

Communication de la Commission nationale consultative des droits de l'homme et du Médiateur de la République au titre de la Règle 9 des Règles du Comité des Ministres pour la surveillance de l'exécution des arrêts et des termes des règlements amiables 25 septembre 2009

Arrêt Frérot c/. France, CEDH, 12 juin 2007

La Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCNDH) et le Médiateur de la République estiment qu'en raison de l'absence ou de l'insuffisance des mesures générales prises par la France consécutivement à l'arrêt *Frérot contre France* du 12 juin 2007¹, cet arrêt n'a pas été pleinement exécuté. Ils recommandent en vue de sa pleine exécution l'adoption de diverses mesures pour éviter la répétition des violations constatées des articles 3, 6§1, 8, 13 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

La Cour condamne la France pour **violation de l'article 3**, en raison du régime de fouilles appliqué au requérant. La CNCNDH et le Médiateur de la République considèrent qu'en vue de prévenir de nouvelles condamnations, la France doit adopter les mesures suivantes :

- l'abrogation de la circulaire du 14 mars 1986 relative à la fouille des détenus ;
- l'encadrement législatif strict du recours aux fouilles intégrales, notamment à l'égard des détenus particulièrement signalés ;
- la substitution dans la loi au critère de présomption d'infraction, comme motif de justification des fouilles, celui de l'existence de raisons plausibles de soupçonner que la personne détenue a commis, tenté de commettre ou se prépare à commettre une infraction ;
- la substitution dans la loi au critère de personnalité, comme motif d'adaptation du régime des fouilles, celui de comportement, dont l'évaluation relève d'une équipe pluridisciplinaire ;
- l'inscription du principe de proportionnalité dans la loi visant à rendre exceptionnel le recours aux fouilles intégrales, au détriment des fouilles par palpation ;
- l'obligation de motivation des fouilles et d'inscription systématique dans un registre institué à cet effet dans chaque établissement pénitentiaire du nombre de fouilles pratiquées sur chaque personne détenue, du nom de la personne fouillée et du personnel pénitentiaire pratiquant la fouille, de l'heure et de la date de la fouille, de son motif et de sa nature, registre auquel les autorités administratives et judiciaires qui le demandent peuvent avoir accès.
- le développement de formations et de mesures de sensibilisation à l'égard des agents pénitentiaires sur l'encadrement nécessaire du recours aux fouilles intégrales et sur leur caractère attentatoire à la dignité humaine.

La Cour condamne la France pour **violation de l'article 8** au titre d'une atteinte au droit au respect de la correspondance du requérant. La CNCNDH et le Médiateur de la République estiment qu'en vue de prévenir de nouvelles condamnations, la France doit adopter les mesures suivantes :

- la suppression des motifs d'ingérence dans le principe de la liberté de correspondance tels que prévus dans la circulaire de 1986, à savoir la définition de la correspondance et la prise en compte d'un critère de personnalité pour autoriser sa rétention ;
- l'adoption dans la loi d'une définition élargie de la correspondance, en supprimant la référence à son contenu ;
- la limitation dans le temps de la durée de la rétention ;
- l'inscription dans la loi de l'obligation de notification écrite et motivée de la décision de rétention d'une correspondance.

La Cour condamne la France pour **violation de l'article 13** au motif que le requérant ne disposait pas d'un recours effectif lui permettant de contester la décision de rétention de sa correspondance. La CNCNDH et le Médiateur de la République estiment qu'en vue de prévenir de nouvelles condamnations, la France doit adopter la mesure suivante :

- mettre un terme à l'irrecevabilité opposée aux recours contre les décisions de rétention et de contrôle des correspondances, irrecevabilité fondée sur leur qualification de mesure d'ordre intérieur.

** Toutes les dispositions conventionnelles, législatives ou réglementaires mentionnées dans la présente communication sont répertoriées dans l'annexe.*

¹ CEDH, *Frérot c. France*, requête 70204/01, 12 juin 2007.

En application de la Règle 9§2 des Règles du Comité des Ministres pour la surveillance de l'exécution des arrêts et des termes des règlements amiables, la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCNDH) et le Médiateur de la République française entendent se prononcer sur l'état d'exécution de l'arrêt *Frérot* de la Cour européenne des droits de l'homme condamnant la France pour violation des articles 3 (interdiction de la torture, des traitements inhumains ou dégradants), 6§1 (droit à un procès équitable), 8 (droit au respect de la correspondance) et 13 (droit à l'exercice d'un recours effectif) articles de la Convention européenne des droits de l'homme.

La jurisprudence récente de la Cour condamnant la France en matière de fouilles corporelles des personnes détenues² démontre une nouvelle fois l'urgence de modifier l'ensemble des règles juridiques attachées au statut et aux droits de ces personnes. Si l'institution par la loi du 30 octobre 2007 d'un Contrôleur général des lieux de privation de liberté (CGLPL), qui ajoute une garantie nouvelle à celle résultant déjà de l'institution par la loi du 6 juin 2000 de la Commission nationale de déontologie et de la sécurité (CNDS), témoigne d'une prise de conscience de réformes nécessaires, les rapports d'activité de ces deux autorités administratives indépendantes pour 2008 font état de la pérennité des pratiques contestées par la Cour en matière de fouilles et de rétention de correspondance. Par ailleurs, si le Gouvernement a manifesté sa volonté de réformer le monde carcéral par l'élaboration d'une loi pénitentiaire, celle-ci ne satisfait pas, en l'état actuel, aux exigences de la Cour³. Cette dernière a condamné la France en janvier 2007 dans l'arrêt *Frérot* pour violation des articles 3 (interdiction de la torture, des traitements inhumains ou dégradants), 6§1 (droit à un procès équitable), 8 (droit au respect de la correspondance) et 13 (droit à l'exercice d'un recours effectif).

Le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, chargé de surveiller l'exécution par les Etats membres des arrêts de la Cour, demande à la France de prendre certaines mesures générales pour éviter la répétition des violations. Or, la CNCNDH et le Médiateur de la République estiment, pour diverses raisons exposées ci-après, que le Gouvernement français n'a pas pris les mesures adéquates pour une exécution pleine et entière de l'arrêt *Frérot* permettant d'éviter de nouvelles condamnations de la France. Tout d'abord, le régime des fouilles corporelles des personnes détenues (I) et celui du contrôle de la correspondance (II) n'ont pas, depuis 2007, connu d'évolution significative. En outre, le droit interne ne permet toujours pas aux personnes détenues de bénéficier d'un recours effectif contre une décision de rétention de leur correspondance (III). Enfin, en dépit de nouvelles mesures, la longueur des procédures juridictionnelles en France reste un problème non résolu (IV).

Aussi, la CNCNDH et le Médiateur de la République entendent dans le cadre de cette communication attirer l'attention du Comité des Ministres sur les raisons qui les conduisent à considérer que la France n'a pas, en l'état de sa législation et de sa pratique, pris les mesures nécessaires à l'exécution de l'arrêt *Frérot*.

I – Violation de l'article 3

Dans l'arrêt *Frérot*, la Cour européenne considère que « *des fouilles corporelles, même intégrales, peuvent parfois se révéler nécessaires pour assurer la sécurité dans une prison - y compris celle du détenu lui-même -, défendre l'ordre ou prévenir les infractions pénales* » (§38). Pour être conformes à l'article 3 de la Convention européenne, les fouilles doivent donc d'abord être nécessaires pour parvenir à l'un de ces buts. A cette condition de nécessité, la Cour ajoute une seconde condition tenant à la proportionnalité des modalités de fouilles. Celles-ci doivent en effet être « *adéquates [...] de manière à ce que le degré de souffrance ou d'humiliation subi par les détenus ne dépasse pas celui que comporte inévitablement cette forme de traitement légitime* » (§38). Divers éléments sont pris en compte par la Cour pour conclure à des modalités inhumaines ou dégradantes, comme la nature de l'acte considéré isolément (§36) - elle relève à cet égard que « *plus importante est l'intrusion dans l'intimité du détenu fouillé à corps (notamment lorsque ces modalités incluent l'obligation de se dévêtir devant autrui, plus encore lorsque l'intéressé doit en sus prendre des postures embarrassantes), plus grande est la vigilance qui s'impose* » (§38) - mais également la

² CEDH, *Khider c. France*, requête n°3964/05, 9 juillet 2009.

³ Le projet de loi pénitentiaire a été voté en première lecture par le Sénat et l'Assemblée nationale mais en des termes différents. En raison de la déclaration d'urgence sur ce texte, la Commission mixte paritaire doit maintenant établir une version commune qui sera ensuite soumise aux deux assemblées pour un vote définitif. En date du 25 septembre 2009, cette communication s'appuie donc sur le texte tel qu'il résulte des délibérations de l'Assemblée nationale à l'issue de la troisième séance du 17 septembre 2009.

fréquence des fouilles - par exemple si elles sont effectuées de manière routinière, sans répondre à un « impératif de sécurité convaincant » (§39)⁴ - ou encore les « conditions générales de détention ».

Dans l'arrêt *Frérot*, la Cour estime également que les fouilles s'avéraient nécessaires en l'espèce « pour la sécurité ou la prévention des infractions pénales » (§45). Elle juge également que les modalités selon lesquelles ont été exercées les fouilles sont « globalement adéquates » (§41) et ne sont donc pas constitutives d'un traitement inhumain ou dégradant. Elles ont, en effet, été réalisées en conformité avec la circulaire du 14 mars 1986 et la note technique annexée. Or, « une fouille à corps qui se déroule de la sorte [...] n'est pas [par principe] incompatible avec l'article 3 de la Convention » (§41). La Cour « valide » donc indirectement les modalités des fouilles telles que prévues par ces deux textes. Le caractère routinier n'est pas non plus avéré en l'espèce. En effet, même s'il semble tout à fait crédible à la Cour que le requérant ait fait l'objet de fouilles répétées durant sa détention, celles-ci n'atteignent pas le niveau de fréquence caractérisé dans les arrêts *Van der Ven* et *Lorsé*⁵.

La Cour conclut néanmoins à l'existence d'une violation de l'article 3 pour traitement dégradant. Les juges européens se disent en effet particulièrement frappés « par le fait que, d'un lieu de détention à un autre, les modalités les plus intrusives dans l'intimité corporelle ont été appliquées de manière variable au requérant » (§46). La Cour retient que les fouilles corporelles comportant une inspection visuelle buccale et anale étaient réalisées à une fréquence élevée lorsque le requérant se trouvait incarcéré à la maison d'arrêt de Fresnes et qu'elles ne reposaient sur aucun « impératif convaincant de sécurité, de défense de l'ordre ou de prévention des infractions pénales » (§46-47). Dans ces conditions et face à de telles différences de pratiques entre établissements pénitentiaires, la Cour estime que « les détenus concernés, tel le requérant, [peuvent avoir] le sentiment d'être de la sorte victimes de mesures arbitraires » (§47). Associé à des sentiments d'angoisse et d'infériorité, d'atteinte à la dignité et d'humiliation, inhérents aux fouilles, le sentiment d'arbitraire conduit la Cour à qualifier le régime auquel la personne détenue a été soumise à la maison d'arrêt de Fresnes de traitement dégradant.

Afin d'éviter la répétition de la violation caractérisée de l'article 3, il convient donc de limiter les risques d'arbitraire quant à l'application du régime de fouilles (A). Cependant, dans une perspective plus large d'évaluation des risques de violation de l'article 3 en matière de fouilles, il est opportun d'examiner également les risques de modalités disproportionnées du régime des fouilles actuellement en vigueur, soit en raison d'une pratique routinière (B), soit en raison de la nature même du type de fouilles pratiquées (C).

A – Limiter les risques d'arbitraire

Les textes régissant les fouilles, à savoir les dispositions réglementaires du CPP (articles D.275, D.284, D.294 et D.406) et la circulaire du 14 mars 1986 relative à la fouille des détenus, sont d'application générale et doivent donc, en théorie, trouver une mise en œuvre uniforme dans l'ensemble des établissements pénitentiaires. En pratique, il semble que les choses soient bien différentes⁶.

Comme le souligne la Cour, le sentiment d'arbitraire que peuvent ressentir les personnes détenues à l'occasion des fouilles corporelles est renforcé par la circonstance que les textes qui en fixent la fréquence et en déterminent les modalités émanent de l'administration pénitentiaire et par l'importance de la marge d'appréciation qui est concédée aux chefs d'établissement en ce qui concerne les inspections inopinées. Ainsi, c'est l'insuffisance du cadre légal du régime des fouilles et le manque d'encadrement matériel des pouvoirs du chef d'établissement qui sont à l'origine de la violation de l'article 3 et qu'il est donc nécessaire de corriger pour l'exécution de l'arrêt *Frérot*.

⁴ CEDH, *Valasinas c. Lituanie*, requête n°44558/98, 24 juillet 2001 (3^{ème} section) ; CEDH, *Iwanczuk c. Pologne*, requête n°25196/94, 15 Novembre 2001 (4^{ème} section) ; CEDH, *Van der Ven c. Pays-Bas*, requête n°50901/99, 4 Février 2003 (ancienne 1^{ère} section) ; CEDH, *Lorsé c. Pays-Bas*, requête n°52750/99, 4 Février 2003 (ancienne 1^{ère} section) ; CEDH, *Ramirez Sanchez c. France*, requête n°59450/00, 4 juillet 2006 (Grande chambre) ; CEDH, *Yankov c. Bulgarie*, requête n°70728/01, 7 Février 2008 (5^{ème} section) ; CEDH, *Khider c. France*, requête n°3964/05, 9 juillet 2009.

⁵ CEDH, *Van der Ven c. Pays-Bas*, requête n°50901/99, 4 Février 2003 (ancienne 1^{ère} section) ; CEDH, *Lorsé c. Pays-Bas*, requête n°52750/99, 4 Février 2003 (ancienne 1^{ère} section).

⁶ La CNCDH avait en effet constaté dès 2004 que « les fouilles de détenus sont pratiquées de façon plus ou moins systématique selon l'importance que chaque chef d'établissement leur attache. De sorte que l'application de la circulaire varie sensiblement d'un établissement à un autre. Dans bon nombre de prisons, les agents soumettent à la fouille un détenu désigné de façon aléatoire à l'issue de chaque parloir. Cette fouille peut alors se limiter à un contrôle des sous-vêtements. Dans d'autres établissements, des fouilles poussées sont réalisées très régulièrement » CNCDH, *Les droits de l'homme dans la prison*, 11 mars 2004, in CNCDH, *Sanctionner dans le respect des droits de l'homme*, vol.1, La Documentation Française, 2007, p.38.

1 – Insuffisance du cadre légal du régime des fouilles

La nature des textes réglementant les fouilles contribue aux pratiques arbitraires contestées par la Cour en permettant des divergences d'application. Déjà, la Cour avait souligné dans sa jurisprudence *Amuur*, rappelée dans l'arrêt *Frérot* à propos de l'article 8 (§59), que « *les circulaires ne sont rien de plus que des instructions de service adressées, en vertu de son pouvoir hiérarchique, par une autorité administrative supérieure à des agents subordonnés ; elles sont en principe dépourvues de force obligatoire vis-à-vis des administrés. Selon la Cour, on ne saurait voir dans un texte de cette nature, édicté en dehors de l'exercice d'un pouvoir normatif, la « loi » [...] »⁷. Or, la circulaire du 14 mars 1986 relative à la fouille des détenus n'a jusqu'ici fait l'objet d'aucune abrogation et demeure donc en vigueur. En outre, comme le mentionne le CGLPL dans son dernier rapport, des notes de service propres à chaque établissement viennent réglementer le recours aux fouilles en imposant certaines pratiques⁸, ce qui ne fait que renforcer les différences de traitement auxquels sont susceptibles d'être soumises les personnes détenues. L'insuffisance du cadre légal renforcée par de telles pratiques nuit en outre au plein respect du principe de légalité exigeant un droit accessible, lisible et prévisible.*

L'article 24 du projet de loi pénitentiaire pourrait permettre une certaine harmonisation des pratiques entre établissements pénitentiaires. Pour autant, cette disposition n'ayant pas encore été formellement adoptée, il devient difficile d'évaluer si son application contribuera réellement à cette harmonisation. De surcroît, si le projet de loi pénitentiaire réglemente le régime des fouilles, elle le fait dans des termes vagues appelant l'adoption de textes d'application. La CNCDH a déploré, dans son avis sur le projet de loi pénitentiaire, le fait que des pans entiers de la vie en détention, pourtant déterminants pour la condition de la personne détenue et l'exercice de ses droits fondamentaux, relèvent du domaine réglementaire⁹. Ce constat vaut pour le régime des fouilles.

2 – Manque d'encadrement matériel des pouvoirs du chef d'établissement

En l'état actuel des textes, la large marge d'appréciation du chef d'établissement résulte d'un manque d'encadrement dans la prise de décisions relatives aux fouilles, ce qui vient accentuer l'idée que celles-ci sont exercées de manière variable d'un établissement à un autre. En effet, selon l'article D.275 du CPP, « *les détenus doivent être fouillés aussi fréquemment et aussi souvent que le chef d'établissement l'estime nécessaire* ». En outre, la circulaire de 1986 dispose que « *les détenus se rendant aux parloirs font l'objet d'une fouille par palpation, sauf consigne particulière du chef d'établissement prévoyant, en raison de la personnalité d'un détenu, des circonstances, ou au titre de fouilles inopinées, une fouille intégrale* » et qu'« *il est, toutes les fois que le chef d'établissement ou l'un de ses collaborateurs directs l'estime nécessaire, procédé de manière inopinée à la fouille intégrale d'un ou de plusieurs détenus* ».

Dans un arrêt du 14 novembre 2008, le Conseil d'Etat a précisé les conditions dans lesquelles un régime de fouilles corporelles intégrales répétées pourrait être mis en oeuvre sans méconnaître les dispositions de l'article 3 de la Convention. Il a considéré qu'un régime de fouilles ne peut être légitimement appliqué qu'à la double condition « *d'une part, que le recours à ces fouilles intégrales soit justifié, notamment, par l'existence de suspicions fondées sur le comportement du détenu, ses agissements antérieurs ou les circonstances de ses contacts avec des tiers et, d'autre part, qu'elles se déroulent dans des conditions et selon des modalités strictement et exclusivement adaptées à ces nécessités et ces contraintes; qu'il appartient ainsi à l'administration de justifier de la nécessité de ces opérations de fouille et de la proportionnalité des modalités retenues* »¹⁰. Le Conseil d'Etat insiste donc dans cet arrêt sur la nécessité de justifier le recours aux fouilles, cette justification ne pouvant s'appuyer que sur des éléments concrets étayant l'existence de suspicions à savoir le comportement du détenu, ses agissements antérieurs et son contact avec des tiers. Si ces critères rejoignent ceux appliqués par la Cour de Strasbourg et apparaissent par conséquent adéquats, il convient cependant de noter qu'ils ont été dégagés par le Conseil d'Etat à l'occasion d'un litige

⁷ CEDH, *Amuur c. France*, du 25 juin 1996, Recueil 1996-III, § 53.

⁸ CGLPL, *Rapport d'activité 2008*, p.74.

⁹ A ses yeux, « *le projet de loi ne contribue pas à résorber le déséquilibre de l'édifice actuel du droit pénitentiaire, laissant perdurer une situation, pourtant connue et controversée, qui donne toute latitude à l'autorité administrative pour régir par voie réglementaire l'essentiel de cette matière* » - CNCDH, *Avis sur le projet de loi pénitentiaire*, 6 novembre 2008, p.3.

¹⁰ Conseil d'Etat, *Philippe Mahmoud El S.*, Section du contentieux, 10^{ème} et 9^{ème} sections réunies, 14 novembre 2008, n°315622, recueil Lebon.

portant sur un régime spécial de fouilles, comportant quatre à huit fouilles corporelles intégrales journalières, qui semble *per se* contraire à l'article 3 de la Convention.

Sous réserve que cette décision soit lue comme encadrant le régime général des fouilles, il conviendrait de consacrer cette solution dans les textes. Or, aucune modification législative ou réglementaire n'est intervenue depuis l'arrêt *Frérot* pour encadrer davantage la décision du chef d'établissement de recourir aux fouilles. Le projet de loi pénitentiaire (article 24) n'entérine pas l'avancée que représente l'arrêt du Conseil d'Etat de novembre 2008. Elle reconnaît certes le principe de nécessité en exigeant que le recours aux fouilles soit justifié par « *la présomption d'une infraction ou par les risques que le comportement des détenus fait courir à la sécurité des personnes et au maintien de l'ordre dans l'établissement* » évitant ainsi la banalisation des fouilles. Cependant, au regard des motifs retenus, celui de présomption d'infraction semble en deçà de celui exigé par la Cour européenne de « *prévention des infractions pénales* », en ce qu'il permet, en raison de son caractère subjectif, de justifier une fouille sur la base d'une simple suspicion. Le Conseil d'Etat dans son arrêt de novembre 2008 utilise certes le terme de « *suspensions* » mais il exige que celles-ci trouvent leur source dans des « *agissements antérieurs* » du détenu, et non dans des actes futurs éventuels ou vraisemblables. Sur ce point, notons que dans l'arrêt *Frérot*, la Cour exige que les inspections anales fréquentes auxquelles a été soumis le requérant reposent sur des « *soupons concrets et sérieux* ». Elle dénonce par ailleurs le fait qu'à la maison d'arrêt de Fresnes, « *il y avait [...] une présomption que tout détenu revenant du parloir dissimulait de tels objets ou substances dans les parties les plus intimes de son corps* » (§47), c'est-à-dire une présomption systématique d'infraction. Le Comité d'orientation restreint de la loi pénitentiaire avait également insisté sur la nécessité de justifier les fouilles corporelles par des « *impératifs de sécurité objectivables* »¹¹. Il serait donc indispensable de substituer au motif de présomption d'infractions celui de l'existence de raisons plausibles de soupçonner que la personne détenue a commis, tenté de commettre ou se prépare à commettre une infraction¹², ainsi que de substituer au terme d'infraction celui plus limitatif d'infraction pénale.

En outre, si le projet de loi pénitentiaire inscrit le principe de stricte nécessité des fouilles en disposant que « *leur nature et leur fréquence [doivent être] strictement adaptées à ces nécessités* », il ajoute la personnalité des détenus comme critère d'adaptation du régime des fouilles. Or, celui-ci accorde une large liberté d'appréciation aux chefs d'établissement. Contrairement à la notion de comportement retenue par la Cour européenne et le Conseil d'Etat, celle de personnalité ne se réfère pas à des actes concrets mais à des suspicions relevant de l'ordre du probable, introduisant par là même une forte insécurité juridique pour la personne détenue.

Le projet de loi pénitentiaire n'impose donc aucun encadrement strict du recours aux fouilles permettant à la personne détenue de prévoir dans quels cas elle serait susceptible d'en faire l'objet. Ainsi, le risque de violation répétée de l'article 3 en raison du caractère arbitraire des fouilles n'étant pas suffisamment écarté par l'adoption et la mise en œuvre de mesures générales adéquates, l'arrêt *Frérot* n'est pas pleinement exécuté.

B - Encadrer le recours aux fouilles

Si la Cour constate qu'en l'espèce « *le nombre exact et la fréquence des fouilles intégrales [...] subies par le requérant ne sont pas connus* », elle reconnaît toutefois que « *tout détenu est susceptible de faire fréquemment l'objet de fouilles intégrales* » (§46). Ainsi, en principe, une pratique importante des fouilles est rendue possible par les textes en vigueur. En effet, en l'état actuel de la législation, les fouilles sont permises « *aussi souvent que le chef d'établissement l'estime nécessaire* », notamment lors de l'entrée dans l'établissement, avant et après chaque parloir ou visite, lors des transfèrements et extractions¹³ mais également de manière inopinée¹⁴.

La Cour a très récemment condamné la France, par un arrêt *Khider contre France*, à raison des fouilles corporelles répétitives¹⁵. Elle rappelle dans cet arrêt sa jurisprudence *Frérot* et reprend notamment les constats qu'elle avait faits concernant les pratiques de fouilles dans les maisons d'arrêt de Fresnes et de Fleury-Mérogis (§125). Selon la Cour, « *le caractère répété de ces fouilles, combiné avec le caractère strict*

¹¹ Comité d'orientation restreint de la loi pénitentiaire, *Orientations et préconisations*, novembre 2007, p.26.

¹² Ces motifs correspondent à ceux du contrôle d'identité, article 78-2 CPP.

¹³ Articles D.275, D.284, D.294 et D.406 du CPP.

¹⁴ Circulaire DAP 86-29G1 du 14 mars 1986 relative à la fouille des détenus.

¹⁵ CEDH, *Khider c. France*, requête n°3964/05, 9 juillet 2009.

des conditions de détention dont le requérant se plaint (en raison de son classement comme détenu particulièrement surveillé) ne paraissent pas être justifiées par un impératif convaincant de sécurité, de défense de l'ordre ou de prévention des infractions pénales » (§129). Ainsi, les fouilles sont de nature à créer chez la personne détenue « *le sentiment d'avoir été victime de mesures arbitraires* », perception subjective à laquelle elle donne toute son importance.

Le constat de la CNCDH sur « *la mise en oeuvre systématique de fouilles intégrales* » fait en 2004 s'est vu confirmer par différentes instances nationales et européennes¹⁶.

Le Comité européen de prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) a pu constater au cours de sa visite en France en 2006 un recours excessif aux fouilles, notamment à la maison d'arrêt de Fresnes, présageant ainsi un risque élevé de traitement dégradant¹⁷. Il recommande aux autorités françaises de « *veiller à ce que les critères d'opportunité et de proportionnalité soient respectés et que les modalités des fouilles à corps, soient revues, dans le but d'assurer le respect de la dignité de la personne* »¹⁸.

Dans son rapport annuel 2008, le CGLPL, après avoir relevé de manière générale que « *la grande majorité des correspondances fait état d'éléments qui, en apparence, permettent de faire naître un doute sur le respect de la dignité des personnes* » (p.6), constate une multiplication du recours aux fouilles lors des transfèrements, celles-ci ayant lieu bien souvent au départ comme à l'arrivée, de manière parfois même réitérée lors des changements de prise en charge entre services d'escorte, gendarmerie et police. Le Contrôleur note ainsi que les fouilles intégrales des détenus ont notamment lieu après les parloirs « famille » et « avocat » (une fouille par palpation ayant lieu avant le parloir), à l'arrivée au quartier disciplinaire, avant réintégration au quartier de semi-liberté, avant les transferts, à l'aller et au retour d'une extraction hospitalière, et, de manière aléatoire, au retour des promenades¹⁹.

La CNDS dans un avis de novembre 2008 s'est penchée sur le cas d'un requérant qui alléguait avoir fait l'objet, d'avril à octobre 2006, de trois à quatre fouilles à nu, hebdomadaires et inopinées ainsi que d'un nombre difficilement calculable de fouilles à nu à chaque entrée et sortie du bâtiment dans lequel il était détenu et à chaque fois qu'il recevait des visites. La CNDS conclut dès lors, en s'appuyant sur la jurisprudence *Frérot*, à l'existence d'un traitement dégradant en raison de la fréquence des fouilles intégrales et de l'absence de justification. Elle recommande alors « *qu'une réflexion soit engagée sur une réforme de l'article D.275 du CPP et de la circulaire du garde des Sceaux du 14 mars 1986 relative aux fouilles des détenus, afin de diminuer le nombre de fouilles à nu lors des extractions, voire de ne les pratiquer qu'en présence de raisons plausibles de penser que la personne dissimule des objets dangereux pour elle-même ou pour autrui* »²⁰.

Par conséquent, il paraît établi, au regard de la jurisprudence récente de la Cour, des rapports des trois autorités susmentionnées et de plusieurs recours en cours d'examen devant les juridictions françaises²¹, que les fouilles dans les établissements pénitentiaires français sont pratiquées de manière excessive.

Comme expliqué précédemment, le projet de loi pénitentiaire ne semble pas en mesure de pouvoir remédier aux risques d'un recours excessif aux fouilles. Ainsi, le risque de violation répétée de l'article 3 en raison de

¹⁶ La CNCDH considérait en 2004 que « *la mise en oeuvre systématique de fouilles intégrales telle qu'elle résulte de la circulaire de 1986 s'avère incompatible avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui a noté le caractère exceptionnel qui devait présider à son usage* » - CNCDH, *Les droits de l'homme dans la prison*, 11 mars 2004, in CNCDH, *Sanctionner dans le respect des droits de l'homme*, vol.1, La Documentation Française, 2007, p.38.

¹⁷ Rapport au Gouvernement de la République française relatif à la visite effectuée en France par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) du 27 septembre au 9 octobre 2006, CPT/Inf (2007) 44, p.72.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ CGLPL, *Rapport d'activité 2008*, p.74.

²⁰ CNDS, *Avis et recommandations suite à la saisine de M. Louis Mermeas du 18 décembre 2006I, Saisine n°2006-136*, 18 novembre 2008.

²¹ Ainsi par exemple, le tribunal administratif de Rennes est actuellement saisi de la requête dirigée contre une sanction prise à l'égard d'une personne détenue de 82 ans qui s'était montré réfractaire aux fouilles corporelles qui lui étaient imposées systématiquement à l'issue du parloir. Il ressort des pièces d'un autre dossier actuellement pendant devant un tribunal administratif qu'une personne détenue fait l'objet d'extractions forcées et par surprise de sa cellule pour la soumettre à des fouilles corporelles, tribunal administratif de Paris, requête n°0900389/9, 14 janvier 2009.

fouilles routinières n'étant pas suffisamment écarté par l'adoption et la mise en œuvre de mesures générales, l'arrêt Frérot n'est pas pleinement exécuté.

En sus du régime général des fouilles, il existe un régime spécial auquel sont soumises les personnes détenues inscrites au répertoire des Détenus Particulièrement Signalés (DPS). Dans la circulaire qui régit leur inscription, leur radiation et les mesures de surveillance applicables, il est mentionné que « *la vigilance des personnels doit être renforcée lors des [...] opérations de fouille* »²². Le CPT a relevé en 2006 que « *le régime DPS impose une surveillance particulièrement attentive du détenu et, de manière générale, des mesures de sécurité, telles que des fouilles à corps, des fouilles de cellule, une surveillance intensive des mouvements, des rotations régulières de cellule ou d'établissement* »²³, analyse corroborée par le constat selon lequel « *les fouilles de sécurité, visant en général les différentes catégories de détenus soumis à un régime de détention spécial, étaient, dans nombre de cas, d'une fréquence excessive. A titre d'exemple, la délégation du CPT a rencontré à la maison d'arrêt de Fresnes un détenu (placé à l'isolement) alléguant avoir été fouillé à corps à 14 reprises en un mois* »²⁴. Ainsi, comme l'atteste l'arrêt *Khider*, les personnes détenues inscrites au répertoire DPS sont soumises à des fouilles à corps répétées. La Cour est d'ailleurs actuellement saisie de la requête d'une personne détenue qui fait valoir que le régime spécial de fouilles comportant quatre à huit inspections anales par jour, de surcroît filmées par un agent d'une Equipe régionale d'intervention et de sécurité est constitutif d'une violation des articles 3 et 8 de la Convention²⁵. Dès lors, comme explicité précédemment, l'encadrement d'un régime de détention spécial, impliquant des fouilles à corps intégrales inopinées, par une simple circulaire demeure insuffisant. Il est susceptible, de donner lieu, comme dans l'arrêt *Frérot*, à des pratiques intrusives variant d'un établissement à l'autre.

C – Contrôler les modalités des fouilles

Concernant les modalités des fouilles, si dans le cas d'espèce, elles sont jugées « *globalement adéquates* » (§41) par la Cour, la CNCDH et le Médiateur de la République s'inquiètent du recours fréquent aux fouilles intégrales au détriment des fouilles par palpation. En effet, en l'état actuel du droit, le CPP ne fait aucune distinction entre ces deux types de fouilles et c'est uniquement dans la circulaire de 1986 que la distinction s'opère, sans pour autant hiérarchiser clairement le recours à tel ou tel type de fouille. Or, même si la Cour reconnaît la légitimité des fouilles intégrales, elle rappelle, en application du principe de proportionnalité, que « *plus importante est l'intrusion dans l'intimité du détenu fouillé à corps, plus grande est la vigilance qui s'impose* » (§38). Le CPT faisait le constat en 2006 « *d'une fréquence élevée de fouilles à corps – avec mise à nu systématique – d'un détenu [comportant] un risque élevé de traitement dégradant* ». Dans l'avis sur le projet de loi pénitentiaire, la CNCDH a d'ailleurs réaffirmé, comme elle l'avait fait en 2004²⁶, « *la nécessité d'atteindre le même niveau de sécurité (que celui obtenu par le recours aux fouilles intégrales) en recourant à des moyens de détection modernes garantissant le respect de la dignité de la personne et de son intégrité physique et psychique* »²⁷.

Il est à relever que le projet de loi pénitentiaire paraît faire des fouilles intégrales une exception puisqu'elles ne sont possibles que lorsque « *les fouilles par palpation ou les moyens de détection électronique sont insuffisants* ». Mais cette insuffisance ne pouvant être que matérielle, cette disposition ne répond pas à la nécessité, reconnue par la Cour, d'opérer une distinction réelle entre les fouilles par palpation et les fouilles intégrales.

Par ailleurs, le recours sensiblement fréquent à la pratique qui consiste à obliger le détenu à se pencher et à tousser est particulièrement inquiétant. Si dans la circulaire de 1986, il est inscrit que de telles pratiques ne s'effectuent que « *dans le cadre précis des recherches d'objets ou de substances prohibés* », en réalité il

²² Circulaire de la DAP 2007 du 18 décembre 2007 d'application de l'instruction ministérielle relative au répertoire des détenus particulièrement signalés.

²³ Rapport au Gouvernement de la République française relatif à la visite effectuée en France par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) du 27 septembre au 9 octobre 2006, CPT/Inf (2007) 44, p.68.

²⁴ *Ibid.* p.72.

²⁵ Requête n° 51246/08 présentée par Mahmoud Philippe El Shennawy contre la France introduite le 15 octobre 2008, communiquée au Gouvernement le 6 juillet 2009.

²⁶ CNCDH, *Les droits de l'homme dans la prison*, 11 mars 2004, in CNCDH, *Sanctionner dans le respect des droits de l'homme*, Vol.1, La Documentation Française, 2007, p.38.

²⁷ La CNCDH préconise même l'interdiction de la fouille intégrale de la personne détenue - voir CNCDH, *Avis sur le projet de loi pénitentiaire*, 6 novembre 2008, p.8.

semble qu'elles se soient généralisées. Dans l'arrêt *Frérot*, le Gouvernement reconnaît au moins onze cas de fouilles intégrales entre 1993 et 1996 incluant l'ordre d'ouvrir la bouche ou de se pencher et de tousser (§46).

Egalement, malgré les garanties encadrant les modalités des fouilles inscrites dans la circulaire de 1986, il semble que celles-ci ne soient pas toujours respectées à la lettre. Dans son rapport annuel, le CGLPL affirme qu'il a pu être constaté dans certains endroits que le détenu dénudé pouvait se voir exposé à d'autres regards que celui du surveillant procédant à la fouille, le local de celle-ci n'étant pas clos²⁸.

Il semble dès lors indispensable afin d'éviter toute répétition de la violation de l'article 3 de la Convention de faire en sorte que les fouilles intégrales soient d'utilisation exceptionnelle, notamment celles incluant l'obligation de se pencher et tousser et que le respect de l'intimité du détenu soit garanti en réservant un local fermé et destiné exclusivement aux fouilles. Ainsi, il serait souhaitable d'inscrire dans la loi pénitentiaire le principe de proportionnalité entre les moyens retenus (type de fouille) et les objectifs visés (motif de la fouille), ainsi que l'exige le Conseil d'Etat dans l'arrêt de novembre 2008 dans lequel il estime « *qu'il appartient ainsi à l'administration de justifier [...] de la proportionnalité des modalités retenues* »²⁹.

Ainsi, le risque de violation répétée de cet article en raison de fouilles pratiquées selon des modalités inadéquates n'étant pas suffisamment écarté par l'adoption de mesures générales appropriées, l'arrêt *Frérot* n'est pas pleinement exécuté.

Au regard des constats ci-dessus explicités de non-exécution ou d'exécution insatisfaisante de l'arrêt *Frérot* en matière de fouilles, la CNCDH et le Médiateur de la République recommandent l'adoption d'un ensemble de mesures :

- l'abrogation de la circulaire du 14 mars 1986 relative à la fouille des détenus ;
- l'encadrement législatif strict du recours aux fouilles intégrales, notamment à l'égard des détenus particulièrement signalés ;
- la substitution au critère de présomption d'infraction, comme motif de justification des fouilles, celui de l'existence de raisons plausibles de soupçonner que la personne détenue a commis, tenté de commettre ou se prépare à commettre une infraction ;
- la substitution dans la loi au critère de personnalité, comme motif d'adaptation du régime des fouilles, celui de comportement, dont l'évaluation relève d'une équipe pluridisciplinaire ;
- l'inscription du principe de proportionnalité dans la loi visant à rendre exceptionnel le recours aux fouilles intégrales, au détriment des fouilles par palpation ;
- l'obligation de motivation des fouilles et d'inscription systématique dans un registre institué à cet effet dans chaque établissement pénitentiaire du nombre de fouilles pratiquées sur chaque personne détenue, du nom du détenu fouillé et du personnel pénitentiaire pratiquant la fouille, de l'heure et de la date de la fouille, de son motif et de sa nature, registre auquel les autorités administratives et judiciaires qui le demandent peuvent avoir accès. Cette obligation serait une concrétisation et une garantie des principes de nécessité des fouilles et de proportionnalité des modalités retenues. Dans sa réponse au CPT, le Gouvernement fait certes mention d'une note du directeur de l'administration pénitentiaire du 12 février 2004 qui demande la création d'un registre permettant la traçabilité des fouilles³⁰. Cependant, outre le fait qu'il s'agisse d'une simple note de service dépourvue de force normative et ne présentant aucune garantie de diffusion, la CNDS constate qu'elle n'est pas strictement appliquée³¹. Or, au regard de l'atteinte à la dignité que constituent les fouilles corporelles et du potentiel de violence physique et psychologique qu'elles contiennent, plus encore que les fouilles de cellules, l'inscription dans un registre est indispensable.

²⁸ CGLPL, *Rapport d'activité 2008*, p.74.

²⁹ Conseil d'Etat, Philippe Mahmoud El S., section du contentieux, 10^{ème} et 9^{ème} sections réunies, 14 novembre 2008, n°315622, recueil Lebon.

³⁰ Réponse du Gouvernement de la République française au rapport du Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) relatif à sa visite effectuée en France du 27 septembre au 9 octobre 2006, CPT/Inf (2007) 45, Strasbourg, 10 décembre 2007.

³¹ Elle note ainsi dans son avis de novembre 2008 que, dans le cas qui lui est soumis, « *les fouilles à corps ne font pas l'objet d'une inscription dans un registre, contrairement aux fouilles de cellule* ». CNDS, *Avis et recommandations suite à la saisine de M. Louis Mermaz du 18 décembre 2006I, Saisine n°2006-136*, 18 novembre 2008.

- le développement de formations et de mesures de sensibilisation à l'égard des agents pénitentiaires sur l'encadrement nécessaire du recours aux fouilles intégrales et sur leur caractère attentatoire à la dignité humaine.

II – Violation de l'article 8

La Cour a, dans son arrêt *Frérot* du 12 juin 2007, condamné la France pour violation de l'article 8 de la Convention européenne. Elle considère que la décision de rétention de correspondance prise par le chef d'établissement de la maison d'arrêt dans laquelle le requérant était incarcéré est contraire audit article car elle constitue une ingérence non prévue par la loi. De surcroît, la Cour relève l'incompatibilité de la définition de la correspondance prévue par la circulaire du 19 décembre 1986³² avec l'article 8 de la Convention.

Ainsi, afin de répondre aux exigences de la Convention et de garantir une exécution pleine et entière de l'arrêt, il apparaît en effet nécessaire, d'une part, que les modalités du contrôle des correspondances soient prévues par la loi (A), et d'autre part, qu'il existe une définition précise de la correspondance (B) compatible avec l'article 8.

A - L'ingérence doit être prévue par la loi

La Cour estime que l'ingérence, constituée par la décision de rétention de la correspondance du requérant prise par le chef d'établissement, n'est pas « *prévue par la loi* », ce qu'elle juge d'autant plus frappant que « *la liberté de correspondance des détenus est largement reconnue par le Code de procédure pénale* » (§60).

Les dispositions réglementaires du CPP consacrent, en effet, le principe de la liberté de la correspondance pour les personnes condamnées en disposant que « *les détenus condamnés peuvent écrire à toute personne de leur choix et recevoir des lettres de toute personne* »³³, et que « *les détenus peuvent écrire tous les jours et sans limitation* »³⁴. Ce principe s'applique également aux prévenus puisqu'ils « *peuvent écrire tous les jours et sans limitation à toute personne de leur choix et recevoir des lettres de toute personne* »³⁵. Toutefois, ce principe de la liberté de correspondance subit des restrictions prévues par le CPP qui précise que « *le chef d'établissement peut toutefois interdire la correspondance occasionnelle ou périodique avec des personnes autres que le conjoint ou les membres de la famille d'un condamné lorsque cette correspondance paraît compromettre gravement la réinsertion du détenu ou la sécurité et le bon ordre de l'établissement* »³⁶. La correspondance peut aussi être retenue lorsqu'elle contient « *des menaces précises contre la sécurité des personnes ou celle des établissements pénitentiaires* »³⁷. L'autorité judiciaire, et plus spécifiquement le juge d'instruction, peut ordonner des mesures de contrôle et de rétention de la correspondance des prévenus³⁸ et se voir communiquer celle-ci dans des conditions fixées par lui, autres que celles prévues aux articles D.415 et D.416 du CPP.

Dès lors, les ingérences dans les correspondances sont prévues par les dispositions réglementaires du CPP et relèvent donc d'une base légale en droit interne puisque les dispositions réglementaires du CPP sont en effet assimilées à la loi au regard de la jurisprudence constante de la Cour (§57) et répondent ainsi aux dispositions de l'article 8.

Par ailleurs, l'article 17 du projet de loi pénitentiaire élève au rang législatif le principe de la liberté de correspondance et les modalités de son contrôle. En cas de rétention du courrier, l'administration pénitentiaire est tenue de notifier sa décision à la personne détenue. Il faut voir dans cette notification une garantie donnée à la personne détenue permettant d'encadrer davantage le contrôle de l'administration, conformément aux recommandations de la CNDS³⁹. Mais en l'absence de certitudes sur l'adoption et le contenu des textes d'application, cette avancée reste aléatoire.

³² Circulaire du 29 décembre 1986 relative aux correspondances écrites et télégraphiques de détenus.

³³ Article D.414 al.1 du CPP.

³⁴ Article D.417 du CPP.

³⁵ Article D.65 du CPP.

³⁶ Article D.414 al.2 du CPP.

³⁷ Article D.415 du CPP.

³⁸ Article D.65 du CPP : « *...sous réserve de dispositions contraires ordonnées par le magistrat saisi du dossier de l'information* ».

³⁹ CNDS, *Avis et recommandations suite à la saisine de Mme Nicole Borvo Cohen-Seat du 04 avril 2007, Saisine n°2007-37*, 15 décembre 2008 : « *dans toute décision de retenue de courrier, en ce qu'elle contribue à couper les détenus du monde extérieur, doit être notifiée à l'intéressé dans les formes et les délais réglementaires, qui lui permettent d'en être rapidement informé et de faire valoir ses observations* ».

Dans le cas d'espèce, le chef d'établissement de la maison d'arrêt de Fleury-Mérogis a retenu le courrier du requérant car il ne correspondait pas selon lui à la définition de la correspondance consacrée par la circulaire du 29 décembre 1986 relative aux correspondances écrites et télégraphiques de détenus toujours en vigueur. Or cette circulaire, norme infra-réglementaire assimilée à une instruction de service donnée à un agent par son supérieur hiérarchique, est un document interne à l'administration pénitentiaire. Ainsi, on ne peut voir, comme le rappelle la Cour, dans cette circulaire une norme de valeur législative ayant force obligatoire à l'égard des administrés (§59). Le chef d'établissement s'est donc basé sur un motif de contrôle non prévu par la loi, à savoir une définition de la correspondance inscrite dans un texte infra-réglementaire, pour justifier sa décision de rétention.

La circulaire étant toujours en vigueur, le chef d'établissement garde la possibilité de recourir à la définition qui y est prévue pour retenir le courrier. Or, cette circulaire prévoit en outre d'autres motifs de rétention de courrier que ceux prévus par le CPP, liés à la personnalité de la personne détenue car ledit courrier peut faire l'objet de contrôles réguliers si « *la personnalité [des personnes détenues] fait craindre que leur courrier comporte des informations susceptibles de mettre en cause la sécurité des personnes ou celles des établissements* ». Ainsi, ces deux motifs de rétention de correspondance sont prévus en dehors du cadre législatif, et créent donc des possibilités d'ingérence non prévues par la loi, dès lors incompatibles avec l'article 8.

La CNCDH et le Médiateur de la République considèrent en conséquence que ces motifs d'ingérence prévus par un texte infra-réglementaire doivent être supprimés afin d'éviter tout risque de décision arbitraire de l'administration en matière de contrôle ou de rétention de correspondance. La France ne répond donc pas favorablement aux demandes du Comité des Ministres.

B – Les motifs de l'ingérence doivent être compatibles avec l'article 8 de la Convention

La Cour estime que la définition de la correspondance en droit interne n'est pas compatible avec l'article 8 de la Convention européenne (§61).

Il est important de souligner qu'une définition de la correspondance des personnes détenues n'est prévue ni par la loi ni par la jurisprudence. Seul un texte de nature infra-réglementaire la définit comme « *une relation par écrit entre deux personnes nommément désignées qui se distingue des bulletins, lettres, circulaires, tracts, imprimés dont le contenu ne concerne pas spécifiquement et exclusivement le destinataire* »⁴⁰.

Le contenu est donc le critère principal pour qualifier ou non de correspondance tout document écrit échangé entre deux personnes. Or cette définition est restrictive dans la mesure où elle revient à exclure du champ des correspondances tout un ensemble d'échanges à l'égard desquels les personnes incarcérées se trouvent ainsi privées, ce que souligne la Cour en précisant que ces dernières peuvent se voir privées d' « *une catégorie entière d'échanges épistolaires privés* » (§61).

Il est regrettable que le Gouvernement français n'ait pas saisi l'occasion de la réforme pénitentiaire pour consacrer dans la loi une définition de la correspondance compatible avec l'article 8. La loi n'apporte pas d'évolution sur ce point.

La France ne satisfait donc pas à la demande du Comité des Ministres de mise en conformité de la définition de la correspondance des personnes détenues avec les exigences de l'article 8 de la Convention européenne.

Dès lors, la CNCDH et le Médiateur de la République recommandent :

- la suppression des motifs d'ingérence dans le principe de la liberté de correspondance tels que prévus dans la circulaire de 1986, à savoir la définition de la correspondance et la prise en compte d'un critère de personnalité pour autoriser sa rétention ;
- l'adoption dans la loi d'une définition élargie de la correspondance, en supprimant la référence à son contenu
- la limitation dans le temps de la décision de rétention;
- l'inscription dans la loi de l'obligation de notification écrite et motivée de la décision de rétention d'une correspondance

⁴⁰ Circulaire du 19 décembre 1986 relative aux correspondances écrites et télégraphiques de détenus.

III – Violation de l'article 13

La Cour conclut à l'inexistence d'un recours effectif contre les décisions de rétention des correspondances et par conséquent, à la violation par la France de l'article 13 de la Convention puisque « *le requérant a été privé de tout recours, s'agissant du grief tiré d'une violation de son droit au respect de sa correspondance* ». Elle rappelle néanmoins que « *l'ensemble des recours offerts par le droit interne peut remplir les exigences de l'article 13, même si aucun d'eux n'y répond en entier à lui seul* » (§66).

Le droit interne permet au justiciable de former un recours pour excès de pouvoir contre une décision administrative qui viole une règle de droit, mais non à l'égard des mesures dites d'ordre intérieur. Or précisément en l'espèce, le Conseil d'Etat a déclaré irrecevable la requête du requérant à l'encontre de la décision du chef d'établissement de retenir la correspondance du requérant au motif que cette décision constitue une mesure d'ordre intérieur. Cette qualification prive le requérant du seul recours lui permettant d'obtenir l'annulation de la mesure en cause.

Certes l'on ne saurait ignorer l'évolution de la jurisprudence en matière de mesure d'ordre intérieur marquée par les décisions *Marie* et *Hardouin* de 1995⁴¹ qui ont restreint leur champ d'application en prenant en compte la nature et la gravité de la mesure, notamment leur incidence concrète sur leur destinataire. Le juge administratif n'a depuis cessé d'élargir son contrôle, notamment aux mesures de mise à l'isolement⁴², même à titre préventif ou provisoire et comme telles de courte durée⁴³, ou aux décisions de transfert ou de changement d'affectation. Renonçant à une approche trop casuistique, le Conseil d'Etat s'attache depuis les décisions d'Assemblée du 14 décembre 2007, *Planchenault* et *Min. de la Justice c/ Boussouarn*⁴⁴ à définir des catégories de mesures relevant de son contrôle à partir d'un double critère fondé sur la nature de la mesure et sur ses effets sur la situation de la personne détenue. Si cette évolution laisse entrevoir « *à terme la disparition de la mesure d'ordre intérieur dans les prisons* »⁴⁵, la jurisprudence relative à la rétention de correspondance est toutefois restée en l'état depuis l'arrêt *Frérot* du Conseil d'Etat⁴⁶.

Dans la mesure où la Cour rappelle dans l'arrêt *Frérot* que le respect du droit au recours effectif devant une instance nationale visé à l'article 13 de la CEDH d'une part, n'exige pas que cette instance soit une institution judiciaire en ajoutant toutefois « *alors ses pouvoirs et les garanties qu'elle présente entrent en ligne de compte pour apprécier l'effectivité du recours s'exerçant devant elle* », et d'autre part que « *l'ensemble des recours offerts par le droit interne peut remplir les exigences de l'article 13, même si aucun d'eux n'y répond en entier à lui seul* » (§66), il y a lieu de s'interroger sur l'institution de recours nouveaux susceptibles de satisfaire à l'exigence de recours effectif.

A cet égard, la CNCDH et le Médiateur de la République relèvent que la France a, par la loi du 30 octobre 2007, institué une nouvelle autorité administrative indépendante, le CGLPL, ayant précisément pour mission de « *s'assurer du respect des droits fondamentaux* » des personnes privées de liberté (art.1). Toutefois, il faut relever que le Contrôleur général n'est pas doté d'un véritable pouvoir de décision, puisqu'il peut seulement porter à la connaissance des autorités publiques les violations qu'il constate et publier le cas échéant ses observations et les réponses des autorités publiques, émettre des avis, formuler des recommandations, proposer des modifications d'ordre législatif ou réglementaire, publier un rapport annuel. En outre, il ne peut être saisi directement par les personnes privées de liberté qui peuvent seulement « *porter à sa connaissance* » des faits ou situations relevant de sa compétence. L'on ne peut donc qu'émettre des doutes sur le fait qu'il s'agit là d'un recours qui, pris isolément ou avec d'autres, satisfait à l'exigence de recours effectif posée à l'article 13 de la Convention.

⁴¹ Conseil d'Etat (assemblée), *Hardouin et Marie*, 17 février 1995, Recueil Lebon, p.82 et 85.

⁴² Conseil d'Etat section du contentieux, 30 juillet 2003, *Ministre de la Justice / Remli* N° 252712

⁴³ Conseil d'Etat section du contentieux 17 déc 2008, *Section française de l'OIP* N° 293786

⁴⁴ Conseil d'Etat Ass .*Planchenault* et *Min.Justice* n°290420(AJDA 2008, p.128)

⁴⁵ M. Guyomar, *AJDA* 2009, p 413.

⁴⁶ La Cour administrative d'appel de Nancy a à son tour jugé le 24 mars 2005, au visa de la convention européenne des droits de l'homme, que la décision de retenue du courrier d'une personne détenue « qui ne peut être regardée comme portant atteinte à la liberté de correspondance des détenus, constitue ainsi une mesure d'ordre intérieur qui n'est pas susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir » (CAA Nancy, *Garde des Sceaux c/ M. Lajoie*, req. n° 00NC01402, *AJDA* 2005, p. 808).

Enfin, le projet de loi pénitentiaire ne comporte aucune disposition consacrant le droit à un recours effectif contre les décisions de l'administration pénitentiaire.

Ainsi, la France ne répond pas favorablement à la demande du Comité des Ministres de garantir l'existence d'un recours effectif aux personnes détenues en cas de décision de rétention de correspondance.

Dès lors, le Médiateur de la République et la CNCDH recommandent de:

- mettre un terme à l'irrecevabilité opposée aux recours contre les décisions de rétention et de contrôle des correspondances, irrecevabilité fondée sur leur qualification de mesure d'ordre intérieur.

Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales

Article 3

Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants.

Article 8

Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.

Article 13

Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles.

Dispositions pertinentes du Code de procédure pénale

Fouilles :

Article D.275

Modifié par Décret n°98-1099 du 8 décembre 1998 - art. 59 JORF 9 décembre 1998

Les détenus doivent être fouillés fréquemment et aussi souvent que le chef de l'établissement l'estime nécessaire.

Ils le sont notamment à leur entrée dans l'établissement et chaque fois qu'ils en sont extraits et y sont reconduits pour quelque cause que ce soit. Ils doivent également faire l'objet d'une fouille avant et après tout parloir ou visite quelconque.

Les détenus ne peuvent être fouillés que par des agents de leur sexe et dans des conditions qui, tout en garantissant l'efficacité du contrôle, préservent le respect de la dignité inhérente à la personne humaine.

Article D284

Modifié par Décret n°98-1099 du 8 décembre 1998 - art. 68 JORF 9 décembre 1998

A leur arrivée dans un établissement et jusqu'au moment où ils peuvent être conduits soit dans les cellules, soit dans les quartiers où ils sont affectés, les détenus sont placés isolément dans des cellules d'attente ou dans des locaux en tenant lieu.

Ils sont fouillés, soumis aux formalités de l'écrou et aux mensurations anthropométriques, ainsi qu'aux soins de propreté nécessaires. Des vêtements leur sont fournis par l'administration s'ils en expriment le désir.

Chaque détenu doit être immédiatement mis en mesure d'informer sa famille de son incarcération. S'il s'agit d'un détenu âgé de moins de dix-huit ans, le chef de l'établissement procède à cette diligence en l'absence d'initiative de l'intéressé. Il informe également les services de la protection judiciaire de la jeunesse.

Article D294

Modifié par Décret n°98-1099 du 8 décembre 1998 - art. 72 JORF 9 décembre 1998

Des précautions doivent être prises en vue d'éviter les évasions et tous autres incidents lors des transfèrements et extractions de détenus.

Ces derniers sont fouillés minutieusement avant le départ. Ils peuvent être soumis, sous la responsabilité du chef d'escorte, au port des menottes ou, s'il y a lieu, des entraves, dans les conditions définies à l'article D. 283-4.

Au cas où un détenu serait considéré comme dangereux ou devrait être surveillé particulièrement, le chef de l'établissement donne tous les renseignements et avis nécessaires au chef de l'escorte.

Article D406

Modifié par Décret n°2003-259 du 20 mars 2003 - art. 22 JORF 22 mars 2003

En toute hypothèse, un surveillant est présent au parloir ou au lieu de l'entretien. Il doit avoir la possibilité d'entendre les conversations.

A titre exceptionnel, il peut être dérogé aux dispositions de l'alinéa qui précède, par décision du chef d'établissement, lorsque la visite doit se dérouler dans des locaux spécialement aménagés.

L'accès au parloir implique, outre la fouille des détenus avant et après l'entretien, les mesures de contrôle jugées nécessaires à l'égard des visiteurs, pour des motifs de sécurité.

Correspondance :

Article D414

Modifié par Décret n°98-1099 du 8 décembre 1998 - art. 187 JORF 9 décembre 1998

Les détenus condamnés peuvent écrire à toute personne de leur choix et recevoir des lettres de toute personne.

Le chef d'établissement peut toutefois interdire la correspondance occasionnelle ou périodique avec des personnes autres que le conjoint ou les membres de la famille d'un condamné lorsque cette correspondance paraît compromettre gravement la réinsertion du détenu ou la sécurité et le bon ordre de l'établissement. Il informe de sa décision la commission de l'application des peines.

Article D415

Modifié par Décret 72-852 1972-09-12 art. 1 JORF 20 septembre 1972 rectificatif JORF 14 octobre 1972

Modifié par Décret 75-402 1975-05-23 art. 1 JORF 27 mai 1975

Les lettres adressées aux détenus ou envoyées par eux doivent être écrites en clair et ne comporter aucun signe ou caractère conventionnel.

Elles sont retenues lorsqu'elles contiennent des menaces précises contre la sécurité des personnes ou celle des établissements pénitentiaires.

Article D416

Modifié par Décret n°98-1099 du 8 décembre 1998 - art. 103 JORF 9 décembre 1998

Sous réserve des dispositions des articles D. 69, D. 262, D. 438 et D. 469, les lettres de tous les détenus, tant à l'arrivée qu'au départ, peuvent être lues aux fins de contrôle.

Celles qui sont écrites par les prévenus, ou à eux adressées, sont au surplus communiquées au magistrat saisi du dossier de l'information dans les conditions que celui-ci détermine.

Les lettres qui ne satisfont pas aux prescriptions réglementaires peuvent être retenues.

Article D417

Modifié par Décret n°2007-699 du 3 mai 2007 - art. 11 JORF 5 mai 2007

Les détenus peuvent écrire tous les jours et sans limitation.

Circulaire n° A.P. 86-12 G 1 du 14 mars 1986 Objet : Fouille des détenus.
--

L'Administration pénitentiaire, chargée d'exécuter les décisions privatives de liberté ordonnées par l'autorité judiciaire, a pour fonction première d'assurer la garde des personnes détenues. Cette mission, qui implique nécessairement que soient maintenus la sécurité et l'ordre dans les établissements pénitentiaires, doit cependant toujours s'exercer dans le respect de la dignité de la personne humaine.

La difficulté de concilier ces deux impératifs s'exprime tout particulièrement lors des fouilles intégrales qui contraignent le personnel pénitentiaire à porter atteinte à l'intimité des détenus, le recours au matériel de sécurité moderne ne pouvant en effet dans ce domaine se substituer à l'intervention active des personnels.

La finalité des fouilles est de s'assurer que les détenus ne détiennent sur eux aucun objet ou produit susceptible de faciliter les agressions ou les évasions, de constituer l'enjeu de trafic ou permettre la consommation de produits ou substances toxiques.

L'expérience démontre à cet égard, en raison de l'ingéniosité dont sont susceptibles de faire preuve certains détenus, qu'il est indispensable de procéder non seulement à des fouilles par palpation mais également à des fouilles intégrales.

Ces dernières doivent être réalisées dans des conditions propres à assurer leur efficacité mais également le respect de la dignité des détenus et celle des agents chargés de les réaliser conformément aux dispositions de l'article D 275 du code de procédure pénale telles qu'elles résultent du décret du 6 août 1985.

Section I : Les différentes formes de fouilles personnelles et les conditions de leur réalisation

Les détenus ne peuvent être fouillés, que par des agents de leur sexe. La fouille par palpation s'effectue sans qu'il soit demandé au détenu de se dénuder. En revanche, la fouille intégrale suppose que le détenu se déshabille complètement en présence d'un agent.

Contrairement à la fouille par palpation, la fouille intégrale proscrit tout contact entre le détenu et l'agent à l'exception toutefois du contrôle de la chevelure. Les fouilles intégrales doivent être effectuées dans un local réservé à cet usage dans lequel la température demeure acceptable en toutes saisons et situé de telle sorte que, tout à la fois, les moyens d'alerte et de sécurité soient efficaces mais, qu'en même temps, la fouille du détenu s'effectue hors la vue des autres détenus ainsi que de toute personne étrangère à l'opération elle-même. Les fouilles intégrales collectives sont prohibées. Les détenus doivent en conséquence pénétrer un à un dans le local réservé à cet effet.

Le nombre d'agents chargés de la fouille intégrale doit être strictement limité aux besoins évalués en prenant en compte les circonstances et la personnalité du détenu. D'une manière habituelle et s'agissant de détenus de la part desquels aucun incident particulier n'est à redouter, la fouille sera effectuée par un seul agent.

Si les contraintes architecturales ne permettent pas de réserver un local de fouille individuelle, il convient d'isoler le détenu subissant la fouille intégrale du reste de la population pénale au moyen d'un système mobile de séparation (paravent, rideaux etc...).

Les détenus ne peuvent refuser de se soumettre aux fouilles sous peine de sanction disciplinaire. Dans la mesure où un détenu s'obstinerait dans son refus, la force peut le cas échéant être employée (article D 174 du C.F.P.). Les modalités pratiques de réalisation des fouilles font l'objet d'une fiche technique annexée à la présente circulaire.

Section II : Circonstances à l'occasion desquelles il est procédé aux fouilles

I – Fouilles intégrales

A) - A l'entrée et à la sortie de l'établissement

Les fouilles intégrales s'effectuent systématiquement à l'égard des détenus tant à l'entrée qu'à la sortie de l'établissement.

1) *A l'entrée*

Lors de son écrou à l'établissement, il doit être procédé systématiquement à la fouille intégrale du détenu que ce dernier vienne de l'état de liberté, qu'il ait fait l'objet d'un transfèrement ou d'une translation judiciaire. De même, une fouille intégrale est obligatoirement effectuée lorsque le détenu réintègre l'établissement à l'issue d'une extraction judiciaire, ou médicale ou d'une permission de sortir. Sont fouillés dans les mêmes conditions les détenus qui réintègrent l'établissement à l'issue d'un placement à l'extérieur sans surveillance continue du personnel pénitentiaire ou dans le cadre de la semi-liberté dès lors que les conditions d'hébergement les conduisent à se trouver en contact avec des détenus qui ne bénéficient pas du même régime.

2) *A la sortie*

Tout détenu faisant l'objet d'une levée d'écrou que ce soit avant un transfèrement, une extradition ou un élargissement est fouillé intégralement avant de quitter l'établissement. Il en va de même de ceux qui font l'objet d'une extraction pour raison administrative, judiciaire ou médicale (hospitalisation ou consultation en

milieu extérieur). Les bénéficiaires d'une permission de sortir sont fouillés avant leur départ en permission, ainsi que les détenus placés à l'extérieur sans surveillance continue du personnel pénitentiaire.

B) A l'occasion des mouvements à l'intérieur de la détention

Il est procédé systématiquement à la fouille intégrale des détenus

- à l'issue de la visite de toute personne (parents, amis, avocats) titulaire d'un permis de visite délivré en application des articles D 64 et D 403 dès lors que l'entrevue s'est déroulée dans un parloir ne comportant pas de dispositif de séparation ;
- avant tout placement en cellule de punition ou d'isolement. Afin d'éviter tout risque d'altercation, il est souhaitable que l'agent qui effectue cette fouille ne soit pas celui qui a constaté l'incident entraînant placement au quartier disciplinaire.

C) Fouilles inopinées

Outre les cas visés aux articles précédents, il est, toutes les fois que le chef d'établissement ou l'un de ses collaborateurs directs l'estime nécessaire, procédé de manière inopinée à la fouille intégrale d'un ou de plusieurs détenus. Ces fouilles qui, sauf urgence, doivent faire l'objet de consignes écrites peuvent être notamment effectuées à l'occasion des mouvements en détention (promenades, ateliers, salles d'activités). Elles concernent principalement, mais non exclusivement, les détenus particulièrement signalés, les prévenus, ainsi que ceux dont la personnalité et les antécédents rendent nécessaire l'application de mesures de contrôle approfondies.

II – Circonstances à l'occasion desquelles sont effectuées les fouilles par palpation

Les fouilles par palpation sont effectuées toutes les fois que le chef d'établissement le prescrit, et notamment lors des mouvements tant individuels que collectifs des détenus au sein de la détention, sur la base, sauf urgence, de consignes écrites. Les détenus se rendant aux parloirs font l'objet d'une fouille par palpation, sauf consigne particulière du chef d'établissement prévoyant, en raison de la personnalité d'un détenu, des circonstances, ou au titre des fouilles inopinées, une fouille intégrale.

Sans méconnaître les difficultés tant matérielles que psychologiques qu'impose aux surveillants la réalisation de ces fouilles, il importe que l'attention de chacun d'eux soit appelée sur l'importance que revêt la stricte application des présentes instructions pour la protection de l'ensemble des personnels et la bonne exécution de la mission de garde qui incombe à l'Institution pénitentiaire. Les chefs d'établissement et les cadres devront veiller avec un soin particulier à ce que les consignes qu'il est de leur responsabilité de donner aux agents dans ce domaine soient correctement appliquées. Les responsables de la formation s'attacheront, tant à l'Ecole Nationale d'Administration pénitentiaire que dans les établissements, expliquer aux stagiaires et aux jeunes fonctionnaires que, dans ce domaine tout particulièrement, la bonne exécution des consignes passe tout à la fois par l'acquisition de techniques mais également par une approche psychologique adaptée.-

NOTE TECHNIQUE

A – La fouille par palpation

Le détenu se tient debout, face à l'agent les bras et les jambes écartés, la paume des mains dirigée vers celui-ci et les doigts des mains écartés. L'agent procède en cas de besoin au contrôle de la chevelure, des oreilles et du col de l'intéressé.

Il place ensuite ses mains sur les omoplates du détenu en l'entourant de ses bras et en les passant, si nécessaire, sous la veste déboutonnée puis il les fait glisser des épaules à la ceinture de l'intéressé en suivant la colonne vertébrale. L'agent poursuit de la sorte son contrôle en inspectant si besoin est la ceinture, les poches revolver du pantalon avant de continuer par l'arrière des cuisses, le pli des genoux, les mollets et enfin les chevilles.

Après cette inspection de la partie dorsale, il reprend son mouvement en repartant du niveau du buste de l'intéressé et plus particulièrement de sa poitrine en vérifiant si nécessaire les poches de la chemise situées à

cet endroit avant de faire de même pour la ceinture, les poches du devant du pantalon et de poursuivre son contrôle des aines jusqu'à la face avant des chevilles

B – La fouille intégrale

L'agent, après avoir fait éloigner le détenu de ses effets, procède à sa fouille corporelle selon l'ordre suivant. Il examine les cheveux de l'intéressé, ses oreilles et éventuellement l'appareil auditif, puis sa bouche en le faisant tousser mais également en lui demandant de lever sa langue et d'enlever, si nécessaire, la prothèse dentaire.

Il effectue ensuite le contrôle des aisselles en faisant lever et baisser les bras avant d'inspecter les mains en lui demandant d'écartier les doigts.

L'entre jambe d'un individu pouvant permettre de dissimuler divers objets, il importe que l'agent lui fasse écartier les jambes pour procéder au contrôle.

Dans les cas précis des recherches d'objet ou de substance prohibés, il pourra être fait obligation au détenu de se pencher et de tousser. Il peut également être fait appel au médecin qui appréciera s'il convient de soumettre l'intéressé à une radiographie ou un examen médical afin de localiser d'éventuels corps étrangers.

Il est procédé ensuite à l'examen des pieds du détenu et notamment de la voute plantaire et des orteils. Tout en rendant ses vêtements au détenu dans l'ordre inverse duquel il les a enlevés l'agent procède à leur contrôle en s'attachant à vérifier notamment les coutures, ourlets, doublures et plus particulièrement les chaussures en s'assurant que celles-ci ne comportent pas de caches dissimulées.

Projet de loi pénitentiaire (Texte résultant des délibérations de l'Assemblée nationale à l'issue de la troisième séance du 17 septembre 2009)

Article 24

Les fouilles doivent être justifiées par la présomption d'une infraction ou par les risques que le comportement des personnes détenues fait courir à la sécurité des personnes et au maintien du bon ordre dans l'établissement.

Leur nature et leur fréquence sont strictement adaptées à ces nécessités et à la personnalité des personnes détenues.

Les fouilles intégrales ne sont possibles que si les fouilles par palpation ou l'utilisation des moyens de détection électronique sont insuffisantes.

Les investigations corporelles internes sont proscrites, sauf impératif spécialement motivé. Elles ne peuvent alors être réalisées que par un médecin n'exerçant pas au sein de l'établissement pénitentiaire et requis à cet effet par l'autorité judiciaire.

Article 17

Les personnes condamnées et, sous réserve que l'autorité judiciaire ne s'y oppose pas, les personnes prévenues peuvent correspondre par écrit avec toute personne de leur choix.

Le courrier adressé ou reçu par les personnes détenues peut être contrôlé et retenu par l'administration pénitentiaire lorsque cette correspondance paraît compromettre gravement leur réinsertion ou le maintien du bon ordre et la sécurité. En outre, le courrier adressé ou reçu par les prévenus est communiqué à l'autorité judiciaire selon les modalités qu'elle détermine.

Ne peuvent être ni contrôlées ni retenues les correspondances échangées entre les personnes détenues et leur défenseur, les autorités administratives et judiciaires françaises et internationales dont la liste est fixée par décret, et les aumôniers agréés auprès de l'établissement. Lorsque l'administration pénitentiaire décide de retenir le courrier d'une personne détenue, elle lui notifie sa décision.