



Commentaire

Décision n° 2018-763 QPC du 8 février 2019

Section française de l'Observatoire international des prisons

(Rapprochement familial des détenus prévenus)

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 5 décembre 2018 par le Conseil d'État (décision n° 424970 du même jour) d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) posée par la section française de l'Observatoire international des prisons portant sur les dispositions de l'article 34 de la loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire.

Dans sa décision n° 2018-763 QPC du 8 février 2019, le Conseil constitutionnel a déclaré ces dispositions contraires à la Constitution.

I. – Les dispositions contestées

A. – Historique et objet des dispositions contestées

* Les personnes détenues forment une catégorie hétérogène regroupant l'ensemble des personnes faisant l'objet d'une mesure privative de liberté à l'intérieur d'un établissement pénitentiaire. Le code de procédure pénale (CPP) opère une distinction entre les personnes placées en détention par l'autorité judiciaire selon qu'elles sont soumises à une mesure de détention provisoire (détenus prévenus) ou à une peine privative de liberté (détenus condamnés).

Les détenus prévenus correspondent à « *tous les détenus qui sont sous le coup de poursuites pénales et n'ont pas fait l'objet d'une condamnation définitive [...], c'est-à-dire aussi bien les personnes mises en examen, les prévenus, et les accusés, que les condamnés ayant formé opposition, appel ou pourvoi* » (3^{ème} alinéa de l'article D. 50 du CPP).

Ces personnes peuvent être incarcérées sur décision d'un magistrat du siège dans le cadre de la détention provisoire. Elles exécutent cette mesure dans une maison d'arrêt (1^{er} alinéa de l'article 714 du CPP).

La détention provisoire intervient le plus souvent dans le cadre d'une instruction préparatoire – elle est alors décidée par le juge des libertés et de la détention (JLD), mais elle peut aussi s'appliquer après la clôture de l'instruction, pour maintenir la personne prévenue en détention jusqu'à sa comparution devant la juridiction de renvoi, ou à la suite de l'appel ou d'un pourvoi formé contre une décision de condamnation à une peine privative de liberté.

Tandis que les détenus condamnés sont placés sous l'autorité de l'administration pénitentiaire, l'exécution de la détention provisoire s'exécute en large partie sous le contrôle de l'autorité judiciaire. La loi subordonne en effet l'exercice de certains droits par les détenus prévenus à l'autorisation du magistrat en charge de la procédure – le plus souvent un juge d'instruction. Parmi ces droits figure le droit au rapprochement familial.

* Le droit au maintien des relations familiales des personnes détenues a reçu une consécration législative dans la loi du 24 novembre 2009 précitée, à laquelle les rédacteurs du texte ont entendu conférer la portée d'« *une loi fondamentale sur le service public pénitentiaire* »¹.

Le chapitre de la loi dédié aux droits et devoirs des personnes détenues comprend une section relative à la vie privée et familiale et aux relations avec l'extérieur, dans laquelle sont rassemblés les droits reconnus aux personnes détenues dans ce domaine.

Le droit au maintien des liens familiaux et avec l'extérieur se matérialise notamment par la délivrance de permis de visite aux tiers dans le cadre des parloirs quotidiens, des parloirs familiaux ou des unités de vie familiale (articles 35 à 36), et par la possibilité pour la personne détenue de communiquer par téléphone (article 39) ou par écrit (article 40) avec des membres de sa famille ou d'autres personnes.

Il entraîne également la possibilité pour les détenus prévenus de bénéficier d'un rapprochement familial lorsque l'instruction est achevée et qu'ils attendent leur comparution devant la formation de jugement. Cette possibilité est prévue à l'article 34 de la loi du 24 novembre 2009, objet de la présente QPC.

* Cet article 34 est issu d'un amendement parlementaire déposé à l'Assemblée nationale en première lecture, qui visait à consacrer au niveau législatif une possibilité de rapprochement familial entre la clôture de l'instruction et la comparution devant la formation de jugement, qui était déjà reconnue en pratique.

¹ Exposé des motifs du projet de loi pénitentiaire n° 495.

C'est ce que relève, lors des débats devant l'Assemblée nationale, M. Jean-Paul Garraud, rapporteur de la commission des lois, qui émet un avis favorable à l'amendement après avoir souligné que « *le rapprochement familial était déjà possible* ». De même, Mme Michèle Alliot-Marie, garde des sceaux, juge l'amendement « *purement déclaratif, puisque ce qu'il propose se pratique déjà* », sans s'opposer toutefois à l'inscription dans la loi de cette possibilité².

Alors que les conditions de délivrance des permis de visite ou de communication écrite ou par téléphone avec l'extérieur ont été définies par le législateur, l'article 34 se borne à énoncer la possibilité de bénéficier d'un rapprochement familial : « *Les prévenus dont l'instruction est achevée et qui attendent leur comparution devant la juridiction de jugement peuvent bénéficier d'un rapprochement familial jusqu'à leur comparution devant la juridiction de jugement* ».

* Des dispositions réglementaires, celles de l'article R. 57-8-7 du CPP, définissent les autorités compétentes pour faire droit à une demande de rapprochement familial fondée sur l'article 34 de la loi du 24 novembre 2009.

L'article R. 57-8-7 du CPP, issu du décret n° 2010-1634 du 23 décembre 2010 portant application de la loi pénitentiaire et modifiant le code de procédure pénale, prévoit :

« Le directeur interrégional des services pénitentiaires, après avis conforme du magistrat saisi du dossier de la procédure, peut faire droit à la demande de rapprochement familial de la personne détenue prévenue dont l'instruction est achevée et qui attend sa comparution devant la juridiction de jugement.

« Le ministre de la justice peut, dans les mêmes conditions, faire droit à une telle demande lorsqu'elle a pour effet le transfert :

« 1° D'une personne détenue d'une direction interrégionale à une autre ;

« 2° D'une personne inscrite au répertoire des détenus particulièrement signalés ;

« 3° D'une personne prévenue pour acte de terrorisme ».

Ainsi, le directeur interrégional des services pénitentiaires et, dans des cas limitativement énumérés, le ministre de la justice sont compétents pour faire droit à

² Voir le compte rendu des débats de l'Assemblée nationale relatifs à l'amendement n° 152, 1^{ère} séance du 17 septembre 2009.

la demande de rapprochement familial formée par le détenu prévenu, mais seulement après avis conforme du magistrat saisi du dossier de la procédure.

Si l'administration peut seule rejeter une demande de rapprochement familial pour des motifs administratifs (taux d'occupation des établissements, garanties de sécurité insuffisantes...), elle ne peut donc jamais y faire droit sans un avis favorable de l'autorité judiciaire.

La circulaire du 21 février 2012 relative à l'orientation en établissement pénitentiaire des personnes détenues confirme cet état du droit en qualifiant de rôle de « conseil » ou de « proposition », le rôle de l'administration pénitentiaire à l'égard de l'autorité judiciaire.

Aucun texte, de nature législative ou réglementaire, ne prévoit de voie de recours contre une décision de refus de rapprochement familial, que celle-ci ait été prise directement par l'autorité pénitentiaire ou qu'elle ait été prise après avis négatif du magistrat en charge de la procédure.

* Il convient de relever que le paragraphe I de l'article 35 *bis* du projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, dans sa rédaction résultant de son examen en nouvelle lecture par l'Assemblée nationale (texte adopté le 23 janvier 2019) crée, dans un nouvel article 145-4-2 du CPP, une voie de recours devant la chambre de l'instruction contre : « *Les autres décisions ou avis conformes émanant de l'autorité judiciaire prévus par les dispositions réglementaires du présent code ou par la loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire et relatifs aux modalités d'exécution d'une détention provisoire ou à l'exercice de ses droits par une personne placée en détention provisoire* ».

B. – Origine de la QPC et question posée

La section française de l'Observatoire international des prisons a demandé au Premier ministre d'abroger les dispositions de l'article R. 57-8-7 du CPP, dont il résulte que c'est uniquement après avis conforme du magistrat saisi du dossier de la procédure que le directeur interrégional des services pénitentiaires et le ministre de la justice peuvent faire droit à la demande de rapprochement familial de la personne détenue prévenue dont l'instruction est achevée et qui attend sa comparution devant la juridiction de jugement.

L'association requérante a contesté devant le Conseil d'État la décision implicite de rejet de sa demande d'abrogation. À cette occasion, elle a soulevé une QPC relative

à la méconnaissance, par l'article 34 de la loi du 24 novembre 2009, du droit à un recours juridictionnel effectif et du droit de mener une vie familiale normale. Elle reprochait également à ces dispositions d'être entachées d'incompétence négative.

* Pour se prononcer, dans sa décision du 5 décembre 2018 précitée, sur le renvoi de la QPC, le Conseil d'État a d'abord interprété, à plusieurs égards, l'article 34 de la loi du 24 novembre 2009.

Il a, en premier lieu, fixé les rôles respectifs de la loi et du règlement dans la détermination des règles encadrant les décisions de rapprochement familial des détenus. Il a ainsi jugé que « *le rapprochement familial d'une personne détenue en prévention dont l'instruction est achevée et qui attend sa comparution devant la juridiction de jugement est nécessairement subordonné, ainsi que le rappelle l'article R. 57-8-7 du code de procédure pénale précité, à l'accord du magistrat saisi du dossier de la procédure* » (point 4). En prévoyant un avis conforme de l'autorité judiciaire, l'article R. 57-8-7 n'énonce donc aucune règle mais se borne à « rappeler » une règle préexistante.

Le Conseil d'État, en second lieu, a posé deux règles quant au régime contentieux des décisions de refus de rapprochement familial :

– D'une part, il a jugé que le contentieux de la décision administrative de refus de rapprochement familial relève de la compétence de la juridiction administrative : « *la décision par laquelle le directeur interrégional des services pénitentiaires ou le ministre de la justice refuse de l'accorder se rattache au fonctionnement du service public pénitentiaire et peut faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir devant la juridiction administrative* » (point 4).

Cette solution résulte du principe selon lequel, devant le juge administratif, le recours pour excès de pouvoir est ouvert sans texte à l'encontre des actes administratifs³.

– D'autre part, dans l'hypothèse où la décision de refus de rapprochement familial trouve sa source dans l'avis négatif du magistrat en charge de la procédure, le Conseil

³ Dans le même sens, le Conseil d'État s'était déjà, dans une décision d'assemblée du 14 décembre 2007, déclaré compétent pour connaître de la contestation des décisions de changement d'affectation de détenus : « *eu égard à sa nature et à l'importance de ses effets sur la situation des détenus, une décision de changement d'affectation d'une maison centrale, établissement pour peines, à une maison d'arrêt constitue un acte administratif susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir et non une mesure d'ordre intérieur ; qu'il en va autrement des décisions d'affectation consécutives à une condamnation, des décisions de changement d'affectation d'une maison d'arrêt à un établissement pour peines ainsi que des décisions de changement d'affectation entre établissements de même nature, sous réserve que ne soient pas en cause des libertés et des droits fondamentaux des détenus* » (CE, Assemblée, 14 décembre 2007, n° 290730, *Garde des sceaux, ministre de la justice c/ Boussouar*).

d'État a exclu la compétence de la juridiction administrative pour connaître de la régularité de cet avis : *« S'il appartient au juge administratif, saisi d'un recours pour excès de pouvoir contre une telle décision de refus de rapprochement familial, d'exercer un contrôle de légalité sur celle-ci, il ne lui appartient, dans l'hypothèse où ce refus ferait suite à l'avis conforme défavorable émis par le magistrat saisi du dossier de la procédure, ni d'examiner les moyens de forme ou de procédure invoqués à l'encontre de la régularité de cet avis ni de contrôler et de remettre en cause l'appréciation à laquelle s'est livrée le magistrat »* (point 5).

Cette solution s'inscrit dans la jurisprudence du Conseil d'État. En principe, lorsque la délivrance d'une autorisation administrative est soumise à l'avis conforme d'une autre autorité, cet avis n'est pas susceptible de recours en lui-même, mais peut être contesté à l'occasion du recours dirigé contre le refus pris sur son fondement, en tant qu'acte préparatoire⁴. Toutefois, ce principe ne s'applique pas lorsque l'avis conforme émane de l'autorité judiciaire et est relatif à la conduite d'une procédure judiciaire ou en est inséparable. Ainsi, dans une décision du 15 avril 2011, le Conseil d'État avait déjà jugé *« qu'il n'appartient qu'au juge judiciaire de connaître des actes relatifs à la conduite d'une procédure judiciaire ou qui en sont inséparables »* et *« que la décision par laquelle le juge d'instruction décide de suspendre ou de supprimer le permis qu'il a accordé à une personne pour qu'elle rende visite à un détenu prévenu, [...] ne saurait être regardée comme détachable de la conduite de la procédure judiciaire et relever de la compétence de la juridiction administrative »*⁵.

La combinaison de ces deux règles aboutit à une « impasse » contentieuse lorsque la décision de refus de rapprochement familial trouve son origine dans l'avis négatif du magistrat chargé de la procédure, dès lors qu'aucune disposition ne prévoit de voie de recours devant le juge judiciaire, qui ne peut en créer sans texte. Or, dès lors que le Conseil d'État a considéré que l'article 34 de la loi du 24 novembre 2009 était la source des règles relatives aux conditions du refus de rapprochement familial et que l'article R. 57-8-7 se bornait à rappeler ces règles, il en a implicitement déduit que les éventuels vices d'inconstitutionnalité du dispositif étaient nichés dans la loi et non le décret.

* Sur le fond, le Conseil d'État a ensuite estimé sérieuse la critique, à l'encontre de l'article 34 de la loi du 24 novembre 2009, fondée sur l'incompétence négative du

⁴ CE, Assemblée, 26 octobre 2001, n° 216471, *M. et Mme Eisenchteter*.

⁵ CE, 15 avril 2011, n° 346213, *Garde des sceaux, ministre de la justice et des libertés c/ Mme A*. Le Conseil d'État a adopté une position similaire en matière d'extradition, où le décret soumis au juge administratif intervient sur avis de la chambre de l'instruction (voir CE, Assemblée, 26 septembre 1984, n° 62847, *M. Lujambio Galdeano* ; 5 juin 2015, n° 386007, *M. Diaby*).

législateur. Cette analyse se fonde sur la jurisprudence selon laquelle seul le législateur est compétent pour la procédure pénale et pour concilier, en matière pénitentiaire, les nécessités de la détention avec l'exercice des droits et libertés constitutionnellement garantis aux personnes détenues⁶.

Le Conseil d'État a ainsi renvoyé la QPC au Conseil constitutionnel au motif que : *« Le moyen tiré de ce qu'en ne prévoyant pas la possibilité de contester, le cas échéant, l'avis conforme défavorable au rapprochement familial émis par le magistrat saisi du dossier de la procédure, elles [les dispositions contestées] méconnaissent l'article 34 de la Constitution soulève une question présentant un caractère sérieux »*.

II. – L'examen de la constitutionnalité des dispositions contestées

L'association requérante soutenait que l'article 34 de la loi du 24 novembre 2009 méconnaissait le droit à un recours juridictionnel effectif et le droit de mener une vie familiale normale et qu'il était entaché d'une incompétence négative de nature à porter atteinte à ces mêmes droits.

Au soutien de ces griefs, l'association requérante invoquait, d'une part, l'absence de toute voie de recours permettant aux détenus prévenus de contester l'avis par lequel l'autorité judiciaire s'oppose au bénéfice d'un rapprochement familial et, d'autre part, le fait que le législateur n'avait pas limitativement et précisément défini les motifs pour lesquels l'autorité judiciaire peut émettre un tel avis défavorable.

Le Conseil constitutionnel a censuré les dispositions contestées sur le fondement du seul droit à un recours juridictionnel effectif.

A. – La jurisprudence du Conseil constitutionnel

⁶ Dans une décision du 12 décembre 2018, n° 417244, SFOIP relative aux décisions de translation judiciaire, le Conseil d'État a jugé que *« le pouvoir réglementaire ne pouvait légalement intervenir tant que le législateur n'avait pas préalablement organisé, dans son champ de compétence relatif à la procédure pénale, une voie de recours effectif permettant de contester des mesures de translation judiciaire, à tous le moins dans les cas mentionnés précédemment »*. Quant au Conseil constitutionnel, il juge qu'*« il appartient au législateur de fixer les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux personnes détenues ; que celles-ci bénéficient des droits et libertés constitutionnellement garantis dans les limites inhérentes à la détention »* (décision n° 2015-485 QPC du 25 septembre 2015, M. Johny M. (Acte d'engagement des personnes détenues participant aux activités professionnelles dans les établissements pénitentiaires), cons. 5).

* Depuis la décision n° 96-373 DC⁷, le Conseil constitutionnel rattache clairement le droit au recours juridictionnel effectif à l'article 16 de la Déclaration de 1789 aux termes duquel : « *Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution* ». Le Conseil juge qu'« *il résulte de cette disposition qu'en principe il ne doit pas être porté d'atteintes substantielles au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction* ».

L'existence d'un tel droit ne fait pas obstacle à celle de règles de recevabilité de l'acte introductif d'instance. Ce droit ne se limite pas non plus aux seuls actes juridictionnels. Le Conseil constitutionnel ne tient, en effet, pas compte de la qualification juridique conférée à l'acte pour déterminer s'il est susceptible d'être contesté devant un juge. Ainsi, tout acte, qu'il soit juridictionnel ou non juridictionnel, pris par une autorité publique, administrative ou judiciaire, peut être contrôlé au regard des exigences du droit à un recours effectif.

En matière de droit au recours des détenus, deux décisions du Conseil constitutionnel sont particulièrement topiques.

D'une part, le Conseil a jugé dans sa décision n° 2016-543 QPC que l'absence de voie de recours permettant de contester la décision par laquelle l'autorité judiciaire refuse de délivrer un permis de visite aux proches d'un détenu prévenu ou d'autoriser celui-ci à téléphoner méconnaissait le droit à un recours effectif : « *Au regard des conséquences qu'entraînent ces refus pour une personne placée en détention provisoire, l'absence de voie de droit permettant la remise en cause de la décision du magistrat, excepté lorsque cette décision est relative au refus d'accorder, durant l'instruction, un permis de visite au profit d'un membre de la famille du prévenu, conduit à ce que la procédure contestée méconnaisse les exigences découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789* »⁸. Pour ce motif, mais aussi celui tiré du droit au respect de la vie privée et du droit à une vie familiale normale, il a ainsi censuré les troisième et quatrième alinéas de l'article 145-4 du CPP ainsi que les mots « *et, en ce qui concerne les prévenus, aux nécessités de l'information* » figurant au deuxième alinéa de l'article 39 de la loi du 24 novembre 2009.

De même, dans sa décision n° 2018-715 QPC, le Conseil constitutionnel a jugé que l'absence de voie de recours permettant de contester la décision par laquelle l'autorité judiciaire s'oppose à l'exercice par les personnes placées en détention provisoire du

⁷ Décision n° 96-373 DC du 9 avril 1996, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, cons. 83.

⁸ Décision n° 2016-543 QPC du 24 mai 2016, *Section française de l'observatoire international des prisons (Permis de visite et autorisation de téléphoner durant la détention provisoire)*, paragr. 14.

droit de correspondre par écrit avec toute personne de leur choix méconnaissait le droit à un recours effectif. Il a ainsi jugé : « *Au regard des conséquences qu'entraîne ce refus pour une personne placée en détention provisoire, l'absence de voie de droit permettant la remise en cause de la décision du magistrat conduit dès lors à ce que les dispositions contestées méconnaissent les exigences découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789 [...] Par conséquent, [...] les mots "sous réserve que l'autorité judiciaire ne s'y oppose pas" figurant au premier alinéa de l'article 40 de la loi du 24 novembre 2009 doivent être déclarés contraires à la Constitution* »⁹.

B. – L'application à l'espèce

En premier lieu, après avoir rappelé que l'article 34 de la loi du 24 novembre 2009 reconnaît aux prévenus dont l'instruction est achevée et qui attendent leur comparution devant la juridiction de jugement la possibilité de bénéficier d'un rapprochement familial jusqu'à cette comparution (paragr. 4), le Conseil constitutionnel s'est appuyé sur la jurisprudence du Conseil d'État, telle qu'issue de la décision de renvoi, pour considérer qu'il résulte également de ces dispositions que la décision administrative relative au rapprochement familial est nécessairement subordonnée à l'accord du magistrat judiciaire saisi du dossier de la procédure (paragr. 5).

En effet, alors que la condition subordonnant la décision administrative de rapprochement familial à l'avis conforme du magistrat en charge de la procédure est formellement contenue dans les dispositions de l'article R. 57-8-7 du CPP, le Conseil d'État a jugé, dans la décision de renvoi, que ces dispositions réglementaires se bornaient en réalité à rappeler le caractère obligatoire de l'accord du magistrat, qui découle de la compétence de l'autorité judiciaire pour connaître du parcours de détention des prévenus.

Il revenait donc au Conseil constitutionnel de s'assurer de l'existence d'une voie de recours juridictionnel effectif contre les refus de rapprochement familial fondés sur une opposition du magistrat judiciaire en charge de la procédure.

En deuxième lieu et dans le cadre de cet examen, le Conseil constitutionnel a constaté, d'une part, qu'il résulte de la jurisprudence du Conseil d'État que si un recours pour excès de pouvoir peut être formé contre la décision administrative de refus de rapprochement devant le juge administratif, ce dernier se refuse à contrôler, à cette occasion, la régularité et le bien-fondé de l'avis défavorable du magistrat

⁹ Décision n° 2018-715 QPC du 22 juin 2018, *Section française de l'observatoire international des prisons (Correspondance écrite des personnes en détention provisoire)*, paragr. 6 et 7.

judiciaire qui en constitue, le cas échéant, le fondement (paragr. 5) et, d'autre part, qu'« aucune autre voie de recours ne permet de contester cet avis » (paragr. 6).

Le Conseil en a conclu qu'« il n'existe pas de recours juridictionnel effectif contre la décision administrative de refus de rapprochement familial lorsque celle-ci fait suite à l'avis défavorable du magistrat judiciaire » (paragr. 6) et qu' : «Au regard des conséquences qu'entraîne un tel refus, cette absence méconnaît les exigences découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789 » (paragr. 7).

Pour ce motif, le Conseil constitutionnel a déclaré l'article 34 de la loi du 24 novembre 2009 contraire à la Constitution.

En troisième lieu, après avoir relevé qu'une abrogation immédiate des dispositions contestées aurait entraîné des conséquences manifestement excessives en privant les prévenus détenus de la possibilité d'obtenir un rapprochement familial après la clôture de l'instruction et dans l'attente de leur comparution devant une juridiction de jugement, le Conseil a reporté au 1^{er} septembre 2019 la date de l'abrogation (paragr. 10).

Cependant, afin de faire cesser l'inconstitutionnalité constatée dès la publication de sa décision, le Conseil constitutionnel a assorti le report de l'abrogation d'une réserve transitoire selon laquelle « les avis défavorables pris sur le fondement des dispositions litigieuses par les magistrats judiciaires après la date de cette publication peuvent être contestés devant le président de la chambre de l'instruction dans les conditions prévues par la deuxième phrase du quatrième alinéa de l'article 145-4 du code de procédure pénale » (paragr. 11).

Le Conseil constitutionnel a ainsi fait référence, comme il l'avait fait dans sa décision n° 2018-715 QPC précitée, à une voie de recours déjà existante, dans le but de faciliter, pendant la période transitoire, la contestation des avis de l'autorité judiciaire défavorables au rapprochement familial de détenus prévenus dont l'instruction est achevée et qui attendent leur comparution devant une formation de jugement.