

Conclusions de l'avocat général
Question prioritaire de constitutionnalité
15 mai 2020

Pourvoi de M. X... n°K 2081739

Avocat général : Sandrine Zientara-Logeay ¹

Plan

1 Présentation de la question prioritaire de constitutionnalité

- 1-1 Rappel des faits et de la procédure
- 1-2 Le libellé de la question
- 1-3 Les textes incriminés
- 1-4 Analyse succincte de l'argumentation

2 Le contexte : la situation carcérale française génératrice d'atteintes potentielles à la dignité des personnes détenues

2-1 Le respect de la dignité de la personne détenue et l'interdiction des traitements inhumains et dégradants en droit européen

- 2-1-1 L'article 3 de la convention européenne des droits de l'homme : un droit intangible
- 2-1-2 Le droit à des conditions de détention dignes
- 2-1-3 La création de standards minimums dans la jurisprudence européenne

2-2 La surpopulation carcérale française

- 2-2-1 Le tournant des années 2000 : la personne détenue comme sujet de droits
- 2-2-2 Le problème endémique de la surpopulation carcérale française ou l'impossible réforme

1

Avec l'assistance du SDER qui a notamment fourni les éléments de droit comparé relatifs à l'existence d'un recours pour faire cesser les traitements inhumains et dégradants en détention dans un contexte de surpopulation carcérale.

2-3 Les condamnations de la France par la Cour européenne

3 La question présente- t-elle un caractère nouveau ?

3-1 La notion de nouveauté

3-2 Appréciation du caractère nouveau de la question sous l'angle technique

3-2-1 Le traitement de l'invocation d'un principe constitutionnel nouveau par le Conseil d'Etat et la Cour de cassation

3-2-2 L'interdiction des traitements inhumains et dégradants au regard du préambule de 1946

3-2-3 L'interdiction des traitements inhumains et dégradants incluse dans le principe de sauvegarde de la dignité tel qu'appliqué par le Conseil constitutionnel en matière de détention

3-3 Appréciation du caractère nouveau de la question sous l'angle "politique"

3-3-1 Intérêt éventuel de renouveler l'approche constitutionnelle du principe de dignité en l'envisageant dans le domaine pénitentiaire comme intangible

3-3-2 Intérêt éventuel de saisir le Conseil constitutionnel compte tenu de la persistance du risque d'inconventionnalité des dispositions législatives actuelles en l'absence de perspectives suffisantes d'amélioration des conditions de détention dans les établissements pénitentiaires

4 La question présente-t-elle un caractère sérieux ?

4-1 La nécessité constitutionnelle d'un recours de nature à faire cesser la violation du principe de sauvegarde de la dignité d'une personne détenue n'est pas dénuée de caractère sérieux.

4-1-1 L'office du juge constitutionnel est a priori limité au contrôle de la loi et ne porte pas sur les conditions d'application de celle-ci

4-1-2 La jurisprudence constitutionnelle exige cependant que le respect du principe de sauvegarde de la dignité soit assorti de garanties légales

4-2 L'apport de la jurisprudence européenne dans la détermination des garanties légales suffisantes

4-2-1 Les conditions d'un recours préventif effectif selon la jurisprudence de la Cour européenne

4-2-1-1 Le recours susceptible d'aboutir à une amélioration effective des conditions de détention

4-2-1-2 Une voie ultime : le recours permettant la remise en liberté

4-2-1-3 Les recours préventifs mis en place par les Etats européens

4-2-2 La prise en compte des conditions indignes de détention dans l'exécution des mandats d'arrêt européens selon la Cour de Justice de l'Union européenne

4-3 La loi garantit-elle au détenu provisoire l'existence d'un recours effectif lui permettant d'obtenir la cessation de conditions de détention indignes du fait de la surpopulation carcérale ?

4-3-1 L'absence de recours effectif suffisant devant le juge administratif

4-3-1-1 Les avancées de la jurisprudence administrative

4-3-1-2 Des avancées jugées cependant insuffisantes par la Cour européenne

4-3-2 L'absence de recours effectif devant le juge judiciaire selon les dispositions incriminées telles qu'interprétées par la jurisprudence

4-3-2-1 Le contrôle des modalités d'exécution de la mesure de détention par le juge judiciaire paraît très limité

4-3-2-2 En l'état de la jurisprudence, le juge judiciaire ne peut prendre en compte l'indignité des conditions de détention pour statuer sur la détention d'un prévenu

4-3-2-3 La situation des condamnés est à cet égard plus favorable

4-4 Appréciation du caractère sérieux de la question au regard de l'absence de recours effectif devant le juge judiciaire

4-4-1 Les articles incriminés ne recourent que partiellement le champ de la question posée qui relève d'une approche "globale-intégrée"

4-4-2 Une évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation paraît envisageable

4-4-3 Cette évolution serait toutefois insuffisante au regard des enjeux de la question posée

1. Présentation de la question prioritaire de constitutionnalité posée

1-1 Rappel des faits et de la procédure

Le 29 novembre 2019, M. A... X... a été mis en examen des chefs de meurtre commis en bande organisée, et tentative, et participation à une association de malfaiteurs en vue de la préparation d'un crime.

Le même jour, il a été placé en détention provisoire par ordonnance du juge des libertés et de la détention au centre pénitentiaire de Plomeur.

Par ordonnance du 28 janvier 2020, le juge des libertés et de la détention du tribunal judiciaire de Rennes a rejeté une demande de mise en liberté qu'il avait formée.

M. X... a interjeté appel de cette ordonnance et sollicité sa remise en liberté au motif notamment qu'il subissait au centre pénitentiaire de Plomeur des conditions de détention constitutives de traitements inhumains et dégradants du fait de la surpopulation carcérale.

Par arrêt du 13 février 2020, la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Rennes a confirmé l'ordonnance entreprise, en relevant que M X... ne rapportait pas la preuve de ses allégations sur les conditions de détention qu'il subissait personnellement et qu'en tout état de cause *"une éventuelle atteinte à la dignité de la personne en raison des conditions de détention (...) ne saurait constituer un obstacle légal au placement et maintien en détention provisoire."*

M. X... a formé contre cet arrêt un pourvoi.

A l'occasion de ce pourvoi, il a, par mémoire spécial, formulé la présente question prioritaire de constitutionnalité.

1-2 Le libellé de la question

La question prioritaire de constitutionnalité est posée en ces termes:

“Les dispositions des articles 137-3, 144 et 144-1 du code de procédure pénale, en ce qu’elles ne prévoient pas, contrairement à la recommandation faite par la Cour européenne des droits de l’homme à la France dans son arrêt du 30 janvier 2020, que le juge d’instruction ou le juge des libertés et de la détention puisse, de manière effective, redresser la situation dont sont victimes les détenus dont les conditions d’incarcération constituent un traitement inhumain et dégradant afin d’empêcher la continuation de la violation alléguée devant lui, portent atteinte au principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine, au principe constitutionnel nouveau qui en découle d’interdiction des traitements inhumains et dégradants ainsi qu’à la liberté individuelle, le droit au respect de la vie privée, le droit au recours effectif.”

1-3 Les textes incriminés

L’article 137-3 du code de procédure pénale énonce :

« Le juge des libertés et de la détention statue par ordonnance motivée.

Lorsqu’il ordonne ou prolonge une détention provisoire ou qu’il rejette une demande de mise en liberté, l’ordonnance doit comporter l’énoncé des considérations de droit et de fait sur le caractère insuffisant des obligations du contrôle judiciaire ou de l’assignation à résidence avec surveillance électronique et le motif de la détention par référence aux seules dispositions des articles 143-1 et 144.

Dans tous les cas, l’ordonnance est notifiée à la personne mise en examen qui en reçoit copie intégrale contre émargement au dossier de la procédure »

L’article 144 du code de procédure pénale prévoit que :

« La détention provisoire ne peut être ordonnée ou prolongée que s’il est démontré, au regard des éléments précis et circonstanciés résultant de la procédure, qu’elle constitue l’unique moyen de parvenir à l’un ou plusieurs des objectifs suivants et que ceux-ci ne sauraient être atteints en cas de placement sous contrôle judiciaire ou d’assignation à résidence avec surveillance électronique :

1° Conserver les preuves ou les indices matériels qui sont nécessaires à la manifestation de la vérité ;

2° Empêcher une pression sur les témoins ou les victimes ainsi que sur leur famille ;

3° Empêcher une concertation frauduleuse entre la personne mise en examen et ses coauteurs ou complices ;

4° Protéger la personne mise en examen ;

5° Garantir le maintien de la personne mise en examen à la disposition de la justice ;

6° Mettre fin à l’infraction ou prévenir son renouvellement ;

7° Mettre fin au trouble exceptionnel et persistant à l’ordre public provoqué par la gravité de l’infraction, les circonstances de sa commission ou l’importance du préjudice qu’elle a causé.

Ce trouble ne peut résulter du seul retentissement médiatique de l'affaire.

Toutefois, le présent alinéa n'est pas applicable en matière correctionnelle » ;

L'article 144-1 du code de procédure pénale est rédigé en ces termes :

« La détention provisoire ne peut excéder une durée raisonnable, au regard de la gravité des faits reprochés à la personne mise en examen et de la complexité des investigations nécessaires à la manifestation de la vérité.

Le juge d'instruction ou, s'il est saisi, le juge des libertés et de la détention doit ordonner la mise en liberté immédiate de la personne placée en détention provisoire, selon les modalités prévues par l'article 147, dès que les conditions prévues à l'article 144 et au présent article ne sont plus remplies. »

Les dispositions concernées sont bien de nature législative et leur applicabilité au litige est certaine, s'agissant des dispositions qui régissent le placement et le maintien en détention provisoire.

Enfin, le Conseil constitutionnel ne s'est pas déjà prononcé sur ces textes dans les motifs et le dispositif d'une décision.

1-4 Analyse succincte de l'argumentation

Il est soutenu, en premier lieu, que la question prioritaire de constitutionnalité doit être transmise au Conseil en ce qu'elle invoque un principe constitutionnel nouveau, à savoir le principe constitutionnel d'interdiction des traitements inhumains et dégradants et le droit constitutionnel corrélatif de ne pas subir de tels traitements. Le mémoire fait valoir que cette interdiction, qui selon la Cour européenne consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques, dispose d'une forte assise constitutionnelle, notamment l'ouverture du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 sur le fondement duquel le Conseil constitutionnel a dégagé le principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine.

Le mémoire, en second lieu, fait valoir que la question prioritaire de constitutionnalité est sérieuse.

Selon le requérant, il appartient au législateur de déterminer les modalités de placement en détention provisoire, par l'autorité judiciaire, dans des conditions qui garantissent le respect du principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine, le principe d'interdiction des traitements inhumains et dégradants, la liberté individuelle (article 66 de la constitution), le droit au respect de la vie privée (article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen) et le droit au recours effectif (article 16 de la DDHC). Il rappelle que selon la jurisprudence européenne les conditions de détention qui notamment ne permettent pas de disposer d'un espace personnel suffisant peuvent constituer un traitement inhumain et dégradant, que l'absence de cloisonnement suffisant des sanitaires d'une cellule de prison partagée par plusieurs détenus méconnaît le droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8 de la convention et que, dans son arrêt du 30 janvier 2020², la Cour de Strasbourg a condamné la France non seulement pour traitement inhumain et dégradant en raison des conditions indignes

² Cour EDH, 30 janvier 2020, J.M.B. et autres c. France.

de détention constatées dans plusieurs prisons qui résultent d'un problème structurel de surpopulation carcérale, mais aussi faute de voie de recours préventive effective pour y mettre fin. Il souligne que dans cet arrêt, la Cour européenne a recommandé à la France deux séries de mesures générales, à savoir la résorption définitive de la surpopulation carcérale et la mise en oeuvre d'un recours permettant aux détenus de redresser la situation dont ils sont victimes et d'empêcher la continuation d'une violation alléguée .

Il en déduit qu'en n'imposant pas au juge judiciaire, qui a naturellement vocation à intervenir en tant que gardien de la liberté individuelle, de redresser immédiatement la situation dont est victime la personne placée en détention provisoire lorsque celle-ci subit des conditions indignes de détention, le législateur a nécessairement méconnu sa compétence.

2 Le contexte : la situation carcérale française génératrice d'atteintes potentielles à la dignité des personnes détenues

Il convient préalablement à l'analyse du caractère nouveau ou sérieux de la question posée, de préciser le contexte juridique et factuel dans lequel elle s'inscrit.

2-1 Le respect de la dignité de la personne détenue et l'interdiction des traitements inhumains et dégradants en droit européen

2-1-1 L'article 3 de la convention européenne des droits de l'homme : un droit intangible

L'article 3 de la convention européenne des droits de l'homme énonce que "*Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants*".

La prohibition des traitements inhumains ou dégradants, reprise dans la présente question prioritaire de constitutionnalité au titre d'un nouveau principe à valeur constitutionnelle, consacre selon la Cour européenne "*l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques*"³.

Comme l'article 2, l'article 3 institue un droit dit "*indérogeable et qui ne souffre donc d'aucune exception, même dans les situations les plus graves*"⁴, par opposition aux droits qui peuvent être soumis à des restrictions, sous certaines conditions, notamment de légalité, nécessité et proportionnalité. L'article 15 de la convention européenne précise en outre qu'en cas d'état d'urgence, aucune dérogation à l'article 3 n'est autorisée.

2-1-2 Le droit à des conditions de détention dignes

Jusqu'à la fin du XXe siècle, la quasi totalité des requérants détenus invoquaient des actes isolés de maltraitance ou de violence⁵ de sorte qu'il ressortait de la jurisprudence de la Cour

³ Cour EDH, 7 juillet 1989, *Soreing c/ Royaume-Uni*

⁴ F Tulkens, "*Les prisons en Europe. Les développements récents de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*", *Déviante et Société*, 2014/4 Vol. 38 | pages 425

⁵ Voir Jean-Paul Céré, *AJ Pénal* 2018 p.336

une simple obligation négative à la charge des Etats de ne pas faire subir aux personnes détenues d'actes de torture ou de traitements inhumains et dégradants.

A compter des années 2000, avec l'arrêt de principe Kudla c Pologne⁶, la Cour européenne a consacré un *"droit des détenus à des conditions de détention décente"*⁷, imposant aux Etats une obligation positive d'assurer des conditions de détention conformes à la dignité humaine. Dans l'arrêt Kudla, la Cour énonce qu'il appartient aux Etats de veiller à ce que les modalités d'exécution de la peine privative de liberté *"ne soumettent pas l'intéressé à une détresse ou à une épreuve d'une intensité qui excède le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention"*. La cour a ensuite, notamment avec les arrêts Dougoz et Peers contre Grèce des 6 mars et 19 avril 2001⁸, précisé que les traitements inhumains et dégradants pouvaient être constitués, même en l'absence d'intention d'humilier ou de rabaisser la personne de la part de l'administration pénitentiaire, du seul fait de conditions matérielles de détention inacceptables.

Le développement de cette jurisprudence a pu conduire le professeur F. Sudre à affirmer, dans un article de référence, que la Cour de Strasbourg avait ajouté *"un nouveau droit au catalogue conventionnel, écrivant un article 3bis de la Convention : toute personne privée de liberté a droit à des conditions de détention conformes au respect de la dignité humaine"*⁹.

Sans entrer dans le détail de la jurisprudence, on peut rappeler qu'en l'état *"pour retenir la qualification de traitement dégradant, la Cour se livre généralement à une analyse casuistique des faits en considérant tous les aspects de la détention; c'est alors le cumul de leurs effets qui permettra d'atteindre le seuil de gravité requis pour l'application de l'article 3. La Cour tient ainsi compte de la surpopulation, de la promiscuité des détenus, du manque d'espace de vie individuel, des conditions générales d'hygiène, de la vétusté des locaux, de l'insuffisance des installations sanitaires, de l'absence d'intimité en cellule (toilettes non cloisonnées), de la faible luminosité ou de l'absence de lumière, du manque de chauffage ou d'aération ou encore de l'absence d'activité à l'air libre pendant une durée et dans un espace raisonnable"*¹⁰.

La Cour apprécie, in concreto, dans chaque espèce si le seuil de gravité qui permet de caractériser un traitement inhumain et dégradant est atteint en prenant en compte la durée du traitement et ses effets sur la personne qui varient suivant son âge, son sexe, son état de santé physique et psychique et sa vulnérabilité propre.

Il s'agit d'éléments exogènes à la matérialité de l'atteinte et qui sont susceptibles d'aggraver ou d'atténuer sa gravité et ainsi de faire passer une pratique donnée au-delà ou en deçà du seuil de la protection conventionnelle. Ainsi dans l'arrêt Rivière c. France, la Cour européenne a estimé que *"l'état de santé, l'âge et un lourd handicap physique constituent désormais des*

⁶ Cour EDH, gde ch, 26 oct. 2000, Kudla c/ Pologne

⁷ Anne-Gaëlle ROBERT « Conditions de détention : lorsque les juges nationaux prennent le relais de la Cour européenne des droits de l'homme » Droit pénal n° 10, Octobre 2013, étude 15.

⁸ CEDH, 6 mars 2001, n° 40907/98, Dougoz c/ Grèce, CEDH, 19 avr. 2001, n° 28524/95, Peers c/ Grèce

⁹

F Sudre, "L'article 3bis de la Convention européenne des droits de l'Homme : le droit à des conditions de détention conformes au respect de la dignité humaine", Mélanges en l'honneur du Doyen Gérard Cohen-Jonathan. Libertés, justice, tolérance, Bruylant, Bruxelles, 2004, pp. 1499-1514.

¹⁰ Anne-Gaëlle ROBERT, op. cit.

situations pour lesquelles la question de la capacité à la détention est aujourd'hui posée au regard de l'article 3 » et que « certains traitements enfreignent l'article 3 du fait qu'ils sont infligés à une personne souffrant de troubles mentaux. » A l'inverse dans l'arrêt Ramirez Sanchez, la Cour n'a pas retenu que le maintien à l'isolement pendant huit années d'un détenu constituait un traitement inhumain et dégradant en considération d'impératifs de sécurité, s'agissant de poursuites pour des faits de terrorisme. De même, dans l'arrêt Payet c. France, la Cour pour retenir que les vingt-six changements d'affectation d'établissements pénitentiaires en 5 ans du détenu ne constituaient pas un traitement inhumain a tenu compte "du profil, de la dangerosité et du passé du requérant".

Selon Anne Simon, lorsque la prise en compte d'éléments exogènes permet d'abaisser le seuil de protection, le "caractère absolu des droits en question peut être discuté" et la Cour, dans cette hypothèse, opère, comme en matière de droits dérogeables "une mise en balance des intérêts en présence entre le droit au respect de l'intégrité et l'exigence de sécurité". "La dangerosité de la personne détenue intervient dans l'opération de qualification au stade de l'application du critère de nécessité et peut donc conditionner l'applicabilité de l'article 3 de la Convention"¹¹.

F. Tulkens estime que "La détermination du seuil de gravité est relative, ce qui est paradoxal lorsqu'il s'agit d'un droit absolu, en ce sens qu'elle dépend à la fois des faits eux-mêmes, des circonstances du cas d'espèce, telles que la durée et le régime de la détention ou ses effets physiques et mentaux, ou encore de la situation de la victime, comme le sexe, l'âge ou l'état de santé."¹²

2-1-3 La création de standards minimums dans la jurisprudence européenne

Il semble toutefois que le caractère relatif de la détermination du seuil de gravité s'estompe lorsque sont en cause les conditions générales de détention et l'obligation des Etats de garantir des conditions dignes de détention.

Dans sa jurisprudence la Cour de Strasbourg, comme l'analyse Anne-Gaëlle ROBERT, énonce progressivement des "standards minimums" qui sont requis pour que les conditions de détention apparaissent compatibles avec le respect de la dignité humaine, et ce avec "un niveau d'exigence croissant".¹³ Le critère d'absence d'espace de vie individuelle apparaît ainsi désormais déterminant. La cour en l'état actuel de sa jurisprudence, suivant en cela les recommandations du CPT, tend à considérer que la violation de l'article 3 est présumée du seul fait que la personne détenue, au sein d'une cellule collective, dispose individuellement de moins de 3 m².

Ainsi lorsque les conditions matérielles de détention générales, appliquées à tous, sont en de ça de standards minimums, principalement au regard de situations structurelles et systémiques de surpopulation carcérale, aucune justification ne peut être invoquée par les Etats.

C'est précisément sur le fondement du caractère absolu du droit protégé par l'article 3 de la Convention, que la Cour affirme qu'il ne peut être tenu compte des difficultés économiques des

¹¹ Thèse "Les atteintes à l'intégrité des personnes détenues imputables à l'Etat : contribution à la théorie des obligations conventionnelles européennes : l'exemple de la France" Anne Simon Université Paris 1 – Panthéon Sorbonne, sous la direction de Christine Lazerges, publié HAL

¹² F. Tulkens, op.cit.

¹³ Anne-Gaëlle ROBERT, op. cit

pays concernés, de leur manque de ressources ou de structures¹⁴.

Ainsi face à la surpopulation carcérale, la Cour rappelle *“le caractère intangible du droit protégé par l'article 3 de la Convention”*, et qu' *“un taux élevé de crime, un manque de ressources financières ou d'autres problèmes structurels ne sont pas des circonstances qui atténuent la responsabilité de l'Etat et justifient l'absence de mesures destinées à améliorer la situation carcérale”* et considère que par conséquent *“L'Etat est tenu d'organiser son système pénitentiaire de telle sorte que la dignité des détenus soit respectée”*.¹⁵

Bien plus, en développant, en cas de surpopulation carcérale endémique entraînant des recours massifs sur le fondement de l'article 3, les arrêts dits pilotes, la Cour a fait le choix d'une nouvelle voix d'intervention qui vise, en formulant des recommandations, à obtenir des États qu'ils réforment leur système pénitentiaire et le cas échéant pénal de telle sorte que la dignité des détenus soit respectée.¹⁶

Les mesures recommandées par ces arrêts pilotes recouvrent des champs très divers, qu'il s'agisse d'améliorer les conditions matérielles de manière très concrète (par exemple cloisonner les toilettes des cellules ou augmenter la fréquence des douches), de modifier la législation sur les peines ou les délais de détention provisoire, ou encore de mettre en oeuvre des politiques pénales visant à développer des alternatives à l'incarcération et enfin d'instaurer des recours à la fois préventifs (c'est à dire de nature à faire cesser la violation) et indemnitaires.

F. Tulkens souligne l'intérêt de cette approche : *“Ce qui est intéressant à mes yeux est que la Cour préconise une approche globale / intégrée pour répondre à la surpopulation carcérale, qui porte aussi sur les aspects de droit pénal et de procédure pénale.”*¹⁷

2-2 La surpopulation carcérale française et ses conséquences

2-2-1 Le tournant des années 2000 : la personne détenue comme sujet de droits

Dans les années 2000, un large consensus politique et social sur la nécessité d'améliorer la situation des établissements pénitentiaires semblait se dessiner, après les rapports parlementaires, du Sénat, "Prisons : une humiliation pour la République", de l'Assemblée Nationale, "La France face à ses prisons" et le rapport de la commission présidée par le premier président Canivet sur l'amélioration du contrôle extérieur des établissements pénitentiaires ¹⁸.

¹⁴ Cour EDH, 15 juill. 2002, n° 47095/99, Kalachnikov c/ Russie. – CEDH, 29 avr. 2003, n° 38812/97, Poltoratskiy c/ Ukraine. – CEDH, gde ch., 17 janv. 2012, n° 36760/06, Stanev c/ Bulgarie

¹⁵ Cour EDH, Norbert Sikorski c. Pologne, no 17599/05, § 158, 22 octobre 2009, Mironovas et autres c. Lituanie et 30 janvier 2020, J.M.B. et autres c. France, nos 9671/15 et al., § 218

¹⁶ Voir notamment Cour EDH Ananyev et autres c. Russie 10 janvier 2012, Torreggiani et autres c. Italie 8 janvier 2013, Neshkov et autres c. Bulgarie 27 janvier 2015, Varga et autres c. Hongrie 10 mars 2015, W.D. c. Belgique (requête n° 73548/13) 6 septembre 2016, Rezmive. et autres c. Roumanie 25 avril 2017 et Sukachov c. Ukraine 30 janvier 2020

¹⁷ F Tulkens, op. cit.

¹⁸ Rapport de la commission présidée par le premier président Canivet à la garde des sceaux sur l'amélioration du contrôle extérieur des établissements pénitentiaires, 1999

Outre la création du contrôleur général des lieux privatifs de liberté (CGLPL), par la loi du n° 2007-1545 du 30 octobre 2007, la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 posait en son article 22 le principe selon lequel *"l'administration pénitentiaire garantit à toute personne détenue le respect de sa dignité et de ses droits. L'exercice de ceux-ci ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles résultant des contraintes inhérentes à la détention, du maintien de la sécurité et du bon ordre des établissements, de la prévention de la récidive et de la protection de l'intérêt des victimes"*.

De plus, le juge administratif abandonnait dans le domaine pénitentiaire sa jurisprudence dite des mesures d'ordre intérieur et étendait progressivement son contrôle sur les décisions prises par l'administration en matière disciplinaire, d'isolement, de transfert, de classement ...¹⁹

Certes la sociologie et l'anthropologie de la prison ont largement montré que, selon l'expression de Jean-Marie Delarue, *"la prison est l'idéal-type de l'écart entre norme et application tel qu'il se manifeste ailleurs"*²⁰, mais cette évolution constitue une avancée majeure en ce que, pour la première fois, depuis la naissance de la prison, la personne détenue était reconnue sujet de droit, titulaire de droits et en capacité d'exercer des recours contre les décisions de l'administration pénitentiaire.

Cette reconnaissance de la jouissance théorique des droits fondamentaux ne s'est cependant pas accompagnée de l'amélioration escomptée des conditions matérielles de détention du fait du manque de moyens et de la surpopulation carcérale endémique à laquelle les établissements français n'ont cessé d'être confrontés depuis les années 2000.

2-2-2 Le problème endémique de la surpopulation carcérale française ou l'impossible réforme

En effet, si la surpopulation carcérale n'est pas nouvelle, elle est devenue, selon JM. Delarue un *"phénomène structurel permanent"*²¹, dès lors que l'ampleur des constructions nouvelles (avec un quasi doublement des places en trente ans²²) n'a pas été en mesure de compenser l'afflux sans cesse croissant de détenus .

Ce phénomène d'augmentation constante de la population carcérale n'a jusqu'à ce jour jamais pu être endigué, malgré les lois successives qui, depuis la loi pénitentiaire de 2009, ont visé au développement des alternatives à la prison, qu'il s'agisse de la création de nouvelles peines alternatives, du développement des possibilités d'aménagement avant incarcération pour les courtes peines et des différents dispositifs de sortie anticipée. A cet égard, les nouvelles dispositions sur les peines de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice visent une fois de plus et selon des modalités assez voisines à limiter le recours à l'emprisonnement et notamment le prononcé de courtes peines de prison et à favoriser les aménagements de peine ab initio et en fin de peines, sans garantie que dans leur application ces nouvelles dispositions aient davantage d'impact sur la population carcérale que les précédentes.

¹⁹ Voir notamment pour une analyse complète M. Guyomar, « *Le juge administratif, juge pénitentiaire* », in *Terres du droit, Mélanges en l'honneur d'Yves Jégouzo*, Dalloz, 2009, p. 471.

²⁰ Jean-Marie Delarue, *En prison, L'ordre pénitentiaire des choses, le sens du Droit*, Dalloz, 2018

²¹ J M Delarue, op.cit.

²² 32 500 places en 1987 et 59 000 places en 2017

Au 1^{er} janvier 2002, la France comptait 48 594 détenus. Au 1^{er} janvier 2020²³, 70 651 personnes étaient détenues, chiffre record jamais atteint jusqu'alors.

La densité carcérale globale²⁴ était au 1^{er} janvier 2020 de 116,5 %, mais en maison d'arrêt elle était de 138,1 %. Le nombre de personnes détenues dans des structures avec un taux d'occupation supérieur à 120% était de 28 663 en 2010 et a augmenté de manière régulière depuis 10 ans, pour atteindre au 1^{er} janvier 2020 le nombre de 41 333. A cette date le nombre de détenus dans des structures avec un taux d'occupation de 150 % était de 19 633. Le nombre de matelas au sol était alors de 1 614. En outre dans 4 établissements ou quartier le taux de surpopulation à cette date dépassait 200%.²⁵

La situation des prévenus, seuls visés par la présente question prioritaire de constitutionnalité, est à cet égard particulièrement préoccupante puisqu'ils sont détenus dans les établissements les plus surpeuplés, les maisons d'arrêts où les quartiers maison d'arrêt des centres de détention et qu'on assiste depuis quelques années à un phénomène nouveau d'augmentation de la détention provisoire. Selon Annie Kensey²⁶, la hausse du nombre de détenus depuis 2015 est liée à une augmentation des personnes en détention provisoire, alors que dans la précédente période (2011-2014), la croissance de la population n'était due qu'à l'accroissement du nombre de condamnés.

Au 1^{er} janvier 2020, le nombre de prévenus était de 21 075, soit 29,8 % des détenus. Le nombre de placements en détention provisoire est passé de 50 398 en 2015 à 59 165 en 2019, tandis que la durée moyenne de la détention provisoire a augmenté légèrement.

Comme l'a dénoncé le CGLPL, dans un rapport récent intitulé "*Les droits fondamentaux à l'épreuve de la surpopulation carcérale*"²⁷, la surpopulation est un facteur d'aggravation des conditions matérielles de détention indignes : "*La manifestation la plus flagrante des conséquences dommageables de la surpopulation carcérale pour les personnes détenues se traduit par une dégradation notable des conditions matérielles de détention, avant tout à l'intérieur de la cellule où elles passent en surnombre l'essentiel de leur temps en maison d'arrêt, mais également dans les locaux collectifs*". Dans ce rapport de synthèse dédié, la contrôleur démontre comment la surpopulation est à l'origine en outre d'une altération des conditions d'accueil à l'arrivée dans les établissements, d'atteintes à l'intimité et à l'hygiène des personnes détenues, d'une limitation à l'accès aux soins, d'atteintes à la sécurité physique et à l'intégrité psychique des personnes détenues, d'altération des liens avec l'extérieur et enfin de frein à l'accès aux dispositifs de réinsertion.

Cette situation de surpeuplement chronique a contraint à reporter, par plusieurs lois successives, l'application du principe de l'encellulement individuel affirmé dans la loi

²³ Chiffres DAP mesure de l'incarcération au 1^{er} janvier 2020

²⁴ Rapport entre le nombre de personnes détenues et le nombre de places opérationnelles, c'est à dire de places effectivement disponibles en fonction de la superficie au plancher (circ. AP8805G B402 du 3 mars 1988, définissant le mode de calcul de la capacité de chaque établissement)

²⁵ Statistique des établissements et personnes écrouées en France situation au 1^{er} janvier 2020, DAP

²⁶ Chiffres de la DAP, EX3/SDEX/SA/DAP/Ministère de la Justice – Infocentre Pénitentiaire (Post-traitement), étude à paraître, Annie Kensey, cheffe du bureau de la donnée

²⁷ "Les droits fondamentaux à l'épreuve de la surpopulation carcérale, Approche concrète sur la base de l'expérience du Contrôleur général des lieux de privation de liberté", Dalloz, 2018

pénitentiaire du 24 novembre 2009, dans un premier temps jusqu'au 25 novembre 2014, puis jusqu'au 31 décembre 2019²⁸, en dernier lieu jusqu'au 31 décembre 2022²⁹.

2-3 Les condamnations de la France par la Cour européenne

La surpopulation carcérale est à l'origine de plusieurs condamnations de la France pour violation de l'article 3 depuis notamment un arrêt *Canali c/ France* du 25 avril 2013³⁰ relatif aux conditions de détention dans l'ancienne maison d'arrêt de Nancy particulièrement vétuste et insalubre.

Dans l'arrêt *Z... c/France* du 21 mai 2015³¹, la Cour, si elle a déclaré irrecevable le grief tiré de l'article 3, le requérant ayant été indemnisé en réparation du préjudice subi du fait de ses conditions indignes de détention à la maison d'arrêt de Camp Est à Nouméa, a condamné la France pour violation de l'article 13 de la convention. Elle a estimé que, si le prévenu disposait d'un recours indemnitaire devant la juridiction administrative, il ne disposait pas, en l'état du droit, et de la jurisprudence sur le référé liberté au moment de la saisine de la Cour d'un recours préventif de nature à lui permettre, en cas d'allégation de mauvaises conditions de détention *"d'obtenir des juridictions internes un redressement direct et approprié, de nature à empêcher la continuation de la violation alléguée ou de lui permettre d'obtenir une amélioration de ses conditions matérielles de détention § 59"*.

Récemment, le 30 janvier 2020, la Cour de Strasbourg a rendu un arrêt important *J.M.B et autres c France*³², dans lequel elle a statué sur 32 requêtes introduites par des personnes détenues, entre le 20 février 2015 et le 20 novembre 2017 dans trois établissements pénitentiaires ultramarins (Ducos en Martinique, Baie-Mahault en Guadeloupe et Faa'a Nuutania en Polynésie) et trois établissements métropolitains (maisons d'arrêt de Nîmes, Nice et Fresnes) confrontés à des problèmes chroniques de surpeuplement, avec des taux d'occupation pouvant atteindre plus de 200 % , de vétusté et d'insalubrité des locaux. Après un examen in concreto des conditions de détention subies par chacun des requérants, au vu notamment du manque d'espace personnel, de la durée journalière du temps passé dans les cellules sur-occupées, du manque d'hygiène (présence d'animaux nuisibles, de punaises de lits, manque d'aération...), du manque d'intimité (cloisonnement inexistant ou partiel des toilettes) et de l'insuffisance des activités, la Cour a conclu qu'il y avait eu violation de l'article 3 à l'égard de la quasi totalité des requérants.

La Cour a ensuite condamné la France pour violation de l'article 13 de la Convention après s'être livrée à une analyse complète de la jurisprudence administrative et avoir estimé que les évolutions jurisprudentielles intervenues depuis l'arrêt *Z... c/ France* demeuraient insuffisantes et ne permettaient pas de considérer que le référé liberté offrait une possibilité réelle et concrète à la personne incarcérée d'obtenir la cessation de conditions indignes de détention.

La Cour de Strasbourg a en outre alloué à chacun des requérants une indemnisation en fonction de la durée de sa détention et s'échelonnant entre 4 000 et 25 000€.

²⁸ Loi no 2014-1655 du 29 décembre 2014

²⁹ Loi no 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice

³⁰ Cour EDH, 5e sect., 25 avr. 2013, n° 40119/09, *Canali c/ France*

³¹ Cour EDH 21 mai 2015, req. no 50494/12 , *Z... c/France*

³² Cour EDH, 30 janv. 2020, n° 9671/15, *J. M. B. et 31 autres c/France*

Cet arrêt, s'il ne peut être qualifié juridiquement d'arrêt pilote tel que défini par la procédure de l'article 61 du règlement de la Cour européenne qui permet notamment à la Cour d'ajourner les requêtes répétitives pendantes, s'analyse néanmoins comme un arrêt quasi pilote.

En effet, après avoir retracé, avec beaucoup de précisions, la situation carcérale française globale, les dispositions légales adoptées et les politiques pénales et pénitentiaires mises en oeuvre pour tenter, en vain, de limiter le nombre de détenus et d'améliorer l'état des prisons, la Cour pointe le caractère structurel de la surpopulation carcérale en France. Elle relève ainsi que *"Selon les SPACE de 2018 publiées le 2 avril 2019 (PC-CP (2018)12, la France figure parmi les États européens dont les prisons sont les plus surpeuplées et dont la population carcérale augmente malgré la tendance générale à la baisse dans les États membres du Conseil de l'Europe. Sur les huit pays qui continuent de rencontrer des problèmes graves de surpopulation carcérale, la France figure en troisième position."*³³ Après avoir analysé l'inefficacité des recours préventifs devant le juge administratif pour faire cesser les violations de l'article 3, elle conclut *"Dans les affaires examinées, la Cour a ainsi pu constater que l'exécution des décisions du juge administratif se heurte à un phénomène structurel, attesté par les requêtes, les statistiques, les nombreux rapports nationaux et internationaux ainsi que par les tierces interventions."*

Elle recommande ensuite, au visa de l'article 46 de la Convention, d'adopter des mesures générales visant à supprimer le surpeuplement, améliorer les conditions de détention, établir un recours préventif, en ces termes :

*"Dans ce contexte, la Cour recommande à l'État défendeur d'envisager l'adoption de mesures générales. D'une part, de telles mesures devraient être prises afin de garantir aux détenus des conditions de détention conformes à l'article 3 de la Convention. Cette mise en conformité devrait comporter la résorption définitive de la surpopulation carcérale. Ces mesures pourraient concerner la refonte du mode de calcul de la capacité des établissements pénitentiaires (paragraphe 124 à 126 et 205 ci-dessus) et l'amélioration du respect de cette capacité d'accueil. La Cour note également que la loi de programmation 2018-2022 comporte des dispositions de politique pénale et pénitentiaire qui pourraient avoir un impact positif sur la réduction du nombre de personnes incarcérées. Par ailleurs, devrait être établi un recours préventif permettant aux détenus, de manière effective, en combinaison avec le recours indemnitaire (paragraphe 167 ci-dessus), de redresser la situation dont ils sont victimes et d'empêcher la continuation d'une violation alléguée."*³⁴

C'est dans ce contexte qu'a été déposée la présente question prioritaire de constitutionnalité dont il convient maintenant d'examiner la nouveauté éventuelle et, à défaut, le caractère sérieux.

3 La question présente- t-elle un caractère nouveau ?

3-1 La notion de nouveauté

³³ Cour EDH, 30 janv. 2020, n° 9671/15, J. M. B. et 31 autres c/France § 155

³⁴ Cour EDH, 30 janv. 2020, n° 9671/15, J. M. B. et 31 autres c/France

Il est soutenu que la question prioritaire de constitutionnalité doit être transmise au Conseil en ce qu'elle invoquerait un principe constitutionnel nouveau, à savoir le principe constitutionnel d'interdiction des traitements inhumains et dégradants et le droit constitutionnel corrélatif de ne pas subir de tels traitements.

Aux termes de l'article 23-5, alinéa 3, de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958, le Conseil constitutionnel doit être saisi dès lors que la question prioritaire de constitutionnalité "*est nouvelle ou présente un caractère sérieux*".

Dans sa décision n°2009-595 DC, le Conseil a défini en premier lieu la question nouvelle comme étant celle dans laquelle est invoquée une "*disposition constitutionnelle*" dont il "*n'a pas encore eu l'occasion de faire application*".

Cette première hypothèse, qui relève selon la doctrine d'une appréciation technique³⁵, ne pose pas de difficultés lorsque la question vise une disposition constitutionnelle qui appartient au bloc de constitutionnalité qui n'a jamais été appliquée ou interprétée par le Conseil constitutionnel, notamment parce qu'elle est récente (comme par exemple la Charte de l'environnement). Dans ce cas, la nécessité de la transmission au Conseil constitutionnel ne fait pas de doute et s'impose aux juges du filtre que sont le Conseil d'Etat et la Cour de cassation.

La situation est plus complexe lorsque ne sont pas invoqués une disposition de la Constitution et des textes visés par le préambule, mais un principe fondamental de droit reconnu par les lois de la République, ou un principe à valeur constitutionnelle, qui n'auraient pas encore été dégagés par le Conseil constitutionnel et sur l'existence duquel la juridiction de filtrage devrait donc prendre parti, sans pour autant venir empiéter sur la compétence du Conseil.

Dans la décision susvisée, le Conseil constitutionnel a élargi en second lieu la notion de question nouvelle en indiquant que le législateur organique avait aussi "*entendu permettre au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation d'apprécier l'intérêt de saisir le Conseil constitutionnel en fonction de ce critère alternatif*", introduisant ce faisant un critère d'appréciation que la doctrine a pu qualifier de "*politique*", au sens de politique jurisprudentielle, lorsqu'il y a "*un intérêt à saisir le Conseil constitutionnel*".

Le caractère nouveau de la question posée sera donc examiné sous ces deux angles technique et politique.

3-2 Appréciation du caractère nouveau de la question sous l'angle technique

S'agissant de l'angle technique, la question ne vise manifestement pas une disposition du bloc de constitutionnalité qui n'aurait jamais été appliquée. En effet la notion d'interdiction des traitements inhumains et dégradants est empruntée à l'article 3 de la convention européenne des droits de l'homme. Ni la Constitution ni la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, ni le Préambule de 1946, ni la Charte de l'environnement ne mentionnent l'interdiction des traitements inhumains et dégradants. De surcroît, une interrogation des différents moteurs de recherche montre que le Conseil constitutionnel n'a jamais utilisé ces termes, dans aucune de ses décisions.

³⁵ Jean-Eric Gicquel, "La question nouvelle, condition de renvoi d'une question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel - Un critère technique au service de politiques jurisprudentielles", les Petites Affiches, 2011, no 244, p. 6.

La question est donc susceptible d'être nouvelle en tant qu'elle invoque un principe à valeur constitutionnelle que le Conseil constitutionnel n'aurait pas encore eu l'occasion de dégager.

3-2-1 L'appréciation de l'invocation d'un principe constitutionnel nouveau par le Conseil d'Etat et la Cour de cassation

Face à l'invocation d'un principe constitutionnel nouveau, il convient de rappeler que la Cour de cassation et le Conseil d'Etat ont cependant des positions jurisprudentielles quelque peu divergentes.

Le Conseil d'Etat accepte de renvoyer sur le fondement du caractère nouveau les questions prioritaires de constitutionnalité qui invoquent la violation d'un principe constitutionnel non encore consacré comme tel par le Conseil constitutionnel, dès lors que "*son existence peut être sérieusement envisagée*"³⁶. La rapporteure publique Aurélie Bretonne relève à cet égard que "*les conclusions des rapporteurs publics exhortent régulièrement le Conseil d'Etat à ne pas préjuger, aux lieu et place du Conseil constitutionnel, de la valeur constitutionnelle d'un nouveau principe invoqué, dès lors que la question est sérieusement ou plausiblement nouvelle et que le principe à consacrer n'est pas dépourvu de tout rapport avec la disposition législative contesté.*"³⁷

Ainsi a-t-il transmis notamment une question prioritaire de constitutionnalité qui invoquait le principe de valeur constitutionnelle non bis in idem³⁸ ou encore le principe de sécurité juridique³⁹.

A l'inverse, la Cour de cassation se montre plus réticente à transmettre sur le critère de nouveauté des questions prioritaires de constitutionnalité invoquant un nouveau PFRLR ou un nouveau principe à valeur constitutionnelle. Pour certains auteurs, le critère de nouveauté ne s'applique a priori "*qu'à une disposition constitutionnelle, et non à un principe constitutionnel que le Conseil n'aurait jamais reconnu, auquel cas l'invocation de n'importe quel principe constitutionnel, fut-il parfaitement fantaisiste, devrait entraîner le renvoi de la question au Conseil constitutionnel*".⁴⁰

Selon M. le conseiller Olivier Talabardon, l'analyse comparée des jurisprudences de la Cour et du Conseil montre que la Cour de cassation "*semble considérer que l'invocation d'un nouveau PFRLR ou d'un nouveau principe constitutionnel non encore reconnu comme tel ne relève pas d'un examen du caractère nouveau de la question, mais de son caractère sérieux*"⁴¹.

La chambre criminelle a ainsi refusé de transmettre sur le critère de nouveauté une QPC qui

³⁶ Conclusions du rapporteur public, Gaëlle Dumortier, Conseil d'Etat, décision n°361995 du 7 novembre 2012

³⁷ CE, 25 oct. 2017, Wikimedia France, no 411005

³⁸ Conseil d'Etat, décision n°361995 du 7 novembre 2012

³⁹ CE, 17 décembre 2010, n°343752

⁴⁰ Guérin D., Borzeix A., Question prioritaire de constitutionnalité, Procédure pénale, fascicule 20.

⁴¹ Rapport, Crim., 27 mars 2018, QPC no 17-84.509, Bull. crim. 2018, no 54, non-lieu à renvoi)

invoquait la violation du principe de la liberté du travail⁴² ou un droit constitutionnel à la protection de la réputation⁴³. Dans son avis, non suivi, sur le droit à la protection de la réputation, Monsieur l'avocat général Desportes, estimait qu'une question devrait pouvoir être qualifiée de nouvelle lorsqu'il est proposé de donner à une disposition constitutionnelle *"une portée nouvelle étendant le champ des droits et libertés garantis par la Constitution. En effet, dans un tel cas de figure, refuser le renvoi au Conseil constitutionnel, c'est prendre parti, dans un sens restrictif, sur la portée du texte constitutionnel et donc empiéter sur l'office du juge constitutionnel."*⁴⁴

Toutefois la chambre criminelle a transmis une question prioritaire de constitutionnalité relative aux articles L. 622-1 et L. 622-4 du CESEDA qui invoquait l'existence d'un principe constitutionnel de fraternité au motif que : *"la question, en ce qu'elle tend à ériger en principe constitutionnel, la fraternité, qualifiée d'idéal commun par le préambule de la Constitution du 4 octobre 1958, et reconnue comme l'une des composantes de la devise de la République par l'article 2 de ladite Constitution, principe que méconnaîtraient les dispositions législatives contestées, présente un caractère nouveau"*⁴⁵.

Cette décision marque probablement un certain infléchissement de la jurisprudence de la chambre criminelle, même s'il faut relever que l'assise constitutionnelle du principe invoqué était particulièrement forte puisque même si le Conseil n'avait jamais affirmé explicitement qu'un principe de fraternité était protégé par la Constitution, il était invoqué des dispositions textuelles mentionnant la notion de fraternité issues du bloc de constitutionnalité (Préambule et article 2 de la Constitution notamment).

Dans sa décision rendue sur cette question prioritaire de constitutionnalité⁴⁶, le Conseil constitutionnel, utilisant la même formule que lorsqu'il a consacré le principe à valeur constitutionnelle de dignité de la personne humaine, a cité la base constitutionnelle avant d'énoncer qu'il en ressortait le principe constitutionnel de fraternité, qu'il a ensuite défini :

"Aux termes de l'article 2 de la Constitution : « La devise de la République est "Liberté, Égalité, Fraternité" ». La Constitution se réfère également, dans son préambule et dans son article 72-3, à l'« idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité ». Il en ressort que la fraternité est un principe à valeur constitutionnelle.

Dans ce sillage, il semble qu'il faille examiner le nouveau principe ici invoqué pour déterminer si son existence est suffisamment vraisemblable pour justifier de l'obligation de sa transmission.

3-2-2 L'interdiction des traitements inhumains et dégradants au regard du préambule de 1946

Le mémoire spécial fait valoir que l'interdiction des traitements inhumains dispose d'une forte assise constitutionnelle avec l'ouverture du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 qui énonce:

⁴² Crim., 9 mars 2011, pourvoi n° 10-87.103

⁴³ Crim., 27 mars 2018, QPC n° 17 84.509, publié ; Crim., 27 mars 2018, QPCn° 17-84.511

⁴⁴ sous Cass. crim., 13 mars 2018, n°17-84.509

⁴⁵ Crim., 9 mai 2018, QPC n° 17-85.737 ; QPC n° 17-85.736

⁴⁶ Décision n° 2018-717/718 QPC du 6 juillet 2018

“Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d’asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés. Il réaffirme solennellement les droits et libertés de l’homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des droits de 1789 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République.”

Ce préambule ne fait certes aucune référence directe aux traitements inhumains et dégradants, ce qui constitue une différence majeure avec le texte des dispositions constitutionnelles mentionnant la fraternité.

Cependant, il affirme les droits de la personne humaine ainsi que leur caractère universel et du point de vue lexical, en utilisant le verbe dégrader, renvoie à la notion de dégradation de la personne. Or l’universalité des droits de l’homme repose sur l’idée régulatrice⁴⁷ d’égale dignité des hommes, en tant qu’homme, quels qu’ils soient et quoi qu’ils aient pu faire. Il en ressort que même dans le cadre de peines légalement prononcées, aucun traitement de nature à dégrader la personne humaine n’est admissible. De surcroît, la référence implicite au régime démocratique, par opposition aux régimes *“qui ont tenté d’asservir et de dégrader la personne humaine”* renvoie aux philosophies politiques dites du contrat social, fondatrices de l’ordre démocratique et qui, depuis Beccaria, imposent de penser les limites du droit de punir.

Enfin, ce préambule doit certainement s’interpréter à la lumière des dispositions de l’article 3 de la CEDH puisque le contrôle de constitutionnalité s’inscrit dans le contexte contemporain de l’hybridation des droits et du dialogue des juges. La convention européenne est ainsi susceptible d’être prise en compte pour interpréter les normes constitutionnelles, en particulier s’il s’agit de voir émerger de nouveaux droits ou principes et de s’inscrire dans une perspective évolutive et dynamique.

Agnès Roblot-Troizier⁴⁸ invite ainsi à dépasser la notion doctrinale de bloc de constitutionnalité qui renvoie à l’idée d’un tout stable et homogène au profit de celle de source, plus polysémique, qui permet d’intégrer non seulement les normes qui ont une valeur constitutionnelle mais aussi celles qui *“sans avoir cette valeur, conditionnent la constitutionnalité d’une norme contrôlée”*, et parmi lesquelles notamment *“des règles ou des principes issus du droit international, du droit européen et des différentes branches du droit interne, qui, à des degrés divers, trouvent une place parmi les normes de référence du contrôle de constitutionnalité.”* Analysant les différentes méthodes d’intégration des sources internationales et européennes par le Conseil constitutionnel identifie une technique de *« l’assimilation »*, *“qui consiste à assimiler une norme constitutionnelle à une norme conventionnelle. Ainsi les normes conventionnelles, en particulier européennes, constituent des sources du droit constitutionnel. Le Conseil constitutionnel se fonde certes sur des dispositions constitutionnelles qui en constituent le fondement juridique, mais il leur donne un sens identique à des normes de droit international général ou, le plus souvent, de droit européen. Les exemples sont nombreux et connus : le droit au recours juridictionnel effectif, le droit au procès équitable, la définition de la liberté individuelle transposée de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme, la liberté du mariage, le droit de mener une vie familiale normale ou le principe de dignité de la personne humaine.*

Ces exemples témoignent de l’intégration du droit européen comme source d’inspiration dans l’énoncé des droits ; il est aussi une source d’inspiration quant aux garanties qui leur sont

⁴⁷ Au sens philosophique du terme

⁴⁸ Agnès Roblot-Troizier, *“Le Conseil constitutionnel et les sources du droit constitutionnel”*, Jus politicum, Revue de droit public, N° 21

attachées. L'évolution de la jurisprudence constitutionnelle relative aux validations législatives en donne une bonne illustration tant le contrôle de ces validations s'est coulé dans le moule des exigences posées par la Cour européenne des droits de l'homme".

A ce titre, le principe invoqué serait doté d'une vraisemblance constitutionnelle suffisante pour envisager une transmission au Conseil constitutionnel sur la seule base de la nouveauté.

3-2-3 L'interdiction des traitements inhumains et dégradants incluse dans le principe de sauvegarde de la dignité tel qu'appliqué par le Conseil constitutionnel en matière de détention

Cependant force est de constater que non seulement le Conseil constitutionnel a déjà interprété ces dispositions du Préambule, mais il en a déjà dégagé le principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine. Depuis 1994, il énonce en effet que « *Le Préambule de la Constitution de 1946 réaffirme que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés. La sauvegarde de la dignité de la personne contre toute forme d'asservissement et de dégradation est au nombre de ces droits et constitue un principe à valeur constitutionnelle* »⁴⁹.

Or comme le relève d'ailleurs le mémoire spécial, « *Il existe un lien particulièrement fort entre les notions de peines ou traitements « dégradants », au sens de l'article 3 de la Convention et de respect de la « dignité » et l'interdiction des traitements inhumains ou dégradants est également une valeur de civilisation étroitement liée au respect de la dignité humaine, qui se trouve au coeur même de la Convention* »⁵⁰.

Dans ces conditions, on pourrait penser que le principe de l'interdiction des traitements inhumains et dégradants, tel qu'il se dégage de l'ouverture du préambule, est déjà contenu dans le principe de sauvegarde de la dignité humaine, de sorte qu'il ne saurait être considéré comme nouveau.

Le mémoire pour contrecarrer, par anticipation, cette analyse fait valoir que les deux principes de sauvegarde de la dignité et de prohibition des traitements inhumains et dégradants auraient une existence indépendante et induiraient des implications juridiques distinctes, ce qui paraît difficilement compatible avec l'idée par ailleurs avancée à juste titre dans le mémoire spécial, selon laquelle le principe de dignité est matriciel.

A la rigueur, il pourrait être soutenu que même si l'interdiction des traitements inhumains et dégradants procède du principe de sauvegarde de la dignité issue de l'ouverture du Préambule, il s'agirait ici de lui donner une portée nouvelle et plus large.

Le principe de dignité, consacré dans la décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994 relative aux lois dites de "bioéthique", a été appliqué depuis par le Conseil constitutionnel dans de très

⁴⁹ Par exemple décision n°94-343/344 DC, cons. 2 ; décision n°2010- 14/22 QPC, cons. 19 ; décision n°2010-25 QPC, cons. 7 ; décision n°2017-632 QPC, cons. 6

⁵⁰ Le mémoire cite notamment à cet égard les décisions suivantes : Cour EDH, G.C.28 sept. 2015, Bouyid c. Belgique, n° 23380/09, § 90 ; Cour EDH, G.C.26 octobre 2000, Kuala c. Pologne, n° 30210/96, § 94 ; Cour EDH, G.C. 17 juillet 2014, Svinarenko et Slyadnev c. Russie, n° 32541/08, §38 Cour EDH, G.C. 21 nov. 2019, Ilias et Ahmed c. Hongrie, n° 47287/15, § 124

nombreux domaines : l'état des personnes⁵¹, l'interruption volontaire de grossesse⁵², la bioéthique et la génétique⁵³, les prélèvements externes⁵⁴, l'arrêt des traitements de maintien en vie⁵⁵, le droit des étrangers⁵⁶, le logement⁵⁷, la prostitution⁵⁸ ou encore la protection des majeurs protégés⁵⁹.

Parmi ces domaines, figurent la privation de liberté et plus spécialement les conditions de détention en établissements pénitentiaires.

C'est ainsi que dans la décision n° 2009-593 DC du 19 novembre 2009 (sur la loi pénitentiaire) le Conseil a énoncé :

« Considérant, d'une part, que le Préambule de la Constitution de 1946 a réaffirmé que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés ; que la sauvegarde de la dignité de la personne contre toute forme d'asservissement et de dégradation est au nombre de ces droits et constitue un principe à valeur constitutionnelle ; que, d'autre part, l'exécution des peines privatives de liberté en matière correctionnelle et criminelle a été conçue, non seulement pour protéger la société et assurer la punition du condamné, mais aussi pour favoriser l'amendement de celui-ci et préparer son éventuelle réinsertion ; qu'il appartient, dès lors, au législateur, compétent en application de l'article 34 de la Constitution pour fixer les règles concernant le droit pénal et la procédure pénale, de déterminer les conditions et les modalités d'exécution des peines privatives de liberté dans le respect de la dignité de la personne ».

Il s'évince de cette formulation que les conditions de détention doivent respecter la dignité de la personne, ce qui implique que la personne détenue ne peut être soumise à des traitements inhumains et dégradants portant nécessairement atteinte à sa dignité.

Le commentaire aux Cahiers de cette décision, après avoir relevé la rareté de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les prisons avant 2009, en soulignait l'intérêt en ces termes : "Le Conseil a donc précisé les normes de constitutionnalité spécifiquement applicables au contrôle des lois pénitentiaires. D'une part, il l'a fait en se référant au principe de sauvegarde de la dignité de la personne, principe qu'il avait dégagé pour la première fois en 1994 à l'occasion du contrôle

⁵¹ Décision n° 2016-739 DC du 17 novembre 2016

⁵² Décision n° 2001-446 DC du 27 juin 2001 ; décision n° 2015-727 DC du 21 janvier 2016

⁵³ Décision n° 2010-25 QPC du 16 septembre 2010 ; décision n° 2013-674 DC du 1er août 2013 ; décision précitée n° 2015-727 DC du 21 janvier 2016

⁵⁴ Décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003 ; décision n° 2010-25 QPC du 16 septembre 2010

⁵⁵ Décision n° 2017-632 QPC du 2 juin 2017

⁵⁶ Décision n° 96-377 DC du 16 juillet 1996 ; décision n° 2006-539 DC du 20 juillet 2006 ; décision n° 2007-557 DC du 15 novembre 2007 ; décision n° 2018-768 QPC du 21 mars 2019

⁵⁷ Décision n° 94-359 DC du 19 janvier 1995 ; décision n° 98-403 DC du juillet 1998 ; décision n° 2011-169 QPC du 30 septembre 2011 ; décision n° 2015-517 QPC du 22 janvier 2016 ; décision n° 2016-581 QPC du 5 octobre 2016

⁵⁸ Décision n° 2018-761 QPC du 1er février 2019

⁵⁹ Décision n° 2019-778 DC du 21 mars 2019

des lois de bioéthique et qu'il avait fondé sur le Préambule de la Constitution de 1946.

La référence au préambule de 1946 et au principe de sauvegarde de la dignité de la personne pour le contrôle des lois pénitentiaires est doublement justifiée.

Historiquement, le contexte de la Libération a été l'occasion d'une réflexion d'ampleur pour une réforme pénitentiaire qui a été formalisée, en mai 1945, dans les propositions de la commission de réforme des institutions pénitentiaires présidée par Paul Amor. Cette réflexion qui a profondément influencé la modernisation du système pénitentiaire après-guerre puise son inspiration dans les mêmes principes que ceux que proclame le Préambule de 1946. En outre, le respect de la dignité des personnes détenues est devenu un des enjeux prépondérants dans la jurisprudence nationale et internationale touchant à la situation dans les prisons."

Le Conseil constitutionnel, dans une décision du 25 avril 2014⁶⁰, alors qu'il était saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité transmise par le Conseil d'Etat sur l'article 728 du Code de procédure pénale qui renvoyait à un décret le soin de déterminer l'organisation et le régime intérieur des établissements pénitentiaires, a censuré la disposition qui lui était déférée en énonçant à nouveau :

"Considérant, en premier lieu, que, d'une part, le Préambule de la Constitution de 1946 a réaffirmé que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés ; que la sauvegarde de la dignité de la personne contre toute forme d'asservissement et de dégradation est au nombre de ces droits et constitue un principe à valeur constitutionnelle ; que, d'autre part, l'exécution des peines privatives de liberté en matière correctionnelle et criminelle a été conçue, non seulement pour protéger la société et assurer la punition du condamné, mais aussi pour favoriser l'amendement de celui-ci et préparer son éventuelle réinsertion ; qu'il appartient, dès lors, au législateur, compétent en application de l'article 34 de la Constitution pour fixer les règles concernant le droit pénal et la procédure pénale, de déterminer les conditions et les modalités d'exécution des peines privatives de liberté dans le respect de la dignité de la personne ;"

Le commentaire autorisé de cette décision revenant sur celle précitée n°2009-593 l'inscrivait encore plus nettement dans le sillage de l'article 3 de la convention européenne sur la prohibition des traitements inhumains et dégradants en ces termes : *"D'une part, il l'a fait en se référant au principe de sauvegarde de la dignité de la personne contre toute forme d'asservissement et de dégradation, principe fondé sur le Préambule de la Constitution de 1946. Cette jurisprudence rejoint ainsi celle de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), notamment l'arrêt Kudla c/ Pologne du 26 octobre 2000 : « l'article 3 de la Convention impose à l'État de s'assurer que tout prisonnier est détenu dans des conditions qui sont compatibles avec le respect de la dignité humaine, que les modalités d'exécution de la mesure ne soumettent pas l'intéressé à une détresse ou à une épreuve d'une intensité qui excède le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention et que, eu égard aux exigences pratiques de l'emprisonnement, la santé et le bien-être du prisonnier sont assurés de manière adéquate, notamment par l'administration des soins médicaux requis ».*

Enfin, dans une décision récente⁶¹, le Conseil constitutionnel, dans le cadre du contrôle a priori de la loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice a été amené à statuer sur les dispositions visant à prolonger jusqu'au 31 décembre 2022 la possibilité de déroger à la mise en

⁶⁰ Décision n° 2014-393 QPC du 25 avril 2014

⁶¹ Décisions n° 2019-778 DC et n° 2019-779 DC du 21 mars 2019

œuvre de l'encellulement individuel dans les maisons d'arrêt. Les députés auteurs de la deuxième saisine soutenaient que le report à 2023 de la mise en œuvre de l'encellulement individuel porterait une atteinte excessive au principe de dignité de la personne humaine.

Le Conseil constitutionnel a fait application du principe de dignité et estimé qu'en "*adoptant les dispositions contestées, qui se bornent à prolonger jusqu'au 31 décembre 2022 la possibilité de déroger à la mise en œuvre de l'encellulement individuel dans les maisons d'arrêt, sans au demeurant en remettre en cause le principe, le législateur n'a pas méconnu l'exigence constitutionnelle de sauvegarde de dignité de la personne humaine*".

Or, on l'a vu, l'encellulement individuel et l'espace vital par détenu constituent des critères essentiels pour l'appréciation de l'existence de traitements inhumains et dégradants dans la jurisprudence de la Cour européenne.

Il apparaît ainsi que le principe de sauvegarde de la dignité humaine s'applique déjà, dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, aux conditions de détention et interdit implicitement mais nécessairement les traitements inhumains et dégradants qui constituent une négation de la dignité de la personne détenue. Il ne peut dès lors être considéré comme nouveau à ce titre.

3-3 Appréciation du caractère nouveau de la question sous l'angle politique

Reste à examiner la nouveauté du principe allégué sous l'angle plus "politique" que technique.

La décision n°2009-595 DC précitée élargit, comme il a été vu, la définition du critère de nouveauté aux situations dans lesquelles il y a "*intérêt à saisir le Conseil constitutionnel*". Cette expression, qui offre une large marge d'interprétation, vise en particulier les situations où les questions prioritaires de constitutionnalité sont posées de manière réitérées (comme ce fut le cas par exemple en matière de motivation des décisions des cours d'assises) ou soulèvent des débats de société importants. Les commentateurs du code constitutionnel et des droits fondamentaux avancent aussi qu'une question prioritaire de constitutionnalité pourrait être qualifiée de nouvelle si elle présente ou peut présenter un problème de compatibilité avec la convention européenne des droits de l'homme, si elle présente, bien que déjà traitée par le Conseil constitutionnel, une difficulté nouvelle ou comporte un aspect nouveau compte tenu de certaines évolutions ⁶².

3-3-1 Intérêt éventuel de renouveler l'approche constitutionnelle du principe de dignité en l'envisageant dans le domaine pénitentiaire comme intangible

On peut à cet égard, et en premier lieu, s'interroger sur la portée et la force du principe à valeur constitutionnelle de sauvegarde de la dignité, comparée à celle du principe conventionnel d'interdiction des traitements inhumains et dégradants.

P. Cossalter a montré qu'alors que le principe de dignité humaine est souvent présenté comme un principe matriciel, "*dont découlerait tous les autres droits fondamentaux*", et qu'il est affirmé de manière solennelle par le Conseil constitutionnel, il n'a en réalité "*ni dominé ni renouvelé l'ordre constitutionnel français*". Non seulement il doit être concilié avec les autres grands principes du droit public français, mais encore il a gardé dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel "*une*

⁶² Code constitutionnel et des droits fondamentaux, Commentaire de l'article 61-1, Paris : Dalloz, 2020, §273 à 275.

place subsidiaire parmi les principes à valeur constitutionnelle" de sorte qu'aucune censure d'une disposition législative n'est jamais intervenue sur le fondement de ce principe.

Ainsi le Conseil constitutionnel appliquant le principe de dignité en matière de détention n' a pas fait d'exception et ne lui a pas donné de place particulière, équivalente à celle de l'article 3 dans l'ordre conventionnel.

Par exemple, le Conseil constitutionnel dans une décision du 17 décembre 2010⁶³, saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité relative à la conformité à la Constitution, notamment au principe de dignité, de l'article 803-3 du Code de procédure pénale, qui autorise la rétention pendant vingt heures, dans les locaux du tribunal, d'une personne dont la garde à vue a été levée en vue de son déferrement devant un magistrat, parfois appelé "le petit dépôt", a jugé que cette privation de liberté, au-delà du temps de la garde à vue, n'était pas, par elle-même, contraire à la Constitution. Dans cette décision, après avoir rappelé *"que le Préambule de la Constitution de 1946 a réaffirmé que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés ; que la sauvegarde de la dignité de la personne contre toute forme d'asservissement et de dégradation est au nombre de ces droits et constitue un principe à valeur constitutionnelle"*, le Conseil a considéré que ce principe devait être concilié avec d'autres droits en ces termes :

"Considérant qu'il incombe au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions, toutes deux nécessaires à la sauvegarde de droits et de principes de valeur constitutionnelle, et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties ; qu'au nombre de celles-ci figurent le respect de la présomption d'innocence, la sauvegarde de la dignité de la personne et la liberté individuelle que l'article 66 de la Constitution place sous la protection de l'autorité judiciaire ".

Ainsi l'instauration d'un principe autonome de prohibition des traitements inhumains et dégradants, qui au sens conventionnel présente, comme on a vu, un caractère absolu ou en tous cas le renouvellement sous cet aspect du principe de dignité pourrait, dans ce contexte, présenter un intérêt éventuellement de nature à justifier la saisine du Conseil constitutionnel.

3-3-2 Intérêt éventuel de saisir le Conseil constitutionnel compte tenu de la persistance du risque d'inconventionnalité des dispositions législatives actuelles en l'absence de perspectives suffisantes d'amélioration des conditions de détention dans les établissements pénitentiaires

En deuxième lieu, on peut relever que la présente question prioritaire de constitutionnalité met en exergue un difficulté réelle puisque, comme on a vu, la France est confrontée à un problème structurel de surpopulation carcérale susceptible de générer des conditions de détentions constitutives de traitements inhumains et dégradants et que, si le problème est ancien, il a pris une acuité nouvelle depuis la condamnation de la France par la Cour européenne dans son arrêt J.M.B et autres c France du 30 janvier 2020⁶⁴ non seulement pour violation de l'article 3, mais encore pour violation de l'article 13, en l'absence d'un recours effectif préventif de nature à permettre à la personne détenue qui subit du fait de la surpopulation carcérale des traitements inhumains et dégradants d'obtenir qu'il soit mis fin réellement à des conditions de détention contraires à la Convention.

⁶³ Décision n° 2010-80 QPC du 17 décembre 2010

⁶⁴ Cour EDH, 30 janv. 2020, n° 9671/15, J. M. B. et 31 autres

Cette condamnation de la France tant pour l'insuffisance de ses voies de recours que pour l'état de ses prisons, et le risque de voir intervenir de nouvelles condamnations en l'absence d'amélioration pourraient aussi caractériser l'intérêt à saisir le Conseil constitutionnel.

A l'heure d'aujourd'hui et dans le contexte de crise sanitaire que traverse la France les établissements pénitentiaires connaissent certes une situation inédite; dans un entretien du 29 avril 2020, la garde des sceaux annonçait : *“les prisons comptaient 61 100 détenus au 23 avril, soit 11 500 de moins que le 16 mars (...) la baisse se poursuit. Le taux d'occupation des prisons françaises est désormais inférieur à 100 % en moyenne. Il est encore autour de 110 % dans les maisons d'arrêt contre 140 % début mars.”*⁶⁵. Cette baisse remarquable de la population carcérale fait suite à la mise en oeuvre d'une politique active et concertée en faveur de la diminution du nombre de détenus. La circulaire ⁶⁶ relative à l'adaptation de l'activité pénale et civile des juridictions aux mesures de prévention et de lutte contre la pandémie Covid-19 dans son volet exécution des peines a prévu des mesures destinées à limiter le nombre de mises à l'écrou. L'ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020 portant adaptation de règles de procédure pénale sur le fondement de la loi du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, au titre des mesures d'adaptation des règles relatives à l'exécution et l'aménagement des fins de peine, a créé plusieurs mécanismes visant expressément à désengorger les établissements pénitentiaires et en particulier les maisons d'arrêt ⁶⁷, qui ont permis la libération anticipée de 5 300 personnes détenues en fin de peine ⁶⁸.

Cette évolution suscite d'évidents espoirs ⁶⁹ mais il est permis de craindre que cette amélioration ne demeure conjoncturelle.

D'une part, elle s'explique aussi par la diminution de l'activité des tribunaux ainsi que par la baisse de la délinquance durant la période de confinement ⁷⁰.

D'autre part, il n'est pas certain que de nouvelles réformes accompagnent le processus ainsi engagé. L'histoire enseigne combien les réformes législatives pénales et pénitentiaires visant à limiter de manière impérative le recours à l'incarcération et à améliorer les conditions de détention

⁶⁵ Le Monde, 29 avril 2020, entretien avec Jean-Baptiste Jacquin

⁶⁶ CRIM-2020-10/E1-13.03.2020

⁶⁷ Notamment possibilités de libération anticipée pour les personnes condamnées à moins de cinq années d'emprisonnement auxquelles il reste deux mois à effectuer, réductions de peine supplémentaires exceptionnelles allant jusqu'à deux mois.

⁶⁸ Voir, AJ Pénal 2020 p.200 *Les droits fondamentaux des personnes détenues à l'épreuve de la crise sanitaire* Adeline Hazan, Contrôleure générale des lieux de privation de liberté et AJ Pénal 2020 p.202 *La prison à l'épreuve de la crise sanitaire Situation des établissements pénitentiaires et rôle des juges de l'application des peines* Virginie Bianchi, Avocat à la Cour

⁶⁹ Yaël Braun-Pivet, présidente de la commission des lois de l'Assemblée nationale, évoquait *“une occasion historique”*. *“On a remis les compteurs à zéro du point de vue de la population carcérale. C'est le moment idéal pour instaurer de bonnes pratiques afin que le nombre de détenus ne reparte pas brutalement à la hausse.”* Le Monde, 29 avril 2020

⁷⁰ Voir à ce sujet Conjoncture N° 56 Mai 2020, Analyse conjoncturelle des crimes et délits enregistrés par la police et la gendarmerie à la fin du mois d'avril 2020, ministère de l'intérieur

se heurtent historiquement en France à des obstacles quasi infranchissables⁷¹. C'est ainsi par exemple que l'instauration d'un numerus clausus, préconisé par certains dès le début des années 2000 à la suite des rapports parlementaires précités dénonçant l'état des prisons, et jugé par la Cour européenne comme une solution pertinente aux problèmes de surpopulation carcérale⁷², a jusqu'à ce jour été écarté par tous les gouvernements⁷³. Il en a notamment été ainsi de la proposition de loi visant à instaurer un mécanisme de prévention de la surpopulation pénitentiaire, déposée en 2010 par le député Dominique Raimbourg (N° 2753). Il était proposé d'inscrire dans le Code de procédure pénale qu'un établissement pénitentiaire ne peut accueillir de détenus au-delà des places disponibles. Afin de garantir la possibilité de mettre à exécution immédiate les peines d'emprisonnement et d'incarcérer les prévenus, le mécanisme proposé reposait sur la création d'une réserve de places de détention, affectée à l'accueil des nouveaux entrants lorsque plus aucune place ordinaire n'est disponible, assorti d'un dispositif visant à favoriser les aménagements de peine et à défaut à permettre une sortie anticipée des détenus les plus proches de leur fin de peine. Un mécanisme de numerus clausus contraignant a notamment, par la suite, été écarté par le rapport du garde des sceaux de septembre 2016, sur l'encellulement individuel, intitulé *“En finir avec la surpopulation carcérale”*, ou par le rapport, d'avril 2017 de la Commission du Livre Blanc sur l'immobilier pénitentiaire. La CGLPL dans son rapport sur *“les droits fondamentaux à l'épreuve de la surpopulation carcérale”* publié en 2018, recommande quant à elle *“un mécanisme national de régulation carcérale”* devant *“être mis en place par voie législative et s'accompagner de protocoles locaux contraignants, associant les divers acteurs sous la responsabilité des autorités judiciaires.”*⁷⁴

Dans ce contexte, l'intérêt de saisir une juridiction suprême, comme ultime voie de recours, pour contraindre le législateur à mieux garantir les droits fondamentaux des personnes détenues conformément aux exigences de la Cour européenne pourrait faire partie du débat.

Néanmoins, il ne vous est pas proposé d'aller dans cette voie de saisine sur un critère de nouveauté entendu au sens “politique”, dans la mesure où cette voie doit rester exceptionnelle et où, comme il sera vu ci-dessous, la question sous l'angle du seul principe de dignité présente un caractère suffisamment sérieux pour justifier d'un renvoi devant le Conseil constitutionnel.

⁷¹ Voir pour le XIX^e siècle, Robert BADINTER, *La prison républicaine*, Paris Fayard 1992. Robert Badinter estimait récemment dans un colloque du 21 juin 2018 sur la prison du 21^e siècle, organisé à la Maison du Barreau, que *“deux lois paralysent les politiques sur ce sujet. La première est la loi d'airain selon laquelle on ne peut espérer, dans un pays, accorder aux détenus un traitement plus favorable que le niveau de vie du plus pauvre des travailleurs. La deuxième loi est celle de la subsidiarité budgétaire : il y a toujours un sujet qui passe avant l'amélioration des conditions de détention. L'exécutif est contraint par le budget, les parlementaires par l'opinion publique”*. Olivia Dufour, *La Gazette du palais*, Prison : la grande désillusion ?, 27 juin 2018

⁷²

Françoise Tulkens relève que dans l'arrêt *Ananyev et autres c. Russie* du 10 janvier 2012 (§§204-209) la Cour a considéré que *“les directeurs de maisons d'arrêt devraient aussi être autorisés à refuser d'accueillir un nombre de détenus excédant les capacités d'accueil de leur établissement”* et que *“la remise en liberté anticipée des prisonniers des maisons d'arrêt dont la détention n'apparaît plus nécessaire constituerait également une mesure importante pour la gestion de la surpopulation carcérale”*. F Tulkens, *Déviance et Société*, 2014/4 Vol. 38, p 425 op. cit

⁷³ Par lettre ouverte au garde des sceaux du 30 avril 2020 le syndicat de la magistrature et par lettre ouverte au président de la République du 29 avril 2020 le syndicat national des directeurs pénitentiaires ont à nouveau préconisé la mise en place d'un mécanisme de numerus clausus.

⁷⁴ Recommandation n° 10

4 La question présente-t-elle un caractère sérieux ?

Le mémoire spécial, s'appuyant notamment sur la jurisprudence européenne, expressément citée dans le libellé de la question, fait valoir que les impératifs prépondérants de dignité et d'interdiction des traitements inhumains et dégradants, sauf à les vider purement et simplement de toute substance, imposent une voie de recours permettant à un juge d'intervenir en urgence afin que les atteintes à ces droits cessent immédiatement et ne se poursuivent pas. Il soutient, comme on a vu, qu'en n'imposant pas au juge judiciaire, qui a naturellement vocation à intervenir en tant que gardien de la liberté individuelle, de redresser immédiatement la situation dont est victime la personne placée en détention provisoire lorsque celle-ci subit des conditions indignes de détention, le législateur a nécessairement méconnu sa compétence.

4-1 La nécessité constitutionnelle d'un recours de nature à faire cesser la violation du principe de sauvegarde de la dignité d'une personne détenue n'est pas dénuée de caractère sérieux.

Le champ de l'incompétence négative du législateur, qui permet de critiquer une disposition législative pour son insuffisance, a été circonscrit par le Conseil constitutionnel, dans sa décision n° 2012-254 QPC, en ces termes " *la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence ne peut être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité que dans le cas où cette méconnaissance affecte par elle-même un droit ou une liberté que la Constitution garantit*".

Ainsi le Conseil constitutionnel a, par exemple, estimé que le législateur avait méconnu l'étendu de sa compétence, en matière d'urbanisme lorsqu'aucune disposition législative " *n'institue les garanties permettant que les exigences résultant de l'article 17 de la Déclaration de 1789 soient satisfaites*"⁷⁵ ou encore, en matière de noms de domaine sur Internet, lorsqu'aucune disposition législative n'institue pas les garanties permettant qu'il ne soit pas porté atteinte à la liberté d'entreprendre ainsi qu'à la liberté de communication⁷⁶.

Sous l'angle de l'incompétence négative, la question n'est à première vue pas évidente puisque les conditions indignes de détention ne procèdent nullement de la loi mais de la situation de fait des établissements pénitentiaires en France, comme cela a été vu.

4-1-1 L'office du juge constitutionnel est a priori limité au contrôle de la loi et ne porte pas sur les conditions d'application de celle-ci

La liberté individuelle est garantie par l'article 66 de la constitution aux termes duquel " *Nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi* ".

Les dispositions en cause sont conformes à la Constitution puisque la détention provisoire est décidée par un juge de l'ordre judiciaire et que la notion de détention arbitraire ne paraît pas devoir renvoyer aux conditions de détention mais à la légitimité de l'autorité qui en décide.

⁷⁵ QPC no 2010-33, 22 sept. 2010

⁷⁶ QPC no 2010-45 6 oct. 2010

S'agissant des conditions de détention, l'article 22 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 énonce que « *l'administration pénitentiaire garantit à toute personne détenue le respect de sa dignité et de ses droits* ».

L'article préliminaire du Code de procédure pénale énonce que « *Les mesures de contraintes (...) doivent être strictement limitées aux nécessités de la procédure, proportionnées à la gravité de l'infraction reprochée et ne pas porter atteinte à la dignité de la personne.* »

Enfin, l'article 716 du code de procédure pénale qui pose le principe de l'encellulement individuel dispose notamment que « *lorsque les personnes mises en examen, prévenus et accusés sont placés en cellule collective, les cellules doivent être adaptées au nombre des personnes détenues qui y sont hébergées. Celles-ci doivent être aptes à cohabiter. Leur sécurité et leur dignité doivent être assurées.* »

Les dispositions du droit pénitentiaire dont on a vu qu'il avait désormais une assise législative, imposée par le Conseil constitutionnel, n'entrent pas en contradiction avec les droits fondamentaux. La présente question prioritaire de constitutionnalité ne remet pas en cause la loi à cet égard mais la méconnaissance du principe de dignité dans l'application de la loi.

Or comme le relèvent les commentateurs du Code constitutionnel et des droits fondamentaux⁷⁷ « *les situations de fait incompatibles avec la dignité de la personne ne remettent pas en cause, à elles seules, la constitutionnalité des dispositions qui prévoient la privation de liberté* ».

Le Conseil constitutionnel, dans sa décision QPC n°2010-14/22 relative à la garde à vue, a estimé que la méconnaissance éventuelle de l'exigence de respect de la dignité des personnes dans l'application des dispositions relatives à la garde à vue « *n'a pas, en elle-même, pour effet d'entacher ces dispositions d'inconstitutionnalité* ».

De même dans sa décision précitée n° 2010-80 QPC du 17 décembre 2010, relative au « petit dépôt », le Conseil constitutionnel, après avoir énoncé que la privation de liberté des personnes retenues dans ce cadre devait être « *en toutes circonstances, mise en œuvre dans le respect de la dignité de la personne* », a précisé « *que la méconnaissance éventuelle de cette exigence dans l'application des dispositions législatives précitées n'a pas, en elle-même, pour effet d'entacher ces dispositions d'inconstitutionnalité* ».

Il pourrait se déduire de cette première approche de la jurisprudence constitutionnelle que les dispositions du Code de procédure pénale sur la détention provisoire ne prévoient nullement des modalités de placement ou un régime d'exécution susceptibles de constituer in abstracto des traitements indignes et que la question de ce seul fait n'est manifestement pas sérieuse.

4-1-2 La jurisprudence constitutionnelle exige cependant que le respect du principe de sauvegarde de la dignité soit assorti de garanties légales

Le commentaire autorisé de la décision précitée du 17 décembre 2010, après avoir mis en exergue les limites du contrôle opéré en observant que le principe de dignité de la personne « *n'est pas de nature à permettre au Conseil constitutionnel d'exercer un contrôle des conditions matérielles dans lesquelles les gardes à vue sont mises en œuvre* » notait que, cependant, « *les dispositions législatives qui, (...) y compris par leur insuffisance, (...) priveraient de garanties légales cette exigence, pourraient faire l'objet d'une censure par le Conseil constitutionnel* ».

⁷⁷ Code constitutionnel et des droits fondamentaux, Commentaire du Préambule de 1946, Paris : Dalloz, 2020, § 141

Dans les deux décisions précitées le Conseil, s'il s'est refusé à examiner les conditions d'application de la loi, a néanmoins pris soin d'énoncer que le contrôle des conditions de retenue relevait de l'autorité judiciaire.

S'agissant du petit dépôt, il a précisé *"qu'il appartient aux autorités judiciaires de veiller à ce que la privation de liberté des personnes retenues soit, en toutes circonstances, mise en œuvre dans le respect de la dignité de la personne ; qu'il appartient, ainsi, à ces autorités de veiller à ce que les locaux des juridictions dans lesquels ces personnes sont retenues soient aménagés et entretenus dans des conditions qui assurent le respect de ce principe"* .

S'agissant de la garde à vue, il a spécifié : *"qu'il appartient aux autorités judiciaires et aux autorités de police judiciaire compétentes de veiller à ce que la garde à vue soit, en toutes circonstances, mise en œuvre dans le respect de la dignité de la personne ; qu'il appartient, en outre, aux autorités judiciaires compétentes, dans le cadre des pouvoirs qui leur sont reconnus par le code de procédure pénale et, le cas échéant, sur le fondement des infractions pénales prévues à cette fin, de **prévenir** et de **réprimer** les agissements portant atteinte à la dignité de la personne gardée à vue et **d'ordonner la réparation** des préjudices subis"*.

Si l'autorité judiciaire doit exercer un contrôle des atteintes à la dignité des personnes gardées à vue ou retenues, il semble en aller nécessairement de même des personnes détenues.

Le Conseil envisage expressément ce contrôle sous les trois aspects de la prévention, de la répression et de la réparation.

Il est donc légitime de s'interroger sur le point de savoir si les dispositions législatives telles qu'interprétées par la jurisprudence sont suffisantes pour garantir l'effectivité d'un tel contrôle.

Sous l'aspect de la réparation, qui n'est pas en cause dans la présente question prioritaire de constitutionnalité, les recours prévus par la loi sont à l'évidence effectifs.

D'une part, les juridictions administratives ont progressivement accepté que la responsabilité de l'État soit engagée en raison de conditions de détention objectivement indignes.⁷⁸ Le Conseil d'État dans son arrêt du 6 décembre 2013 a posé le principe que *"des conditions de détention qui porteraient atteinte à la dignité humaine [...] révéleraient l'existence d'une faute de nature à engager la responsabilité de la puissance publique"*⁷⁹. Il a précisé, dans un arrêt du 13 janvier 2017, qu' *"en raison de la situation d'entière dépendance des personnes détenues vis-à-vis de l'administration pénitentiaire, l'appréciation du caractère attentatoire à la dignité des conditions de détention dépend notamment de leur vulnérabilité, appréciée compte tenu de leur âge, de leur état de santé, de leur personnalité et, le cas échéant, de leur handicap, ainsi que de la nature et de la durée des manquements constatés et des motifs susceptibles de justifier ces manquements eu égard aux exigences qu'impliquent le maintien de la sécurité et du bon ordre dans les établissements pénitentiaires ainsi que la prévention de la récidive"*⁸⁰.

D'autre part, s'agissant plus spécialement de la détention provisoire, la Commission nationale de

⁷⁸ Voir pour une première décision en ce sens TA Rouen, 27 mars 2008, n° 0602590 : JurisData n° 2008-000496 ; AJDA 2008, p. 668

⁷⁹ CE, sect., 6 déc. 2013, n° 363290

⁸⁰ CE 13 janv. 2017, req. no 389711, Lebon ; JCP 2017. 112, Veille par M. Touzeil-Divina

réparation des détentions juge que les conditions de détention indignes dans un établissement pénitentiaire constituent un facteur d'aggravation du préjudice moral subi par le demandeur qui justifie l'augmentation de l'indemnisation pour détention provisoire induite⁸¹.

Sous l'aspect de la répression des traitements indignes, imputables au surpeuplement, il n'existe à ce jour au regard de la loi telle qu'interprétée par la jurisprudence aucun recours disponible. En effet, dans une décision du 20 janvier 2009, la chambre criminelle a censuré une chambre de l'instruction qui avait jugé recevable une plainte avec constitution de partie civile fondée sur le délit d'hébergement contraire à la dignité humaine prévu par l'article 225-14 du Code pénal, en énonçant que "*les conditions de détention en maison d'arrêt, fussent-elles indignes, n'entrent pas dans les prévisions de l'article 225-14 du Code pénal et ne peuvent admettre aucune qualification pénale*"⁸². La présente question prioritaire de constitutionnalité ne porte toutefois pas sur la loi pénale de fond mais sur les dispositions de procédure relatives au placement en détention provisoire.

Sous l'aspect de la prévention, la question se pose de déterminer, avant le cas échéant de rechercher si le dispositif législatif est suffisant, quelles doivent être les garanties susceptibles d'être exigées sur un plan constitutionnel.

On peut se référer à cet égard au droit à un recours effectif tel qu'il découle de l'article 16 de la Déclaration des droits, dont les personnes détenues jouissent évidemment au même titre que les autres justiciables⁸³. Selon le Conseil constitutionnel l'exercice du recours doit permettre d'assurer "*la garantie des droits et libertés*"⁸⁴, et l'insuffisante effectivité de la voie de recours formellement disponible peut être censurée⁸⁵.

Il n'est pas manifestement dépourvu de sérieux de considérer qu'un contrôle efficient des conditions dans lesquelles s'exerce la privation de liberté suppose en la matière un recours effectif. Un recours effectif paraît devoir s'entendre d'un recours qui permet au requérant de faire cesser l'atteinte à ses droits. A cet égard et compte tenu de l'hybridation des droits et du dialogue des juges déjà évoqués, il est vraisemblable que le Conseil constitutionnel prendrait en compte la jurisprudence européenne pour déterminer ce que doit être un recours effectif en matière de conditions de détention et le cas échéant pour élever son niveau d'exigence en la matière.

4-2 L'apport de la jurisprudence européenne dans la détermination des garanties légales suffisantes

4-2-1 Les conditions d'un recours préventif effectif selon la jurisprudence de la Cour européenne

Selon la Cour européenne, en vertu du principe de subsidiarité, la cessation et la réparation des violations des droits garantis par la Convention doivent d'abord être assurées au sein de l'ordre

⁸¹ CNRD, 25 juin 2012, n°12CRD001 : Bull. crim. 2012, CNRD, n° 3. – CNRD, 25 juin 2012, n° 12CRD002 : Bull.crim. 2012

⁸² Cass. crim., 20 janv. 2009, n° 08-82.807, Bull. crim. 2009, n° 18

⁸³ Cons. Const. Dec. no s 2019-791 QPC du 21 juin 2019 ; 2018-763 QPC du 8 février 2019 ; 2018-741 QPC du 19 octobre 2018 ; 2018-715 QPC du 22 juin 2018 ; 2018-709 QPC du 1er juin 2018

⁸⁴ Cons. constit., Dec. n° 93-325 DC du 13 août 1993, § 3

⁸⁵ Cons. constit., Dec. n° 2010-614 DC du 4 nov. 2010, § 4 et 5

juridique national.

La jurisprudence de la Cour précise que l'article 3 de la CEDH impose à la fois un recours indemnitaire et un recours préventif, qui sont complémentaires.

Le recours compensatoire doit permettre à *"toute personne ayant subi une détention portant atteinte à sa dignité"* d'obtenir *"une réparation pour la violation subie"*⁸⁶. La réparation peut prendre la forme d'une indemnité, dont le montant sera contrôlé par la Cour, ou d'une réparation en nature, et notamment d'une réduction de peine⁸⁷.

Le recours préventif est défini comme celui qui doit permettre d'obtenir *"la cessation rapide de la violation du droit à ne pas subir des traitements inhumains et dégradants"*⁸⁸ ou encore de *"mettre rapidement un terme à tout traitement contraire à l'article 3 de la Convention"*⁸⁹.

La Cour accorde au recours préventif une certaine primauté sur le recours indemnitaire. Elle juge que *"l'importance particulière accordée par la Convention à [l'article 3] exige que les États parties mettent en place, au-delà d'un recours indemnitaire, un mécanisme efficace permettant de mettre fin à un tel traitement"*⁹⁰. Cette solution s'explique par le fait que *"[s]'il était autrement, la perspective d'une indemnisation future aurait légitimé des souffrances particulièrement graves en violation de cette disposition fondamentale de la Convention et affaibli de manière inacceptable l'obligation légale de l'État de mettre ses normes de détention en conformité avec les exigences de la Convention"*⁹¹.

La Cour a précisé quelles étaient les caractéristiques d'un recours préventif effectif.

On peut à cet égard citer les 7 principes que doit respecter le recours préventif tels qu'énoncés par la Cour, notamment dans l'arrêt J.M.B. et autres contre France⁹² :

"i. Le recours préventif doit être de nature à empêcher la continuation de la violation alléguée de l'article 3 ou de permettre une amélioration des conditions matérielles de détention (Torreggiani, précité, § 50) ;

ii. L'« instance » dont parle l'article 13 peut ne pas être forcément une instance judiciaire au sens strict. Cependant, ses pouvoirs et les garanties procédurales qu'elle présente entrent en ligne de compte pour déterminer si le recours est effectif. Pour la Cour, si un recours est formé, par exemple, devant une instance administrative, il faut : a) qu'elle soit indépendante des autorités en charge du système pénitentiaire, b) s'assure de la participation effective des détenus à l'examen de leur grief, c) veille au traitement rapide et diligent du grief, d) dispose d'une large gamme d'instruments juridiques permettant de mettre fin aux problèmes à l'origine des griefs, e) être

⁸⁶ Cour EDH, 8 janvier 2013, Torreggiani et autres c. Italie, op. cit., § 96.

⁸⁷ Cour EDH 16 septembre 2014, Stella et autres c. Italie, nos 49169/09 et al., §§ 19-20 et 56-63.

⁸⁸ Cour EDH, 8 janvier 2013, Torreggiani et autres c. Italie, op. cit., § 96.

⁸⁹ Cour EDH, Z... c. FRANCE §50

⁹⁰ Cour EDH, 10 janvier 2012, Ananyev et autres c. Russie, op. cit., § 98

⁹¹ Idem et Z... c. France §50

⁹² Idem § 208

capable de rendre des décisions contraignantes et exécutoires (Neshkov et autres, précité, § 183) ;

iii. Le recours préventif doit être susceptible de mettre rapidement fin à l'incarcération dans des conditions contraires à l'article 3 de la Convention (*idem*) ;

iv. L'autorité saisie doit statuer conformément aux principes généraux énoncés dans la jurisprudence de la Cour sur le terrain de l'article 3 (*idem*, § 187) ;

v. Les autorités internes qui constatent une violation de l'article 3 à raison des conditions de détention de la personne encore détenue doivent lui garantir un redressement approprié. Le redressement peut, selon la nature du problème en cause, consister soit en des mesures ne touchant que le détenu concerné ou, lorsqu'il y a surpopulation, en des mesures générales propres à résoudre les problèmes de violation massives et simultanées de droits des détenus résultant de mauvaises conditions (*idem*, §§ 188 et 189) ;

vii. Les détenus doivent pouvoir exercer le recours sans crainte de représailles (*idem*, § 191)."

Ainsi, la cour n'exige pas que ce recours soit nécessairement porté devant une institution judiciaire au sens strict. Il peut s'agir d'une juridiction administrative et même d'une autorité administrative sous certaines conditions, notamment que son indépendance soit garantie et qu'elle puisse prendre des décisions contraignantes et exécutoires⁹³. La charge de la preuve des conditions indignes de détention doit être allégée pour le requérant, la juridiction devant "établir les faits de sa propre initiative en recourant à toute les sources d'information possible"⁹⁴.

S'agissant des mesures susceptibles d'être ordonnées, elles doivent être de nature à faire cesser la violation de l'article 3, de manière rapide et effective .

4-2-1-1 Le recours susceptible d'aboutir à une amélioration effective des conditions de détention

La cessation de la violation de l'article 3, s'agissant de la surpopulation carcérale génératrice de traitements indignes, s'entend en premier lieu de l'amélioration des conditions de détention.

Le redressement de la situation au regard de l'article 3 peut consister en une mesure individuelle, qui affecte seulement le requérant⁹⁵ ou consister en des mesures capables de résoudre des situations de violation massives et concurrentes des droits des personnes incarcérées résultant des conditions inadéquates dans un centre de détention donné⁹⁶.

S'agissant des mesures individuelles, il peut s'agir d'injonctions à fournir des prestations matérielles ou à transférer le détenu dans une autre cellule, voire un autre établissement⁹⁷.

⁹³ Cour EDH 4 avril 2020, Shmelev et autres c. Russie, nos 1249/18 et al., § 87 ou Cour EDH, 21 mai 2015, Z... c. France, § 61.

⁹⁴ Cour EDH, 25 juin 2017, Atanasov et Apostolov c. Bulgarie, nos 65540/16 et 22368/17, § 50

⁹⁵ Cour EDH, 27 janvier 2015, Neshkov et autres c. Bulgarie, nos 36925/10 et al., § 189.

⁹⁶ *Idem*

⁹⁷ Cour EDH, 10 mars 2015, Varga et autres c. Hongrie, nos 14097/12 et al., § 48.

Toutefois ces mesures sont susceptibles d'être jugées insuffisantes par la Cour de Strasbourg en cas de problème structurel de surpeuplement dans la mesure, d'une part, où les autorités pénitentiaires ne seront "*pas en mesure d'exécuter [l]es décisions*" et de "*garantir aux détenus des conditions de détention conformes à la Convention*"⁹⁸ et où, d'autre part, dans de telles situations, l'exécution d'une décision tendant à l'amélioration de la situation d'un requérant se ferait nécessairement "*au détriment d'autres détenus*"⁹⁹.

4-2-1-2 Une voie ultime : le recours permettant la remise en liberté

En second lieu, la cessation de la violation de l'article 3, en cas de surpopulation carcérale génératrice de traitements indignes, peut-elle s'entendre, de manière plus radicale, de la remise en liberté de la personne détenue ?

La chambre de l'instruction de Rennes dans son arrêt frappé du pourvoi dans lequel est posée la présente question prioritaire de constitutionnalité indique à cet égard qu' "*En tout état de cause, aucune décision de la Cour européenne des droits de l'homme n'a posé le principe selon lequel toute violation de l'article 3 de la Convention éponyme devait être sanctionnée par la mise en liberté de la personne concernée.*"

Il est vrai que la Cour européenne a à plusieurs reprises précisé que l'on ne saurait déduire de l'article 3 de la Convention une « *obligation générale de libérer un détenu* »¹⁰⁰.

La doctrine rappelle souvent que la Cour n'a jamais indiqué expressément subordonner l'efficacité d'un recours préventif à la faculté pour la juridiction ou l'organe saisi d'ordonner la remise en liberté du requérant.

Cependant la Cour a déjà jugé comme étant efficace un recours devant la Cour constitutionnelle qui peut conduire à la libération du requérant. Dans l'arrêt Mursic c. Croatie, elle a affirmé que "*la possibilité pour un détenu de porter un grief devant l'instance judiciaire compétente ou l'administration pénitentiaire constituait un recours effectif, puisque cette démarche pouvait avoir pour effet de mettre fin aux conditions de détention inadéquates de l'intéressé et que, de plus, si celui-ci n'obtenait pas gain de cause, il pouvait saisir la Cour constitutionnelle elle-même compétente pour ordonner qu'il fût remis en liberté ou qu'il fût mis fin aux conditions de détention inadéquates*"¹⁰¹.

En outre, lorsque la Cour a validé expressément des recours préventifs comme suffisants alors qu'ils ne prévoyaient pas la possibilité de la remise en liberté, c'est toujours en considération du fait que les décisions prises par l'instance saisie pour faire cesser la violation et améliorer les conditions de détention étaient réalisables et ce en considération de la situation des établissements. Ainsi elle a estimé dans l'arrêt Atanasov et Apostolov c. Bulgarie¹⁰², que le recours préventif administratif, introduit dans le cadre de l'exécution de l'arrêt Neskhev, était satisfaisant dans la mesure où les juridictions administratives disposaient désormais d'un pouvoir

⁹⁸ Cour EDH, 8 janvier 2013, Torreggiani et autres c. Italie, op. cit., § 54

⁹⁹ Cour EDH, 10 janvier 2012, Ananyev et autres c. Russie, op. cit., § 111 ; 10 mars 2015, Varga et autres c. Hongrie, op. cit., § 63 ; 30 janvier 2020, J.M.B. et autres c. France, nos 9671/15 et al., § 209

¹⁰⁰ CEDH, 14 nov. 2002, n° 67263/01, Mouisel c/ France, § 40

¹⁰¹ Cour EDH (GC), 20 octobre 2016, Mursic c. Croatie, n° 7334/13, § 71

¹⁰² Cour EDH, 25 juin 2017, Atanasov et Apostolov c. Bulgarie

d'injonction et que l'exécution des injonctions ne paraissait pas impossible au regard de l'amélioration de la situation des prisons en Bulgarie (§ 55).

Dans l'arrêt J.M.B. et autres contre France ¹⁰³, lorsque la Cour rappelle les principes qui doivent régir le recours préventif, elle énonce, en tout premier lieu, que "*Le recours préventif doit être de nature à empêcher la continuation de la violation alléguée*", elle distingue cet objet, en utilisant la locution "ou", d'un second consistant en l'"*amélioration des conditions matérielles de détention*." De même lorsqu'elle précise que "*Le recours préventif doit être susceptible de mettre rapidement fin à l'incarcération dans des conditions contraires à l'article 3 de la Convention*", l'expression mettre "*fin à l'incarcération*" peut viser tout autant, sinon davantage, la mise en liberté de la personne que la cessation d'une détention dans des conditions non conformes à l'article 3, soit l'amélioration des conditions de détention.

Dans cet arrêt, la Cour préconise à la fois des mesures générales, de nature structurelles, visant à limiter le nombre de détenus et l'instauration d'un recours préventif effectif. Or, comme on le verra, c'est sur un plan essentiellement pratique et non théorique qu'elle a jugé le recours devant le juge administratif, notamment en référé liberté, insuffisamment effectif. La Cour dès lors aurait pu se contenter de préconiser les mesures générales pour faire baisser la surpopulation et se dispenser de recommander la réforme d'un recours jugé par ailleurs satisfaisant sur le plan théorique. Il semble, donc qu'au moins dans l'attente d'une amélioration de la question du surpeuplement, elle préconise l'instauration d'un recours d'une autre portée, sinon d'une autre nature, incluant la possibilité d'une remise en liberté.

A cet égard, on peut se demander si la condamnation de la France sur le fondement de l'article 13 dans l'arrêt JMB c / France, qui a pu paraître à d'aucuns¹⁰⁴ bien sévère, compte tenu des avancées certaines de la jurisprudence administrative, ne marque pas une évolution de la jurisprudence de la Cour qui se montrerait désormais plus exigeante sur la définition d'un recours effectif.

En réalité, si la Cour pour des raisons évidentes tenant au droit à la sécurité, privilégie la voie de l'amélioration des conditions de détention à celle de la remise en liberté, on voit mal, dès lors qu'elle pose un principe intangible selon lequel le recours doit permettre de faire cesser la violation de l'article 3, et ce sans aggraver le sort des autres détenus, comment elle ne pourrait pas, à titre d'ultime recours, envisager la possibilité d'une remise en liberté.

D'ores et déjà, l'absence d'obligation générale de remise en liberté n'est pas incompatible avec une obligation particulière de remise en liberté lorsque, par exemple en matière de santé, l'Etat n'est pas en mesure d'aménager les conditions de détention pour les rendre compatibles avec l'état de santé de la personne détenue. Ainsi dans un arrêt du 19 février 2015¹⁰⁵, la Cour, ayant considéré que l'absence de cellule aménagée et l'absence pendant trois ans de soins de kinésithérapie constituait un traitement dégradant pour un détenu handicapé, a estimé que "*dans des cas exceptionnels où l'état de santé du détenu est absolument incompatible avec sa détention, l'article 3 peut exiger la libération de la personne concernée sous certaines conditions*".

¹⁰³ §167 et § 208

¹⁰⁴ Voir notamment Christophe Roux, « Prisons françaises et CEDH : les référés placés « en préventive » », Droit Administratif n° 3, Mars 2020, alerte 31

¹⁰⁵ CEDH 19 févr. 2015, req. no 10401/12, Helhal c/France

On peut d'ailleurs relever, sur le plan international, que dans certains Etats la voie de la mise en liberté en cas de traitements indignes auquel il ne peut être remédié a pu être promue par le législateur et appliquée par les juridictions.

Ainsi aux Etats-Unis, le Congrès a adopté la loi relative au contentieux pénitentiaire (Prison Litigation Reform Act de 1995). « *Ce texte permet à un juge fédéral, saisi par un détenu dans une prison d'État de la violation d'un droit que la Constitution fédérale lui garantit [ainsi par exemple de l'interdiction des traitements cruels et exceptionnels protégée par le VIII^e amendement], d'imposer des remèdes préventifs pour améliorer les conditions d'incarcération dans les prisons et, si les mesures recommandées échouent, d'ordonner la constitution d'un tribunal fédéral ad hoc composé de trois juges qui a le pouvoir, si aucune autre solution ne s'avère possible pour mettre fin à la violation du droit fédéral, d'ordonner la remise en liberté du détenu* »¹⁰⁶.

En 2001, une action de groupe a été formée par plusieurs détenus devant une cour fédérale de district de Californie. « *Le juge fédéral saisi ordonna une enquête qui mit à jour des conditions de détention déplorables, le système carcéral californien fonctionnant à 200 % de ses capacités. Au vu des résultats de l'enquête qu'il avait ordonnée, le juge décida la constitution de la cour ad hoc tripartite évoquée ci-dessus, laquelle ordonna à l'État de réduire sa surpopulation carcérale à 137 %. Trois ans plus tard, cet objectif n'ayant pas été atteint, et aucune autre solution n'étant possible (la construction de nouvelles prisons étant exclue du chef de l'endettement de l'État), la cour tripartite ad hoc appliqua la loi du Congrès et elle ordonna la remise en liberté de 46 000 détenus, de manière à atteindre le chiffre de 137 %, tout en laissant à l'État une totale discrétion pour choisir parmi ces derniers ceux qui, de son jugement, seraient les moins à même de compromettre l'ordre et la tranquillité publique* »¹⁰⁷.

Dans la décision *Brown v. Plata* du 23 mai 2011, la Cour suprême a confirmé le jugement rendu par la cour ad hoc par cinq voix contre quatre. Les juges de la majorité ont notamment indiqué qu' « *un détenu porte toujours en lui l'essence de la dignité humaine qui est inhérente à toute personne. Le respect de cette dignité est l'âme du huitième amendement qui interdit les châtiments cruels et inhabituels* »¹⁰⁸.

4-2-1-3 Les recours préventifs mis en place par les Etats européens

La Cour européenne dans les arrêts pilotes déjà évoqués rendus en cas de problème de surpopulation carcérale endémique, outre les mesures dites générales visant à l'amélioration des conditions de détention et à la réduction du nombre de détenus, a demandé l'instauration d'un recours préventif effectif, notamment à l'Italie¹⁰⁹, la Hongrie¹¹⁰, la Roumanie¹¹¹, la Belgique¹¹², la

¹⁰⁶ ZOLLER É., « *Chronique de jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis, Session d'octobre 2010* », RDP, 2013, p. 173 et s.

¹⁰⁷ Idem

¹⁰⁸ Idem

¹⁰⁹ Cour EDH, 8 janvier 2013, *Torreggiani et autres c. Italie*

¹¹⁰ Cour EDH 10 mars 2015, *Varga et autres c. Hongrie*

¹¹¹ Cour EDH, 24 juillet 2012, *Iacov Stanciu c. Roumanie*

¹¹² Cour EDH, 25 novembre 2014, *Vasilescu c. Belgique*, n° 64682/12.

Pologne ¹¹³ ou, tout récemment, l'Ukraine ¹¹⁴.

Suite à ces arrêts, et selon l'étude conduite par le SDER dans le cadre du présent pourvoi, les Etats ont principalement axé leur action sur des mesures d'ordre général destinées à limiter le nombre de détenus, en particulier des prévenus. Aucun des recours instaurés par les différents Etats, devant le juge judiciaire ou administratif, ou encore devant les autorités administratives, en vue de faire cesser les violations à l'article 3 alléguées, ne permet expressément d'obtenir pour ce motif une remise en liberté, à l'exception de celui mis en oeuvre en Pologne.

La loi polonaise du 9 octobre 2009 a modifié, en effet, l'article 115 du Code d'exécution des peines, en permettant aux juridictions de suspendre l'exécution de la peine pour une durée de 6 mois « *si l'exécution immédiate de la peine entraîne des conséquences trop lourdes pour la personne condamnée ou sa famille ou si le nombre de personnes détenues dans les prisons ou les centres de détention provisoire dépasse à l'échelle nationale la capacité globale de ces établissements* ».

En Russie, le contentieux des recours préventifs a été confié par la loi n° 21-FZ du 8 mars 2015 aux juridictions administratives, qui peuvent indiquer les moyens à adopter pour remédier aux violations constatées. L'autorité pénitentiaire dispose d'un délai d'un mois pour notifier les mesures qu'elle a adoptées pour y remédier, sans quoi la juridiction peut émettre un titre exécutoire. A ce jour la Cour européenne n'a pas statué sur la validité de ce recours. Elle a estimé dans l'arrêt Shmelev et autres, du 4 avril 2020, ne pas disposer d'informations suffisantes pour se prononcer sur le caractère effectif du recours ainsi institué dans le cadre des détentions provisoires toujours en cours et a invité les parties à soumettre davantage d'informations.

La Hongrie, notamment dans une loi de 2016, a instauré un recours formé par la personne détenue condamnée ou prévenue auprès de l'autorité pénitentiaire, à savoir le gouverneur de la prison. Celui-ci doit, le cas échéant et dans un délai de 15 jours, rendre une décision qui indique les mesures qui doivent être adoptées pour remédier aux conditions de détention insatisfaisantes (article 144/B § 2). Ces mesures peuvent inclure en premier lieu la relocalisation au sein de la même institution. Aux termes de l'article 144/B § 3, "*lorsque les conditions de détention violent les droits fondamentaux en raison de l'absence d'espace vital réglementaire pour les détenus ne peuvent être supprimées dans l'établissement pénitentiaire en question*", le directeur de l'établissement pénitentiaire prend d'urgence contact avec le service de l'administration pénitentiaire nationale afin d'envisager le transfert vers un autre établissement. Dans le cas où la relocalisation n'est possible ni au sein de l'établissement d'incarcération, ni au sein d'un autre établissement, le gouverneur doit adopter des mesures permettant de « *contrebalancer la violation subie* » (144/B § 5). Les requérants et leurs conseils peuvent former auprès du « *juge pénitentiaire* » un recours suspensif des mesures ordonnant un transfert. La Cour a estimé dans son arrêt Domján c. Hongrie du 14 novembre 2017¹¹⁵ que la loi de 2016 avait établi un ensemble de recours préventifs et indemnitaires qui garantissait suffisamment la possibilité d'un véritable redressement au regard de l'article 3.

Ce recours ne permet pas la mise en liberté du requérant. Cependant il faut noter que la Cour l'a jugé satisfaisant au terme d'une analyse globale de l'ensemble des mesures prises par la Hongrie pour résoudre le problème de la surpopulation carcérale dont elle a estimé qu'elles avaient été

¹¹³ Cour EDH, 22 octobre 2009, Orchowski c. Pologne

¹¹⁴ Cour EDH 30 janvier 2020 Sukachov c. Ukraine

¹¹⁵ Cour EDH (déc.), 14 novembre 2017, Domján c. Hongrie, n° 5433/17.

efficaces et permis une amélioration globale de la situation des prisons. La cour observe en effet que *“that in its decision of June 2017 (see paragraph 16 above), the Committee of Ministers of the Council of Europe welcomed the authorities' commitment to resolve the problem of prison overcrowding in Hungary and noted (a) that the substantive measures taken appeared to be showing the first concrete results, in particular a decrease in the rate of overcrowding and a drop in the shortage of prison places; and (b) the further extension of the application of "reintegration custody", the facilitation of, and increase in, the use of house arrest, and a slight decrease in the number of defendants placed in pre-trial detention. Those improvements, and the ones that might be achieved in the future, might help the Hungarian authorities in adopting, also on a case-by-case basis, concrete and effective actions to further tackle the systemic problem of prison overcrowding.”*

La situation italienne, enfin mérite une attention particulière.

Le gouvernement italien a adopté un décret-loi n° 146 de 2013 (baptisé *"vidons les prisons"*), converti en loi n° 10 en 2014, qui a introduit dans la loi pénitentiaire de nouveaux mécanismes préventifs et d'indemnisation en faveur des détenus qui allèguent subir ou avoir subi un traitement non conforme à l'article 3. L'article 35 bis de la loi instaure, pour les personnes condamnées, un recours devant le juge de l'application des peines par le biais duquel un détenu peut se plaindre, du *“non-respect de la part de l'administration pénitentiaire des dispositions contenues dans la présente loi entraînant une atteinte grave à l'exercice des droits de la personne détenue”*.

Les détenus peuvent saisir le juge de l'application des peines d'un recours en réparation, leur permettant d'obtenir une réduction de la peine à purger (au prorata d'une journée pour 10 jours de préjudice subi) ou, subsidiairement par une indemnisation pécuniaire (au prorata de 8 euros pour chaque jour de préjudice subi).

Le recours préventif vise quant à lui à permettre au détenu de faire cesser rapidement la situation de violation de son droit à ne pas subir des traitements inhumains. Le juge de l'application des peines dans le cadre de l'art 35 bis peut donner des injonctions à l'Administration pénitentiaire afin qu'elle remédie à la situation. Si les injonctions ne sont pas respectées, le juge de l'application des peines peut ordonner des mesures et un calendrier pour leur mise en oeuvre, annuler certaines décisions de l'Administration pénitentiaire, voire nommer un commissaire délégué. Ce recours préventif bien que porté devant le juge de l'application des peines a été étendu aux prévenus par la jurisprudence.

Comme pour le recours préventif hongrois, il n'est cependant pas prévu que le juge de l'application des peines puisse ordonner la remise en liberté.

Dans sa décision d'irrecevabilité du 16 septembre 2014¹¹⁶, la Cour a examiné ces nouvelles voies de recours individuels instaurées par l'Italie à la suite de l'arrêt pilote et a estimé qu'elle ne disposait d'aucun élément lui permettant de dire que ces recours ne présentaient pas en principe des perspectives de redressement approprié des griefs tirés de l'article 3. Dans son arrêt, la Cour a estimé que ce recours *“compte tenu de sa nature”* et *“du contexte actuel dans lequel les autorités nationales compétentes agissent”* constituait *“a priori un recours accessible et susceptible d'offrir aux justiciables des perspectives raisonnables de succès.”* Pour apprécier l'effectivité pratique de ce recours la prise en compte par la Cour du contexte a joué un rôle déterminant. Elle énonce en effet : *“en outre, la situation actuelle du système pénitentiaire italien semble offrir aux autorités administratives compétentes un contexte plus favorable pour la mise en oeuvre effective des décisions judiciaires. Il s'agit là, selon la Cour, d'un aspect*

¹¹⁶ Cour EDH, STELLA et autres contre Italie, 16 sept 2014, Requête no 49169/09

crucial dont il faut tenir compte dans l'appréciation de l'effectivité en pratique du recours en question. § 50 "

Il faut rappeler que ce contexte est celui de la mise en oeuvre d'un plan d'action d'envergure¹¹⁷ pour réduire la surpopulation carcérale, fondé à la fois sur un programme de constructions, des réformes et une politique pénale offensive en faveur des alternatives à l'incarcération, et sur l'instauration de mesures visant à réorganiser la vie en détention. Ce plan a été couronné de succès. La Cour relève dans l'arrêt que *"les personnes détenues dans les prisons italiennes étaient au nombre de 54 252, alors qu'il y en avait 67 961 en 2010 §21"* et que *"selon les informations transmises à la Cour par le gouvernement italien, il n'existe actuellement en Italie aucun détenu ayant à disposition un espace personnel inférieur à 3 m². § 24 "*.

La situation de l'Italie et de la Hongrie, seuls Etats, pour lesquels, sauf erreur, la Cour européenne a validé comme suffisamment effectif le recours préventif mis en oeuvre, diverge donc fondamentalement de celle de la France où, comme il a été vu, non seulement, depuis les années 2000, la situation au regard de la surpopulation carcérale ne s'est pas améliorée, mais encore le nombre de détenus a augmenté depuis cette date de façon constante.

Ainsi en l'état de la jurisprudence de la Cour, et dans l'attente de nouvelles décisions sur l'appréciation par celle-ci des différents recours mis en oeuvre à la suite des arrêts pilotes, il ne semble pas possible d'affirmer que la Cour considère qu'un recours préventif puisse être effectif, en l'absence du constat d'une amélioration réelle des difficultés liées à la surpopulation carcérale dans l'Etat concerné, sans possibilité de remise en liberté.

4-2-2 La prise en compte des conditions indignes de détention dans l'exécution des mandats d'arrêt européens selon la Cour de Justice de l'Union européenne

S'agissant de la non incarcération ou de la remise en liberté d'une personne pour éviter une violation de l'article 3, un parallèle peut être fait avec la position prise par la Cour de justice de l'Union européenne en matière d'exécution de mandat d'arrêt.

En effet, dans plusieurs Etats, au premier rang desquels le Royaume-Uni¹¹⁸, la remise de personnes en exécution d'un mandat d'arrêt européen a été refusée en considération du risque qu'elles se voient soumises dans l'Etat requérant à un traitement inhumain et dégradant compte tenu de la surpopulation carcérale, en se référant notamment aux arrêts de la Cour européenne condamnant l'Etat requérant au titre de l'article 3.

Dans le cadre de l'exécution de mandats d'arrêt européens émis en 2014 par le juge d'instruction auprès du tribunal de district de Miskolc (Hongrie) et en 2015 par le tribunal de première instance de Fagaras (Roumanie), le tribunal régional supérieur de Brême (Allemagne) a saisi la Cour de Justice de l'Union européenne d'une question préjudicielle sur l'interprétation qu'il convenait d'avoir de l'article 1^{er} de la décision-cadre aux fins de déterminer si, lorsqu'il

¹¹⁷ Voir à ce sujet Solène Gallut, *"L'efficacité des mesures juridiques italiennes mises en oeuvre à la suite de l'arrêt pilote"* Torreggiani, AJ Pénal 2018, p.349

¹¹⁸

Dans une décision du 11 mars 2014 la High Court a refusé l'exécution d'un mandat d'arrêt européen émis par l'Italie, sur le fondement de l'arrêt pilote de la CEDH condamnant l'Italie pour la violation systémique de l'article 3 dans ses prisons en raison du surpeuplement carcéral. Dans une décision de la Westminster Magistrates Court du 1er mai 2014, qui n'a pas fait l'objet d'appel, a été refusée l'exécution d'un mandat d'arrêt européen émis par une autorité judiciaire d'un département d'outre-mer de la France, la Guadeloupe, au titre de l'article 3 CEDH en se fondant principalement sur l'existence de décisions de la Cour administrative d'appel de Bordeaux concluant à la violation dudit article 3 (références non vérifiées)

existe des indices sérieux selon lesquels les conditions de détention dans l'État membre d'émission violent les droits fondamentaux de l'intéressé, la remise était susceptible d'être refusée comme illicite.

La CJUE, dans un arrêt du 5 avril 2016 ¹¹⁹, sans nier le principe de confiance mutuelle qui impose de présumer le respect des droits fondamentaux dans les États membres, qu'elle a d'abord rappelé, a relevé le caractère absolu de l'interdiction des traitements inhumains et dégradants et du principe de dignité en ces termes :

“Il n'en reste pas moins que, d'une part, la Cour a admis que des limitations aux principes de reconnaissance et de confiance mutuelles entre États membres puissent être apportées «dans des circonstances exceptionnelles» (...)

D'autre part, ainsi qu'il ressort de son article 1er, paragraphe 3, la décision-cadre ne saurait avoir pour effet de modifier l'obligation de respecter les droits fondamentaux tels qu'ils sont consacrés, notamment, par la Charte.

À cet égard, il convient de souligner que le respect de l'article 4 de la Charte, relatif à l'interdiction des peines et des traitements inhumains ou dégradants, s'impose, ainsi qu'il ressort de son article 51, paragraphe 1, aux États membres et, par conséquent, à leurs juridictions, lorsque celles-ci mettent en oeuvre le droit de l'Union(...).

S'agissant de l'interdiction des peines ou des traitements inhumains ou dégradants, prévue à l'article 4 de la Charte, elle revêt un caractère absolu en tant qu'elle est étroitement liée au respect de la dignité 1er humaine visée à l'article de la Charte (...). Le caractère absolu du droit garanti par l'article 4 de la Charte est confirmé par l'article 3 de la CEDH, auquel cet article 4 de la Charte correspond. En effet, ainsi qu'il ressort de l'article 15, paragraphe 2, de la CEDH, aucune dérogation n'est possible à l'article 3 de la CEDH.”

Elle a ensuite posé les principes suivants:

“Il découle de l'ensemble des considérations qui précèdent qu'il convient de répondre aux questions posées que les articles 1er, paragraphe 3, 5 et 6, paragraphe 1, de la décision-cadre doivent être interprétés en ce sens que, en présence d'éléments objectifs, fiables, précis et dûment actualisés témoignant de l'existence de défaillances soit systémiques ou généralisées, soit touchant certains groupes de personnes, soit encore certains centres de détention en ce qui concerne les conditions de détention dans l'État membre d'émission, l'autorité judiciaire d'exécution doit vérifier, de manière concrète et précise, s'il existe des motifs sérieux et avérés de croire que la personne concernée par un mandat d'arrêt européen émis aux fins de l'exercice de poursuites pénales ou de l'exécution d'une peine privative de liberté courra, en raison des conditions de sa détention dans cet État membre, un risque réel de traitement inhumain ou dégradant, au sens de l'article 4 de la Charte, en cas de remise audit État membre.

À cette fin, elle doit demander la fourniture d'informations complémentaires à l'autorité judiciaire d'émission, laquelle, après avoir, au besoin, requis l'assistance de l'autorité centrale ou de l'une des autorités centrales de l'État membre d'émission, au sens de l'article 7 de la décision-cadre, doit communiquer ces informations dans le délai fixé dans une telle demande. L'autorité judiciaire d'exécution doit reporter sa décision sur la remise de la personne concernée jusqu'à ce qu'elle obtienne les informations complémentaires lui permettant d'écarter l'existence d'un tel risque. Si l'existence de ce risque ne peut pas être écartée dans un délai raisonnable, cette autorité doit décider s'il y a lieu de mettre fin à la procédure de remise.”

¹¹⁹ CJUE, arrêt du 5 avril 2016 – affaires jointes c-404/15 et c-659/15 Ppu Aranyosi et Căldăraru

Il ressort de cette décision qu'en cas de surpopulation carcérale, faute de garanties suffisantes de la part de l'Etat d'émission sur l'absence de risque de traitement inhumain et dégradant pour la personne concernée par le mandat d'arrêt européen, la remise peut être refusée par l'autorité judiciaire et le cas échéant l'intéressé libéré.

En conclusion et au vu de cet apport de la jurisprudence des Cours de Strasbourg et de Luxembourg, il semble qu'on puisse de manière suffisamment sérieuse soutenir que la garantie du droit à ne pas subir en détention de traitements indignes impose l'existence d'un recours suffisamment effectif pour faire cesser la violation de ce droit, y compris le cas échéant par la mise en liberté.

Reste donc à déterminer, pour que la question puisse éventuellement revêtir un caractère de sérieux suffisant pour justifier de sa transmission au Conseil constitutionnel, s'il existe en droit français un tel recours, et s'agissant de la détention provisoire objet de la question, si les dispositions des articles 137-3, 144 et 144-1 du code de procédure pénale sont susceptibles d'être entachées d'inconstitutionnalité.

4-3 La loi garantit-elle au détenu provisoire l'existence d'un recours effectif lui permettant d'obtenir la cessation de conditions de détention indignes du fait de la surpopulation carcérale ?

Au regard des critères conventionnels susceptibles de caractériser un recours effectif, dont on peut soutenir de manière, comme on a vu, non dénuée de sérieux qu'ils pourraient être pris en compte par le juge constitutionnel, ce recours ne peut s'envisager que devant le juge administratif ou le juge judiciaire puisque la CGLPL ne peut donner à l'administration pénitentiaire des injonctions contraignantes et exécutoires .

4-3-1 L'absence de recours effectif suffisant devant le juge administratif

4-3-1-1 Les avancées de la jurisprudence administrative

Le juge administratif dont on a déjà vu qu'il était à l'origine d'une avancée certaine des droits des personnes détenues avec l'abandon progressif de la jurisprudence dite des mesures d'ordre intérieur, puis sur le terrain indemnitaire, oeuvre désormais sur le terrain de la prévention des atteintes à ces droits, au point que la doctrine¹²⁰ l'estime souvent plus audacieux que le juge judiciaire à cet égard.

A la suite de la publication d'un avis du CGLPL constatant des violations graves des droits fondamentaux des personnes privées de liberté à la prison des Baumettes à Marseille, dans une décision majeure du 22 décembre 2012¹²¹, le juge des référés du Conseil d'État, saisi par la section française de l'Observatoire international des prisons (OIP) ainsi notamment que par le Conseil national des barreaux et par des syndicats de magistrats et d'avocats, a reconnu le droit de ne pas être soumis à un traitement inhumain ou dégradant comme liberté fondamentale.

Après avoir rappelé les dispositions de l'article 22 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009, le juge des référés affirme *"qu'eu égard à la vulnérabilité des détenus et à leur situation*

¹²⁰ Voir notamment A-G Robert , Op. cit.

¹²¹ CE, ord. réf., 22 déc. 2012, n° 364584, 364620, 364621, 364647, Sect . fr. de l'Observatoire international des prisons

d'entière dépendance vis-à-vis de l'Administration, il appartient à celle-ci, et notamment aux directeurs des établissements pénitentiaires, en leur qualité de chefs de service, de prendre les mesures propres à protéger leur vie ainsi qu'à leur éviter tout traitement inhumain ou dégradant afin de garantir le respect effectif des exigences découlant des principes rappelés notamment par les articles 2 et 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales".

Constatant les manquements à ces obligations conventionnelles, il a enjoint à l'administration pénitentiaire de procéder à la dératissage du centre pénitentiaire des Baumettes selon des modalités précisément énoncées.

Selon Olivier Le Bot *"Cette décision montre ainsi l'efficacité du référé-liberté pour remédier à des situations pénitentiaires inadmissibles. Le recours au juge administratif des référés a permis un changement réel et immédiat que les alertes lancées depuis des années par le personnel pénitentiaire et les autorités de contrôle n'avaient pu provoquer. La décision est d'autant plus notable que la saisine émanait non pas d'un détenu critiquant les conditions de sa propre détention mais d'institutions agissant conformément à leur objet statutaire, pour la sauvegarde des intérêts collectifs qu'elles se sont données pour mission de défendre. Des applications similaires pourront intervenir dans d'autres domaines. Elles seront néanmoins circonscrites, conformément à la philosophie du référé-liberté, aux agissements ou inerties les plus graves de l'Administration."*¹²²

Dans l'arrêt Z... c. France, la Cour européenne, appréciant l'existence d'un recours préventif effectif, a reconnu l'apport incontestable de l'ordonnance du Conseil d'Etat du 22 décembre 2012 en ces termes :

"S'agissant de la procédure de référé-liberté, la Cour relève avec intérêt l'évolution jurisprudentielle ayant conduit les juridictions administratives, y compris le Conseil d'État, à prononcer des injonctions sur le fondement des articles 2 et 3 de la Convention, en vue de faire cesser rapidement des conditions de détention attentatoires à la dignité (paragraphe 31 ci-dessus). (...) La Cour note que l'ordonnance du Conseil d'Etat du 22 décembre 2012, rendue à propos de la prison des Baumettes à Marseille indique pour la première fois que la voie du référé-liberté suggérée par le Gouvernement peut permettre au juge d'intervenir en temps utile en vue de faire cesser des conditions de détention jugées contraires à la dignité et à l'article 3 de la Convention par le CGLPL".

Néanmoins, considérant que l'évolution favorable de cette procédure d'urgence était récente et postérieure aux faits de l'espèce, la Cour a alors estimé que *"l'état du droit, à la date à laquelle le requérant a saisi la Cour, ne permettait pas encore de regarder le référé-liberté comme une voie de recours efficiente (§ 68)."*

Ultérieurement le Conseil d'Etat, dans une décision du 28 juillet 2017 ¹²³ a rejeté la requête formée notamment par l'OIP à la suite de l'ordonnance du 28 avril 2017 du juge des référés du tribunal administratif de Melun qu'il avait saisi d'une demande tendant à ce qu'il ordonne une trentaine de mesures nécessaires, selon lui, à la sauvegarde de la dignité des conditions de détention à la maison d'arrêt de Fresnes. Le juge des référés avait partiellement fait droit aux demandes dont il était saisi, enjoignant par exemple à l'administration d'engager des actions

¹²² Olivier Le Bot, *"Administration pénitentiaire - Référé-liberté aux Baumettes : remède à l'inertie administrative et consécration d'une nouvelle liberté fondamentale"* - La Semaine Juridique Edition Générale n° 4, 21 Janvier 2013, 87

¹²³ CE, 28 juillet 2017, N°410677

de destruction des nuisibles, des travaux permettant la distribution d'eau chaude, de prendre des mesures pour que les repas soient servis chauds, de rappeler aux surveillants, par des notes de service, les règles en matière de fouilles ou de prévention des violences, d'augmenter de 10 % en un an l'accès au travail des détenus, ou encore de procéder au nettoyage régulier des parloirs et lieux de circulation, quitte à renforcer le nombre de personnes affectées à cette tâche. Les demandes des requérants visaient non seulement à obtenir l'exécution de travaux de mise aux normes (des cellules, des douches, des salles d'attente, des parloirs) ou l'augmentation des activités mais encore dans un champ particulièrement large, des mesures destinées à *“mettre fin à l'encellulement à trois de façon définitive et inconditionnelle afin de garantir à chaque détenu un minimum de 4 m² d'espace vital dans les cellules collectives”*, à *“allouer aux services judiciaires et pénitentiaires de Fresnes les moyens financiers, humains et matériels”* et des *“mesures de réorganisation des services permettant le développement des aménagements de peine et de mesures alternatives à l'incarcération au bénéfice des personnes prévenues et condamnées”*.

Comme le relève M. Édouard CRÉPEY, rapporteur public, dans cette affaire, *“La requête de la SF-OIP se place résolument et exclusivement sur le terrain des principes, invitant le juge des référés du Conseil d'État à s'affranchir des limites qu'il a lui-même définies quant à son office”*.

Le Conseil d'Etat a rappelé que *“Le droit au respect de la vie ainsi que le droit de ne pas être soumis à des traitements inhumains ou dégradants constituent des libertés fondamentales au sens des dispositions de l'article L. 521-2 du code de justice administrative. Lorsque la carence de l'autorité publique crée un danger caractérisé et imminent pour la vie des personnes ou les expose à être soumises, de manière caractérisée, à un traitement inhumain ou dégradant, portant ainsi une atteinte grave et manifestement illégale à ces libertés fondamentales, et que la situation permet de prendre utilement des mesures de sauvegarde dans un délai de quarante-huit heures, le juge des référés peut, au titre de la procédure particulière prévue par l'article L. 521-2, prescrire toutes les mesures de nature à faire cesser la situation résultant de cette carence.”*

Mais il a rejeté la requête en énonçant notamment qu' *“eu égard à leur objet, les injonctions sollicitées, qui portent sur des mesures d'ordre structurel reposant sur des choix de politique publique insusceptibles d'être mises en œuvre, et dès lors de porter effet, à très bref délai, ne sont pas au nombre des mesures d'urgence que la situation permet de prendre utilement dans le cadre des pouvoirs que le juge des référés tient de l'article L. 521-2 du code de justice administrative”* et que *“le caractère manifestement illégal de l'atteinte à la liberté fondamentale en cause doit s'apprécier en tenant compte des moyens dont dispose l'autorité administrative compétente et des mesures qu'elle a, dans ce cadre, déjà prises.”* A cet égard le Conseil d'Etat a souligné l'ensemble des efforts déjà fournis par l'administration pénitentiaire pour améliorer les conditions de détention et il a relevé *“qu'alors même que le décret du 4 mai 2017 modifiant le code de procédure pénale a prévu que l'administration pénitentiaire informe l'autorité judiciaire de la capacité d'accueil et du taux d'occupation des maisons d'arrêt, l'administration pénitentiaire ne dispose d'aucun pouvoir de décision en matière de mises sous écrou, lesquelles relèvent exclusivement de l'autorité judiciaire. Une maison d'arrêt est ainsi tenue d'accueillir, quel que soit l'espace disponible dont elle dispose, la totalité des personnes mises sous écrou.”*

Le rapporteur public, M. Édouard Crépey estimait que *“permettre au juge du référé-liberté de prendre des mesures d'ordre structurel ou systémique serait à la fois illégitime et déceptif. Illégitime car la définition de telles mesures procède nécessairement de choix de politiques publiques qui engagent d'autres acteurs et d'autres enjeux que la situation, individuelle et ponctuelle par définition, dont est saisi le juge du référé-liberté.(...)”*.La nécessité de tenir compte des moyens dont dispose l'autorité administrative compétente lui paraissait en outre

“indispensable à la crédibilité de l’intervention du juge du référé-liberté. Permettre à ce dernier de s’abstraire de toute considération sur les moyens de l’administration le conduirait à prononcer des injonctions qui, n’étant pas en rapport avec les capacités d’action de l’autorité chargée de les mettre en oeuvre, ne seraient tout simplement pas suivies d’effets, ce qui ne servirait nullement les intérêts des justiciables.” Il estimait que les demandes des requérants tendaient *“à transformer le juge du référé-liberté en administrateur, lorsqu’il ne serait pas législateur ou autorité hiérarchique du parquet”*.

4-3-1-2 Des avancées jugées cependant insuffisantes par la Cour européenne

Dans l’arrêt JMB c. France, analysant cette décision du 28 juillet 2017, la Cour de Strasbourg a dénié au référé-liberté la qualité de recours préventif effectif. Pour parvenir à cette conclusion la Cour a fait trois constats¹²⁴.

Elle a estimé premièrement que *“le pouvoir d’injonction conféré à ce juge a une portée limitée”* car il ne lui permet pas d’ordonner des mesures structurelles, en particulier des travaux de grande ampleur, coûteux et non immédiatement réalisables.

Elle a relevé deuxièmement que *“l’administration pénitentiaire ne dispose d’aucun pouvoir de décision en matière de mises sous écrou et qu’un directeur de prison est tenu d’accueillir les personnes mises sous écrou, y compris en cas de suroccupation de l’établissement, ce qui limite indéniablement les moyens d’action de l’administration pénitentiaire (Ananyev et autres précité, § 206)”*, moyens pris en compte par le juge administratif.

Elle a souligné troisièmement un certain nombre de difficultés dans *“le suivi de l’exécution des mesures prononcées par le juge du référé-liberté”*.

Elle en a conclu *“que les injonctions prononcées par le juge du référé-liberté, dans la mesure où elles concernent des établissements pénitentiaires surpeuplés, ce qui n’est pas contesté par le Gouvernement, s’avèrent en pratique difficiles à mettre en oeuvre. La surpopulation des prisons et leur vétusté, a fortiori sur des territoires où n’existent que peu de prisons et où les transferts s’avèrent illusoire, font obstacle à ce que l’utilisation du référé-liberté offre aux personnes détenues la possibilité en pratique de faire cesser pleinement et immédiatement les atteintes graves portées à l’article 3 de la Convention ou d’y apporter une amélioration substantielle.*

(...) Si le référé-liberté semble offrir un cadre juridique théorique solide pour juger d’atteintes graves aux droits des détenus, il ne peut être considéré comme le recours préventif qu’exige la Cour”.

Ainsi, si la Cour européenne a stigmatisé la portée limitée du pouvoir d’injonction du juge des référés, c’est à la fois en considération du caractère par nature limité des mesures qu’il peut ordonner et du fait de la difficulté de leur mise en oeuvre dans les établissements surpeuplés.

Depuis lors, dans le contexte de la crise sanitaire actuelle, le Conseil d’Etat a été saisi d’une requête formée par l’OIP et des syndicats d’avocats et de magistrats, sur le fondement de l’article L 512-2 du code de justice administrative. Ces derniers sollicitaient du Conseil d’Etat qu’il ordonne un certain nombre de mesures pour faire cesser ce qu’ils estimaient être des atteintes graves et manifestement illégales portées aux libertés fondamentales des personnes détenues durant l’épidémie de covid -19, parmi lesquelles figuraient notamment l’injonction au garde des sceaux de prendre des mesures et d’édicter des dispositions visant à limiter

¹²⁴ J.M.B. § 217 et suiv

davantage les incarcérations et à favoriser davantage les sorties anticipées. Le Conseil d'Etat, qui n'a pas fait droit à leurs demandes, est venu notamment rappeler les limites de l'office du juge des référés ¹²⁵ en ces termes :

“ 4. Il résulte de la combinaison des dispositions des articles L. 511-1 et L. 521-2 du code de justice administrative qu'il appartient au juge des référés, lorsqu'il est saisi sur le fondement de l'article L. 521-2 et qu'il constate une atteinte grave et manifestement illégale portée par une personne morale de droit public à une liberté fondamentale, résultant de l'action ou de la carence de cette personne publique, de prescrire les mesures qui sont de nature à faire disparaître les effets de cette atteinte, dès lors qu'existe une situation d'urgence caractérisée justifiant le prononcé de mesures de sauvegarde à très bref délai. Ces mesures doivent, en principe, présenter un caractère provisoire, sauf lorsque aucune mesure de cette nature n'est susceptible de sauvegarder l'exercice effectif de la liberté fondamentale à laquelle il est porté atteinte. Sur le fondement de l'article L. 521-2, le juge des référés peut ordonner à l'autorité compétente de prendre, à titre provisoire, des mesures d'organisation des services placés sous son autorité, dès lors qu'il s'agit de mesures d'urgence qui lui apparaissent nécessaires pour sauvegarder, à très bref délai, la liberté fondamentale à laquelle il est gravement, et de façon manifestement illégale, porté atteinte. Le caractère manifestement illégal de l'atteinte doit s'apprécier notamment en tenant compte des moyens dont dispose l'autorité administrative compétente et des mesures qu'elle a déjà prises”.

Bien qu'intervenue après l'arrêt J. M. B. c. France dont se prévalaient les requérants, cette ordonnance ne marque pas d'évolution de la jurisprudence du Conseil d'Etat sur l'office du juge des référés libérés.

Ainsi les mesures que le juge des référés libérés peut être amené à prendre se heurtent toujours à deux obstacles, la nécessité qu'elles permettent une amélioration rapide, ce qui exclut les mesures structurelles et la prise en compte de la limite des moyens de l'administration pénitentiaire qui ne peut refuser l'écrou d'une personne.

Dés lors donc que le problème endémique de la surpopulation carcérale n'est pas réglé de manière pérenne, ce recours ne semble pas de nature à garantir dans tous les cas la cessation de la violation du droit à un traitement digne en prison.

4-3-2 L'absence de recours effectif devant le juge judiciaire selon les dispositions incriminées telles qu'interprétées par la jurisprudence

4-3-2-1 Le contrôle des modalités d'exécution de la mesure de détention par le juge judiciaire paraît très limité

Le Conseil constitutionnel comme on l'a vu a, à plusieurs reprises, énoncé qu'il appartenait aux autorités judiciaires *“de veiller à ce que”* les mesures de garde à vue, de placement au petit dépôt et a fortiori de placement en détention, soient *“en toutes circonstances, mise en oeuvre dans le respect de la dignité de la personne.”* ¹²⁶

Dans un arrêt du 30 septembre 2014, la chambre criminelle a refusé la transmission au Conseil constitutionnel d'une question prioritaire de constitutionnalité sur les articles 137 et 144 du code de procédure pénale qui étaient critiqués, au regard du principe de la dignité de la personne

¹²⁵ Ordonnance du 8 avril 2020 (N° 439827)

¹²⁶ Op. cit

humaine, en ce qu'ils "permettent d'ordonner et de prolonger la détention provisoire, sans prévoir aucune distinction selon que la personne a été atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ayant aboli son discernement". Elle a notamment justifié sa décision par le fait "qu'il appartient à l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, de veiller à ce que la privation de liberté des personnes détenues soit, en toutes circonstances, mise en oeuvre dans le respect de la dignité de la personne, et de s'assurer que cette privation de liberté, dont les modalités sont adaptables à la personnalité et à l'état de santé du mis en examen, est exempte de tout traitement inhumain ou dégradant, la prise en compte de l'état mental des détenus étant assurée en application de l'article L. 3214-1 du code de la santé publique"¹²⁷

La question se pose, une fois énoncé le principe, de déterminer si de manière pratique le juge judiciaire est en mesure - et de quelle manière- d'exercer son contrôle sur la mise en oeuvre de la privation de liberté ?

Le juge judiciaire est investi d'un pouvoir général de contrôle sur les établissements pénitentiaires.

Cependant ce pouvoir, comme cela était déjà souligné en 1999 dans le rapport de la commission présidée par le premier président Canivet à la Garde des sceaux sur l'amélioration du contrôle extérieur des établissements pénitentiaires, mériterait d'être précisé par la loi dans ses modalités et ses finalités, sans que cette recommandation n'ait jamais été suivie d'effets.

Tout au plus l'article 10 de la loi pénitentiaire de 2009 dans sa version actuellement en vigueur prévoit-il que "Le premier président de la cour d'appel, le procureur général, le président de la chambre de l'instruction, le président du tribunal judiciaire, le procureur de la République, le juge des libertés et de la détention, le juge d'instruction, le juge de l'application des peines et le juge des enfants visitent au moins une fois par an chaque établissement pénitentiaire situé dans leur ressort territorial de compétence."

On peut d'ailleurs relever que le juge des libertés et de la détention a été mentionné pour la première fois dans la loi pénitentiaire de 2009, soit plus de 8 ans après sa création et qu'il ne figure toujours pas dans la partie réglementaire du Code de procédure pénale consacrée aux "visites effectuées par les autorités judiciaires" (article D176 à D 179)¹²⁸.

Ce pouvoir de contrôle est en pratique nécessairement limité puisque si le juge judiciaire doit effectuer des rapports sur les conditions générales de détention, il ne peut pas donner d'injonctions générales à l'administration pénitentiaire ou concernant une personne détenue en particulier afin de faire cesser les conditions indignes de détention.

Par exemple le juge d'instruction, s'il remplit une notice individuelle destinée au chef d'établissement, de même, dans certains cas, que le juge des libertés et de la détention, ne peut donner aucune instruction que l'administration serait tenue de suivre, à l'exception de celles relatives aux interdictions de communiquer ou à la mise à l'isolement prévues par l'article 145-4-1 du Code de procédure pénale, qui sont liées aux nécessités de l'enquête mais nullement au contrôle des conditions de détention et à leur adaptation éventuelle à la situation personnelle du détenu.

Récemment, le décret n°2017-771 du 04 mai 2017 a modifié les deux derniers alinéas de

¹²⁷ Crim., 30 septembre 2014, trois décisions, pourvois no 14-84.637, 14-84.638 et 14-84.642

¹²⁸ Malgré la recommandation en ce sens de l'IGJ, Mission d'étude et d'appui à la création de la fonction statutaire de juge des libertés et de la détention, janvier 2017

l'article D 53 du Code de procédure pénale pour "*assouplir les conditions d'affectation en maison d'arrêt des prévenus, au regard de la surpopulation que connaissent certaines maisons d'arrêt*"¹²⁹. Le décret permet, si le taux d'occupation d'une maison d'arrêt le justifie, qu'un prévenu soit affecté dans un établissement autre que la maison d'arrêt de la ville où siège la juridiction d'instruction ou du jugement devant laquelle il devra comparaître, ou autre que la maison d'arrêt la plus proche de cette juridiction. A cette fin, l'administration pénitentiaire informera l'autorité judiciaire de la capacité et du taux d'occupation de l'ensemble des maisons d'arrêt et des établissements pour mineurs. Le décret prévoit désormais que le transfert des prévenus ne peut avoir lieu qu'après information du magistrat saisi du dossier de l'information judiciaire et qu'à défaut d'opposition de celui-ci dans un délai de huit jours. Pour autant le juge ne peut notamment pas imposer une affectation en cellule individuelle, ou un transfert dans un établissement qui ne serait pas sur-occupé pour garantir au prévenu des conditions de détention respectueuses de sa dignité au regard d'une vulnérabilité particulière.

On peut relever, même si la situation des condamnés n'est pas visée par la présente question prioritaire de constitutionnalité, qu'il en va de même pour le juge de l'application des peines qui ne peut pas intervenir de manière contraignante sur les conditions de détention et de transfert.

Du fait de la séparation des ordres juridictionnels, le contrôle des conditions de détention par le juge judiciaire revêt ainsi une portée limitée puisque celui-ci ne peut intervenir de manière concrète et effective sur les conditions de détention, le juge administratif étant le seul juge de l'exécution du service public pénitentiaire.

Reste que le juge judiciaire pourrait prendre en compte l'indignité éventuelle des conditions de détention dans les décisions qu'il est seul amené à prendre en matière de liberté individuelle

4-3-2-2 En l'état de la jurisprudence, le juge judiciaire ne peut prendre en compte l'indignité des conditions de détention pour statuer sur la détention d'un prévenu

Dans une décision récente publiée du 18 septembre 2019 ¹³⁰, à laquelle se réfère expressément l'arrêt frappé du pourvoi à l'occasion duquel la présente question prioritaire de constitutionnalité est posée, la chambre criminelle a jugé, suivant le sommaire de l'arrêt que :

“Justifie sa décision la chambre de l'instruction qui rejette une demande de mise en liberté fondée notamment sur le non-respect des normes d'occupation des cellules fixées par l'administration pénitentiaire, en retenant qu'une éventuelle atteinte à la dignité de la personne en raison des conditions de détention, si elle est susceptible d'engager la responsabilité de la puissance publique en raison du mauvais fonctionnement du service public, ne saurait constituer un obstacle légal au placement et au maintien en détention provisoire”.

Cette importante décision, rendue avant l'arrêt J.M.B. c. France, ferme la voie non seulement à toute obligation, mais encore à toute possibilité pour le juge de libérer un prévenu alors qu'il aurait constaté qu'il subissait des conditions de détention portant atteinte à sa dignité. En effet, c'est par un attendu de principe que la chambre criminelle affirme qu "*qu'une éventuelle atteinte à la dignité de la personne en raison des conditions de détention (...) ne saurait constituer un obstacle légal au placement et au maintien en détention provisoire”.*

¹²⁹ Notice du décret

¹³⁰ Crim 18 sept. 2019, n°19-83.950

Comme le relève Yves Mayaud ¹³¹: "*La formule est tranchée, qui ne laisse aucune place à une défense tirée d'une atteinte à la dignité.*"

La chambre criminelle s'appuie sur une interprétation stricte des dispositions législatives critiquées par la présente question prioritaire de constitutionnalité. En effet, selon l'article 144-1 du Code de procédure pénale "*Le juge d'instruction ou, s'il est saisi, le juge des libertés et de la détention doit ordonner la mise en liberté immédiate de la personne placée en détention provisoire (....) dès que les conditions prévues à l'article 144 et au présent article ne sont plus remplies*". Or, parmi les sept critères de l'article 144 qui peuvent justifier le placement en détention provisoire lorsque les objectifs visés par cet article ne sauraient être atteints avec un placement sous contrôle judiciaire ou une assignation à résidence avec surveillance électronique, ne figurent pas les conditions de détention.

Comme le souligne Rodolphe Mésa¹³², "*Dans l'absolu, un argument de texte, associé à un pragmatisme certain, permet de justifier la solution issue de l'arrêt du 18 septembre 2019. Il peut ainsi être avancé que l'impératif respect de la dignité des personnes ne concerne que l'exécution de la mesure de détention, donc ne participe pas des conditions du placement en détention, n'étant par ailleurs repris par aucune disposition relative à un tel placement. De plus, faire obstacle au placement en détention provisoire sur le seul constat d'une atteinte, réelle ou potentielle, à la dignité de la personne incarcérée pourrait, quel que soit l'état des locaux et des conditions de détention, se révéler dangereux pour la sécurité publique et peu opportun en termes d'efficacité de la justice pénale.*"

Cette jurisprudence avant même que la Cour de Strasbourg ne rende l'arrêt J.M.B c. France a suscité cependant de nombreuses critiques de la part de la doctrine, les auteurs ayant notamment pointé sa vraisemblable incompatibilité avec la jurisprudence européenne.

Ainsi Rodolphe Mesa dans l'article précité estimait que "*Malgré ces éléments, il n'est pas certain que la solution issue de l'arrêt du 18 septembre 2019 soit en conformité avec le droit de la Convention EDH, et particulièrement avec la jurisprudence rendue sur le fondement de l'article 3 dès lors que l'atteinte à la dignité, sous réserve que son existence ou sa vraisemblance soit établie, est du degré de gravité requis pour tomber sous le coup de ce texte. Elle semble, en effet, en contradiction avec la théorie dite des obligations positives, par laquelle la CEDH impose aux pouvoirs publics l'obligation de protéger les individus contre des mauvais traitements (....) Mais aussi avec les solutions prétoriennes classiques en matière de détention, selon lesquelles l'article 3 de la Convention impose à l'État de s'assurer que tout prisonnier est détenu dans des conditions compatibles avec le respect de la dignité humaine, que les modalités d'exécution de la mesure ne le soumettent pas à une détresse ou une épreuve d'une intensité excédant le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention et que, eu égard aux exigences pratiques de la détention, la santé et le bien-être du détenu soient assurés de manière adéquate. L'interdiction des mauvais traitements est, en effet, d'une importance telle qu'elle ne saurait permettre l'exposition d'un individu à de tels traitements, quitte à ce qu'il engage une action en responsabilité par la suite, mais doit impliquer l'obligation pour les autorités de l'État de ne pas permettre ou ordonner qu'un individu soit exposé à de tels traitements, donc à proscrire l'incarcération d'un individu dont la dignité sera, au moins potentiellement et substantiellement, atteinte par les conditions de détention.*"

¹³¹ RSC 2019 p.808 Yves Mayaud

¹³² Gaz. Pal., 22 octobre 2019, n° 36, p.18

De manière moins mesurée, Jenny Frinchaboy¹³³ critiquait la décision en ces termes : *“qu'en est-il du respect des normes supra-légales qui imposent le respect de la dignité de la personne humaine ? Est-il vraiment nécessaire d'attendre une condamnation de l'État par le juge administratif, voire le juge européen (...), pour une atteinte portée au droit le plus fondamental de l'être humain ? (...) On aurait tout de même pu attendre de la Cour de cassation qu'elle veille de manière plus effective au respect de la dignité de tout détenu - a fortiori d'un détenu présumé innocent. En l'absence de disposition légale visant expressément une mise en liberté pour cause de mauvaises conditions de détention, il aurait suffi d'invoquer l'article 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme afin de faire cesser les « éventuelles » atteintes à la dignité - et faire ainsi prévaloir des préoccupations humanitaires sur des considérations sécuritaires.”*

La position prise par la chambre criminelle dans l'arrêt du 18 septembre 2019 revient en réalité à une forme d'orthodoxie¹³⁴ après une période où la jurisprudence avait pu paraître plus incertaine¹³⁵.

Mais au vu du dernier état de la jurisprudence de la Cour de cassation, il ne fait guère de doute que la Cour européenne ne pourrait pas considérer que la saisine du juge judiciaire constitue un recours de nature à permettre de faire cesser la violation à l'article 3 en matière de détention provisoire.

4-3-2-3 La situation des condamnés est à cet égard plus favorable

Cette absence de recours préventif effectif peut d'autant plus interroger que, comme on a vu, les prévenus, présumés innocents, subissent les conditions de détention les plus dures, les maisons d'arrêt étant les seuls établissements qui connaissent des taux de surpopulation susceptibles d'être constitutifs de traitements indignes et que de plus l'augmentation de la détention provisoire a contribué depuis 2015, comme on a vu, à l'accroissement du surpeuplement des prisons.

De plus les condamnés à de courtes peines qui sont incarcérés en maisons d'arrêt, disposent d'un recours certainement davantage effectif que les prévenus, tant au regard de la jurisprudence que de la loi.

En effet, dans un arrêt du 25 novembre 2009¹³⁶, dont la doctrine avait en son temps salué l'importance¹³⁷, la chambre criminelle a censuré une chambre de l'application des peines pour avoir refusé un placement sous surveillance électronique à un détenu sans rechercher si,

¹³³ Jenny Frinchaboy, « *Maintien en détention provisoire malgré une éventuelle atteinte à la dignité humaine* », AJ Pénal, 2019, p. 560

¹³⁴ Dans un arrêt du 22 juin 2010, la chambre criminelle avait déjà s'agissant de la garde à vue jugé que *“qu'une éventuelle violation de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, de l'article 10 du Pacte international relatifs aux droits civils et politiques et de l'article préliminaire du code de procédure pénale, si elle est susceptible d'engager la responsabilité de la puissance publique en raison du mauvais fonctionnement du service public, ne saurait constituer une cause de nullité”* (Crim., 22 juin 2010, n° 09-86.658). Voir aussi pour une décision antérieure dans le même sens Crim., 28 nov. 1996 : Dr. pén. 1997, comm. 54, obs. A. Maron

¹³⁵ Voir à cet égard les arrêts cités dans la partie 4-4-2 du présent avis

¹³⁶ Crim., N° 09-82.971,

¹³⁷ AG Robert, op.cit et AJP 2010, M. Herzog-Evans

compte tenu de son handicap et des conditions effectives de détention, celui-ci n'était pas " exposé à une détresse ou à une épreuve excédant le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention". Le sommaire de cet arrêt indique que "La chambre de l'application des peines saisie d'une demande d'aménagement de peine d'un condamné en liberté qui invoque, à l'appui de sa demande, l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, en soutenant que le handicap dont il est atteint est incompatible avec son incarcération, est tenue, en application de ce texte, de rechercher si les conditions effectives de détention ne l'exposeraient pas à une détresse ou à une épreuve excédant le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention."

Depuis lors l'article 24 de la loi 2014-896 du 15 août 2014 a modifié l'article 707 du code de procédure pénale et introduit l'alinéa suivant :

" III.-Toute personne condamnée incarcérée en exécution d'une peine privative de liberté bénéficie, chaque fois que cela est possible, d'un retour progressif à la liberté en tenant compte des conditions matérielles de détention et du taux d'occupation de l'établissement pénitentiaire, dans le cadre d'une mesure de semi-liberté, de placement à l'extérieur, de placement sous surveillance électronique, de libération conditionnelle ou d'une libération sous contrainte, afin d'éviter une remise en liberté sans aucune forme de suivi judiciaire."

Cette disposition, qui selon les débats parlementaires a pu être présentée par certains comme une alternative à l'instauration d'un *numerus clausus*, permet au juge de l'application des peines de retenir, parmi les critères qui président à l'octroi d'une mesure d'aménagement de peine, les conditions de détention, le législateur se référant expressément à la surpopulation carcérale. Elle offre donc une possibilité concrète pour un condamné qui se plaindrait de conditions indignes de détention du fait de la surpopulation carcérale d'obtenir une mesure de libération anticipée sous aménagement sur ce motif et donc de faire cesser la violation alléguée de l'article 3.

Ainsi, et paradoxalement, les condamnés se trouvent au regard de la prévention des violations de l'article 3 de la Convention dans une situation plus favorable que les prévenus pourtant présumés innocents.

Le paradoxe n'est toutefois peut être qu'apparent. En effet selon l'article 707 du Code de procédure pénale précité, "le régime d'exécution des peines privatives et restrictives de liberté vise à préparer l'insertion ou la réinsertion de la personne condamnée afin de lui permettre d'agir en personne responsable, respectueuse des règles et des intérêts de la société et d'éviter la commission de nouvelles infractions." La réinsertion étant la finalité principale, voire unique de la peine (à l'exclusion d'une finalité rétributive ou afflictive, qui n'apparaît que dans le prononcé de la peine telle que précisé par l'article 130-1 du code pénal), le sens de la peine est nécessairement interrogé si l'incarcération, du fait de conditions indignes et de la surpopulation, ne permet pas, comme l'a relevé le CGLPL dans son rapport sus-évoqué sur les droits fondamentaux à l'épreuve de la surpopulation carcérale, de préparer la réinsertion. S'agissant de la détention provisoire, qui ne peut être prononcée, qu'à titre exceptionnel, au regard des nécessités de l'instruction ou à titre de mesure de sûreté, l'existence de conditions indignes de détention ne constitue manifestement pas un obstacle à la réalisation des sept finalités limitativement énumérées par l'article 144 du code de procédure pénale (conserver les preuves ou les indices matériels qui sont nécessaires à la manifestation de la vérité ; empêcher une pression sur les témoins ou les victimes ainsi que sur leur famille ; empêcher une concertation frauduleuse entre la personne mise en examen et ses coauteurs ou complices ; protéger la personne mise en examen ; garantir le maintien de la personne mise en examen

à la disposition de la justice ; mettre fin à l'infraction ou prévenir son renouvellement).¹³⁸

Il n'en demeure pas moins que la question de l'effectivité de la garantie du droit de la personne prévenue à ne pas subir de traitements inhumains et dégradants demeure entière et qu'en l'état de la jurisprudence de la Cour de cassation, le prévenu ne dispose pas d'un recours judiciaire lui permettant de faire cesser la violation de l'article 3 de la convention européenne.

4-4-Appréciation du caractère sérieux de la critique des dispositions issues du Code de procédure pénale incriminées au regard de l'absence de recours effectif

4-4-1 Les articles incriminés ne recourent que partiellement le champ de la question posée qui relève d'une approche "globale-intégrée"

Telle qu'elle est posée la question n'est pas sans poser de difficultés puisque ne sont visés que les articles du Code de procédure pénale relatifs au placement et au maintien en détention provisoire.

Or la mise en oeuvre par la loi de garanties suffisantes contre la violation du principe de sauvegarde de la dignité relève certainement d'une approche "globale-intégrée", pour reprendre l'expression de Madame le juge Françoise Tulkens déjà évoquée dans l'analyse de la jurisprudence de la Cour européenne. On l'a vu, la CEDH examine l'ensemble des mesures prises par les Etats pour lutter contre la surpopulation carcérale, tant les réformes législatives que les politiques publiques et leurs effets, pour déterminer par exemple si un recours est suffisamment effectif. Ainsi il est vraisemblable, comme cela a été montré, que si la Cour a validé comme effectif les recours préventifs mis en place en Italie et en Bulgarie, alors qu'elle a invalidé le référé-liberté français, c'est expressément en considération du fait que les politiques mises en oeuvre par ces deux premiers Etats avaient été suivies d'effets et avaient permis une certaine amélioration de la situation carcérale, ce qui n'était pas le cas de la France. Le référé liberté a été jugé effectif en théorie mais pas en pratique de ce fait. De plus, la Cour européenne dans le cadre de cette appréciation "*globale -intégrée*" envisage la situation générale des prisons et ne reconnaît pas, comme il a été vu, l'effectivité d'un recours qui aboutirait à l'amélioration des conditions de détention du seul requérant au détriment de celles des autres détenus (s'il obtenait par exemple une affectation en cellule individuelle). A cet égard, la Cour préconise d'autres évolutions législatives que l'amélioration des recours individuels, comme la limitation dans la loi des possibilités de placement en détention provisoire ou l'instauration d'un *numerus clausus* par exemple.

Enfin, la Cour européenne dans l'arrêt JMB c. France, qui ne prend nullement en compte le dualisme juridictionnel français, ne précise pas devant quel juge devrait être porté le recours préventif effectif, ni même n'impose, comme on a vu, que le recours soit juridictionnel. La présente question prioritaire de constitutionnalité incrimine ainsi la seule absence de recours effectif devant le juge judiciaire, alors qu'il pourrait être envisagé d'instaurer un nouveau recours devant les juridictions administratives pour satisfaire à l'exigence de garanties suffisantes pour prévenir l'atteinte au droit à la dignité en détention.

Il y a donc un hiatus entre cette approche "globale-intégrée" de la Cour européenne et l'approche davantage abstraite de la constitutionnalité d'une norme donnée, y compris lorsqu'est invoquée comme en l'espèce l'incompétence négative du législateur. En d'autres

¹³⁸ Voir pour une critique de l'absence de prise en compte de l'impératif de réinsertion dans le cadre de la détention provisoire, Anne Simon, RSC 2016 p.219 "*Les incohérences de la mise en liberté médicale ou la confirmation des incertitudes quant à la nature de la détention provisoire*"

termes le Conseil constitutionnel, si vous transmettez la présente question prioritaire de constitutionnalité, serait a priori saisi de la constitutionnalité des seules dispositions incriminées du Code de procédure pénale alors que la solution au problème posé d'une absence de garantie légale suffisante pour assurer la protection du droit à la dignité des personnes détenus ne relève pas nécessairement de la réforme du recours devant le juge judiciaire, mais peut ressortir aussi à une réforme de la procédure administrative, ou à tout autre dispositif légal permettant d'éviter des incarcérations au delà de la capacité des établissements pénitentiaires.

Cette difficulté ne me paraît cependant pas de nature à justifier une non transmission de la question au Conseil constitutionnel.

D'une part, le Conseil constitutionnel pourrait de manière prétorienne innover au regard des spécificités de la question posée et de ses enjeux consécutifs à la condamnation de la France par la Cour européenne¹³⁹.

D'autre part, il semble possible d'admettre que les dispositions incriminées du Code de procédure pénale posent une question sérieuse à la fois en elles-mêmes (soit en tant qu'on peut raisonnablement soutenir qu'elles n'instaurent pas un recours préventif effectif) et en considération du fait qu'un tel recours n'existe pas davantage devant le juge administratif.

Dès lors, il n'appartiendrait pas à la Cour de cassation d'effectuer le choix entre les deux ordres juridictionnels pour l'instauration d'un recours effectif préventif.

En tout état de cause, même si un tel choix devait être un préalable au renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité, il me semble que le juge judiciaire serait le juge naturel du recours effectif préventif. En effet en vertu de l'article 66 de la constitution "*l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi*" et le Conseil constitutionnel, comme on a vu, juge qu'il appartient aux autorités judiciaires de veiller à ce que la privation de liberté soit mise en œuvre dans le respect de la dignité de la personne. De plus, on a vu qu'en l'absence de toute possibilité d'amélioration des conditions de détention, in fine, la remise en liberté peut apparaître, d'une manière non dénuée de sérieux au regard de la jurisprudence de la Cour européenne, comme la condition ultime de l'effectivité du recours. Or cette décision, comme la mise sous écrou, ne peut relever que de l'autorité judiciaire. Dès lors saisir le Conseil constitutionnel de la question sous l'angle des lacunes du recours judiciaire paraît tout à fait pertinent.

On peut noter que récemment, dans une décision du 05 mars 2020¹⁴⁰, la première chambre civile a renvoyé au Conseil constitutionnel une question relative à la constitutionnalité des dispositions de l'article L. 3222-5-1 du code de la santé publique, en ce qu'elles ne prévoient pas de contrôle juridictionnel systématique des mesures d'isolement et de contention mises en œuvre dans les établissements de soins psychiatriques, alors que la question du juge compétent, administratif ou judiciaire, pour contrôler les conditions de maintien à l'isolement ou en contention se posait. La première chambre civile a estimé que les mesures d'isolement

¹³⁹ Le Conseil a déjà par exemple fait preuve d'une certaine innovation dans sa décision du 28 février 2020 (Décision n° 2019-827 QPC du 28 février 2020) relative à la réhabilitation des condamnés à mort dans laquelle il a déclaré conforme à la Constitution les dispositions de l'article 786 du code de procédure pénale dont il était saisi tout en énonçant que "*le législateur serait donc fondé à instituer une procédure judiciaire, ouverte aux ayants droit d'une personne condamnée à la peine de mort dont la peine a été exécutée, tendant au rétablissement de son honneur à raison des gages d'amendement qu'elle a pu fournir.*"

¹⁴⁰ 1^{re} Civ., 5 mars 2020, pourvoi n° 19-40.039

et de contention pourraient être de nature à caractériser une privation de liberté susceptibles de ce fait d'imposer "au regard de l'article 66 de la Constitution, le contrôle systématique du juge judiciaire."

Ainsi le fait que les articles incriminés ne recourent que partiellement le champ de la question posée ne me paraît pas suffisant pour en écarter, a priori, la transmission.

Reste à examiner, dans la mesure où, telle que posée, la question critique non seulement les dispositions législatives sur la détention provisoire mais leur application par la chambre criminelle qui prive, comme on a vu, le prévenu de toute possibilité d'obtenir sa remise en liberté ou de ne pas être placé en détention provisoire au motif, par ailleurs établi, qu'il serait soumis, ou risquerait d'être soumis, à des conditions indignes de détention, si une évolution de la jurisprudence de la Cour ne serait pas envisageable et suffisante pour garantir la constitutionnalité des dispositions incriminées.

4-4-2 Une évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation paraît envisageable

L'arrêt du 18 septembre 2019 ¹⁴¹ précédemment analysé, qui, comme on a vu, ferme la voie à toute prise en compte des conditions de détention pour statuer sur la liberté d'un prévenu, outre qu'il s'appuie sur une interprétation stricte des critères de l'article 144 du Code de procédure pénale, vise certainement à maintenir une frontière étanche entre l'objet de la demande de mise en liberté devant le juge judiciaire et l'objet du recours devant le juge administratif en cas d'allégation de traitements inhumains et dégradants. Mais ce choix de renvoi de la sanction des traitements inhumains et dégradants au juge administratif pourrait être remis en question dès lors que, postérieurement à cet arrêt, le recours préventif devant le juge administratif a été jugé insuffisamment effectif par la Cour de Strasbourg, dans l'arrêt J.M.B c. France.

Antérieurement à l'affirmation du principe posé dans l'arrêt du 18 septembre 2019, la chambre criminelle avait pu adopter sur cette question une position plus ouverte qui pourrait inspirer une nouvelle évolution de la jurisprudence prenant en compte la censure par la Cour européenne du recours administratif .

Ainsi dans un arrêt du 29 février 2012 ¹⁴², la chambre criminelle avait rejeté avec une motivation assez différente un pourvoi faisant grief à l'arrêt d'une chambre de l'instruction d'avoir rejeté la demande de mise en liberté sans répondre au moyen tiré de ce que les conditions de détention au Camp Est, à Nouméa, violaient l'article 3, compte tenu du taux d'occupation, du manque d'hygiène et d'activités (6 personnes partageant notamment des cellules de 12 m², 23 heures sur 24, avec absence de cloisonnement des WC, présence d'animaux nuisibles et chaleur étouffante).

Dans cette affaire, Monsieur l'avocat général Lacan avait rendu un avis de cassation ainsi justifié: "*Je suis donc favorable à une cassation pour manque de base légale au regard des conventions invoquées, la chambre de l'instruction n'ayant pas recherché, comme elle y était invitée, si les conditions de détention dégradantes subies par M. Z... pouvaient justifier sa mise en liberté.*"

Dans cette recherche, les juges du fond devraient, à mon sens, prendre en considération non

¹⁴¹ N° 19-83.950

¹⁴² Crim. 29 févr. 2012, n° 11-88.441

seulement le caractère dégradant ou non des conditions matérielles de l'incarcération, mais également la durée de cette situation et les possibilités d'y remédier dans le cadre de la détention, et enfin, apprécier la gravité de l'atteinte portée aux droits du détenu à l'aune de sa dangerosité et, plus généralement, en rapport avec les nécessités de l'information.

Une telle réponse atténuerait sans doute la portée de principe d'une censure, tout en intégrant les exigences conventionnelles invoquées au moyen dans le contentieux de la détention provisoire."

La chambre criminelle a rejeté le pourvoi en ces termes :

"Attendu que les énonciations de l'arrêt attaqué mettent la Cour de cassation en mesure de s'assurer que la chambre de l'instruction, qui, faute d'allégation d'éléments propres à la personne concernée, suffisamment graves pour mettre en danger sa santé physique ou mentale, s'est en conséquence déterminée par des considérations de droit et de fait répondant aux seules exigences des articles 137-3, 143-1 et suivants du code de procédure pénale, a justifié sa décision "

La doctrine a pu interpréter cet arrêt comme fermant "en droit interne (...) la voie judiciaire aux détenus désireux de contester leurs conditions de détention"¹⁴³.

Il semble toutefois que la porte n'avait pas été alors complètement fermée par la chambre criminelle puisque, contrairement à ce qu'elle a fait dans l'arrêt du 18 septembre 2019, elle n'a nullement posé ici un principe selon lequel le constat d'une éventuelle violation de l'article 3 ne pouvait avoir d'impact sur la décision de maintien en détention, mais s'est fondée sur l'absence "d'éléments propres à la personne concernée" de nature à établir qu'il subissait un traitement indigne.

Monsieur l'avocat général X. Salvat, commentant cette décision¹⁴⁴, estimait qu'on pouvait "penser que l'arrêt du 29 février 2012, s'il est dans la continuité de la jurisprudence, marque cependant un infléchissement ; il affirme certes que les conditions matérielles générales de détention ne peuvent, à elles seules, susciter un contentieux en matière de détention provisoire, mais il réserve une solution différente, au cas où l'analyse des « circonstances propres à la personne » révèle que les conditions matérielles de détention mettent en danger la santé physique ou mentale du détenu, prévenu ou condamné."

Il faut aussi noter que cet arrêt de la chambre criminelle a été rendu à l'encontre d'un des requérants de l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt déjà évoqué Z... c. France et que dans sa décision la Cour européenne semble souscrire à cette interprétation de l'arrêt. Elle note en effet à propos de la décision de la chambre criminelle " cette juridiction n'a pas exclu qu'une demande de mise en liberté puisse constituer une voie de recours permettant de mettre fin à une détention contraire à l'article 3. Elle a cependant conditionné cette possibilité à une mise en danger grave de la santé physique ou morale du prévenu, que les conclusions du CGLPL n'ont pas permis de prouver." § 65.

De même dans une décision du 3 octobre 2012 ¹⁴⁵, la chambre criminelle a rejeté le pourvoi

¹⁴³ JP Céré AJ Pénal 2018 p.336

¹⁴⁴ RSC 2012 p.879

¹⁴⁵ Crim., 3 octobre 2012, pourvoi n° 12-85.054, Bull. crim. 2012, n° 209

contre l'arrêt de la chambre de l'instruction qui avait été saisie d'une demande de mise en liberté d'un mis en examen motivée, notamment, par l'atteinte portée à sa dignité du fait des conditions d'incarcération subies, en considérant que la chambre de l'instruction n'avait pas méconnu l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, *“en retenant qu'il résultait d'une expertise médicale que la dégradation de l'état de santé de cette personne n'était pas la conséquence directe de ses conditions matérielles de détention, aucun autre élément propre à la personne, suffisamment grave pour mettre en danger sa santé physique ou mentale n'étant par ailleurs allégué.”*

Dans ces deux cas, la chambre criminelle n'avait pas, comme dans son arrêt du 19 septembre 2019, considéré que par principe la violation de l'article 3 ne pouvait constituer un obstacle légal au maintien en détention, mais qu'en l'espèce l'atteinte n'était pas suffisamment grave pour mettre en danger la santé du prévenu.

Antérieurement à ces arrêts, une autre décision de la chambre criminelle avait semble-t-il admis que la prise en compte des conditions de détention puisse justifier la mise en liberté d'un prévenu, sans s'arrêter aux seuls critères légaux du placement en détention provisoire.

Dans un arrêt publié du 2 septembre 2009¹⁴⁶, en effet, la chambre criminelle a censuré l'arrêt d'une chambre de l'instruction qui avait confirmé une ordonnance de placement en détention provisoire d'un prévenu paraplégique sans répondre au mémoire dans lequel la personne mise en examen faisait valoir que son état de santé était incompatible avec une mesure de détention provisoire.

Cette décision est intervenue avant que le législateur ne prévoit la possibilité d'une libération des prévenus pour raison médicale, en créant dans la loi no 2014-896 du 15 août 2014 un article 147-1 du Code de procédure pénale qui prévoit une libération, sauf *“s'il existe un risque grave de renouvellement de l'infraction”*, lorsque la personne en détention provisoire *“est atteinte d'une pathologie engageant le pronostic vital ou que son état de santé physique ou mentale est incompatible avec le maintien en détention”*. Dans un rapport sur un pourvoi N° 16-86.877, Monsieur le premier avocat général Frédéric Desportes, commentant cet arrêt, relevait que *“Dès avant l'adoption des dispositions”* de la loi du 15 août 2014, *“vous aviez affirmé, sur le fondement de l'article 3 de la CESDH, la nécessité de prendre en compte, lors du débat sur la détention provisoire, l'état de santé de la personne concernée, censurant les juges du fond qui ne répondaient pas aux mémoires ou conclusions invoquant cette circonstance”*. Il notait que *“si l'on ne peut déduire de l'article 3 de la CESDH, prohibant les traitements inhumains ou dégradants une obligation générale de libérer un détenu pour motif de santé, cet article impose à l'Etat de protéger l'intégrité physique des personnes privées de liberté notamment par l'administration des soins médicaux requis (...). La mise en liberté s'impose donc lorsque l'état de santé de la personne est incompatible avec la détention. Dans le cas inverse, le détenu doit recevoir les soins nécessaires dans un environnement adapté. Bien entendu, les deux exigences sont étroitement liées : l'état du détenu peut apparaître incompatible avec la détention si l'administration n'est pas en mesure de lui assurer les soins nécessaires et un environnement adapté.”*

Ces trois décisions des 29 février 2012, 3 octobre 2012 et 2 septembre 2009¹⁴⁷ pouvaient ainsi

¹⁴⁶ Crim., 2 septembre 2009, pourvoi n° 09-84.172, Bull.

¹⁴⁷ A noter aussi quelques décisions éparses de juges du fond ayant fait droit à des demandes de liberté fondées sur l'application de l'article 3 de la CEDH. Ainsi la cour d'appel de Montpellier dans une décision du 24 mai 2016 (citée dans l'arrêt JMB c France § 204) a refusé la prolongation d'une détention provisoire en raison des conditions de détention, de même qu'un juge de l'application des peines du tribunal de Bobigny dans

s'interpréter comme ouvrant la voie à une libération en matière de détention provisoire fondée sur l'indignité des conditions de détention appréciées in concreto, c'est à dire telles que subies par le prévenu et tenant compte de sa vulnérabilité propre.

D'une manière générale lorsque la compatibilité de l'état de santé d'un détenu avec les conditions de détention est en cause, qu'il soit condamné ou prévenu, la chambre criminelle, en application des dispositions sur la suspension de peines pour raisons médicales de l'article 720-1 du Code de procédure pénale, puis de celles de l'article 147-1 issues de la loi du 15 août 2014, a développé une jurisprudence qui impose aux juges du fond d'effectuer de manière concrète une vérification de l'adaptation réelle, dans un établissement pénitentiaire donné, des conditions de détention avec l'état de santé de la personne. On rappellera à cet égard qu'à défaut d'adaptation de ses conditions de détention et de soins adaptés, la Cour considère qu'une violation, de l'article 3 est susceptible d'être constituée ¹⁴⁸.

S'agissant de la détention provisoire, la chambre criminelle a ainsi jugé dans un arrêt du 7 février 2017¹⁴⁹ que *“justifie sa décision, au regard des articles de la Convention européenne des droits de l'homme et 147-1 du code de procédure pénale, une chambre de l'instruction qui, pour confirmer une ordonnance de rejet de mise en liberté d'une personne mise en examen, analyse, par des motifs dépourvus d'insuffisance comme de contradiction, les conclusions du rapport de l'expert désigné par le juge d'instruction, en vue de déterminer si son état de santé est compatible avec la détention et vérifie que l'intéressé fait l'objet, dans l'établissement pénitentiaire, de la prise en charge médicale et d'un régime d'hébergement et d'activité physique correspondant aux conditions déterminées par l'expert pour retenir cette compatibilité”* (sommaire de l'arrêt).

De même et s'agissant du placement en détention provisoire, elle a jugé dans un arrêt du 9 janvier 2018¹⁵⁰ de refus de transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité *“Qu'il appartient à l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, de n'ordonner le placement en détention provisoire d'une personne mise en examen que si cette mesure, d'une part, constitue l'unique moyen de parvenir à l'un ou plusieurs objectifs définis par l'article 144 du code de procédure pénale et que ceux-ci ne sauraient être atteints en cas de placement sous contrôle judiciaire ou d'assignation à résidence avec surveillance électronique, d'autre part, est compatible avec l'état de santé de l'intéressé, tel qu'il a pu être apprécié au cours de la garde à vue qui a éventuellement précédé le débat contradictoire sur le placement en détention provisoire et tel qu'il résulte plus généralement des éléments médicaux fournis ou de ceux recueillis à l'initiative de l'autorité judiciaire ;*

Qu'il incombe ensuite à cette dernière de veiller, notamment en faisant application des dispositions de l'article 147-1 du code de procédure pénale, à ce que la privation de liberté, durant laquelle la qualité et la continuité des soins sont garanties dans des conditions équivalentes à celles dont bénéficie l'ensemble de la population, soit mise en oeuvre dans le respect de la dignité de la personne et reste en toutes circonstances exempte de tout traitement

une décision du 26 mai 2011a placé un condamné en libération du fait de conditions de détention contraires à la dignité humaine (Cité par M. Herzog-Evans , AJP 2013, op.cit.)

¹⁴⁸ CEDH, 14 nov. 2002, Mouisel c/ France, CEDH 11 juill. 2006, Rivière c/ France, CEDH 24 oct. 2006, Vincent c/ France ; CEDH, 21 déc. 2010, Raffray, Taddei c/ France ; CEDH 19 févr. 2015, Helhal c/ France

¹⁴⁹ Crim., 7 février 2017, pourvoi no 16-86.877

¹⁵⁰ Crim., 9 janvier 2018, pourvoi n° 17-86.231

inhumain ou dégradant“ .

Dans ce sillage et au visa de l'article 3 de la Convention, la Cour pourrait énoncer qu'il appartient au juge des libertés et de la détention de vérifier que les conditions de détention sont exemptes de tout traitement inhumain ou dégradant. Lorsqu'il est constaté que le prévenu subit personnellement des conditions de détention constitutives de traitements inhumains et dégradants, cet élément pourrait être pris en compte pour statuer sur la détention provisoire. A l'instar de l'article 147-1 du Code de procédure pénale qui prévoit que, par exception, la mise en liberté n'est pas ordonnée s'il existe un risque grave de renouvellement de l'infraction en cas d'incompatibilité de la détention avec l'état de santé, le juge des libertés et de la détention pourrait mettre en balance l'atteinte au droit de ne pas subir de traitements inhumains et dégradants avec le droit à la sécurité et le principe de sauvegarde de l'ordre public. En cas de conditions de détention indignes, par exemple d'une certaine durée et sans perspective d'amélioration, ayant des conséquences d'une particulière gravité, susceptibles de mettre en danger la santé physique ou morale du prévenu, ces conditions de détention devraient être prises en compte pour apprécier, au regard de la gravité des faits et du risque de renouvellement de ceux-ci, si la détention est néanmoins indispensable.

Il est vrai que dans l'Arrêt Z... c. France, la Cour européenne commentant l'arrêt de la chambre criminelle du 29 février 2012 ¹⁵¹ relève *“À supposer même d'ailleurs que la cassation de la décision attaquée eut été décidée, comme préconisé par l'avocat général, l'affaire aurait été renvoyée devant une cour d'appel chargée de se prononcer sur la violation alléguée de l'article 3, et pas sur les seules dispositions relatives à la détention provisoire, ce qui aurait finalement abouti à un recours accessible mais non effectif en pratique, compte tenu de l'exigence de célérité précitée”* (§65). Cette réserve est me semble-t-il circonscrite à l'espèce. Si la chambre criminelle opérait un revirement de jurisprudence, la condition de célérité requise par la Cour pour faire cesser la violation de l'article 3 serait remplie puisqu'il appartiendrait alors, à l'avenir, au juge des libertés saisi d'une demande de mise en liberté, à laquelle il doit répondre dans des délais contraints, d'apprécier la réalité des conditions indignes et leurs conséquences sur la nécessité du maintien en détention provisoire.

Cette évolution permettrait d'aligner la prise en compte des conditions indignes de détention des prévenus sur celles des condamnés dont on a vu qu'elle était possible du fait des nouvelles dispositions de l'article 707 du Code de procédure pénale et antérieurement de la jurisprudence de la Cour de cassation¹⁵².

On peut aussi relever que la Cour de cassation belge, selon l'étude conduite par le SDER, semble s'orienter vers cette voie puisque dans un arrêt du 20 avril 2020, elle a jugé que s'il *“n'appartient pas à la juridiction qui doit statuer sur le maintien de la détention provisoire d'indiquer les mesures concrètes, pratiques et préventives prises pour protéger l'intégrité physique du requérant dans l'établissement où il est détenu”*, *“Toutefois, il appartient au tribunal d'examiner si la privation de liberté du requérant est conforme à l'article 3 de la CEDH à la lumière des informations spécifiques fournies par le requérant”*. En l'espèce, la Cour de cassation belge a confirmé la cour d'appel qui avait estimé notamment que le requérant ne démontrait pas qu'il appartiendrait à une catégorie de population vulnérable au regard de l'infection par coronavirus, ni, notamment, qu'il serait exposé à un risque grave pour sa santé, mais en imposant ce contrôle, il semble que la Cour belge envisage la possibilité d'une mise en balance entre les intérêts du requérant et ceux de la société, susceptible le cas échéant de

¹⁵¹ Op. cit. Note n° 130

¹⁵² Crim, 25 nov. 2009, n° 09-82.971

conduire à la remise en liberté.

4-4-3 Cette évolution de la jurisprudence paraît toutefois insuffisante au regard des enjeux de la question posée

Néanmoins, et même si vous deviez opérer un tel revirement de jurisprudence dans l'arrêt au fond concernant la présente affaire, il me semble que la saisine du Conseil constitutionnel demeurerait opportune.

Premièrement un recours à la loi présenterait plus de sécurité juridique qu'une évolution jurisprudentielle.

Le législateur pourrait en effet réaménager les critères de l'article 144 pour préciser lesquels seraient susceptibles, nonobstant le constat de conditions de détention indignes, de justifier, par exception, un maintien en détention provisoire. Il pourrait s'agir d'adopter un dispositif législatif similaire à ceux sur la libération et sur la suspension de peine pour raisons médicales, s'agissant des condamnés, qui permette la prise en compte des conditions indignes de détention. Une telle loi répondrait certainement mieux qu'une évolution de la jurisprudence à l'exigence posée par le Conseil constitutionnel selon laquelle le législateur, à qui il appartient *"de fixer les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux personnes détenues"*, doit *"assurer la conciliation entre, d'une part, l'exercice de ces droits et libertés que la Constitution garantit et, d'autre part, l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public (...)"*¹⁵³.

Deuxièmement, l'intervention du législateur paraît certainement souhaitable pour élargir l'objet du recours judiciaire de manière à la fois conforme à la Convention européenne et réaliste au regard des exigences de sécurité.

Il n'est, comme on a vu, pas certain qu'une simple faculté de libération soit suffisante pour garantir l'effectivité du droit à ne pas subir de traitements indignes. On rappellera à cet égard que le droit de ne pas subir de traitements inhumains et dégradants de l'article 3 est un droit absolu, comme l'ont rappelé tant la Cour de Strasbourg que celle de Luxembourg dans les jurisprudences analysées dans le présent avis. Cette question en tous cas paraît suffisamment sérieuse pour être soumise au Conseil constitutionnel.

Même en l'absence d'une obligation générale de libérer en cas de constat d'une violation de l'article 3, il paraît peut être nécessaire d'aménager d'autres alternatives que de mettre en liberté ou d'incarcérer en avalisant les traitements inhumains et dégradants, lorsqu'un prévenu, par exemple, d'une dangerosité particulière et mis en examen pour des faits criminels très graves est incarcéré dans un établissement surpeuplé. Le juge des libertés et de la détention, dont on a vu qu'il n'avait, en l'état du droit, pas plus que le juge d'instruction, les moyens d'exercer son contrôle des conditions de détention pourrait avoir un pouvoir de recommandation, voire d'injonction, à l'égard de l'administration pénitentiaire : de placer le prévenu en cellule individuelle, de le transférer dans un autre établissement moins affecté par la surpopulation carcérale s'il en existe un dans lequel il pourrait être détenu sans que ne soit portée une atteinte excessive à son droit au maintien des liens familiaux (ce qui n'est pas possible dans les territoires d'outre-mer confrontés au taux d'encombrement les plus élevés), de garantir des soins appropriés... Il appartiendrait ensuite à l'administration d'y répondre dans un délai déterminé par le juge, le cas échéant en ayant recours aux mécanismes de

¹⁵³ Cons. const. Déc. n° 2014-393 QPC du 25 avril 2014, § 6.

concertation avec les autorités judiciaires visant à faciliter les politiques d'application des peines permettant la mise en liberté anticipée des condamnés en fin de peine dans le cadre d'aménagements, lorsque la situation d'un établissement devient particulièrement critique. Ce n'est qu'à défaut de diligences suffisantes de l'administration que la libération du prévenu sur le seul motif d'une violation de l'article 3 pourrait s'envisager. On peut ajouter que ce pouvoir de recommandations permettrait au juge de rendre plus effective l'exigence posée par la chambre criminelle en matière de vérification de la compatibilité in concreto des conditions de détention avec l'état de santé de la personne détenue puisqu'il pourrait obtenir de l'administration la mise en oeuvre des recommandations de l'expert qu'il a pu saisir (en terme d'hébergement ou d'accès aux soins et activités physiques par exemple).

A titre de comparaison, on peut rappeler que le juge de l'application des peines italien peut, comme on a vu, donner, y compris pour les prévenus, des injonctions à l'administration pénitentiaire. De même en Allemagne, la "chambre criminelle responsable de l'exécution" est-elle compétente pour contrôler les conditions d'incarcération et adresser des injonctions aux autorités pénitentiaires. En matière de détention provisoire, cette compétence revient au juge d'instruction et au juge pénal ordinaire.

Une telle évolution du droit français paraîtrait répondre à l'esprit de la jurisprudence de la Cour européenne selon laquelle le juge qui prononce une sanction ne peut se désintéresser des modalités de son exécution. Dans son arrêt du 10 juillet 2001¹⁵⁴, par exemple la Cour a fait grief au juge qui a prononcé la sanction de n'avoir pris aucune mesure pour s'assurer que la requérante serait détenue dans des conditions conformes à son handicap physique.

Troisièmement, une intervention du législateur, tel qu'elle pourrait intervenir à la suite de la saisine du Conseil constitutionnel, paraît davantage conforme à "*l'approche globale intégrée*" imposée par la jurisprudence européenne.

En effet, l'amélioration par une réforme législative du recours judiciaire n'est pas exclusive d'une amélioration du recours administratif.

Il pourrait à cet égard être envisagé la création d'un référé spécifique en matière de lieux de privation de liberté. Le juge de ce recours ad hoc, s'il intervenait en urgence tout en étant doté de pouvoirs similaires au juge de l'excès de pouvoir, pourrait certainement ordonner des mesures structurelles sans être limité par l'office du juge des référés, cantonné aux mesures susceptibles d'être rapidement mises en oeuvre. Ce recours viendrait compléter utilement le recours judiciaire rénové. En effet le juge judiciaire pénal est saisi de recours individuels et non collectifs et il doit nécessairement apprécier les conditions de détention in concreto et leurs effets sur la personne détenue en prenant en compte sa situation personnelle, et sa "*capacité à subir la détention*"¹⁵⁵. Il ne semble pas pouvoir traiter des demandes massives de prévenus détenus dans un établissement stigmatisé par exemple par le CGLPL pour ses conditions de détention indignes. Or la Cour européenne exige que le redressement de la situation au regard de l'article 3 puisse consister en une mesure individuelle, qui affecte seulement le requérant¹⁵⁶ ou consister en des mesures capables de résoudre des situations de violation massives et concurrentes des droits des personnes incarcérées, résultat des conditions inadéquates dans

¹⁵⁴ Cour EDH, 10 juillet 2001, PRICE c. Royaume-Uni

¹⁵⁵ Notion souvent utilisé par la Cour européenne. Par exemple "*La capacité à subir une détention est la condition pour que l'exécution de la peine puisse être poursuivie*" CEDH 19 févr. 2015, req. no 10401/12, Helhal c/France

¹⁵⁶ Cour EDH, 27 janvier 2015, Neshkov et autres c. Bulgarie, nos 36925/10 et al., § 189.

un centre de détention donné¹⁵⁷. Le juge administratif qui admet les recours des associations en référé liberté et peut ordonner des mesures structurelles pourrait mieux répondre à cette seconde exigence de la Cour européenne.

L'articulation entre l'intervention du juge administratif et celle du juge judiciaire mériterait toutefois d'être mieux définie, surtout si l'office de l'un et de l'autre est élargi.

Cette meilleure combinaison des interventions pourrait réduire les difficultés inhérentes au dualisme juridictionnel en la matière, susceptible de contribuer, en l'état du droit, au manque d'effectivité de chacun des deux recours puisque le juge administratif peut ordonner les mesures pour améliorer les conditions de détention sans avoir la maîtrise de l'écrou et que le juge judiciaire peut libérer la personne détenue mais ne peut donner d'injonctions à l'administration.

Comme l'analyse justement Alexandre Tremolier¹⁵⁸, en préconisant un "*nécessaire dépassement du dualisme juridictionnel face aux réalités et aux enjeux de la détention*", "*cette séparation du contentieux de la détention en deux ensembles imperméables conduit deux juges distincts à porter un regard séparé sur certains aspects de la détention, chacun appréciant indépendamment les problématiques liées à la détention, dans le cadre limité de son intervention : l'appréciation de la peine, de sa nature, ses limites et ses modalités d'exécution en ce qui concerne le juge judiciaire, la conformité de l'action de l'administration pénitentiaire au regard des règles conventionnelles, législatives et réglementaires s'agissant du juge administratif.*

La prise en compte des conditions de détention n'entrant guère en ligne de compte pour le prononcé des peines ou dans les décisions que peuvent prendre les juges de l'application des peines, et aucunement s'agissant des juges des libertés et de la détention, le juge judiciaire est, de manière générale, dépourvu de moyen d'action à l'égard de situations dont il estimerait qu'elles sont susceptibles de porter atteinte à la dignité humaine. À l'inverse, le juge administratif, qui n'a pas la connaissance personnelle de la personne incarcérée, faute d'un accès au dossier pénal et d'audition de l'intéressé, et appréhende la réalité du milieu carcéral à la seule lumière des écrits des parties, ne dispose pas d'une visibilité réelle sur les enjeux propres à chaque affaire, qu'il s'agisse de la portée que revêt la punition pour le requérant, les modalités de son amendement ou les perspectives de sa réinsertion."

A supposer que le dualisme juridictionnel constitue un obstacle indépassable, d'autres voies sont peut être à rechercher comme celle de la création d'un recours d'abord non juridictionnel devant une instance chargée de la régulation carcérale et à même de trouver des solutions concertées avec les différents acteurs.

Sans qu'il soit besoin d'aller plus avant dans l'esquisse de pistes de réforme, on mesure ici la complexité de la question de la mise en place d'un recours préventif effectif, qui ne saurait être résolue dans l'ensemble de ces enjeux par un revirement de jurisprudence de la Cour de cassation, comme envisagé ci-dessus, et relève bien d'un examen par le Conseil constitutionnel.

En conclusion, au vu de la surpopulation carcérale française systémique, génératrice potentiellement de traitements inhumains et dégradants en prison, et en l'absence, comme il

¹⁵⁷ Idem

¹⁵⁸ "*La prison et ses juges : la détention à l'épreuve du dualisme juridictionnel*", RFDA 2017 p.731

a été vu, de véritables perspectives de réformes structurelles, nonobstant l'amélioration actuelle liée à la crise sanitaire qui paraît conjoncturelle, il y a bien une insuffisance de garanties légales contre les atteintes au principe à valeur constitutionnelle de sauvegarde de la dignité de la personne détenue.

Ainsi, sans nier les difficultés inhérentes à la résolution en droit de la question, force est de constater qu'elle est éminemment sérieuse et que sa transmission au Conseil constitutionnel s'impose.

Conclusion

Avis de transmission au Conseil constitutionnel