

CONCLUSIONS

M. Alexandre LALLET, rapporteur public

D'anciens containers maritimes exigus exposés à des températures élevées, sales, détériorés, faiblement éclairés et peu aérés, dotés de sanitaires partiellement cloisonnés, où règne une promiscuité quasi-permanente en raison de la sur-occupation et d'un encellulement plus de la moitié de la journée, faute de travail, d'activités et d'équipements. Bienvenue au centre de détention du centre pénitentiaire de Nouméa, établissement presque centenaire et lointain cousin des bagnes guyanais – le travail forcé en moins et, comme une lueur d'espoir, l'humanité des personnels en plus.

Le contrôleur général des lieux de privation de liberté avait déjà dressé un constat alarmant des conditions de détention dans les différents quartiers de cet établissement en 2011, ce qui l'avait d'ailleurs conduit, pour la première fois de son histoire, à faire usage de son pouvoir d'interpellation public des autorités compétentes. Hélas, huit ans plus tard, les contrôleurs ont pu constater que la situation ne s'y était pas améliorée, c'est un euphémisme. La contrôleure générale a de nouveau alerté les autorités compétentes et émis en novembre 2019 une série de recommandations, que la section française de l'observatoire international des prisons (SF-OIP) a déposées sur le bureau du juge des référés-liberté du tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie, en lui demandant de les traduire en injonctions juridictionnelles.

Au terme d'une analyse dont il faut d'emblée saluer le sérieux et la qualité, sur le fond comme dans la forme, ce dernier a ordonné une dizaine de mesures, dont l'une consiste à « *prendre dans les plus brefs délais les mesures nécessaires au recrutement et à la rémunération d'un médecin addictologue au centre pénitentiaire de Nouméa* ». Le garde des sceaux fait appel de l'ordonnance en tant seulement qu'elle prononce cette injonction ; la section française de l'OIP, en tant qu'elle rejette le surplus de ses conclusions.

Cette seconde requête, introduite le 10 mars 2020, échappe à la forclusion non pas en raison du délai de distance dont l'association se prévaut - car il résulte des termes mêmes de l'article R. 421-7 du CJA que celui-ci n'est pas applicable à l'appel formé devant le Conseil d'Etat par une association ayant son siège en métropole, fût-ce contre une décision prise par un tribunal administratif ultra-marin – mais, plus simplement, parce que le délai d'appel ne court qu'à compter de la notification aux parties elles-mêmes, par tous moyens, conformément à l'article R. 522-12, et qu'en l'espèce, l'ordonnance ne lui a été notifiée que le 11 mars. La mise à la disposition du seul mandataire de la décision via Télérecours n'a pu déclencher ce délai¹.

*

Le premier juge s'est explicitement inscrit dans le cadre fixé par votre décision *SFOIP* du 28 juillet 2017 (n° 410677, au Rec.), explicitée par les conclusions d'Edouard Crépey, dont nous rappelons brièvement la teneur et la raison d'être :

- conformément à l'article L. 521-2 du code de justice administrative, il appartient au juge des référés-liberté qui constate qu'une carence de l'administration crée un danger caractérisé et imminent pour la vie des détenus ou les expose à être soumis, de manière caractérisée, à un traitement inhumain ou dégradant prohibé par l'article 3 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, de prescrire les mesures de nature à faire cesser cette situation, lorsqu'elles relèvent de la compétence de l'autorité administrative mise en cause².
- ces mesures doivent toutefois, en principe, revêtir un caractère **provisoire**, en vertu de l'article L. 511-1 du même code. Ce terme ne doit pas tromper : le provisoire comporte toujours une part d'irréversibilité, puisque ce qui est advenu est définitivement advenu en l'état de la science – nous ne sommes pas dans *Tenet*. Il faut en réalité comprendre « **conservatoire** » et « **aussi limité et réversible que possible** » ce qui permet d'admettre que le juge des référés-liberté s'autorise, de longue date d'ailleurs³, à prononcer des mesures présentant un caractère définitif **lorsqu'il n'existe pas d'autre moyen d'assurer la sauvegarde de la liberté fondamentale menacée** ;

¹ La SFOIP elle-même n'est pas inscrite dans l'application et n'a donc logiquement pas reçu la décision par cette voie (art. R. 751-4-1 CJA).

² Ce qui n'est pas le cas, par exemple, de mesures relevant du législateur (JRCE, 8 avril 2020, *SFOIP*, n° 439827), de l'autorité judiciaire ou d'une autre administration (JRCE, 19 mars 2020, *B... et autres*, n° 439592).

³ V. CE, 19 août 2002, *Front national et IFOREL*, n° 249666, au Rec. ; CE, 31 mai 2007, *Syndicat CFDT Interco 28*, n° 298293, au Rec.).

- en outre, parce que le législateur a assigné à ce juge une mission de « sauvegarde » des libertés fondamentales en péril imminent, mission qu’il exerce logiquement en extrême urgence, dans un délai de 48 heures, le plus souvent seul, sans pouvoir mener une instruction approfondie, et qu’on ne peut sérieusement confier à un juge intervenant dans de telles conditions le pouvoir de trancher, en lieu et place des autorités légitimes des arbitrages délicats dans l’allocation des maigres moyens dont dispose l’administration pour financer l’ensemble des politiques publiques de la Nation, celui-ci ne peut qu’ordonner les **mesures d’urgence qui lui apparaissent de nature à sauvegarder ces libertés dans ce délai de 48 heures**. Plus précisément, l’office de ce juge se limite aux **mesures qui peuvent recevoir un début d’exécution sinon dans ce délai, au moins à très brève échéance** – de l’ordre de huit⁴ à dix⁵ jours dans votre jurisprudence - **et déployer utilement leur plein effet dans la foulée** et, à tout le moins, à un horizon pré-déterminé et rapproché, ce qui exclut en particulier les **mesures d’ordre structurel** reposant sur des choix de politique publique insusceptible d’être mises en œuvre à très bref délai⁶. Il ne peut ainsi enjoindre à l’administration de réaliser des travaux lourds⁷, d’augmenter les moyens financiers, humains et matériels alloués aux services judiciaires et pénitentiaires⁸, de prendre des mesures pérennes de réorganisation des services ou une circulaire de politique pénale, d’élaborer des plans de mise en sécurité⁹ ou encore de recruter des agents pour résorber un retard de traitement de dossiers¹⁰. En revanche, il peut ordonner l’affectation provisoire de locaux non utilisés dans des bâtiments existants à certaines activités, le cloisonnement partiel de toilettes dans les cellules ou la rénovation de cours de promenade n’impliquant pas de travaux lourds¹¹ ; l’installation de dispositifs adaptés permettant de rendre disponibles, à titre provisoire, des points d’eau, latrines et douches¹² ; le lancement d’opérations d’envergure pour éliminer les nuisibles et la réalisation de diagnostics à prendre en compte dans les futurs marchés publics¹³ ; le dépôt d’une demande d’autorisation de travaux pour la modification du système de

⁴ JRCE, 23 novembre 2015, *Ministre de l’intérieur et Commune de Calais*, n° 394540-394568, au Rec.

⁵ JRCE, 22 décembre 2012, *SFOIP*, n° 364584 et a., au Rec.

⁶ Certaines décisions s’en tiennent à un « bref délai » (V. par ex. : CE, 31 juillet 2017, *Commune de Calais et ministre d’Etat, ministre de l’intérieur*, n° 412125-412171, au Rec.), mais le sens est le même.

⁷ Y compris, par exemple, l’alimentation en eau chaude des cellules : JRCE, 6 août 2019, *Ministre de la justice c/ SFOIP*, n° 432589.

⁸ Par exemple, affecter des moyens humains suffisantes pour assurer l’effectivité du dispositif de libération anticipée des condamnés lors de la crise sanitaire : JRCE, 8 avril 2020, *SFOIP*, n° 439827.

⁹ JRCE, 23 décembre 2016, *SFOIP*, n° 405791-405788.

¹⁰ JRCE, 22 juillet 2020, *Association juridique du collectif du 5 novembre*, n° 441902.

¹¹ JRCE, 4 avril 2019, *Ministre de la justice c/ SFOIP*, n° 428747

¹² CE, 31 juillet 2017, *Commune de Calais et ministre d’Etat, ministre de l’intérieur*, n° 412125-412171, au Rec.

¹³ JRCE, 22 décembre 2012, *SFOIP*, n° 364584, au Rec. et JRCE, 30 juillet 2015, *SFOIP*, n° 392043, au Rec.

sécurité incendie ; et même une mesure provisoire d'organisation des services pénitentiaires¹⁴.

- Comme la Section le lui avait autorisé dans sa décision *Ville de Paris*¹⁵, le juge du référé liberté peut en outre décider de **déterminer dans une décision ultérieure, prise à brève échéance, les mesures complémentaires que la situation exige et qui peuvent elles-mêmes être très rapidement mises en œuvre**. En-dehors de ce « droit de suite » et de la procédure de re-saisine par les parties prévue à l'article L. 521-4 du CJA, il ne peut en revanche, de son propre chef, assurer l'exécution de mesures précédemment ordonnées en prononçant de nouvelles injonctions et une astreinte. Il ne peut davantage mettre à la charge de l'administration l'obligation d'adresser au requérant et au contrôleur général des rapports d'avancement des mesures prises pour assurer l'exécution des mesures¹⁶ ;
- enfin, la même décision juge, ou plutôt rappelle¹⁷, que le caractère manifestement illégal de l'atteinte à une liberté fondamentale s'apprécie **en tenant compte des moyens dont dispose l'administration et des mesures qu'elle a déjà prises pour prévenir ou remédier à cette atteinte**.

Le cœur de l'argumentation de l'association consiste à soutenir que cet office ainsi délimité ne peut être maintenu depuis l'arrêt *JMB et autres c/ France* de la 5^{ème} section de la Cour européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 30 janvier dernier (n° 9671/15). Dans cet arrêt, la Cour a souligné que le référé-liberté semblait « *offrir un cadre juridique théorique solide pour juger d'atteintes graves aux droits des détenus* » et salué les progrès accomplis en moins de dix ans, ce qu'elle avait déjà fait dans l'encourageant arrêt *Yengo c/ France* du 21 mai 2015, rendu justement à propos du centre pénitentiaire de Nouméa¹⁸.

Mais après avoir passé en revue les limites de l'office de ce juge telles que nous les avons rappelées – injonction de portée limitée, prise en compte des moyens dont dispose l'administration, absence de suivi spontané de l'exécution des mesures par le juge qui les a prononcées - et en se fondant sur l'observation concrète des suites limitées données aux injonctions qu'il a prononcées dans les affaires qui lui étaient soumises, elle a estimé que ce recours ne permettait pas d'empêcher la perpétuation de la violation de l'article 3 de la

¹⁴ Décision *SFOIP* de 2017.

¹⁵ CE, sect., 16 nov. 2011, n° 353172, *Ville de Paris, Société d'économie mixte PariSeine*, Lebon

¹⁶ V. l'ordonnance du JRCE du 4 avril 2019, n° 428747.

¹⁷ V. par ex. : CE, Sect., 13 juillet 2016, *Ministre des affaires sociales et de la santé*, n° 400074, au Rec.

¹⁸ Lequel arrêt pouvait légitimement laisser croire qu'elle se satisferait de cette voie de recours, dans sa portée résultant d'une ordonnance du 22 décembre 2012 (*SFOIP*, n° 364584 et a., au Rec.) que votre décision de 2017 a confirmée en substance.

convention ou de garantir une réelle amélioration des conditions matérielles de détention, et ne pouvait donc être regardé comme le **recours préventif effectif** exigé par son article 13, lequel ne peut par ailleurs se réduire au recours indemnitaire.

*

L'association requérante vous demande d'en tirer toutes les conséquences en débridant l'office du juge du référé liberté et, en particulier, en l'habilitant à prononcer des mesures d'ordre structurel destinées à remédier à la surpopulation carcérale ou à ses conséquences.

Nous ne vous le proposerons pas.

D'abord, parce que **l'arrêt invoqué ne l'implique pas par lui-même**. Certes, au titre des mesures générales que la France pourrait prendre pour mettre un terme aux manquements qu'elle a constatés, la Cour a préconisé la mise en place d'un recours préventif permettant aux détenus, de manière effective, en combinaison avec le recours indemnitaire, de redresser la situation dont ils sont victimes et d'empêcher la continuation d'une violation alléguée. Mais d'une part, elle s'est bien gardée d'inviter la France à réexaminer le cadre juridique d'intervention du juge du référé liberté. D'autre part, et en tout état de cause, l'article 46 de la convention ne permet pas à la Cour d'imposer aux Etats parties une quelconque mesure de redressement, au-delà du versement de sommes au titre de la satisfaction équitable. Le choix ultime des mesures à prendre pour se conformer aux arrêtés définitifs de la Cour, qui ont un caractère déclaratoire, appartient aux Etats, sous le contrôle du comité des ministres¹⁹, sous réserve d'être compatibles avec leurs « *conclusions* » et leur « *esprit* » (CEDH, 29 mai 2019, *Ilgar Mammadov c/ Azerbaïdjan*, n° 15172/13, § 182).

S'il incombe au juge administratif d'interpréter la loi dans un sens conforme aux engagements internationaux de la France et s'il lui appartient de l'écarter en raison de sa contrariété à de tels engagements pour régler les litiges qui lui sont soumis, sous réserve d'ailleurs que cette contrariété soit manifeste en référé-liberté²⁰ le principe constitutionnel de séparation des pouvoirs s'oppose à ce qu'il récrive la loi à la place du législateur et, le cas échéant, qu'il étende prétoriquement ses propres attributions pour garantir en toutes circonstances le respect de ces engagements, qu'ils résultent de la convention européenne ou de tout autre instrument de droit international. Une condamnation à Strasbourg ne confère aucun titre de compétence au juge administratif et ne justifie pas que les uns ou les autres sortent du rôle que la Constitution et la loi leur ont assigné.

¹⁹ Ce dernier pouvant en saisir la Cour dans les conditions prévues à l'article 46, §4.

²⁰ CE, Ass., 31 mai 2016, *G...-G...*, n° 396848, au Rec.

Comme l'indiquait le Président Schwartz dans ses conclusions sur la décision C... du 11 février 2004 (n° 257682, au Rec.), qui refuse de rouvrir une procédure juridictionnelle irrévocablement close en raison de la condamnation de la France par la Cour européenne²¹, il appartient normalement au **législateur** d'intervenir pour créer une voie de recours nouvelle car cette tâche dépasse en principe « *les limites de la mission du juge* ». L'Assemblée du contentieux a partagé ce point de vue en présence de sanctions administratives définitives (CE, Ass., 30 juillet 2014, V..., n° 358564, au Rec.). Il doit en aller de même lorsque le législateur a créé une voie de recours spécifique et qu'il n'a pas entendu remettre en cause la portée que votre jurisprudence constante lui a conférée.

Sans doute n'avez-vous jamais manqué de créativité dans l'aménagement des voies de recours²², y compris en référé-liberté. Sa manifestation la plus nette est l'office particulier à déployer en présence d'une décision médicale d'arrêt de traitement entraînant le décès du patient, que les auteurs des Grands arrêts de la jurisprudence administrative qualifient d'« *article L. 521-2 bis du code de justice administrative* »²³. Vous avez à la fois éludé l'exigence du caractère « manifeste » de l'illégalité, autorisé le juge, avant dire droit en quelque sorte, à suspendre à titre conservatoire l'exécution de la mesure, et l'avez affranchi du carcan temporel que le législateur lui a assigné, en l'autorisant notamment à recourir aux expertises et avis nécessaires à la prise d'une décision appropriée. Sa transposition au règlement des situations de détention indignes pourrait aider à lever les limites que vous avez posées, qui, on l'a vu, tiennent en partie aux contraintes opérationnelles qui enserrant son intervention.

Mais la percée conceptuelle que l'Assemblée du contentieux s'est autorisée n'est pas transposable ici :

- d'une part, on ne peut pas placer sur le même plan la sauvegarde de la vie d'une personne immédiatement menacée par une décision précise de l'administration, et la dignité des conditions de détention mise à mal par sa carence historique dans l'exercice de sa mission. Dans un cas, l'enjeu justifie la plus grande audace

²¹ V. aussi CE, Section, 4 octobre 2012, B..., n° 328502, au Rec.

²² Qu'il s'agisse d'affirmer l'ouverture du recours pour excès de pouvoir en présence d'une loi qui croyait pouvoir faire échapper un acte administratif à tout recours contentieux (CE, Ass., 17 février 1950, *Ministre de l'agriculture c/ Dame Lamotte*, au Rec. p. 110) ou, plus modestement, de créer un recours en révision de décisions juridictionnelles en lieu et place du pouvoir réglementaire (CE, Section, 16 mai 2012, S..., n° 331346, au Rec.). Mais il s'agissait, dans le premier cas, de garantir le droit au recours effectif dont on apprendra plus tard qu'il reposait sur une assise constitutionnelle et, dans le second, de définir les limites de l'autorité de la chose jugée, ce qui incombe assez naturellement au juge lui-même.

²³ CE, Ass., 24 juin 2014, *Mme L...*, n° 375081-375090-375091, au Rec.

prétorienne ; dans le second, elle appelle des efforts créatifs de la nature de ceux que vous avez fournis en 2017 ;

- d'autre part, et surtout, vous n'avez pas, dans ce précédent, modifié la portée des mesures que le juge des référés peut prononcer, lesquelles restent, en définitive, des mesures purement conservatoires²⁴, qui ne sont pas comparables avec des injonctions de prendre des mesures de long terme, définitives ou difficilement réversibles.

Il en va de même du resserrement du contrôle du juge du référé liberté en matière de police administrative dont le point culminant se trouve, à ce jour, dans la fameuse ordonnance du 22 mars 2020 (*Syndicat Jeunes Médecins*, n° 439674, aux T.), qui a prescrit au Premier ministre de réexaminer certaines exceptions au confinement au motif qu'une carence grave et manifestement illégale, quoique non avérée, était susceptible d'être caractérisée si les mesures réglementaires prises étaient inexactement interprétées ou leur non-respect inégalement ou insuffisamment sanctionné. Cette décision est intimement liée au contexte très particulier dans lequel elle a été rendue, et elle témoigne seulement de l'adjonction d'une logique préventive à la traditionnelle dimension curative de l'office du juge du référé liberté. Là encore, elle n'affecte en rien la **portée des mesures** qu'il est susceptible de prendre.

Et en parcourant l'histoire contentieuse des dernières décennies, on ne peut qu'être frappé du décalage entre l'effervescence de votre jurisprudence en matière d'ouverture du prétoire et d'approfondissement du contrôle du juge et la grande retenue dont vous avez toujours fait preuve dans l'élargissement **de vos pouvoirs de contrainte à l'égard de l'administration**, comme en atteste la prohibition de principe des injonctions adressées à l'administration, constamment réaffirmée avant l'intervention de la loi du 8 février 1995²⁵, ou le fait que vous vous refusiez à prononcer des injonctions d'office jusqu'à ce que la loi « justice » de 2019 vous y autorise. De fait, les grandes évolutions prétoriennes des vingt dernières années, en la matière, ont plutôt consisté, à l'inverse, à limiter les effets potentiellement perturbateurs de votre intervention, qu'il s'agisse de la modulation dans le temps des effets de l'annulation contentieuse, des annulations conditionnelles ou de l'office du juge du contrat administratif.

²⁴ Il s'agit, conformément à la vocation première du rôle du juge du référé-liberté, d'empêcher l'administration de mal faire, et non, comme il vous est demandé dans le présent litige, de lui prescrire de bien ou de mieux faire. L'office adapté défini par l'Assemblée n'est finalement qu'une alternative subtile à une autre solution qu'elle aurait pu, et à notre avis que le législateur aurait dû, retenir, qui aurait consisté à conférer à tout recours contentieux en la matière un effet suspensif de plein droit (sauf manœuvre dilatoire).

²⁵ V. notamment : CE, Section, 22 avril 1955, *Commune de Saint-Martin en Vercors*, au Rec. p. 203 ; CE, 22 décembre 1969, X, n° 77183, aux T. ; CE, 25 mai 1988, *T...*, n° 86265, aux T. Comme l'indique le Pr Chapus, « le refus jurisprudentiel des injonctions à titre principal peut être justifié par les exigences du principe de la séparation des pouvoirs » (DCA, § 1091).

En tout état de cause, à supposer qu'on abatte la barrière psychologique et qu'on accepte, au nom de la sauvegarde de la dignité des détenus, d'envisager d'introduire prétoriennement un article L. 521-2 *ter* dans le CJA, **nous ne sommes pas convaincu de l'opportunité et de la nécessité d'une telle démarche.**

De **l'opportunité**, d'abord, parce que la CEDH n'a pas fait disparaître les excellentes raisons qui vous ont conduit à la décision de 2007 et que nous avons rappelées liminairement. Les habits qu'on voudrait faire porter au juge du référé-liberté ne sont tout simplement pas taillés pour lui. Ce n'est pas à lui de fixer le montant des crédits du programme 107 de la loi de finances ou d'assurer le suivi du chantier de construction du futur centre de détention de Koné. L'exigence d'immédiateté des mesures que vous avez posée va d'ailleurs de pair avec le **besoin de certitude** : plus l'horizon temporel est éloigné, plus l'éventail des remèdes pertinents s'élargit, sans qu'il soit légitime de contraindre l'autorité compétente à choisir l'un plutôt que l'autre et, en particulier, à retenir celui que réclame le requérant ; et plus l'évolution des circonstances peut frapper les mesures prononcées d'obsolescence ou d'inadéquation, voire de contre-productivité en raison d'effets de bord non anticipés, sans qu'on puisse raisonnablement exiger du juge des référés, dont les moyens sont eux-mêmes comptés, qu'il intervienne à tout bout de champ pour les modifier, jusqu'à la résolution complète du problème. Même le **juge de l'excès de pouvoir**, statuant dans une formation collégiale et au terme d'une instruction plus approfondie, ne peut enjoindre à l'Etat que de prendre les mesures impliquées nécessairement par les motifs de son annulation, au vu des circonstances de droit et de fait sur la base desquelles il s'est prononcé.

La crise sanitaire de la covid-19 a certes montré à quel point le juge des référés était capable d'impressionnantes prouesses. Mais cette séquence ne doit pas nourrir le fantasme d'une justice « en temps réel » et, plus largement, l'illusion qu'un juge, quelle qu'en soit l'expertise et l'intelligence, serait toujours à même de prendre la bonne décision, ce qui légitimerait la dilatation continue de ses pouvoirs. A céder à l'hybris contentieux, on risque d'affaiblir la crédibilité, donc l'efficacité, de la juridiction administrative. Nous plaçons au contraire pour un exercice humble mais réaliste et concret de sa mission²⁶. Il y a d'ailleurs, à cet égard, une

²⁶ C'est aussi la raison pour laquelle nous sommes tout à fait convaincu, comme l'auteur de l'ordonnance *Ministre de l'intérieur c/ Commune de Saint-Leu* du 13 août 2013 (n° 370902) qu'il ne servirait strictement à rien, sinon à placer les parties dans l'impasse et à les conduire à se disputer une victoire médiatique, de permettre au juge du référé liberté de prescrire, sans autre précision, « toutes mesures » pour remédier à l'atteinte constatée, incluant implicitement des mesures de long terme. Cela reviendrait à masquer l'impuissance derrière la généralité des mots. Vous acceptez en revanche que le juge des référés se contente de prescrire la prise de toutes mesures non pérennes tendant à résoudre un problème précis, en laissant à l'administration le choix des moyens pour y parvenir (décision SFOIP de 2017 : « *toutes les mesures qui apparaîtraient de nature à améliorer,*

forme d'impasse dans le raisonnement de la Cour européenne, qui regrette que le juge des référés ne puisse prononcer des mesures beaucoup plus audacieuses, tout en constatant que celles qu'il ordonne aujourd'hui se heurtent déjà à des problèmes d'exécution...

Au-delà de l'opportunité, nous ne sommes surtout pas convaincu de la **nécessité juridique** de débrider votre office, au vu d'une **évolution aussi récente que spectaculaire du cadre juridique en matière de préservation de la dignité des détenus**. Par sa décision n° 2020-858/859 QPC du 2 octobre dernier, le Conseil constitutionnel a jugé contraires à la Constitution les dispositions de l'article 144-1 du code de procédure pénale qui définissent les cas dans lesquels le juge judiciaire doit ordonner la mise en liberté immédiate de la personne placée en détention provisoire, au motif qu'elles ne prévoient pas la possibilité de libérer une personne détenue dans des conditions contraires à la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation, principe à valeur constitutionnelle. A peine d'abrogation pure et simple des dispositions litigieuses, le législateur doit mettre en place, d'ici le 1^{er} mars 2021, un recours, ou un ensemble de recours, permettant au prévenu d'obtenir qu'il soit mis fin aux atteintes à sa dignité résultant des conditions de sa détention provisoire, y compris par une libération.

Vous noterez que, tout en prescrivant aux autorités judiciaires et administratives de veiller à ce que la privation de liberté des personnes placées en détention provisoire soit, en toutes circonstances, mise en œuvre dans le respect de la dignité de la personne, et aux autorités et juridictions compétentes de prévenir et réprimer les agissements portant atteinte à leur dignité, le Conseil a rappelé au paragraphe 15 de sa décision que les mesures que le juge des référés-liberté était susceptible de prononcer pouvait dépendre de la possibilité pour l'administration de les mettre en œuvre utilement et à très bref délai, de sorte que son intervention ne garantissait pas, en toutes circonstances, qu'il soit mis fin à la détention indigne. Ce faisant, le Conseil constitutionnel ne semble pas avoir livré sa propre interprétation de l'article L. 521-2 du code de justice administrative²⁷, mais simplement avoir pris acte de votre jurisprudence constante, comme en atteste le visa de la décision SFOIP de 2017. Mais en tout état de cause, nous décelons dans ce motif et, plus largement, dans sa décision, une confirmation de l'idée, que nous avons exprimée, que **la balle est désormais dans le camp du législateur**, et non dans celui du juge.

dans l'attente d'une solution pérenne, les conditions matérielles d'installation des détenus, notamment en ce qui concerne la luminosité et l'aération des cellules »).

²⁷ Laquelle ne s'imposerait pas à vous au titre de l'article 62 de la Constitution, puisque le Conseil constitutionnel ne s'est pas prononcé sur la conformité de l'article L. 521-2 du code de justice administrative à la Constitution.

Tel n'a toutefois pas été le sentiment de la Cour de cassation. Parallèlement au renvoi de la QPC qui a donné lieu à cette décision du Conseil constitutionnel, la chambre criminelle, abandonnant une jurisprudence dont l'encre était à peine sèche²⁸, a cru devoir interpréter les mêmes dispositions du code de procédure pénale, à la lumière des engagements conventionnels de la France, comme lui imposant de mettre en place elle-même un recours préventif et effectif pour faire cesser une violation de l'article 3 de la Convention européenne²⁹.

Il appartient donc d'ores et déjà à la chambre de l'instruction, saisie d'une demande crédible en ce sens, de former sa conviction sur la réalité de l'indignité de la situation de détention provisoire du requérant et, lorsqu'elle constate qu'il n'y a pas été remédié, **d'ordonner sa mise en liberté**, le cas échéant sous contrôle judiciaire ou avec assignation à résidence avec surveillance électronique³⁰.

Vous noterez que, pour l'application de l'article 61-1 de la Constitution, le Conseil constitutionnel n'a, pour sa part, pas cru devoir tenir compte de cette interprétation dans son examen de constitutionnalité, au motif qu'elle avait seulement pour but d'assurer la conformité de la loi aux engagements internationaux de la France (paragr. 9). Mais il vous appartient évidemment, pour ce qui vous concerne, d'en prendre acte, d'autant qu'elle est de nature à modifier significativement les données du problème qui vous est soumis.

En effet, au moins dans l'attente de la réforme législative à venir³¹, le juge judiciaire constitue l'ultime garant contre, mais aussi, d'une certaine manière, le premier sinon le seul responsable d'une méconnaissance avérée de l'article 3 de la convention européenne à raison de l'indignité des conditions de détention provisoire d'une personne en particulier. Car la violation de la convention est toujours constatée par la Cour dans le chef de sa victime directe – en l'occurrence, un détenu. Par conséquent, une condamnation ne pourrait résulter par elle-même de la carence de l'administration pénitentiaire dans la gestion d'un établissement ou de l'insuffisance des mesures que le juge des référés lui enjoindrait de prendre, qu'elle concerne un détenu en particulier ou l'ensemble de l'établissement, mais seulement, *in fine*, d'une erreur d'appréciation du juge judiciaire dûment saisi, qui aurait dû ordonner la libération de l'intéressé pour mettre fin à l'inconventionnalité. En caricaturant, si les mesures ordonnées par le juge des référés-liberté n'ont pas permis de résoudre la situation, parce qu'elles

²⁸ Cass. Crim., 18 septembre 2019, n° 19-83950, au Bull.

²⁹ Elle s'était déjà affranchie de la lettre de la loi en permettant la remise en liberté d'un prévenu lorsque son état de santé était incompatible avec sa détention (Cass. Crim. 29 février 2012, n° 11-88441, au Bull.).

³⁰ Arrêt n° 1400 du 8 juillet 2020, n° 20-81739, au Bull.

³¹ On peut penser que cette réforme confirmera l'existence de la possibilité ouverte à la chambre de l'instruction par la jurisprudence de la Cour de cassation. Il est douteux en effet que, à supposer qu'il en ait l'idée, le législateur puisse confier cette compétence au juge administratif, au nom d'une bonne administration de la justice, sans se heurter à l'article 66 de la Constitution, dont la Cour a d'ailleurs pris soin de rappeler les termes.

n'étaient pas suffisantes ou n'ont pas été suivies d'effet, le juge judiciaire doit ordonner la libération des détenus qui se présentent à lui jusqu'à ce que la résorption de la surpopulation carcérale, conjuguée à l'amélioration des conditions générales de détention, permettent d'en restaurer la dignité. La jurisprudence européenne citée par la SFOIP³², selon laquelle le redressement de la situation d'un détenu ne suffit pas à purger le vice d'inconventionnalité si les conditions de détention ne sont pas améliorées à l'échelle de l'établissement, ne s'explique, selon ses propres termes, que parce que, dans un établissement sur-peuplé, l'amélioration des conditions de détention de l'un se fait quasi-mécaniquement au détriment des autres. C'est exactement le contraire en cas de libération. Et cette faculté fait d'ailleurs désormais obstacle, à notre avis, à ce que la Cour européenne rende un arrêt pilote en la matière.

Les évolutions jurisprudentielles que nous avons mentionnées ne concernent, à ce jour, que la **détention provisoire**. Représentant plus d'un tiers des détenus, elle est certes l'une des principales contributrices de la surpopulation carcérale ; mais on trouve aussi dans les maisons d'arrêt engorgées - et les quartiers « maison d'arrêt » des établissements pour peine – les détenus condamnés à une peine courte, inférieure à deux ans³³. Le raisonnement conduit par la Cour de cassation nous paraît toutefois voué à être transposé aux personnes condamnées, ce que laisse d'ailleurs entendre sa motivation englobante. L'article 3 de la convention européenne ne permet pas de justifier des conditions de détention indignes par des considérations d'ordre public, y compris la circonstance que le détenu a fait l'objet d'une condamnation définitive et que sa remise en liberté pourrait menacer la société³⁴. Le Conseil constitutionnel, quant à lui, ne semble pas envisager de mettre en balance le principe de la sauvegarde de la dignité de la personne humaine avec l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public³⁵, ce qui pourrait ouvrir la voie à une loi prescrivant la suspension de la peine pour ce motif³⁶. Quoiqu'il en soit, l'article 707 du code de procédure pénale prescrit déjà aux juridictions de l'application des peines de tenir compte des conditions matérielles de détention et du taux d'occupation de l'établissement pénitentiaires dans les décisions d'aménagement de peine.

³² V. notamment , CEDH, 10 mars 2015, Varga et autres c. Hongrie, n° 14097/12 et a., §. 61-63.

³³ V. le 2nd alinéa de l'article 717 du code de procédure pénale, qui vise aussi les condamnés auxquels il reste à subir une peine d'une durée inférieure à un an.

³⁴ V. en ce sens J. Frinçaboy, *Vers l'effectivité du recours juridictionnel préventif en cas de conditions indignes de détention*, AJ Pénal, 2020, p. 404 ; J. Falxa, *Indignité des conditions de détention et office du juge judiciaire : place aux droits fondamentaux*, Recueil Dalloz, 2020, p. 1774.

³⁵ A la date des présentes conclusions, le commentaire aux cahiers de la décision n'était pas encore disponible.

³⁶ Par modification de l'article 720-1-1 du code de procédure pénale, qui prévoit déjà une telle suspension pour motif médical.

Pour l'ensemble de ces raisons, l'arrêt de la Cour européenne ne nous paraît appeler aucune modification de principe de l'office du juge du référé liberté tel que vous l'avez défini.

*

Indépendamment de cette condamnation, nous voudrions toutefois faire quatre brèves remarques sur cet office :

- en premier lieu, nous avouons être aussi circonspect que les auteurs de la récente et excellente chronique à l'AJDA consacré au référé liberté³⁷ quant à la façon de prendre en compte les **moyens dont dispose l'administration**, ce qui renvoie aux incertitudes rédactionnelles sur ce qui doit être « caractérisé » pour justifier le prononcé de mesures. Dans certaines décisions³⁸, le juge des référés exige que ce soit la carence de l'administration qui soit caractérisée, ce qui justifie assez logiquement la prise en compte des moyens - une carence de l'administration qui n'a aucune excuse matérielle ou juridique serait plus aisément caractérisée. Mais cette « barrière à l'entrée » et ce glissement d'une obligation de résultats vers une simple obligation de moyens³⁹ éloignent du texte et privent potentiellement le requérant de la satisfaction morale d'avoir vu reconnaître une atteinte grave et manifestement illégale à l'une des libertés fondamentales dont il jouit. C'est la raison pour laquelle d'autres décisions, dont la décision *SFOIP* de 2017⁴⁰, s'attache à identifier l'existence d'un « danger caractérisé et imminent »⁴¹ pour la vie ou encore une carence de nature à exposer des personnes, « de manière caractérisée » à des traitements inhumains et dégradants⁴². Mais dans ce

³⁷ C. Malverti et C. Beaufile, *Le référé en liberté*, AJDA 2020, p. 1154.

³⁸ JRCE, 15 avril 2020, *Union nationale des syndicats Force Ouvrière Santé privée et autres*, n° 440002, aux T. ; JRCE, 7 mai 2020, *Garde des sceaux c/ Ordre des avocats du barreau de Martinique*, n° 440151, aux T.

³⁹ S'y ajoute une ambiguïté sur la prise en compte des mesures déjà prises par l'administration, voire de celles qu'elle s'est engagée à prendre, pour apprécier l'existence d'une carence portant atteinte de façon grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale. S'il s'agit simplement de prescrire au juge des référés d'apprécier l'existence et la gravité de l'atteinte à l'aune de la situation de droit et de fait à la date à laquelle il se prononce, y compris en intégrant des mesures futures mais suffisamment probables, alors cette condition relève de l'évidence. Si, en revanche, elle consiste à admettre que le juge puisse renoncer à faire usage de ses pouvoirs parce que l'administration a fait ses meilleurs efforts pour remédier à l'atteinte, elle nous paraît éminemment critiquable, au moins en présence d'une liberté fondamentale qui ne souffre aucune entorse, comme c'est le cas de l'interdiction des traitements inhumains et dégradants.

⁴⁰ La décision elle-même oscillant sur la manière de prendre en compte les moyens de l'administration. V. O. Le Bot, *Référé-liberté à la maison d'arrêt de Fresnes : les limites de l'article L. 521-2*, AJDA, n° 44, déc. 2017, pp. 2540-2546.

⁴¹ CE, Section, 16 novembre 2011, *Ville de Paris*, n° 353172, au Rec.

⁴² CE, 31 juillet 2017, *Commune de Calais et ministre d'Etat, ministre de l'intérieur*, n° 412125-412171, au Rec.

cas, seul le résultat compte ; soit la situation du requérant révèle une violation de l'article 3, et on ne voit pas pourquoi on nierait l'existence d'une atteinte grave et manifestement illégale en tenant compte des moyens matériels de l'administration à ce stade ; soit ce n'est pas le cas, et la condition de fond n'est pas remplie, sans qu'il soit besoin de faire intervenir des considérations de moyens. Il nous semble que les contraintes humaines, matérielles et juridiques de l'administration ont vocation à être prises en compte en aval, au stade de la définition des mesures que le juge des référés est susceptible de prononcer, le cas échéant, comme cela a déjà été fait, en leur conférant un caractère conditionnel⁴³, afin d'éviter que les injonctions du juge ne soient que des vœux pieux⁴⁴. Le résultat pratique, nous l'admettons, n'est pas fondamentalement différent.

- la deuxième remarque tient à la référence que fait la décision SFOIP aux « choix de politique publique ». Nous n'y voyons pas une justification autonome des limitations apportées aux pouvoirs du juge des référés, mais un indice et une explicitation du caractère structurel et pérenne de la mesure demandée, qui est la considération déterminante pour délimiter les contours de son office ;
- la troisième remarque est que les tribunaux peuvent, depuis l'intervention de la loi « justice » de 2019, assortir d'office d'une **astreinte** les injonctions qu'ils prononcent dès leur première décision, conformément aux dispositions de l'article L. 911-3 du code de justice administrative. Cette faculté⁴⁵ pourrait opportunément être rappelée

⁴³ V. pour cette pratique : JRCE, 24 février 2001, *T...*, n° 230611, au Rec. A titre d'exemple, dans les contentieux où existe un conflit de répartition (nombre de places limitées...), l'injonction d'attribuer l'avantage pourrait être subordonnée à la condition qu'au terme d'un examen de l'ensemble des demandes adressées à l'administration, le requérant soit effectivement prioritaire sur les autres. Nous décelons la même logique dans l'avis L... du 1er juillet 2020 (n° 436288, au Rec.) à propos des rendez-vous en préfecture proposés aux demandeurs de titres de séjour - et, surtout, dans les conclusions de Guillaume Odinet dans cette affaire : « *Les moyens de l'administration, quant à eux, ne peuvent évidemment être totalement ignorés. En revanche, ils ne nous paraissent pas déterminer directement le caractère raisonnable ou non du délai ; en d'autres termes, le délai ne doit pas être raisonnable au regard des moyens de l'administration – sans quoi le délai observé sera toujours ou presque raisonnable –, il doit être raisonnable au regard de la situation du demandeur et de l'objet de sa demande. Ce n'est à nos yeux qu'à un stade aval, nous allons y revenir, que les moyens de l'administration peuvent être pris en compte, dans les injonctions qui lui sont adressées* ».

⁴⁴ Alternativement, elle pourrait se loger dans l'appréciation de l'opportunité des mesures qui appartient normalement au juge des référés, même en présence d'un texte qui semble l'obliger à prononcer des mesures lorsque les conditions sont réunies (CE, 16 avril 2012, *Commune de Conflans-Sainte-Honorine et autres et collectif inter-associatif du refus des nuisances aériennes et H...*, n° 355792-355867, au Rec.). Nous remarquons toutefois que la décision SFOIP de 2017 emploie une tournure impérative et que la jurisprudence *Sté Robert Nioche et ses fils* (n° 230637, aux T.) n'a jamais été étendue au référé-liberté.

⁴⁵ L'étude d'impact de la loi « justice » de 2019 indique que le Conseil d'Etat se reconnaissait déjà cette possibilité sur le fondement de l'article L. 911-5 CJA. Mais cette disposition porte sur les astreintes curatives (ex

dans votre décision. A ce titre, le Conseil d'Etat, juge d'appel, pourrait tout à fait ajouter une astreinte aux mesures prononcées par le premier juge, si nécessaire. En revanche, les autres modifications apportées par cette loi aux dispositions relatives à l'exécution des décisions n'appellent pas de réexamen des possibilités et des prohibitions que vous avez posées en 2017. Du reste, l'arrêt *JMB c/ France* déplore davantage l'inexécution concrète par l'administration des mesures ordonnées que la faiblesse des pouvoirs du juge ou de la Section du rapport et des études ;

- la dernière remarque est plus fondamentale : si la perspective d'une libération du détenu par le juge judiciaire peut sembler vous « soulager » sur le plan institutionnel, si vous nous permettez l'expression, il nous semble surtout qu'elle vous **oblige**. Car il s'agit d'une mesure à la fois extrême, qui n'a vocation à être prononcée qu'en dernier recours, et très insatisfaisante, car elle sonne comme un aveu d'échec et peut entraîner, en pratique, de fâcheuses conséquences pour la société. Elle pose d'ailleurs de troublantes questions opérationnelles, notamment dans l'arbitrage entre des demandes concurrentes émanant de détenus placés dans des situations analogues au sein du même établissement. Elle constitue en tous les cas un puissant aiguillon pour l'administration pénitentiaire, mais aussi pour vous. **Aussi, si nous plaignons pour que vous examiniez les appels dont vous êtes saisi dans le cadre jurisprudentiel actuel, sans verser dans une forme de surenchère juridictionnelle, nous vous invitons à en explorer toutes les potentialités. Rien que les pouvoirs, mais tous les pouvoirs du juge des référés.** A cet égard, la principale souplesse sur laquelle vous pourriez jouer concerne l'échéance à laquelle les mesures demandées sont susceptibles de produire effet : dès lors que leur mise en œuvre peut être enclenchée à très bref délai – sans qu'il soit besoin d'études approfondies ou d'arbitrages - et que leurs effets sont à la fois bien circonscrits, pas excessivement lointains et aussi réversibles que possible, il nous semble envisageable de les ordonner. Il en va ainsi, en particulier, lorsque l'administration elle-même vous indique en avoir acté le principe : vous pouvez alors vous autoriser à lui enjoindre d'engager sans délai la mise en œuvre du projet.

Pour le reste, et même si cela n'est pas de nature à répondre aux doléances de la Cour européenne, c'est plutôt vers le **juge de l'excès de pouvoir**, qui peut tout à fait prononcer des injonctions structurelles, le cas échéant d'office désormais, qu'il convient à notre avis de faire porter les efforts :

- d'une part, par un **traitement prioritaire de ces contentieux**, en raison de leur enjeu ;

post) et non préventives. C'est l'article L 911-3 qui s'applique en pareil cas (V. par ex. CE, Ass., 26 octobre 2001, *T...*, n° 197018, au Rec). Nous n'avons pas trouvé d'exemple d'astreinte préventive d'office émanant du Conseil d'Etat.

- d'autre part, en lui permettant d'apprécier la légalité d'un refus de prendre des mesures correctrices à la **date de sa décision**, plutôt qu'à la date du refus, afin de lui permettre de prendre en compte la situation actuelle des détenus.

*

Après ces longs développements, il est grand temps de passer aux travaux pratiques, non sans relever que la requête d'appel de la SFOIP se place sur un terrain de principe plus qu'elle n'élève un débat factuel.

Nous ne nous attarderons pas sur le **caractère indigne des conditions de détention**. Il touche principalement le centre de détention – qui prend la forme de containers maritimes ayant remplacé les deux quartiers démolis, la maison d'arrêt pour hommes et le quartier des mineurs. Certes, la baisse sensible du nombre de détenus depuis le passage de la contrôleur générale, largement imputable aux mesures d'adaptation à la crise sanitaire, a permis de ramener la maison d'arrêt à l'équilibre alors que le taux d'occupation s'élevait à 130 % en octobre 2019. Mais le centre de détention reste légèrement surpeuplé – plus de 112 %. Et en tout état de cause, cette sur-occupation est un facteur aggravant du délabrement avancé et de l'inadaptation des locaux, comme c'est le cas également du quartier des mineurs, qui est loin d'être saturé. Si l'administration soutient avoir déféré à l'essentiel des injonctions du juge des référés du tribunal, elle n'a pas remédié aux principales difficultés constatées par la contrôleur générale ni garanti le respect de l'article 3 de la convention, ce qu'elle ne soutient d'ailleurs pas dans ses dernières écritures.

C'est, naturellement, parce que **la plupart des mesures nécessaires et réclamés relèvent du moyen et du long termes**, de sorte que, comme l'a jugé à bon droit le premier juge, elles excèdent certainement l'office du juge du référé liberté comme « mettre fin à l'hébergement dans des conteneurs maritimes de façon définitive et inconditionnelle », « mettre fin à la sur-occupation des cellules de façon définitive et inconditionnelle » ou encore « réquisitionner tout bâtiment public situé à proximité de Nouméa pour le transformer en centre de semi-liberté ». Il en va de même de la mise aux normes sanitaires et incendie de la cuisine du centre pénitentiaire et son raccordement au réseau de gaz, qui appellent, comme l'indique la contrôleur générale, une « *restructuration complète* », c'est-à-dire une opération impliquant des travaux lourds. Par ailleurs, le temps excessif passé en cellule résulte largement de problèmes structurels – manque d'emplois à proposer aux détenus, manque de salles d'enseignement, insuffisance des terrains de sport et absence de salle de sport, faible accessibilité pratique de la bibliothèque, qui est inhérente à la configuration des lieux... - et il ne vous appartient pas d'y remédier.

Sur un sujet connexe, le dépassement, dans les bâtiments à régime « porte ouverte », de la durée nocturne de douze heures prévu par l'article 4 du règlement intérieur type des établissements pénitentiaires annexé à l'article R. 67-6-18 du code de procédure pénale appellerait une mesure d'organisation pérenne des services. Et nous ne pensons pas qu'il y ait lieu de l'ordonner à titre provisoire car ce dépassement n'est que de deux heures et il concerne des détenus qui peuvent profiter des cours de promenade matin et après-midi. Et vous pouvez difficilement enjoindre de repousser immédiatement la fermeture nocturne, actuellement fixée à 17 h, alors que le soleil se couche avant 18 h à Nouméa.

Enfin, nous pensons, en tout état de cause, qu'il ne vous revient pas non plus d'ordonner l'élaboration de procédures transparentes en matière d'accès à l'emploi, qui constitue là aussi une mesure pérenne d'organisation des services⁴⁶.

Vous n'êtes pas réduit à l'impuissance pour autant.

Sous réserve des éléments qui vous seraient apportés à la barre, l'aménagement des **cours de promenade** nous paraît appeler des mesures complémentaires :

- en ce qui concerne la vaste cour du **quartier des mineurs**, les recommandations déplorent l'absence d'abri permettant de se protéger du soleil et des intempéries. Cette situation est de nature à aggraver le problème identifié du manque de possibilités de sortie et de l'enfermement quasi-continu en cellule qui en découle. Elle caractérise donc une atteinte justifiant l'intervention du juge du référé liberté pour prononcer une mesure qui peut être engagée à très bref délai, au moins par un aménagement provisoire. Le garde des sceaux vous indique en revanche que la question des points d'eau et des urinoirs a été provisoirement réglée et que les travaux définitifs seront réalisés d'ici la fin de l'année ;
- nous sommes du même avis s'agissant du **centre de détention fermé**, où à l'absence d'abris s'ajoute l'absence de toilettes⁴⁷. Le juge du référé liberté a déjà pu enjoindre à l'administration d'installer des latrines provisoires pour accueillir les migrants à Calais (CE, 31 juillet 2017, *Commune de Calais et ministre d'Etat, ministre de l'intérieur*, n° 412125-412171, au Rec.), ce qui montre qu'une telle mesure n'excède pas ses

⁴⁶ V. par analogie, pour la définition de critères explicites et publics permettant d'inciter les détenus éligibles à solliciter la grâce présidentielle : JRCE, 8 avril 2020, *SFOIP*, n° 439827.

⁴⁷ Le juge des référés du tribunal constate en revanche qu'il n'est pas contesté que les cours sont pourvues en point d'eau.

attributions. En l'occurrence, des sanitaires sont certes disponibles dans les cellules mais il est hautement souhaitable que des commodités soient aussi offertes en extérieur compte tenu de la surpopulation et des problèmes d'intimité liés à l'usage des sanitaires en cellule. C'est ce que nous vous proposons, sous réserve que la configuration des lieux et, en particulier, la superficie des cours n'y fasse pas obstacle. Les parties pourront peut-être vous éclairer sur ce point à la barre. Il en va de même de la **maison d'arrêt**, sous réserve que les deux cours de promenade ne soient pas déjà équipées en sanitaires, ce qui ne ressort pas clairement du dossier. Vous pourrez aussi ordonner l'achat de petits équipements permettant d'accomplir une activité physique et une rénovation n'impliquant pas de travaux lourds, comme le juge des référés l'a fait dans une ordonnance du 4 avril 2019 (n° 428747), ce qui vise, concrètement, des réparations et petites améliorations, mais non le bitumage ou un réagencement complet.

- en ce qui concerne la partie « ouverte » du **centre de détention**, des travaux et achats d'équipement ont été réalisés pour plusieurs cours en 2019 et le revêtement de deux autres a été refait en avril 2020. Le juge des référés a par ailleurs enjoint à l'administration, non sans une certaine audace compte tenu des travaux de réseaux et de plomberie nécessaires, de résoudre le problème des remontées d'égouts lors de la saison des pluies. Il nous paraît en revanche difficile d'ordonner à l'administration d'y installer des équipements sportifs, abris, points d'eau et urinoirs compte tenu de l'extrême exigüité de ces cours, qui offrent à peine plus d'un m² par personne. Il y a là un problème structurel qui doit amener l'administration à repenser la configuration des lieux. Aucune injonction additionnelle ne peut donc être prononcée sur ce point ;
- enfin, les cours de promenade des **quartiers d'isolement et disciplinaire** sont en réalité des salles de promenade installés dans des containers mal éclairés et aérés. Mais le dossier ne fait pas ressortir qu'il serait possible d'organiser les promenades dans les autres cours ou de modifier la configuration des lieux pour permettre des promenades à l'air libre. Vous pourrez interroger la Chancellerie sur ce point également.

S'agissant des **conditions de vie en cellule**, il faut rappeler que, selon la jurisprudence de la Cour européenne⁴⁸, un espace individuel dans une cellule collective qui est inférieur à 3 m² est constitutif d'un traitement inhumain et dégradant, sauf si la réduction d'espace est courte, occasionnelle et mineure ; entre 3 et 4 m², le manque d'espace ne caractérise une violation

⁴⁸ CEDH, Gd ch., 20 octobre 2016, *Mursic c/ Croatie*, 7334/13.

que s'il s'accompagne de conditions matérielles dégradées, comme un défaut d'accès à la cour de promenade ou à l'air libre, un défaut d'aération, des températures excessives, une absence d'intimité dans les toilettes ou des conditions d'hygiène douteuses.

En l'espèce, le juge des référés a constaté que l'espace individuel n'était pas systématiquement inférieur à 3 m² - ce qui signifie en creux que tel était le cas pour certains détenus. Mais la baisse très sensible de la population dans ce quartier, depuis lors, donne à penser que cette norme minimale est désormais respectée. On peut toutefois douter que chaque détenu dispose d'au moins 4 m², le ministre vous indiquant qu'il est toujours recouru aux matelas au sol, quoique de façon nettement moins fréquente qu'auparavant⁴⁹. Dans la mesure où cet état de fait appelle des mesures structurelles qui échappent à votre compétence, il y a seulement lieu de vous assurer que les autres conditions matérielles de détention sont acceptables et, le cas échéant, d'ordonner les mesures permettant de les améliorer.

Le couchage sur des matelas au sol ne caractérise pas, en soi, une situation de détention indigne. Dans la mesure où il est déjà recouru aux lits superposés doubles et qu'il ne ressort pas de l'instruction que la hauteur des cellules permettrait d'en ajouter un troisième, il n'y a pas matière à injonction sur ce point.

L'**aération** des cellules a été jugé, allusivement, suffisante pour le juge des référés en raison de la taille des ouvertures, sans que la SFOIP n'apporte d'élément complémentaire. Elle paraît, en tous les cas, difficile à améliorer à très bref délai, si ce n'est en procédant au remplacement ou à la réparation des **fenêtres défectueuses et vitres cassées ou manquantes**, ce qui relève de l'entretien courant. Nous vous invitons à prononcer cette mesure, sous réserve naturellement que ce sujet n'ait pas déjà été réglé.

Le juge des référés a relevé que **l'éclairage** n'était pas suffisant pas en raison de la faible puissance des ampoules. Il a toutefois estimé que cette seule circonstance n'emportait pas une atteinte grave et manifestement illégale à la dignité des détenus. Il y a là une erreur de raisonnement puisqu'il y a lieu, au moins en cas de surpopulation et en présence d'une situation aussi dégradée que celle de l'espèce, d'apprécier globalement les conditions matérielles de détention et d'ordonner les **mesures raisonnables de correction, d'atténuation ou de compensation** destinées à améliorer le quotidien des détenus, quand bien même chaque problème auquel elles répondent, pris isolément, n'aurait pas justifié l'intervention du juge du référé liberté faute d'atteindre à lui seul un seuil de gravité suffisant. Si elles sont effectivement mises en place, ces mesures pourront d'ailleurs convaincre le juge

⁴⁹ 32 au 28 septembre 2020, contre 89 au 2 mars 2020.

judiciaire de ne pas ordonner la libération. Par ailleurs, il ne faut pas sous-estimer l'importance physiologique d'une luminosité suffisante, fût-elle artificielle, dans une pièce occupée plus de douze heures par jour. Vous pourrez donc enjoindre à l'administration d'améliorer la luminosité, ce qui passera concrètement par l'installation d'ampoules plus puissantes. En revanche, amener davantage de lumière naturelle supposerait des travaux de structure.

Dès lors que l'administration vous indique de manière crédible et suffisamment étayée que les travaux de **rénovation des cellules**, notamment au niveau de la peinture, vont être lancés, et que chaque cellule va être équipée d'un **réfrigérateur**, vous pourrez écarter toute atteinte grave et manifestement illégale à la dignité des détenus sur ces points. S'agissant de la demande d'une poubelle par cellule, le juge des référés a relevé que des sacs poubelles étaient distribués et la SFOIP ne le conteste pas. De même, il a relevé que le système d'interphone fonctionnait.

S'agissant des **toilettes**, la Cour européenne exige d'offrir un accès à des installations sanitaires complètement séparées du reste de la cellule collective, de manière à garantir un minimum d'intimité. Elle s'appuie sur les recommandations du comité européen pour la prévention de la torture selon lesquelles les toilettes des cellules collectives doivent être entièrement cloisonnées, du sol au plafond. Ce cloisonnement peut consister, au moins provisoirement, en un simple rideau⁵⁰. Elle juge enfin que, si un manque d'intimité lié à un cloisonnement partiel peut entraîner une violation de l'article 8, il ne caractérise pas, à lui seul, celle de l'article 3⁵¹.

En l'espèce, les toilettes des containers maritimes se trouvent dans un renforcement et sont séparées du reste de la cellule par une cloison murale ou par un rideau. Mais, là encore, sous réserve des précisions qui pourraient vous être apportées à la barre, l'occultation n'est que partielle et l'intimité n'est donc pas complètement garantie.

Le garde des sceaux met en avant, sans détail, des impératifs de sécurité liés à la nécessité d'éviter les angles morts échappant à la surveillance du personnel et de prévenir les suicides et automutilations. Ces considérations, à les supposer avérées, seraient pertinentes et suffisantes au regard du droit au respect de la vie privée, qui doit être mis en balance avec les

⁵⁰ CEDH, 10 janvier 2012, *Ananyev et a. c/ Russie*, n° 42525/07 et 60800/08, § 193.

⁵¹ CEDH, 15 décembre 2015, *Szafranski c/ Pologne*, n° 17249/12, § 27 et 38 ; CEDH, 25 avril 2013, *Canali c/ France*, n° 40119/09, § 52. V. aussi JMB c/ France, § 257 : « la Cour rappelle qu'elle a déjà jugé qu'une annexe sanitaire qui n'est que partiellement isolée par une cloison n'est pas acceptable dans une cellule occupée par plus d'un détenu ».

considérations d'ordre public. En revanche, elles ne justifieraient pas une atteinte à l'article 3 qui consacre un droit absolu. La Cour européenne a d'ailleurs balayé ces justifications dans son arrêt *JMB et autres* au motif que le cloisonnement partiel constitue, en tout état de cause, un facteur aggravant du manque d'espace.

Pour autant, et même si l'installation de rideaux intégralement occultants ne serait évidemment pas hors de portée du juge des référés, nous n'en déduisons pas, en l'état de l'instruction, qu'il y aurait lieu d'enjoindre à l'administration d'assurer un cloisonnement total, au mépris, le cas échéant, des considérations de sécurité. La surpopulation au sein du centre de détention a significativement baissé et les mesures prononcées, notamment pour faire respecter les règles d'hygiène, comme les travaux de rénovation spontanément engagés par l'administration concourent à l'amélioration des conditions générales d'encellulement et rend ainsi incertaine la violation de l'article 3 en raison de la configuration des toilettes. Nous notons par ailleurs que vos juges des référés ont admis, à au moins deux reprises⁵², un cloisonnement partiel.

Nous sommes donc hésitant sur ce point, qui n'est pas propre au centre de Nouméa.

Afin de réexaminer cette question et, plus largement, toutes celles que le débat à la barre pourrait faire émerger, et alors que la jurisprudence européenne et judiciaire vous pousse à une utilisation plus active de vos pouvoirs, nous vous invitons, pour la première fois à notre connaissance et à titre exceptionnel, à faire usage de la faculté ouverte par la jurisprudence de Section *Ville de Paris*, rappelée par la décision *SFOIP* de 2017, en décidant que les mesures que vous prononcerez, si vous nous suivez, en sus de celles du juge des référés du tribunal administratif, pourront être complétées, précisées ou rectifiées par de nouvelles mesures susceptibles de produire effet à bref délai, par une **nouvelle décision** prise dans un délai d'un mois⁵³.

Si vous ne nous suivez pas sur ce point, vous pourrez constater, s'agissant des autres doléances qu'elle présente, que la requête d'appel de l'association n'apporte aucun élément nouveau qui devrait vous conduire à vous séparer du premier juge. Si elle insiste dans ses dernières écritures sur l'inexécution des mesures ordonnées par le juge des référés, il ne vous appartient pas d'en assurer l'exécution. Et nous ne sommes pas convaincu de la nécessité d'y

⁵² JRCE, 30 juillet 2015, *SFOIP et ordre des avocats au barreau de Nîmes*, n° 392043-392044, au Rec. ; JRCE, 4 avril 2019, *Ministre de la justice c/ SFOIP*, n° 428747.

⁵³ Si cette faculté se conçoit plus aisément dans le cas classique où le juge des référés doit mettre fin immédiatement à une action liberticide de l'administration, tout en se ménageant la possibilité de compléter un peu plus tard les mesures à prendre, elle n'est en rien exclue en cas de carence, comme le montre le rappel qu'en fait la décision *SFOIP* de 2017.

ajouter une **astreinte**, à ce stade, même si l'on peut regretter que l'échéancier des différents travaux à réaliser reste flou et que vous pourriez ordonner qu'un tel document soit produit avant votre seconde décision.

*

La requête d'appel du ministre nous retiendra moins longtemps, quoiqu'elle pose une question de principe intéressante.

Elle porte, nous l'avons dit, sur l'injonction faite à l'Etat de « *prendre dans les plus brefs délais les mesures nécessaires au recrutement et à la rémunération d'un médecin addictologue au centre pénitentiaire de Nouméa* ». Le ministère ne critique pas en appel la nécessité de l'intervention d'un tel praticien⁵⁴. Il se borne à soutenir que la compétence en matière de santé publique appartient à la Nouvelle-Calédonie, de sorte que l'Etat ne peut être contraint de procéder à un tel recrutement.

En métropole, la loi n° 94-43 du 18 janvier 1994 relative à la santé publique et à la protection sociale a transféré du ministère de la justice au ministère de la santé la responsabilité de la prise en charge sanitaire des détenus. Ces dispositions n'ont toutefois pas été rendues applicables en Nouvelle-Calédonie, qui était déjà compétente en matière de santé à la date d'adoption de cette loi⁵⁵, alors que l'Etat a récupéré en 1988 la compétence pénitentiaire qui avait brièvement été transférée au territoire en 1984⁵⁶. Dans ce qui était alors un territoire d'outre-mer, c'est l'Etat qui gère la question de la santé des détenus. Les articles D.N.C. 364 et suivants du code de procédure pénale applicable dans les territoires d'outre-mer⁵⁷ et relatif aux procédures d'exécution en Nouvelle-Calédonie prévoyaient ainsi la désignation par le haut-commissaire d'un ou plusieurs « médecins de l'établissement », praticien coordonnateur chargé notamment de proposer le concours de tout autre professionnel de santé pour l'examen et le traitement des détenus, à l'intérieur de l'établissement ou à l'extérieur⁵⁸.

⁵⁴ Se croyant en cassation, le ministre renvoie à ses écritures de première instance après annulation de l'ordonnance. Nous n'y voyons pas un véritable moyen d'appel mais, en tout état de cause, ces écritures se bornaient à indiquer que « *si le centre pénitentiaire de Nouméa ne dispose pas d'un addictologue délégué dans l'établissement, toutes les personnes détenues qui ont la possibilité de bénéficier d'une permission de sortie, peuvent se rendre chez un praticien* ». Il va de soi que cette possibilité n'offre pas une garantie équivalente.

⁵⁵ V. les dispositions combinées des articles 4 et 5 de la loi n° 84-821 du 6 septembre 1984 portant statut du territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances et le 2° de l'article 9 de la loi n° 88-1028 du 9 novembre 1988.

⁵⁶ 14° de l'article 6 et article 142 de la loi n° 88-82 du 22 janvier 1988 portant statut du territoire de la Nouvelle-Calédonie, puis 14° de l'article 8 de la loi n° 88-1028 du 9 novembre 1988.

⁵⁷ V. le décret n° 92-103 du 28 janvier 1992.

⁵⁸ Art. D.N.C 366. Le détenu qui ne peut recevoir les soins appropriés sur place est envoyé dans un établissement

Toutefois, la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 a expressément rendu applicable en Nouvelle-Calédonie la règle, figurant à son article 46, selon laquelle « *la prise en charge de la santé des personnes détenues est assurée par le service public hospitalier dans les conditions prévues par le code de la santé publique* ». Le III de son article 99 précise que l'Etat peut conclure avec les autorités compétentes du territoire une convention afin de définir les modalités d'application de cet article 46. Saisi de cette loi, le Conseil constitutionnel l'a censuré pour ce qui concerne Wallis-et-Futuna, dès lors que ce territoire n'était pas compétent en matière de santé et que, par suite, la loi procédait à un transfert de compétences qui incombe seulement au législateur organique ; en revanche, il n'a pas prononcé de censure pour ce qui concerne la Nouvelle-Calédonie, dès lors, indique le commentaire aux cahiers, que celle-ci est compétente en matière de santé en vertu de la loi organique.

Il faut en déduire que la prise en charge sanitaire des détenus à Nouméa incombe aux établissements publics de santé locaux, dans le cadre des dispositions locales régissant l'organisation et le fonctionnement des établissements de santé, mais :

- d'une part, dans le respect des règles du code de procédure pénale fixées par l'Etat et rendues applicables en Nouvelle-Calédonie, en particulier celles qui régissent les modalités d'intervention au sein de l'établissement et d'extraction, escorte et surveillance des détenus ;
- et, d'autre part, dans le cadre de la convention conclue avec l'Etat sur le fondement de l'article 99 de la loi pénitentiaire de 2009⁵⁹.

La situation n'est donc pas fondamentalement différente de la métropole. Le seul point spécifique à la Nouvelle-Calédonie tient à ce que l'Etat supporte, en vertu de l'article 21 de la loi organique de 1999, les « frais de justice pénale », ce qui inclut les dépenses exposées pour la prise en charge sanitaire des détenus.

hospitalier adapté du territoire (art. D.N.C. 382). Cette hospitalisation est faite à la diligence du chef de l'établissement sur avis du médecin de l'établissement (art. D.N.C. 384). Le paiement des frais de séjour incombant au ministère de la justice (art. D.N.C. 385).

⁵⁹ Il est troublant que la deuxième partie du code de procédure pénale propre à l'outre-mer, constituée des dispositions en R., ait été abrogé par le décret n° 2005-404 du 27 avril 2005, mais non, sauf erreur, la troisième partie (décrets simples), de sorte que les articles D.N.C. 364 et suivants ne semblent pas avoir été expressément abrogés. Il est encore plus troublant que le rapport du contrôleur général de 2011 sur la prison de Nouméa fasse référence à la procédure de désignation du médecin de l'établissement prévue à l'article D.N.C. 364 et que la convention de 2014 qui organise les relations entre l'Etat et le centre hospitalier se réfère au décret du 28 janvier 1992...

C'est ce qui explique la teneur de la convention de partenariat conclu en 2014 entre l'Etat et les centres hospitaliers relative à la dispensation des soins somatiques et psychiatriques et à la coordination des actes de prévention au sein du centre pénitentiaire de Nouméa. Celle-ci confie la prise en charge sanitaire des détenus à ces deux centres hospitaliers, le CHT gérant l'unité médicale pénitentiaire dont les membres sont simplement habilités par l'administration pénitentiaire. L'Etat joue le rôle de payeur et il participe à la gouvernance du dispositif au sein du comité de gestion et de coordination.

Dans ces conditions, il nous semble que le juge des référés peut seulement enjoindre à l'administration pénitentiaire d'accomplir toutes diligences en vue de faciliter l'accès aux soins des personnes détenues et de mettre en œuvre les pouvoirs dont il dispose pour assurer aux détenus qui en ont besoin la qualité et la continuité des soins garantie par l'article 46 de la loi pénitentiaire, dans le cadre des dispositions en vigueur (V. pour une formulation comparable : JRCE, 26 avril 2019, *Garde des sceaux c/ M...*, n° 429686).

Compte tenu de sa formulation, l'injonction litigieuse peut, sans grande difficulté, être interprétée en ce sens qu'elle implique seulement que l'Etat sollicite en urgence et à titre provisoire, auprès du centre hospitalier compétent, l'intervention d'un médecin addictologue, et qu'il s'acquitte des sommes correspondantes. On peut faire crédit au premier juge, qui a rappelé et abondamment appliqué la prohibition des mesures structurelles, de ne pas avoir ordonné le recrutement d'un médecin hospitalier par l'Etat ni même la négociation d'un avenant à la convention.

PCMNC :

- **au rejet de la requête du ministre ;**
- **à ce que vous ordonniez à l'administration de prendre les mesures précédemment mentionnées ;**
- **à ce que vous décidiez que des mesures complémentaires ou modificatives, susceptibles de produire effet à bref délai, pourront être prises par une nouvelle décision intervenant dans un délai d'un mois ;**
- **au rejet des conclusions de la requête en tant qu'elles portent sur les mesures insusceptibles de produire effet à bref délai ;**
- **et à ce qu'une somme de 3000 euros soit mise à la charge de l'Etat au titre des frais irrépétibles.**