Ass., 14 décembre 2007, n° 29730, 290420, Boussouar, Planchenault, Lebon 495, 498, 474 ; AJDA 2008. 128, chron. J. Boucher et B. Bourgeois-Machureau ; RFDA 2008. 87, concl. M. Guyomar et 104, concl. C. Landais ; AJDA 2008. 1827, note D. Costa ; D. 2008. 820, note M. Herzog-Evans ; AJ pénal 2008. 100, obs. E. Péchillon.

<sup>173</sup> CE, 23 mai 2003, n°244663, Chabba, Lebon 240 ; AJDA 2004. 157, note N. Albert ; Dr. adm. 2003. 44, note M. Lombard ; JCP Adm. 2003. II. 1751, note J. Moreau.

<sup>174</sup> *Id.*

<sup>175</sup> CE, 17 décembre 2008, n°292088, Garde des sceaux, ministre de la justice c/ Zaouiya, AJDA 2009. 432, concl. I. de Silva.

détenues<sup>176</sup>. Par ailleurs, ces mêmes conditions de détention sont scrutées et détaillées par le juge des référés saisi sur le fondement de l'article L.521-2 du code de justice administrative aux fins d'ordonner des mesures de sauvegarde pour la protection du droit à la vie et du droit à des conditions de détention dignes. Ainsi, à travers ses différents offices, le juge administratif est devenu un juge pénitentiaire de plein exercice qui « se fait gardien concret des standards nécessaires pour une détention digne et s'introduit plus directement dans les murs [des prisons] »<sup>177</sup>.

Enfin, un tel changement de posture du juge du référé-liberté s'inscrirait plus largement dans le souci de transparence et de pédagogie que le juge administratif exprime en matière pénitentiaire. Après avoir explicité la méthode d'identification des mesures pénitentiaires faisant grief<sup>178</sup> et la méthode d'appréciation de l'indignité des conditions de détention<sup>179</sup>, poser clairement qu'eu égard à la vulnérabilité et à la situation d'entière dépendance des personnes détenues vis-à-vis de l'administration pénitentiaire, l'appréciation de l'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale au sens de l'article L.521-2 du code de justice administrative doit tenir compte notamment de l'âge et de la personnalité, de l'état de santé, du handicap et de la situation familiale de la personne détenue mais également de la durée d'exécution de la mesure fournirait une grille de lecture bienvenue aux personnes détenues, bien souvent désorientées par les ordonnances du juge des référés.

## CONCLUSION :

A l'instar de l'ordonnance du Conseil d'Etat *Section française de l'Observatoire international des prisons* du 22 décembre 2012 qui, en ouvrant la voie du référé-liberté pour la lutte contre l'indignité des conditions de détention, « a fait bouger les lignes contentieuses »<sup>180</sup>, il faut souhaiter une prise de position similaire de la part du Conseil d'Etat pour impulser un nouveau souffle aux référés administratifs d'urgence intentés par les personnes détenues à l'encontre des décisions pénitentiaires dont elles sont l'objet.

---

<sup>176</sup> CE, 13 janvier 2017, 389709, préc.

<sup>177</sup> C. Vigouroux, « La valeur de la justice en détention », AJDA 2009, p. 403

<sup>178</sup> CE, Ass., 14 décembre 2007, préc.,

<sup>179</sup> CE, 13 janvier 2017, préc.

<sup>180</sup> S. Slama, « Insalubrité des Baumettes, de la justiciabilité à l'effectivité du contrôle sur les conditions de détention par le juge du référé-liberté », Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF, 27 décembre 2012.

Cette évolution est nécessaire pour consolider la garantie juridictionnelle des droits et libertés des personnes détenues et assurer à ces dernières des voies de recours effectives<sup>181</sup> et adaptées à leur situation de vulnérabilité et de dépendance vis-à-vis de l'administration pénitentiaire. Elle permettrait également de donner aux personnes incarcérées l'image d'une justice qui n'est ni symbolique ni dissuasive<sup>182</sup>.

Cette évolution serait enfin un moyen de poursuivre la mutation de l'administration pénitentiaire engagée notamment depuis la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009, en l'encourageant encore davantage au « renforcement de la motivation et au respect des exigences du droit dans la prise de décision initiale »<sup>183</sup>. Loin de fragiliser l'action administrative pénitentiaire, l'intervention plus fréquente du juge administratif des référés contribuerait à la parfaire.

Anne Jennequin

Maître de conférences en droit public

Membre du Centre Droit Ethique et Procédures

Université d'Artois

---

<sup>181</sup> S. Gauché, « A la recherche du recours effectif : responsabilité et référés en droit pénitentiaire », AJDA 2017, 1837.

<sup>182</sup> A. Trémolière, *ibid.* : « En détention, s'engager sur le terrain de l'action contentieuse s'avère souvent un long périple qui débouchera au mieux sur une victoire symbolique, mais tardive ».

<sup>183</sup> J. Falxa, « Regards comparé sur le droit au recours effectif en matière pénitentiaire », AJ Pénal 2015, p. 358.