

# LE CONSEIL D'ETAT ET L'EXTENSION DE LA MATIÈRE PÉNALE

En droit pénitentiaire

## INTRODUCTION

Pour le pénaliste, la matière pénale visée par l'intitulé de la conférence, renvoie inexorablement à la définition que la CEDH a donnée de ce concept à l'occasion d'un contentieux disciplinaire dans l'affaire Engel c/ France. C'est dire que selon la CEDH la matière pénale va bien au-delà du droit pénal pris en son sens formel. Aussi peut-on affirmer que le juge répressif n'est pas seulement le juge judiciaire pénal. Pour autant le juge administratif a pendant longtemps répugné à intervenir dans les lieux clos, qu'il s'agisse de la caserne, de l'école ou encore de la prison. S'agissant plus particulièrement de l'univers carcéral, le juge administratif refusait sa compétence en matière d'exécution des peines de peur d'empiéter sur les prérogatives du juge judiciaire, jusqu'à ce que le Tribunal des Conflits décide dans l'arrêt Dame Fargeaud d'Epied<sup>1</sup> de soumettre au contrôle de la juridiction administrative le fonctionnement du service pénitentiaire. Pour autant cette reconnaissance ne s'est pas immédiatement accompagnée de l'élargissement du contrôle opéré par le juge administratif.

La progression de la justiciabilité de la personne détenue a été soutenue, grâce au dialogue noué par le juge administratif avec le juge européen<sup>2</sup>, notamment à la suite de la reconsidération du statut du détenu par le juge administratif. Le CE après avoir longtemps affirmé que la personne détenue était soumise à des sujétions spéciales, a par la suite rejoint la qualification conventionnelle consistant à considérer que la personne détenue est dans une situation d'entière dépendance à l'égard de l'administration pénitentiaire<sup>4</sup>. Il s'en déduit l'existence d'obligations positives à la charge de l'administration pénitentiaire : la jurisprudence<sup>6</sup> veillant notamment à ce que les conditions de détention ne portent pas atteinte à la dignité des personnes condamnées, au sens de l'article 3 de la Conv. EDH.

---

<sup>1</sup> T. confl. 22 fév. 1960, Dame Fargeaud d'Epied, Lebon 855.

<sup>2</sup> M Guyomar, Le dialogue des jurisprudences entre le Conseil d'Etat et la cour de Strasbourg : appropriation, anticipation, émancipation, Mélanges en l'honneur de J-P Costa, p. 312.

<sup>4</sup> CE, 17 déc. 2008, Section française de l'observatoire international des prisons

<sup>6</sup> V. pour une illustration récente à propos des conditions de détention à la prison de Fresnes : TA Melun, 06 avril 2018, n° 1503550.

Cette construction prétorienne a eu pour conséquence, de jouer un rôle important dans l'interprétation de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009. C'est ainsi qu'en matière de fouille le législateur pénitentiaire a consacré la jurisprudence du Conseil d'Etat qui avait œuvré pour un encadrement de cette pratique en soumettant les fouilles à une présomption d'infraction ou de risque pour la sécurité publique<sup>8</sup>. L'article 57 de la loi pénitentiaire a fait on le sait l'objet de vives résistances, jusqu'à ce que le législateur du 3 juin 2016 insère un nouvel alinéa 2 à l'article 57 prévoyant un certain nombre d'exceptions au principe posé par l'alinéa 1<sup>er</sup> du texte.

Il s'en suit de ces quelques illustrations introductives que l'extension de la matière pénale en droit pénitentiaire a coïncidé avec la progression de la justiciabilité de la personne détenue<sup>9</sup>, qui servira de fil rouge à notre intervention. Nous tenterons de montrer comment le CE a permis d'étendre son contrôle sur la prison et de quelle manière il l'a fait.

Il s'agira donc d'évoquer le déploiement de la matière pénale dans le contentieux pénitentiaire par l'ouverture du recours (I) avant de questionner la stabilisation de la matière pénale dans le contentieux pénitentiaire par l'effectivité du recours (II).

## **I. Le déploiement de la matière pénale dans le contentieux pénitentiaire par l'ouverture des recours**

Il convient tout d'abord de tracer les frontières géographiques d'un tel déploiement (A). Une telle délimitation effectuée, il apparaît que ce déploiement est particulièrement vivace dans le contentieux disciplinaire pénitentiaire (B).

---

<sup>8</sup> CE 14 nov. 2008, El Shenawy, n° 315622, AJDA 2008. 2145, *ibid.* 2389, *chron.*, E. Geaffray et S-J Liebr ; D. 2008. 3013, *obs.* E. Royer ; *ibid.* 2009. 1376, *obs.* J-P Céré, M. Herzog-Eavans et E. Péchillon ; AJ pénal 2009, 89, *obs.* E. Péchillon.

<sup>9</sup> M. Guyomar, la justiciabilité des mesures pénitentiaires devant le juge administratif, AJDA 2009, p. 413.

## A. La géographie du déploiement

Le déploiement géographique s'est fait paradoxalement par un mouvement de repli, celui des mesures d'ordre intérieur. En effet, pendant longtemps, la prison a été le terrain d'élection de la mesure d'ordre intérieur, qui consistait à présumer que la mesure ne faisant pas grief, toute voie de recours était inutile. Le Président Odent dans son cours de contentieux administratif liait la qualification de mesure d'ordre intérieur à la tradition juridique selon laquelle certaines institutions, comme la prison, nécessitaient pour leur fonctionnement un droit disciplinaire fort dont elles pouvaient user discrétionnairement. Sous l'influence conventionnelle et les exigences de mise en conformité, le Conseil d'Etat a su faire évoluer sa propre jurisprudence dans les années 90 en ouvrant le recours pour excès de pouvoir aux personnes détenues. L'arrêt Marie a été annonciateur du déclin de la mesure d'ordre intérieur, déclin qui s'est effectué en plusieurs étapes.

Le pas a tout d'abord été franchi avec la décision de principe MARIE<sup>11</sup> par laquelle le Conseil d'Etat a jugé « *qu'eu égard à la nature et à la gravité de cette mesure, la punition de cellule constitue une décision faisant grief susceptible d'être déférée au juge de l'excès de pouvoir* ». Toutefois, dans sa décision FAUQUEUX, le Conseil d'Etat jugeait à propos du placement à l'isolement, que cette décision n'avait pas pour effet d'aggraver la situation de la personne détenue, jusqu'à ce que le Conseil d'Etat dans l'arrêt REMLI du 30 juillet 2003 prenne en compte la dimension factuelle de la situation des administrés, c'est-à-dire les répercussions concrètes de la mesure sur les conditions matérielles de la détention.

Par la suite c'est avec les arrêts BOUSSOUART et PLANCHENAUT du 14 décembre 2007 que le Conseil d'Etat est venu préciser sa jurisprudence en explicitant son raisonnement. Il a en effet abandonné l'approche casuistique préférant une approche catégorielle plus protectrice des droits des personnes détenues. Dans le sillage de ces décisions, le Conseil d'Etat a jugé que constituent des décisions susceptibles de recours les décisions relatives aux

---

<sup>11</sup> CE Ass ; 17 fév. 1995, lebon 83 ; AJDA 1995. 379, chron. L. Touvet et J-H Stahl ; DFRA 1995. 353, concl. P. Frydman.

fouilles corporelles intégrales d'un détenu lors d'une extraction judiciaire<sup>12</sup> ; les décisions de placement à l'isolement et ce quel que soit leur nature préventive ou disciplinaire<sup>13</sup> ; les décisions où la personne détenue est placée en régime différencié pour être affecté à un secteur dite portes fermées, alors même qu'elles n'affectent pas ses droits d'accès à une formation professionnelle ou à un travail rémunéré<sup>14</sup> ; les décisions par lesquelles un chef d'établissement pénitentiaire fixe les modalités essentielles de l'organisation des visites aux détenus<sup>15</sup> etc...En outre, et dans un sens protecteur des droits de la personne détenue, le Conseil d'Etat ne fait pas nécessairement de distinction entre une décision initiale et celle de prolongation d'une mesure.

Cependant, toutes les mesures d'ordre intérieur n'ont pas totalement disparu du champ carcéral. Le contentieux généré par les équipements informatiques des personnes détenues est une bonne illustration à la fois du maintien des mesures d'ordre intérieur et des limites apportées à leur maintien. En effet, par application du mode d'emploi que constituent les décisions de 2007, le Conseil d'Etat a conclu que les décisions de l'administration pénitentiaire refusant aux détenus la possibilité d'acquérir un système d'exploitation pour leur ordinateur, dès lors qu'elles ne privent pas la personne détenue de la possibilité effective d'utiliser cet équipement ne constituent pas des actes faisant griefs<sup>16</sup>. Toutefois, le CE assortit sa décision d'une réserve au maintien de l'injusticiabilité : « *sous réserve que ne soient pas en cause les droits et libertés fondamentaux des personnes détenues* ». La qualification de mesure d'ordre intérieur n'est donc plus une présomption irréfragable, laquelle doit céder devant le plafond que représente la garantie des droits fondamentaux. Cette réserve peut également jouer dans les décisions prises par l'administration pénitentiaire relatives au changement d'affectation qui relèvent encore largement de la catégorie des mesures d'ordre intérieur<sup>17</sup>,

---

<sup>12</sup> CE, 14 nov. 2008, M. Philippe Mahmoud n° 315622 Rec.

<sup>13</sup> CE 17 déc. 2008, Section française de l'observatoire international des prisons (OIP) n° 293786, Rec.

<sup>14</sup> CE 28 mars 2011, Garde des Sceaux c/ M. B, n° 316977, Rec.

<sup>15</sup> CE 26 nov. 2010, Ministre d'Etat, Garde des sceaux, c. / M. Hervé B., n° 329564 Rec.

<sup>16</sup> CE, 9 nov. 2015 n° 380982, Gaz pal. 12 janV ; 2016, n° 02, p. 35, obs. S. Roussel.

<sup>17</sup> Comme les mesures de première affectation consécutives à une condamnation, ainsi que les décisions de changement d'affectation des maisons d'arrêt vers un établissement pour peine, ou de changement d'affectation dans un établissement de même nature.

sauf exception<sup>18</sup>. De manière anecdotique, l'on citera pour clore cette présentation un arrêt récent rendu par la Cour administrative de Lyon où la Cour qualifie de mesure d'ordre intérieur le refus de laisser à disposition du détenu un sèche-cheveux en cellule<sup>19</sup>.

Il ressort de ce florilège de décisions rendues par les juridictions administratives, que l'un des enjeux du recul de la mesure d'ordre intérieur se trouve dans le renforcement de la protection des droits fondamentaux<sup>20</sup> tout en assurant la mission de service public de l'administration pénitentiaire. Ce mouvement général correspond aux exigences de la Conv. EDH. Sa vivacité est la plus importante dans le contentieux disciplinaire pénitentiaire mais aussi la plus controversée s'agissant de l'applicabilité de l'article 6§1 devant la commission de discipline.

#### B- la vivacité du déploiement dans le contentieux disciplinaire

L'intensité du contrôle du juge administratif rejoignant ainsi les préoccupations conventionnelles s'épanouit particulièrement en matière de contentieux disciplinaire selon deux méthodes : celle du rapprochement d'une part et la thèse de l'assimilation d'autre part.

S'agissant du rapprochement, un premier mouvement d'origine légale a consisté dans l'adoption par le décret du 1996 d'un régime disciplinaire pénitentiaire qui a transposé, quoiqu'imparfaitement les grands principes du droit pénal général et de procédure pénale. C'est donc à partir de ce socle légal que le CE a œuvré au rapprochement avec la matière pénale à travers une construction prétorienne. En effet, le CE a accru l'intensité de son contrôle sur le droit disciplinaire. En juin 2015, le CE a soumis les sanctions disciplinaires à un plein contrôle, faisant par là-même progresser la justiciabilité<sup>28</sup>. A partir de cette date, le contentieux pénitentiaire s'inscrit dans le contrôle général exercé par le juge administratif.

---

<sup>18</sup> V. JCP G Fév. 2009, chron de droit pénal et procédure pénale, 111, obs. A. Maron, J-H Robert et M. Véron.

<sup>19</sup> CA Lyon, n° 08-2018, AJDA 2018, p. 1313,

<sup>20</sup> V. les droits fondamentaux de la personne privée de liberté, dir. M. Giacomelli et E. Putman, Maré et Martin,

<sup>28</sup> CE 1<sup>er</sup> juin 2015, M. B n° 380449, Rec.

Par la suite, le CE est venu préciser que le comportement général du détenu, s'il pouvait être pris en compte pour le choix du quantum de la sanction, ne pouvait être retenu pour déterminer la nature du manquement<sup>30</sup>. Montrant néanmoins que la personne détenue reste dans un rapport particulier envers l'administration pénitentiaire, le refus par la personne détenue de se soumettre à l'ordre donné, quoique illégal, \_à propos de l'affaire des murets de parloir de maison d'arrêt- constituera néanmoins une faute disciplinaire, sauf si cet ordre porte atteinte à leur dignité<sup>31</sup>.

Ce rapprochement s'est ensuite effectué à travers l'assouplissement des conditions de mise en œuvre de la responsabilité. Le CE a progressivement abandonné la faute lourde au profit de la faute simple. Si la libéralisation des conditions de la responsabilité a initialement visé la responsabilité de l'administration du fait des atteintes aux personnes, le CE a élargi sa réflexion en matière de responsabilité pour atteinte aux biens. La responsabilité de l'administration pourra être recherchée soit à raison d'un défaut normal d'entretien soit à raison d'une carence imputable à l'administration. Toutefois, le CE se désengage de toute responsabilité en cas de vol des biens des détenus en régime portes ouvertes, appliquant ainsi un raisonnement différent selon les régimes pénitentiaires envisagés.

L'extension du contrôle s'effectue aussi par **une véritable appropriation de la jurisprudence européenne** par le conseil d'Etat. En effet, par une jurisprudence progressiste, le CE n'a pas hésité, contrairement à la chambre criminelle de la cour de cassation, à faire sienne la notion de matière pénale s'agissant du retrait des réductions de peines par le juge d'application des peines à la suite d'une faute sanctionnée disciplinairement. En effet le CE a reconnu que le retrait du CRP constitue « *une accusation en matière pénale* » au sens de l'article 6 de la Conv. EDH. En pénalisant le retrait des CRP, le CE déduit que le retrait a pour conséquences de modifier la durée de la peine<sup>32</sup>. Cette solution innovante s'oppose en tous points aux solutions retenues tant par le Cons. constitutionnel<sup>33</sup> que la Cour de cassation, qui continuent à affirmer

---

<sup>30</sup> CE 15 déc. 2017, n° 403701, AJDA 2017 p. 2498, obs. J-M Pastor.

<sup>31</sup> CE, 20 mai 2011, n° 326084, AJ pénal 2012, p. 177 obs. M Herzog-Evans ; Cf. CAA de Douai 7 déc. 2017, AJDA 2018, p. 1041 ovs. D. Costa.

<sup>32</sup> CE 24 oct. 2014, AJ pénal 2015 p. 39, obs. J-P Céré.

<sup>33</sup> Cons. const., 11 juill. 2014, 2014-408 QPC, Dr pén., 2014 comm. 134, obs. E. Bonis-Garçon.

que le retrait des CRP a pour unique conséquence que le condamné exécute totalement ou partiellement la peine infligée faisant ainsi échapper cette question aux garanties conventionnelles.

Si le CE a indéniablement œuvré pour l'ouverture des recours offerts à la personne détenue, l'intensité de l'extension de la matière pénale, doit être évaluée à l'aune de l'effectivité du recours. Il est donc opportun de s'interroger sur la stabilisation du déploiement de la matière pénale dans le contentieux pénitentiaire.

## **II. La stabilisation de la matière pénale dans le contentieux pénitentiaire par l'effectivité du recours ?**

Sous l'angle de la CEDH ; ce qui importe est moins l'affirmation d'un droit que son effectivité. Il convient donc de vérifier l'effectivité du recours (A), avant d'évoquer ses limites (B).

### **A- L'affirmation d'un recours effectif**

Le conseil d'Etat a affirmé que les procédures de référés assuraient l'existence d'un recours effectif de l'article 13. En cas d'urgence, le juge du référé suspension peut suspendre une décision administrative s'il éprouve un doute sérieux sur la légalité. Quant au juge du référé liberté, il peut enjoindre à l'administration toute mesure nécessaire à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une atteinte grave et manifestement illégale aurait été portée.

C'est dans le cadre du référé liberté que le juge administratif est intervenu pour faire cesser les atteintes graves et manifestement illégales portées aux libertés fondamentales des détenus des centres pénitentiaires des Baumettes à Marseille et de la maison d'arrêt de Nîmes du fait de leurs conditions de détention. Le juge des référés du CE, saisi en appel, a estimé que la prolifération de nuisibles (rats et insectes) et de cadavres de rats dans les espaces communs et les cellules de la prison des Baumettes, imputable à une carence de l'administration, affectait la dignité des détenus et engendrait un risque sanitaire pour l'ensemble des personnes fréquentant l'établissement, constituant une atteinte grave et manifestement

illégal à une liberté fondamentale<sup>34</sup>. De même à Nîmes, le juge des référés du CE, a enjoint à l'administration pénitentiaire de prendre les mesures nécessaires pour garantir la sécurité de l'établissement et la prévention des risques d'incendie<sup>35</sup>. C'est encore la voie du référé liberté que le CE a utilisée pour faire cesser des fouilles illégales attentatoires à la dignité de la personne<sup>36</sup>.

Malgré le caractère provisoire des mesures ordonnées en référé liberté, le juge administratif dispose d'une arme efficace résidant dans son pouvoir d'injonction, qui peut comme aux Baumettes consister à enjoindre des mesures d'organisation de services. Ce type d'injonction par leur caractère pérenne pourrait de prime abord apparaître comme étant contraire à l'esprit du référé liberté en ce qu'elles ont un caractère réglementaire affirmé par l'arrêt JAMART<sup>37</sup>. En admettant ce type d'injonction, il ressort que de telles mesures par leur caractère structurel ne bénéficient pas qu'au seul requérant. Cela va dans le sens de l'exception admise par le CE au caractère provisoire du référé liberté lorsqu'il apparaît justement qu'aucune mesure provisoire n'est susceptible de sauvegarder l'exercice effectif de la liberté fondamentale à laquelle il a été porté atteinte.

Malgré l'important travail effectué par le CE, l'affirmation par le juge administratif de l'effectivité des recours par la voie des procédures d'urgence doit pour le pénaliste être nuancée. En effet, certains obstacles à leur mise en œuvre peuvent être mentionnés qui sont autant de limites à l'effectivité du recours.

### B/ les limites à l'effectivité du recours

Deux limites semblent freiner l'effectivité du recours. Il s'agit d'une part des conditions au recours telles que le CE les interprètent et le moment du recours.

---

<sup>34</sup> CE, juge des référés, 22 déc. 2012, Section française de l'OIP et autres, n° 364584 Rec.)

<sup>35</sup> CE, juge des référés, 30 juill. 2015, section française de l'OIP et ordre des avocats au barreau de Nîmes, n° 392043, Rec. ), Gaz pal. 20 oct. 2015, n° 302, p. 16, obs. S. Roussel.

<sup>36</sup> CE, juge des référés, 6 juin 2013, Section française de l'OIP, n° 368816, T et M-E n° 368875, T au sujet de la maison d'arrêt de Fleury Mérogis.

<sup>37</sup> CE, sect. , 7 fév. 1



**S'agissant des conditions du recours**, le regard porté par le pénaliste sur les procédures de référé mises en œuvre par le CE consiste à constater que les chances du requérant d'obtenir satisfaction sont assez minces, *a fortiori* s'agissant du référé liberté. Tout d'abord, ces procédures sont soumises à la condition de l'urgence à la démonstration de laquelle l'office du juge est subordonné. L'urgence sera caractérisée lorsque l'exécution de l'acte administratif « *porte atteinte de manière suffisamment grave et immédiate à la situation du requérant, ou aux intérêts qu'il entend défendre* ». L'urgence est soumise à une appréciation stricte par le CE, qui a pu déduire du détenu ayant fait l'objet d'une évacion, l'absence d'urgence à suspendre la mesure l'ayant placé sous le régime de « rotation de sécurité »<sup>38</sup>. Il en va de même des appels rejetés pour risques d'incendie encourus dans les maisons d'arrêt d'Ajaccio et de Tours demandant le prononcé d'une injonction à brefs délais, en raison des travaux réalisés par l'administration pénitentiaire mais qui apparaissaient manifestement insuffisants aux yeux de l'OIP requérante dans ces deux affaires.

A cette première condition consubstantielle aux procédures de référés, le CE subordonne l'intervention du juge des référés à une condition supplémentaire consistant dans la recherche de l'effet utile. C'est ainsi que le CE a jugé que n'entraient pas dans le champ du référé liberté les conclusions tendant à la réalisation de travaux de réfection de la maison d'arrêt de Nîmes<sup>39</sup>. C'est également en ce sens qu'a tranché le CE à propos de la demande de travaux lourds au sein de la maison d'arrêt de Fresnes formulé par l'OIP<sup>40</sup>. Le CE rappelle dans la même affaire que le caractère manifestement illégal de l'atteinte à la liberté fondamentale en cause doit s'apprécier en tenant compte des moyens dont dispose l'autorité administrative compétente. Cette appréciation favorable à l'administration pénitentiaire ferme les possibilités de recours justifiant ainsi que le CE rejette les conclusions tendant à l'amélioration des conditions de détention en cellule après avoir constaté que l'administration pénitentiaire, s'agissant d'une maison d'arrêt, ne dispose d'aucun pouvoir de décision en matière d'écrou.

**S'agissant du moment du recours**, il constitue le point névralgique de l'effectivité des voies de recours. En cas d'échec des procédures d'urgence destinées justement à assurer

---

<sup>38</sup> CE, 14 déc. 2007, N° 306432

<sup>39</sup> *op. cit.*

<sup>40</sup> CE, 28 juill. 2017, Section française de l'observatoire international des prisons, N° 410677.

l'effectivité du recours, la mesure contestée aura pu être intégralement exécutée avant que la contestation ne soit tranchée par le juge administratif. En effet, plusieurs mesures prise par l'administration pénitentiaire sont soumises au recours préalable hiérarchique qui aura pour effet de vider le caractère effectif du recours. Il en est ainsi de la sanction disciplinaire qui est soumise au recours préalable hiérarchique devant le directeur inter régional. Le directeur inter régional dispose d'un délai d'un mois à compter de la réception du recours formé dans les quinze jours de la notification de la décision. Passé ce délai l'absence de réponse de sa part vaut rejet. Dans la mesure où le CE a exclu l'approche consistant à dire que le placement en cellule disciplinaire ou le confinement en cellule emportait d'office l'existence d'une situation d'urgence permettant de saisir le juge du référé liberté, il convient de se poser la question, pour conclure, de l'effectivité réelle et non supposée de l'exercice des voies de recours devant le juge administratif.

M. GIACOPELLI

1<sup>er</sup> février 2019