

**N° 395126**  
**Section française de**  
**l'observatoire international**  
**des prisons**

**10<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> sous-sections réunies**  
**Séance du 17 février 2016**  
**Lecture du 24 février 2016**

**CONCLUSIONS**

**Mme Aurélie BRETONNEAU, rapporteur public**

C'est avec plaisir que nous abordons cette question prioritaire de constitutionnalité (QPC) car elle permettra peut-être, si jamais nos intuitions sont bonnes, de résoudre le problème de l'absence de recours contre certaines décisions relatives aux personnes détenues en qualité de prévenu, que nous avons déjà eu l'occasion de déplorer à l'occasion de contentieux relatifs aux permis de visite (CE, 6 juillet 2015, *Garde des sceaux, ministre de la justice c/ M. et Mme R...*, n° 388456, T. p.).

La question vous est posée par la Section française de l'observatoire international des prisons à l'occasion d'un recours pour excès de pouvoir contre le refus du garde des sceaux d'abroger les articles R. 57-8-8, R. 57-8-9, R. 57-8-21, D.47-19, D. 57, D. 298 et D. 507 du code de procédure pénale, relatifs aux autorisations de téléphoner, aux translations judiciaires et aux permis de visite des prévenus ou assimilés (détenus sous écrou extraditionnel ou, par extension, en vertu de votre jurisprudence précitée, sous mandat d'arrêt européen).

Elle est dirigée contre les articles 35 et 39 de la loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire et 145-4 et 715 du code de procédure pénale, dont aucun n'a été déclaré conforme à la Constitution. Ces articles sont relatifs aux permis de visite des prévenus (art. 35 de la loi pénitentiaire et 145-4 du code), aux mesures prises pour l'instruction et le jugement de ces derniers au nombre desquelles figurent les translations judiciaires (art. 715 du code) et au droit de téléphoner (art. 39 de la loi pénitentiaire). Ce sont eux qui posent la compétence du juge judiciaire pour décider de ces mesures concernant les personnes prévenues. Ils sont donc sans aucun doute applicables au litige.

La requérante les conteste sous l'angle de l'incompétence négative (décision n° 2010-5 QPC du 18 juin 2010, *SNC Kimberly Clark*), qui entraîne selon elle une atteinte à deux droits et libertés constitutionnellement garantis : le droit au recours, protégé par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, et le droit à la vie familiale, protégé par le 10<sup>ème</sup> alinéa du Préambule de la Constitution de 1946.

La question nous semble très sérieuse s'agissant du droit au recours effectif.

Il est certain qu'il appartient au seul législateur de prévoir l'existence et les contours d'une voie de recours en matière pénale. Devant les juridictions judiciaires, il n'existe en effet pas de recours sans texte de procédure qui l'instaure (v., par exemple, à propos de la portée de l'article 186 du code de procédure pénale, Cass. crim., 29 avril 1960, Bull. crim. n° 221 ; 18 mai 1977, Bull. crim. n° 181 ; 21 août 1990, Bull. crim. n° 304 ; 13 décembre 1995, Bull. crim. n° 380) ; et les règles de procédure pénale relèvent naturellement du champ de l'article 34 de la Constitution (v., sur ces deux points, votre décision CE, Section, 31 octobre 2008, *SFOIP*, n° 293785, p. relative au vide, en termes de voie de recours, de l'article 715 du code de procédure pénale ; v. aussi, pour une acception extensive du domaine de la loi en la matière, les décisions n° 75-56 DC du 23 juillet 1975 ou n° 92-172 L du 29 décembre 1992 et CE, 30 décembre 2003, *Union nationale C.G.T. des affaires sociales*, T. p. 620).

Reste à savoir si les garanties nécessaires au respect de l'article 16 ont été posées ou non par le législateur dans les configurations qui nous occupent.

Commençons par les **permis de visite** susceptibles d'être délivrés à l'entourage des personnes placées en détention provisoire. Comme en dispose l'article 35 de la loi pénitentiaire, le droit de visite est la modalité d'exercice principale du droit des personnes détenues au maintien des relations avec les membres de leur famille.

Il nous semble inatteignable, compte tenu de la teneur de ce droit, de juger que l'absence de toute voie de recours juridictionnelle contre des refus ou retraits de permis ne méconnaîtrait par le droit au recours protégé, sous l'angle de la garantie des droits, par la Constitution (v., par analogie, s'agissant de l'absence de recours contre les visites domiciliaires, décision n° 2014-387 du 4 avril 2014 ; s'agissant de l'absence de recours contre les décisions de destruction de biens saisis, décision n° 2014-390 du 11 avril 2014).

S'agissant des détenus en qualité de prévenu, le 4<sup>ème</sup> alinéa de l'article 35 dispose que c'est l'autorité judiciaire qui délivre les permis. Ce régime de délivrance, qui contraste avec celui des détenus condamnés pour lesquels les permis sont délivrés par l'administration, s'explique par les interférences que sont susceptibles de causer les visites avec le déroulement de l'instruction et du procès.

Même si le critère organique n'épuise pas la question de la répartition des compétences en vertu de votre jurisprudence TC, 27 novembre 1952, *Préfet de la Guyane*, n° 01420, p. 642, récemment précisée par TC, 12 octobre 2015, *M. H...*, n° 4019, p., la distinction en termes de régime de délivrance emporte ici des conséquences en termes de voies de recours.

S'agissant des détenus condamnés, la compétence de l'autorité administrative entraîne la vôtre même sans texte pour connaître d'éventuels refus ou retraits de permis, comme vous en avez jugé à plusieurs reprises, notamment dans votre décision CE, 20 février 2013, *M. T...*, n° 364081, T. p. (v. aussi JRCE, 9 août 2001, *M. A...*, n° 237005, T. p. ; JRCE, 19 janvier 2005, *C...*, n° 276562, p.).

S'agissant des prévenus et assimilés, la compétence de l'autorité judiciaire pour délivrer, refuser ou retirer le permis, parce qu'elle a pour objet de consacrer le lien indéfectible entre permis de visite et conduite de la procédure judiciaire, entraîne celle du juge judiciaire pour connaître des recours : vous l'avez jugé par vos décisions CE, 15 avril 2011,

*Garde des sceaux c. Mme P...*, n° 346213, p. 165 et, s'agissant des détenus qui ont la double qualité de prévenu et de condamné, *Garde des sceaux, ministre de la justice c/ M. et Mme R...* n° 388456 précitée.

Cette question de compétence n'épuise toutefois pas celle de la recevabilité d'un éventuel recours, dont dépend bien sûr l'appréciation de son caractère effectif. Nous avons dit en effet qu'il n'existait pas, devant le juge judiciaire, de recours recevable sans texte.

Un tel recours existe, en vertu de l'article 145-4 du code de procédure pénale, pour les permis relatifs à un prévenu refusés pendant la durée de l'information. A ce stade, c'est le juge d'instruction qui est chargé du dossier de la procédure. L'article 145-4 prévoit non seulement que c'est lui qui est compétent pour délivrer ou non les permis, mais également que ses décisions de refus peuvent être déférées au président de la chambre de l'instruction qui statue dans un délai de cinq jours par une décision écrite et motivée non susceptible de recours. L'infirmité de la décision du juge d'instruction entraîne la délivrance du permis.

La situation est plus obscure une fois l'information close, par l'effet soit d'une ordonnance de renvoi devant le tribunal correctionnel (art. 179 du code de procédure pénale), soit d'une ordonnance de mise en accusation devant la cour d'assises (art. 181 du même code). Dans les deux cas, la détention provisoire peut se poursuivre (systématiquement en cas d'ordonnance de mise en accusation, sur décision du juge d'instruction en cas d'ordonnance de renvoi correctionnelle), et ce jusqu'à ce qu'il soit statué définitivement. Pour autant, le juge d'instruction est, à ce stade, dessaisi du dossier, au profit du procureur de la République, auquel il le transmet (art. 180 et 181) et de la juridiction de jugement saisie (tribunal correctionnel, chambre des appels correctionnels, cour d'assises ou Cour de cassation).

On pourrait certes faire de l'article 145-4 du code une lecture littérale, dont il découlerait que pendant toute la durée de la détention provisoire, c'est le juge d'instruction qui délivre les permis sous le contrôle du président de la chambre de l'instruction. Cette solution n'est toutefois pas très naturelle.

D'abord, la rationalité d'un système dans lequel un magistrat dessaisi de la procédure continuerait à statuer sur la question des permis de visite, alors même que tout est fait pour tenir compte du lien entre le déroulement procédure et la délivrance de tels permis, n'apparaît pas avec une évidence aveuglante. L'article 715 précise d'ailleurs que « Le juge d'instruction, le président de la chambre de l'instruction et le président de la cour d'assises, ainsi que le procureur de la République et le procureur général, peuvent donner tous les ordres nécessaires soit pour l'instruction, soit pour le jugement, qui devront être exécutés dans les maisons d'arrêt », ce qui semble pouvoir couvrir les permis de visite.

Ensuite, ce n'est pas la compréhension qu'en a eue le pouvoir réglementaire, qui, lorsqu'il a entendu préciser qui était compétent pour délivrer les permis de visite des personnes prévenues, ce qu'il était compétent pour faire à condition de ne pas mordre sur les articles législatifs se prononçant sur ce point, a affirmé à l'article R. 57-8-8 que « Les permis de visite sont délivrés, refusés, suspendus ou retirés pour les personnes détenues prévenues par le magistrat saisi du dossier de la procédure dans les conditions prévues par l'article 145-4 ». Or l'expression magistrat saisi de la procédure désigne, aux termes de l'article R. 57-5, « selon le cas le juge d'instruction ou le juge des enfants, le juge des libertés et de la détention, le procureur de la République, le président de la chambre de l'instruction, le président de la

cour d'assises, le procureur général près la cour d'appel et le procureur général près la Cour de cassation ».

En outre, ce n'est pas la compréhension qu'en a eue l'autorité judiciaire. L'examen de la pratique montre qu'entre la fin de l'information et la condamnation définitive, c'est en réalité le parquet qui traite de la question des permis de visite, bien qu'on ait pu imaginer une compétence, au moins concurrente, de la juridiction de jugement saisie. L'examen de la jurisprudence monte quant à lui que les chambres de l'instruction se déclarent incompétentes pour connaître des décisions du parquet prises en la matière après la clôture de l'information : v., cités par la requérantes, une ordonnance de la chambre de l'instruction de Dijon du 5 décembre 2012, trois ordonnances du président de la chambre de l'instruction de Caen de 2013 et une ordonnance de la présidente de la chambre de l'instruction de Montpellier du 15 juillet 2015, au motif que ni les dispositions de l'article 145-4, ni celles de l'article 186 qui détermine la compétence de droit commun de la chambre de l'instruction, ni enfin celles du dernier alinéa de l'article 148-1, qui en fait une juridiction par défaut de la mise en liberté.

Enfin, à titre confortatif, ce n'est pas la compréhension qu'en ont eues les commissaires du gouvernement et rapporteurs publics qui ont été amenés à conclure sur des affaires de permis de visite. Nous faisons principalement allusion aux conclusions de Bertrand Dacosta sur la décision du tribunal des conflits TC, 7 juillet 2014, *M. F... et Mme A... M...*, n° 3950, dans lesquelles il conclut à l'absence de recours une fois l'instruction close et relève la pratique en ce sens de l'autorité judiciaire. Nous nous sommes fait le modeste écho de cette analyse auprès de vous dans nos conclusions sur l'affaire *Garde des ceaux c/M. et Mme P...* n° 388456 précitée.

Dans ces conditions, il nous semble qu'il en est de trois choses l'une. Soit l'article 145-4 du code de procédure pénale doit effectivement être lu comme prévoyant la délivrance des permis par le juge d'instruction sous le contrôle de la chambre de l'instruction pendant toute la durée de la détention provisoire et dans ce cas, le droit au recours est sauf, mais l'obscurité des textes est telle, et le sujet à ce point sensible pour l'autorité judiciaire, qu'il nous semblerait raisonnable de laisser au Conseil constitutionnel le soin de l'affirmer. Soit l'article 145-4 n'a pas cette portée, et la compétence appartient bien au magistrat chargé de la procédure en fonction de son stade en vertu de l'article 715 du code de procédure pénale, mais l'article R. 57-8-8, en donnant compétence à ce magistrat le soin de délivrer les permis « dans les conditions posées par l'article 145-4 », crée ce faisant une voie de recours devant la chambre de l'instruction : dans ce cas, l'article R. 57-8-8 est incompétamment édicté et le problème d'incompétence négative de la loi, en l'occurrence de l'article 715, reste non résolu. Soit enfin il n'existe pas de voie de recours, ce qui crée évidemment un problème sérieux de constitutionnalité.

Nous pensons donc qu'il convient de renvoyer au Conseil constitutionnel la question sérieuse de la conformité aux articles 34 de la Constitution et 16 de la DDHC, des dispositions qui s'appliquent aux détenus prévenus pendant la phase qui va de la clôture de l'information à la condamnation définitive. La seule difficulté concerne le périmètre des dispositions législatives entachées de ce vice : il est toujours délicat de déterminer avec précision où se niche l'incompétence négative puisque, par définition, elle s'enracine dans l'absence de disposition. En l'espèce, le renvoi doit à notre sens concerner l'article 715 du code de procédure pénale, en tant qu'il confie, selon la lecture qui nous semble la plus naturelle de celles que nous avons envisagées, aux magistrats saisis de la procédure le soin de délivrer les

permis de visite sans prévoir de recours. Le renvoi est moins évident s'agissant de l'article 35 de la loi pénitentiaire (1<sup>er</sup> et 4<sup>ème</sup> alinéas), car s'il instaure le système des permis de visite délivrés par l'autorité judiciaire sans prévoir de voie de recours, il n'y a rien d'illogique, la logique de la loi pénitentiaire, dans sa partie non codifiée, étant d'ouvrir des droits, les dimensions procédurales étant réglées, en termes de véhicule législatif, par le code de procédure pénale. Compte tenu des liens qu'entretiennent les articles et dès lors que le Conseil constitutionnel ne semble plus s'interdire de trier lui-même dans les dispositions renvoyées, nous plaiderions plutôt pour un renvoi large. Et nous croyons que ce renvoi large doit également s'étendre à l'article 145-4 dont la rédaction reste à interpréter mais laisse penser qu'il limite les recours possibles à la phase d'information.

Quoi qu'il en soit de ce dernier point, nous pensons que l'article 145-4 pose un problème de constitutionnalité aussi pendant la phase d'information. Il ne prévoit en effet de recours que contre les décisions de refus de permis prises par le juge d'instruction, à l'exclusion donc des décisions de retrait de permis. En outre, il dispose expressément que les décisions de refus doivent être écrites et spécialement motivées, et c'est contre ces décisions explicites qu'il prévoit l'existence d'un recours. Il n'est jamais possible au détenu de saisir directement le juge en cas d'inertie du juge d'instruction à répondre à une demande de permis, comme il est par exemple prévu aux articles 81 ou 82 du code pour les cas d'inertie dans la prise des actes d'information (v. aussi l'article 221-2 en cas d'absence de diligence du magistrat), et il n'existe pas de système de décision implicite susceptible d'être déférée au juge. En pratique, les juges d'instruction, saisis d'un nombre important de demandes, s'abstiennent parfois de statuer, et les recours ne sont alors pas possibles. Il n'est guère évident de remédier à cette situation, en instaurant un délai pour statuer ou une possibilité de recours direct, en raison précisément du nombre important de demandes. Il reste que d'un point de vue constitutionnel, il nous semble apercevoir là une petite faiblesse en termes de droit au recours, qui nous convainc de plus fort de renvoyer l'article 145-4.

Ce que nous venons de vous dire pour les permis de visite vaut aussi pour les **communications téléphoniques**. Le droit des personnes détenues de téléphoner aux membres de leur famille est posé par l'article 39 de la loi pénitentiaire. Cet article prévoit également que pour les prévenus, l'accès au téléphone est subordonné à l'autorisation de l'autorité judiciaire, et qu'il peut être refusé, suspendu ou retiré pour des motifs liés au maintien du bon ordre et de la sécurité ou à la prévention des infractions et, en ce qui concerne les prévenus, aux nécessités de l'information. Or ni cet article ni aucun autre, en particulier l'article 715 du code de procédure pénale, ne prévoit de voie de recours contre les refus, retraits ou suspensions d'accès au téléphone. Pour des raisons analogues à celles développées au sujet des permis de visite, nous pensons donc qu'il y a matière à renvoyer au Conseil constitutionnel la question de la conformité, sous l'angle de l'incompétence négative, à la garantie des droits de l'article 715 en tant qu'il s'applique aux permis de téléphoner ainsi que, quitte à viser large, de l'article 39, au moins ses deux premiers alinéas.

En revanche, s'agissant tant des permis de visite que de l'accès au téléphone, nous pensons que la QPC est dépourvue de sérieux s'agissant de la méconnaissance du droit à une vie familiale qui, contrairement à ce que soutient la requête, n'implique pas de prévoir aussi des dispositions, *a fortiori* législatives, permettant un contact avec des personnes autres que les membres de la famille.

Reste la question des **translations judiciaires**, à savoir les transferts de détenus opérés pour les besoins de l'instruction ou du procès. Celles-ci sont explicitement régies par les articles D. 297 à D. 299 du code de procédure pénale, mais elles sont implicitement visées par l'article 715 déjà évoqué au titre des mesures nécessaires pour l'instruction ou le jugement.

La translation judiciaire n'est que très peu attentatoire aux droits des détenus : tout au plus induit-elle une atteinte ponctuelle au droit de visite lorsque le transfert implique un éloignement important. Le législateur a en tout état de cause entouré cette atteinte limitée d'une garantie d'intervention de l'autorité judiciaire et d'adéquation aux nécessités de l'instruction ou du jugement de sorte que sous l'angle de la vie familiale, nous ne voyons rien à reprocher. Nous ne sommes pas certaine non plus qu'il existe un problème sur le terrain du droit au recours, même si aucun recours n'est prévu, s'agissant de ce qui s'apparente à une mesure d'administration judiciaire se bornant à tirer les conséquences de la compétence territoriale des juridictions.

Nous convenons toutefois qu'il ne vous revient pas nécessairement de décider vous-mêmes de la qualification de mesure d'administration de la justice d'une telle décision. Et comme nous pensons en tout état de cause qu'en tirant un peu sur la question des permis de visite, il est également possible de renvoyer l'article 715 à ce titre, nous vous suggérons de renvoyer au Conseil constitutionnel la question de la conformité de cet article à l'article 34 combiné au droit au recours sans autre forme de précision.

Si nous nous résumons, nous préconisons donc le renvoi au Conseil constitutionnel de la question, que nous estimons sérieuse, de la conformité à l'article 34 de la Constitution combiné à l'article 16 de la DDHC des articles 35 et 39 de la loi pénitentiaire et des articles 145-4 et 715 du code de procédure pénale.

Tel est le sens de nos conclusions.