

## **CONCLUSIONS**

### **M. Thomas JANICOT, Rapporteur public**

1. En dépit de son interdiction, vous savez que la consommation de drogues est une pratique courante dans les prisons. La prévalence des addictions parmi les personnes incarcérées est bien plus importante qu'en milieu ouvert, puisqu'un tiers des détenus présenterait une addiction à une substance qui n'est ni le tabac, ni l'alcool<sup>1</sup>. Certains consommaient déjà des drogues avant leur entrée en prison et poursuivent cette pratique en détention. D'autres commencent à en consommer durant cette période, notamment pour surmonter les difficultés liées à l'enfermement ou la violence intra-carcérale, dans un contexte de surpopulation. Cette situation soulève un véritable enjeu de santé publique, la prévalence du VIH et des hépatites virales étant six à dix fois plus importante en prison qu'à l'extérieur, en raison notamment du partage du matériel d'injection<sup>2</sup>.

Au cours des vingt dernières années, une quinzaine de pays ont expérimenté des programmes de réduction des risques liés à l'usage de la drogue en prison, en offrant un accès à des traitements de substitution aux opiacés, en facilitant l'accès à des préservatifs ou en créant des programmes d'échanges de seringues stériles, selon des modalités distinctes. Il peut s'agir par exemple d'autoriser des infirmiers ou des médecins implantés dans l'établissement d'en distribuer, d'y faire venir des associations pour assurer cette distribution, de mettre en place des distributeurs automatiques ou de former certains détenus en tant que distributeurs de seringues stériles<sup>3</sup>.

En France, la politique de réduction des risques et des dommages en direction des usagers de drogue, codifiée aux articles L. 3411-7 à - 11 du code de la santé publique (CSP), a débuté dès les années 1990, en milieu ouvert, avec la distribution de matériel d'injection stérile, afin d'endiguer l'épidémie de sida affectant les toxicomanes. Depuis une loi n° 94-43 du 18

---

<sup>1</sup> Protais C., Morel d'Arleux J., Roustide M.-J., Usages de drogues en prison – Pratiques, conséquences et réponses, Paris, OFDT, 2019, 40 p

<sup>2</sup> C. Semaille, Y. Le Strat, E. Chiron, K. Chemlal, M.A. Valantin, P. Serre, L. Caté, C. Barbier, M. Jauffret-Roustide, The Prevacar Group. Prevalence of Human Immunodeficiency Virus and Hepatitis C Virus Among French Prison Inmates in 2010: A Challenge for Public Health Policy, 2013

<sup>3</sup> Le premier pays à avoir initié un tel programme est la Suisse en 1992. Cf. Étude de l'observatoire français des drogues et des toxicomanies : Réduction des risques en milieu pénitentiaire – Revue des expériences étrangères, octobre 2012

janvier 1994 et une circulaire du 5 décembre 1996, dite « santé-justice »<sup>4</sup>, cette politique est également mise en œuvre en milieu carcéral, au nom du principe d'équivalence des soins dispensés entre lui et le milieu ouvert. Elles ont ainsi organisé une stratégie de prévention des risques infectieux, en systématisant les dépistages et la mise à disposition de préservatifs ou en offrant la possibilité de recevoir certains traitements de substitution. Cette stratégie a été enrichie par une série de circulaires<sup>5</sup>, dont aucune n'est toutefois allée jusqu'à prévoir un programme de distribution de seringues, s'arrêtant à l'autorisation de délivrer aux détenus qui le souhaitent de l'eau de javel pour les stériliser.

C'est dans ce contexte que le législateur est intervenu par la loi du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé<sup>6</sup>, pour créer un nouvel article L. 3411-8 du CSP. Ce dernier définit à son I la politique de réduction des risques. Son II prévoit que « *sa mise en œuvre comprend et permet les actions* » poursuivant les objectifs suivants : 1° délivrer des informations sur les risques et dommages associés à l'usage de drogues ; 2° orienter les usagers vers certains services sociaux ou médicaux afin de mettre en œuvre un parcours de santé et améliorer leur état de santé ; 3° promouvoir et distribuer des matériels et produits de santé destinés à la réduction des risques ; 4° promouvoir et superviser les comportements, les gestes et les procédures de prévention des risques ; 5° participer à l'analyse, la veille et l'information à destination des pouvoirs publics et des usagers sur la composition, les usages de transformation et de consommation et la dangerosité des substances consommées. Enfin, le IV de l'article retiendra votre attention, car il prévoit que « *la politique de réduction des risques et des dommages s'applique également aux personnes détenues, selon des modalités adaptées au milieu carcéral* ».

Un premier décret d'application de ce IV a été préparé puis soumis à concertation en 2017 avant d'être finalement abandonné par le Gouvernement. Et si la commission des affaires sociales a émis, le 23 septembre 2017, un avis annonçant qu'un projet de décret était à l'étude, ce texte n'a, à ce jour, jamais été publié, semble-t-il en raison des réticences de l'administration pénitentiaire. C'est pourquoi l'association Aides ainsi que d'autres associations, ont demandé aux ministres de la justice et de la santé et de la prévention, le 20 avril 2022, de prendre le décret d'application du IV de l'article L. 3411-8 du CSP. Le silence gardé par ces autorités sur leur demande a fait naître deux décisions de rejet implicites, dont elles vous demandent aujourd'hui l'annulation. Elles assortissent leur recours, qui est bien recevable, de conclusions aux fins d'injonction.

## 2. Un mot d'abord sur votre office.

D'une part, vous savez que saisi de conclusions aux fins d'annulation du refus d'une autorité administrative d'édicter les mesures nécessaires à l'application d'une disposition législative, le juge de l'excès de pouvoir est conduit à apprécier la légalité d'un tel refus au regard des règles applicables et des circonstances prévalant à la date de sa décision (CE, 27 mai 2021, *Association Compassion in World Farming France*, n° 441660, T.).

---

<sup>4</sup> Circulaire relative à la lutte contre l'infection par le virus de l'immunodéficience humaine (VIH) en milieu pénitentiaire

<sup>5</sup> V. not. la note interministérielle MILDT/DGS/DHOS/DAP n°474 du 9 août 2001 ; la circulaire DGS/DHOS n° 2002/57 du 30 janvier 2002.

<sup>6</sup> n° 2016-41

D'autre part, la marche à franchir pour conclure à l'illégalité de la carence du pouvoir réglementaire à prendre les mesures nécessaires pour permettre l'application de la loi est particulièrement élevée. Sur le fondement de l'article 21 de la Constitution, vous jugez ainsi de longue date que l'exercice du pouvoir réglementaire comporte non seulement le droit mais aussi l'obligation de prendre dans un délai raisonnable les mesures qu'implique nécessairement l'application de la loi, hors le cas où le respect d'engagements internationaux de la France y ferait obstacle (CE, 28 juillet 2000, *Association France nature environnement*, n° 204024, Rec.)<sup>7</sup>.

Cette obligation renvoie à deux hypothèses : soit la loi a elle-même subordonné son entrée en vigueur à l'intervention d'un acte réglementaire (CE, 26 février 2001, *Mme L...*, n° 220021, Rec.), soit l'application de la loi est manifestement impossible en l'absence d'intervention de cet acte, peu importe qu'elle renvoie ou non à ce dernier (CE, Section, 23 mai 1958, *Ministre de l'Education Nationale c/Sieur W...*, p. 293 ; CE, 3 octobre 2003, *Société Norminter*, n° 248499, T.).

En d'autres termes, trois conditions doivent être réunies pour accueillir un moyen tiré de la méconnaissance de cette obligation : l'application de la loi implique nécessairement des dispositions réglementaires, le délai raisonnable pour les prendre a été dépassé et aucune norme internationale ne doit faire obstacle à ce qu'elles puissent être prises. Ceci rappelé, il est temps de passer au tamis de ces critères le refus de prendre le décret d'application du IV de l'article L. 3411-8.

3. Les deuxième et troisième conditions évoquées sont bien remplies. Le délai de huit ans écoulé depuis l'entrée en vigueur de la loi de 2016 est loin d'être raisonnable. Par ailleurs, aucun traité international ne semble *a priori* faire obstacle à ce qu'un décret d'application du IV puisse être adopté.

Reste à savoir si l'administration était tenue de prendre ces mesures car elles seraient nécessairement impliquées par la loi. Si l'article L. 3411-10 du CSP prévoit que, sauf dispositions contraires, les modalités d'application du chapitre relatif à la politique de réduction des risques « *sont déterminées par décret en Conseil d'Etat* », cette disposition dépasse le cas du IV de l'article L. 3411-8 et ne subordonne pas expressément son entrée en vigueur à l'intervention d'un tel décret. Vous n'êtes donc pas dans l'hypothèse *Mme L...* précédemment mentionnée. Il faut donc examiner si l'absence de décret d'application rendait manifestement impossible l'application du IV.

Les requérantes développent deux arguments pour vous convaincre que tel serait le cas.

Le premier consiste à faire état du projet de décret d'application initié en 2017 mais abandonné, des souhaits émis par certains acteurs, y compris parlementaires<sup>8</sup>, de voir un tel

---

<sup>7</sup> CE, Assemblée, 7 juillet 2004, D..., n° 250688 ; Rec.

<sup>8</sup> Avis présenté le 23 septembre 2017 au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi de finances 2018

décret intervenir et des difficultés concrètes de mise en œuvre de la politique de réduction des risques en milieu carcéral, que des scientifiques attribuent, dans une étude de 2019, à l'absence de décret d'application<sup>9</sup>. Ces éléments sont éclairants mais inopérants d'un point de vue juridique, car la circonstance qu'un projet de texte ait été envisagé ne permet pas de conclure à l'impossibilité manifeste, pour la loi, de trouver application. Et les difficultés concrètes de déploiement de la politique de réduction des risques en prison peuvent, en tout état de cause, s'expliquer par d'autres facteurs que l'absence de décret d'application. Vous n'examinerez donc pas l'éventuelle impossibilité manifeste pour la loi de s'appliquer à l'aune de ces purs éléments de contexte.

Le second angle d'attaque de la requête est le plus intéressant. Les associations soutiennent, par une brève argumentation, qu'en prévoyant que la politique de réduction des risques et des dommages s'applique également aux personnes détenues, « *selon des modalités adaptées au milieu carcéral* », le législateur aurait nécessairement subordonné l'application du IV de l'article L. 3411-8 à ce que le pouvoir réglementaire précise, par un décret en Conseil d'Etat, la nature et l'ampleur de l'adaptation de cette politique par rapport celle qui est déployée en milieu ouvert.

Vous pourriez en effet considérer, que le renvoi à des « *modalités adaptées* » s'apparente à une habilitation du pouvoir réglementaire à ne déployer en milieu carcéral des actions ne répondant qu'à certains des objectifs listés aux 1° à 5° de l'article L. 3411-8, afin de tenir compte de ses spécificités, comme la sécurité des détenus et des agents de l'administration pénitentiaire. La loi inviterait en quelque sorte le pouvoir réglementaire à décliner une politique de réduction des risques « à géométrie variable » entre le milieu fermé et ouvert, en l'autorisant par exemple à ne décliner dans le premier uniquement les actions visant à la délivrance d'informations aux usagers sur les risques liés à la consommation de drogues ou à la distribution de produits et matériels de santé. A suivre cette interprétation du IV, son application nécessiterait bien l'intervention d'un décret en Conseil d'Etat, pris sur le fondement de l'article L. 3411-10 du CSP, pour préciser quelles actions poursuivant quels objectifs doivent être déployées en milieu pénitentiaire.

Cette interprétation donne toutefois au IV une portée plus importante que celle envisagée par le législateur.

Il ressort en effet des travaux préparatoires que la version actuelle du IV a été intégrée dès le projet de loi afin, selon la ministre de la santé de l'époque, de « *[rappeler] le principe en vigueur, énoncé par la loi du 18 janvier 1994* », à savoir « *l'égalité d'accès au traitement entre le milieu carcéral et le milieu ordinaire* »<sup>10</sup>. La mention a ensuite été supprimée par la commission des affaires sociales du Sénat en première lecture, qui a préféré retenir une formule, semblant plus à même de garantir un principe d'équivalence des soins, selon laquelle « *la politique de réduction des risques et des dommages s'applique également aux personnes*

---

<sup>9</sup> Michel L, Jauffret-Roustide M. Prisons françaises et risque infectieux : l'urgence de la mise en œuvre du principe d'équivalence pour les mesures de prévention et de réduction des risques, La Presse Médicale, vol. 48, Issues 7-8, Part.1, juillet-août 2019, page 725-755.

<sup>10</sup> Séance publique en 1<sup>ère</sup> lecture du Sénat du 17 septembre 2015

détenues »<sup>11</sup>. Si la référence à « *des modalités adaptées* » a finalement été réintroduite en seconde lecture à l'Assemblée nationale, c'est là encore au motif, selon le rapporteur du texte en commission, M. Sebaoun, que « *les personnes détenues (...) ont vocation à bénéficier des mêmes soins que les autres personnes [et que] l'incarcération appelle des conditions spécifiques* »<sup>12</sup>.

Nous déduisons de ce cheminement législatif deux enseignements. Le premier c'est que le législateur a souhaité rappeler, au IV de l'article L. 3411-8, le fait que la politique de réduction des risques décrite à son I et des actions répondant à tous les objectifs listés aux 1° à 5° du II ont vocation à être déclinées en milieu carcéral, au nom du principe d'équivalence des soins entre milieux ouvert et fermé. Nous en sommes d'autant plus convaincus qu'en retenant que seules les « *modalités* » de cette politique puissent être adaptées, le législateur a bien acté le principe même de son application pleine et entière en prison. Le second enseignement, lié au premier, c'est qu'il ne ressort absolument pas des discussions parlementaires que le législateur aurait souhaité imposer au pouvoir réglementaire d'élaborer et de mettre en œuvre en milieu fermé une politique distincte de celle applicable au milieu ouvert, comme le soutiennent les requérantes. Au contraire, le IV, dont la rédaction dispose d'une portée plus recognitive que normative, se présente comme un « *rappel* », c'est le terme employé par la ministre, de la nécessité de décliner la politique applicable en milieu ouvert au milieu carcéral, tout en tenant compte de ses contraintes particulières. Mais sans que cette adaptation doive nécessairement être précisée par un décret d'application, auquel ne renvoie d'ailleurs pas le IV et dont aucun des parlementaires ne fait mention.

Pour bien comprendre la portée à conférer aux termes de « *modalités adaptées* » figurant au IV, il faut selon nous distinguer, d'une part, les objectifs attachés aux actions permises par la mise en œuvre de la politique de réduction des risques, listés aux 1° à 5° de l'article L. 3411-8, et, d'autre part, les modalités concrètes de mise en œuvre de ces actions.

En effet, le IV ne nécessite par lui-même aucun décret d'application pour être appliqué, tout comme les objectifs listés aux 1° à 5° avec lesquels il se combine, qui sont rédigés de manière suffisamment générale et englobante pour pouvoir décliner, sur cette base, des actions y répondant en milieu carcéral. L'administration n'a d'ailleurs attendu ni la loi du 26 janvier 2016, ni un éventuel décret, pour délivrer des informations aux détenus sur les risques liés à la consommation de drogues, les orienter vers des structures sociales ou médicales, les mettre en garde contre des pratiques à risques ou pour assurer la distribution de préservatifs, de produits de substitution ou encore d'eau de javel. Et ces actions sont souvent, en pratique, prévues par simple voie de circulaire.

En revanche, si l'article L. 3411-8 impose à l'administration de mettre en œuvre des actions répondant aux cinq objectifs qu'il liste, en milieu ouvert comme fermé, il laisse entièrement libre l'administration du choix de ces actions et de leurs modalités de mise en œuvre, et ouvre la voie, au IV, à ce que ces actions puissent être différentes entre les deux milieux. L'article ne liste d'ailleurs à aucun moment les actions concrètes devant être conduites au titre de la

---

<sup>11</sup> COM-119 présenté par M. Chasseing

<sup>12</sup> Rapport n° 3215 du 10 novembre 2015.

politique de réduction des risques mais seulement les objectifs qu'elles doivent poursuivre, ce qui est le signe de la large marge d'appréciation qu'il a souhaité confié à l'administration en la matière.

Pour résumer, si des actions répondant à tous les objectifs de l'article doivent être conduites en milieu fermé, il appartient à l'administration de choisir celles qui paraissent pertinentes pour y être déployées. Ainsi, menant par exemple en milieu ouvert une action de distribution de certains médicaments ou de matériels d'injection stériles, l'administration pourra décider de décliner, en milieu fermé, cette modalité de mise en œuvre de l'objectif listé au 3° de l'article L. 3411-8, le cas échéant sous des formes adaptées. Il pourra aussi arriver qu'elle réserve sa mise en œuvre au seul milieu ouvert, si les contraintes du milieu fermé justifient cette décision.

C'est ainsi que nous comprenons la référence législative « *aux modalités adaptées* » et dont l'application ne nécessitait donc en aucun cas l'intervention d'un décret. Le législateur acte la possibilité de mettre en œuvre des actions différenciées entre les milieux ouverts et fermés mais n'attendait pas du pouvoir réglementaire qu'il définisse, qui plus est dans un décret en Conseil d'Etat, l'ensemble des actions répondant aux objectifs de l'article L. 3411-8 qu'il souhaite déployer en milieu pénitentiaire, dont la plupart ne relèvent d'ailleurs pas selon nous d'un tel niveau de norme.

Précisons pour finir qu'il pourra arriver qu'une action en milieu carcéral nécessite l'intervention d'un acte législatif ou réglementaire, soit pour tenir compte de ses spécificités, soit parce qu'elle oblige à déroger à une autre norme. Tel pourrait être le cas d'une action visant, toujours au titre du 3° de l'article L. 3411-8, à organiser une distribution de seringues stérilisées aux détenus. A supposer que cette mesure ne puisse déjà être mise en œuvre par voie de circulaire, ce qui est notre sentiment, son déploiement pourrait ainsi nécessiter qu'un décret soit adopté pour déroger à l'article R. 221-4 du code pénitentiaire, selon lequel « *aucun objet ou substance pouvant permettre ou faciliter un suicide, une agression ou une évasion, aucun outil dangereux en dehors du temps de travail ne peuvent être laissés à la disposition d'une personne détenue* ». De même, si l'administration souhaite mettre en place en prison des salles de consommation de drogues dans le cadre d'un usage supervisé, elle aurait probablement besoin d'une base légale plus précise que les actuels 3° ou 4° de l'article L. 3411-8, à l'image de l'article 43 de la loi du 26 janvier 2016, qui a expressément autorisé l'expérimentation de telles salles en milieu ouvert<sup>13</sup>.

Dans ces cas, la déclinaison concrète d'une action en milieu carcéral nécessitera certes un texte légal ou réglementaire. Mais cela ne signifie pas pour autant que le IV, lui-même, ne serait pas déjà applicable. Cette disposition est sans aucun doute entrée en vigueur, en ce qu'elle oblige à décliner la politique de réduction des risques et des actions répondant à l'ensemble des objectifs qu'elle poursuit en milieu fermé. Et si c'est au stade de la déclinaison concrète d'une action qu'un acte d'application s'avérerait nécessaire, il s'agit selon nous

---

<sup>13</sup> Le législateur a prolongé l'expérimentation jusqu'au 31 décembre 2025 par l'article 83 de la loi de financement de la sécurité sociale (LFSS) pour 20227 afin de tester des nouvelles modalités de prise en charge des consommateurs, davantage axées vers l'accès aux soins et l'entrée dans un parcours de traitement médical de l'addictologie. Cf. CE, 2 octobre 2023, Association Union parisienne, n° 463428, C.

d'une question distincte de celle dont vous êtes saisis aujourd'hui, qui porte uniquement sur le stade amont de l'application du IV.

Si vous nous suivez, vous n'aurez donc pas d'autres choix que d'écarter toute illégalité affectant le silence gardé par l'administration sur la demande des associations requérantes.

**Par ces motifs, nous concluons au rejet de la requête.**