

## Juge administratif, sécurité et prison

Florence NICOUD,  
Maître de conférences HDR de droit public,  
Faculté de Droit et Science Politique de Nice,  
CERDACFF-UPR 7267

Lieu de prédilection de l'impératif sécuritaire et disciplinaire, il semble opportun de s'interroger sur le point de savoir comment le juge administratif connaît des prisons, services publics régaliens particulièrement contraints et par quel moyen il y a fait évoluer les situations, c'est-à-dire le droit des détenus. Car il convient de rappeler que l'étude du contentieux et de l'office du juge sont très souvent révélateurs d'une matière et de ses évolutions. Le doyen Hauriou dans son précis de 1933 le rappelait : "*c'est grâce au contentieux et aux recours contentieux que le droit administratif s'est constitué*"<sup>1</sup>. A bien y regarder les textes et notamment l'art. 22 de la loi pénitentiaire du 24 nov. 2009<sup>2</sup>, le diptyque entre sécurité et liberté toujours présent y est parfaitement résumé. En effet, la plupart des droits des détenus au sein de la prison et donc leur effectivité (qu'il s'agisse par exemple de la liberté d'opinion, d'exercice du culte ou encore du maintien des relations avec leur famille), ne peuvent être garantis que sous la réserve explicite du maintien du bon ordre et de la sécurité des établissements pénitentiaires. Cela va de soi. Il convient également de rappeler que les agents mobilisés pour exercer ces fonctions constituent à n'en plus douter une force de sécurité intérieure<sup>3</sup>, la doctrine y a largement fait écho en son temps et le législateur l'a confirmé dans sa dernière ordonnance du 30 mars 2022 ayant créé l'art. L. 113-4 du Code Pénitentiaire selon lequel : « *Les personnels de surveillance de l'administration pénitentiaire constituent, sous l'autorité des personnels de direction, l'une des forces dont dispose l'Etat pour assurer la sécurité intérieure* ». La pénologie, par l'intermédiaire du Code pénal<sup>4</sup> nous le rappelle également, cette dernière ayant pour fonction de garantir la protection de la société, de prévenir la commission de nouvelles infractions et de restaurer l'équilibre social, dans le respect des intérêts de la victime. Aussi, le contrôle du juge sur les mesures prises à l'égard des détenus peut constituer un véritable enjeu de sécurité pour la société mais aussi enjeu de libertés pour ces usagers particuliers. Il en ressort une difficulté majeure et connue entre assurer la sécurité au sein de la prison, celle des agents comme celle des détenus et protéger leur droits fondamentaux.

---

<sup>1</sup> M. Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, 12<sup>e</sup> éd., Sirey, 1933 ; rééd. Dalloz, 2002, p. 394.

<sup>2</sup> Loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009, JO n° 0273 du 25 nov.

<sup>3</sup> F. Dieu, « l'administration pénitentiaire : une force de sécurité intérieure », in *Le droit de la sécurité et de la défense* en 2013, sous la dir. de C. Vallar et X. Latour, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2014, pp. 199.

<sup>4</sup> Art. 130-1 Code Pénal.

Comme l'œil de la caméra sous forme d'un panoptique technologique s'y est attelé en s'insérant dans ce lieu redoutable de privation de libertés depuis 2000<sup>5</sup>, c'est depuis la fin du siècle dernier que l'œil du juge s'y était invité à la faveur de différentes raisons à chercher tant du côté du droit interne (croissance de l'office du juge administratif à partir des années 80 ) que du droit international avec les art. 6 et 13 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme concourant à la mise en place progressive d'un droit au recours pour tout justiciable, y compris pour le détenu. Ainsi, de la fin de la jurisprudence Caillol<sup>6</sup> dans laquelle le juge du Conseil d'Etat considère le placement en quartier de plus haute sécurité comme mesure d'ordre intérieure (MOI) insusceptible de faire l'objet d'un recours en excès de pouvoir à la jurisprudence Marie<sup>7</sup> sonnante le glas des MOI en milieu carcéral, c'est du détenu et de la protection de ses droits dont il est désormais question. Ce contrôle et cette évolution des libertés face à la sécurité ont pu également prendre la forme d'un contrôle administratif par l'action de deux autorités administratives indépendantes telles que celle fondamentale du contrôleur général des lieux de privation de libertés à partir de 2007<sup>8</sup> et du défenseur des droits<sup>9</sup>.

-Ainsi, face à un domaine de prédilection de la sécurité, de la discipline, de l'autorité et de la contrainte d'une Administration de type Napoléonienne, jusqu'au milieu des années 80, le juge adm a donc été réticent à pénétrer intellectuellement dans les prisons. Pour ainsi dire et pendant longtemps, seule la perspective sécuritaire prévalait et dominait le milieu carcéral peu ouvert au juge et donc au contentieux. Il en ressortait un détenu quelque peu diminué du point de vue du droit à la dignité, les MOI bénéficiant d'une certaine forme d'immunité juridictionnelle. Des années 90 à aujourd'hui on assiste donc à une formidable judiciarisation de la société en général et des mesures carcérales en particulier à la faveur du juge administratif ayant directement pris part à l'évolution du droit pénitentiaire vers la valorisation croissante du droit au recours. A partir de ce moment c'est à une véritable doctrine du droit pénitentiaire à laquelle le juge administratif prend une part imminente en réduisant les risques d'atteinte aux droits fondamentaux des détenus. Aussi à la faveur de ce nouvel office du juge garant du juste équilibre« entre *la protection contentieuse des personnes détenues et les contraintes de l'administration pénitentiaire* »<sup>10</sup>, les droits du

---

<sup>5</sup> V. sur ce point notre article, F. Nicoud, « Technologies numériques et service public pénitentiaire », in *Annuaire du Droit de la Sécurité et de la Défense, Mare et Martin 2023*, pp. 91-101.

<sup>6</sup> CE, 27 fév. 1984, *Caillol*, Rec. p. 82.

<sup>7</sup> CE, 17 fév. 1995, *Marie*, Rec. p. 85.

<sup>8</sup> Loi n° 2007-1545 du 30 octobre 2007 instituant un Contrôleur général des lieux de privation de liberté, JO n° 253 du 31 oct.

<sup>9</sup> Créée par la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, JO n° 0075 du 30 mars 2011, sur ce thème v ; aussi F. Nicoud, « Le défenseur des droits et la sécurité » in *Annuaire du Droit de la Sécurité et de la Défense, Mare et Martin 2021*, pp. 61-70/

<sup>10</sup> J. Chmitz, « Le juge administratif et les régimes de détention différenciés : entre ouverture du prétoire et limites du contrôle », *RFDA 2013*, p. 817.

justiciable en prison sont augmentés par deux biais efficaces afin de les sortir de cette vulnérabilité inhérente à leur situation.

D'une part au moyen du recours en excès de pouvoir dans lequel le contentieux nourri de la légalité s'est largement ouvert au prétoire contre les décisions de l'administration pénitentiaire, d'autre part celui de la responsabilité administrative de l'Etat ne cessant d'être sollicitée en vue d'une meilleure protection des victimes.

## **I. La situation du détenu augmenté par la biais du REP**

Les droits des détenus se renforcent par l'effet conjugué d'une double action : La fin quasi inéluctable des MOI par le double effet de l'extension du domaine du contrôle du juge tant au fond qu'en référé, puis par l'approfondissement progressif du degré de son contrôle.

### **A. les MOI de véritables peau de chagrin ou l'extension du domaine du contrôle des mesures carcérales**

#### **Au fond**

Il convient de rappeler tout d'abord que le contentieux lié au service public pénitentiaire connaît une dichotomie c'est-à-dire qu'il est divisé entre les deux ordres de juridictions. A travers cette division et depuis la jurisprudence de principe du Tribunal des conflits de 1952<sup>11</sup> le juge administratif peut connaître des mesures relatives au fonctionnement même de ce service public mais non des mesures relatives à la conduite de la procédure judiciaire ou aux peines infligées. C'est donc le domaine des MOI signe de la discipline inhérente au service pénitentiaire, qui va permettre au juge de pousser la porte de la prison pour mieux y encadrer et contrôler ce qui s'applique à l'égard des détenus. Ce besoin s'est d'ailleurs exprimé bien avant la jurisprudence de principe Marie puisque dès les années 1980, le juge va connaître par la voie du REP de la légalité du refus de respecter le secret des correspondances entre un détenu et son avocat<sup>12</sup>. Ce 1<sup>er</sup> infléchissement va se confirmer avec la jurisprudence de principe Marie<sup>13</sup> revenant sur l'idée selon laquelle les décisions prises à l'égard des détenus en matière disciplinaire n'avaient pour la plupart qu'un faible impact sur le détenu (on se souvient de l'adage) *de minimis non curat praetor*. Il était alors temps que la jurisprudence évolue avec l'arrêt Marie puisque la mesure faite en réalité on ne peut plus grief à l'administré (à propos d'une sanction de mise en cellule de punition). La haute juridiction a alors décidé que, pour déterminer si une décision pouvait ou non faire l'objet d'un recours, le juge devait prendre en compte sa nature et sa gravité, notamment eu égard à ses incidences concrètes sur

<sup>11</sup> TC, 27 novembre 1952, *Préfet de la Guyane*, req n° 01420.

<sup>12</sup> CE, 12 mars 1980, *Centre hospitalier spécialisé de Sarreguemines*, n° 12572, Rec

<sup>13</sup> *Op. cit.*, note n°7 décision d'ailleurs déjà préparée dans un autre type de service public contraint que sont les collèges avec la décision CE, 2 nov. 1992, *Kherouaa*, Rec. p. 389 jugeant de la possibilité entre autres pour le juge administratif de ne plus considérer les règlements intérieurs des établissements scolaires comme des MOI et de connaître ainsi de leur légalité.

la situation du détenu<sup>14</sup>. Il développe donc un contrôle in *concreto* très pragmatique en se demandant pour chacune des décisions, de l'incidence sur la situation non pas seulement juridique, mais également matérielle du détenu. Puis le juge va affiner son raisonnement en adoptant ensuite sans abandonner les autres critères un raisonnement par catégorie de décisions. Il s'en suivra un véritable engouement que l'on connaît en termes de contestation de la légalité des sanctions disciplinaires puisqu'à partir de 2007 un grand nombre de sanctions vont quitter le champ des MOI et entrer dans le contrôle de la légalité que ce soit par exemple de toutes les sanctions disciplinaires, y compris l'avertissement<sup>15</sup>, de la mise à l'isolement d'un détenu contre son gré<sup>16</sup>, d'un transfert aboutissant à une aggravation des conditions de détention<sup>17</sup>. Nous sommes alors entre 1995 et 2007 et la liste des mesures d'ordre intérieur dans ce domaine se réduit comme « *peau de chagrin* » depuis les fameuses décisions *Marie Remli* et *Boussouard*. Cet enthousiasme certain à l'ouverture du prétoire est d'autant plus renforcé que cette classification entre ce qui relève encore d'une MOI et ce qui ne l'est plus n'est toutefois pas rigide. C'est ainsi qu'une décision relevant en principe de la catégorie des mesures d'ordre intérieur pourra malgré tout être contestée devant le juge administratif dans le cas particulier où les libertés ou droits fondamentaux de la personne détenue seraient en cause. Le Conseil d'État a ainsi admis la recevabilité d'un recours dirigé contre une décision de changement d'affectation entre établissements pénitentiaires de même nature dès lors que cette dernière, qui conduisait à éloigner considérablement la personne détenue de sa famille, rendait plus difficile l'exercice par ce dernier de son droit fondamental à conserver une vie familiale en détention<sup>18</sup>.

#### L'urgence, maître d'œuvre de l'approfondissement du contrôle du juge

La technique des référés largement utilisée en milieu carcéral aura aussi permis de renforcer la légalité des mesures qui s'y appliquent. Ainsi, c'est par le biais du référé liberté de l'art. L. 521-2 du Code de Justice Administrative que bon nombre de sanctions disciplinaires sont connues par le juge administratif et dont les effets attentatoires en termes de libertés individuelles peuvent être suspendus par lui. Ou encore par l'utilisation du référé mesures utiles, le contentieux traité par la juridiction administrative aura permis d'assurer la confidentialité des conversations téléphoniques des détenus<sup>19</sup>. C'est encore par le biais du

référé liberté que le juge a suspendu en urgence l'exécution d'un certain nombre de régimes de fouilles des détenus jugées attentatoires à leur dignité (au sujet par exemple des mesures

<sup>14</sup>CE, 17 février 1995, *M. Pascal M.*, req n° 97754.

<sup>15</sup> CE, 21 mai 2014, *Garde des Sceaux, ministre de la justice c/ M<sup>me</sup> C.*, Rec. p. 139.

<sup>16</sup> CE, 30 juill. 2003, *Remli*, req n° 252712.

<sup>17</sup> CE, ass., 14 déc. 2007, *Boussouard*, Rec. p. 476.

<sup>18</sup> CE, 27 mai 2009, *M. Khaled Mustapha M.*, req n° 322148.

<sup>19</sup> CE, 23juill. 2014, req n°379875.

prises dans la maison d'arrêt de Fleury-Mérogis)<sup>20</sup> et qu'il aura permis à un détenu particulièrement dangereux (auteur des attentats de Paris et de Seine Saint Denis en 2015) de contester la décision de placement de sa cellule sous vidéosurveillance<sup>21</sup>. Le consensus est doctrinalement établi que dans ce domaine, le juge est devenu « *un quasi-administrateur pénitentiaire, [...] en mesure de sauvegarder la dignité de la personne détenue* »<sup>22</sup>. Plus remarquable encore, dans une affaire de 2022<sup>23</sup>, le juge du Conseil d'Etat tout en maintenant les mesures de différenciation prise à l'égard d'un détenu particulièrement signalé, dans le champ du contrôle restreint de l'erreur manifeste d'appréciation, semble effectuer au cas d'espèce un contrôle très pragmatique pour rejeter le référé liberté et confirmer la mesure de renouvellement d'isolement administratif. En effet, Le juge de la haute juridiction effectue une pesée des conséquences de la mesure en termes de droits et de situation du justiciable se rapprochant étrangement du contrôle de proportionnalité.

Parallèlement à cette augmentation du nombre de décisions concernant le statut du détenu et pouvant être connue du juge administratif tant au fond qu'en référé, ce dernier a aussi choisi d'approfondir son degré de contrôle contentieux sur les mesures en cause.

#### B. L'approfondissement du degré du contrôle du juge administratif en la matière

On sait depuis l'intervention du juge dans le domaine du REP que plus la liberté est importante plus le contrôle du juge appelle l'approfondissement. C'est ce que traduisent tout d'abord des décisions rendues dans le cadre de services publics contraints tels que les écoles<sup>24</sup>, les casernes<sup>25</sup>, inspirant ensuite au juge d'étendre ce plein contrôle de proportionnalité au cadre des prisons. C'est ce qu'il fit dès les années 2000 en l'appliquant à un certain nombre de mesures de police pénitentiaires prévues au code de procédure pénale telles que les fouilles<sup>26</sup> ou encore les mesures de refus, suspension ou retrait de permis de visite<sup>27</sup>, en raison des conséquences potentiellement importantes de ces mesures sur les libertés individuelles. Puis ce qui ne concernait qu'un domaine réduit sera ensuite élargi à l'ensemble des sanctions disciplinaires de type individuelle (telles que les sanctions de mis en cellule disciplinaire) par

<sup>20</sup> CE, 6 juin 2013, *Section française de l'OIP*, req n° 368816, Rec. p. 767.

<sup>21</sup> CE, rejet, 28 juill. 2016, req n° 401800

<sup>22</sup> A. Jacquemin, « La dignité de la personne détenue », *RFDA* 2015, p. 1087.

<sup>23</sup> CE, 2 nov. 2022, req n°467601.

<sup>24</sup> CE, *Khérouaa op.cit.*, note n° 12.

<sup>25</sup> CE, *Marie, op. cit.*, note n° 7.

<sup>26</sup> CE, 14 nov. 2008, *El Shennawy*, Rec. p. 417.

<sup>27</sup> CE, 20 févr. 2013, *Théron*, Lebon T. p. 598, 682, 790, 813, 823.

un arrêt remarqué de 2015<sup>28</sup>. On passe d'un contrôle minimum de l'erreur manifeste au contrôle entier : « *il faut rechercher si les faits reprochés à un détenu ayant fait l'objet d'une sanction disciplinaire constituent des fautes de nature à justifier une sanction et si la sanction retenue est proportionnée à la gravité de ces fautes* ». Le juge refait en quelque sorte le travail de l'administration pénitentiaire se transformant en une sorte de véritable juge administrateur auxiliaire du service public pénitentiaire. Dans le même temps c'est au tour des mesures réglementaires fondant une décision disciplinaire de faire l'objet d'un contrôle de proportionnalité par le juge de la haute juridiction administrative dans une affaire de juin 2015<sup>29</sup> dans laquelle le détenu placé en cellule disciplinaire contestait le fondement réglementaire de la sanction individuelle issue des art. R. 57-7-39 et R. 57-7-44 du CPP, dispositif permettant de refuser au détenu pendant une période de 7 à 30 jours tout accès aux activités. A cette occasion le juge effectue un contrôle de proportionnalité des conséquences de ces mesures sur la vie et le statut du détenu, rejetant ainsi au moyen d'un contrôle approfondi le recours du requérant estimant que ce dernier n'était donc pas « *fondé à soutenir que ces dispositions auraient institué des sanctions excédant ce qui est strictement nécessaire* ». Aussi, désormais qu'il s'agisse des actes réglementaires servant de soubassement à une décision individuelle ou l'acte individuel en lui-même, le juge administratif est regardant sur la stricte proportionnalité des mesures en cause. En écho de la jurisprudence relative à l'évolution du REP en matière pénitentiaire et fournissant les clés d'une évolution protectrice des libertés fondamentales du détenu, le juge du plein contentieux a également pris sa part dans cette évolution dans le cadre des dommages subis dans le cadre du fonctionnement du service public pénitentiaire.

## **II Un détenu augmenté par l'effet du plein contentieux**

Lieu fermé et particulièrement violent, l'univers carcéral se compte aussi par le nombre de victimes de détresse psychologique mettant fin prématurément à leur jour. Aussi, il est rapporté qu'« *un détenu se suicide en prison tous les trois ou quatre jours* »<sup>30</sup>. Le risque suicidaire en lieux privatif de libertés étant très prégnant, le juge administratif y a donc également recherché par deux biais la meilleure protection et indemnisation de la victime. Ainsi, la situation des victimes et de leurs familles sera améliorée par le passage d'un régime de faute lourde à faute simple et par l'approfondissement du contrôle sur la notion de faute elle-même.

### **A. Le passage inéluctable d'un régime de faute lourde à un régime de faute simple**

---

<sup>28</sup> CE, 1<sup>er</sup> juin 2015, *M. B.* req n° 380449 revenant sur CAA Nancy, 13 fév. 2014, req n° 13NC01290 retenant jusque-là pour ce type de sanction disciplinaire le seul contrôle restreint de l'erreur manifeste d'appréciation.

<sup>29</sup> CE, 26 juin 2015, req n° 375133.

<sup>30</sup> *M. Hajdenberg, D. Huet, Suicide en prison, l'hécatombe et le silence : Mediapart, 2017, [www.mediapart.fr/studio/panoramique/suicides-en-prison-l-hecatombe-et-le-silence](http://www.mediapart.fr/studio/panoramique/suicides-en-prison-l-hecatombe-et-le-silence).*

Le juge ne s'est pas seulement contenté d'ouvrir la porte du REP aux milieu carcéral il a aussi dès les années 2000 participé au mouvement d'évolution du droit de la responsabilité et notamment en faisant passer la responsabilité administrative de l'Etat et donc de la direction de la prison d'une responsabilité pour faute lourde<sup>31</sup> à celle de la faute simple simplifiant sans doute le nécessaire besoin d'indemnisation et de reconnaissance des victimes de décès violents. A la faveur de l'arrêt Chabba de 2003<sup>32</sup> (pour un détenu victime d'un suicide) une faute simple est simplement à démontrer par la victime ou ses ayants-droits ceci faisant évoluer le droit de la responsabilité administrative dans ce domaine comme dans celui de la responsabilité générale vers une forme de subjectivisation sans pour autant ici retenir un régime de responsabilité sans faute ou pour risque. Dans le sillage de l'arrêt Chabba l'indemnisation est possible à l'égard tant de l'atteinte à la personne qu'aux biens et comprend tant la réparation du préjudice matériel que moral de l'ensemble des victimes. C'est une jurisprudence de 2008<sup>33</sup> qui généralisera l'exigence de la faute simple en matière d'engagement de la responsabilité de l'Etat en cas de dommage subi par un détenu dans le cadre de son incarcération ( ici détenu victime d'un décès accidentel causé par un autre détenu). Il restait alors au juge administratif à travailler sur le concept de faute dans le régime du plein contentieux afin de davantage atteindre cet objectif de meilleure indemnisation des victimes, notamment lorsqu'il s'agit de victimes issues du monde clos et violent de la prison.

## B. Le juge administratif, architecte de la notion de faute

Les récentes jurisprudences à partir de 2017<sup>34</sup> dessinent d'ailleurs de façon très pédagogique le contour de la notion de faute. Car jusque-là et très souvent le juge administratif indiquait que l'Etat peut engager sa responsabilité du fait des agissements fautifs préjudiciables imputables à l'administration pénitentiaire, sans aucunement toutefois expliciter la méthode générale permettant de retenir ou non la faute de cette dernière.

Depuis l'arrêt 2017, à propos d'un détenu on a un approfondissement du contrôle et donc de la méthode allant toujours dans un sens *in concreto*. Ainsi, par un considérant très pédagogique, le juge recherche si l'administration pénitentiaire a correctement effectué son devoir de vigilance à l'égard du détenu afin de prévenir le risque de suicide. Il s'agit par une analyse circonspecte des faits de savoir si le service s'est occupé de la santé du détenu, en recherchant par exemple ses antécédents, et en vérifiant s'il suivait son traitement. Au total et de façon concrète, le juge administratif prend désormais l'habitude de vérifier si

---

<sup>31</sup> CE, 3 oct. 1958, *Rakotoarinovy*, Rec. p. 470.

<sup>32</sup> CE, 23 mai 2003, *Mme Chabba*, Rec. p. 240.

<sup>33</sup> CE, 17 déc. 2008, *Garde des sceaux c/ Mme Zaouiya*, Rec. p. 465.

<sup>34</sup> CE, 28 déc. 2017, req n° 400560 : JurisData n° 2017-026466



l'administration pénitentiaire a eu une attitude de prudence à l'égard de la victime. Ainsi, dans le considérant de l'arrêt de 2017 inaugurant ce contrôle approfondi de la potentielle faute commise par l'administration, le juge ne retient en l'espèce aucune faute car il « *apparaît ainsi que non seulement rien ne laissait présager le passage à l'acte mais que tout avait été mis en oeuvre par l'administration pénitentiaire pour surveiller attentivement et périodiquement le détenu* ».

D'un autre côté, pendant cette période des années 2000, le législateur semble être aussi vouloir aller plus loin que le juge puisqu'il a également consacré une hypothèse de responsabilité sans faute de l'administration pénitentiaire, sur le fondement du risque carcéral, en cas de décès d'un détenu résultant de violences exercées par un autre détenu. La loi pénitentiaire de 2009<sup>35</sup> prévoit en effet dans son article 44 que « *même en l'absence de faute, l'Etat est tenu de réparer le dommage résultant du décès d'une personne détenue causé par des violences commises au sein d'un établissement pénitentiaire par une autre personne détenue* ». La loi consacre ainsi une obligation de résultat de l'administration pénitentiaire en termes de sécurité des détenus contre les violences exercées par des codétenus. Ce type de régime de responsabilité sans faute pour risque existe déjà du point de vue du mineur délinquant causant un dommage du fait des méthodes éducatives libres<sup>36</sup> ou encore pour les détenus bénéficiaires d'une permission de sortie<sup>37</sup> mais se voit ici élargi au domaine du service public pénitentiaire.

Au final, on est en mesure d'affirmer que le droit du risque gagne aussi du terrain dans les lieux privatifs de liberté, ceci ne pouvant qu'être que bénéfique pour les droits des détenus déjà augmentés. Néanmoins une limite importante est à noter en ce que l'art. 6 CEDH n'étant pas applicable à la procédure disciplinaire pénitentiaire, certaines mesures restent attentatoires et ne sont connues que par voie du REP alors que si elles étaient connues par le plein contentieux elles pourraient non seulement être annulées, réformées et le juge pourrait moduler la sanction comme cela se fait dans d'autres types de contentieux exemplaires tel que celui du droit de l'urbanisme (au moyen notamment du développement des permis de construire de régularisation ou modificatif). Ne convient-il pas de dépasser cette dichotomie et

faire basculer dans le plein contentieux objectif un certain nombre de mesures pour lesquelles l'habit du REP demeure un costume un peu étriqué car au fond il s'agit selon le juge du Conseil d'Etat de mesures de police administratives prises dans le cadre du pouvoir de police du directeur d'établissement pénitentiaire<sup>38</sup>.

---

<sup>35</sup> Loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire, JO n° 0273 du 25.

<sup>36</sup> CE, 1956 Thouzellier, Rec. p. 49.

<sup>37</sup> CE, 2 déc 1981, *Theys*, Rec. p. 456.

<sup>38</sup> CE, 15 déc 2017, req n° 400822, sur cette nouvelle catégorie de mesures de police v. S. Niquiège, « Le pouvoir de police du directeur d'établissement pénitentiaire », RFDA 2019, p. 749-759.



Si depuis bientôt 30 ans le juge se met à la place de l'administration notamment pénitentiaire pour juger de la proportionnalité des mesures, ceci peut avoir un double effet pour le service public en cause déjà remarquable par sa déliquescence matérielle et humaine et son manque flagrant d'effectif d'encadrement et de surveillance : soit dans une vision optimiste penser que

l'administration pénitentiaire fera preuve d'une très grande conscience professionnelle pesant avec circonspection toute sanction avant de l'infliger (et c'est ce qu'elle fait déjà) soit elle peut être tentée par l'inaction afin de ne pas voir ses mesures propres et nécessaires à la vie de la prison être déjugées et souvent remises en cause. Cette épée de Damoclès ne serait-elle pas la même dont parlait d'ailleurs le commissaire du gouvernement Rivet sous l'arrêt clef à propos du poids du contrôle et de ses conséquences sur l'action des forces de l'ordre et des mesures de police <sup>39</sup>, « *pour s'acquitter de la lourde tâche de maintenir l'ordre dans la rue, les forces de police ne doivent pas voir leur action énervée par des menaces permanentes de complications contentieuses* ». Ce qui valait en termes de sécurité à l'extérieur sur la voie

publique ne vaut-il pas mieux encore à l'intérieur dans des lieux privatifs de libertés ? La balance du juge doit trouver un juste milieu.

---

<sup>39</sup> CE, 13 mars 1925, *Sieur Clé/Ville de Paris*, RDP 1925, 274.