

N° 427252

Section française de l'Observatoire international des prisons (SFOIP)

10^e et 9^e chambres réunies

Séance du 20 mars 2019

Lecture du 05 avril 2019

CONCLUSIONS

Mme Anne ILJIC, rapporteure publique

Après les permis de visite, les autorisations de téléphoner, la correspondance et le rapprochement familial des détenus (décisions n° 2016-543 QPC du 24 mai 2016, 2018-715 QPC du 22 juin 2018 et 2018-763 QPC du 8 février 2019), ce sont les autorisations de sortie sous escorte que la Section française de l'Observatoire international des Prisons (SFOIP) prend aujourd'hui pour cible, au moyen d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre un refus d'abroger qui a pour seul objet de servir de support à la présente question prioritaire de constitutionnalité. La recette est toujours la même, et force est de constater qu'elle a du succès puisque nous allons vous proposer une nouvelle fois de renvoyer les dispositions contestées, ou du moins une partie d'entre elles.

Ces autorisations de sortie sont destinées à permettre aux détenus, qu'ils soient prévenus, accusés ou condamnés, de quitter leur lieu de détention pendant une durée brève, à l'occasion de circonstances particulières telles qu'une naissance ou un enterrement, le fait qu'elles se déroulent sous escorte justifiant leur caractère exceptionnel (voyez la circulaire du 19 janvier 2017 de présentation du décret n° 2016-1222 du 14 septembre 2016 relatif aux permissions de sortir et autorisations de sortir sous escorte). Elles ne recouvrent pas les extractions médicales ou pour comparaître en justice, qui obéissent à des règles différentes (articles D 290 et suivants du CPP), et sont distinctes des permissions de sortir, qui visent pour leur part à préparer la réinsertion professionnelle et sociale des personnes condamnées et ne se déroulent pas sous escorte, même si elles peuvent être subordonnées au respect de certaines obligations (articles 723-3 et D.142 et suivants du CPP).

Les dispositions contestées recouvrent deux régimes d'autorisation de sortie distincts.

L'article 148-5 régit celui applicable aux personnes prévenues ou accusées. Il dispose en tout et pour tout qu'en toute matière et en tout état de la procédure, la juridiction d'instruction ou de jugement peut, à titre exceptionnel, accorder à ces dernières une autorisation de sortie sous escorte.

Le principe équivalent est posé pour les personnes condamnées à l'article 723-6. Le code est par ailleurs plus disert au sujet de ces dernières, puisque l'article 712-5 prévoit que les autorisations de sortie sous escorte les concernant sont prises après avis de la commission de l'application des peines, présidée par le juge de l'application des peines et dont sont membres le procureur de la République, le chef d'établissement et un représentant du service pénitentiaire d'insertion et de probation. Les décisions prises par ce juge peuvent ensuite être contestées par la voie de l'appel dans un délai de 24 heures (article 712-11), appel porté devant le président de la chambre de l'application des peines de la cour d'appel, qui statue par ordonnance motivée (article 712-12).

L'ensemble est mis en musique par l'article D 147 du CPP, dont le refus d'abroger sert de prise à la QPC. Cet article rappelle le caractère exceptionnel des autorisations de sortie sous escorte (1^{er} alinéa), et dispose pour le reste que l'éligibilité de la personne condamnée détenue à une permission de sortir n'est pas un obstacle au prononcé d'une autorisation de sortie sous escorte (2^e alinéa), que la juridiction ayant délivré l'autorisation peut la retirer si les motifs ayant justifié son octroi ne sont plus réunis ou si la personne fait preuve de mauvaise conduite (3^e alinéa) et enfin que les services de police ou de gendarmerie ou ceux de l'administration pénitentiaire peuvent être dispensés du port de l'uniforme lorsqu'ils sont en charge de l'escorte d'un détenu (4^{ème} alinéa). Le point d'entrée est bien choisi car il permet de regarder comme applicables au litige tant les dispositions des articles 148-5 et 723-6 du CPP, pour l'application desquelles il a été pris, que celles des articles 712-5, 712-11 et 712-12 du même code relatives aux modalités de prise de décisions sur les demandes émanant des personnes condamnées et à leur contestation.

La seule question préalable qui mérite que l'on s'y arrête est celle tenant à l'absence de déclaration antérieure de conformité à la Constitution, en ce qui concerne uniquement les articles 148-5 et 723-6 du CPP.

Ces dispositions sont issues des articles 5 et 6 de la loi n° 78-1097 du 22 novembre 1978 modifiant le code de procédure pénale en matière d'exécution des peines privatives de liberté, dont les articles 1, 2, 4 et 8 ont été déférés au Conseil constitutionnel par 60 députés. Or, par sa décision n° 78-98 DC du 22 novembre 1978, ce dernier a déclaré cette loi conforme à la Constitution dans son ensemble, après avoir estimé qu'il n'y avait lieu de soulever d'office aucune autre question de conformité à la Constitution que celles qui lui avaient été posées, comme il avait coutume de le faire jusqu'au début des années 1990. Dans un tel cas, seules les dispositions ayant expressément été examinées dans les motifs de la décision du Conseil constitutionnel doivent être regardées comme ayant été déclarées conformes à la Constitution, l'existence du considérant « balai » que nous venons de vous citer ne valant pas brevet de constitutionnalité (voyez sur ce point, implicitement, la décision n° 2010-6/7 du 11 juin 2010, ainsi que la décision n° 2010-9 QPC du 2 juillet 2010). Ici, la bizarrerie tient à ce que l'article 148-5 du CPP apparaît dans le tableau des dispositions ayant déjà été déclarées conformes à la Constitution accessible sur le site internet du Conseil constitutionnel, contrairement à l'article 723-6, ce qui ne semble pas très cohérent. Mais ce tableau ne revêt de toute façon qu'une valeur indicative, comme le rappelle l'avertissement qui l'accompagne. Nous vous invitons donc à considérer que les articles 148-5 et 723-6 du CPP n'ont jamais fait l'objet d'une déclaration de conformité à la Constitution, ce dont la garde des sceaux ne disconvient d'ailleurs pas.

En tout état de cause, si vous ne nous suiviez pas sur ce point, vous pourriez estimer que la consécration constitutionnelle du droit de tout citoyen à un recours juridictionnel effectif, découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789, par la décision n° 96-373 DC du 9 avril 1996 relative à la loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française (cons. 83 à 85) constitue un changement des circonstances de droit justifiant que la conformité à la Constitution de ces dispositions soit de nouveau examinée (sur la datation de la consécration du droit au recours par le Conseil constitutionnel voyez, outre le commentaire de la décision n° 96-373 DC, l'article de Régis Fraisse, « *L'article 16 de la Déclaration, clef de voûte des droits et libertés* », Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel n° 44, juin 2014). Par sa décision n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009 sur la loi organique relative à l'application de

l'article 61-1 de la Constitution, le Conseil constitutionnel a en effet jugé qu'une disposition législative déjà déclarée conforme à la Constitution pouvait faire l'objet d'un réexamen justifié *« par les changements intervenus, depuis la précédente décision, dans les normes constitutionnelles applicables ou dans les circonstances, de droit ou de fait, qui affectent la portée de la disposition législative critiquée »*. Dans ce cadre, il a déjà admis qu'une évolution de sa jurisprudence puisse constituer, ou en l'occurrence contribuer à constituer, un tel changement de circonstances (n° 2013-331 QPC du 5 juillet 2013, *Société Numericable SAS et autre*, au sujet du respect par les AAI du principe d'impartialité découlant de l'article 16 de la DDHC lorsqu'elles prononcent des sanctions). Bien que vous fassiez de votre côté une application très mesurée de cette soupape (voyez, pour une application positive de la notion de changement des circonstances de droit, 9 juillet 2010, *M...*, n° 339081, tables pp. 704-939-943, tenant compte des modifications apportées aux dispositions relatives à l'impôt sur les grandes fortunes), la consécration du droit au recours découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789 constitue sans conteste une évolution profonde du cadre juridique applicable de nature à justifier que vous la fassiez jouer en l'espèce.

C'est d'autant plus le cas que la constitutionnalité des dispositions législatives en cause apparaît douteuse, ce qui nous permet d'en venir sans plus attendre à l'examen du caractère sérieux de la ou plus exactement des questions posées, étant entendu qu'aucune d'entre elles n'est nouvelle au sens où l'entend le Conseil constitutionnel.

La requérante soutient les articles contestés porteraient atteinte au droit au recours des détenus (article 16 de la Déclaration de 1789), à leur droit de mener une vie familiale normale (10^{ème} alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, voyez n° 93-325 DC du 13 août 1993), ainsi qu'au principe d'égalité entre prévenus, accusés et condamnés (article 6 de la Déclaration de 1789), et qu'ils seraient entachés d'incompétence négative portant atteinte à ces mêmes droits.

S'agissant de l'article 148-5, qui régit les autorisations de sortie des personnes prévenues ou accusées, est principalement critiquée l'absence de voie de recours contre la décision prise par la juridiction de jugement ou d'instruction sur l'autorisation de sortie, de nature à porter atteinte à la vie familiale des détenus. Sur ce point la garde des sceaux s'en remet à votre sagesse et vous signale qu'un tel recours devrait être prévu à l'avenir. Le projet de loi n° 2018-2022 de programmation et de réforme pour la justice adopté en dernière lecture le 18 février dernier et déféré au Conseil constitutionnel par plus de 60 députés et sénateurs prévoit en effet que les décisions accordant ou refusant ces autorisations pourront désormais faire l'objet d'un recours devant le président de la chambre de l'instruction, dans les conditions prévues au dernier alinéa de ce qui constitue encore un projet d'article 145-4-2, relatif à la contestation de certaines décisions ou avis émanant de l'autorité judiciaire relatifs aux modalités d'exécution de la détention provisoire ou à l'exercice de ses droits par une personne placée en détention provisoire.

Avant d'en venir au cœur du sujet, deux précisions méritent d'être apportées.

La première est que si la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation était en ce sens que les décisions prises sur les demandes d'autorisations de sortie sous escorte de l'article 145-8 constituaient des actes d'administration judiciaire insusceptible de recours (22 juillet 1997 n° 97-82.678, Bull. crim. 1997, n° 277, p. 949), les fondements de cette

solution, dont nous n'avons pas trouvé qu'elle ait été réaffirmée récemment, nous semblent avoir été remis en cause de manière incidente par plusieurs évolutions postérieures, de sorte qu'elle ne nous paraît pas déterminante. Ainsi le législateur est-il intervenu en 2004, dans le cadre de la refonte des dispositions relatives au juge de l'application des peines, pour instituer une possibilité de contestation des refus d'autorisations de sortie sous escorte relatives aux personnes condamnées (loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, article 161), revenant sur l'état du droit antérieur dans lequel l'ensemble des décisions prises par ce juge était qualifié de mesures d'administration judiciaire (ancien article 733-1 du CPP). La jurisprudence du Conseil constitutionnel et de la Cour EDH ont par ailleurs évolué dans le sens d'un renforcement des garanties attachées au respect du droit au recours effectif et de la protection de la vie privée et familiale des personnes détenues, dans les limites inhérentes à la détention (voyez notamment, pour le Conseil constitutionnel les décisions n° 2016-543 QPC du 24 mai 2016 n° 2018-715 QPC du 22 juin 2018 relatives à l'absence de voies de recours ouvertes aux détenus en matière de permis de visite, et d'autorisations de téléphoner et de correspondre ; et pour la CEDH : 29 novembre 2011, *G... c/ Pologne*, n° 40195/08, concluant à la violation de l'article 8 de la convention en raison de refus d'autorisations de sortie sous escorte opposés à un détenu pour rendre visite à sa fille placée en soins intensifs puis pour se rendre à ses obsèques, faute notamment pour les autorités d'avoir statué à temps ; a contrario, 25 mars 2014, *B... c/ Pologne*, n° 40950/12, concluant à l'absence de violation de l'article 8 s'agissant des modalités de l'autorisation de sortie accordée à un détenu pour se rendre aux obsèques de sa mère, la Cour relevant que le requérant avait vu sa requête examinée avec diligence et dans un délai lui permettant de former un recours auprès d'un tribunal). Une affaire concernant le refus d'autorisation de sortie sous escorte opposé à une détenue française pour se rendre aux obsèques de son père est d'ailleurs pendante devant la Cour de Strasbourg (*G... c/ France*, n° 48798/14).

La seconde précision est que vous ne pouvez pas considérer qu'un recours est déjà ouvert contre les refus d'autorisations de sortie opposés aux personnes prévenues ou accusées dès lors que c'est la juridiction judiciaire, et non la juridiction administrative devant laquelle le recours pour excès de pouvoir est ouvert même sans texte, qui serait compétente pour en connaître. Certains de vos commissaires du gouvernement ont il est vrai par le passé exprimé quelques doutes à ce sujet (voyez les conclusions d'A. Seban sur 9 février 2001, *M...*, n° 216405, p. X), mais la question se pose finalement en des termes simples, ne serait-ce que parce que c'est à la formation de jugement ou d'instruction et à elle seule qu'est confié le soin de statuer sur les demandes d'autorisation de sortie des prévenus, parce que ce qui relève de la détention provisoire est par nature tourné vers la préparation et la bonne marche de la procédure juridictionnelle (voyez les conclusions de notre collègue Aurélie Bretonneau sur 5 décembre 2018, *SFOIP*, n° 424970, à mentionner aux tables) et parce que vous pouvez vous appuyer sur les évolutions ultérieures du code de procédure pénale. La requérante a donc raison de soutenir que pour qu'une voie de recours existe, il faut un texte, et que ce texte doit être de nature législative puisque nous sommes en matière de procédure pénale.

Une fois parvenus à ce stade, vous ne pourrez que constater que l'absence de voie de recours pose problème. Il est indéniable que les refus d'autorisation de sortie opposés aux personnes prévenues ou accusées peuvent avoir pour elles des conséquences irréversibles (impossibilité de se rendre à des obsèques, de partager les derniers instants d'un proche ou d'assister à une naissance). Dans ces conditions, l'impossibilité de les contester paraît

difficilement admissible au regard des exigences découlant l'article 16 de la Déclaration de 1789 et de la protection constitutionnelle du droit de mener une vie familiale normale. C'est le raisonnement qui a conduit le Conseil constitutionnel à déclarer contraires à la Constitution l'absence de voie de recours contre les refus de permis de visite et d'autorisation de téléphoner opposés aux personnes placées en détention provisoire (n° 2016-543 QPC du 24 mai 2016, points 12 à 14) et, plus récemment, contre les décisions de refus de correspondre opposés à ces dernières ou contre les décisions de refus de faire droit aux demandes de regroupement familial des prévenus en attente de comparution (voyez n° 2018-715 QPC du 22 juin 2018, point 6 ; n° 2018-763 QPC du 8 février 2019, point 7, censurant toutes deux les dispositions contestées uniquement au regard de l'article 16 de la DDHC).

L'article 148-5 est également critiqué, conjointement cette fois avec les articles 723-6 et 712-5 relatifs aux modalités de prise de décision sur les demandes d'autorisation de sortie des personnes condamnées, au motif qu'aucun délai n'est imparti au juge pour répondre à une demande d'autorisation de sortie sous escorte, de sorte qu'en l'absence de réponse la personne détenue se trouve privée de toute voie de recours. L'article L. 712-5 a fait l'objet d'une QPC que la Cour de cassation a refusé de transmettre en 2011, mais c'était alors la composition de la commission d'application des peines au regard de l'article 16 de la Déclaration de 1789 qui était contestée (Chambre criminelle, 15 mars 2011, n° 1190005, non publié).

L'argumentation de la SFOIP fait écho aux motifs de la décision 2016-543 QPC du 24 mai 2016, précitée, par laquelle le Conseil constitutionnel a jugé que l'absence de tout délai déterminé imparti au juge d'instruction pour répondre aux demandes de permis de visite émanant d'un membre de la famille d'une personne placée en détention provisoire n'ouvrait aucune voie de recours en l'absence de réponse du juge, conduisant à ce que la procédure applicable méconnaisse le droit à un recours effectif et celui de mener une vie familiale normale. Là encore, la lacune pointée par la requérante relève bien de la compétence du législateur et le grief paraît sérieux, non seulement en ce qu'il concerne les personnes prévenues ou accusées, l'article 148-5 ne prévoyant de toute façon aucune voie de recours, mais également en ce qu'il concerne les personnes condamnées, les dispositions législatives n'offrant effectivement aucune prise à la contestation du silence gardé par le juge de l'application des peines sur les demandes de ces dernières.

En défense, la garde des sceaux tente de vous convaincre du contraire en mettant en avant l'article D 49-32 du code, qui prévoit que le juge d'application des peines doit statuer dans les deux mois sur les demandes relevant de l'article 712-5, la personne condamnée pouvant, passé ce délai, saisir directement le président de la chambre de l'application des peines de sa demande. Mais en matière de procédure pénale, de telles dispositions relèvent de la loi (ce que confirme la décision 2016-543 DC, précitée), et ce serait une curieuse façon de voir les choses que de considérer qu'un texte réglementaire entaché d'incompétence permet de doter des garanties légales suffisantes une exigence constitutionnelle, d'autant que le délai de deux mois prévu par ce texte nous paraît, soit dit en passant, très long compte tenu de la nature des circonstances justifiant la délivrance d'une autorisation de sortie. Reste que vous pourriez éprouver quelques difficultés à localiser précisément le vide pointé par la requérante, qui résulte de ce qu'aucune des dispositions législatives régissant les autorisations de sortie des personnes condamnées ne saisit le sujet. Nous sommes d'avis qu'il convient de renvoyer tant les dispositions de l'article L. 723-6, qui confie au juge de l'application des peines le soin de statuer sur les demandes d'autorisation de sortie des détenus, comme le révèle son

emplacement dans le code, que celles de l'article 712-5, auquel cet article L 723-6 renvoie, et qui organisent les modalités de cette prise de décision.

Vous n'en avez pas tout à fait fini, car l'absence de délai imposé au juge se trouve aussi au cœur de la critique de la SFOIP en ce qu'elle ne garantirait pas aux détenus condamnés un recours effectif en temps utile. Sont cette fois ciblés les articles 712-11 et 712-12 du CPP, qui organisent la possibilité pour ces derniers de faire appel devant le président de la chambre d'application des peines, dans un délai de 24 heures, des refus d'autorisations de sortie qui leur sont opposés, mais sans qu'aucun délai ne soit imposé pour statuer sur cet appel. Or, il se trouve que la Cour de cassation a refusé il y a tout juste un an de transmettre une QPC sur ce point, au motif que « *la chambre d'application des peines, saisie de l'appel des décisions du juge du tribunal de l'application des peines, doit statuer dans un délai raisonnable, au besoin en tenant compte de l'urgence, ainsi que le lui permet l'article D. 49-41 du code de procédure pénale* » (Chambre criminelle, 7 mars 2018, n° 17-90.028).

La question est délicate. Vous êtes bien placés pour savoir que le Conseil constitutionnel a récemment censuré comme insuffisamment brefs pour garantir un recours effectif les délais respectivement de deux et quatre mois que le législateur avait impartis au juge administratif pour statuer sur les recours pour excès de pouvoir contre les assignations à résidence et les interdictions de fréquenter certaines personnes prévues par les articles 228-2 et 228-5 du code de la sécurité intérieure en vue de lutter contre le terrorisme (n° 2017-691 QPC du 16 février 2018, points 18 et 19, et n° 2017-695 du 29 mars 2018, points 53 et 54). Auparavant, il avait déjà censuré l'absence de délai imparti au juge d'instruction pour statuer sur une demande de restitution d'un bien saisi en vertu du deuxième alinéa de l'article 99 du CPP, estimant qu'elle privait de garanties légales une atteinte au droit de propriété (n° 2015-494 QPC du 16 octobre 2015, cons. 7).

Les motifs de la décision de refus de transmission de la Cour de cassation font écho à des précédents plus anciens, dans lesquels le Conseil constitutionnel avait préféré recourir à des réserves d'interprétation afin d'assurer l'intervention d'un juge à bref délai, en particulier en matière d'hospitalisations sans consentement (n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010, point 39) ou de placement en détention provisoire (n° 2014-446 QPC du 29 janvier 2015). Vous remarquerez cependant que, par différence avec ce précédent, dans lequel était en cause l'absence de délai pour statuer après cassation et renvoi à la chambre de l'instruction, l'atteinte dont il est question ici est plus directe, puisque c'est du recours de premier rang contre la décision faisant naître l'atteinte à un droit qu'il s'agit, même s'il est vrai que cette décision émane elle-même d'un juge.

Nous avons hésité sur la réponse à apporter à ce grief. Mais il nous semble finalement que la façon dont a procédé la Cour de cassation en 2018 trouve un ancrage dans la jurisprudence constitutionnelle et que nous verrions mal que vous la démentiez sur un sujet aussi intimement lié à la procédure juridictionnelle devant le juge pénal. Nous ne vous proposerons donc pas de renvoyer les articles 712-11 et 712-12 du CPP.

La requérante critique enfin l'absence d'encadrement législatif des motifs permettant de refuser une autorisation de sortie sous escorte. Des griefs similaires étaient soulevés au soutien des QPC relatives aux décisions de refus de correspondre et de refus de regroupement familial dont vous avez eu à connaître récemment, mais le Conseil constitutionnel n'y a pas

répondu (décisions 2018-715 QPC du 22 juin 2018 et 2017-763 QPC du 8 février 2019), se contentant de censurer les dispositions qui lui étaient soumises en raison de l'absence de voie de recours. Il nous semble en effet que c'est là que se loge la principale difficulté, plus que dans la définition des motifs de refus possibles, qui doivent rester à la main du juge en fonction de son appréciation au cas par cas sur chaque demande.

Un tout dernier grief est soulevé, tiré de la méconnaissance du principe d'égalité entre personnes prévenues et accusées d'un côté et personnes condamnées de l'autre, faute pour les premières, à la différence des secondes, de disposer d'une voie de recours, mais il ne nous retient pas dès lors que ces deux catégories de personnes se trouvent à l'évidence placées dans des situations différentes.

PCMNC au renvoi de la présente QPC en tant seulement qu'elle porte sur les articles 148-5, 712-5 et 723-6 du code de procédure pénale.