

10<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> chambres réunies  
Séance du 28 mars 2018  
Lecture du 11 avril 2018

## CONCLUSIONS

**Mme Aurélie BRETONNEAU, rapporteur public**

Cette question prioritaire de constitutionnalité (QPC) pose une intéressante question d'applicabilité au litige, dans une configuration que nous croyons inédite.

La QPC porte sur l'article 434-35 du code pénal qui, inséré dans le chapitre relatif à l'évasion, punit d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende le fait de remettre ou de faire parvenir à un détenu, ou de recevoir de lui et de transmettre des sommes d'argent, correspondances, objets ou substances quelconques en dehors des cas autorisés par les règlements. Il punit également des mêmes peines le fait, pour une personne se trouvant à l'extérieur d'un établissement pénitentiaire ou d'un établissement de santé habilité à recevoir des détenus, de communiquer avec une personne détenue à l'intérieur de l'un de ces établissements, y compris par la voie des communications électroniques, hors les cas où cette communication est autorisée en application de l'article 145-4 du code de procédure pénale ou des articles 39 et 40 de la loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire et réalisée par les moyens autorisés par l'administration pénitentiaire. L'article 145-4 du code de procédure pénale auquel cet article renvoie est celui qui permet au prévenu de téléphoner à un tiers avec l'autorisation du juge d'instruction. L'article 39 de la loi pénitentiaire est celui qui instaure le droit pour les personnes détenues de téléphoner aux membres de leurs familles voire à d'autres personnes pour favoriser leur réinsertion, sous réserve de ne pas faire l'objet d'une interdiction pour des motifs d'ordre public et, s'agissant des prévenus, de l'accord du juge d'instruction. L'article 40 instaure un droit des condamnés et, sous réserve que l'autorité judiciaire ne s'y oppose pas, des prévenus, à correspondre par écrit avec toute personne de leur choix. Bref, l'article 434-35 du code pénal incrimine le fait d'entretenir avec une personne détenue des communications, sauf lorsqu'il s'agit de communications téléphoniques ou écrites autorisées par la loi, dans les conditions fixées par l'administration pénitentiaire.

Si la Section française de l'observatoire international des prisons s'en prend à cet article, c'est parce qu'elle le sait fragile, comme en a témoigné la décision rendue à son sujet, mais dans une version antérieure, par le Conseil constitutionnel dans une décision n° 2016-608 QPC du 24 janvier 2017. A l'époque, c'est-à-dire dans sa rédaction issue de la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure, l'article 434-35 disposait plus sobrement que : « Est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende le fait, en quelque lieu qu'il se produise, de remettre ou de faire parvenir à un détenu, ou de recevoir de lui et de transmettre des sommes d'argent, correspondances, objets ou substances quelconques ainsi que de communiquer par tout moyen avec une personne détenue, en dehors des cas autorisés par les règlements. » Le Conseil constitutionnel était saisi d'une QPC renvoyée par

la Cour de cassation, à l'occasion d'un litige pénal portant sur une communication interdite avec une personne détenue. Il a estimé que le délit de communication irrégulière était entaché d'incompétence négative au regard du principe de légalité des délits et des peines, au motif que, « s'il est possible au législateur de fixer les règles relatives à la communication avec les détenus compte tenu des contraintes inhérentes à la détention, il s'en est remis en l'espèce au pouvoir réglementaire pour déterminer la portée du délit de communication irrégulière avec une personne détenue ». Autrement dit, le législateur, seul compétent pour déterminer le champ d'une infraction pénale, ne pouvait pas délimiter celui-ci par renvoi au cas autorisés ou non par les règlements. Il a donc supprimé la référence aux communications non autorisées de l'article 434-35.

La nouvelle rédaction de cet article, issue d'un amendement parlementaire à la loi n° 2017-258 du 28 février 2017, avait pour objet de corriger l'inconstitutionnalité. C'est ce qui explique que le deuxième alinéa de l'article, désormais consacré au délit de communication irrégulière, qui était auparavant traité dans le même mouvement que le délit de d'introduction illicite d'objets en détention, fasse désormais référence aux communications autorisées par le législateur.

Simplement, il reste deux difficultés.

D'une part, le délit d'introduction d'objets illicites en détention, désormais isolé au premier alinéa, n'a pas été modifié par la loi du 28 février 2017 et survit donc dans sa rédaction issue de la loi du 18 mars 2003 renvoyant, pour définir en creux l'infraction pénale, aux cas de transmission d'objets autorisées par les règlements. Or le Conseil constitutionnel avait bien pris le soin, dans sa décision précitée, de préciser n'être saisi, au sein de cet alinéa dans sa rédaction de 2003, que du délit de communication irrégulière. Il n'a donc absolument pas béni le reste de l'alinéa, qui nous semble souffrir d'une fragilité congénitale justifiant certainement que vous regardiez la question de sa constitutionnalité comme sérieuse.

D'autre part, même le délit de communication irrégulière dans sa version corrigée par la loi de 2017 nous semble encore problématique. Car s'il est vrai que la délimitation des communications autorisées se fait désormais par renvoi à la partie législative du code de procédure pénale et à la loi pénitentiaire, le caractère licite de ces communications reste subordonné à la condition qu'elles soient réalisées « par les moyens autorisés par l'administration pénitentiaire ». Cette expression fait référence aux règlements intérieurs des établissements pénitentiaires, arrêtés par les chefs d'établissement à partir d'un règlement type défini par décret en Conseil d'Etat, qui sont notamment chargés de déterminer les moyens de communication autorisés au sein de chaque établissement.

On comprend bien que le législateur se soit senti acculé à un tel renvoi, dans la mesure où il n'est en principe pas de sa compétence de fixer le détail technique des modes de communication autorisés dans les prisons. Une prise en main par le législateur ne serait d'ailleurs pas adéquate, dans la mesure où des ajustements au profil de chaque établissement et de sa population carcérale peuvent être nécessaires, de même qu'une mutabilité rapide en fonction de l'évolution des moyens de communication. Peut-être ces considérations, combinées à la circonstance que la référence à des normes réglementaires n'intervient plus désormais qu'en second rideau, en complément d'un premier renvoi aux dispositions législatives, seraient-elles de nature à conduire le Conseil constitutionnel à se montrer moins sévère que dans le précédent. Il reste que l'adhérence d'un renvoi réglementaire au champ d'une infraction pénale demeure et qu'il serait sans doute raisonnable, si la disposition était applicable au litige, de renvoyer la question.

Seulement voilà, nous pensons que la disposition n'est pas applicable au litige.

Nous ne croyons pas faire injure à la requérante en disant qu'elle a conçu ce litige de toute pièce dans l'objectif de poser sa QPC. Il prend en effet la forme d'un contentieux d'excès de pouvoir de type *Alitalia* (CE, Assemblée, 3 février 1989, *Compagnie Alitalia*, n° 74052, p. 44), c'est-à-dire dirigé contre le refus d'abroger plusieurs dispositions réglementaires du code de procédure pénale – les articles R. 57-6-18 à R. 57-6-20, D. 262 à D. 264, A. 40-2 ainsi que l'annexe à l'article R. 57-6-18. Ces articles, tous issus de décrets d'application de la loi pénitentiaire (le décret n° 2010-1635 du 23 décembre 2010 et le décret n° 2013-368 du 30 avril 2013) ou, pour l'article en A, d'un arrêté pris sur le fondement de ces décrets, sont relatifs soit au règlement intérieur des établissements pénitentiaires (articles en R. et leurs annexes), soit aux modalités de correspondance des détenus (articles en D.), soit aux objets autorisés en détention (article en A.). Autrement dit, ils constituent le socle des fameuses dispositions réglementaires par référence auxquelles est défini le champ de l'infraction.

Si la requérante a choisi de cibler par un recours *Alitalia* ces dispositions réglementaires, c'est parce qu'elles entretiennent avec la disposition législative visée par la QPC un lien juridique évident. Elles se trouvent même au cœur de la QPC, puisque tout le grief qui est fait à la loi, c'est de procéder par renvoi à ces dispositions réglementaires ou à la réglementation prise sur leur fondement.

Mais le critère est que la QPC soit utile au litige, pas que le litige soit utile à la QPC. Or ici, le sort de la QPC est indifférent au destin contentieux du refus d'abroger les articles réglementaires. Car si la loi contestée n'est pas autonome – c'est tout son problème – vis-à-vis de ces articles réglementaires, la réciproque n'est pas vraie et ces articles, eux, sont parfaitement autonomes vis-à-vis de cette loi. Ces articles sont, selon les cas, pris pour ou en application soit de l'article 728 du code de procédure pénale, issu de l'article 86 de la loi pénitentiaire, qui impose l'édiction de règlements intérieurs types prévus par décret en Conseil d'Etat, soit des autres articles de cette loi qui consacrent un droit de correspondre ou de détenir des objets limité par les contraintes inhérentes à la détention. L'article 434-35 du code pénal n'étant en rien leur base légale, ces dispositions réglementaires tiennent debout sans lui, de sorte que si la loi venait à disparaître, elles ne deviendraient pour leur part ni illégales ni même caduques. Leur objet, relatif aux modalités de la vie en détention, n'a rien à voir avec l'infraction pénale et si elles ont *de facto* pour effet d'en définir les contours, c'est par un accident de l'histoire, par l'effet d'une loi qui les attrait dans son champ sans s'incorporer à elles en retour.

Nous avons hésité un instant à retenir un constat si brutal, en nous demandant si l'attraction incidente des dispositions réglementaires dans le dispositif pénal posé par l'article 434-35 ne serait pas susceptible de rendre opérante à leur encontre l'invocation du principe de légalité des délits et des peines (et tant par exemple qu'ils ne seraient pas suffisamment précis – v. la logique de votre décision CE, 16 décembre 2016, *Groupement d'employeurs Plusagri*, n° 390234, p. – ou entachées d'incompétence), et si cette circonstance n'était pas de nature à rétroagir sur l'applicabilité. Mais à bien y réfléchir, nous ne le croyons pas. Nous n'avons trouvé de cas semblables d'opérance du principe de légalité des délits et des peines qu'à l'encontre de décrets dont l'objet était de définir l'infraction, d'ailleurs souvent dans le cadre de litige relatifs à la sanction (par exemple disciplinaire) prononcée sur leur fondement. Et nous ne voyons pas du tout, dans notre cas de figure, comment vous pourriez, dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir contre les dispositions réglementaires en cause, dont l'objet propre est autonome, aller tirer du fait que l'article 434-35 a fait le choix d'y renvoyer la possibilité de les censurer au motif qu'elles seraient insuffisantes pour servir de délimitation au champ d'une infraction pénale, en quelque sorte « en tant seulement » qu'elles auraient pour effet de délimiter cette infraction. Nous ne saurions d'ailleurs pas dire comment

se rédigerait une telle annulation. Or c'est bien d'un litige d'excès de pouvoir contre les dispositions réglementaires que vous êtes saisis. Nous continuons donc de penser que le sort de l'article 434-35 du code pénal, impuissant à entraîner le succès du recours de pouvoir, est sans incidence sur le litige dans le cadre duquel est posée la QPC.

Disant cela, nous n'ignorons certes pas que la notion d'applicabilité au litige au sens et pour l'application de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 peut, dans certaines circonstances, faire l'objet d'une interprétation souple qui ne se réduit pas à la simple opérance et permet de regarder comme applicable au litige une disposition non dénuée de rapport avec les termes de ce dernier (CE, 8 octobre 2010, *D...*, n° 338505, p. ; CE, 21 mars 2011, *L... et autres*, n° 345193 ; CE, 2 février 2012, *P...*, n° 355137, p.). Il vous est arrivé dans ces rares cas, de plus en plus rares à dire vrai (pour des refus : CE, 19 janvier 2011, *EARL Schmittseppel et Noir*, n° 343389, T. p. ; en matière de principe d'égalité, CE, 13 janvier 2014, *M. T...*, n° 372804, T. p.), de renvoyer des QPC alors même que vous saviez qu'une abrogation par le Conseil constitutionnel resterait sans incidence sur l'issue du litige. Nous avons souvent eu l'occasion de vous dire notre attachement à l'autonomie, voulue par le législateur organique à titre de soupape, de cette notion (v. CE, 13 juin 2016, *M. C... et M. M...*, n° 372721, T. p.). Parallèlement, nous avons déjà défendu devant vous la nécessité de permettre qu'une QPC puisse se greffer sur un litige de type *Alitalia*, quand bien même ce dernier serait artificiellement noué uniquement pour les besoins de la QPC (CE, 13 avril 2016, *Cimade et autres*, n° 394114).

Mais autant chacun de ces éléments de souplesse nous semble, pris séparément, se justifier à plein, autant nous nous avouons réticente à admettre qu'ils puissent trop facilement se greffer l'un sur l'autre. La souplesse au carré qui résulterait d'une appréciation de l'applicabilité déconnectée de l'opérance dans un litige lui-même artificiellement construit conduirait pour le coup à enrayer le verrou posé par le législateur organique à l'introduction de QPC qui ne seraient ancrées dans aucune réalité contentieuse<sup>1</sup>.

Ici, la bonne solution pour voir la QPC aboutir serait de la poser devant le juge pénal, à l'occasion d'une instance relative à l'une des infractions créées par l'article 434-35 du code pénal. C'est d'ailleurs par cette voie orthodoxe qu'avait été posée la QPC qui a donné lieu à la première censure de cet article dans sa rédaction de 2003.

On touche là à la véritable difficulté de l'affaire, qui vient de ce que, par un arrêt n° 1404 du 8 juin 2017 (17-90.008, ECLI:FR:CCASS:2017:CR01404), la chambre criminelle de la Cour de cassation a refusé de renvoyer au Conseil constitutionnel, faute de caractère sérieux, une QPC partiellement équivalente à celle dont vous êtes aujourd'hui saisis. Mais nous ne croyons pas qu'il vous appartienne de jouer outre mesure avec les critères d'applicabilité au litige pour usurper le rôle de filtre qui incombe en cette matière à la Cour de cassation au seul motif que vous ne partageriez pas nécessairement son appréciation.

Si vous le faisiez, ce ne pourrait être que pour des motifs d'opportunité qui ne nous choqueraient pas outre mesure, mais qui nous semblent un peu trop éloigné de l'orthodoxie juridique, même en ce qui concerne la condition plastique d'applicabilité au litige, pour que nous vous les propositions.

PCMNC – Non renvoi de la QPC.

---

<sup>1</sup> Nous admettons volontiers que vous avez consenti ce double effort dans la décision *Mme Le Pen* précitée, mais cet exemple assez extraordinaire tenait surtout à ce qu'il n'était pas possible à la requérante de trouver une autre prise contentieuse permettant au Conseil constitutionnel de se prononcer en temps utile sur la constitutionnalité des règles de parrainage avant l'élection présidentielle.