

TOULOUSE
CAPITOLE
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de
l'Université Toulouse 1 Capitole.

*LE DROIT AU RECOURS EFFECTIF DES PERSONNES PLACÉES EN DÉTENTION
PROVISOIRE*

JULIA SCHMITZ

Référence de publication : Schmitz, Julia (2019) « [Le droit au recours effectif des personnes placées en détention provisoire. Un long chemin contentieux](#) ». Actualité juridique. Droit administratif (n°14). p. 825-831.

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

LE DROIT AU RECOURS EFFECTIF DES PERSONNES PLACÉES EN DÉTENTION PROVISOIRE

UN LONG CHEMIN CONTENTIEUX

La consécration du droit au recours effectif des personnes placées en détention provisoire contre les mesures affectant leur situation carcérale est un chemin semé d'embûches, qui témoigne du retard législatif concernant cette catégorie pénale au regard des avancées de la loi pénitentiaire n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 en matière de reconnaissance des droits de la personne détenue.

Un véritable chemin de croix a pourtant été emprunté par une association de défense des droits des personnes privées de liberté, la Section française de l'Observatoire international des prisons (OIP-SF), qui mène depuis plusieurs années un combat juridictionnel afin de faire avancer le statut des prévenus en détention. Ce statut est en effet caractérisé tout à la fois par l'hétérogénéité, la spécificité et la dualité. Le placement en détention provisoire concerne tout d'abord différentes situations pénales : les personnes mises en examen, pendant la phase d'instruction et après la clôture de l'instruction jusqu'à leur comparution devant la juridiction de renvoi ; les personnes condamnées à une peine privative de liberté formant appel ou pourvoi en cassation ; les personnes poursuivies en comparution immédiate et ayant demandé un délai pour être jugées et les personnes faisant l'objet d'une procédure d'extradition ou d'un mandat d'arrêt international. Si les condamnés et les prévenus sont soumis au même régime pénitentiaire, le code de procédure pénale comporte des dispositions spécifiques à la détention provisoire (art. 714 à 716) : emprisonnement dans les maisons d'arrêt et compétence de l'autorité judiciaire pour ordonner de nombreuses mesures (mise à l'isolement, délivrance des permis de visite, autorisation de téléphoner ou de correspondre, transfèrements et extractions judiciaires...). Et si la loi pénitentiaire de 2009 a consacré un véritable statut de la personne détenue, il reste spécifique et inachevé pour les personnes en détention provisoire dont les droits sont parfois renforcés (rapprochement familial et encellulement individuel), mais le plus souvent restreints et pouvant faire l'objet d'une autorisation ou d'une interdiction de l'autorité judiciaire


compétente.

Cette dualité, de situation et de juridiction, explique le décalage entre le droit au recours effectif des personnes condamnées (ouverture du recours pour excès de pouvoir contre les mesures réglementaires et désormais la plupart des décisions affectant les personnes détenues, v., par ex., pour les sanctions d'avertissement, CE 21 mai 2014, n° 359672, *Garde des sceaux, ministre de la justice*, Lebon ; AJDA 2014. 1065), et celui dont disposent les prévenus contre les décisions défavorables prises par l'autorité judiciaire, faisant dès lors l'objet d'un autre combat à mener.

La première victoire de l'OIP-SF, après une « campagne longue et tortueuse » (N. Ferran, Respect du droit au maintien des liens personnels et familiaux des personnes détenues ayant le statut de prévenu : histoire d'une « course-poursuite », in J. Schmitz [dir.], *Le droit à la réinsertion des personnes détenues*, Ed. Varennes, 2017, p. 103), a été remportée suite à la décision du Conseil constitutionnel du 24 mai 2016 qui fait application du droit au recours effectif résultant de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen à la situation des prévenus (n° 2016-543 QPC, *Section française de l'Observatoire international des prisons*, AJDA 2016. 1040 ; AJ pénal 2016. 334 ; Constitutions 2016. 359, Décision ; et 2017. 86, chron. A. Ponseille). Le Conseil constitutionnel constate que l'article 39 de la loi de 2009 ne prévoit aucune voie de recours à l'encontre des décisions refusant l'accès au téléphone à une personne placée en détention provisoire. Et que, si l'article 145-4 du code de procédure pénale permet de contester les décisions de refus de permis de visite demandé par les membres de la famille durant l'instruction, ce n'est pas le cas pour de telles décisions prises en dehors ou après la clôture de l'instruction, ou, pendant l'instruction, aux personnes non membres de la famille. Il en résulte une atteinte au droit à un recours effectif et, par là, la privation de garanties légales de la protection du droit au respect de la vie privée et familiale. Il considère également que l'absence de délai imparti au juge d'instruction pour répondre à une demande de permis de visite d'un membre de la famille de la personne placée en détention provisoire « n'ouvre aucune voie de recours en l'absence de réponse du juge » et méconnaît ainsi les exigences découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789. Remédiant à cette inconstitutionnalité, la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé a modifié l'article 145-4 du code de procédure pénale pour instituer une voie de recours contre les décisions de refus de permis de visite et d'autorisation de téléphoner devant le président de la chambre de l'instruction, lequel peut également être saisi à défaut de réponse de l'autorité judiciaire sur de telles demandes dans

un délai de vingt jours.

Cependant, cette victoire n'a pas été totale pour l'OIP-SF puisque le Conseil constitutionnel a procédé à un rétrécissement du champ de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC), en excluant la partie de la requête concernant les dispositions relatives aux translations judiciaires. Ce « tri » constitutionnel annonçait un long parcours juridictionnel nécessitant de nombreux allers-retours entre les juges administratif et constitutionnel.

Reprenant son offensive contentieuse, l'OIP-SF a alors porté devant le Conseil d'Etat une nouvelle QPC sur les dispositions législatives relatives aux translations judiciaires, au droit de visite des prévenus dans une unité de vie familiale ou un parloir familial et au droit de correspondre par écrit qui méconnaîtraient le droit au recours effectif. L'OIP-SF n'a alors remporté une victoire que sur ce dernier point suite au renvoi de la QPC, le Conseil constitutionnel relevant, dans sa décision n° 2018-715 QPC (22 juin 2018, *Section française de l'Observatoire international des prisons*, AJDA 2018. 1303 ; D. 2018. 2287, et les obs., note P. Roujou de Boubée  ; AJ pénal 2018. 469, obs. J. Falxa), que l'article 40 de la loi de 2009, qui reconnaît aux personnes placées en détention provisoire le droit de correspondance « sous réserve que l'autorité judiciaire ne s'y oppose pas », ne prévoit pas la possibilité de contester de tels refus et méconnaît les exigences découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789. Mais le Conseil d'Etat a refusé de renvoyer la question sur les deux autres points (CE 11 avr. 2018, n° 417244).

C'était sans compter sur l'activisme juridictionnel de l'OIP-SF qui porte cette fois son combat non plus sur le terrain constitutionnel mais sur le terrain conventionnel, par une requête devant le Conseil d'Etat visant l'abrogation de plusieurs dispositions réglementaires relatives aux modalités d'organisation des visites, au droit de correspondre par écrit et aux translations judiciaires des personnes prévenues pour violation du droit au recours effectif consacré par l'article 13 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (Conv. EDH). L'arrêt rendu par le Conseil d'Etat, le 12 décembre 2018, constitue donc une nouvelle étape dans le renforcement du droit à un recours effectif des personnes détenues placées en détention provisoire. Sur les deux premiers points, la requête est rejetée, mais en ce qui concerne les dispositions relatives aux translations judiciaires, le Conseil d'Etat annule les décisions implicites de rejet du Premier ministre et lui enjoint d'abroger les dispositions réglementaires jugées illégales dans un délai de douze mois. Si cet arrêt paraît constituer une nouvelle victoire

de l'OIP-SF pour purger le droit réglementaire et faire évoluer la législation, il n'est qu'une victoire en demi-teinte qui révèle les variations d'interprétation jurisprudentielle des textes mais souligne la nécessaire imbrication des contrôles exercés par les juges constitutionnel et administratif.

Malgré la censure constitutionnelle de leur base légale, le Conseil d'Etat referme en effet toute possibilité de contester les dispositions réglementaires relatives aux modalités d'organisation des visites et aux autorisations de correspondre sur le terrain conventionnel. Mais il fait droit à la requête en annulation portant sur les dispositions réglementaires relatives aux mesures de translation judiciaire pour incompétence du pouvoir réglementaire en dépit cette fois du refus du Conseil constitutionnel de censurer leur base légale.


I - Une fenêtre contentieuse fermée sur une porte constitutionnelle entrouverte


Dans ses décisions du 24 mai 2016 et du 22 juin 2018, le Conseil constitutionnel a censuré les dispositions législatives relatives au droit de visite et au droit de correspondance des prévenus, ouvrant ainsi la porte aux évolutions législatives et aux annulations contentieuses des dispositions réglementaires précisant leurs modalités. Dans les deux cas cependant la porte n'était qu'entrouverte puisque, en ce qui concerne les permis de visite, la censure ne visait pas précisément les visites organisées dans les unités de vie familiale ou les parloirs familiaux et que, s'agissant des refus de correspondre, le Conseil a différé les effets de sa censure. En étendant la voie de recours créée pour les refus de permis de visite à tout type de visite et en se fondant sur les modalités spécifiques de la censure à effet différé relative aux refus de correspondre, le Conseil d'Etat neutralise l'inconventionnalité des dispositions réglementaires contestées et referme la porte du recours pour excès de pouvoir.

A. La neutralisation de l'inconventionnalité par une combinaison des textes législatifs et réglementaires

Le recours portait tout d'abord sur les articles R. 57-8-13 à R. 57-8-15 du code de procédure pénale relatifs aux visites dans les unités de vie familiale et parloirs familiaux en ce

qu'ils ne prévoient pas de voie de recours contre les décisions de refus de telles modalités particulières de visite, en violation de l'article 13 de la Conv. EDH.

Suite à la censure constitutionnelle, la loi du 3 juin 2016 a créé une voie de recours contre les décisions de refus de permis de visite prévues par l'article 145-4 du code de procédure pénale. Cependant, le Conseil constitutionnel n'avait pas été saisi de l'article 36 de la loi de 2009 visant précisément les visites au sein des unités de vie familiale et des parloirs familiaux, mais de l'article 145-4, laissant subsister un doute concernant les premières. Le Conseil d'Etat y met fin par une combinaison des textes législatifs et réglementaires lui permettant d'étendre la nouvelle voie de recours de l'article 145-4 du code de procédure pénale aux refus relatifs à ces modalités particulières de visite, reprenant le raisonnement qu'il avait emprunté pour rejeter le renvoi d'une QPC fondée sur l'article 36 de la loi de 2009 (CE 11 avr. 2018, n° 417244 ). Il considère ainsi que les refus de permis de visite dans les conditions des articles R. 57-8-13 et suivants peuvent également « faire l'objet d'un recours devant le président de la chambre de l'instruction en application des dispositions combinées des articles 145-4 et R. 57-8-8 du code de procédure pénale ».

Cependant cette articulation des textes n'est pas aussi évidente qu'il n'y paraît. L'article R. 57-8-8 prévoit certes que les permis de visite des prévenus sont autorisés ou refusés « dans les conditions prévues par l'article 145-4 ». Mais cette disposition précise seulement que l'autorité judiciaire « peut prescrire que les visites auront lieu dans un parloir avec dispositif de séparation ». Or, contrairement à l'analyse faite par le rapporteur public, selon laquelle « le droit d'accès [aux unités de vie familiale et aux parloirs familiaux] est [...] soumis aux mêmes règles de délivrance de permis » (A. Bretonneau, concl. sur CE 11 avr. 2018, n° 417244 , p. 5), le régime particulier de visite prévu aux articles R. 58-8-13 et suivants requiert, comme le reconnaît d'ailleurs le rapporteur public, « un permis spécifique » et n'a pas le même fondement légal qu'en matière de droit de visite classique. En effet, si l'article 35 de la loi de 2009 consacre le droit des prévenus à « être visités par les membres de leur famille ou d'autres personnes, au moins trois fois par semaine » et si l'article 145-4 du code de procédure pénale précise que « toute personne placée en détention provisoire peut, avec l'autorisation du juge d'instruction, recevoir des visites sur son lieu de détention », c'est une autre disposition, l'article 36 de la loi de 2009, qui dispose quant à lui que les personnes détenues peuvent bénéficier « d'au moins une visite trimestrielle dans une unité de vie familiale ou un parloir familial » et précise que « pour les prévenus, ce droit s'exerce sous réserve de l'accord de l'autorité judiciaire compétente

». Aussi, l'article 36 ne porte pas nécessairement sur les mêmes mesures que celles visées à l'article 145-4 du code de procédure pénale. Une autre interprétation des textes permettrait alors de conclure que, pour ces permis de visites particulières, aucune voie de recours n'est garantie. Pour autant, en combinant les articles 145-4 et R. 57-8-8 du code de procédure pénale par une interprétation extensive de leur champ d'application, le Conseil d'Etat ferme la porte à toute contestation contentieuse tout en procédant à une extension du champ d'application du nouveau recours de l'article 145-4. Il rend ainsi conformes à l'article 13 de la Conv. EDH les conditions de délivrance des permis de visite dans le cadre des unités de vie familiale et des parloirs familiaux.

B. La neutralisation de l'inconventionnalité par les effets d'une censure constitutionnelle à effet différé

La requête portait ensuite sur les articles R. 57-8-16 et R. 57-8-17 du code de procédure pénale relatifs aux conditions dans lesquelles les détenus peuvent se voir opposer un refus de correspondre. Par sa décision du 22 juin 2018, le Conseil constitutionnel a déclaré contraires à la Constitution les mots « sous réserve que l'autorité judiciaire ne s'y oppose pas » figurant au premier alinéa de l'article 40 de la loi de 2009, consacrant le droit de correspondre aux condamnés et prévenus, au motif que ces dispositions méconnaissent le droit à un recours effectif. Le Conseil constitutionnel procède cependant à une modulation dans le temps des effets de la censure en les reportant au 1^{er} mars 2019, mais décide de purger le droit existant par la création d'une voie de recours prétorienne et transitoire : les décisions de refus prises après la publication de sa décision pourront être contestées devant le président de la chambre de l'instruction dans les conditions prévues par l'article 145-4 du code de procédure pénale modifié par la loi de 2016.

Dans un premier temps, le Conseil d'Etat prend acte de cette censure à effet différé en considérant que le Conseil constitutionnel « n'a pas entendu remettre en cause les effets que la disposition déclarée contraire à la Constitution avait produits avant la date de son abrogation ». Dès lors, cette censure était « sans incidence sur l'issue du litige », alors même que « l'association requérante est l'auteur de la question prioritaire de constitutionnalité ». Dans un second temps, pour écarter le moyen relatif à l'inconventionnalité de ces dispositions réglementaires, le Conseil d'Etat se fonde sur la voie de recours transitoire consacrée par le

Conseil constitutionnel. Comme le précise le rapporteur public, c'est par une « appréciation dynamique de la légalité dans le contentieux essentiellement injonctif du refus d'abroger », que l'arrêt se fonde sur ce changement de circonstance pour constater la disparition de l'illégalité (A. Bretonneau, concl. sur CE 12 déc. 2018, n° 417244¹, p. 3). Le Conseil d'Etat utilise ainsi cet aménagement législatif du Conseil constitutionnel, pour cette fois purger de toute inconstitutionnalité les dispositions réglementaires en cause, faisant par là sienne l'audace du Conseil constitutionnel à l'égard du législateur.

Il est en effet à noter un certain pragmatisme des juges de la rue de Montpensier dans l'utilisation de leur faculté de moduler les effets dans le temps des censures législatives qu'ils prononcent en matière de droit au recours effectif des prévenus. Dans sa décision du 24 mai 2016, pour différer les effets de sa censure au 31 décembre 2016, le Conseil constitutionnel tient compte des discussions parlementaires en cours sur le projet de loi visant à modifier l'article 145-4 du code de procédure pénale pour aménager une voie de recours afin « d'éviter que cette déclaration affecte les modifications législatives en cours d'adoption par le Parlement ». Dans sa décision du 22 juin 2018, tout en différant les effets de la censure au 1^{er} mars 2019, il fait cesser immédiatement l'inconstitutionnalité en étendant de manière transitoire la voie de recours créée à l'article 145-4 du code de procédure pénale par la loi de juin 2016 suite à la censure prononcée en mai 2016. Le commentaire de cette décision évoque alors un « "renvoi inédit" vers des dispositions applicables à d'autres mesures que celles ayant fait l'objet de la présente QPC » et précise que « ce renvoi, conçu à des fins pratiques, ne saurait toutefois lier le législateur dans l'appréciation des garanties à apporter pour assurer le respect du droit à un recours juridictionnel effectif ». Dans les deux cas cependant, en 2016 comme en 2018, le Conseil constitutionnel oriente de manière précise le travail législatif en indiquant quelle serait la voie de recours appropriée à mettre en oeuvre.

C'est sur cette création prétorienne que le Conseil d'Etat se fonde ici pour fermer la porte du recours pour excès de pouvoir contre les dispositions réglementaires litigieuses, et ce faisant, il se fait le relais de la jurisprudence constitutionnelle par « un bel exercice d'imbrication harmonieuse des différentes voies de contrôle du respect des droits fondamentaux par le législateur », qui permet, grâce à « l'agilité » des deux juges, « d'éviter tout hiatus entre QPC et contrôle de conventionnalité » (A. Bretonneau, préc., p. 4).

Mais, en ce qui concerne la contestation des mesures réglementaires relatives aux translations

judiciaires, son passage du témoin en matière de reconnaissance du droit au recours effectif des personnes prévenues lui permet d'aller plus loin que le Conseil constitutionnel.

II - Une fenêtre contentieuse ouverte sur une porte constitutionnelle fermée

L'OIP-SF contestait en dernier lieu les dispositions de l'article D. 57 du code de procédure pénale relatives aux mesures de translation des personnes prévenues décidées par les autorités judiciaires et renvoyant au 1^{er} alinéa de l'article D. 297 du même code, qui prévoit que « les personnes détenues en prévention sont transférées sur la réquisition de l'autorité judiciaire compétente », sur le moyen de la violation de l'article 13 de la Conv. EDH. Le Conseil constitutionnel avait pourtant bien fermé - et même verrouillé - la possibilité d'une censure constitutionnelle demandée par l'OIP-SF sur l'absence de recours contre ces décisions puisque, dans sa décision de 2016, il considère que l'article 715 du code de procédure pénale visé alors par les requérants ne constituait pas leur base légale. En dépit de cette décision, le Conseil d'Etat trouve un échappatoire et ouvre ainsi la fenêtre contentieuse en admettant le moyen fondé sur la violation de l'article 13 de la Conv. EDH en relevant l'incompétence du pouvoir réglementaire en raison de l'incompétence négative du législateur, ouvrant ainsi la porte à une évolution législative majeure.

A. La leçon contentieuse du Conseil d'Etat

La manoeuvre du Conseil d'Etat est au demeurant assez complexe et fait apparaître sa décision comme une leçon contentieuse à l'adresse du Conseil constitutionnel, du législateur et du juge judiciaire lui-même.

La décision rendue s'adresse tout d'abord au Conseil constitutionnel, lequel, dans sa décision du 24 mai 2016, avait refusé de voir dans l'article 715 du code de procédure pénale le fondement légal des mesures de translation judiciaire et par conséquent de répondre au grief de l'incompétence négative du législateur pour n'avoir pas prévu de voie de recours contre de telles décisions. Cette lecture des textes est considérée comme erronée par le rapporteur public puisque cet article précise bien que l'autorité judiciaire peut « donner tous les ordres nécessaires soit pour l'instruction, soit pour le jugement, qui devront être exécutés dans les maisons d'arrêt

». Le Conseil d'Etat avait d'ailleurs retenu, pour juger du caractère sérieux de la question dans sa décision de renvoi, que ces dispositions fondaient la compétence du procureur de la République en matière de translation d'un prévenu, de permis de visite ou d'autorisation de téléphoner (CE 24 févr. 2016, n° 395126, AJ pénal 2016. 334, obs. M. H.-Evans). Cette analyse rejoignait celle qu'il avait faite pour considérer que les ordres donnés par l'autorité judiciaire visés à l'article 715 du code de procédure pénale pouvaient « par nature comporter la prescription d'une mesure d'isolement » (CE 31 oct. 2008, n° 293785, *Section française de l'Observatoire international des prisons*, Lebon avec les concl. ; AJDA 2008. 2389, chron. E. Geffray et S.-J. Lieber ; D. 2009. 134, note M. Herzog-Evans ; et 1918, obs. A. Gouttenoire et P. Bonfils ; AJ pénal 2008. 500, note E. Péchillon ; RFDA 2009. 73, concl. M. Guyomar ; et 145, chron. C. Santulli).

A l'occasion de la nouvelle tentative de QPC de l'OIP-SF en avril 2018, portant sur la constitutionnalité du régime des translations judiciaires en se fondant sur les dispositions des articles 715 du code de procédure pénale et 34 de la loi de 2009, le Conseil d'Etat avait alors refusé de renvoyer la question - aux regrets du rapporteur public - en considérant que ces dispositions n'étaient pas applicables au litige en raison, d'une part, de la décision du 24 mai 2016 du Conseil constitutionnel refusant de considérer que l'article 715 du code de procédure pénale constituait leur fondement légal et, en considérant, d'autre part, que l'article 34 de la loi de 2009, qui confère aux prévenus le droit au rapprochement familial à la clôture de l'instruction « ne constitue pas la base légale » des dispositions réglementaires relatives aux translations judiciaires (CE 11 avr. 2018, n° 417244), et ce, alors même qu'un transfert dans un autre établissement peut avoir une forte incidence sur le droit au rapprochement familial.

Dans l'arrêt du 12 décembre 2018, le Conseil d'Etat parvient à rétablir le sens initial qu'il avait donné à l'article 715 du code de procédure pénale en faisant appel à d'autres dispositions législatives transversales, à savoir les articles 143-1 et suivants du même code relatifs au régime de la détention provisoire. Par une interprétation de ces dispositions fondée sur « la nature des choses », la « compétence naturelle » de l'autorité judiciaire (A. Bretonneau, concl. sur CE 12 déc. 2018, n° 417244, p. 4-5) et, plus précisément, sur les finalités de la détention provisoire liées aux nécessités de l'instruction ou du jugement à venir, il considère que « toutes les décisions affectant » les modalités d'exécution de la détention provisoire « impliquent nécessairement l'intervention du magistrat judiciaire saisi du dossier de la procédure ». Le pouvoir réglementaire est dès lors bien compétent pour préciser les conditions dans lesquelles

l'autorité judiciaire peut prendre des mesures de translation judiciaire d'une personne prévenue. Mais le Conseil d'Etat s'attache, par la suite, à la nature et aux effets de ces mesures, qui loin d'être des mesures ponctuelles, peuvent consister en des changements d'affectation entre établissements entraînant une modification du régime de détention par une « aggravation » de ses conditions ou portant atteinte à des droits et libertés fondamentaux (tels que le droit à la vie privée et familiale), pour considérer que l'absence de voie de recours contre de telles décisions ne respecte pas les exigences de l'article 13 de la Conv. EDH. Il applique ici sa jurisprudence relative à la recevabilité du recours des personnes condamnées contre les mesures de changement d'affectation entre établissements de même nature qui aggravent les conditions de détention (CE 28 mars 2011, n° 316977, *Garde des sceaux, ministre de la justice c/ Bennay*, Lebon 137 ; AJDA 2011. 1364, chron. X. Domino et A. Bretonneau ; D. 2012. 1294, obs. J.-P. Céré, M. Herzog-Evans et E. Péchillon ; AJ pénal 2011. 408, note G. Cliquennois et M. Herzog-Evans) ou portent atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale (CE 27 mai 2009, n° 322148, *Miloudi*, Lebon 209 ; AJDA 2009. 1076) au statut des personnes prévenues.

Il en conclut alors que le pouvoir réglementaire était incompétent pour édicter les premiers alinéas des articles D. 57 et D. 297 du code de procédure pénale « 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 ». Le Conseil d'Etat parvient ainsi à localiser « le vide » législatif (A. Bretonneau, concl. sur CE 11 avr. 2018, n° 417244, p. 3-4) et à contourner « l'exercice artificiel qu'impose le Conseil constitutionnel, consistant, pour l'auteur d'une QPC tirée d'une incompétence négative, d'identifier la disposition législative dans laquelle le vice coupable devrait se trouver comblé » (A. Bretonneau, concl. sur CE 12 déc. 2018, n° 417244, p. 4).

Et c'est donc également à l'égard du législateur que le Conseil d'Etat rend ici une décision audacieuse. Déjà, dans son arrêt n° 293785 du 31 octobre 2008, il avait considéré que l'article D. 56-1 du code de procédure pénale relatif aux mesures de mise à l'isolement judiciaire ne prévoyant alors aucune voie de recours ne répondait pas aux exigences du droit au recours effectif protégé par l'article 13 de la Conv. EDH, pour en conclure que le pouvoir réglementaire n'était pas compétent pour préciser la mise en oeuvre d'une mesure d'isolement ordonnée par l'autorité judiciaire « 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 »(1). Il avait donc fondé l'incompétence du pouvoir réglementaire sur l'incompétence négative du

législateur, sans pour autant indiquer directement à ce dernier la nécessité de remédier à cette lacune.

C'est chose faite dans l'arrêt rendu le 12 décembre 2018. Il prononce en effet ici une sorte de double injonction : directement à l'égard du Premier ministre, pour abroger les dispositions réglementaires illégales dans un délai de douze mois, et, de manière plus indirecte, à l'égard du législateur, puisque cette modulation dans le temps des effets de sa décision doit permettre à ce dernier d'intervenir d'ici là « pour ouvrir une voie de recours ». Malgré les efforts du rapporteur public pour relativiser la portée de cette décision qui n'appellerait qu'à « une probabilité de l'intervention du législateur » (A. Bretonneau, préc., p. 8), le Conseil d'Etat exerce bien une pression sur le législateur puisqu'à « défaut d'intervention » de celui-ci dans ce délai, les mesures de translation judiciaire devront être abrogées et ne pourront plus être mises en oeuvre. Ce faisant, il substitue son contrôle à celui, défaillant, du Conseil constitutionnel pour orienter l'action du législateur de laquelle dépendent désormais les dispositions réglementaires en cause.

D'ailleurs, les conclusions relèvent que la probable intervention législative mettra en oeuvre une voie de recours « plus binaire » et plus large que le recours pour excès de pouvoir contre les changements d'affectation des condamnés entre établissements de même nature, lequel n'est ouvert qu'en cas d'aggravation des conditions de détention ou d'atteinte aux droits et libertés selon la jurisprudence *Garde des sceaux, ministre de la justice c/ Boussouar*, (CE, ass., 14 déc. 2007, n° 290730, Lebon 495 ; AJDA 2008. 128, chron. J. Boucher et B. Bourgeois-Machureau ; D. 2008. 820, et les obs., note M. Herzog-Evans ; et 1015, obs. J.-P. Céré, M. Herzog-Evans et E. Péchillon ; AJ pénal 2008. 100, obs. E. Péchillon ; RFDA 2008. 87, concl. M. Guyomar ; RSC 2008. 404, chron. P. Poncela), laquelle se verra alors « ringardisée » (A. Bretonneau, préc., p. 8). C'est bien la preuve que la décision rendue attend du législateur une réforme précise.

L'arrêt rendu par le Conseil d'Etat s'adresse enfin au juge judiciaire. En effet, le recours pour excès de pouvoir apparaît comme un palliatif des insuffisances de la compétence judiciaire en matière de contentieux de la détention provisoire. Il révèle ici toute son efficacité puisqu'il existe même sans texte, ce qui n'est pas le cas des recours portés devant le juge judiciaire, ce dernier ayant refusé à plusieurs reprises la recevabilité de recours formés contre des refus de délivrance de permis de visite aux personnes prévenues au motif qu'aucun texte n'instaure une telle voie de recours (v., par ex., CA Dijon, ord., 5 déc. 2012, n° 2012/00420). Ces déclarations d'incompétence avaient d'ailleurs conduit l'OIP-SF à mener le combat sur le terrain du conflit

négatif devant le Tribunal des conflits. Ce combat s'est avéré sans issue puisque le Tribunal des conflits a considéré que le juge judiciaire avait décliné sa compétence non pas sur le fondement de l'incompétence de l'ordre judiciaire mais en raison de l'absence d'une juridiction précisément désignée au sein de cet ordre (T. confl. 7 juill. 2014, n° 3950). C'est donc « par un chemin de traverse » (N. Ferran, préc., p. 110) que l'OIP-SF avait réussi à porter la question devant le Conseil constitutionnel en mai 2016 à l'occasion d'un recours pour excès de pouvoir contre la décision implicite de refus du Premier ministre d'abroger des dispositions réglementaires relatives aux permis de visite. Et dans l'arrêt du 12 décembre 2018, c'est à nouveau par le biais d'un recours pour excès de pouvoir que le droit au recours effectif des personnes prévenues contre les mesures de translation judiciaire prises par l'autorité judiciaire est désormais consacré.

B. Au bout du chemin contentieux...

Le combat de l'OIP-SF n'était cependant pas entièrement terminé, puisque l'association a repris son offensive contentieuse en se saisissant cette fois des failles du dualisme juridictionnel en matière de détention provisoire. En effet, l'exécution de la détention provisoire relève du service public pénitentiaire, de sa réglementation, de ses conditions matérielles de mise en oeuvre et de son juge, mais s'exerce aussi en grande partie sous le contrôle de l'autorité judiciaire, et relève alors des décisions prises par le juge d'instruction ou, après la clôture de l'instruction et dans les autres situations, par le procureur de la République.

Sur ce terrain contentieux complexe, l'OIP-SF a obtenu du Conseil d'Etat le renvoi au Conseil constitutionnel d'une QPC portant sur l'article 34 de la loi de 2009 qui ne prévoit aucune possibilité de contester les avis par lesquels le procureur de la République peut s'opposer au rapprochement familial dont peut bénéficier une personne détenue prévenue dans l'attente de sa comparution devant une juridiction de jugement (CE 5 déc. 2018, n° 424970, *Section française de l'Observatoire international des prisons*, Lebon T. ; AJDA 2018. 2422). Dans sa décision *Section française de l'Observatoire international des prisons* (Cons. const. 8 févr. 2019, n° 2018-763 QPC, AJDA 2019. 314), le Conseil constitutionnel s'est fondé sur la « jurisprudence constante du Conseil d'Etat », rappelée dans la décision de renvoi, pour constater l'absence de voie de recours contre les décisions de refus opposés aux demandes de rapprochement familial des prévenus lorsqu'elles sont fondées sur un avis défavorable de

l'autorité judiciaire, et prononcer la censure de l'article 34.

Le Conseil d'Etat avait rappelé que, selon l'article R. 57-8-7 du code de procédure pénale, le directeur interrégional des services pénitentiaires ou le ministre de la justice peuvent accepter des demandes de rapprochement familial d'une personne prévenue à la fin de son instruction, sur avis conforme du magistrat judiciaire en charge du dossier. Cette double intervention d'autorités administratives et judiciaires donne alors lieu à une répartition des compétences complexe. La décision de refus administrative, pour des motifs liés aux contraintes carcérales, se rattache bien, selon la jurisprudence du Tribunal des conflits (22 févr. 1960, *Dame Fargeaud d'Epied*, Lebon 855), « au fonctionnement du service public pénitentiaire » et relève de la compétence du juge administratif. Mais lorsqu'une telle décision est subordonnée à l'avis conforme de l'autorité judiciaire, lequel se rattache à la conduite d'une procédure judiciaire, le juge administratif ne peut exercer un contrôle sur la régularité formelle ou procédurale de l'avis ou sur l'appréciation effectuée par le magistrat judiciaire, ce qui impliquerait une « appréciation à porter sur la marche même des services judiciaires » (T. confl. 27 nov. 1952, n° 1420, *Préfet de la Guyane*, Lebon 642 et T. confl. 12 oct. 2015, n° 4019, Lebon 510 ; AJDA 2015. 1949 ; et 2370, chron. L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet).

Le Conseil constitutionnel en conclut qu'il n'existe aucune voie de recours pour contester cet avis, ni par voie de conséquence, pour contester la décision administrative de refus de rapprochement familial faisant suite à un avis conforme défavorable du magistrat judiciaire. Il reproduit alors le même aménagement de la modulation des effets de sa censure - l'abrogation étant reportée au 1^{er} septembre 2019 - en procédant à nouveau à l'extension de la voie de recours prévue à l'article 145-4 du code de procédure pénale pour les avis judiciaires défavorables. C'est bien un nouvel exemple d'imbrication des contrôles constitutionnel et administratif : le Conseil d'Etat invitant le Conseil constitutionnel à se pencher sur le dualisme juridictionnel en matière de détention provisoire et le Conseil constitutionnel se faisant alors le relais du Conseil d'Etat pour, à nouveau, faire évoluer la loi.

L'évolution législative en matière de droit au recours effectif des personnes prévenues est d'ailleurs désormais réalisée puisque la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice modifie l'article 34 de la loi de 2009 pour préciser que l'avis conforme de l'autorité judiciaire sur les demandes de rapprochement familial peut désormais être contesté dans les conditions du nouvel article 145-4-2 du code de procédure

pénale créé par cette même réforme. Celle-ci anticipe également un autre contentieux relatif aux décisions de refus opposés aux demandes d'autorisation de sortie sous escorte des prévenus, en modifiant l'article 148-5 du code de procédure pénale qui prévoit désormais la possibilité d'un recours contre ces décisions dans les mêmes conditions.

Le combat pour la reconnaissance du droit au recours effectif des personnes placées en détention provisoire semble désormais définitivement gagné puisque le nouvel article 145-4-2 du code de procédure pénale, qui consacre le droit de recours devant le président de la chambre de l'instruction contre les décisions d'interdiction de correspondre ou de rétention de courrier prises par l'autorité judiciaire, étend ce droit de manière générale, pour « 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 ».

(1) C'est désormais l'article R. 57-5-7 du code de procédure pénale créé par le décret n° 2010-1634 du 23 décembre 2010 qui prévoit une voie de recours contre l'ordonnance de placement à l'isolement judiciaire, de renouvellement ou de refus de mettre fin à celle-ci devant le président de la chambre de l'instruction.