



Commentaire

Décision n° 2021-945 QPC du 4 novembre 2021

M. Aristide L.

(Communication entre la personne détenue et son avocat)

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 9 septembre 2021 par la Cour de cassation (chambre criminelle, arrêt n° 1126 du 7 septembre 2021) d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) posée par M. Aristide L. relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit de l'article 25 de la loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire.

Dans sa décision n° 2021-945 QPC du 4 novembre 2021, le Conseil constitutionnel a déclaré cet article conforme à la Constitution.

I. – Les dispositions contestées

A. – Objet des dispositions contestées

La loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 a procédé à une réforme d'ensemble des dispositions relatives à l'exécution des peines privatives de liberté, en particulier concernant le service public pénitentiaire, les droits des personnes détenues et les régimes de détention. Comme l'expliquait le rapporteur à l'Assemblée nationale, « *La loi pénitentiaire vise [...] à adapter le cadre juridique des prisons à l'exigence juridique de respect de la hiérarchie des normes. En l'état actuel du droit, la plupart des normes régissant les droits et obligations des personnes détenues sont de nature réglementaire, alors même que l'article 34 de la Constitution donne compétence exclusive au législateur pour définir les règles relatives à l'exercice des libertés publiques. Les restrictions apportées aux droits fondamentaux induites par la privation de liberté doivent être fixées par le législateur* »¹.

Le législateur a en outre entendu « *affirmer que la personne détenue conserve l'intégralité de ses droits, sous réserve des restrictions que commandent les impératifs de sécurité des personnes et des établissements pénitentiaires* »².

¹ Assemblée nationale, XIII^e législature, document n° 1899, p. 13.

² Exposé des motifs du projet de loi pénitentiaire n° 495 (Sénat).

Ainsi, les articles 22 à 61 de cette loi prévoient les droits et devoirs de l'ensemble des personnes détenues, que celles-ci soient prévenues ou condamnées³. Son article 22, après avoir affirmé que « *L'administration pénitentiaire garantit à toute personne détenue le respect de sa dignité et de ses droits* », énonce que « *L'exercice de ceux-ci ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles résultant des contraintes inhérentes à la détention, du maintien de la sécurité et du bon ordre des établissements, de la prévention de la récidive et de la protection de l'intérêt des victimes. Ces restrictions tiennent compte de l'âge, de l'état de santé, du handicap et de la personnalité de la personne détenue* ».

Au nombre de ces droits, dont la personne détenue doit être informée lors de son admission au sein de l'établissement pénitentiaire⁴, figurent celui de maintenir des relations avec l'extérieur ainsi que celui de communiquer librement avec son avocat.

1. – Le droit des personnes détenues au maintien de relations avec l'extérieur

Le droit des personnes détenues au maintien de relations avec les membres de leur famille et avec des tiers se matérialise principalement par les permis de visite, la possibilité de communiquer par téléphone et le droit de correspondre par écrit.

* Selon le premier alinéa de l'article 35 de la loi pénitentiaire, « *Le droit des personnes détenues au maintien des relations avec les membres de leur famille s'exerce soit par les visites que ceux-ci leur rendent, soit, pour les condamnés et si leur situation pénale l'autorise, par les permissions de sortir des établissements pénitentiaires. Les prévenus peuvent être visités par les membres de leur famille ou d'autres personnes, au moins trois fois par semaine, et les condamnés au moins une fois par semaine* ».

Ces visites, qui s'effectuent dans le cadre de parloirs, nécessitent toutefois d'obtenir préalablement un permis de visite, qui est délivré par l'autorité judiciaire, lorsqu'il s'agit d'un détenu prévenu⁵, et par le chef de l'établissement pénitentiaire, lorsqu'il s'agit d'un détenu condamné⁶.

* Les personnes détenues peuvent également communiquer par téléphone. Le premier alinéa de l'article 39 de la loi du 24 novembre 2009 prévoit : « *Les*

³ Conformément à l'article D. 50 du CPP, les « *condamnés* » sont les personnes ayant fait l'objet d'une décision ayant acquis un caractère définitif, tandis que les « *prévenus* » sont les détenus qui sont sous le coup de poursuites pénales et n'ont pas fait l'objet d'une décision définitive, c'est-à-dire les personnes mises en examen, les prévenus et les accusés, ainsi que les condamnés ayant formé opposition, appel ou pourvoi.

⁴ Conformément à l'article 23 de la loi du 24 novembre 2009.

⁵ Article R. 57-8-8 du CPP. Ces dispositions visent le « *magistrat saisi du dossier de la procédure dans les conditions prévues par l'article 145-4* » : il s'agit du juge d'instruction, du procureur de la République après la clôture de l'instruction ou du procureur général lorsque la procédure est en instance d'appel.

⁶ Article R. 57-8-10, alinéa 1^{er}, du CPP.

personnes détenues ont le droit de téléphoner aux membres de leur famille. Elles peuvent être autorisées à téléphoner à d'autres personnes pour préparer leur réinsertion » ; cependant, « dans tous les cas, les prévenus doivent obtenir l'autorisation de l'autorité judiciaire ».

À l'instar des visites, l'accès au téléphone est donc soumis à un régime d'autorisation préalable. Il peut être refusé, suspendu ou retiré « *pour des motifs liés au maintien du bon ordre et de la sécurité ou à la prévention des infractions* »⁷.

L'autorisation de téléphoner, comme le refus, la suspension ou le retrait de cette autorisation, relève de la compétence de l'autorité judiciaire pour les détenus prévenus⁸ et de la compétence du chef d'établissement pénitentiaire pour les détenus condamnés⁹.

Ces communications téléphoniques peuvent être interceptées, enregistrées, transcrites ou interrompues, conformément à l'article 727-1 du code de procédure pénale (CPP) auquel renvoie l'article 39 précité¹⁰.

* Enfin, conformément à l'article 40 de la loi pénitentiaire, les personnes détenues « *peuvent correspondre par écrit avec toute personne de leur choix* », sous réserve, pour les personnes prévenues, d'une interdiction décidée par l'autorité judiciaire en application de l'article 145-4-2 du CPP. Le courrier adressé ou reçu par les personnes détenues peut cependant être contrôlé et retenu par l'administration pénitentiaire « *lorsque cette correspondance paraît compromettre gravement leur réinsertion ou le maintien du bon ordre et la sécurité* »¹¹. En outre, le courrier adressé ou reçu par les prévenus est communiqué à l'autorité judiciaire selon les modalités qu'elle détermine¹².

2. – Le droit des personnes détenues de communiquer avec leurs avocats

a. – L'affirmation du principe de libre communication (les dispositions renvoyées)

⁷ Article 39, alinéa 2, de la loi pénitentiaire. Cet article prévoyait initialement que l'accès au téléphone pouvait également être refusé, suspendu ou retiré pour des motifs liés, « *en ce qui concerne les prévenus, aux nécessités de l'information* », mais ces mots ont été déclarés contraires à la Constitution par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2016-543 QPC du 24 mai 2016, *Section française de l'observatoire international des prisons (Permis de visite et autorisation de téléphoner durant la détention provisoire)*.

⁸ Article R. 57-8-21 du CPP.

⁹ Article R. 57-8-23 du CPP.

¹⁰ Les personnes détenues et leurs correspondants doivent cependant être préalablement informés des dispositions de l'article 727-1 du CPP.

¹¹ Article 40, alinéa 2, de la loi pénitentiaire.

¹² *Ibid.*

* L'article 25 de la loi du 24 novembre 2009 dispose : « *Les personnes détenues communiquent librement avec leurs avocats* ».

Auparavant, l'article 716 du CPP accordait seulement aux détenus prévenus « *toutes communications et toutes facilités compatibles avec les exigences de la discipline et de la sécurité de la prison [...] pour l'exercice de leur défense* »¹³, tandis que l'article 727 du même code prévoyait que « *les condamnés peuvent continuer à communiquer dans les mêmes conditions que les prévenus avec le défenseur qui les a assistés au cours de la procédure* ».

La loi pénitentiaire a ainsi consacré, de manière beaucoup plus nette, le principe de libre communication entre toute personne détenue, qu'elle soit prévenue ou condamnée, et son avocat.

Dans le projet de loi, il était initialement envisagé de rédiger l'article 25 (ex article 11) comme suit : « *Les condamnés communiquent librement avec leurs avocats dans les mêmes conditions que les prévenus pour l'exercice de leur défense* »¹⁴. Ces derniers mots ont toutefois été supprimés afin d'englober tous les aspects de l'échange entre la personne détenue et son avocat. Mme Alima Boumediene-Thiery avait soutenu, à l'appui de cet amendement présenté lors de la discussion devant le Sénat : « *Soit l'on considère que toute communication du détenu avec son avocat a un rapport avec l'exercice de la défense et, dans ce cas, l'avocat n'interviendra que lorsqu'une procédure contentieuse est engagée. Soit l'on considère que le principe de libre communication du détenu avec l'avocat est pleinement respecté et, dans ce cas, la mention "pour l'exercice de leur défense" est de trop. En effet, en dehors de tout contentieux, qu'il soit disciplinaire ou même pénal, l'avocat peut apporter au détenu des conseils juridiques sur sa situation carcérale, mais aussi, comme l'a dit notre collègue Louis Mermaz, sur ses biens, sur sa famille ou toute autre question relevant de la gestion de ses droits personnels ou patrimoniaux. Il n'y a pas, à proprement parler, de "défense" sur ces questions. Cela signifie-t-il que le détenu ne pourra pas communiquer avec son avocat à leur sujet ? Cet article est flou et ne garantit pas la libre communication du détenu avec son avocat puisqu'il induit une restriction qui n'est pas justifiée au regard du droit européen. En effet, selon la Cour européenne des droits de l'homme, "il y va clairement de l'intérêt public qu'une personne désireuse de consulter un homme de loi puisse le faire dans les conditions propices à une pleine et libre discussion". L'article 11 qui nous est proposé ne permettant pas une telle discussion, nous vous proposons de supprimer la référence à l'exercice de la défense* »¹⁵.

¹³ Ces dispositions ont été transférées à l'article 715-1 du CPP par la loi pénitentiaire.

¹⁴ Article 11 du texte adopté en commission le 5 février 2009.

¹⁵ Compte-rendu intégral des débats (Sénat), séance du 4 mars 2009.

* Ce principe de libre communication, essentiel à la préservation des droits de la défense, a pour corollaire le respect de la confidentialité des échanges entre la personne détenue et son avocat.

Ainsi, le contenu de leurs propos, qu'ils soient échangés « *verbalement ou par écrit* »¹⁶, est secret. La confidentialité des échanges entre l'avocat et la personne détenue doit être assurée quel que soit le moyen de communication employé :

– lorsque l'échange entre l'avocat et la personne détenue a lieu au parloir, la circulaire du 27 mars 2012 relative aux relations des personnes détenues avec leur défenseur¹⁷ impose le respect de conditions matérielles spécifiques, à savoir des boxes ou cabines réservés à cet usage, et exige que la rencontre ait lieu en dehors de la présence d'un surveillant¹⁸ ;

– lorsque cet échange se fait par voie téléphonique, l'article 727-1 du CPP, mentionné ci-dessus, exclut que les communications entre l'avocat et la personne détenue puissent être interceptées, enregistrées, transcrites ou interrompues¹⁹. Le Conseil d'État a en outre jugé « *que les personnes détenues ont le droit de s'entretenir par téléphone avec leurs avocats, de façon confidentielle tant vis-à-vis de l'administration pénitentiaire que des autres personnes détenues* »²⁰ ;

– enfin, lorsque l'échange entre la personne détenue et son avocat se fait par voie de correspondances écrites, l'article 40 de la loi du 24 novembre 2009 prévoit expressément, en son troisième alinéa, que « *ne peuvent être ni contrôlées ni retenues les correspondances échangées entre les personnes détenues et leur défenseur* »²¹.

* Par ailleurs, le principe de libre communication a une portée générale, ce qui implique que la personne détenue puisse s'entretenir avec son avocat même si elle

¹⁶ Article R. 57-6-6 du CPP.

¹⁷ NOR : JUSK1140030C.

¹⁸ Dans le même sens, l'article 39 du règlement intérieur type des établissements pénitentiaires, annexé à l'article R. 57-6-18 du CPP, prévoit que « *La personne prévenue s'entretient avec son avocat dans un parloir spécial garantissant la confidentialité de l'échange* ».

¹⁹ Article 727-1 du CPP : « *I.- Aux fins de prévenir les évasions et d'assurer la sécurité et le bon ordre au sein des établissements pénitentiaires ou des établissements de santé destinés à recevoir des personnes détenues, le ministre de la justice peut autoriser les agents individuellement désignés et habilités de l'administration pénitentiaire à :*

1° Interceptor, enregistrer, transcrire ou interrompre les correspondances de personnes détenues émises par la voie des communications électroniques et autorisées en détention, à l'exception de celles avec leur avocat, et conserver les données de connexion y afférentes ; ».

²⁰ CE, 23 juillet 2014, *Ministre de la Justice c/ Section française de l'observatoire international des prisons (OIP-SF)*, n° 379875.

²¹ L'article R. 57-6-7 du CPP précise que « *Le contrôle ou la retenue des correspondances entre les personnes détenues et leur conseil ne peut intervenir s'il peut être constaté sans équivoque que celles-ci sont réellement destinées au conseil ou proviennent de lui* ».

fait l'objet de mesures restreignant son droit de maintenir des relations avec l'extérieur.

Ainsi, pour les détenus prévenus, le premier alinéa de l'article 145-4 du CPP relatif à l'interdiction de communiquer susceptible d'être ordonnée par le juge d'instruction prévoit *in fine* : « *En aucun cas l'interdiction de communiquer ne s'applique à l'avocat de la personne mise en examen* ».

En outre, le détenu, même s'il fait l'objet d'une sanction disciplinaire, doit pouvoir continuer à communiquer avec son avocat. L'article R. 57-6-6 du CPP, déjà cité, dispose, en ce sens, qu'« *Aucune sanction ni mesure ne peut supprimer ou restreindre la libre communication de la personne détenue avec son conseil* ». Il en résulte que les personnes placées en cellule disciplinaire « *peuvent rencontrer leur avocat* »²². La circulaire précitée du 27 mars 2012 énonce quant à elle « *qu'aucune restriction du droit de correspondance téléphonique avec leur avocat n'est applicable aux personnes placées en régime disciplinaire : le nombre d'appels à l'avocat n'est donc pas limité, et ces appels ne sont pas comptabilisés au titre de l'appel téléphonique autorisé par semaine* ».

b. – Les limites du principe de libre communication

* En premier lieu, conformément à l'article 22 de la loi du 24 novembre 2009, dont les dispositions ont été ci-dessus rappelées, l'exercice du droit, pour chaque détenu, de communiquer librement avec son avocat peut, comme celui de ses autres droits, faire l'objet de restrictions « *résultant des contraintes inhérentes à la détention, du maintien de la sécurité et du bon ordre des établissements* »²³.

C'est ainsi que, saisi des restrictions matérielles apportées au droit d'un détenu, placé en cellule disciplinaire, de communiquer téléphoniquement avec son avocat, le Conseil d'État a jugé « *que les détenus disposent du droit de communiquer librement avec leurs avocats, qui implique notamment qu'ils puissent, selon une fréquence qui, eu égard au rôle dévolu à l'avocat auprès des intéressés, ne peut être limitée a priori, leur passer des appels téléphoniques, dans des conditions garantissant la confidentialité de leurs échanges ; que, par suite, les restrictions en matière d'appels téléphoniques prévues, pour les personnes*

²² Article R. 57-7-45 du CPP.

²³ Au cours de l'examen du projet de loi pénitentiaire, lors des débats devant le Sénat, le garde des sceaux avait indiqué : « *L'article 10 [devenu 22] du projet de loi vise à garantir la protection des droits des personnes détenues et à encadrer par une norme législative les restrictions apportées à l'exercice de ces droits. L'article, en lui-même, pose un principe général concernant l'ensemble des droits des détenus. Nous n'avons pas souhaité le décliner davantage. Imaginons qu'il y ait un droit nouveau. Faudra-t-il à chaque fois modifier la loi pour l'ajouter ? Il me semble préférable de poser un principe général* » (Compte rendu intégral des débats [Sénat], séance du 4 mars 2009).

placées en cellule disciplinaire, par les dispositions du deuxième alinéa de l'article R. 57-7-45 du code de procédure pénale, ne s'appliquent pas aux échanges avec leurs avocats ; que, toutefois, le droit des intéressés de communiquer librement avec leur avocat n'impose pas qu'ils puissent passer des appels téléphoniques à tout moment et aussi souvent qu'ils le souhaitent ; que ce droit doit, en effet, être concilié avec les contraintes inhérentes au fonctionnement du service public pénitentiaire et au placement en cellule disciplinaire ; qu'il appartient à l'administration pénitentiaire, compte tenu de ces contraintes et de la situation de ces détenus, en particulier lorsque est en cours une procédure devant le juge de l'application des peines, d'apprécier selon quelles modalités et dans quels délais, qui doivent demeurer raisonnables, les intéressés peuvent exercer ce droit ; qu'elle peut refuser de donner suite aux demandes de communication téléphonique qui présentent un caractère répétitif ou systématique ; qu'il résulte de ce qui précède que le moyen tiré de ce que le refus d'abroger les dispositions du troisième alinéa de l'article R. 57-7-45 du code de procédure pénale méconnaît celles de l'article 25 de la loi du 24 novembre 2009 doit être écarté »²⁴.

La circulaire précitée du 27 mars 2012 mentionne quant à elle que, « *sauf urgence, les visites du conseil ont lieu aux jours et heures fixés par le règlement intérieur de l'établissement, après avis du bâtonnier de l'ordre des avocats* ». De la même manière, elle indique que l'accès au téléphone « *tient compte des limitations inhérentes au respect du principe d'égal accès au téléphone et aux contraintes d'ordre et de sécurité* ». Elle souligne ensuite que les articles 25 de la loi pénitentiaire et R. 57-6-6 du CPP impliquent « *qu'aucune restriction du droit de correspondance téléphonique avec leur avocat n'est applicable aux personnes placées en régime disciplinaire : le nombre d'appels à l'avocat n'est donc pas limité, et ces appels ne sont pas comptabilisés au titre de l'appel téléphonique autorisé par semaine* ».

* En second lieu, l'exercice effectif du droit pour la personne détenue de communiquer verbalement ou par écrit avec son avocat est subordonné à la délivrance d'un permis de communiquer. Cette exigence résulte non de la loi, mais du règlement (article R. 57-6-5 du CPP).

Pour les prévenus, ce permis est délivré à l'avocat par le magistrat saisi du dossier de la procédure. Pour les personnes condamnées qui demandent à bénéficier d'une mesure d'aménagement de peine, il est délivré par le juge de l'application des peines ou son greffier. Dans les autres cas, le permis de communiquer est délivré par le chef de l'établissement pénitentiaire²⁵.

²⁴ CE, 24 octobre 2014, *M. Stojanovic*, n° 368580.

²⁵ Article R. 57-6-5 du CPP.

Pour obtenir un tel permis, il suffit cependant que l'avocat qui le réclame identifie la procédure juridictionnelle au titre de laquelle il est sollicité. Une fois délivré, il permet des échanges autant que nécessaires entre l'avocat et la personne détenue. Le Conseil d'État a ainsi jugé « *que les détenus disposent du droit de communiquer librement avec leurs avocats ; que ce droit implique notamment qu'ils puissent, selon une fréquence qui, eu égard au rôle dévolu à l'avocat auprès des intéressés, ne peut être limitée a priori, recevoir leurs visites, dans des conditions garantissant la confidentialité de leurs échanges ; que, toutefois, ce droit s'exerce dans les limites inhérentes à la détention ; qu'ainsi, si les dispositions de l'article R. 57-6-5 du code de procédure pénale prévoient que les avocats doivent obtenir un permis de communiquer pour pouvoir rencontrer leurs clients lorsque ceux-ci sont détenus, afin de préserver le bon ordre et la sécurité des établissements pénitentiaires, elles n'ont ni pour objet ni pour effet de subordonner l'obtention de ce permis à l'exercice par l'autorité chargée de délivrer le permis, d'un contrôle portant sur l'opportunité ou la nécessité de telles rencontres ; que ces dispositions n'imposent pas au détenu ou à l'avocat de mentionner les motifs justifiant la nécessité qu'ils puissent communiquer, mais leur imposent seulement d'identifier la procédure juridictionnelle au titre de laquelle l'avocat est sollicité ; que, dans ces conditions, ces dispositions n'ont ni pour objet ni pour effet de porter atteinte à la confidentialité de la relation entre les avocats et les détenus* »²⁶.

c. - Les conséquences du non-respect du principe de libre communication

La chambre criminelle de la Cour de cassation a été amenée à se prononcer sur les conséquences procédurales du défaut de délivrance d'un permis de communiquer avant un débat contradictoire organisé en vue d'un éventuel placement en détention provisoire. Elle a jugé « *qu'en vertu du principe de la libre communication entre la personne mise en examen et son avocat, résultant de l'article 6 paragraphe 3, c, de la Convention européenne des droits de l'homme, la délivrance d'un permis de communiquer entre une personne détenue et son avocat est indispensable à l'exercice des droits de la défense ; qu'il en découle que le défaut de délivrance de cette autorisation à chacun des avocats désignés, avant un débat contradictoire tenu en vue de l'éventuelle prolongation de la détention provisoire, fait nécessairement grief à la personne mise en examen* »²⁷, sauf circonstance insurmontable ayant empêché cette délivrance en temps utile²⁸. La procédure encourt alors la nullité.

²⁶ CE, 25 mars 2015, *M. Stojanovic*, n° 374401.

²⁷ Cass. crim., 12 décembre 2017, pourvoi n° 17-85.757 ; et, dans les même sens : Cass. crim., 8 juillet 2020, pourvoi n° 20-81.848.

²⁸ Cass. crim., 9 mai 2019, pourvoi n° 19-81.346.

Toutefois, dans un arrêt rendu le 13 avril 2021, elle a jugé : « *Il résulte de l'article 6, § 3, b) et c) de la Convention européenne des droits de l'homme que le droit pour l'accusé de s'entretenir avec son avocat, essentiel à l'exercice des droits de la défense, doit être effectif et concret. / Cet article ne précise néanmoins pas les conditions d'exercice de ce droit, laissant aux États le choix des moyens propres à permettre à leur système judiciaire de le garantir. / Si la loi pénitentiaire n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 consacre le droit des détenus à téléphoner aux membres de leur famille ou pour préparer leur réinsertion et rappelle par ailleurs le principe de la libre communication entre le détenu et son avocat, ni ce texte ni aucune autre disposition du code de procédure pénale n'organise en l'état la communication téléphonique pour les besoins de la défense entre le détenu et l'avocat. / Il s'ensuit que la personne mise en examen dont l'avocat ne s'est pas présenté au débat contradictoire différé devant le juge des libertés et de la détention au motif qu'il n'avait pu contacter son client téléphoniquement, en raison d'une carence de l'administration pénitentiaire, ne saurait invoquer une violation des droits de la défense dès lors que le juge d'instruction a délivré en temps utile un permis de communiquer à cet avocat, propre à assurer un exercice effectif de ces droits, sauf pour ce dernier à établir l'existence de circonstances insurmontables ayant fait obstacle à son déplacement au parloir de l'établissement pénitentiaire »²⁹. Il résulte de cet arrêt qu'aucune atteinte aux droits de la défense ne peut donc être invoquée par l'avocat qui n'a pas pu communiquer téléphoniquement avec son client préalablement au débat contradictoire différé, dès lors que, titulaire d'un permis de communiquer délivré en temps utile, il avait la possibilité de lui rendre visite au sein de l'établissement pénitentiaire.*

B. – Origine de la QPC et question posée

M. Aristide L., placé en détention provisoire par une ordonnance du juge des libertés et de la détention, avait interjeté appel de cette décision.

La chambre de l'instruction avait confirmé l'ordonnance après avoir écarté le moyen de nullité tiré de l'absence de communication téléphonique entre l'intéressé et son avocat, préalablement au débat contradictoire aux fins de placement en détention provisoire.

M. L. avait formé un pourvoi en cassation à l'occasion duquel il avait soulevé une QPC, ainsi formulée : « *L'article 25 de la loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009, dite loi pénitentiaire, ne méconnaît-il pas les droits de la défense, notamment le droit à l'assistance effective d'un avocat, garanti par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, en ce que, s'il prévoit*

²⁹ Cass. crim., 13 avril 2021, pourvoi n° 21-80.989.

la libre communication entre la personne détenue et son avocat, il n'en organise pas les modalités, en particulier celles qui permettraient une libre communication téléphonique entre l'avocat et son client détenu ? ».

Par son arrêt précité du 7 septembre 2021, la chambre criminelle de la Cour de cassation avait renvoyé cette question au Conseil constitutionnel, au motif que « *La question posée présente un caractère sérieux, dès lors que si l'article 25 de la loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 prévoit la libre communication entre la personne détenue et son avocat et, si l'article 39 de cette même loi autorise la personne détenue à téléphoner aux membres de sa famille, d'une part, et à d'autres personnes, pour favoriser sa réinsertion, d'autre part, ni cette loi ni aucune disposition du code de procédure pénale n'organise en l'état la communication téléphonique pour les besoins de la défense entre le détenu et l'avocat* ».

II. – L'examen de la constitutionnalité des dispositions contestées

Le requérant, rejoint par les parties intervenantes, reprochait à l'article 25 de la loi du 24 novembre 2009 de méconnaître les droits de la défense dès lors que, pour en assurer la pleine effectivité, le législateur aurait dû définir les modalités de la communication de la personne détenue avec son avocat et, en particulier, organiser un droit à la communication téléphonique. Pour les mêmes motifs, il soutenait que ces dispositions étaient également entachées d'une incompétence négative dans des conditions affectant les droits précités.

A. – La jurisprudence constitutionnelle relative aux garanties fondamentales accordées aux personnes détenues

* Le principe du respect des droits de la défense est rattaché, depuis la décision n° 2006-535 DC du 30 mars 2006, à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, aux termes duquel : « *Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution* »³⁰.

Le Conseil constitutionnel attache une importance particulière au respect de cette exigence en matière pénale, dont il a notamment déduit le droit pour une personne soupçonnée de bénéficier de l'assistance effective d'un avocat en garde à vue³¹. Le Conseil s'assure plus généralement du respect de cette exigence en présence

³⁰ Décision n° 2006-535 DC du 30 mars 2006, *Loi pour l'égalité des chances*, cons. 24.

³¹ Voir notamment la décision n° 2014-428 QPC du 21 novembre 2014, *M. Nadav B. (Report de l'intervention de l'avocat au cours de la garde à vue en matière de délinquance ou de criminalité organisées)*, cons. 9 : « *le respect des droits de la défense impose, en principe, qu'une personne soupçonnée d'avoir commis une infraction ne peut être entendue, alors qu'elle est retenue contre sa volonté, sans bénéficier de l'assistance effective d'un avocat* ».

de toute procédure répressive, même non juridictionnelle³², et considère qu'elle s'applique à toute procédure juridictionnelle, qu'elle soit ou non répressive³³.

* Partant de l'idée que la personne détenue doit bénéficier, sous les seules réserves inhérentes à sa détention, de l'ensemble des droits et libertés constitutionnellement garantis, le Conseil constitutionnel a développé une jurisprudence permettant de s'assurer que le législateur, compétent en matière de droit pénal et de procédure pénale, ne prive pas de garanties légales ces droits et libertés.

Ainsi, dans sa décision n° 2009-593 DC du 19 novembre 2009, le Conseil constitutionnel a jugé que « *l'exécution des peines privatives de liberté en matière correctionnelle et criminelle a été conçue, non seulement pour protéger la société et assurer la punition du condamné, mais aussi pour favoriser l'amendement de celui-ci et préparer son éventuelle réinsertion ; qu'il appartient, dès lors, au législateur, compétent en application de l'article 34 de la Constitution pour fixer les règles concernant le droit pénal et la procédure pénale, de déterminer les conditions et les modalités d'exécution des peines privatives de liberté dans le respect de la dignité de la personne* »³⁴. À l'aune de cette compétence, le Conseil a considéré que « *le régime disciplinaire des personnes détenues ne relève pas en lui-même des matières que la Constitution range dans le domaine de la loi ; qu'il appartient cependant au législateur de garantir les droits et libertés dont ces personnes continuent de bénéficier dans les limites inhérentes aux contraintes de la détention* »³⁵.

Cette jurisprudence n'est pas limitée aux détenus condamnés, mais s'applique également aux détenus placés en détention provisoire³⁶.

Dans sa décision n° 2014-393 QPC du 25 avril 2014, le Conseil constitutionnel était saisi de l'article 728 du CPP qui se bornait à affirmer qu'un « *décret détermine l'organisation et le régime intérieur des établissements pénitentiaires* ». Le Conseil a fait application des principes précités, qu'il a complétés par la formulation selon laquelle « *il appartient au législateur de fixer les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux personnes détenues ; [...] celles-ci bénéficient des droits et libertés constitutionnellement garantis dans les limites inhérentes à la détention [et non plus « aux contraintes*

³² Sur ce point, voir le commentaire de la décision n° 2019-818 QPC du 6 décembre 2019, *Mme Saisda C. (Assistance de l'avocat dans les procédures de refus d'entrée en France et de maintien en zone d'attente)*.

³³ Voir, par exemple, en matière civile, la décision n° 2020-866 QPC du 19 novembre 2020, *Société Getzner France (Procédure civile sans audience dans un contexte d'urgence sanitaire)*.

³⁴ Décision n° 2009-593 DC du 19 novembre 2009, *Loi pénitentiaire*, cons. 3.

³⁵ *Ibidem*, cons. 4.

³⁶ *Ibidem*, cons. 2, qui montre que le contrôle portait sur un article relatif au régime disciplinaire des personnes détenues placées en détention provisoire ou exécutant une peine privative de liberté.

de » la détention] ; [...] il en résulte que le législateur doit assurer la conciliation entre, d'une part, l'exercice de ces droits et libertés que la Constitution garantit et, d'autre part, l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public ainsi que les finalités qui sont assignées à l'exécution des peines privatives de liberté »³⁷. Le commentaire de cette décision précise que « c'est au législateur qu'il incombe de procéder à la conciliation entre les deux logiques qui peuvent s'opposer : d'une part, l'exercice de ces droits et libertés, et d'autre part, la sécurité du système pénitentiaire et les finalités de l'exécution des peines privatives de liberté ».

Dans cette décision, le Conseil a censuré l'article 728 du CPP en jugeant que : « aucune disposition législative ne prévoit les conditions dans lesquelles sont garantis les droits dont ces personnes continuent de bénéficier dans les limites inhérentes à la détention ; [...] en renvoyant au décret le soin de déterminer ces conditions qui incluent notamment les principes de l'organisation de la vie en détention, de la surveillance des détenus et de leurs relations avec l'extérieur, les dispositions contestées confient au pouvoir réglementaire le soin de fixer des règles qui relèvent de la loi ; [...] par suite, en adoptant les dispositions contestées, le législateur a méconnu l'étendue de sa compétence ». Or « la méconnaissance, par le législateur, de sa compétence dans la détermination des conditions essentielles de l'organisation et du régime intérieur des établissements pénitentiaires prive de garanties légales l'ensemble des droits et libertés constitutionnellement garantis dont bénéficient les détenus dans les limites inhérentes à la détention »³⁸.

Dans sa décision n° 2015-485 QPC du 25 septembre 2015³⁹, le Conseil était saisi de dispositions organisant la participation des détenus aux activités professionnelles. Après avoir cité plusieurs garanties, notamment l'article 22 de la loi pénitentiaire de 2009, il a conclu que les dispositions contestées « ne privent pas de garanties légales les droits et libertés énoncés par les cinquième à huitième alinéas du Préambule de la Constitution de 1946 dont sont susceptibles de bénéficier les détenus dans les limites inhérentes à la détention »⁴⁰.

* D'autres décisions ont donné l'occasion au Conseil constitutionnel de se prononcer sur des dispositions auxquelles il était reproché de porter une atteinte directe à certains droits et libertés garantis par la Constitution.

Ainsi, dans sa décision n° 2016-543 QPC du 24 mai 2016, le Conseil était saisi de

³⁷ Décision n° 2014-393 QPC du 25 avril 2014, *M. Angelo R. (Organisation et régime intérieur des établissements pénitentiaires)*, paragr. 5.

³⁸ *Ibid.* paragr. 6 et 7.

³⁹ Décision n° 2015-485 QPC du 25 septembre 2015, *M. Johny M. (Acte d'engagement des personnes détenues participant aux activités professionnelles dans les établissements pénitentiaires)*, cons. 7.

⁴⁰ *Ibid.*, cons. 8 à 11.

dispositions, prévues à l'article 145-4 du CPP et à l'article 39 de la loi pénitentiaire de 2009, qui permettaient au juge d'instruction de refuser de délivrer un permis de visite ou l'accès du détenu au téléphone, sans qu'existe de voie de recours (pour les visites, uniquement lorsqu'elles concernaient une personne non membre de la famille du détenu). Le Conseil a jugé : « *Au regard des conséquences qu'entraînent ces refus pour une personne placée en détention provisoire, l'absence de voie de droit permettant la remise en cause de la décision du magistrat, excepté lorsque cette décision est relative au refus d'accorder, durant l'instruction, un permis de visite au profit d'un membre de la famille du prévenu, conduit à ce que la procédure contestée méconnaisse les exigences découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789. Elle prive également de garanties légales la protection constitutionnelle du droit au respect de la vie privée et du droit de mener une vie familiale normale* »⁴¹. Pour les visites d'une personne membre de la famille, ces dispositions prévoyaient une voie de recours contre le refus du juge, mais ne lui imposaient pas de délai pour répondre à la demande de permis. Le Conseil a jugé que « *l'absence de tout délai déterminé imparti au juge d'instruction pour statuer n'ouvre aucune voie de recours en l'absence de réponse du juge. Cette absence de délai déterminé conduit donc à ce que la procédure applicable méconnaisse les exigences découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789. Elle prive également de garanties légales la protection constitutionnelle du droit au respect de la vie privée et du droit de mener une vie familiale normale* »⁴².

En revanche, dans sa décision n° 2020-874/875/876/877 QPC du 21 janvier 2021, le Conseil constitutionnel a déclaré conformes à la Constitution des dispositions de l'article 35 de la loi du 24 novembre 2009 prévoyant que « *Les prévenus peuvent être visités par les membres de leur famille ou d'autres personnes, au moins trois fois par semaine, et les condamnés au moins une fois par semaine* », auxquelles il était reproché de ne pas tenir compte du lieu du domicile de la personne détenue ou des membres de sa famille pour déterminer le lieu d'exécution de la détention.

Pour ce faire, il s'est appuyé sur trois séries de considérations : tout d'abord, il a rappelé que le choix de la proximité du milieu d'incarcération avec la juridiction

⁴¹ Décision n° 2016-543 QPC du 24 mai 2016, *Section française de l'observatoire international des prisons (Permis de visite et autorisation de téléphoner durant la détention provisoire)*, paragr. 14.

⁴² *Ibidem*, paragr. 16. Le Conseil a rendu plusieurs autres décisions sur la question spécifique du droit au recours des personnes détenues : voir notamment les décisions n° 2018-715 QPC du 22 juin 2018, *Section française de l'observatoire international des prisons (correspondance écrite des personnes en détention provisoire)*, n° 2018-763 QPC du 8 février 2019, *Section française de l'Observatoire international des prisons (Rapprochement familial des détenus prévenus attendant leur comparution devant la juridiction de jugement)* et n° 2019-791 QPC du 21 juin 2019, *Section française de l'Observatoire international des prisons (Autorisation de sortie sous escorte d'une personne détenue)*.

d'instruction est « *justifié par les besoins de l'instruction* »⁴³ ; ensuite, il a relevé que la détention provisoire est soumise à une double limite temporelle (délai raisonnable et délais butoirs) ; enfin, il a souligné qu'« *au cours de l'instruction, plusieurs garanties contribuent à maintenir les liens des personnes détenues avec leur famille. Ainsi, les dispositions contestées leur permettent de bénéficier de visites des membres de leur famille au moins trois fois par semaine. Si l'effectivité de cette garantie peut varier en fonction de la distance séparant le lieu d'incarcération de la personne détenue et le lieu du domicile de sa famille, d'autres dispositions visent à permettre le maintien des liens familiaux. Il en va ainsi du droit à une visite trimestrielle dans une unité de vie familiale ou un parloir familial, dont la durée est fixée, en vertu de l'article 36 de la loi du 24 novembre 2009, "en tenant compte de l'éloignement du visiteur". Il en va de même des droits reconnus à la personne détenue, par les articles 39 et 40 de la même loi, de téléphoner aux membres de sa famille et de correspondre par écrit avec toute personne* »⁴⁴.

Il en a déduit « *que, en déterminant le lieu d'incarcération d'une personne placée en détention provisoire, au cours d'une instruction, sans imposer la prise en compte du lieu du domicile de sa famille, le législateur n'a pas privé de garanties légales le droit de mener une vie familiale normale dont bénéficient les intéressés dans les limites inhérentes à la détention provisoire* »⁴⁵.

B. – L'application à l'espèce

Dans la décision commentée, le Conseil constitutionnel, reprenant la formulation de principe évoquée ci-dessus, a d'abord énoncé qu'« *Il appartient au législateur, compétent en application de l'article 34 de la Constitution pour fixer les règles concernant le droit pénal et la procédure pénale, de déterminer les règles relatives aux garanties fondamentales accordées aux personnes détenues* » et que « *Celles-ci bénéficient des droits et libertés constitutionnellement garantis dans les limites inhérentes à la détention* » (paragr. 3). Il a précisé que parmi ces droits et libertés figurent les droits de la défense garantis par l'article 16 de la Déclaration de 1789 (même paragr.).

En premier lieu, après avoir souligné que le droit de la personne détenue de communiquer librement avec son avocat « *participe au respect des droits de la défense* » (paragr. 5), le Conseil a, d'une part, constaté que les dispositions contestées s'appliquent à l'ensemble des personnes détenues, qu'elles soient prévenues ou condamnées, et qu'elles ne restreignent ni les motifs pour lesquels

⁴³ Décision n° 2020-874/875/876/877 QPC du 21 janvier 2021, *M. Christophe G. (Droit au maintien des liens familiaux durant la détention provisoire)*, paragr. 10.

⁴⁴ *Ibid.*, paragr. 12.

⁴⁵ *Ibid.*, paragr. 13.

ce droit est exercé, ni les moyens par lesquels cette communication est assurée, qu'il s'agisse notamment de visites, de communications téléphoniques ou de correspondances écrites (même paragr.).

D'autre part, le Conseil a relevé qu'en application de l'article 22 de la loi du 24 novembre 2009, l'exercice du droit de communication entre la personne détenue et son avocat ne peut faire l'objet de restrictions que lorsqu'elles sont justifiées par des contraintes inhérentes à la détention, au maintien de la sécurité et au bon ordre des établissements (paragr. 6). Il a précisé que « *De telles restrictions n'ont ni pour objet ni pour effet de faire obstacle à ce que la personne détenue puisse communiquer avec son avocat dans des délais raisonnables* » et qu'« *Il appartient à l'administration pénitentiaire de s'en assurer* » (même paragr.).

En second lieu, le Conseil constitutionnel a jugé que « *le législateur a garanti la confidentialité des échanges entre la personne détenue et son avocat* » (paragr. 7). À cet égard, il a relevé que, conformément à l'article 40 de la loi du 24 novembre 2009, les correspondances écrites entre la personne détenue et son avocat ne peuvent être ni contrôlées ni retenues. Il a en outre constaté qu'en application des articles 39 de la même loi et 727-1 du code de procédure pénale, leurs communications téléphoniques ou électroniques ne peuvent pas être interceptées, enregistrées, transcrites ou interrompues par l'administration pénitentiaire (même paragr.).

Il en a dès lors conclu que le législateur n'avait pas privé de garanties légales les droits de la défense dont bénéficient les personnes détenues dans les limites inhérentes à la détention (paragr. 8). Il a donc écarté les griefs du requérant (même paragr.).

Estimant que les dispositions contestées ne méconnaissaient aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel les a, par conséquent, déclarées conformes à la Constitution (paragr. 9).