

N° 413989

**Section française de l'Observatoire
international des prisons**

10ème et 9ème chambres réunies

Séance du 17 septembre 2018

Lecture du 3 octobre 2018

CONCLUSIONS

Mme Aurélie BRETONNEAU, rapporteur public

Si cette affaire pénitentiaire est délicate à résoudre, ce n'est pas tant parce qu'elle poserait des questions juridiques difficiles que parce que les circonstances de l'espèce sont à ce point particulières qu'elles compliquent le jeu des solutions habituelles. Nous croyons toutefois que remonter aux principes traditionnels de la jurisprudence sur l'office du juge vous permettra de concilier orthodoxie et opportunité.

Le litige met aux prises la Section française de l'observatoire international des prisons avec la direction du centre pénitentiaire de Maubeuge, au sujet du régime de fouilles pratiqué dans cet établissement. Début 2013, trois détenus incarcérés dans ce centre pénitentiaire ont adressé des courriers à l'association requérante pour se plaindre de ce que ce régime de fouilles s'était durci, dans le sens d'une systématisation de la pratique des fouilles à nu, autrement appelée de fouilles intégrales. Or il est de jurisprudence constante que si « Les nécessités de l'ordre public et les contraintes du service public pénitentiaire peuvent légitimer l'application aux détenus d'un régime de fouilles corporelles intégrales (...) qui permettent de saisir les objets interdits ou dangereux que les détenus cherchent à introduire en détention, (...) l'exigence de proportionnalité des modalités selon lesquelles les fouilles intégrales sont organisées implique qu'elles soient strictement adaptées non seulement aux objectifs qu'elles poursuivent mais aussi à la personnalité des personnes détenues qu'elles concernent », c'est-à-dire « justifiées par l'existence de suspicions fondées sur le comportement du détenu, ses agissements antérieurs ou les circonstances de ses contacts avec des tiers » (CE, 14 novembre 2008, *S...*, p. 417 ; JRCE, 6 juin 2013, *Section française de l'observatoire international des prisons*, n° 368816, T. pp. 767-768-769-770 et *M. E...*, n° 368875, T. p. 681 – deux espèces). En d'autres termes, vous interdisez que la pratique des fouilles intégrales soit systématique.

Alarmée, l'association requérante s'est précipitée devant tribunal administratif de Lille pour déposer une demande d'annulation assortie d'une demande de suspension de la décision de systématiser les fouilles intégrales au centre pénitentiaire de Maubeuge qu'elle estimait révélée par ces courriers. Le juge des référés a répondu que trois témoignages de détenus ne permettaient pas d'attester d'une décision en ce sens et a rejeté pour ce motif la demande de suspension. Le juge du fond lui a de son côté adressé une demande de production de la décision attaquée. L'association a alors, le 12 juillet 2013, pris l'attache du centre pénitentiaire pour l'interroger sur son régime de fouilles et obtenir communication des notes

de service ou des dispositions du règlement intérieur relatives à leur pratique. N'ayant pas reçu de réponse, elle a renouvelé sa demande le 29 août 2013, sans plus de succès.

A ce stade, l'association a changé de stratégie et, puisqu'elle n'obtenait pas de réponse de l'administration pénitentiaire, à cherché à en obtenir de la part des détenus : elle a adressé aux personnes qui avaient attiré son attention des courriers assortis d'un questionnaire sur les pratiques de fouille aux parloirs qu'elle les invitait à faire renseigner par leurs codétenus. Elle espérait ainsi obtenir une idée plus précise de la récurrence des fouilles intégrales et étayer le cas échéant sa position sur l'existence d'une décision révélée par des signalements. Mais ces courriers ne sont pas arrivés à leurs destinataires : le directeur du centre pénitentiaire les a interceptés, au motif, au demeurant sans doute fondé, qu'ils « pourraient amener une partie de la population pénale à s'opposer aux mesures de sécurité et de contrôle auxquelles elles sont soumises » et porter ainsi atteinte à la sécurité et au bon ordre de l'établissement.

En conséquence de quoi l'association n'a rien produit de plus devant le tribunal administratif qui, par un jugement du 2 juillet 2015, a rejeté sa requête comme irrecevable faute de certitude sur l'existence et *a fortiori* de production de la décision attaquée. L'association a fait appel et produit devant la cour le seul document glané dans l'intervalle, à savoir une note d'information à destination de la population carcérale émanant du directeur du centre pénitentiaire de Maubeuge, datée du 3 janvier 2014, annonçant que des portiques de détection seraient désormais installés aux parloirs, et ajoutant que néanmoins, « chacun reste[rait] susceptible de faire l'objet d'une fouille intégrale à l'issue des parloirs » L'association y voyait le maigre indice de ce qu'auparavant, la fouille intégrale systématique tenait lieu de portique. La cour de Douai ne s'est pas laissé convaincre et, par l'arrêt attaqué du 4 juillet 2017, a rejeté l'appel au motif que l'association n'établissait pas l'existence d'une décision administrative susceptible de recours pour excès de pouvoir.

Pendant tout ce temps, l'administration en défense n'a pas fourni le moindre élément quant à sa pratique générale des fouilles à l'échelle de l'établissement, se bornant à soutenir que les trois détenus initialement signalés présentaient un degré de dangerosité justifiant des contrôles aux parloirs et que de toute façon, la requête était irrecevable faute de production d'une décision attaquée.

Nous insistons sur le fait que c'est bien un terrain d'irrecevabilité des conclusions de première instance qu'a confirmé la cour. Nous y revenons car à notre sens, l'issue du litige pourrait être différente si la cour s'était estimée valablement saisie d'une décision même non formalisée relative au régime de fouilles, mais avait jugé que ce régime, tel qu'il résultait d'éléments versés au dossier, qu'elle aurait examiné au fond, n'avait rien de systématique et n'était pas, par voie de conséquence, disproportionné.

En cassation, l'association soutient que la cour a méconnu son office en jugeant les conclusions de première instance irrecevables sur la foi d'un doute mis au bénéfice de l'administration sans avoir pris la peine de tenter de le dissiper en mettant en œuvre ses pouvoirs d'instruction. Nous proposons de lui donner raison.

Certes, les questions d'établissement matériel des faits sont en principe affaire d'appréciation souveraine des juges du fond, tout comme relèvent de l'appréciation souveraine la mise en œuvre par un juge de ses pouvoirs d'instruction (sur ce dernier point, s'agissant en particulier de la possibilité d'ordonner la production de documents par une mesure d'instruction : CE, 21 octobre 2016, *Union départementale CGT d'Ille-et-Vilaine*,

n° 392711, T. p.). Il n'est donc pas aisé de se lancer dans un contrôle, relevant de l'appréciation souveraine au carré, des moyens mis en œuvre par le juge pour se forger une conviction sur une question d'établissement des faits.

Certes encore, le refus de prendre les requérants au piège d'une preuve impossible ne doit pas non plus conduire à faire peser une preuve symétriquement impossible sur l'administration. Or en l'espèce, si l'association a beau jeu de soutenir que, compte tenu du silence de l'administration et de l'absence de communication possible, elle était placée dans l'impossibilité d'établir plus avant l'existence d'une décision, l'administration pourrait tout autant soutenir que rapporter la preuve de l'inexistence d'une décision de systématiser les fouilles est purement et simplement impossible.

Nous confessons en outre que l'affaire est compliquée par le fait qu'en l'espèce, non seulement les questions d'existence matérielle et substantielle de la décision se confondent, ce qui à défaut d'être satisfaisant, est somme toute classique en cas de recours exercé contre des décisions non formalisées et donc révélées par des éléments de contexte, mais par le fait que se confondent également les questions d'existence substantielle et de légalité de la décision, car s'il on venait à admettre l'existence d'une décision de systématiser les fouilles, alors il faudrait aussi mécaniquement l'annuler, ce qui semble lier intrinsèquement, ce qui est toujours inconfortable, recevabilité et bien fondé. Cette confusion des questions tient à la présentation initiale qu'a faite la requérante, ayant déclaré attaquer une décision de pratiquer des fouilles intégrales systématiques, là où il aurait été plus habile peut-être d'attaquer une décision de recourir au moins dans certains cas à des fouilles intégrales, avant de soutenir ensuite au titre de la contestation de fond que les critères posés confinaient au systématisme.

Mais bien qu'elles se posent ici dans une configuration pour laquelle nous n'avons pas trouvé de précédent parfaitement topique, ces difficultés nous semblent toutes avoir été, dans leur principe, surmontées par votre jurisprudence.

Tout d'abord, et bien que les décisions en la matière soient rares, les modalités de formation de sa conviction par le juge administratif ne sont pas exemptes d'encadrement jurisprudentiel, de sorte que la marge d'appréciation laissée à ce dernier ne l'est que sous réserve d'un contrôle d'erreur de droit. Ces règles jurisprudentielles, vous les avez, pour ce qui est de l'excès de pouvoir, codifiées par votre décision *Mme C...* (CE, 26 novembre 2012, *Mme C...*, n° 354108, p.). Elle pose en règle qu'« Il appartient au juge de l'excès de pouvoir de former sa conviction sur les points en litige au vu des éléments versés au dossier par les parties » et que « S'il peut écarter des allégations qu'il jugerait insuffisamment étayées, il ne saurait exiger de l'auteur du recours que ce dernier apporte la preuve des faits qu'il avance ». Elle précise, conformément à l'esprit de la jurisprudence de Section *Couespel du Mesnil* (CE Sect., 1^{er} mai 1936, p. 485) dont elle étoffe la rédaction, que « Le cas échéant, il revient au juge, avant de se prononcer sur une requête assortie d'allégations sérieuses non démenties par les éléments produits par l'administration en défense, de mettre en œuvre ses pouvoirs généraux d'instruction des requêtes et de prendre toutes mesures propres à lui procurer, par les voies de droit, les éléments de nature à lui permettre de former sa conviction, en particulier en exigeant de l'administration compétente la production de tout document susceptible de permettre de vérifier les allégations du demandeur. »

De cette jurisprudence, nous retenons trois idées décisives. Premièrement, il n'existe pas en excès de pouvoir, contrairement à ce qui prévaut en procédure civile, de charge de la preuve appartenant au demandeur ; et ce pour tenir compte de l'inégalité structurelle, sans

équivalent dans le procès civil, entre les parties que sont l'administré et l'administration. La présente affaire en est l'illustration éclatante puisque, quoi qu'on pense même de l'existence ou non d'une décision en l'espèce, l'administration dispose vis-à-vis de l'association de moyens d'obstruction, par exemple celui de l'empêcher de réaliser un sondage sur l'ensemble des personnes détenues. Deuxièmement, cette charge de la preuve est remplacée par une dialectique dont le premier temps fait peser sur le demandeur une charge de l'allégation : dans tous les cas, il appartient au requérant qui demande quelque chose au juge de mettre sous ses yeux des allégations suffisamment étayées pour justifier une instruction ; ce n'est que confronté à des allégations un tant soit peu crédibles qu'il devra mettre l'administration en mesure de répondre, afin qu'il se forge une conviction. Troisièmement, tout maître qu'il est de la procédure inquisitoriale qu'il dirige, le juge a le devoir d'épuiser les ressources dont il dispose avant de se résoudre à se satisfaire d'un doute. Il lui « appartient » donc, en cas d'allégations sérieuses qui ne valent pas preuve, mais qui ne sont pas sérieusement démenties, de prendre des mesures d'instruction destinées à provoquer une réponse et dissiper les doutes. Vous avez donc, dans la foulée de la décision C... n° 354108, censuré pour erreur de droit conduisant à une irrégularité de procédure le tribunal n'ayant pas cherché à connaître, avant de retenir un moyen, le contenu d'un document déterminant pour en apprécier le bien fondé (CE, 5 février 2018, *Société Roxim Management*, n° 403029, T. p.). Encore faut-il préciser qu'une fois la mesure d'instruction prise, et dans l'hypothèse où l'administration s'abstient du répondre, le motif allégué par les requérants qui se prévalaient au soutien de leurs allégations de circonstances et de faits précis constituant des présomptions sérieuses doit être, dans le doute, regardé comme établi (CE Assemblée, 28 mai 1954, *Barel et a.*, n°s 28238 et a., p. ; v. aussi CE, 8 juin 1983, *B...*, n° 11547, T. p.).

Il est vrai que ces décisions ont toutes été rendues à propos du sort à réserver à des moyens de fond et que nous n'avons pas trouvé de précédent raisonnant de la même façon au stade des questions préalables, à propos de l'établissement de faits conditionnant la recevabilité des conclusions. Mais outre que la rédaction de la décision C... n° 354108 est générale et gouverne donc l'office du juge dans son ensemble, nous trouvons trace, dans votre jurisprudence, de ce qu'y compris sur les questions de recevabilité, vous n'exigez du requérant que ce qui est raisonnable d'attendre de lui compte tenu de l'absence de publicité de certaines informations. Vous jugez ainsi qu'en matière de contestation de retrait de points de permis de conduire, le requérant qui ne peut produire la décision attaquée peut valablement se contenter de faire état de la « preuve des diligences accomplies pour en obtenir communication » (CE, 27 janvier 2010, *Min. c. K...*, n° 318919, p. 10 ; CE, 13 juillet 2016, *M. D...*, T. p. 887 sur un autre point). *A contrario*, vous n'avez, par une décision de Section *Association SOS Racisme* (CE Sect., 18 janvier 2013, n°s, 328230 332624, p.), estimé irrecevables des conclusions demandant l'annulation sans autre précision des décisions par lesquelles l'accès aux collections permanentes des musées et monuments nationaux aurait été rendu gratuit pour certains visiteurs, que faute pour la requérante d'avoir accompli les « diligences minimales » pour se procurer des preuves de l'existence de telles décisions. Et vous avez même, par une décision CE, 16 juin 2010, *Société Mathurin Onno et a.*, n°s 311504 et a., inédite, écarté une fin de non recevoir tirée de l'absence de production de la décision attaquée aux motifs que les requérantes s'étaient trouvées dans l'impossibilité de la produire, la décision n'ayant été ni publiée ni notifiée et le ministre ayant laissé sans réponse leurs demandes de communication - même s'il est vrai qu'il n'y avait alors pas de doute sur l'existence même de la décision. Dans un cas où le doute portait sur l'existence du décret attaqué et non simplement sur la possibilité de sa production matérielle par le requérant, vous avez récemment retenu une solution d'irrecevabilité, mais seulement au motif que les requérantes ne produisaient aucun élément, hormis un article de presse, de nature à démontrer

l'existence du décret, ne faisaient état d'aucune application qui aurait pu en être faite à une situation donnée, et que face à ces allégations en elles-mêmes insuffisantes, le ministre niait formellement l'existence du décret (CE, 18 novembre 2016, *La quadrature du net*, n° 393080, inédite¹).

Or en l'espèce, nous estimons que les requérantes ont d'une part soumis aux premiers juges des allégations sérieuses quant à l'existence d'une décision régissant, dans des conditions qu'elle estimait illégales, le recours aux fouilles intégrales, d'autre part justifié de diligences minimales pour étayer ces allégations voire, pour le cas où la décision aurait été formalisée dans un acte, produire ce dernier.

Ce constat nous semble évident s'agissant des diligences minimales : la requérante a écrit à deux reprises à l'administration, avant de tenter de contourner son silence en cherchant à obtenir des informations directement auprès des détenus.

Nous n'avons pas grand doute non plus quant au sérieux des allégations. En premier lieu, les trois courriers de détenus initialement soumis au juge, s'ils ne suffisaient naturellement pas à prouver l'intervention d'une décision renforçant le régime de fouilles, étaient suffisamment consistants pour amorcer la pompe d'un débat contradictoire sur ce point. Ils émanent de trois détenus distincts, chacun faisant un récit circonstancié des circonstances dans lesquelles ils auraient subi des fouilles à nu au simple motif qu'ils se rendaient au parloir, sans circonstance de nature à faire présumer leur dangerosité ; l'un de ces courriers en particulier comporte des développements étayés sur le caractère systématique des fouilles en l'absence de tout élément de dangerosité particulier, relevé de dates des parloirs à l'appui. En deuxième lieu, la note du chef d'établissement produite en appel et annonçant l'installation de portiques, si elle est impuissante à elle seule à établir les faits, donne du crédit à l'idée selon laquelle avant de disposer de portiques, des fouilles intégrales systématiques pouvaient en tenir lieu : on sait bien en effet, votre ordonnance *M. E...* n° 368875 en porte la trace, que cette méthode a longtemps été défendue par l'administration pénitentiaire au motif qu'elle était seule à permettre un niveau de sécurité équivalent à celui offert par l'installation coûteuse de portiques de détection. En troisième lieu, la requérante soutenait qu'il était inimaginable qu'un établissement pénitentiaire ne dispose d'aucun document formalisé et susceptible d'être porté à la connaissance des détenus quant au régime de fouilles qu'il pratique, ni de registre retraçant les fouilles intégrales réalisées aux parloirs. L'article R. 57-7-9 du code de procédure pénale prévoit pourtant que les mesures de fouilles des personnes détenues, intégrales ou par palpation, sont mises en œuvre sur décision du chef d'établissement » auquel il appartient de décider de « leur nature et leur fréquence au vu de la personnalité des personnes intéressées, des circonstances de la vie en détention et de la spécificité de l'établissement ». Le règlement intérieur type que les établissements pénitentiaires sont censés personnaliser comporte d'ailleurs un *item* « fouilles » faisant référence à cet article. Et là encore, la note de service produite en appel montre que la réalisation des fouilles obéit au centre pénitentiaire de Maubeuge comme ailleurs à un socle de principes directeurs qui font l'objet d'un minimum de formalisation. En outre, les éléments produits en défense quant aux trois détenus auteurs des courriers témoignent de ce que le centre pénitentiaire avait conservé la mémoire administrative des fouilles qu'ils avaient subies.

¹ Encore cette décision a-t-elle été fraîchement reçue en doctrine : v. « Le contentieux du droit occulte : le délicat contrôle des actes sans existence officielle », *Revue française de droit administratif*, n° 1 (janvier-février 2018), pp. 122 à 130.

Or ces allégations sérieuses n'ont pas été sérieusement démenties puisque l'administration a choisi de se murer dans le silence. Elles n'ont même pas été démenties du tout, l'administration n'ayant jamais formellement nié l'existence d'un régime de fouilles systématiques, se bornant simplement à ne pas la confirmer.

Nous estimons donc qu'il existe, entre le « quelque chose » crédible avancé par la requérante et le « rien » tenant lieu de réponse de l'administration, un déséquilibre patent justifiant, en vertu de la jurisprudence *C... n° 354108*, la mise en œuvre par le juge de ses pouvoirs d'instruction.

Et nous ne croyons pas qu'en mettant ces pouvoirs en œuvre, le juge place l'administration face à l'exigence d'une preuve impossible. Il lui suffirait en effet, pour démentir les allégations sérieuses, de fournir soit le règlement intérieur soit toute note de service en vigueur à la date de la demande abordant la question des fouilles, ou, plus efficacement encore, des éléments statistiques quant au nombre de fouilles intégrales réalisées aux parloirs de nature à démontrer qu'elles ne sont pas systématiques, assorties même d'exemples de détenus ayant bénéficié de parloirs sans être soumis à de telles fouilles.

Si de tels éléments venaient à être fournis, le juge pourrait alors affirmer non plus que l'association n'établit pas l'existence de la décision de systématiser les fouilles qu'elle attaque et qu'elle ne la produit pas, ce qu'elle est dans l'incapacité de faire, mais que l'administration établit, à l'aide d'éléments qui sont nécessairement à sa main, qu'une telle décision n'existe pas. Ou encore, ce qui à notre sens reviendrait au même, que si l'association attaque le régime de fouilles de l'établissement sans être en mesure de le produire, l'administration, qui le produit en défense, établit ce sur le fond, il n'est pas disproportionné.

Si l'administration, à l'inverse, ne produisait rien en réponse, il nous semble qu'il faudrait, comme dans la décision *Barel*, estimer que son silence obstiné vaut reconnaissance de ce que les allégations sont fondées.

D'ici là, nous vous invitons à censurer l'erreur de la cour à ne pas avoir fait jouer face à de telles circonstances ses pouvoirs d'instruction.

PCMNC – Annulation, renvoi à la CAA de Douai + frais.