

TOULOUSE
CAPITOLE
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de
l'Université Toulouse 1 Capitole.

*LE JUGE ADMINISTRATIF DES REFERES DANS L'URGENCE SANITAIRE DES PRISONS
EXERCICE D'UN DROIT DE RETRAIT OU DEMISSION ?*

JULIA SCHMITZ

Référence de publication : Schmitz, Julia (2020) "[Le juge administratif des référés dans l'urgence sanitaire des prisons - Exercice d'un droit de retrait ou démission ?](#)". AJDA (n°23).
p. 1298-1307.

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

LE JUGE ADMINISTRATIF DES RÉFÉRÉS DANS L'URGENCE SANITAIRE DES PRISONS

EXERCICE D'UN DROIT DE RETRAIT OU DÉMISSION ?

Le juge du référé-liberté du Conseil d'Etat se retrouve aujourd'hui en première ligne médiatique : récemment sanctionné par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) dans un arrêt retentissant (30 janv. 2020, n° 9671/15, *J. M. B. et autres c/ France*, AJDA 2020. 1064, note H. Avvenire ; D. 2020. 753, et les obs., note J.-F. Renucci), il est aujourd'hui assailli dans le contexte de la crise sanitaire. La jurisprudence « covid-19 » qui se développe sous les feux de la critique n'est cependant pas totalement nouvelle. Elle a, en effet, été préparée dans le laboratoire du contentieux pénitentiaire pour se répandre ailleurs au goutte à goutte lorsqu'est mise en cause la carence des autorités. Elle se multiplie depuis la crise sanitaire et devient, avec un *obiter dictum* quelque peu modifié, le pare-feu anti-recours du juge de l'urgence lui permettant de se protéger des assauts contentieux. Le juge du référé-liberté s'avère en tout cas être un juge caméléon capable de s'adapter à un double terrain glissant : le terrain escarpé de l'administration pénitentiaire et les sables mouvants du covid-19.

Dans le contentieux de la surpopulation carcérale, qui porte atteinte au droit à la dignité des détenus, la CEDH s'est en effet récemment attachée à mesurer l'ineffectivité du référé-liberté au regard de la jurisprudence du Conseil d'Etat. Si le juge de l'urgence peut prendre tout un panel de mesures pour faire disparaître les effets d'une atteinte grave et manifestement illégale portée par une personne morale de droit public à une liberté fondamentale, son intervention est « subordonnée au constat que la situation litigieuse permette de prendre utilement et à très bref délai les mesures de sauvegarde nécessaires » (CE 30 juill. 2015, n° 392043, *Section française de l'Observatoire international des prisons [OIP-SF]*, consid. 11, Lebon ; AJDA 2015. 2216, note O. Le Bot). Et le caractère manifestement illégal de l'atteinte doit s'apprécier compte tenu des moyens dont dispose l'administration pénitentiaire (CE 28 juill. 2017, n° 410677, *Section française de l'Observatoire international des prisons*, Lebon avec les concl. ; AJDA 2017. 1589 ; et 2540, note O. Le Bot). Repris de manière sporadique dans le contentieux de la gestion des

migrants de la « jungle de Calais » et de Grande-Synthe (CE, ord., 23 nov. 2015, n° 394540 ; CE 31 juill. 2017, n° 412125 ; CE, ord., 21 juin 2019, n° 431115), ou de la protection fonctionnelle des anciens interprètes afghans de l'armée française (CE, ord., 8 févr. 2018, n° 417267 ; CE 14 déc. 2018, n° 424847, AJDA 2019. 528, note S. Slama), cet *obiter dictum* est resté concentré dans le contentieux pénitentiaire (CE, ord., 1^{er} mars 2017, n° 407819, *OIP-SF* ; CE, ord., 4 avr. 2019, n° 428747, *Garde des sceaux, ministre de la justice c/ Section française de l'Observatoire international des prisons*, AJ pénal 2019. 342, obs. C. Otero ; CE, ord., 27 mai 2019, n° 430631, *Garde des sceaux, ministre de la justice* ; CE, ord., 3 juin 2019, n° 431068). Evoquées en 2009 par le vice-président du Conseil d'Etat (J.-M. Sauvé, Le contrôle de l'administration pénitentiaire par le juge administratif, 24 févr. 2009), la radicalité et la puissance du référé-liberté pour contrôler l'administration pénitentiaire ont ainsi finalement été maîtrisées. Comme si, en matière pénitentiaire, les habits du juge du référé-liberté, qui apparaissaient aux yeux de la Cour de Strasbourg, comme « un cadre théorique solide » (*J. M. B. et autres c/ France*, préc., § 220), étaient finalement trop grands pour le juge administratif. Se faisant couturier de son office, il en a raccourci les manches en refusant de mettre les mains dans le cambouis de la surpopulation carcérale. Il vient d'y porter un nouveau coup de ciseau dans le contexte épidémique.

Car si la promiscuité carcérale amplifie le risque de contagion (1), le contexte épidémique aggrave à son tour l'état endémique de la surpopulation des prisons. Pour faire face à cette double crise, des mesures d'urgence ont été prises dès février 2020. Plusieurs instructions de la garde des sceaux visent à faire respecter les règles sanitaires, à suspendre les activités et les parloirs et à limiter la circulation et les mouvements internes au sein des établissements pénitentiaires. Et l'ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020 portant adaptation de règles de procédure pénale a prévu des possibilités de libération anticipée pour les personnes condamnées à moins de cinq années d'emprisonnement auxquelles il reste deux mois à effectuer, ainsi que des réductions de peine supplémentaires exceptionnelles. Le Contrôleur général des lieux de privation de liberté (CGLPL) a cependant considéré que les mesures prises pour protéger les personnes détenues et le personnel étaient insuffisantes, plus de 71 000 personnes étant incarcérées pour 60 000 places avec un taux d'occupation moyen de 140 % dans les maisons d'arrêt, dans lesquelles sont incarcérées près de 20 000 personnes en détention provisoire (2). Les mesures prises sont également jugées incohérentes car si, d'un côté, on cherche à vider les prisons, de l'autre côté, l'ordonnance du 25 mars tend à les remplir par l'allongement automatique des délais de détention provisoire afin de limiter les audiences et les contacts.

Relayant ce constat, plusieurs recours, collectifs et individuels, ont été portés devant le juge du référé-liberté pour dénoncer l'action des pouvoirs publics par des demandes de suspension des dispositions de l'ordonnance du 25 mars relatives à la détention provisoire (CE, ord., 3 avr. 2020, n° 439894, *Syndicat des avocats de France [SAF]* ; CE, ord., 3 avr. 2020, n° 439877, *Union des jeunes avocats de Paris [UAJ]*, *Association des avocats pénalistes*, *Conseil national des barreaux et autres*) ou pour dénoncer leur inaction par des demandes d'injonction portant sur le renforcement du nombre de personnes éligibles à une libération anticipée et des consignes en matière d'entrée en détention, des mesures de protection (mise à disposition de gel, gants, masques, tests de dépistage, produits d'hygiène et désinfection des lieux), de distanciation sociale (régime des fouilles, régime « porte ouverte », organisation des promenades) et de maintien des liens familiaux et personnels (CE, ord., 8 avr. 2020, n° 439827, *Section française de l'Observatoire international des prisons et autres (OIP-SF*, ci-dessus reproduit) ; CE, ord., 8 avr. 2020, n° 439821, *Le Syndicat national pénitentiaire Force ouvrière - personnels de surveillance [SNP FO]*, AJDA 2020. 756 ; CE, ord., 14 avr. 2020, n° 439899 ; CE, ord. 14 avr. 2020, n° 439924 ; CE, ord., 7 mai 2020, n° 440151, *Garde des sceaux, ministre de la justice c/ Ordre des avocats du barreau de Martinique*, ci-dessus reproduit). Face à la mise en cause de la carence des autorités qui porterait atteinte de manière grave et manifestement illégale au droit de ne pas subir des traitements inhumains ou dégradants, au droit à la vie ou au droit de recevoir les traitements et les soins appropriés à son état de santé, le juge de l'urgence a alors formulé un nouvel *obiter dictum* - qui sera déployé dans toutes les ordonnances en partie regroupées sur le site internet du Conseil d'Etat dans la rubrique « Dernières décisions [référés] en lien avec l'épidémie de covid-19 » - lui permettant de conclure au rejet des requêtes et de refermer les portes du pénitencier sur le sort des personnes détenues.

C'est dans la troisième ordonnance rendue dans le contexte de la crise sanitaire sur la demande de fermeture des centres de rétention administrative que ce nouveau considérant sur l'office du juge apparaît (CE, ord., 27 mars 2020, n° 439720, *GISTI*, consid. 2, AJDA 2020. 700). La formule est plus condensée et plus resserrée : l'article L. 521-4 du code de justice administrative (CJA) permettant au juge, « au vu d'un élément nouveau » de « modifier les mesures qu'il avait ordonnées » n'est plus visé, il n'est plus fait référence à la possibilité d'ordonner des mesures complémentaires « dans une décision ultérieure prise à brève échéance », l'urgence « particulière » exigée par la procédure devient une « urgence caractérisée » seule justifiant « le prononcé de mesures de sauvegarde à très bref délai ». Et ce qui n'était qu'un codicille à l'*obiter*

dictum, à savoir la prise en compte « des moyens dont dispose l'autorité administrative compétente et des mesures qu'elle a déjà prises » pour apprécier le caractère manifestement illégal de l'atteinte, en fait désormais partie intégrante.

Si face à l'inaction des pouvoirs publics dans la crise des prisons, l'ordonnance des Baumettes (CE, ord., 22 déc. 2012, n° 364585, *OIP-SF*) avait fait « bouger les lignes contentieuses » (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 déc. 2012), les ordonnances postérieures les ont fait reculer, au point de conduire à la condamnation européenne, et les ordonnances « covid-19 » les ont finalement dissoutes. Ce repli du juge du référé-liberté est d'autant plus critiquable que cette procédure avait fait la preuve de « sa très grande plasticité et sa capacité à s'adapter à des litiges de substance et d'enjeux très différents » (J.-H. Stahl, *Procédures d'urgence - Vingt ans après*, Dr. adm. févr. 2020, p. 2), le juge ayant bravé, par exemple, l'interdiction du caractère provisoire de ses décisions (CE 30 mars 2007, n° 304053, *Ville de Lyon*, Lebon ; AJDA 2007. 1242, note S. Damarey). Mais à la logique généreuse du « toutes mesures » de l'article L. 521-2 du CJA, qui a guidé l'audace du juge de l'urgence, semble avoir succédé une logique pusillanime pour refermer cette porte contentieuse.

S'agit-il alors d'un droit de retrait exercé par le juge du référé-liberté, fondé sur la particularité de son office, ou d'une démission sur le front du droit ? Le Conseil d'Etat a, en effet, bridé son pouvoir d'injonction en se confinant entre deux arguments : la spécificité de cette procédure enserrée dans des délais extrêmement brefs et la prise en compte des moyens dont dispose l'administration. Ils peuvent cependant être tour à tour remis en cause par une autre lecture possible du référé-liberté et son application particulière dans le contexte carcéral. Tout se joue en effet sur la double dimension de la notion de « garde » des personnes détenues qui place à la fois l'administration pénitentiaire dans une situation de compétence liée justifiant le pouvoir d'injonction du juge et les personnes détenues dans une situation de particulière vulnérabilité, imposant des obligations aux pouvoirs publics dont ils ne peuvent en principe se dégager, quelles que soient leurs capacités logistiques.

I - La garde des personnes détenues et le périmètre de l'office du juge du référé-liberté

Dans l'ordonnance *OIP-SF* du 8 avril 2020, pour refuser d'examiner les demandes relatives aux dispositifs des sorties et des entrées en prison, le juge ne fait que reprendre la position qu'il adopte depuis longtemps dans le contentieux pénitentiaire, en considérant qu'il ne peut enjoindre des « mesures d'ordre structurel ». Il se fonde alors sur deux principes qui peuvent tour à tour être relativisés : l'impératif de célérité de la procédure d'urgence et le principe de séparation des pouvoirs.

A. L'impuissance du juge et l'urgence caractérisée

Comme l'article L. 521-2 du CJA impose au juge de statuer en quarante-huit heures, il ne peut ordonner, comme il le rappelle régulièrement, des « solutions pérennes », telles que la rénovation structurelle des locaux, l'allocation de moyens humains et financiers supplémentaires ou la réorganisation du service public de la justice (CE 30 juill. 2015, préc., consid. 19 ; CE 28 juill. 2017, préc., consid. 14). Mais cette limitation de l'office repose sur une double contradiction. D'une part, elle contredit la finalité du référé-liberté qui vise à « sauvegarder » les droits et libertés fondamentaux, c'est-à-dire à éviter qu'une situation de violation des droits ne survienne ou ne se poursuive. Le risque d'irréversibilité d'atteinte aux droits permet d'ailleurs au juge, comme il le rappelle lui-même, d'ordonner des mesures ayant elles aussi des effets irréversibles « lorsque aucune mesure de cette nature n'est susceptible de sauvegarder l'exercice effectif de la liberté fondamentale à laquelle il est porté atteinte ». D'autre part, l'impératif de célérité imposé par la brièveté des délais des mesures que le juge peut ordonner repose sur une confusion entre l'exigence de l'urgence pour le juge à intervenir et celle de la réalisation des effets de la mesure ordonnée. Or, comme le constatait déjà la doctrine, « circulairement téléologiques, les conditions liées à l'urgence, à l'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté et au délai de 48 h pour statuer s'alimentent entre elles, jusqu'à former un ensemble aussi cohérent que tétanisant pour l'office du juge » (C. Roux, *Prisons françaises et CEDH : les référés placés « en préventive »*, Dr. adm. mars 2020, p. 31).

Il convient d'ailleurs de relativiser la notion de « bref délai » des mesures de sauvegarde, car dans le contexte de la crise épidémique, les requérants ne demandaient pas de solution pérenne,

mais bien une action d'urgence et exceptionnelle, limitée à la période d'état d'urgence sanitaire. Or, pour rejeter les demandes relatives aux conditions matérielles de détention, le juge tient compte de mesures annoncées par le gouvernement dont la réalisation est pourtant incertaine. Il donne ainsi une sorte de satisfecit global - sur lequel nous reviendrons - accordé aux mesures gouvernementales, qui sont d'ailleurs régulièrement adaptées en raison du contexte sanitaire très évolutif, alors que le juge du référé-liberté doit juger, en extrême urgence, au regard de la situation telle qu'elle se présente devant lui.

C'est qu'en réalité, derrière la célérité de la procédure et la « mesure d'ordre structurel », se joue l'étendue du pouvoir d'appréciation des pouvoirs publics, en particulier pour les situations dans lesquelles l'atteinte à une liberté fondamentale résulte d'une carence de l'action administrative. Se profile ainsi un autre motif dévoilé par le gouvernement lui-même devant la CEDH pour défendre la limitation de l'office du juge : « [le] principe de la séparation des pouvoirs, et [...] la place du juge auquel il n'appartient pas de faire des choix de politique publique ou de se prononcer sur des choix de société » (*J. M. B. c/ France*, préc., § 182).

Inauguré en 2017 dans l'ordonnance relative à la maison d'arrêt de Fresnes (CE 28 juill. 2017, préc., consid. 11), cet argument a également été développé dans la première ordonnance « covid » rendue par le juge du référé-liberté du Conseil d'Etat (CE, ord., 19 mars 2020, n° 439592, *Association pour la sauvegarde du patrimoine martiniquais*, consid. 7), repris dans une décision de première instance (TA Martinique, 4 avr. 2020, n° 2000200, *Ordre des avocats au barreau de la Martinique*, consid. 7, AJDA 2020. 757), et à nouveau déployé dans l'ordonnance *OIP-SF* du 8 avril 2020 (consid. 13) : « Eu égard à leur objet, les injonctions sollicitées, qui portent sur des mesures relevant du domaine de la loi ou sur des mesures d'ordre structurel reposant sur des choix de politique publique insusceptibles d'être mises en oeuvre, et dès lors de porter effet, à très bref délai, ne sont pas au nombre des mesures d'urgence que la situation permet de prendre dans le cadre des pouvoirs que le juge des référés tient de l'article L. 521-2 du code de justice administrative ». Cette formulation révèle que ce n'est pas tant la célérité des mesures demandées mais leur nature politique qui en fait des « mesures d'ordre structurel ». Une subtile modification du considérant sur l'office du juge prend alors ici tout son sens. Alors que la formule dégagée en 2015 retenait que le juge du référé-liberté pouvait « prendre les mesures qui sont de nature à faire disparaître les effets d'une atteinte à une liberté fondamentale », la formule désormais retenue précise que ce juge peut « prescrire » de telles mesures, le remettant

ainsi à sa place, qui n'est pas celle d'un administrateur. Mais cette argumentation souffre elle aussi de plusieurs contradictions.

B. L'impuissance du juge et la séparation des pouvoirs

Tout d'abord, le juge du référé-liberté peut ordonner à l'autorité compétente « une mesure d'organisation des services placés sous son autorité », se faisant ainsi un « quasi-administrateur pénitentiaire » (A. Jennequin, La dignité de la personne détenue, RFDA 2015. 1082) en lui enjoignant par exemple de mettre en place un nouveau régime de fouilles (CE, ord., 6 juin 2013, n° 368816, *Section française de l'Observatoire international des prisons*, Lebon ; AJDA 2013. 1191 ; AJ pénal 2013. 497, obs. E. Péchillon). De plus, si l'administration pénitentiaire dispose il est vrai d'un large pouvoir discrétionnaire dans l'organisation intérieure des établissements, les textes lui imposent cependant d'assurer le respect de la dignité des personnes qui lui sont confiées (art. 22 de la loi du 24 nov. 2009 et art. D. 189 du C. pr. pén.). Le juge du référé-liberté en a d'ailleurs tiré un considérant de principe : il appartient à l'administration « et notamment aux directeurs des établissements pénitentiaires, en leur qualité de chefs de service » d'assurer la protection de la vie des personnes détenues et le respect de leur dignité (CE, ord., 22 déc. 2012, préc., consid. 6). Mais dans le contexte de la crise sanitaire, pour ne pas franchir la ligne rouge de la séparation des pouvoirs, le juge en appelle à d'autres autorités auxquelles il est plus difficile d'assigner une compétence liée : le législateur et le pouvoir exécutif.

Le juge considère, en effet, que certaines demandes d'injonction portent sur des « mesures relevant du domaine de la loi ». Or cet argument pêche par son incohérence. Les requérants demandaient au juge d'enjoindre au ministre de la justice de prendre des mesures pour faciliter les demandes de grâce présidentielle, élargir les critères d'éligibilité à une libération anticipée, garantir l'effectivité de ce dispositif et celle de l'examen des demandes de libération des personnes placées en détention provisoire, et rendre plus contraignantes les consignes relatives à la réduction des entrées en détention. Il ne s'agit donc que d'étendre et de renforcer les dispositifs déjà prévus par la garde des sceaux dans son ordonnance du 25 mars 2020. Le juge du référé-liberté a peut-être oublié qu'il s'agissait de demandes qui relèvent certes du domaine pénal, et donc de celui de la loi, mais qui ont subi un déclassement normatif par la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 habilitant le

gouvernement à légiférer par la voie de mesures de nature réglementaire, dont le Conseil d'Etat a rejeté les demandes de suspension dans deux ordonnances de tri du 3 avril 2020 qui n'ont d'ailleurs fait l'objet d'aucune publicité. Alors que pour les requérants, l'allongement de plein droit des délais de détention provisoire sans comparution systématique devant un juge porte manifestement atteinte à la présomption d'innocence, aux droits de la défense et à la sûreté, et aggrave le problème de la surpopulation dans les maisons d'arrêt, le juge du référé-liberté (3) a estimé que l'ordonnance s'était « bornée » à allonger les délais, « sans apporter d'autre modification aux règles du code de procédure pénale », tout en prenant soin de préciser le « contexte très particulier des circonstances liées à l'épidémie de covid-19 et des mesures prises pour lutter contre la propagation de cette maladie » (ord. *SAF et UAJ*, consid. 19 et 14). Il semblerait que le juge administratif ait également oublié l'importance qu'il attache aux principes généraux du droit pénal le conduisant à contrôler les ordonnances instaurant une justice d'exception (CE 19 oct. 1962, n° 58502, *Canal, Robin et Godot*, Lebon 552 ; AJDA 2014. 90, chron. M. Gentot).

Les mesures demandées, et notamment celles portant sur la détention provisoire, dépendaient donc du pouvoir réglementaire, et c'est d'ailleurs l'interprétation discutable de la circulaire du garde des sceaux du 26 mars 2020 qui a confirmé le caractère automatique de l'allongement des délais (J.-B. Perrier, La prorogation de la détention provisoire, de plein droit et hors du droit, D. actu. 9 avr. 2020). Le juge du référé-liberté précise pourtant bien, dans un considérant de principe, que la responsabilité de protéger la vie, la dignité et la santé des personnes détenues appartient aux directeurs des établissements pénitentiaires mais également « au garde des sceaux, ministre de la justice » (*OIP-SF*, consid. 6). Mais en rappelant les « choix de politique publique » dont dépendent les mesures demandées, il renvoie à une action publique plus impérieuse et souveraine, relevant des choix stratégiques adoptés par le gouvernement pour faire face à la crise sanitaire, lesquels sont d'ailleurs présentés à chaque fois dans le cadre juridique du litige. Or là encore, cette argumentation rencontre plusieurs objections.

D'une part, dans toutes les ordonnances de rejet, aussitôt après avoir rappelé les instructions ministérielles « qu'il revient aux chefs des 187 établissements pénitentiaires de mettre en oeuvre et d'appliquer sous l'autorité des directions interrégionales des services pénitentiaires », le juge renvoie « aux chefs d'établissements pénitentiaires responsables de l'ordre et de la sécurité au sein de ceux-ci » le soin de les faire respecter. C'est ainsi aux autorités locales qu'il revient d'« adapter » ou d'« assurer le respect effectif » des consignes données en matière de règles

d'hygiène et de gestes barrières, d'organisation des repas, des fouilles ou des promenades. De manière quelque peu paradoxale, le juge du référé-liberté se réfère à l'action du pouvoir central mais assigne la responsabilité de l'atteinte aux libertés fondamentales à la mauvaise exécution des autorités déconcentrées et non à la qualité des consignes ou aux moyens alloués pour les mettre en pratique de manière efficace. Pourtant, le risque de mauvaise interprétation ou d'application hétérogène des consignes générales a été retenu par ce même juge pour accepter d'enjoindre aux ministres de préciser la portée de certaines mesures prises, en considérant qu'une carence pouvait être caractérisée « si leurs dispositions sont inexactement interprétées et leur non-respect inégalement ou insuffisamment sanctionné » (CE, ord., 22 mars 2020, n° 439674, *Syndicat Jeunes médecins*, consid. 9, AJDA 2020. 851, note C. Vallar ; D. 2020. 687, note P. Parinet-Hodimont ; AJCT 2020. 175, obs. S. Renard ; *ibid.* 250, Pratique G. Le Chatelier).

D'autre part, il semble que le juge ait une fois de plus la mémoire courte puisqu'il n'a pas hésité à intervenir dans l'appréciation de tels choix stratégiques lors de la mise en place de l'état d'urgence sécuritaire (CE, ord., 9 déc. 2005, n° 287777, *M^{me} Allouache*, Lebon ; AJDA 2005. 2374 ; et 2006. 1875, étude T.-X. Girardot ; CE, ord., 27 janv. 2016, n° 396220, *Ligue des droits de l'homme*, consid. 7, Lebon ; AJDA 2016. 126 ; D. 2016. 259, et les obs. ; *ibid.* 663, point de vue M. Bouleau ; RFDA 2016. 355, note D. Baranger) et a accepté, sous l'état d'urgence sanitaire, d'enjoindre aux ministres de réexaminer la pertinence ou d'évaluer les risques pour la santé publique de certaines mesures prises pour en étendre et renforcer la portée (CE, ord., 22 mars 2020, *Syndicat Jeunes médecins*, préc., consid. 9). Certes, les requêtes dénonçant la carence des autorités pour protéger les personnes détenues placent le juge dans une situation différente. On ne lui demande pas de jouer le rôle de garde-fou pour contrôler l'action du gouvernement, mais de devenir un prescripteur administratif, rôle qu'il se refuse peut-être, à juste titre, d'endosser, pour ne pas devenir une « méta-autorité de police » (X. Dupré de Boulois, *On nous change notre... référé-liberté*, RDLF 2020, chron. n° 12, www.revuedlf.com) et faire planer l'ombre du gouvernement des juges.

Il se retrouve ainsi dans une situation schizophrénique, face à des requêtes lui demandant tout à la fois d'empêcher l'Etat de « trop » agir et de lui enjoindre de « plus » agir et à des critiques lui reprochant tout à la fois son retrait et ses interférences avec le pouvoir gouvernemental, en fonction des libertés fondamentales en jeu. Mais il y a en matière pénitentiaire une difficulté à mesurer ce qui relève d'un choix de politique publique ou d'une situation de compétence liée,

puisque les libertés fondamentales invoquées par les requérants sont les mêmes que celles qui fondent les pouvoirs exceptionnels confiés au gouvernement par la loi sur l'état d'urgence sanitaire. L'important est en effet de « sauvegarder » des droits fondamentaux qui constituent une créance de l'Etat vis-à-vis de personnes avec lesquelles il a une relation particulière : les agents qu'il place sous son autorité et les personnes détenues qu'il place sous sa garde.

II - La garde des personnes détenues et la mise en oeuvre de l'office du juge du référé-liberté

En principe, la situation de « vulnérabilité des détenus et [...] leur situation d'entière dépendance vis-à-vis de l'administration », les « missions qui [...] sont assignées » aux agents pénitentiaires (*OIP-SF* ; *SNP FO*, consid. 6) et les libertés fondamentales invoquées par les requérants devraient conduire à apprécier de manière plus large la gravité de l'atteinte qui leur est portée et à des obligations positives renforcées pour les pouvoirs publics. Or, le refus du juge du référé-liberté d'accéder aux demandes d'injonction portant sur des mesures destinées à protéger les personnes détenues et le personnel est fondé sur une relativisation de l'appréciation de la situation de vulnérabilité des personnes détenues et du caractère manifestement illégal de la carence des autorités.

A. Des situations de vulnérabilité à géométrie variable

Il ressort des ordonnances des 3 et 8 avril rendues en matière pénitentiaire une appréhension paradoxale du contexte épidémique qui semble relativiser les atteintes aux droits fondamentaux alors qu'il devrait au contraire aggraver la « situation de particulière vulnérabilité » des personnes détenues (CEDH 27 juill. 2004, n° 57671/00, *Slimani c/ France*, § 27) et induire une présomption d'urgence au regard de l'enjeu de la sécurité sanitaire des personnes détenues comme du personnel pénitentiaire. Or le juge du référé-liberté ne s'interroge même pas sur la condition de l'urgence qui est ici bien caractérisée, puisqu'il rejette les demandes en considérant qu'il n'y a pas d'atteinte grave aux libertés fondamentales invoquées.

Le risque sanitaire est en effet amplifié dans ces espaces surpeuplés et souvent vétustes, vecteurs évidents de contamination, où la prise en charge sanitaire des personnes détenues est

déjà défaillante et où les mesures de distanciation sociale sont difficiles à mettre en place. Et la crise sanitaire aggrave également les effets de la détention : la suppression des parloirs et des activités renforce l'isolation et l'oisiveté et la privation d'autonomie des personnes détenues qui ne peuvent par elles-mêmes se procurer des protections et sont contraintes à certains contacts (fouilles, douches collectives, partage des cellules) alimentent l'angoisse de l'enfermement. Le confinement protecteur devient ainsi un entassement et un isolement dangereux pour les personnes détenues et pour le personnel pénitentiaire. Or, selon le juge administratif, inspiré par la jurisprudence européenne (CEDH 26 oct. 2000, n° 30210/96, *Kudła c/ Pologne*, § 94, AJDA 2000. 1006, chron. J.-F. Flauss ; RFDA 2001. 1250, chron. H. Labayle et F. Sudre ; *ibid.* 2003. 85, étude J. Andriantsimbazovina ; RSC 2001. 881, obs. F. Tulkens ; RTD civ. 2001. 442, obs. J.-P. Marguénaud), il revient à l'administration pénitentiaire de ne pas exposer les personnes détenues « à des épreuves physiques et morales » qui excèdent « le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention » (CE 30 déc. 2014, n° 364774, *Section française de l'Observatoire international des prisons*, consid. 10, AJDA 2015. 484 ; CE, sect., 6 déc. 2013, n° 363290, *Thévenot, Lebon* ; AJDA 2014. 237, concl. D. Hedary).

Mais cette jurisprudence bienveillante cède ici la place à une appréciation à géométrie variable de la vulnérabilité. Pour rejeter la demande de masques de protection présentée par une personne détenue à la maison d'arrêt de Fresnes, établissement pénitentiaire dont la surpopulation chronique a fait l'objet de plusieurs contentieux et où un détenu est décédé du coronavirus le 17 mars 2020, le juge du référé-liberté considère qu'elle ne présente pas « le profil d'une personne spécifiquement vulnérable au virus covid-19 » (n° 439899, consid. 17). Il rejette également la requête d'une personne détenue qui occupe les fonctions d'auxiliaire chargé du nettoyage et de la désinfection des locaux de la maison centrale d'Alençon-Condé-sur-Sarthe et entretient ainsi un double rapport avec l'administration pénitentiaire en étant à la fois dans une situation d'usager contraint dont elle a la garde et de travailleur qu'elle rémunère dans le cadre du service général (n° 439924). Ainsi, alors que la privation de liberté devrait conduire le juge à constater une situation de vulnérabilité « structurelle » (M. Guyomar, *L'extension du contrôle : le cas du milieu carcéral*, JCP Adm. 2010, p. 2065), manifestation aggravée par la crise sanitaire, et non pas à « l'apprécier abstraitement, comme une caractéristique personnelle » (D. Roman, « Ils ne mouraient pas tous, mais tous étaient frappés ». Le coronavirus, révélateur des ambiguïtés de l'appréhension juridique de la vulnérabilité, RDLF 2020, chron. n° 15, www.revuedlf.com), le juge du référé-liberté met en oeuvre des variations qu'il admet d'ailleurs depuis longtemps en considérant que la vulnérabilité des personnes détenues dont dépend une

atteinte à la dignité des conditions de détention doit s'apprécier « compte tenu de leur âge, de leur état de santé, de leur handicap et de leur personnalité » (CE 30 déc. 2014, *OIP-SF*, préc.) et également des moyens de l'administration et des mesures déjà entreprises.

B. Une carence administrative légalisée

Les droits invoqués par les requérants, notamment les droits à la vie et à la dignité, sont considérés par la CEDH comme des droits absolus ne pouvant souffrir d'aucune dérogation empêchant en principe les autorités publiques de se réfugier derrière l'insuffisance de leurs moyens pour ne pas remplir leurs obligations positives. Ainsi, pour le juge européen « un taux élevé de crime, un manque de ressources financières ou d'autres problèmes structurels ne sont pas des circonstances qui atténuent la responsabilité de l'Etat et justifient l'absence de mesures destinées à améliorer la situation carcérale » (*J. M. B. c/ France*, préc., § 218) et l'Etat est tenu « nonobstant les problèmes logistiques et financiers, d'organiser son système pénitentiaire de façon à assurer aux détenus le respect de leur dignité humaine » (CEDH 25 janv. 2011, n° 38427/05, *Elefteriadis c/ Roumanie*, § 48, D. 2011. 1306, obs. J.-P. Céré, M. Herzog-Evans et E. Péchillon ; RFDA 2012. 455, chron. H. Labayle, F. Sudre, X. Dupré de Boulois et L. Milano ; RSC 2011. 705, obs. J.-P. Marguénaud). Mais si le juge du référé-liberté a lui aussi conféré à ces droits une valeur supérieure (CE, ord., 30 juill. 2015, préc., consid. 9), il prête également une attention particulière aux contraintes de l'administration pénitentiaire. Il convient cependant de s'interroger sur ce qui constitue pour elle un « fardeau insupportable et excessif » (CEDH 4 févr. 2016, n° 58828/13, *Isenc c/ France*, § 38, AJDA 2016. 232), car lorsque le recours en référé-liberté a été jugé ineffectif par le juge européen, il permettait au moins d'éradiquer les nuisibles de la prison des Baumettes. Or il ne permet pas, dans le contexte de crise épidémique, d'obtenir des produits d'hygiène, du gel hydro-alcoolique, le lavage des draps, l'accès aux douches ou la distribution d'équipements de protection, comme si, paradoxalement, l'urgence sanitaire avait recouvert, au lieu de le découvrir, l'état de surpeuplement et de vétusté des prisons françaises.

Le caractère dérisoire des demandes matérielles rejoint d'ailleurs la faiblesse des obligations implicites formulées par le juge du référé-liberté par une sorte de réserve d'interprétation selon laquelle l'application des consignes relatives aux mesures de distanciation sociale par le chef d'établissement ne doit pas entraîner « une diminution du nombre de douches hebdomadaire

que chaque détenu peut habituellement prendre, qui, en vertu du code de procédure pénale, ne peut être inférieur à trois » (*OIP-SF*, consid. 17), ou celle des mesures prises par l'administration pour protéger les personnes détenues (distribution gratuite de kits d'hygiène et de « 4 600 flacons de lessive et 6 900 flacons d'eau de javel » (n° 439899, consid. 14), ou de deux tenues de travail et quinze gants jetables (n° 439924, consid. 15) ou des mesures prises pour compenser la suppression des parloirs et activités (crédit téléphonique de 40 € par mois, messagerie vocale qui peuvent notamment servir aux échanges avec les avocats) jugées suffisantes par le juge (*OIP-SF*, consid. 28).

De plus, en se fondant sur « l'état du nombre de masques » ou « l'état des disponibilité » des tests de dépistage, le juge refuse de reconnaître une carence de l'administration compte tenu, justement, des moyens insuffisants dont elle dispose, ce qui revient à nouveau, comme dans le contentieux de la surpopulation carcérale, à « admettre la normalité d'un régime de pénurie » (P. Parinet-Hodimont, *Le référé-liberté face aux conditions de détention : la France doit revoir sa copie !*, RDLF 2020, chron. n° 25). Pour rejeter les demandes sur le fondement de ce contexte de pénurie, le juge s'en tient « à la stratégie de gestion et d'utilisation maîtrisée des masques mise en place à l'échelle nationale » et « aux critères de priorité, constamment ajustés, retenus pour faire des tests de dépistage » (*OIP-SF*, consid. 25 et 26 ; *SNP FO*, consid. 17 ; n° 439899, consid. 17 ; n° 439924, consid. 16). Or la faiblesse de l'argumentation jure ici avec celle développée dans d'autres ordonnances pour d'autres catégories de personnes vulnérables ou de professionnels (CE, ord., 15 avr. 2020, n° 440002, *Union nationale des syndicats Force ouvrière santé privée et autres*, consid. 9 et 10 ; CE, ord., 28 mars 2020, n° 439693, consid. 7 à 9, AJDA 2020. 700 ; CE, ord., 4 avr. 2020, n° 439904, *Centre hospitalier universitaire de la Guadeloupe, Ministre des solidarités et de la santé*, consid. 15 et 16, AJDA 2020. 756 ; CE, ord., 20 avr. 2020, n° 439983, *Ordre des avocats au barreau de Marseille, Ordre des avocats au barreau de Paris*, consid. 15 et 18, AJDA 2020. 816 ; D. avocats 2020. 266 et les obs.). Et cette excuse liée à la pénurie n'a pas été retenue en première instance par un juge qui n'a pas hésité, au regard de la surpopulation carcérale et de la « vulnérabilité particulière des détenus », à constater la carence manifestement illégale de l'administration et à enjoindre la distribution de ces équipements de protection et la mise en oeuvre toutefois priorisée des tests en raison du « caractère limité des stocks disponibles » (TA Martinique, 4 avr. 2020, *Ordre des avocats au barreau de la Martinique*, consid. 8, 14, 16, préc.).

En considérant que les demandes de masques et de tests de dépistage doivent être rejetées « en

tout état de cause » et « eu égard aux pouvoirs » du juge du référé-liberté (*OIP-SF*, consid. 25 et 26), le Conseil d'Etat tient compte paradoxalement tout à la fois de l'étendue du pouvoir de décision des pouvoirs publics et de l'insuffisance de leurs moyens, qui dépendent à leur tour de la stratégie gouvernementale, laquelle fonde les limites de son intervention, dans une parfaite quadrature du cercle, qui rend le contrôle du juge impossible et ferme la porte à tout débat.

Mais si à l'impossible nul n'est tenu, le juge du référé-liberté doit cependant respecter le principe du contradictoire. Or, outre deux ordonnances de tri rendues sans instruction ni audience, le juge s'en tient, de manière unilatérale, à des déclarations faites par l'administration au cours de l'audience concernant des notes et instructions prises après celle-ci ou des projets en cours d'examen (*SNP FO*, consid. 18 ; *OIP-SF*, consid. 18, 23, 28, 29 et 31), voire même à des « engagements » dont les effets ne peuvent être encore constatés (*SNP FO*, consid. 15 et 19). Une évolution se fait toutefois sentir dans la dernière décision rendue le 7 mai 2020, en raison peut-être de la particularité de la procédure (appel formé par la garde des sceaux contre une ordonnance rendue par le tribunal administratif de la Martinique prononçant des injonctions) et de l'établissement concerné (le centre pénitentiaire de Ducos dont le quartier maison d'arrêt connaît un taux d'occupation de 130 %). Le juge considère, en effet, que la condition d'urgence est bien remplie en raison du contexte épidémique et « de la vulnérabilité des détenus et de leur situation d'entière dépendance vis-à-vis de l'administration », alors même qu'aucun cas de contamination n'a été pour le moment recensé au sein de cette prison (consid. 12). Et il attache une plus grande importance au principe du contradictoire en examinant plus en détail les mesures effectivement prises par l'administration suite à un « supplément d'instruction » (consid. 21, 25). C'est ainsi seulement suite à l'étude détaillée des éléments fournis par l'administration et aux échanges entre les parties que le juge décide de ne pas enjoindre au ministre de la justice de distribuer des masques de protection à l'ensemble des personnes détenues mais enjoint une telle distribution lors de leurs contacts avec les intervenants extérieurs (consid. 26, 28 et 29). Mais en ce qui concerne les demandes portant sur les tests de dépistage systématiques, si le juge procède à un examen détaillé des protocoles prévus en cas de suspicion de contamination, il se réfère toujours à « l'état des disponibilités des tests » pour rejeter le constat de carence manifestement illégale (consid. 33).

Le juge administratif a réussi en tout cas à maîtriser son office en maniant l'art de la distanciation administrative : s'en éloignant pour ne pas empiéter sur les choix de politique publique, mais s'en rapprochant pour tenir compte de ses diligences et allégations.

Après l'épreuve de la surpopulation carcérale (CGLPL, *Les droits fondamentaux à l'épreuve de la surpopulation carcérale*, Dalloz, 2018), les droits fondamentaux des personnes détenues subissent donc celle de la crise sanitaire. Cette épreuve est aussi celle du juge du référé-liberté, qui, alors même que le contentieux pénitentiaire lui avait donné ses lettres de noblesse en matière de protection des droits, vient de démontrer qu'il n'était pas à la hauteur des murs des prisons. A moins que le temps de l'urgence ne soit difficilement celui de la justice. L'insistance du juge sur « l'état de l'instruction » et le « jour de l'ordonnance » (*OIP-SF*, consid. 19, 25, 27, 30 et 31 ; *SNP FO*, consid. 17, 23 et 25 ; n° 439899, consid. 17 ; n° 439924, consid. 10, 11, 14, 15 et 16), est peut-être le signe qu'il ne s'agit là que d'une démission temporaire du juge administratif, ouvrant la porte à d'autres chemins contentieux. La carence des autorités sera peut-être reconnue fautive dans le contentieux indemnitaire. Ou bien le juge judiciaire viendra « trancher des questions juridiques » sur la procédure pénale en situation d'urgence sanitaire, comme l'indique la Cour de cassation sur son site internet, pour donner une autre interprétation de la séparation des pouvoirs. C'est d'ailleurs ce qu'a fait la chambre criminelle en acceptant de renvoyer au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité portant sur la conformité à l'article 66 de la Constitution des dispositions de la loi d'habilitation du 23 mars 2020 sur le fondement de laquelle ont été prises les mesures relatives à la détention provisoire par l'ordonnance du 25 mars 2020 (art. 16) et en jugeant - sans surseoir à statuer - l'absence d'intervention du juge judiciaire incompatible avec le droit à la sûreté garanti par la convention européenne des droits de l'homme (Crim. 26 mai 2020, n^{os} 20-81.971 et 20-81.910, D. 2020. 1109).

(1) Au 15 avril 2020, on comptait 204 agents et 76 détenus testés positifs (audition du directeur de l'administration pénitentiaire par la commission des lois de l'Assemblée nationale sur les questions liées à la détention dans le contexte épidémiologique de covid-19, Compte rendu n° 53, 15 avr. 2020).

(2) CGLPL, « Covid-19 en prison : des mesures gouvernementales insuffisantes », communiqué de presse du 1^{er} avr. 2020. Preuve de la réalité du risque épidémique, mais aussi de la possibilité d'agir, la population carcérale a cependant été diminuée de manière drastique, avec 11 500 détenus en moins au 23 avril 2020, selon les chiffres de l'administration pénitentiaire.

(3) L'argumentation est la même dans une ordonnance de référé-suspension rendue après audience publique (CE, ord., 10 avr. 2020, n° 439901, *Union des Jeunes avocats de Paris*), en dépit du droit à la sûreté garanti par l'article 5 de la Conv. EDH et alors même que le Conseil constitutionnel a consacré le droit pour les personnes placées en détention provisoire de comparaître physiquement devant le juge (Cons. const. 20 sept. 2019, n° 2019-802 QPC, D. 2019. 1762, et les obs. ; AJ pénal 2019. 600, étude J.-B. Perrier ; Constitutions 2019. 442, Décision et Cons. const. 30 avr. 2020, n° 2020-836 QPC, AJDA 2020. 918) et que le juge du référé-liberté a reconnu aux personnes détenues « la possibilité d'assurer de manière effective leur défense devant le juge » (CE 20 janv. 2011, n° 345052, AJ pénal 2012. 428, obs. M. Herzog-Evans) ou le « droit de tout détenu de voir sa situation traitée dans le respect des règles de compétence et de procédure fixées par le code de procédure pénale » (CE 30 juill. 2015, n° 392100, AJDA 2016. 77).