

N° 424970
SECTION FRANCAISE DE
L'OBSERVATOIRE INTERNATIONAL
DES PRISONS

10^{ème} et 9^{ème} chambres réunies
Séance du 28 novembre 2018
Lecture du 5 décembre 2018

CONCLUSIONS

Mme Aurélie BRETONNEAU, rapporteur public

Cette QPC est difficile car il faut, pour pouvoir déterminer s'il convient de la renvoyer au Conseil constitutionnel ou non, résoudre une délicate question de répartition de compétences entre juge judiciaire et juge administratif, s'agissant de la contestation de décisions formellement prises par l'administration pénitentiaire, mais impliquant un avis conforme de l'autorité judiciaire, en matière de rapprochement familial des prévenus.

Est en cause l'article 34 de la loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire, dont le Conseil constitutionnel n'a jamais encore connu, puisqu'il ne l'a pas mentionné à l'occasion de la saisine blanche dont il a fait l'objet sur la loi pénitentiaire (v. décision n° 2009-593 DC du 19 novembre 2009) et qu'il l'a jugé inapplicable au litige lorsque vous le lui avez renvoyé par une QPC de 2016 (décisions n° 2016-543 QPC du 24 mai 2016). Cet article 34 ouvre la section consacrée à la vie privée et familiale des personnes détenues. Il dispose que : « 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. »

La section française de l'observatoire international des prisons, qui conteste cet article à l'occasion d'un recours pour excès de pouvoir fabriqué à cette fin contre le refus d'abroger son décret d'application, ne se plaint évidemment pas de la possibilité de rapprochement familial qu'il instaure, mais de l'absence de voie de recours prévue contre d'éventuels refus. Il ne fait pas trop de doute qu'en l'absence de voie de recours, il y aurait à tout le moins un problème de constitutionnalité sérieux : le Conseil constitutionnel a déjà censuré, sur le terrain de l'incompétence négative du législateur à n'avoir pas satisfait aux exigences de l'article 16 de la DDHC et du droit au respect de la vie familiale, l'absence de voie de recours prévue contre les décisions défavorables opposées par l'autorité judiciaire en matière de permis de visite, de téléphoner et de correspondre des prévenus (décisions n° 2016-543 QPC du 24 mai 2016 n° 2018-715 QPC du 22 juin 2018). Dans votre jurisprudence, d'ailleurs, l'incontestabilité de principe des refus de changement d'affectation opposés à des détenus cède toujours, pour le respect de l'exigence de droit au recours constitutionnellement garanti, lorsque sont en cause les

droits fondamentaux des détenus (CE, Assemblée, 14 décembre 2007, *Garde des sceaux, ministre de la justice c/ B...*, n° 290730, p. 495). Or un refus de transfert sollicité pour rapprochement familial met nécessairement en cause le droit à la vie privée, à travers le droit au rapprochement familial consacré par la loi pénitentiaire.

Encore faut-il s'assurer qu'il n'existe effectivement pas de voie de recours. Pour ce faire, il suffit de déterminer quel ordre de juridiction serait compétent pour connaître de tels recours : en effet, devant le juge administratif, le recours pour excès de pouvoir est ouvert sans texte – et nous avons vu pourquoi vous ne pourriez regarder ces refus comme des mesures d'ordre intérieur ; devant l'autorité judiciaire en revanche, de telles voies de recours sans texte n'existent pas, ce qui entraîne, dans une spirale infernale, la nécessité non seulement d'un texte, mais en plus d'un texte législatif, car on est en matière de procédure pénale et que le Conseil constitutionnel a de toute façon affirmé de façon répétée la compétence exclusive du législateur pour concilier en matière pénitentiaire les nécessités de la détention avec l'exercice des droits et libertés constitutionnellement garantis aux personnes détenues (décisions n° 2009-593 DC du 19 novembre 2009 ou n° 2014-393 QPC du 25 avril 2014). Si l'ordre judiciaire est compétent en l'espèce, alors il y a bien un vide législatif qui, si le Conseil constitutionnel estimait que les refus de rapprochement familial des prévenus doivent pouvoir être contestés, conduirait à constater l'incompétence négative et donc à censurer la loi, étant donné que l'exercice n'est pas facile, la rédaction ne se prêtant pas à une censure chirurgicale permettant d'isoler la question de l'absence de recours, le Conseil constitutionnel ne pratiquant pas l'annulation en tant que ne pas, et la seule voie imaginable étant donc une censure « en plein » avec pour conséquence de faire disparaître – même si une modulation dans le temps pourrait permettre en pratique de résoudre le problème – une disparition pour le moins paradoxale du droit au rapprochement familial des prévenus.

Or il nous semble très difficile d'imaginer que la contestation de mesures de refus de rapprochement familial puisse relever de la compétence exclusive du juge administratif.

Il faut pour tout comprendre connaître le contenu de l'article R. 57-8-7 du code de procédure pénale, celui qui est visé par le refus d'abroger litigieux : c'est lui qui, pris pour l'application de l'article 34 de la loi pénitentiaire, met en musique le traitement des demandes de regroupement familial. Or il le fait en consacrant la double intervention et de l'autorité judiciaire, et de l'administration pénitentiaire. Il dispose en effet ceci : « 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. » La compétence du directeur interrégional est confiée au ministre de la justice, dans les mêmes conditions, lorsque la personne transférée doit passer d'une direction interrégionale à une autre, qu'elle est inscrite au répertoire des détenus particulièrement signalés ou qu'elle est prévenue pour acte de terrorisme. En somme, c'est l'administration qui prend formellement la décision, mais elle ne peut y faire droit qu'avec l'accord du magistrat saisi du dossier de la procédure (à ce stade, le parquet ou la formation de jugement). A noter qu'en pratique, le processus d'instruction des demandes de rapprochement familial se déroule ainsi : la demande est adressée à l'administration pénitentiaire, qui peut opposer un refus de premier rang pour des motifs tenant aux contraintes du parc carcéral – problème de place dans l'établissement sollicité par le prévenu, ou absence dans la zone sollicitée d'établissement compatible avec le profil pénal de l'intéressé

(pour les prévenus relevant de la compétence du ministre de la justice, il faut non seulement de la place, mais de la place dans maisons d'arrêt offrant des garanties particulières de sécurité ; de façon générale, des considérations liées à l'âge, à l'état de santé ou au genre des intéressés peuvent nécessiter des structures appropriées – v. art. D. 53 du code de procédure pénale) ; si elle ne trouve pas à s'opposer à la demande, elle la transmet à l'autorité judiciaire pour recueillir son avis conforme ; si l'avis est négatif, l'administration notifie un refus ; s'il est positif, elle procède au regroupement (v., sur ces points, la circulaire du garde des sceaux du 21 février 2012 relative à l'orientation en établissement pénitentiaire des personnes détenues – en particulier le point 2.2 de la section V consacrée à l'affectation des prévenus et des prévenus condamnés).

On le voit, sous l'apparence d'une décision administrative unique, il existe donc le cas échéant, c'est-à-dire dans tous les cas où l'administration ne voit pas de motif de s'opposer à la demande pour des motifs purement administratifs, deux décisions distinctes, dont celle qui détermine le dispositif de refus émane en réalité de l'autorité judiciaire. Et en toute hypothèse, jamais aucun changement dans la situation du prévenu ne peut intervenir sans que le magistrat saisi du dossier de la procédure le décide – si la demande ne remonte pas jusqu'à lui, c'est que le changement d'affectation n'aura pas lieu ; si le rapprochement est envisagé, c'est lui qui en décide.

Dans ces conditions, il nous semble qu'il existe deux façons d'envisager la compétence pour connaître des recours, qui toutes deux font apparaître un besoin d'organiser d'intervention de l'autorité judiciaire.

La première conception consisterait à consacrer une compétence exclusive du juge judiciaire pour connaître des recours contre les décisions de refus. Cette conception pourrait se réclamer de la jurisprudence sur les décisions défavorables prises en matière de permis de visite des personnes détenues. En cette matière, la répartition des compétences entre ordres de juridiction s'organise selon une ligne de démarcation assez claire, que matérialise le titre auquel la personne visitée est détenue. L'ordre administratif est ainsi normalement compétent pour connaître des litiges relatifs aux permis accordés pour visiter un détenu condamné (JRCE, 9 août 2001, *M. A...*, n° 237005, T. p. ; JRCE, 19 janvier 2005, *C...*, n° 276562, p. ; implicitement, pour une décision au fond, CE, 20 février 2013, *T...*, T. p.). En revanche, il n'appartient qu'à l'autorité judiciaire de connaître des refus de permis de visite accordés aux détenus prévenus (CE, 15 avril 2011, *Garde des sceaux, ministre de la justice et des libertés c/ Mme R...*, n° 346213, p.) et par extension, pour les personnes écrouées en exécution d'un mandat d'arrêt européen qui suivent le régime de la détention préventive, CE, 6 juillet 2015, *Garde des sceaux, ministre de la justice c/ M. et Mme Z...*, n° 388456, T. pp. 582-603). Cette *summa divisio*, dérive de la jurisprudence *Préfet de la Guyane* (TC, 27 novembre 1952, *Préfet de la Guyane*, n° 01420, p. 642) revisitée par la décision TC, 12 octobre 2015, *M. H...*, n° 4019, p. 510), en vertu desquelles les décisions émanant de l'autorité judiciaire relèvent de la compétence judiciaire soit lorsqu'elles se rattachent à la fonction juridictionnelle, soit lorsque, ne se rattachant pas à cette fonction et constituant donc des mesures d'organisation du service public de la justice, leur contestation est néanmoins de nature à influencer sur le déroulement d'une procédure judiciaire ou implique, en cas de litige, une appréciation sur la marche même des services judiciaires. Le critère organique n'est donc pas déterminant à soi seul, même si la répartition retenue pour les permis de visite le recouvre opportunément, puisque les décisions relatives aux prévenus

ressortissant de la compétence judiciaire se trouvent être des décisions qui, aux termes du code de procédure pénale, sont prises par le magistrat chargé du dossier de la procédure, tandis que les décisions relatives aux condamnés, qui relèvent de la juridiction administrative, sont justement prises par les directeurs d'établissements pénitentiaires.

Vous pourriez donc, dans la lignée des précédents relatifs aux permis de visite que nous avons présentés, faire abstraction de la forme administrative de la décision et estimer que dès lors qu'ils concernent les prévenus, les refus de rapprochement familial sont suffisamment reliés à la procédure judiciaire au sens de la jurisprudence du tribunal des conflits pour que leur contestation relève pour le tout du juge judiciaire. Vous le feriez au motif que, si le magistrat saisi du dossier de la procédure émet un avis, c'est bien pour pouvoir opposer à une demande de rapprochement des raisons liées aux exigences du bon déroulement de la procédure judiciaire. La QPC serait alors sérieuse, en raison de l'absence de disposition législative prévoyant une voie de recours devant le juge judiciaire qui ne peut en créer sans texte.

La seconde conception consisterait à reconnaître une compétence de la juridiction administrative en s'appuyant sur trois séries de considérations. Premièrement, le fait que le critère organique, s'il n'est pas déterminant, colore toujours marginalement la détermination de l'ordre juridictionnel compétent et qu'il serait ici curieux de ne pas ouvrir la voie du recours pour excès de pouvoir contre un refus se présentant formellement comme une décision du directeur interrégional des services pénitentiaire ou du garde des sceaux. Deuxièmement, le fait que le lien avec la procédure judiciaire est ici un peu plus ténu que dans les précédents relatifs aux permis de visite, car ne sont concernés en l'espèce que les prévenus pour lesquels l'instruction est close : cela ne signifie pas que des considérations liées à la bonne marche de la procédure juridictionnelle sont absentes, mais on peut imaginer qu'elles sont moins systématiquement surplombantes que s'agissant des prévenus dont l'instruction est en cours. Troisièmement et non sans lien, l'autorité administrative dispose d'un pouvoir de blocage en propre, puisqu'elle ne doit solliciter l'avis conforme de l'autorité judiciaire que pour faire droit à la demande, et peut donc opposer des refus sans même avoir à la saisir lorsque des motifs liés au taux d'occupation des établissements ou aux garanties de sécurité/de prise en charge adéquate qu'ils offrent suffisent à le justifier : dans ces conditions, créer un bloc de compétence devant l'autorité judiciaire n'est pas très opportun (v., pour la compétence de principe du juge administratif s'agissant des décisions de l'administration pénitentiaire transférant un détenu d'une prison à une autre, y compris pour les maisons d'arrêt, CE, 8 décembre 1967, *K...*, n° 69544, p., appliquant TC, 22 février 1960, *Dame veuve F...*, p. 855).

Simplement, à supposer même que vous admettiez pour ces motifs une compétence du juge administratif, nous ne croyons pas que le problème de constitutionnalité serait résolu pour autant. Car nous excluons absolument que, dans l'hypothèse où un recours pour excès de pouvoir serait introduit contre un refus opposé par le directeur des services pénitentiaires (ou le garde des sceaux) non pas en premier rideau pour des motifs administratifs, mais après avis négatif de l'autorité judiciaire et au motif de cet avis, vous vous sentiez autorisés à vous prononcer sur la légalité de ce dernier. La configuration est très proche de celle dont vous connaissez en matière d'extradition, où le décret d'extradition dont vous êtes compétent pour connaître intervient sur avis de la chambre de l'instruction. Dans ce cadre, vous faites une exception à la jurisprudence traditionnelle selon laquelle, lorsque la délivrance d'une autorisation administrative est

subordonnée à l'accord d'une autre autorité, cet avis conforme, qui n'est pas susceptible de recours en lui-même, peut être contesté à l'occasion du recours pour excès de pouvoir dirigé contre le refus pris sur son fondement (CE Assemblée, 26 octobre 2001, *M. et Mme E...*, n° 216471, p. 495) ; vous jugez ainsi que « s'il appartient au Conseil d'Etat, saisi d'un recours pour excès de pouvoir contre un décret d'extradition, d'exercer un contrôle de légalité sur celui-ci, il ne lui appartient ni d'examiner les moyens de forme ou de procédure invoqués à l'encontre de la régularité de l'avis émis par la chambre de l'instruction, ni de remettre en cause l'appréciation à laquelle celle-ci s'est livrée à l'effet de constater que les conditions légales de l'extradition sont réunies » (CE Assemblée, 26 septembre 1984, *M G...*, n° 62847, p. 308 ; 5 juin 2015, *M. D...*, n° 386007, T. pp. 592-712-713). Si la configuration n'est pas exactement la même, dans la mesure où pour l'extradition, l'auteur du décret d'extradition n'est pas lié pour le prendre par l'avis de la chambre de l'instruction (seul un avis défavorable le lie, auquel cas il n'y a pas de décret et pas de contentieux devant le juge administratif), c'est un *a fortiori* pour notre cas de figure, où le juge administratif ne saurait, sauf à s'immiscer dans les prérogatives de l'autorité judiciaire, se mêler de contrôler un refus de rapprochement familial opposé par le magistrat saisi du dossier de la procédure pour des motifs nécessairement liés à la procédure judiciaire et auquel l'autorité administrative s'est bornée à se plier.

Quand bien même donc vous ouvririez la voie du recours pour excès de pouvoir, vous supprimeriez facialement tout problème d'absence de voie de recours, mais ne pourriez surmonter tout problème d'ineffectivité du recours, car le refus ne serait jamais utilement contestable dans tous les cas où le directeur interrégional des services pénitentiaires (ou le garde des sceaux) se bornerait à entériner l'opposition du juge judiciaire au rapprochement.

Il nous semble donc que, quelle que soit la règle de compétence à retenir, la QPC revêt un caractère sérieux.

Ayant dit cela, restent à résoudre deux difficultés.

La première difficulté tient au fait que, bien que la QPC s'avère sérieuse dans les deux scénarios envisageables, il semble préférable de trancher la question de compétence avant de saisir le Conseil constitutionnel. Celui-ci a en effet besoin d'être pleinement éclairé sur le dispositif pour se prononcer sur l'effectivité des voies de recours possibles. Or ce n'est en principe pas au Conseil constitutionnel de faire le travail de répartition des compétences qui appartient aux deux ordres de juridiction ou, en cas de difficulté sérieuse, au tribunal des conflits. En l'occurrence et c'est heureux, nous croyons atteignable de vous en sortir sans le secours du tribunal des conflits, dont la saisine s'insère assez mal dans le circuit QPC... Bien que les deux options soient envisageables, nous penchons pour la compétence du juge administratif : d'une part, parce que pour incomplète qu'elle soit, cette voie de recours a le mérite d'exister ; d'autre part parce qu'elle semble nécessaire pour solder les cas où le refus n'est pas motivé par un avis négatif de l'autorité judiciaire, mais par de pures considérations d'ordre administratif.

La seconde difficulté tient au fait qu'après tout, si se pose un problème d'incompétence négative de la loi liée à l'absence de voie de contestation devant l'autorité judiciaire, c'est parce que le décret a mis le magistrat chargé du dossier de la procédure en mesure de pouvoir décider, par le biais de l'avis conforme, le refus du rapprochement familial pour des raisons relatives à

l'instruction : si les refus ne pouvaient être opposés que par l'administration pénitentiaire pour des refus tirés uniquement de considérations liées aux places en établissements, il n'y aurait aucun besoin de voie de recours devant l'autorité judiciaire et le recours pour excès de pouvoir ouvert sans texte devant vous suffirait à satisfaire aux exigences constitutionnelles. Or si le vice est propre au décret, il n'est pas dans la loi. Et s'il n'est pas dans la loi, alors la QPC ne peut le saisir, et il n'y a pas matière à renvoi au Conseil constitutionnel... Il n'y aurait matière qu'à censurer le refus d'abroger le décret, illégal pour avoir organisé une procédure de traitement des demandes de rapprochement familial rendant possible des refus sans attendre que le législateur intervienne pour mettre en place une voie de recours. Tel est le raisonnement que vous aviez tenu, sur le terrain conventionnel, dans une décision CE Section, 31 octobre 2018, *Section française de l'Observatoire international des prisons*, n° 293785, p., à propos des mesures d'isolement judiciaire, en jugeant que si le pouvoir réglementaire était compétent pour organiser une mesure d'isolement, il ne pouvait en prévoir l'application tant que le législateur n'était pas intervenu préalablement pour organiser, dans son champ de compétence relatif à la procédure pénale, une voie de recours effectif conformément aux stipulations de l'article 13 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Or une telle solution, qui fonctionne bien sur le terrain de la conventionnalité, est assez inconfortable sur le terrain constitutionnel désormais que la QPC existe et que l'incompétence négative de la loi est susceptible d'être censurée par le Conseil constitutionnel. Dans la mesure où c'est au législateur d'intervenir pour créer une voie de recours, il semble tout de même plus logique de censurer le silence de la loi plutôt que l'imprudence du décret à être intervenu dans ce silence et en transposant à notre cas de figure la solution OIP, vous dépouilleriez quelque peu le Conseil constitutionnel de ses prérogatives.

En l'espèce, le problème peut se résoudre en cela qu'il aurait été inenvisageable à nos yeux que le pouvoir réglementaire prévoie une compétence exclusive de l'administration pénitentiaire pour connaître des demandes de rapprochements familial sans aucune possibilité pour l'autorité judiciaire de s'opposer à un tel rapprochement en fonction des exigences de la procédure judiciaire.

Nous croyons en effet qu'il se dégage de l'économie générale de la détention provisoire un droit de regard inhérent à cette économie de l'autorité judiciaire sur ses modalités d'exécution. La détention provisoire est en effet, tout entière, tournée vers l'horizon du bon déroulement de la procédure judiciaire devant conduire au procès. Toutes les mesures spécifiques aux prévenus qui sont prévues par le code de procédure pénale – translations judiciaires, contrôle particulier des correspondances, des visites et de l'accès au téléphone, isolement judiciaire – le sont pour des motifs tentant soit aux nécessités de l'instruction, soit à la bonne préparation du procès. Lorsque ces mesures sont susceptibles de recours, elles ne sont d'ailleurs légalement fondées qu'à condition d'être justifiées par les nécessités de l'instruction ou du jugement. C'est pour cette raison qu'elles sont toutes, sans exception, confiées à titre principal à l'autorité judiciaire (avec parfois seulement, comme en l'espèce, un droit de regard complémentaire du chef d'établissement) : car c'est à l'autorité judiciaire qu'échoit la responsabilité du bon déroulement de la procédure qu'elle dirige, de sorte que tout ce qui y contribue ne peut qu'être à sa main. A notre sens, il en résulte, presque par la force des choses, que toutes les décisions affectant ses modalités d'exécution de la détention provisoire impliquent, nécessairement, l'intervention du magistrat judiciaire saisi du dossier de la procédure. Autrement dit, il découlerait de la finalité

même de la détention provisoire telle qu'organisée par le législateur une compétence naturelle du magistrat judiciaire saisi du dossier de la procédure pour autoriser ou interdire la mise en œuvre, à l'égard d'un prévenu dont il a la charge, de toute mesure spécifique au régime de la détention provisoire.

De cette compétence naturelle de l'autorité judiciaire, nous ne déduisons pas que le pouvoir réglementaire a erré en prévoyant que les refus prennent la forme d'une décision de l'administration pénitentiaire, car rien dans l'économie de la détention provisoire ne fait obstacle à ce que l'administration s'oppose, au moins provisoirement, à un changement d'affectation pour rapprochement familial du prévenu au vu de motifs tenant à la capacité des établissements. Nous pensons en revanche que le pouvoir réglementaire n'aurait pas pu priver le magistrat saisi du dossier de la procédure d'un droit de veto sur de tels changements d'affectation, car il n'est pas légalement possible qu'une mesure bouleversant le cours de la détention provisoire ne soit par approuvée par le magistrat garant du bon déroulement de la procédure judiciaire avec laquelle cette mesure est susceptible d'interférer. De sorte que s'il avait fallu faire fonctionner le droit au regroupement familial dans le silence du décret, c'est à nos yeux nécessairement l'autorité judiciaire qui aurait été compétente pour opposer des refus. Et que l'article R. 57-8-7 du code de procédure pénale n'est sur ce point qu'un rappel – et une source de précision.

Juger ainsi que, du fait de la compétence inhérente de l'autorité judiciaire pour connaître du parcours de détention des prévenus, le rapprochement familial d'un prévenu dont l'instruction est achevée et qui attend sa comparution devant la juridiction de jugement est nécessairement subordonné à l'accord d'un magistrat, l'article R. 57-8-7 du code de procédure pénale n'étant sur ce point qu'un rappel, permet de nicher plus directement dans la loi la source de l'inconstitutionnalité alléguée. Nous vous proposons donc de l'énoncer avant de renvoyer la question au Conseil constitutionnel.

PCMNC – Renvoi de la QPC.