

TOULOUSE
CAPITOLE
Publications



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

L'ENTÊTEMENT CARCÉRAL DU JUGE DU RÉFÉRÉ-LIBERTÉ

JULIA SCHMITZ

Référence de publication : Schmitz, Julia (2021) « [*L'entêtement carcéral du juge du référé-liberté. Note sous CE, ord., 8 octobre 2020, Garde des sceaux, Ministre de la justice c/ M. E... et autres, n° 444741*](#) ». Actualité juridique. Droit administratif, vol.1 (n°1). p. 43-47.

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

L'ENTÊTEMENT CARCÉRAL DU JUGE DU RÉFÉRÉ-LIBERTÉ

Sept mois après sa première saisine relative à l'adoption de mesures sanitaires dans les prisons (CE, ord., 8 avr. 2020, n° 439827, *Section française de l'Observatoire international des prisons*, AJDA 2020. 1298, note J. Schmitz ; D. 2020. 1195, obs. J.-P. Céré, J. Falxa et M. Herzog-Evans), le juge administratif n'est toujours pas devenu le juge pénitentiaire attendu. Pourtant secoué par la foudre de la Cour de Strasbourg, dénonçant l'ineffectivité du recours en référé-liberté en matière de surpopulation carcérale (CEDH 30 janv. 2020, n° 9671/15, *J. M. B. c/ France*, AJDA 2020. 1064, note H. Avvenire ; D. 2020. 753, et les obs., note J.-F. Renucci ; 1195, obs. J.-P. Céré, J. Falxa et M. Herzog-Evans ; et 1643, obs. J. Pradel), observé dans l'attente de se voir éventuellement confier un nouvel office par le législateur en matière de contrôle des conditions d'exécution de la détention provisoire (Cons. const. 2 oct. 2020, n° 2020-858/859 QPC, AJDA 2020. 2158, note J. Bonnet et P.-Y. Gahdoun ; D. 2020. 1894, et les obs. ; 2056, entretien J. Falxa ; et 2367, obs. G. Roujou de Boubée, CGInestet, M.-H. Gozzi, S. Mirabail et E. Tricoire), tancé par de nombreux recours dans le cadre de la crise sanitaire, le juge du référé-liberté du Conseil d'Etat affiche toujours le même entêtement, en refusant, une nouvelle fois, de faire droit à une demande de protection élémentaire des personnes détenues face à l'épidémie de SARS CoV-2.

Alors que la crise sanitaire entamait une nouvelle vague sur le territoire, la question s'est en effet à nouveau posée devant le juge de l'urgence de savoir si l'absence de mise à disposition de masques de protection et de déploiement de campagnes de dépistage pour les personnes détenues ne portait pas une atteinte grave et manifestement illégale à leurs libertés fondamentales. Plusieurs requérants de la maison d'arrêt de Seysses, ainsi que le syndicat des avocats de France, ont ainsi saisi le tribunal administratif de Toulouse en référé-liberté pour demander au juge d'enjoindre à l'administration pénitentiaire de mettre à disposition des détenus des masques de protection dans les espaces collectifs (zones d'attente, postes de travail et d'activité, bâtiment socio-éducatif notamment lors des comparutions devant un magistrat par visio-conférence, cours de promenade) et de procéder à une campagne de dépistage au sein de l'établissement pénitentiaire sur la base du volontariat.

Selon les dernières mesures sanitaires adoptées dans les établissements pénitentiaires, seules, en effet, les personnes détenues travaillant au service général (entretien des locaux, distribution des repas) ainsi que celles qui sont amenées à être en contact avec des personnes extérieures (ateliers de concession, activités socio-éducatives, parloirs famille et avocats et en cas de contact « physique direct et prolongé avec l'extérieur ») sont pourvues de masques de protection, ce qui n'est pas le cas pour les activités collectives sans contact avec l'extérieur. Or les requérants font valoir à l'appui de leur demande que cette carence de l'administration porte une atteinte grave au droit à la vie, au droit à ne pas être soumis à des traitements inhumains ou dégradants, au droit de recevoir les soins nécessités par leur état de santé, aux droits de la défense et au principe d'égalité devant la loi.

Faisant droit, en partie, à leur requête par une ordonnance du 4 septembre 2020, le juge de première instance a enjoint au chef d'établissement du centre pénitentiaire de Toulouse-Seysse « d'organiser une campagne de dépistage du virus au sein de son établissement et de mettre à disposition des détenus des masques dans tous les locaux clos et partagés que sont les zones d'attente, les postes de travail et d'activité, les salles de visio-conférence, notamment lors des audiences » ainsi que dans les cours de promenade, mais dans ce cas, seulement lorsqu'il y a « un doute sur la possibilité d'organiser ou de faire respecter la distance physique » (TA Toulouse, 4 sept. 2020, n° 2004355, *Syndicat des avocats de France*).

Mais sur appel du ministre de la Justice, le juge du référé-liberté du Conseil d'Etat va en décider autrement. L'ordonnance rendue le 8 octobre 2020 annule celle de première instance en ce qu'elle enjoint à l'administration pénitentiaire d'organiser une campagne de dépistage au sein de l'établissement et de mettre à la disposition des personnes détenues des masques de protection dans les locaux clos et partagés n'impliquant aucun contact avec des personnes extérieures à l'établissement ainsi que de manière générale dans les cours de promenade. Le juge d'appel tient compte cependant d'une « incertitude quant à l'application constante et systématique » de la mise à disposition des masques dans le cadre d'activités où les personnes détenues sont amenées à rencontrer des intervenants extérieurs (salles de visio-conférence, postes de travail et d'activité dans des locaux accueillant des intervenants extérieurs, salles d'attente dans lesquelles sont placés les détenus avant l'accès aux parloirs) pour rejeter la requête du garde des sceaux et confirmer l'ordonnance de première instance sur ce point précis.

Le juge du référé-liberté persiste ainsi dans son refus de reconnaître une « carence portant, de

manière caractérisée, une atteinte grave et manifestement illégale aux libertés fondamentales invoquées ». Depuis le début de la crise sanitaire, plusieurs demandes d'injonction ont en effet été introduites en référé-liberté portant sur des mesures de protection telles que la mise à disposition de gel, gants, masques, tests de dépistage, produits d'hygiène et désinfection des lieux au sein des établissements pénitentiaires (CE, ord., 8 avr. 2020, n° 439827 et n° 439821, préc. ; CE, ord., 14 avr. 2020, n° 439899 ; CE, ord. 14 avr. 2020, n° 439924). Ces recours se sont cependant tous conclus par le rejet de la requête. Le juge administratif avait pourtant esquissé une timide évolution, une fois saisi en appel, en retenant la réalité du contexte épidémique et la situation d'urgence dans une maison d'arrêt pour enjoindre à l'administration pénitentiaire de distribuer des masques de protection, non pas à l'ensemble des personnes détenues mais seulement lors de leurs contacts avec les intervenants extérieurs (parloirs avocats, commission de discipline, entretien avec un conseiller pénitentiaire d'insertion et de probation). En ce qui concerne les demandes portant sur les tests de dépistage systématiques, il se référait par contre à « l'état des disponibilités des tests » pour rejeter le constat de carence manifestement illégale (CE, ord., 7 mai 2020, n° 440151, *Garde des sceaux, ministre de la justice, Lebon* ; AJDA 2020. 976 ; et 1298, note J. Schmitz).

Dans l'ordonnance rendue le 8 octobre 2020, alors que le juge du référé-liberté du Conseil d'Etat est également saisi en appel pour apprécier la situation sanitaire dans une maison d'arrêt, il persiste à ne pas faire droit aux demandes d'injonction et ce malgré un contexte différent. L'état de disponibilité des masques et des tests n'est en effet plus le même puisqu'il n'y a plus de pénurie, le port du masque étant rendu obligatoire de manière généralisée et les tests étant désormais déployés à grande échelle. De plus, comme l'indique le juge de première instance, « le contexte local est défavorable au plan sanitaire sur le département et la ville de Toulouse en particulier » avec une remontée continue de l'épidémie (classement du département à risque élevé le 27 août 2020, augmentation continue du taux d'incidence) qui conduira à classer dès le 13 octobre la ville de Toulouse en alerte maximale. Enfin si, comme le constate le juge de première instance, la population carcérale a fortement diminué à la suite des mesures prises par le gouvernement (le taux de densité carcérale a ainsi été ramené de 117,46 % à 92,08 % au centre pénitentiaire de Seysses), le principe de l'encellulement individuel est loin d'être assuré et ce répit risque d'être de courte durée avec une reprise des mises sous écrou.

Comment dès lors expliquer un tel entêtement qui révèle toute l'ambiguïté, voire la dissymétrie de l'office du juge du référé-liberté dans le contentieux sanitaire carcéral ? La position du juge,

par comparaison avec les autres ordonnances de référé-liberté relatives à la crise sanitaire rendues en première instance ou en appel, est en effet empreinte de contradictions. Il semble dès lors faire varier son office, en mettant en oeuvre un « deux poids deux mesures » : assurer la santé publique oui, sauvegarder celle des personnes détenues, non. Ces variations concernent à la fois l'appréhension de l'ordre public sanitaire et celle de la sauvegarde des libertés fondamentales en jeu au sein des établissements pénitentiaires.

I - Le contentieux sanitaire dans l'espace carcéral et les variations de l'ordre public sanitaire

Le raisonnement du juge du référé-liberté fait apparaître ici un ordre public sanitaire à géométrie variable. Il se fonde en effet sur une appréhension différente de la situation d'urgence et du caractère nécessaire et cohérent des mesures sanitaires adoptées dans le cadre de la crise sanitaire.

A. Les variations dans l'appréciation de l'urgence sanitaire

L'appréhension de l'urgence diffère en effet nettement entre les juges d'appel et de première instance. Contrairement au second, le premier ne se prononce pas sur la condition d'urgence justifiant le prononcé de mesures de sauvegarde des libertés.

En effet, l'ordonnance rendue par le tribunal administratif de Toulouse se fonde sur une appréhension à la fois abstraite et concrète de l'urgence. Il en retient une conception structurelle, reconnaissant une présomption d'urgence en raison du contexte sanitaire et de la situation de vulnérabilité et de dépendance des personnes détenues, et ce « alors même qu'aucun cas de contamination au virus covid-19 ne serait confirmé ». Mais il se base également sur des éléments concrets qu'il détaille. Il précise que « quatre détenus sont actuellement en isolement, deux nouveaux entrants et un diagnostiqué positif au covid-19 et son co-détenu pas encore diagnostiqué », que quatre détenus ont été diagnostiqués positifs depuis le début de l'épidémie et rappelle la dégradation des indicateurs de l'évolution de l'épidémie sur le territoire de la Haute-Garonne.

A l'inverse, l'ordonnance du Conseil d'Etat, sans faire aucun rappel du contexte sanitaire, retient seulement que la maison d'arrêt de Seysses « ne présente aucun cas avéré ou suspecté de détenu infecté par le virus à la date de la présente ordonnance » et que l'établissement n'est « pas placé en zone d'alerte maximale ». Ce même juge avait pourtant retenu une présomption d'urgence au regard de la crise sanitaire alors même qu'aucun cas de contamination n'avait été recensé au sein du centre pénitentiaire de Ducos (CE, ord., 7 mai 2020, n° 440151, *Garde des sceaux, ministre de la justice c/ Ordre des avocats du barreau de Martinique*, préc.). Il a également privilégié une telle appréhension abstraite de l'urgence sanitaire, en retenant les arguments du ministre des solidarités fondés sur la non-subordination de la légalité de l'obligation du port du masque en extérieur à « l'existence de circonstances particulières propres au département » et sur « l'appréciation *in abstracto* des risques d'interaction », afin d'assurer l'efficacité de ces mesures, pour annuler l'ordonnance de première instance qui enjoignait aux préfets de modifier, voire de suspendre les arrêtés litigieux (CE, ord., 6 sept. 2020, n° 443751, *Ministre des solidarités et de la santé*, AJDA 2020. 1638 ; JA 2020, n° 626, p. 3, édito. B. Clavagnier ; AJCT 2020. 385, obs. D. Necib).

Par ce silence en l'espèce, le juge s'entête dans le déni face à la réalité carcérale et à l'évidence du terrain de contamination que constituent les maisons d'arrêt, lieux par définition clos, mais aussi vétustes et surpeuplés, où la prise en charge sanitaire des personnes détenues est déjà largement défailante. D'ailleurs, le juge ne cesse de rappeler que sa décision est prise « en l'état de l'instruction, et à la date de la présente ordonnance », comme pour se prémunir lui-même de toute pénétration du virus dans l'établissement pénitentiaire. Or, le juge sera très vite rattrapé par la réalité sanitaire puisque dès le 10 octobre, deux détenus dont l'un effectuait le service à la cantine et trois gardiens de la maison d'arrêt de Seysses ont été dépistés positifs à la covid-19 - conduisant l'administration pénitentiaire à généraliser le port du masque pour tous les détenus et à mettre en place un dépistage massif.

B. Les variations dans l'appréciation de l'efficacité et de l'effectivité des mesures sanitaires

L'ordonnance du 8 octobre révèle par ailleurs une appréciation hétérogène des mesures sanitaires devant être adoptées pour faire face à la crise sanitaire, conduisant à une lecture une fois encore dissymétrique des exigences de l'ordre public sanitaire. L'efficacité et l'effectivité

des mesures ne sont ainsi pas appréhendées de la même manière au sein de l'espace carcéral et dans l'espace public.

Là encore, la comparaison du contentieux carcéral avec celui relatif à l'obligation du port du masque en extérieur est révélatrice d'un « deux poids deux mesures ». Si dans l'espace public, les mesures sanitaires d'obligation du port du masque sont jugées utiles et sont justifiées par leur cohérence, leur lisibilité et leur simplicité, c'est le raisonnement exactement inverse qui prévaut à l'intérieur des prisons, les mesures sanitaires relatives au port du masque étant au contraire jugées inutiles et fondées sur un découpage chirurgical peu lisible.

Dans le contentieux relatif à l'obligation du port du masque dans l'espace public, le juge se fonde sur le caractère efficace de cette mesure pour maîtriser l'épidémie en s'appuyant sur l'accélération de la propagation de l'épidémie et « l'état actuel des connaissances » (CE, ord., 6 sept. 2020, n° 443751, préc.) pour rejeter les requêtes tendant à sa suspension. Or, si le port du masque en intérieur comme en extérieur est désormais recommandé et même rendu obligatoire pour la population dans son ensemble (Décr. n° 2020-944 du 30 juill. 2020), il n'en est pas de même au sein des établissements pénitentiaires qui constituent pourtant des lieux clos par excellence nécessitant *a priori* des mesures sanitaires renforcées. Le juge rappelle en effet l'argument du ministre de la justice sur l'inutilité du port du masque pour les activités sans contact avec l'extérieur en prison et fait la sourde oreille aux recommandations et mesures réglementaires relatives à la généralisation du port du masque à l'intérieur comme à l'extérieur. Il n'est ainsi pas fait mention des avis du Haut conseil de la santé publique des 24 avril et 20 août 2020 préconisant le port du masque dans toute situation où la distanciation ne peut être garantie, ni de la fiche établie par le ministère des solidarités et de la santé en date du 19 mai 2020 à l'attention des établissements pénitentiaires sur la préconisation du port du masque. En matière de dépistage, il n'est pas non plus fait mention de la nouvelle stratégie diffusée aux établissements par instruction interministérielle du 6 mai 2020 ni de la note conjointe signée par le ministre de l'intérieur et le ministre des solidarités et de la santé le 9 avril 2020, qui dispose que les personnes détenues et le personnel de l'administration pénitentiaire sont identifiés parmi les cinq populations prioritaires vers lesquelles le gouvernement souhaite déployer les nouvelles capacités de test, et pourtant rappelée par le garde des sceaux en première instance.

L'ordonnance du 8 octobre semble également en contradiction avec d'autres décisions qui

insistent sur l'effectivité des mesures sanitaires. Ainsi le juge du référé-liberté a-t-il pu retenir que le risque de mauvaise interprétation ou d'application hétérogène des consignes générales pouvait justifier 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*, Lebon ; AJDA 2020. 851, note C. Vallar ; D. 2020. 687, note P. Parinet-Hodimont ; AJCT 2020. 175, obs. S. Renard ; 250, Pratique G. Le Chatelier ; et 291, Pratique A. Lami et F. Lombard). Ce même juge s'est aussi fondé sur la « simplicité » et la « lisibilité » de la mesure d'obligation du port du masque en extérieur, conditions « nécessaires à sa bonne connaissance et à sa correcte application par les personnes auxquelles elle s'adresse » et sur le « souci de cohérence nécessaire à l'effectivité de la mesure prise » pour considérer que l'obligation du port du masque sur l'ensemble du territoire des communes de Lyon, Villeurbanne et Strasbourg ne portait pas d'atteinte grave à la liberté personnelle (CE, ord., 6 sept. 2020, n^{os} 443750 et 443751, préc.). Alors que dans ces ordonnances, le juge considère que le préfet peut « délimiter des zones suffisamment larges pour englober de façon cohérente les points du territoire caractérisés par une forte densité de personnes ou une difficulté à assurer le respect de la distance physique, de sorte que les personnes qui s'y rendent puissent avoir aisément connaissance de la règle applicable et ne soient pas incitées à enlever puis remettre leur masque à plusieurs reprises au cours d'une même sortie », l'ordonnance du 8 octobre procède à un séquençage de l'espace carcéral. Le juge opère en effet une distinction entre les espaces clos avec contact avec l'extérieur, les espaces clos sans contact avec l'extérieur, les cours de promenade et le secteur de quatorzaine pour les nouveaux arrivants, pour exiger ou non la mise à disposition d'un masque de protection. Ce découpage complexe de l'espace carcéral impliquant, comme l'avoue d'ailleurs le juge, une exécution imparfaite des mesures sanitaires en raison de leur illisibilité. En effet, en ce qui concerne les locaux clos et partagés dans lesquels les activités qui s'y déroulent impliquent la présence d'intervenants extérieurs, le juge d'appel a confirmé l'ordonnance de première instance faisant droit à la demande de mise à disposition de masques en considérant « qu'il existe une incertitude quant à l'application constante et systématique des mesures en cause ». Loin d'une appréhension globale et cohérente des mesures sanitaires, le juge se livre également à des calculs savants pour mesurer la densité dans les cours de promenade, à savoir « un ratio d'au moins 10 m² par détenu » et justifier ainsi la non-nécessité de la distribution de masques de protection.

II - Le contentieux sanitaire dans l'espace carcéral et les variations de la protection des libertés fondamentales

Ces contradictions révèlent en outre une partition dans l'office du juge du référé-liberté, lequel adopte une position différente sur la gravité de l'atteinte portée aux libertés fondamentales en fonction du public concerné et de l'objet de la requête, à savoir en l'espèce une demande d'action et non d'abstention des pouvoirs publics, face à laquelle le juge semble plus en retrait. Cette ambiguïté se retrouve au niveau de l'appréciation de la situation des personnes détenues et de l'attention portée à la doctrine de l'administration.

A. Les variations dans l'appréciation de la situation des personnes détenues

La situation des personnes détenues dans le contexte sanitaire offre en effet une double particularité : elles se trouvent en situation de vulnérabilité et face à l'inaction des autorités. Si ce contexte aurait pu conduire le juge à exercer un contrôle plus serré de l'atteinte portée aux libertés fondamentales invoquées, il en livre au contraire une appréhension en contradiction avec sa propre jurisprudence.

La question de la distribution de masques de protection s'est en effet posée pour d'autres catégories de personnes vulnérables (personnes sans abris, CE, ord., 2 avr. 2020, n° 439763, *Fédération nationale Droit au logement*, AJDA 2020. 756 ; JA 2020, n° 618, p. 12, obs. D. Castel ; AJ fam. 2020. 203 et les obs. ; étrangers retenus, CE, ord., 27 mars 2020, n° 439720, *Groupe d'information et de soutien des immigré.e.s [GISTI]*, Lebon ; AJDA 2020. 700 ; personnes placées en EPHAD, CE, ord., 15 avr. 2020, n° 440002, *Union nationale des syndicats Force ouvrière Santé privée*, Lebon ; JA 2020, n° 619, p. 12, obs. E. Autier ; RDSS 2020. 605, obs. P. Curier-Roche) ou de professionnels, tels que les personnels soignants (CE, ord., 28 mars 2020, n° 439693, AJDA 2020. 700) ou les avocats (CE, ord., 20 avr. 2020, n° 439983, *Ordre des avocats au barreau de Marseille, Ordre des avocats au barreau de Paris*, AJDA 2020. 816 ; D. avocats 2020. 266 et les obs.). Mais elle prend un relief particulier en prison, en raison justement de la « particulière vulnérabilité et de l'entière dépendance » qui caractérisent, comme le rappelle systématiquement le juge administratif, la situation des personnes détenues.

Or, malgré ce rappel de principe, le juge ne tient pas compte de la double situation de vulnérabilité matérielle et psychologique dans laquelle elles se trouvent. Il a au contraire exigé une vulnérabilité individuelle et particulière, à savoir présenter « le profil d'une personne spécifiquement vulnérable au virus covid-19 », pour rejeter la demande de masques de protection présentée par une personne détenue à la maison d'arrêt de Fresnes (CE, ord., 14 avr. 2020, préc.).

Or, deux arguments militent en faveur d'une appréciation plus large de la gravité de l'atteinte portée aux libertés fondamentales des personnes détenues - droit à la vie, droit à la dignité, droit à recevoir des soins -, lesquelles fondent d'ailleurs les pouvoirs exceptionnels exercés par le gouvernement dans le cadre de la crise sanitaire. D'une part, le caractère vulnérable de la situation des personnes détenues est accentué par la situation de contrainte, puisque elles dépendent pour leurs achats et leur sécurité sanitaire de l'administration pénitentiaire. Mais le juge du référé-liberté semble au contraire insister sur la responsabilité et l'autonomie de la personne détenue pour rejeter la demande de dépistage collectif en se fondant sur le fait que « toute personne détenue manifestant des symptômes susceptibles d'être liés au virus SARS-CoV-2 » est appelée à se signaler afin d'être isolée et testée. D'autre part, la privation d'autonomie des personnes détenues qui ne peuvent par elles-mêmes se procurer des protections et sont contraintes à certains contacts dans des « locaux clos et partagés » (fouilles, douches collectives, partage des cellules) alimente l'angoisse de l'enfermement. Or, le juge européen est venu rappeler qu'un traitement pouvait être qualifié de « dégradant » en ce qu'il était de nature à inspirer aux personnes détenues des « sentiments de peur, d'angoisse et d'infériorité propres à les humilier et à les avilir » (CEDH, gr. ch., 26 oct. 2000, n° 30210/96, § 92, AJDA 2000. 1006, chron. J.-F. Flauss). Et le juge administratif a bien considéré qu'il revenait 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*, AJDA 2015. 484 ; CE 6 déc. 2013, n° 363290, *Thévenot, Lebon* ; AJDA 2014. 237, concl. D. Hedary ; AJ pénal 2014. 143, obs. E. Péchillon).

Cette appréciation restrictive de l'atteinte aux libertés fondamentales invoquées peut s'expliquer par la nature des demandes portées devant le juge. Il semble plus enclin à prononcer la suspension ou à enjoindre la modification de certaines mesures prises par les pouvoirs publics qui porteraient atteinte aux libertés fondamentales telles que la liberté d'aller et venir, la liberté

personnelle ou la liberté de culte. La prudence du juge est plus forte dans les recours dénonçant l'inaction des pouvoirs publics, le juge ne souhaitant pas se faire administrateur et interférer dans des choix de politique publique. Mais même dans ce cadre-là, l'on peut constater des variations dans son office.

Il a tout d'abord développé une conception généreuse des libertés fondamentales pouvant être invoquées dans le cadre de l'article L. 521-2 en y incluant le droit de recevoir les traitements et les soins appropriés à son état de santé (CE, ord., 9 avr. 2020, n° 439895, *Association Mouvement citoyen tous migrants*, Lebon ; AJ fam. 2020. 269 et les obs. ; CE, ord., 2 avr. 2020, n° 439763, préc. ; CE, ord., 27 mars 2020, n° 439720, préc.), y compris en ce qui concerne les demandes de protection sanitaire des personnes détenues, pour lesquelles il précise que « lorsque la carence de l'autorité publique [...] conduit à ce qu'elles soient privées, de manière caractérisée, des traitements et des soins appropriés à leur état de santé [...] le juge des référés peut [...] prescrire [...] les mesures de nature à faire cesser la situation résultant de cette carence » (CE, ord., 8 avr. 2020, n° 439827, préc.).

Mais il a par la suite adopté une position plus timide en précisant à côté des libertés fondamentales pouvant être invoquées dans le cadre du référé-liberté, à savoir le droit à la vie et le droit à ne pas être soumis à des traitements inhumains ou dégradants, « qu'en outre, une carence caractérisée d'une autorité administrative dans l'usage des pouvoirs que lui confère la loi pour mettre en oeuvre le droit de toute personne de recevoir, sous réserve de son consentement libre et éclairé, les traitements et les soins appropriés à son état de santé, tels qu'appréciés par le médecin, peut faire apparaître, pour l'application de ces dispositions, une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale lorsqu'elle risque d'entraîner une altération grave de l'état de santé de la personne intéressée ou qu'elle ne permet pas de sauvegarder sa dignité » (CE, ord., 15 avr. 2020, n° 440002, préc. ; CE, ord., 15 avr. 2020, n° 439910, *Association Coronavictimes*, Lebon ; AJDA 2020. 1487, note X. Bioy ; CE, ord., 22 mai 2020, *Syndicat Jeunes Médecins*, préc. ; CE, ord., 4 avr. 2020, n° 439904, *Centre hospitalier universitaire de la Guadeloupe*, Lebon ; AJDA 2020. 1178, note P.-Y. Chicot ; CE, ord., 28 mars 2020, n° 439693, préc. ; CE, ord., 28 mars 2020, n° 439726, *Syndicat des médecins d'Aix et région* ; CE, ord., 28 mars 2020, n° 439765, Lebon ; AJDA 2020. 700).

Et il a enfin développé un considérant « spécial prison », qu'il reprend dans l'ordonnance du 8 octobre, en transformant la portée du droit de recevoir les traitements et les soins appropriés à

son état de santé qui n'apparaît même plus dans le considérant de principe relatif aux libertés fondamentales pouvant être invoquées dans le cadre du référé-liberté (alors qu'il y apparaissait encore dans l'ordonnance de première instance), mais seulement dans le considérant de principe relatif au statut particulier des personnes détenues. Ce droit n'est donc plus en tant que tel une liberté fondamentale, mais il devient une variante, une modalité du droit à la protection de la vie et de celui de ne pas subir de traitement inhumain ou dégradant, en raison d'une carence caractérisée de l'autorité publique (CE, ord., 7 mai 2020, n° 440151, préc.).

B. Les variations dans l'appréciation des moyens mis en oeuvre par l'administration

Dans ses premières ordonnances covid, le juge du référé-liberté se fondait sur « la stratégie de gestion et d'utilisation maîtrisée des masques mise en place à l'échelle nationale, en l'état du nombre de masques de protection actuellement disponibles » et sur les « critères de priorité, constamment ajustés, retenus pour faire des tests de dépistage » pour considérer que leur non-mise à disposition ne constituait pas une carence portant atteinte aux libertés fondamentales invoquées par les personnes détenues (CE, ord., 8 avr. 2020, préc. ; CE, ord., 14 avr. 2020, n° 439924 et n° 439899). Cette pénurie étant désormais terminée, comme le constate le juge de première instance qui rappelle « l'absence d'impossibilité matérielle de l'administration », le juge d'appel ne peut plus l'invoquer.

Pour autant, il persiste dans son refus de faire droit à des demandes aussi dérisoires par rapport aux moyens dont disposent à présent les pouvoirs publics et qui rentrent bien dans l'office du juge du référé-liberté même étroitement défini comme ne pouvant porter que sur des mesures non structurelles pouvant être prises à bref délai. S'il ne se fonde plus sur l'argument des « moyens dont dispose l'administration », il utilise celui des « mesures qu'elle a déjà prises » et s'attache en particulier à la doctrine de l'anneau sanitaire. Les longs développements sur la politique gouvernementale menée pour augmenter la production et l'importation de masques de protection ou déployer les campagnes de dépistage sont alors remplacés par des développements sur cette stratégie ministérielle fondée sur la non-nécessité du port du masque par les détenus dans des lieux clos sans contact avec l'extérieur, censée les protéger de toute exposition au virus.

Or, l'ordonnance du Conseil d'Etat semble déconnectée des réalités épidémique et pénitentiaire, se maintenant dans l'illusion selon laquelle l'espace carcéral constituerait un espace à part, protégé de toute interaction sociale. La réalité factuelle retenue pour être confrontée à cette stratégie n'est d'ailleurs pas la même pour le juge de première instance qui précise, pour contester l'efficacité du dispositif de l'anneau sanitaire, que parmi les quatre détenus diagnostiqués positifs, « le dernier en date est incarcéré depuis plusieurs années » et pour le juge d'appel, qui précise que selon le ministre de la justice les deux détenus diagnostiqués positifs étaient des détenus arrivants. Pourtant, tout comme le droit, le virus a bien pénétré à l'intérieur des établissements pénitentiaires.

L'attachement du juge aux arguments ministériels s'explique donc peut-être par la possibilité de déployer au sein des espaces carcéraux de nouvelles méthodes de régulation pénitentiaire. D'ailleurs, pour rejeter la demande, le juge se fonde bien sur « les contraintes en termes de sécurité auxquelles est assujéti le fonctionnement des établissements pénitentiaires ».

La doctrine de l'anneau sanitaire met en effet en oeuvre une gestion plus disciplinaire que sanitaire de la population détenue. Outre le renforcement, bienvenu, du nettoyage des locaux communs, l'amélioration de l'hygiène corporelle, des cellules et des linges, et l'obligation du port du masque par les intervenants extérieurs, ce protocole se fonde sur la restriction des activités et des parloirs (avec installation d'une « planche de séparation » dans les parloirs famille), la limitation de la circulation et du brassage entre détenus (limitation des activités socio-éducatives à cinq personnes ; constitution de groupes réduits et constants dans les cours de promenade, réduction des activités de groupe limitées à une heure et demie par semaine « uniquement sur le terrain de sport sans autorisation d'activités physiques », la limitation des promenades « à un seul tour quotidien d'une heure trente par détenu ») et le placement en confinement sanitaire des détenus entrants ou en cas de rupture des gestes barrière, ajoutant ainsi une nouvelle catégorie de mesures d'isolement. Paradoxalement donc, les détenus subissent plus d'atteintes aux libertés fondamentales que la population générale et, comme une double peine, sans bénéficier de la même protection sanitaire.

Ce faisant, le juge se fonde sur la discontinuité de l'espace carcéral pour garantir une protection dissymétrique des droits et libertés de ce public particulier, alors même que selon l'article 46 de la loi pénitentiaire de 2009, « la qualité et la continuité des soins sont garanties aux personnes

détenues dans des conditions équivalentes à celles dont bénéficie l'ensemble de la population
».