

Droit de visite en prison et MOI (CAA Bordeaux, 6/07/2007, Mr. F)

Sommaire

- [Début](#)
- [II - L'encadrement du droit de visite](#)

Avant d'analyser la légalité d'un acte, le juge doit vérifier que la requête est bien recevable. Au titre des conditions de recevabilité, figure, au premier chef, la règle de la décision préalable. Cette dernière impose que le recours soit dirigé contre une décision. Ainsi, les circulaires et de directives ne peuvent pas faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir, car il ne s'agit pas de décisions. En revanche, les mesures d'ordre intérieur (MOI) sont de véritables décisions, mais de trop faible importance pour donner lieu à un recours. Cette dernière catégorie de mesures a, cependant, fait l'objet d'une appréciation restrictive de la part du Conseil d'Etat. La présente décision en est une des applications.

Mr. F. est détenue à la maison d'arrêt de Seysses. Le 21 janvier 2004, le directeur de cette maison d'arrêt lui impose de n'accéder au parloir qu'avec un dispositif de séparation, ce qui le prive de tout contact charnel avec sa famille. Mr. F. saisit, alors, le tribunal administratif de Toulouse pour qu'il censure cette décision. Malheureusement, cette juridiction rejette le recours au motif qu'il s'agit d'une mesure d'ordre intérieur. L'intéressé fait donc appel de ce jugement devant la cour administrative d'appel de Bordeaux qui, le 6 juillet 2007, fait droit à sa demande.

Pour la cour, la mesure ayant des effets notables sur les conditions de détention du détenu, elle fait grief. Cette décision poursuit le mouvement de rétrécissement de la catégorie des MOI amorcé avec l'arrêt Marie. En effet, le milieu pénitentiaire était l'un des trois terrains d'élection des MOI. C'est à partir de 1995 que le juge a déqualifié les punitions prises dans ce domaine et a reconnu qu'elles faisaient grief. Ces différentes prises de position n'ont été possibles que par un examen plus attentif des effets concrets des mesures. Ainsi, en l'espèce, même si le détenu n'est pas privé de droit de visite, la mesure emporte une altération notable sur les conditions de ces visites, et donc des rapports avec les membres de sa famille. La mesure fait donc grief, elle n'est pas une MOI. S'agissant, enfin,

de la légalité, le seul moyen soulevé par le requérant concerne la motivation de la décision du directeur de la maison d'arrêt. Ce moyen fait l'objet d'une appréciation favorable de la part de la cour d'appel.

Cette nouvelle méthode du juge administratif n'était, cependant, pas exempte de critiques. Il demeurerait, ainsi, difficile, de prévoir à l'avance la justiciabilité d'une mesure. Ces difficultés ont été levées par le Conseil d'Etat en 2007.

Il convient donc d'étudier, dans une première partie, la nouvelle approche de la notion de mesure d'ordre intérieur (I), et d'analyser, dans une seconde partie, pourquoi la mesure attaquée fait, dorénavant, grief (II).

I - Une nouvelle approche de la notion de MOI

Deux approches se sont succédées. La première retient une conception large de la notion de MOI (A). Elle est abandonnée en 1995 au profit d'une analyse beaucoup plus concrète des effets des mesures (B).

A - L'approche classique

L'analyse des défauts de cette approche (2) doit suivre celle de la définition des MOI qui est retenue (1).

1 - Définition

Cette notion fait référence à toutes les mesures ayant pour but d'assurer un certain ordre au sein du service public. Il s'agit, à travers elles, de réglementer le fonctionnement et l'organisation internes du service. Cela va de la simple procédure de distribution du courrier à la décision d'affectation d'un étudiant dans un groupe de TD.

Contrairement aux circulaires et aux directives, les MOI sont de véritables décisions, mais elles se distinguent des autres actes administratifs par leur faible portée. En effet, elles n'ont qu'une influence minime sur la situation

juridique des administrés. C'est cette considération qui explique le refus opposé par le juge s'agissant des recours dirigés contre ce type d'acte. Ce dernier ne souhaite pas voir son prétoire encombré par des problèmes insignifiants : de minimis non curat praetor. Il faut aussi y voir la volonté de laisser une certaine marge de manœuvre à l'Administration. De plus, il peut être difficile pour lui d'apprécier la légalité de mesures édictées dans le cadre de la vie interne d'un service.

Les MOI existent dans tous les domaines, mais c'est en matières scolaire, militaire et pénitentiaire que ces mesures ont pris un relief particulier. Dans ces domaines, en effet, la fonction d'ordre occupe une place prépondérante. Cette considération explique que beaucoup de MOI y soient édictées. De plus, ces services publics sont caractérisés par le faible contrôle qui s'exerce sur leur vie interne.

Ainsi, de nombreuses mesures étaient, jadis, qualifiées de MOI. C'est, d'abord, le cas des punitions en matière militaire (CE, sect., 11/07/1947, *Dewavrin*). Il en allait de même en milieu carcéral (CE, sect., 4/05/1979, *Comité d'action des prisonniers*). La plus connue est, sans aucun doute le placement d'un détenu dans un quartier de plus grande sécurité (CE, ass., 27/01/1984, *Caillol*). Quant au milieu scolaire, le juge considérait traditionnellement comme ne faisant pas grief l'interdiction de porter des insignes politiques (CE, 21/10/1983, *Lote*).

2 - Les défauts de cette approche

Plusieurs facteurs ont poussé le juge à faire évoluer ses positions. D'abord ces mesures ont, dans les faits, des conséquences significatives sur les administrés. Ne pas les contrôler est difficilement compatible avec les progrès de l'Etat de droit. De plus, la position du Conseil d'Etat expose la France à des sanctions de la part de Cour Européenne des droits de l'Homme. Celle-ci sanctionne, en effet, les manquements à l'article 13 de la convention du même nom. Cet article prévoit le droit de toute personne à pouvoir mettre en œuvre devant une instance nationale un recours effectif pour faire sanctionner la violation des droits et libertés que lui reconnaît la convention. Il faut rajouter que les trois domaines précédemment définis s'ouvrent sur l'extérieur, ce qui se traduit par une plus grande reconnaissance des droits de l'individu. Dès lors, le Conseil d'Etat ne fait que s'inscrire dans cette évolution. Quant à la crainte de voir le prétoire encombré par de multiples recours, il faut compter sur l'effet préventif exercé par la jurisprudence du Conseil d'Etat sur les

Administrations. Ces considérations expliquent que le Conseil d'Etat ait poursuivi le rétrécissement de la catégorie des MOI.

B – L'approche moderne et restrictive

Trois arrêts ont considérablement réduit la catégorie des MOI (1). Cette réduction n'a été possible que par un changement de méthode du juge administratif (2).

1 – Les arrêts de principe

C'est dans le domaine scolaire que le Conseil d'Etat marque la première étape de son évolution. Ainsi, le juge s'estime, dorénavant, compétent pour contrôler la légalité d'un règlement intérieur d'une école interdisant « le port de tout signe distinctif, vestimentaire ou autre, d'ordre religieux, politique ou philosophique », ainsi d'ailleurs que des décisions d'exclusion des élèves qui portaient un foulard (CE, 2/11/1992, *Kherouaa.*). Cette solution s'explique par le fait que ces mesures étaient susceptibles de heurter la liberté de conscience des élèves.

Dans le domaine militaire, une sanction doit, désormais, être regardée comme faisant grief (CE, ass., 17/02/1995, *Hardouin*). Pour parvenir à cette solution, le juge a eu recours à deux critères pour mesurer les conséquences de cette mesure. Le premier est l'atteinte sensible à des droits et libertés protégés. En l'espèce, la sanction de dix jours d'arrêts a des effets directs sur la liberté d'aller et venir du militaire puisqu'il lui est interdit, en dehors du service, de quitter son unité, et qu'il lui est impossible d'obtenir une permission. Le second critère concerne les conséquences sur les perspectives de carrière. Dans l'affaire *Hardouin*, la sanction est inscrite dans le dossier de l'intéressé, ce qui est de nature à avoir des conséquences sur son avancement. En se dotant de critères aussi précis, le juge est mieux armé pour apprécier les effets réels d'une mesure. Cette jurisprudence sera même élargie puisque quelques mois plus tard, puisque le Conseil d'Etat jugera recevable le recours exercé par un militaire contre un blâme (CE, 12/07/1995, *Maufroy*).

Surtout, la Haute juridiction applique le jour même cette nouvelle méthode au milieu carcéral (CE., ass., 17/02/1995, *Marie*). Là où, par le

passé, le juge estimait que le placement d'un détenu dans un quartier de plus grande sécurité constituait une MOI (CE, ass., 27/01/1984, *Caillol*), il considère, désormais, que la mise en cellule de punition fait grief. Ici, le juge se base sur la nature et la gravité de la mesure. Dans cette affaire, le détenu doit occuper seul sa cellule, est privé de cantine et de visite, des restrictions sont apportées à sa correspondance autre que familiale, et il est possible de supprimer les réductions de peine accordées.

Cette jurisprudence sera, sous la pression des cours d'appel, appliquée à d'autres sanctions disciplinaires prises en milieu carcéral. Ainsi, la mise à l'isolement n'est plus considérée comme une MOI (CE, 30/07/2003, *Garde des Sceaux c/ Remli*). Le juge se base, pour cela, sur les effets concrets de la mesure. L'arrêt *Remli* vient utilement compléter la jurisprudence *Marie*. En effet, le Conseil d'Etat prend en compte les répercussions de fait de la mesure et notamment ses effets sur les conditions matérielles de détention. Surtout, la décision de 2003 pose le principe que les deux critères de la nature de la décision et de la gravité de ses effets ne sont pas cumulatifs mais complémentaires. Ainsi, un seul des deux critères doit être rempli pour ne plus considérer la mesure comme une MOI.

Il faut, cependant, noter que cette diminution de la catégorie des MOI connaissait des limites. Ainsi, la mise en cellule disciplinaire à titre préventif était toujours qualifiée de MOI (, 12/03/2003, *Garde des Sceaux, Ministre de la justice c/ Frérot*).

Tous ces arrêts traduisent la nouvelle démarche adoptée par le juge administratif.

2 – La nouvelle méthode du juge administratif

Les arrêts frères de 1995 sont l'occasion pour le Conseil d'Etat d'inaugurer une nouvelle façon d'appréhender la catégorie des MOI. Par le passé, le juge adoptait une vision d'ensemble. Ainsi, toute une catégorie de mesures était présumée ne pas avoir d'effets juridiques à l'égard de ses destinataires. Désormais, ce n'est plus une démarche abstraite, mais à une analyse concrète au cas par cas qu'opère le juge administratif. Le juge se sert de différents critères pour apprécier les conséquences juridiques concrètes d'une mesure. C'est ce changement de méthode qui permet une diminution de la catégorie des MOI.

Cette nouvelle méthode s'applique à tous les domaines. Ainsi, les décisions d'affectation des enfants dans une classe sont

traditionnellement considérées comme des MOI. Mais, si, dans une affaire particulière, il y a des raisons de penser qu'une mesure a des conséquences sur la scolarité des élèves, le juge admettra la recevabilité du recours. C'est, notamment, le cas de la décision de séparer des jumeaux à l'école. En effet, le maintien en couple ou la séparation de jumeaux en bas âge peut avoir une influence déterminante sur l'éveil de la personnalité et l'apprentissage de l'autonomie par les deux enfants. Le juge considère donc que cette mesure fait grief (CAA Versailles, 17/02/2005, Mr. et Mme. José D).

En changeant, ainsi, de méthode, le juge soumet à son contrôle un plus grand nombre de mesures. C'est notamment de l'encadrement du droit de visite par un dispositif de séparation.

II - L'encadrement du droit de visite par un dispositif de séparation n'est pas une MOI

Pour parvenir à cette décision, la cour d'appel se base sur les effets de la mesure (A). Cette nouvelle qualification emporte des conséquences (B).

A - Les effets de la mesure

Cette décision a fait l'objet d'un précédent jurisprudentiel (1). Pour la rendre, le juge d'appel s'est basé sur les effets de la mesure (2).

1 - Le précédent jurisprudentiel

Celui-ci résulte d'un jugement rendu par la cour administrative d'appel de Paris à propos d'un détenu désormais célèbre (29/04/2001, *Frérot*) . Dans cet arrêt, la cour fait la distinction entre les décisions d'accès au parloir avec dispositif de séparation qui, selon les circonstances de l'espèce, constituent des sanctions pouvant faire l'objet d'un recours juridictionnels et les mesures imposant un parloir avec séparation qui ne sont pas des sanctions, mais qui obéissent à d'autres impératifs et considérations que la

volonté de sanctionner a posteriori une infraction commise à l'occasion d'une visite.

La cour n'a pas déduit, pour autant, que toute mesure de privation de parloir sans séparation était une MOI. Mais, pour juger de la nature de la mesure attaquée, elle a analysé les effets concrets de la mesure sur les conditions de détention.

C'est cette même analyse que les juges de Bordeaux appliquent en l'espèce.

2 - La solution du 6 juillet 2007

Le juge reprend les critères de l'arrêt Marie, à savoir la nature et la gravité de la mesure. En l'espèce, le mesure n'est pas une sanction disciplinaire, mais elle a pour but d'éviter toutes tentatives d'évasion, Mr. F. entretenant encore des relations avec « le milieu ».

Certes, le mesure est sans influence sur la situation juridique et statutaire de l'intéressé et elle ne le prive pas de droit de visite. Mais, la privation de tout contact physique avec ses proches, notamment sa fille née en 2002, est une entrave particulièrement douloureuse à l'entretien du lien familial et affectif. De plus, la mesure n'est pas limitée dans le temps. Elle fait de cette situation le régime général et permanent du droit de visite, un élément de plus qui peut contribuer à la démoralisation du détenu.

Cette mesure fait donc grief. Le juge peut examiner sa légalité.

B - Les conséquences de la nouvelle appréciation

Puisqu'elle fait, désormais grief, le cour administrative d'appel de Bordeaux analyse la légalité de cette mesure (1). Il importe, enfin, de relever les limites de la nouvelle méthode du juge administratif (2).

1 - L'analyse de la légalité de la mesure

Le requérant invoque un vice affectant la présentation extérieure de l'acte, et plus précisément un défaut de motivation de la décision. Par motivation, il faut entendre l'exposé des considérations de fait et de droit

qui ont justifiés la décision. Bien qu'importante, cette formalité ne fait pas l'objet d'une consécration par le Conseil d'Etat, puisque les décisions administratives n'ont pas, en principe, à être motivées. La jurisprudence n'impose, ainsi, la motivation qu'en ce qui concerne les décisions prises par les organismes collégiaux composées par les représentants des professions intéressées. Quant aux textes, à l'exception de dispositions particulières, c'est la loi du 11 juillet 1979 qui pose les règles en la matière. Cette loi prévoit la motivation obligatoire dans deux cas. Le premier concerne les décisions individuelles défavorables à leur destinataire. Il s'agit, ainsi, des mesures qui restreignent les libertés publiques ou, de manière générale, constituent une mesure de police, ou encore des sanctions. La seconde catégorie comprend les décisions administratives individuelles qui dérogent aux règles générales fixées par la loi ou le règlement.

En l'espèce, au terme de l'article D405 du code de procédure pénale, ce régime de visite ne peut être instituée que s'il y a des raisons précises de penser que le détenu peut s'évader. Or, dans cette affaire, le directeur de la maison d'arrêt se réfère de façon générale à la « situation pénale » et à la « personnalité » du détenu. Par conséquent, la cour estime que cette motivation est insuffisante. Elle ne contient pas les éléments de fait sur lesquels l'Administration s'est basé pour estimer qu'il existait des raisons sérieuses de redouter un incident.

Bien qu'allant dans le sens de la réduction de la catégorie des MOI, cette nouvelle démarche du juge administratif connaît des limites.

2 – Les limites de la nouvelle méthode du Conseil d'Etat

Certains arrêts s'inscrivent dans la lignée de la jurisprudence Marie. A titre d'exemple, la décision de l'administration pénitentiaire relative à la procédure d'acquisition par les détenus de matériel informatique n'est pas une MOI (CE, 18/03/1998, Druelle). Cependant, le Conseil d'Etat maintient, parfois, la qualification de MOI. Ainsi, la mise en cellule disciplinaire à titre préventif reste, au terme de débats entre les cours administratives d'appel (CAA Paris, 29/06/2001, Frérot) et le Conseil d'Etat une MOI (CE, 12/03/2003, Garde des Sceaux, Ministre de la justice c/ Frérot). Une certaine imprécision règne donc sur la détermination de la catégorie des MOI.

C'est pourquoi le Conseil d'Etat a tenté de lever ces doutes avec trois arrêts d'assemblée rendus le 14 décembre 2007 (Boussouar, Planchenault

et Payet). Par ces arrêts, le Conseil d'Etat précise la jurisprudence Marie-Remli et entend fixer une grille de lecture permettant de déterminer la recevabilité de la requête.

Le Conseil d'Etat commence par réaffirmer que la recevabilité du recours contre une mesure découle de sa nature et de ses effets. Puis, la Haute Cour suit l'invitation lancée par son commissaire du Gouvernement d'abandonner l'appréhension de "la recevabilité du recours mesure par mesure au profit d'un raisonnement catégorie de mesures par catégorie de mesures". Cet effort de catégorisation ou de formalisation a pour but de réduire l'instabilité juridique qui pèse sur la catégorie des MOI. Cette ligne générale est sous-tendue par trois idées.

La première est qu'il ne faut pas avoir une approche exclusivement juridique de la mesure, mais au contraire concrète de celle-ci pour apprécier sa nature et ses effets sur la situation des détenus.

L'élément de formalisation se retrouve dans le fait qu'il faut délaisser une approche décision par décision pour une approche catégorie de mesures par catégorie de mesures. En d'autres termes, certaines catégories de mesures sont susceptibles d'un recours, d'autres non. Les premières sont affectées d'une présomption irréfragable de justiciabilité, les secondes d'une présomption de fermeture du recours. Mais, dans ce dernier cas, cette présomption est simple. Elle peut donc être renversée. C'est là la troisième idée.

Ainsi, la catégorie des mesures insusceptibles d'un recours connaît une exception : le recours est possible lorsque la décision *met en cause les droits et libertés fondamentaux des détenus*. Cette exception tient à la menace de contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme. Figurent au titre des droits et libertés fondamentaux des détenus, notamment, le droit au respect de la vie privée et familiale, ainsi que le respect de la dignité de la personne humaine.

Par cette jurisprudence, le Conseil d'Etat entend donner aux justiciables et à l'Administration les moyens de prévoir la justiciabilité des décisions. C'est sur la base de cette jurisprudence que le Conseil d'Etat est revenu sur sa jurisprudence Frérot de 2003 : ainsi, la mise en cellule disciplinaire à titre préventif n'est plus considérée comme une MOI (CE, 17/12/2008, Section française de l'Observatoire international des prisons).

MOI et mise à l'isolement en milieu pénitentiaire
(CE, 30/07/2003, Garde des sceaux contre Mr. Said
X)

Sommaire

- [Début](#)
- [II - La mise à l'isolement d'un détenu n'est pas une MOI](#)

Avant d'analyser la légalité d'un acte, le juge doit vérifier que la requête est bien recevable. Au titre des conditions de recevabilité, figurent, au premier chef, la règle de la décision préalable. Cette dernière impose que le recours soit dirigé contre une décision. Ainsi, les circulaires et de directives ne peuvent pas faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir, car il ne s'agit pas de décisions. En revanche, les mesures d'ordre intérieur (MOI) sont de véritables décisions, mais de trop faible importance pour donner lieu à un recours. Cette dernière catégorie de mesures a, cependant, fait l'objet d'une appréciation restrictive de la part du Conseil d'Etat. L'arrêt étudié est la première étape de cette évolution.

Dans cette affaire, Mr. Said X est placé à l'isolement par une décision du directeur de la maison d'arrêt de Bois d'Arcy du 18 juin 1998. Mr. X dépose, alors, un recours devant le tribunal administratif de Versailles pour qu'il annule cette décision. Celui-ci rejette la requête le 15 décembre 2000. Il fait donc appel devant la cour administrative d'appel de Paris qui annule, le 5 novembre 2002, le jugement du tribunal administratif et la décision du directeur de la maison d'arrêt. Le garde des sceaux dépose, alors, un pourvoi en cassation devant le Conseil d'Etat. Celui-ci le rejette le 30 juillet 2003.

Cette position n'est pas justifiée, comme par le passé, par des problèmes touchant la recevabilité de la requête, mais par des considérations de fond relatives à la légalité de l'acte. En d'autres termes, le juge ne qualifie plus la mise à l'isolement de mesure d'ordre intérieur. Ce type d'acte fait, dorénavant, grief. Cette décision poursuit le mouvement de rétrécissement de la catégorie des MOI amorcé avec l'arrêt Marie. En effet, le milieu pénitentiaire était l'un des trois terrains d'élection des MOI. C'est à partir de 1995 que le juge a déqualifié les punitions prises dans ce domaine et a reconnu qu'elles faisaient grief. Ces différentes prises de position n'ont été possible que par un examen plus attentif des effets concrets des mesures. Cette jurisprudence n'était, cependant, pas exempte de critiques. Il demeurait, ainsi, difficile, de prévoir à l'avance la justiciabilité d'une mesure. Ces difficultés ont été levées par le Conseil d'Etat en 2007.

En l'espèce, le Conseil d'Etat prend soin de relever l'ensemble des conséquences qu'emportent la mise à l'isolement. Au terme de cette analyse, il qualifie la mesure en cause d'acte faisant grief. Il peut donc en contrôler la légalité. Quant à la légalité, le seul moyen soulevé par le requérant concerne la motivation de la décision du directeur de la maison d'arrêt et il est fait l'objet d'une décision favorable de la part du Conseil d'Etat.

Il convient donc d'étudier, dans une première partie, la nouvelle approche de la notion de mesure d'ordre intérieur (I), et d'analyser, dans une seconde partie, pourquoi la mise à l'isolement fait, dorénavant, grief (II).

I – Une nouvelle approche de la notion de MOI

Deux approches se sont succédées. La première retient une conception large de la notion de MOI (A). Elle est abandonnée en 1995 au profit d'une analyse beaucoup plus concrète des effets des mesures (B).

A – L'approche classique

L'analyse des défauts de cette approche (2) doit suivre celle de la définition des MOI qui est retenue (1).

1 – Définition

Cette notion fait référence à toutes les mesures ayant pour but d'assurer un certain ordre au sein du service public. Il s'agit, à travers elles, de réguler le fonctionnement et l'organisation internes du service. Cela va de la simple procédure de distribution du courrier à la décision d'affectation d'un étudiant dans un groupe de TD.

Contrairement aux circulaires et aux directives, les MOI sont de véritables décisions, mais elles se distinguent des autres actes administratifs par leur faible portée. En effet, elles n'ont qu'une influence minime sur la situation

juridique des administrés. C'est cette considération qui explique le refus opposé par le juge s'agissant des recours dirigés contre ce type d'acte. Ce dernier ne souhaite pas voir son prétoire encombré par des problèmes insignifiants : de minimis non curat praetor. Il faut aussi y voir la volonté de laisser une certaine marge de manœuvre à l'Administration. De plus, il peut être difficile pour lui d'apprécier la légalité de mesures édictées dans le cadre de la vie interne d'un service.

Les MOI existent dans tous les domaines, mais c'est en matières scolaire, militaire et pénitentiaire que ces mesures ont pris un relief particulier. Dans ces domaines, en effet, la fonction d'ordre occupe une place prépondérante. Cette considération explique que beaucoup de MOI y soient édictées. De plus, ces services publics sont caractérisés par le faible contrôle qui s'exerce sur leur vie interne.

Ainsi, de nombreuses mesures étaient, jadis, qualifiées de MOI. C'est, d'abord, le cas des punitions en matière militaire (CE, sect., 11/07/1947, *Dewavrin*). Il en allait de même en milieu carcéral (CE, sect., 4/05/1979, *Comité d'action des prisonniers*). La plus connue est, sans aucun doute le placement d'un détenu dans un quartier de plus grande sécurité (CE, ass., 27/01/1984, *Caillol*). Quant au milieu scolaire, le juge considérait traditionnellement comme ne faisant pas grief l'interdiction de porter des insignes politiques (CE, 21/10/1983, *Lote*).

2 - Les défauts de cette approche

Plusieurs facteurs ont poussé le juge à faire évoluer ses positions. D'abord ces mesures ont, dans les faits, des conséquences significatives sur les administrés. Ne pas les contrôler est difficilement compatible avec les progrès de l'Etat de droit. De plus, la position du Conseil d'Etat expose la France à des sanctions de la part de Cour Européenne des droits de l'Homme. Celle-ci sanctionne, en effet, les manquements à l'article 13 de la convention du même nom. Cet article prévoit le droit de toute personne à pouvoir mettre en œuvre devant une instance nationale un recours effectif pour faire sanctionner la violation des droits et libertés que lui reconnaît la convention. Il faut rajouter que les trois domaines précédemment définis s'ouvrent sur l'extérieur, ce qui se traduit par une plus grande reconnaissance des droits de l'individu. Dès lors, le Conseil d'Etat ne fait que s'inscrire dans cette évolution. Quant à la crainte de voir le prétoire encombré par de multiples recours, il faut compter sur l'effet préventif exercé par la jurisprudence du Conseil d'Etat sur les

Administrations. Ces considérations expliquent que le Conseil d'Etat ait poursuivi le rétrécissement de la catégorie des MOI.

B – L'approche moderne et restrictive

Trois arrêts ont réduit le champ des MOI (1). Cette réduction n'est possible que par un changement de méthode du juge administratif (2).

1 – Les arrêts de principe

C'est dans le domaine scolaire que le Conseil d'Etat marque la première étape de son évolution. Ainsi, le juge s'estime, dorénavant, compétent pour contrôler la légalité d'un règlement intérieur d'une école interdisant « le port de tout signe distinctif, vestimentaire ou autre, d'ordre religieux, politique ou philosophique », ainsi d'ailleurs que des décisions d'exclusion des élèves qui portaient un foulard (CE, 2/11/1992, *Kherouaa.*). Cette solution s'explique par le fait que ces mesures étaient susceptibles de heurter la liberté de conscience des élèves.

Dans le domaine militaire, une sanction doit, désormais, être regardée comme faisant grief (CE, ass., 17/02/1995, *Hardouin*). Pour parvenir à cette solution, le juge a eu recours à deux critères pour mesurer les conséquences de cette mesure. Le premier est l'atteinte sensible à des droits et libertés protégés. En l'espèce, la sanction de dix jours d'arrêts a des effets directs sur la liberté d'aller et venir du militaire puisqu'il lui est interdit, en dehors du service, de quitter son unité, et qu'il lui est impossible d'obtenir une permission. Le second critère concerne les conséquences sur les perspectives de carrière. Dans l'affaire *Hardouin*, la sanction est inscrite dans le dossier de l'intéressé, ce qui est de nature à avoir des conséquences sur son avancement. En se dotant de critères aussi précis, le juge est mieux armé pour apprécier les effets réels d'une mesure. Cette jurisprudence sera même élargie puisque quelques mois plus tard, puisque le Conseil d'Etat jugera recevable le recours exercé par un militaire contre un blâme (CE, 12/07/1995, *Maufroy*).

Surtout, la Haute juridiction applique le jour même cette nouvelle méthode au milieu carcéral (CE., ass., 17/02/1995, *Marie*). Là où, par le passé, le juge estimait que le placement d'un détenu dans un quartier de

plus grande sécurité constituait une MOI (CE, ass., 27/01/1984, *Caillol*), il considère, désormais, que la mise en cellule de punition fait grief. Ici, le juge se base sur la nature et la gravité de la mesure. Dans cette affaire, le détenu doit occuper seul sa cellule, est privé de cantine et de visite, des restrictions sont apportées à sa correspondance autre que familiale, et il est possible de supprimer les réductions de peine accordées.

Cette jurisprudence sera, sous la pression des cours d'appel, appliquée à d'autres sanctions disciplinaires prises en milieu carcéral. Ainsi, la mise à l'isolement n'est plus considérée comme une MOI (CE, 30/07/2003, *Garde des Sceaux c/ Remli*). Le juge se base, pour cela, sur les effets concrets de la mesure. L'arrêt *Remli* vient utilement compléter la jurisprudence *Marie*. En effet, le Conseil d'Etat prend en compte les répercussions de fait de la mesure et notamment ses effets sur les conditions matérielles de détention. Surtout, la décision de 2003 pose le principe que les deux critères de la nature de la décision et de la gravité de ses effets ne sont pas cumulatifs mais complémentaires. Ainsi, un seul des deux critères doit être rempli pour ne plus considérer la mesure comme une MOI.

Il faut, cependant, noter que cette diminution de la catégorie des MOI connaissait des limites. Ainsi, la mise en cellule disciplinaire à titre préventif était toujours qualifiée de MOI (, 12/03/2003, *Garde des Sceaux, Ministre de la justice c/ Frérot*).

Tous ces arrêts traduisent la nouvelle démarche adoptée par le juge administratif.

2 – La nouvelle méthode du juge administratif

Les arrêts frères de 1995 sont l'occasion pour le Conseil d'Etat d'inaugurer une nouvelle façon d'appréhender la catégorie des MOI. Par le passé, le juge adoptait une vision d'ensemble. Ainsi, toute une catégorie de mesures était présumée ne pas avoir d'effets juridiques à l'égard de ses destinataires. Désormais, ce n'est plus une démarche abstraite, mais à une analyse concrète au cas par cas qu'opère le juge administratif. Le juge se sert de différents critères pour apprécier les conséquences juridiques concrètes d'une mesure. C'est ce changement de méthode qui permet .une diminution de la catégorie des MOI.

Cette nouvelle méthode s'applique à tous les domaines. Ainsi, les décisions d'affectation des enfants dans une classe sont traditionnellement considérées comme des MOI. Mais, si, dans une affaire

particulière, il y a des raisons de penser qu'une mesure a des conséquences sur la scolarité des élèves, le juge admettra la recevabilité du recours. C'est, notamment, le cas de la décision de séparer des jumeaux à l'école. En effet, le maintien en couple ou la séparation de jumeaux en bas âge peut avoir une influence déterminante sur l'éveil de la personnalité et l'apprentissage de l'autonomie par les deux enfants. Le juge considère donc que cette mesure fait grief (CAA Versailles, 17/02/2005, Mr. et Mme. José D).

En changeant, ainsi, de méthode, le juge soumet à son contrôle un plus grand nombre de mesures. C'est notamment le cas de la mise à l'isolement d'un détenu

En changeant, ainsi, de méthode, le juge soumet à son contrôle un plus grand nombre de mesures. C'est notamment le cas de la mise à l'isolement d'un détenu.

II - La mise à l'isolement d'un détenu n'est pas une MOI

Pour parvenir à cette décision, le Conseil d'Etat se base sur les effets de la mesure (A). Cette nouvelle qualification emporte des conséquences (B).

A - Les effets de la mesure

Certains arguments plaident en faveur du maintien de la qualification de MOI (1), d'autres plaident pour son renversement(2).

1 - Les arguments en faveur du maintien de la qualification de MOI

La mise à l'isolement est, d'abord, traditionnellement considérée comme une MOI (CE, 28/02/1996, Fauqueux). Cette jurisprudence se base sur le fait que selon l'article D 283-2, il ne s'agit pas d'une mesure disciplinaire et les détenus qui en font l'objet sont soumis au régime ordinaire de détention. De plus, si la mise à l'isolement peut être prononcée par le chef d'établissement, elle peut aussi être demandée par le détenu lui-même. Et, le détenu garde la possibilité, soit directement, soit par l'intermédiaire de son conseil, de faire valoir ses observations en ce qui concerne la décision prise à son égard. Enfin, les détenus en question sont signalés au

médecin qui les visite dans les conditions prévues à l'article D. 375 et ce dernier émet, chaque fois qu'il l'estime utile, un avis sur l'opportunité de prolonger l'isolement ou d'y mettre fin.

Tous ces éléments attestent que les détenus placés à l'isolement gardent le bénéfice de certains droits. Les éléments en faveur d'un retrait de la qualification de MOI l'ont, cependant, emporté.

2 - Les arguments en faveur du retrait de la qualification de MOI

Le Conseil d'Etat cède, en l'espèce, aux appels émis par les cours administratives d'appel (CAA Paris, 5/11/2002, Mr. Remli) et juge que si la mise à l'isolement ne constitue pas une sanction disciplinaire, elle entraîne, dans les faits, une aggravation des conditions matérielles de détention. Ainsi, selon le commissaire du gouvernement, il y a un manque de place pour les isolés, l'accès à la bibliothèque et à l'enseignement est malaisé. L'on note une altération physique et psychique du détenu. Et, si le placement peut être demandé, il est dans la majorité des cas imposé. De plus sa durée est indéfinie et la désocialisation qu'elle entraîne est contraire aux objectifs des prisons. Enfin, dans les faits, les détenus sont parfois placés en isolement pour des motifs disciplinaires, par mesure de prévention ou punition supplémentaire.

Le Conseil d'Etat reprend les arguments du commissaire du gouvernement et estime que cette mesure a des effets notables sur les conditions de détention. Ainsi, le juge note que « la mise à l'isolement, par sa nature même, prive la personne qui en fait l'objet de l'accès à celles des activités sportives, culturelles, d'enseignement, de formation et de travail rémunéré qui sont proposées de façon collective aux autres détenus ». De plus, la mesure peut être prolongée au-delà des trois mois initiaux. Enfin, cette mesure est suffisamment grave pour être portée à la connaissance de personnes extérieures à la prison (directeur régional de l'administration pénitentiaire, juge d'application des peines, commission d'application des peines).

Puisque cette mesure n'est qualifiée de MOI, le juge peut analyser sa légalité.

B - Les conséquences de la nouvelle appréciation

Puisqu'elle fait, désormais, grief le Conseil d'Etat analyse la légalité de cette mesure (1). Il importe, enfin, de relever les limites de la nouvelle méthode du juge administratif (2).

1 – L'analyse de la légalité de la mesure

Le requérant invoque un vice affectant la présentation extérieure de l'acte, et plus précisément un défaut de motivation de la décision. Par motivation, il faut entendre l'exposé des considérations de fait et de droit qui ont justifiés la décision. Bien qu'importante, cette formalité ne fait pas l'objet d'une consécration par le Conseil d'Etat, puisque les décisions administratives n'ont pas, en principe, à être motivées. La jurisprudence n'impose, ainsi, la motivation qu'en ce qui concerne les décisions prises par les organismes collégiaux composées par les représentants des professions intéressées. Quant aux textes, à l'exception de dispositions particulières, c'est la loi du 11 juillet 1979 qui pose les règles en la matière. Cette loi prévoit la motivation obligatoire dans deux cas. Le premier concerne les décisions individuelles défavorables à leur destinataire. Il s'agit, ainsi, des mesures qui restreignent les libertés publiques ou, de manière générale, constituent une mesure de police, ou encore des sanctions. La seconde catégorie comprend les décisions administratives individuelles qui dérogent aux règles générales fixées par la loi ou le règlement.

En l'espèce, le Conseil d'Etat considère que la décision de mise à l'isolement fait partie des mesures devant être motivées et qu'il n'y pas lieu pour lui de discuter de l'appréciation faite par la cour administrative d'appel. Cette dernière ayant considérée la motivation insuffisante, la décision du directeur de la maison d'arrêt est donc annulée pour ce motif.

Bien qu'allant dans le sens de la réduction de la catégorie des MOI, cette nouvelle démarche du juge administratif connaît des limites.

2 – Les limites de la nouvelle méthode du Conseil d'Etat

Certains arrêts s'inscrivent dans la lignée de la jurisprudence Marie. A titre d'exemple, la décision de l'administration pénitentiaire relative à la

procédure d'acquisition par les détenus de matériel informatique n'est pas une MOI (CE, 18/03/1998, Druelle). Cependant, le Conseil d'Etat maintient, parfois, la qualification de MOI. Ainsi, la mise en cellule disciplinaire à titre préventif reste, au terme de débats entre les cours administratives d'appel (CAA Paris, 29/06/2001, Frérot) et le Conseil d'Etat une MOI (CE, 12/03/2003, Garde des Sceaux, Ministre de la justice c/ Frérot). Une certaine imprécision règne donc sur la détermination de la catégorie des MOI.

C'est pourquoi le Conseil d'Etat a tenté de lever ces doutes avec trois arrêts d'assemblée rendus le 14 décembre 2007 (Boussouar, Planchenault et Payet). Par ces arrêts, le Conseil d'Etat précise la jurisprudence Marie-Remli et entend fixer une grille de lecture permettant de déterminer la recevabilité de la requête.

Le Conseil d'Etat commence par réaffirmer que la recevabilité du recours contre une mesure découle de sa nature et de ses effets. Puis, la Haute Cour suit l'invitation lancée par son commissaire du Gouvernement d'abandonner l'appréhension de "la recevabilité du recours mesure par mesure au profit d'un raisonnement catégorie de mesures par catégorie de mesures". Cet effort de catégorisation ou de formalisation a pour but de réduire l'instabilité juridique qui pèse sur la catégorie des MOI. Cette ligne générale est sous-tendue par trois idées.

La première est qu'il ne faut pas avoir une approche exclusivement juridique de la mesure, mais au contraire concrète de celle-ci pour apprécier sa nature et ses effets sur la situation des détenus.

L'élément de formalisation se retrouve dans le fait qu'il faut délaisser une approche décision par décision pour une approche catégorie de mesures par catégorie de mesures. En d'autres termes, certaines catégories de mesures sont susceptibles d'un recours, d'autres non. Les premières sont affectées d'une présomption irréfragable de justiciabilité, les secondes d'une présomption de fermeture du recours. Mais, dans ce dernier cas, cette présomption est simple. Elle peut donc être renversée. C'est là la troisième idée.

Ainsi, la catégorie des mesures insusceptibles d'un recours connaît une exception : le recours est possible lorsque la décision *met en cause les droits et libertés fondamentaux des détenus*. Cette exception tient à la menace de contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme. Figurent au titre des droits et libertés fondamentaux des détenus ,

notamment, le droit au respect de la vie privée et familiale, ainsi que le respect de la dignité de la personne humaine.

Par cette jurisprudence, le Conseil d'Etat entend donner aux justiciables et à l'Administration les moyens de prévoir la justiciabilité des décisions. C'est sur la base de cette jurisprudence que le Conseil d'Etat est revenu sur sa jurisprudence Frérot de 2003 : ainsi, la mise en cellule disciplinaire à titre préventif n'est plus considérée comme une MOI (CE, 17/12/2008, Section française de l'Observatoire international des prisons).

Droit de visite en prison et MOI (CAA Bordeaux, 6/07/2007, Mr. F)

Sommaire

- [Début](#)
- [II - L'encadrement du droit de visite](#)

Avant d'analyser la légalité d'un acte, le juge doit vérifier que la requête est bien recevable. Au titre des conditions de recevabilité, figure, au premier chef, la règle de la décision préalable. Cette dernière impose que le recours soit dirigé contre une décision. Ainsi, les circulaires et de directives ne peuvent pas faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir, car il ne s'agit pas de décisions. En revanche, les mesures d'ordre intérieur (MOI) sont de véritables décisions, mais de trop faible importance pour donner lieu à un recours. Cette dernière catégorie de mesures a, cependant, fait l'objet d'une appréciation restrictive de la part du Conseil d'Etat. La présente décision en est une des applications.

Mr. F. est détenue à la maison d'arrêt de Seysses. Le 21 janvier 2004, le directeur de cette maison d'arrêt lui impose de n'accéder au parloir qu'avec un dispositif de séparation, ce qui le prive de tout contact charnel avec sa famille. Mr. F. saisit, alors, le tribunal administratif de Toulouse pour qu'il censure cette décision. Malheureusement, cette juridiction rejette le recours au motif qu'il s'agit d'une mesure d'ordre intérieur. L'intéressé fait donc appel de ce jugement devant la cour administrative d'appel de Bordeaux qui, le 6 juillet 2007, fait droit à sa demande.

Pour la cour, la mesure ayant des effets notables sur les conditions de détention du détenu, elle fait grief. Cette décision poursuit le mouvement de rétrécissement de la catégorie des MOI amorcé avec l'arrêt Marie. En effet, le milieu pénitentiaire était l'un des trois terrains d'élection des MOI. C'est à partir de 1995 que le juge a déqualifié les punitions prises dans ce domaine et a reconnu qu'elles faisaient grief. Ces différentes prises de position n'ont été possibles que par un examen plus attentif des effets concrets des mesures. Ainsi, en l'espèce, même si le détenu n'est pas privé de droit de visite, la mesure emporte une altération notable sur les conditions de ces visites, et donc des rapports avec les membres de sa famille. La mesure fait donc grief, elle n'est pas une MOI. S'agissant, enfin, de la légalité, le seul moyen soulevé par le requérant concerne la motivation de la décision du directeur de la maison d'arrêt. Ce moyen fait l'objet d'une appréciation favorable de la part de la cour d'appel.

Cette nouvelle méthode du juge administratif n'était, cependant, pas exempte de critiques. Il demeurerait, ainsi, difficile, de prévoir à l'avance la justiciabilité d'une mesure. Ces difficultés ont été levées par le Conseil d'Etat en 2007.

Il convient donc d'étudier, dans une première partie, la nouvelle approche de la notion de mesure d'ordre intérieur (I), et d'analyser, dans une seconde partie, pourquoi la mesure attaquée fait, dorénavant, grief (II).

I – Une nouvelle approche de la notion de MOI

Deux approches se sont succédées. La première retient une conception large de la notion de MOI (A). Elle est abandonnée en 1995 au profit d'une analyse beaucoup plus concrète des effets des mesures (B).

A – L'approche classique

L'analyse des défauts de cette approche (2) doit suivre celle de la définition des MOI qui est retenue (1).

1 – Définition

Cette notion fait référence à toutes les mesures ayant pour but d'assurer un certain ordre au sein du service public. Il s'agit, à travers elles, de réglementer le fonctionnement et l'organisation internes du service. Cela va de la simple procédure de distribution du courrier à la décision d'affectation d'un étudiant dans un groupe de TD.

Contrairement aux circulaires et aux directives, les MOI sont de véritables décisions, mais elles se distinguent des autres actes administratifs par leur faible portée. En effet, elles n'ont qu'une influence minime sur la situation juridique des administrés. C'est cette considération qui explique le refus opposé par le juge s'agissant des recours dirigés contre ce type d'acte. Ce dernier ne souhaite pas voir son pétoire encombré par des problèmes insignifiants : de minimis non curat praetor. Il faut aussi y voir la volonté de laisser une certaine marge de manœuvre à l'Administration. De plus, il peut être difficile pour lui d'apprécier la légalité de mesures édictées dans le cadre de la vie interne d'un service.

Les MOI existent dans tous les domaines, mais c'est en matières scolaire, militaire et pénitentiaire que ces mesures ont pris un relief particulier. Dans ces domaines, en effet, la fonction d'ordre occupe une place prépondérante. Cette considération explique que beaucoup de MOI y soient édictées. De plus, ces services publics sont caractérisés par le faible contrôle qui s'exerce sur leur vie interne.

Ainsi, de nombreuses mesures étaient, jadis, qualifiées de MOI. C'est, d'abord, le cas des punitions en matière militaire (CE, sect., 11/07/1947, *Dewavrin*). Il en allait de même en milieu carcéral (CE, sect., 4/05/1979, *Comité d'action des prisonniers*). La plus connue est, sans aucun doute le placement d'un détenu dans un quartier de plus grande sécurité (CE, ass., 27/01/1984, *Caillol*). Quant au milieu scolaire, le juge considérait traditionnellement comme ne faisant pas grief l'interdiction de porter des insignes politiques (CE, 21/10/1983, *Lote*).

2 – Les défauts de cette approche

Plusieurs facteurs ont poussé le juge à faire évoluer ses positions. D'abord ces mesures ont, dans les faits, des conséquences significatives sur les administrés. Ne pas les contrôler est difficilement compatible avec les progrès de l'Etat de droit. De plus, la position du Conseil d'Etat expose la France à des sanctions de la part de Cour Européenne des droits de l'Homme. Celle-ci sanctionne, en effet, les manquements à l'article 13 de la convention du même nom. Cet article prévoit le droit de toute personne à pouvoir mettre en œuvre devant une instance nationale un recours effectif pour faire sanctionner la violation des droits et libertés que lui reconnaît la convention. Il faut rajouter que les trois domaines précédemment définis s'ouvrent sur l'extérieur, ce qui se traduit par une plus grande reconnaissance des droits de l'individu. Dès lors, le Conseil d'Etat ne fait que s'inscrire dans cette évolution. Quant à la crainte de voir le prétoire encombré par de multiples recours, il faut compter sur l'effet préventif exercé par la jurisprudence du Conseil d'Etat sur les Administrations. Ces considérations expliquent que le Conseil d'Etat ait poursuivi le rétrécissement de la catégorie des MOI.

B – L'approche moderne et restrictive

Trois arrêts ont considérablement réduit la catégorie des MOI (1). Cette réduction n'a été possible que par un changement de méthode du juge administratif (2).

1 – Les arrêts de principe

C'est dans le domaine scolaire que le Conseil d'Etat marque la première étape de son évolution. Ainsi, le juge s'estime, dorénavant, compétent pour contrôler la légalité d'un règlement intérieur d'une école interdisant « le port de tout signe distinctif, vestimentaire ou autre, d'ordre religieux, politique ou philosophique », ainsi d'ailleurs que des décisions d'exclusion des élèves qui portaient un foulard (CE, 2/11/1992, *Kherouaa*). Cette solution s'explique par le fait que ces mesures étaient susceptibles de heurter la liberté de conscience des élèves.

Dans le domaine militaire, une sanction doit, désormais, être regardée comme faisant grief (CE, ass., 17/02/1995, *Hardouin*). Pour parvenir à cette solution, le juge a eu recours à deux critères pour mesurer les conséquences de cette mesure. Le premier est l'atteinte sensible à des droits et libertés protégés. En l'espèce, la sanction de dix jours d'arrêts a des effets directs sur la liberté d'aller et venir du militaire puisqu'il lui est interdit, en dehors du service, de quitter son unité, et qu'il lui est impossible d'obtenir une permission. Le second critère concerne les conséquences sur les perspectives de carrière. Dans l'affaire *Hardouin*, la sanction est inscrite dans le dossier de l'intéressé, ce qui est de nature à avoir des conséquences sur son avancement. En se dotant de critères aussi précis, le juge est mieux armé pour apprécier les effets réels d'une mesure. Cette jurisprudence sera même élargie puisque quelques mois plus tard, puisque le Conseil d'Etat jugera recevable le recours exercé par un militaire contre un blâme (CE, 12/07/1995, *Maufroy*).

Surtout, la Haute juridiction applique le jour même cette nouvelle méthode au milieu carcéral (CE., ass., 17/02/1995, *Marie*). Là où, par le passé, le juge estimait que le placement d'un détenu dans un quartier de plus grande sécurité constituait une MOI (CE, ass., 27/01/1984, *Caillol*), il considère, désormais, que la mise en cellule de punition fait grief. Ici, le juge se base sur la nature et la gravité de la mesure. Dans cette affaire, le détenu doit occuper seul sa cellule, est privé de cantine et de visite, des restrictions sont apportées à sa correspondance autre que familiale, et il est possible de supprimer les réductions de peine accordées.

Cette jurisprudence sera, sous la pression des cours d'appel, appliquée à d'autres sanctions disciplinaires prises en milieu carcéral. Ainsi, la mise à l'isolement n'est plus considérée comme une MOI (CE, 30/07/2003, *Garde des Sceaux c/ Remli*). Le juge se base, pour cela, sur les effets concrets de la mesure. L'arrêt Remli vient utilement compléter la jurisprudence Marie. En effet, le Conseil d'Etat prend en compte les répercussions de fait de la mesure et notamment ses effets sur les conditions matérielles de détention. Surtout, la décision de 2003 pose le principe que les deux critères de la nature de la décision et de la gravité de ses effets ne sont pas cumulatifs mais complémentaires. Ainsi, un seul des deux critères doit être rempli pour ne plus considérer la mesure comme une MOI. Il faut, cependant, noter que cette diminution de la catégorie des MOI connaissait des limites. Ainsi, la mise en cellule disciplinaire à titre préventif était toujours qualifiée de MOI (, 12/03/2003, *Garde des Sceaux, Ministre de la justice c/ Frérot*).

Tous ces arrêts traduisent la nouvelle démarche adoptée par le juge administratif.

2 – La nouvelle méthode du juge administratif

Les arrêts frères de 1995 sont l'occasion pour le Conseil d'Etat d'inaugurer une nouvelle façon d'appréhender la catégorie des MOI. Par le passé, le juge adoptait une vision d'ensemble. Ainsi, toute une catégorie de mesures était présumée ne pas avoir d'effets juridiques à l'égard de ses destinataires. Désormais, ce n'est plus une démarche abstraite, mais à une analyse concrète au cas par cas qu'opère le juge administratif. Le juge se sert de différents critères pour apprécier les conséquences juridiques concrètes d'une mesure. C'est ce changement de méthode qui permet une diminution de la catégorie des MOI.

Cette nouvelle méthode s'applique à tous les domaines. Ainsi, les décisions d'affectation des enfants dans une classe sont traditionnellement considérées comme des MOI. Mais, si, dans une affaire particulière, il y a des raisons de penser qu'une mesure a des conséquences sur la scolarité des élèves, le juge admettra la recevabilité du recours. C'est, notamment, le cas de la décision de séparer des jumeaux à l'école. En effet, le maintien en couple ou la séparation de jumeaux en bas âge peut avoir une influence déterminante sur l'éveil de la personnalité et l'apprentissage de l'autonomie par les deux enfants. Le

juge considère donc que cette mesure fait grief (CAA Versailles, 17/02/2005, Mr. et Mme. José D).

En changeant, ainsi, de méthode, le juge soumet à son contrôle un plus grand nombre de mesures. C'est notamment de l'encadrement du droit de visite par un dispositif de séparation.

II - L'encadrement du droit de visite par un dispositif de séparation n'est pas une MOI

Pour parvenir à cette décision, la cour d'appel se base sur les effets de la mesure (A). Cette nouvelle qualification emporte des conséquences (B).

A - Les effets de la mesure

Cette décision a fait l'objet d'un précédent jurisprudentiel (1). Pour la rendre, le juge d'appel s'est basé sur les effets de la mesure (2).

1 - Le précédent jurisprudentiel

Celui-ci résulte d'un jugement rendu par la cour administrative d'appel de Paris à propos d'un détenu désormais célèbre (29/04/2001, *Frérot*) . Dans cet arrêt, la cour fait la distinction entre les décisions d'accès au parloir avec dispositif de séparation qui, selon les circonstances de l'espèce, constituent des sanctions pouvant faire l'objet d'un recours juridictionnels et les mesures imposant un parloir avec séparation qui ne sont pas des sanctions, mais qui obéissent à d'autres impératifs et considérations que la volonté de sanctionner a posteriori une infraction commise à l'occasion d'une visite.

La cour n'a pas déduit, pour autant, que toute mesure de privation de parloir sans séparation était une MOI. Mais, pour juger de la nature de la mesure attaquée, elle a analysé les effets concrets de la mesure sur les conditions de détention.

C'est cette même analyse que les juges de Bordeaux appliquent en l'espèce.

2 – La solution du 6 juillet 2007

Le juge reprend les critères de l'arrêt Marie, à savoir la nature et la gravité de la mesure. En l'espèce, la mesure n'est pas une sanction disciplinaire, mais elle a pour but d'éviter toutes tentatives d'évasion, Mr. F. entretenant encore des relations avec « le milieu ».

Certes, la mesure est sans influence sur la situation juridique et statutaire de l'intéressé et elle ne le prive pas de droit de visite. Mais, la privation de tout contact physique avec ses proches, notamment sa fille née en 2002, est une entrave particulièrement douloureuse à l'entretien du lien familial et affectif. De plus, la mesure n'est pas limitée dans le temps. Elle fait de cette situation le régime général et permanent du droit de visite, un élément de plus qui peut contribuer à la démoralisation du détenu.

Cette mesure fait donc grief. Le juge peut examiner sa légalité.

B – Les conséquences de la nouvelle appréciation

Puisqu'elle fait, désormais grief, le cour administrative d'appel de Bordeaux analyse la légalité de cette mesure (1). Il importe, enfin, de relever les limites de la nouvelle méthode du juge administratif (2).

1 – L'analyse de la légalité de la mesure

Le requérant invoque un vice affectant la présentation extérieure de l'acte, et plus précisément un défaut de motivation de la décision. Par motivation, il faut entendre l'exposé des considérations de fait et de droit qui ont justifiés la décision. Bien qu'importante, cette formalité ne fait pas l'objet d'une consécration par le Conseil d'Etat, puisque les décisions administratives n'ont pas, en principe, à être motivées. La jurisprudence n'impose, ainsi, la motivation qu'en ce qui concerne les décisions prises par les organismes collégiaux composées par les représentants des professions intéressées. Quant aux textes, à l'exception de dispositions particulières, c'est la loi du 11 juillet 1979 qui pose les règles en la matière. Cette loi prévoit la motivation obligatoire dans deux cas. Le premier concerne les décisions individuelles défavorables à leur destinataire. Il

s'agit, ainsi, des mesures qui restreignent les libertés publiques ou, de manière générale, constituent une mesure de police, ou encore des sanctions. La seconde catégorie comprend les décisions administratives individuelles qui dérogent aux règles générales fixées par la loi ou le règlement.

En l'espèce, au terme de l'article D405 du code de procédure pénale, ce régime de visite ne peut être instituée que s'il y a des raisons précises de penser que le détenu peut s'évader. Or, dans cette affaire, le directeur de la maison d'arrêt se réfère de façon générale à la « situation pénale » et à la « personnalité » du détenu. Par conséquent, la cour estime que cette motivation est insuffisante. Elle ne contient pas les éléments de fait sur lesquels l'Administration s'est basé pour estimer qu'il existait des raisons sérieuses de redouter un incident.

Bien qu'allant dans le sens de la réduction de la catégorie des MOI, cette nouvelle démarche du juge administratif connaît des limites.

2 – Les limites de la nouvelle méthode du Conseil d'Etat

Certains arrêts s'inscrivent dans la lignée de la jurisprudence Marie. A titre d'exemple, la décision de l'administration pénitentiaire relative à la procédure d'acquisition par les détenus de matériel informatique n'est pas une MOI (CE, 18/03/1998, Druelle). Cependant, le Conseil d'Etat maintient, parfois, la qualification de MOI. Ainsi, la mise en cellule disciplinaire à titre préventif reste, au terme de débats entre les cours administratives d'appel (CAA Paris, 29/06/2001, Frérot) et le Conseil d'Etat une MOI (CE, 12/03/2003, Garde des Sceaux, Ministre de la justice c/ Frérot). Une certaine imprécision règne donc sur la détermination de la catégorie des MOI.

C'est pourquoi le Conseil d'Etat a tenté de lever ces doutes avec trois arrêts d'assemblée rendus le 14 décembre 2007 (Boussouar, Planchenault et Payet). Par ces arrêts, le Conseil d'Etat précise la jurisprudence Marie-Remli et entend fixer une grille de lecture permettant de déterminer la recevabilité de la requête.

Le Conseil d'Etat commence par réaffirmer que la recevabilité du recours contre une mesure découle de sa nature et de ses effets. Puis, la Haute Cour suit l'invitation lancée par son commissaire du Gouvernement d'abandonner l'appréhension de "la recevabilité du recours mesure par mesure au profit d'un raisonnement catégorie de mesures par catégorie

de mesures". Cet effort de catégorisation ou de formalisation a pour but de réduire l'instabilité juridique qui pèse sur la catégorie des MOI. Cette ligne générale est sous-tendue par trois idées.

La première est qu'il ne faut pas avoir une approche exclusivement juridique de la mesure, mais au contraire concrète de celle-ci pour apprécier sa nature et ses effets sur la situation des détenus.

L'élément de formalisation se retrouve dans le fait qu'il faut délaisser une approche décision par décision pour une approche catégorie de mesures par catégorie de mesures. En d'autres termes, certaines catégories de mesures sont susceptibles d'un recours, d'autres non. Les premières sont affectées d'une présomption irréfragable de justiciabilité, les secondes d'une présomption de fermeture du recours. Mais, dans ce dernier cas, cette présomption est simple. Elle peut donc être renversée. C'est là la troisième idée.

Ainsi, la catégorie des mesures insusceptibles d'un recours connaît une exception : le recours est possible lorsque la décision *met en cause les droits et libertés fondamentaux des détenus*. Cette exception tient à la menace de contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme. Figurent au titre des droits et libertés fondamentaux, notamment, le droit au respect de la vie privée et familiale, ainsi que le respect de la dignité de la personne humaine.

Par cette jurisprudence, le Conseil d'Etat entend donner aux justiciables et à l'Administration les moyens de prévoir la justiciabilité des décisions. C'est sur la base de cette jurisprudence que le Conseil d'Etat est revenu sur sa jurisprudence Frérot de 2003 : ainsi, la mise en cellule disciplinaire à titre préventif n'est plus considérée comme une MOI (CE, 17/12/2008, Section française de l'Observatoire international des prisons).

Contestation possible de la validité d'un contrat pour les concurrents évincés (CE, ass., 16/07/2007, Société Tropic travaux signalisation)

Sommaire

- [Début](#)
- [II - Le nouveau recours contractuel offert aux tiers](#)

Si le recours contre un acte administratif unilatéral est ouvert à toute personne qui a un intérêt à agir, il n'en va pas de même du recours contre un contrat administratif. Dans cette dernière hypothèse, seules les parties

au contrat ont le droit d'agir contre cet acte. Les tiers, eux, ne peuvent contester la validité de ce contrat. C'est sur ce dernier point que l'arrêt Société Tropic travaux opère un remarquable revirement de jurisprudence en admettant la possibilité pour les tiers évincés de la conclusion d'un contrat administratif de contester la validité de ce contrat.

Quels sont les faits de l'affaire ?

En l'espèce, la Chambre de commerce et d'industrie de Point-à-Pitre lance une procédure d'appel d'offres ouvert pour l'attribution d'un marché à bons de commande d'une durée de trois ans et portant sur le marquage des aires d'avions et chaussées routières de l'aéroport de Point-à-Pitre le Raizet. Malheureusement pour elle, la société Tropic travaux signalisation Guadeloupe voit son offre rejetée le 14 novembre 2005, le marché ayant finalement été attribué à la société Rugoway. La société saisit, alors, le tribunal administratif de Basse-Terre d'une demande d'annulation de la décision de rejet de son offre, de la décision de retenir celle de la société Rugoway, de la décision de passer le marché, ainsi que du marché lui-même. Elle introduit également une demande de suspension des mêmes actes. Mais, cette demande est rejetée par une ordonnance du 2 mars 2006. La société intéressée se pourvoit donc en cassation contre cette ordonnance. Le 16 juillet 2006, le Conseil d'Etat rend son arrêt en assemblée.

L'arrêt est remarquable car il met fin à une jurisprudence vieille de plus d'un siècle. Jusqu'à présent, seules les parties au contrat pouvaient demander l'annulation de ce contrat. Cette possibilité n'était pas ouverte aux tiers. Ces derniers ne pouvaient agir que contre les actes qui préparaient le contrat tout en étant détachable. Ces solutions s'expliquent par la volonté de faire sa part à respect de la sécurité juridique des parties aux contrats. Elles n'étaient, cependant, pas satisfaisantes. Ainsi, l'annulation d'un acte détachable avaient des conséquences qu'il était difficile de prévoir. De plus, cette jurisprudence n'était pas en accord avec le droit communautaire. Autant de raisons qui ont poussé le juge administratif à admettre la possibilité pour les concurrents évincés de la conclusion d'un contrat administratif de venir contester la validité de ce contrat. Il faut, enfin, signaler qu'afin de ne pas porter une atteinte excessive aux droits des parties ce recours est strictement encadré.

Précisons pour terminer que nous ne nous attarderons pas sur les particularités de cette décision tenant à la date d'application de ce

nouveau recours. Ces considérations sont spécifiques et représentent un degré d'analyse qu'il n'y a pas lieu de respecter ici.

Il convient donc d'étudier, dans une première partie, les solutions insatisfaisantes de la jurisprudence relative aux tiers par rapport au contrat (I), puis d'analyser, dans une seconde partie, le nouveau recours contractuel offert aux tiers (II).

I – Tiers et contrats : des solutions insatisfaisantes

Jusqu'à cette décision, les tiers n'avaient pas de recours direct contre les contrats (A). Cette situation a connu, cependant, de multiples exceptions à la fin du XX^e siècle (B).

A – L'absence antérieure de recours direct contre les contrats

Il importe de revenir sur les principes originels régissant cette matière (1), puis d'envisager les outils de droit commun dont disposent les tiers vis-à-vis des contrats administratifs (2).

1 – Les principes originels

Les principes sont simples. Le juge du contrat ne peut être saisi que par les parties. Les tiers à un contrat ne peuvent pas demander à un juge l'annulation de ce contrat. Ce principe remonte à la fin du XIX^e siècle. Cette solution s'explique par le fait que le juge ne peut pas ignorer les droits acquis par les parties du fait d'un contrat, ni la compétence de l'autorité judiciaire sur un grand nombre de contrats. De plus, une autre explication tient à la nature des contentieux. Le contentieux de l'excès de pouvoir s'est affirmé comme un contentieux de légalité objective, alors que le contrat représente des droits purement subjectifs.

Cette solution a pour conséquence que les moyens d'action des tiers étaient jusqu'à aujourd'hui limités.

2- Les moyens d'actions limités des tiers

Le premier moyen d'action des tiers est de contester la validité d'un acte détachable du contrat mais qui concourt à sa préparation. Il faut ici préciser que les conséquences de l'annulation d'un contrat sur la validité de ce dernier sont longues et complexes. L'annulation d'un acte détachable n'entraîne pas systématiquement l'annulation du contrat. De plus, si le juge des référés suspension en matière contractuelle est saisi d'une demande tendant à l'annulation d'un acte détachable, il sera contraint de prononcer le non-lieu dès que le contrat sera signé.

Ensuite, il existe le référé précontractuel qui permet au juge d'interrompre les procédures de passation des marchés publics et de délégation de service public en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence.

On le voit, les possibilités d'action des tiers sont inexistantes dès que le contrat est signé. Cette considération explique l'amorce de nouvelles solutions.

B - Les prémisses de l'arrêt Société Tropic travaux

L'arrêt étudié a été précédé par plusieurs solutions offrant dans des hypothèses limitées des recours aux tiers contre le contrat (1). A cela s'ajoute plusieurs considérations attisant le changement des règles en la matière (2).

1 - Les premières exceptions

La première exception remonte à la loi du 2 mars 1982 qui permet au préfet de demander l'annulation de contrats de collectivités locales dans le cadre du contrôle de légalité. Pour la première fois, un tiers est admis à demander l'annulation d'un contrat.

Récemment, le juge administratif a admis le REP formé par des tiers contre le recrutement d'agent public (CE, sect., 30/10/1998, Ville de Lisieux).

Juste avant, le juge avait admis le REP d'un tiers contre les clauses réglementaires d'un contrat (CE, ass., 10/07/1996, Cayzelle), que le Conseil d'Etat a, par la suite jugé divisible du contrat par nature (CE, 8/04/2009, Ass. Alcaly).

De plus, le juge avait admis d'annuler, sur la demande des tiers, les actes préparatoires au contrat et qui s'en détachent (CE, 4/08/1905, Martin). Cela s'explique par la volonté de faire sa part au respect des intérêts des tiers.

Toutes ces solutions s'ajoutent à plusieurs considérations incitant à un revirement de jurisprudence.

2 – Les facteurs influençant un revirement jurisprudentiel

L'une des premières causes d'évolution s'explique par la complexité de la jurisprudence, et notamment des conséquences de l'annulation d'un acte détachable sur la validité d'un contrat. Tirer les conséquences de l'annulation d'un tel acte suppose une procédure longue et complexe. Et, encore, les solutions sont diverses et variées. Elles dépendent du motif retenu pour annuler l'acte détachable et de la nature et du degré du lien existant entre cet acte et le contrat. Encore une fois, l'annulation d'un acte détachable n'entraîne pas systématiquement l'annulation du contrat.

Les autres raisons tiennent à l'évolution du droit communautaire. Plusieurs directives communautaires concernant les recours contractuels devraient être modifiées dans un proche avenir dans le sens de la remise en cause de l'inviolabilité contractuelle, notamment en cas de grave violation du droit communautaire des marchés publics. De plus, la CJCE a récemment jugé que l'Allemagne avait manqué à ses obligations en ne mettant pas fin à un contrat conclu au mépris du droit communautaire des marchés publics (CJCE, 18/07/2007, Commission c/ Allemagne).

Toutes ces raisons ont poussé le Conseil d'Etat à faire évoluer sa jurisprudence.

II – Le nouveau recours contractuel offert au tiers

Il faut, au préalable, préciser, les principes qui guident ce nouveau recours (A), puis en délimiter les contours (B).

A – Les principes du nouveau recours

Il faut, d'abord, le définir (1), avant d'analyser ses conséquences (2).

1 – Définition

Il est admis pour la première fois que des tiers au contrat peuvent contester la validité de celui-ci. Certes, cette solution remet en cause la stabilité des relations contractuelles. Mais, elle se trouve justifiée par d'autres arguments. Tout d'abord, le contrat administratif est un moyen de l'action publique, il concerne donc de ce fait l'intérêt général. Il n'est donc pas illogique de soutenir que d'autres personnes que les parties au contrat puissent être concernées par ce contrat. De plus, certains tiers sont suffisamment proches de la sphère contractuelle qu'il peut arriver que la conclusion ou l'exécution du contrat lèsent des droits subjectifs qu'il détiennent.

Conformément aux conclusions du commissaire du gouvernement, les pouvoirs du juge sont larges. Il peut prononcer la résiliation du contrat ou modifier certaines de ses clauses. Il peut aussi décider de la poursuite de l'exécution du contrat, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation par la collectivité contractante. Il peut encore accorder des indemnisations en réparation des droits lésés. Il peut, enfin, après avoir vérifié que l'annulation du contrat ne porterait pas une atteinte excessive à l'intérêt général ou aux droits des cocontractants, annuler, totalement ou partiellement, le contrat.

Cette nouvelle solution emporte des conséquences sur les anciennes voies d'action ouvertes aux tiers.

2 – Les conséquences de ce revirement

La conséquence principale concerne les tiers intéressés. A partir de la conclusion du contrat, le concurrent évincé ne peut plus demander l'annulation pour excès de pouvoir des actes détachables du contrat. La solution est logique si l'on songe qu'ils disposent, dorénavant, d'un moyen d'action direct pour faire respecter leurs intérêts lésés. En revanche, les

autres personnes titulaires de la qualité de tiers, sans, être un concurrent évincé, pourront encore attaquer les actes détachables du contrat.

Il faut, enfin, signaler que ce revirement ne met pas fin au référé précontractuel. En revanche, conformément aux conclusions du commissaire du gouvernement, la requête contestant la validité du contrat peut être accompagnée d'une demande de référé suspension sur la base de l'article L 521-1 du Code de justice administrative.

Ce recours est strictement encadré.

B- Les conditions du nouveau recours

Certaines tiennent au titulaire du recours (1), d'autres aux délais de recours (2)/

1 – Les titulaires du recours

Pour le Conseil d'Etat le seul tiers habilité à utiliser cette procédure est le concurrent évincé de la procédure de conclusion du contrat.

Le commissaire du gouvernement avait, pourtant, une appréciation plus large. Pour lui, il s'agissait des « tiers pouvant se prévaloir d'un droit de nature patrimoniale qui aurait été lésé par la signature du contrat ». Cette formule vise les entreprises évincées de la procédure de passation du contrat, mais aussi les usagers du service public ou encore le contribuable local. Ne sont, en revanche, pas concernées les membres des assemblées délibérantes des collectivités publiques ou encore les associations.

Il faut, cependant, considérer qu'il y a de fortes chances que cette jurisprudence évolue et que le Conseil d'Etat rajoute de nouvelles personnes à la liste des personnes pouvant prétendre exercer un tel recours. En d'autres termes, la liste des tiers ne semble pas être close.

D'autres conditions touchent au délai de recours.

2 – Le délai de recours

Afin de préserver la stabilité juridique des parties au contrat, il est admis un délai d'action relativement court. Celui-ci est de deux mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées.

Pour le commissaire du gouvernement, ces formalités de publicité peuvent consister en la publication de la décision de signer le contrat ou un simple affichage pour les contrats plus modestes.

Pour le Conseil d'Etat, il s'agit d'un avis mentionnant à la fois la conclusion du contrat et les modalités de sa consultation dans le respect des secrets protégés par la loi.

Si l'on revient, pour terminer, aux faits de l'affaire Tropic travaux, le juge censure l'ordonnance du juge des référés. Mais, il ne donne pas raison à la société car aucun moyen satisfaisant n'est soulevé pour contester la validité du contrat. La requête est donc rejetée.