



AVERTISSEMENT

Ce document est le fruit d'un long travail approuvé par le jury de soutenance et mis à disposition de l'ensemble de la communauté universitaire élargie.

Il est soumis à la propriété intellectuelle de l'auteur. Ceci implique une obligation de citation et de référencement lors de l'utilisation de ce document.

D'autre part, toute contrefaçon, plagiat, reproduction illicite encourt une poursuite pénale.

Contact : ddoc-theses-contact@univ-lorraine.fr

LIENS

Code de la Propriété Intellectuelle. articles L 122. 4

Code de la Propriété Intellectuelle. articles L 335.2- L 335.10

http://www.cfcopies.com/V2/leg/leg_droi.php

<http://www.culture.gouv.fr/culture/infos-pratiques/droits/protection.htm>

ESSAI D'UNE THÉORIE GÉNÉRALE DES DROITS D'UNE PERSONNE PRIVÉE DE LIBERTÉ

Thèse

Présentée et soutenue publiquement le 15 avril 2014

par
Laurent MORTET

En vue de l'obtention du grade de :

Docteur de l'Université de Lorraine
(Doctorat Nouveau régime – Droit pénal)

Et préparée sous la direction de
M. Le Professeur François FOURMENT

Membres du jury :

M. Jacques LEROY

Professeur de droit privé et sciences criminelles à l'Université d'Orléans
Doyen honoraire de la Faculté de droit, d'économie et de gestion
Rapporteur

M. Damien ROETS

Professeur de droit privé et sciences criminelles à l'Université de Limoges
Rapporteur

M. Nicolas MAZIAU

Professeur de droit public à l'Université de Lorraine
Conseiller référendaire à la chambre criminelle de la Cour de Cassation

Mme Véronique TELLIER-CAYROL

Maître de conférences-HDR de droit privé et sciences criminelles à l'Université
François-Rabelais de Tours

M. François FOURMENT

Professeur à l'Université François-Rabelais de Tours
Directeur de thèse

*à Valentine, à sa place ici, toujours là où il ne faut pas
à Théophile, et à nos après-midis studieuses et reposantes
à Stéphanie, sans formule de style, sans qui ça n'aurait pu : « Alors, ça valait le coup ? »
à mon Père, ma Mère et mon Frère, merci pour le moule
aux amis, ceux en pleins et ceux en déliés*

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

§	paragraphe
actu.	actualité
<i>ADL</i>	lettre électronique d'actualités des droits et libertés
<i>AJDA</i>	Actualités juridiques de droit administratif
<i>AJP</i>	Actualités juridiques de droit pénal
art.	article
<i>ass.</i>	assemblée
<i>bull.</i>	bulletin
<i>c.</i>	contre
chron.	chronique
CGLPL	Contrôleur général des lieux de privation de liberté
concl.	conclusions
CA	Cour d'appel
CAA	Cour d'appel administrative
Cass. civ. I	Première chambre civile de la Cour de cassation
Cass. civ. II	Deuxième chambre civile de la Cour de cassation
Cass. crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
CE	Conseil d'État
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
CESEDA	Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile
ch.	chambre
comm.	commentaire
Comm.EDH	Commission européenne des droits de l'Homme
Cons. const.	Conseil constitutionnel
CPP	Code de procédure pénale
CSP	Code de la santé publique
<i>D.</i>	Dalloz
DDHC	Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen
<i>déc.</i>	Décision
<i>Dr. admin.</i>	Droit administratif
<i>Dr. fam.</i>	Droit de la famille
<i>Dr. pén.</i>	Droit pénal

en angl.	en anglais
ét.	étude
<i>Gaz. Pal.</i>	Gazette du Palais
<i>ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
<i>JCP</i>	Jurisqueuseur périodique, édition générale
<i>J. O.</i>	Journal officiel
<i>LPA</i>	Les petites affiches
n°	numéro
obs.	observations
<i>op. cit.</i>	<i>opere citato</i>
p.	page
<i>plén.</i>	plénière
<i>RDP</i>	Revue de droit public
<i>RDSS</i>	Revue de droit sanitaire et social
Rec.	recueil
<i>Rev. crit. DIP</i>	Revue critique de droit international privé
req.	requête
<i>RFDA</i>	Revue française de droit administratif
<i>RPDP</i>	Revue pénitentiaire et de droit pénal
<i>RSC</i>	Revue de sciences criminelles
<i>RTD civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
s.	suivants
sect.	section
spéc.	spécialement
TA	Tribunal administratif
TGI	Tribunal de grande instance
T. confl.	Tribunal des conflits
v.	voir

SOMMAIRE

Partie I./	Le droit d'être privé de liberté selon une loi dénuée d'arbitraire	99
Titre I./	Le droit à la sûreté	103
<i>Chapitre I./</i>	<i>Le droit à la sûreté objective : la légalité de la privation de liberté ..</i>	<i>105</i>
<i>Chapitre II./</i>	<i>Le droit à la sûreté subjective : Le paquet de droits généré par l'arrestation</i>	<i>191</i>
Titre II./	Le droit de ne pas subir une rigueur non nécessaire	301
<i>Chapitre I./</i>	<i>Le droit de ne pas subir une rigueur non nécessaire : l'insuffisance du filtre statique</i>	<i>309</i>
<i>Chapitre II./</i>	<i>Le droit de ne pas subir une rigueur non proportionnée : l'insuffisance du filtre dynamique</i>	<i>393</i>
Partie II./	Le droit d'être privé de liberté sous le contrôle du juge judiciaire	517
Titre I./	Les droits de recours judiciaires spéciaux en contestation du bien-fondé de la privation de liberté.....	523
<i>Chapitre I./</i>	<i>Le droit au juge de la privation de liberté : le point commun entre Habeas corpus et recours à bref délai</i>	<i>527</i>
<i>Chapitre II./</i>	<i>Le droit à un recours adapté : les divergences entre Habeas corpus et recours à bref délai</i>	<i>617</i>
Titre II./	Le droit de contester la légalité de la privation de liberté.....	709
<i>Chapitre I./</i>	<i>Le droit de contester la régularité de la privation de liberté : l'expansion du contrôle juridictionnel</i>	<i>717</i>
<i>Chapitre II./</i>	<i>Le droit de contester le bien-fondé de la privation de liberté : la stagnation du contrôle judiciaire</i>	<i>811</i>
	<i>Table des matières.....</i>	<i>989</i>

INTRODUCTION

1. **L'effet afflictif de la privation de liberté : la justification de la protection contre la détention, point de départ de l'Essai d'une théorie générale des droits de la personne privée de liberté.** La détention¹ reste une cause de privation de la liberté d'aller et venir, d'autant plus grave que celle-ci peut se prolonger : elle réalise par définition la mise en veille d'une liberté fondamentale. Au-delà, les sujétions générées par la mission de garde forment une cause générale de restriction des autres libertés fondamentales du détenu. La privation de liberté a un effet directement afflictif². Ses effets en font d'ailleurs l'outil privilégié de punition³, et elle sert de peine la plus grave de l'arsenal répressif, depuis l'abolition de la peine de mort et des sanctions corporelles. Même pour une privation de liberté plus courte en droit, la soumission de l'individu aux mains des autorités, sous le contrôle, plus ou moins éloigné selon les cas de privation de liberté, de l'autorité judiciaire⁴, génère une affliction qui reste grave, d'autant plus que la personne arrêtée est alors souvent placée sous la menace directe d'un placement en privation de liberté plus pérenne⁵, et qu'elle est exposée à un risque de mauvais traitements⁶.

2. La privation de liberté reste une mesure d'une gravité exceptionnelle, qui justifie d'accorder une protection forte au profit de la personne qui la subit, non seulement au stade du placement, mais aussi tout au long de son exécution, indifféremment du cas de

¹ Notion prise dans son sens le plus large.

² L'ancien Code pénal qualifiait d'ailleurs les peines criminelles, dont la privation de liberté, de peine « *afflictive ou infamante* ». Le droit pénal français fait de la détention la peine la plus sévère du droit français, conception désormais bien ancrée, comme le montre la réintroduction des peines minimales, destinées à réprimer avec sévérité la récidive. La Cour européenne des droits de l'Homme elle-même identifie un « *niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention* », qu'il faut dépasser pour caractériser un niveau inhumain ou dégradant [CEDH, gde ch., 26 oct. 2000, *Kudla c. Pologne*, req. n° 30210/96 : *Rec. CEDH*, 2000-XI ; *AJDA*, 2000, p. 1006, chron. J.-F. FLAUSS ; *RFDA*, 2001, p. 1250, chron. H. LABAYLE et F. SUDRE ; § 94]. V. pour l'effet sur le corps du détenu de la peine privative de liberté, D. GONIN, *La santé incarcérée*, l'Archipel, 1991, ou pour la « *sursuicidité* » en établissement pénitentiaire, les différents travaux de N. BOURGOIN, dont par exemple « Le suicide en prison : l'exemple du criminel contre un proche » ; *RSC*, 1993, p. 575 ou pour un point statistique plus récent, G. DUTHÉ, A. HAZARD, A. KENSEY ET J.-L. PAN KÉ SHON, « Suicide en prison : la France comparée à ses voisins européens » ; *Population et sociétés*, n° 462, déc. 2009. V. plus généralement sur les différentes violences causées par la détention, D. KAMINSKI, « Violence et emprisonnement » ; *D.*, 2013, p. 461.

³ Le Conseil constitutionnel reconnaît d'ailleurs la punition comme un des buts de la peine privative de liberté [Cons. const., déc. n° 93-334 DC du 20 janv. 1994 relative à la loi instituant une peine incompressible et relative au nouveau Code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale : *J. O.*, 26 janv. 1994, p. 1380 ; *RFDA const.*, 1994, p. 353, note TH. RENOUX ; *D.*, 1995, p. 340, obs. TH. RENOUX ; *ibid.*, p. 293, obs. É. OLIVA].

⁴ V. sur le contrôle en temps réel de la privation de liberté par l'autorité judiciaire, notamment après l'arrestation et jusqu'à l'*Habeas corpus*, *infra*, n° 615 et s.

⁵ Par exemple, le prononcé d'une détention provisoire peut succéder à la garde à vue, ou encore le placement en rétention administrative peut succéder à la retenue pour vérification du droit au séjour.

⁶ Ce risque est évidemment le plus élevé pour le suspect. V. pour un exemple É. SEIZELET, « La contrainte physique et l'aveu dans la procédure pénale japonaise contemporaine » ; *RSC*, 1997, p. 805.

détention, pour empêcher que l'affliction de celle-ci ne devienne insupportable, comme pour permettre à l'individu, dont la privation de liberté n'est plus justifiée, d'être libéré. En conséquence, cette protection contre la privation de liberté impose de reconnaître des droits au profit de la personne détenue, qui peuvent être rassemblés dans une théorie générale. Les sources constitutionnelles contiennent d'ailleurs quatre notions classiques et générales, qui servent à l'encadrement de la privation de liberté et constituent le socle de la protection de la personne détenue : la sûreté⁷, l'interdiction de la détention arbitraire⁸, la légalité de la privation de liberté⁹ et la consécration de l'autorité judiciaire dans le rôle de gardien de la liberté individuelle¹⁰. Leur généralité montre d'emblée que la démarche de la construction d'une *théorie générale des droits de la personne privée de liberté* n'est pas dénuée d'intérêt. En préalable de son établissement, le champ de la privation de liberté (A) et la notion des droits de la personne privée de liberté (B) doivent être déterminés pour délimiter la matière première servant à cette construction. La pertinence du recours à l'outil de la théorie générale, au regard de la délimitation de son contenu, doit également être démontrée (C). Ces préalables établis et l'intérêt de la construction justifié, l'Essai d'une théorie générale des droits de la personne privée de liberté peut être bâtie en partant des principes cardinaux de la détention (D).

A) *Le champ de la privation de liberté* (« d'une personne privée de liberté »)

3. Garde, détention, réclusion, retenue, rétention, maintien, arrestation, contrainte, internement d'office, isolement, assignation, emprisonnement... La loi utilise des termes variés pour désigner les cas qui permettent de *confisquer* la liberté d'aller et venir de l'individu, et le symbolisme n'est pas absent des choix lexicaux législatifs¹¹. Ceux-ci portent en eux évidemment des nuances, le plus souvent liées à la durée de la mesure¹²,

⁷ La notion figure dans le bloc de constitutionnalité à l'article 2 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen.

⁸ La notion figure au premier alinéa de l'article 66 de la Constitution.

⁹ La notion figure à l'article 7 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen.

¹⁰ La notion figure au second alinéa de l'article 66 de la Constitution.

¹¹ À la contrainte par « *corps* » a succédé la contrainte « *judiciaire* », à la détention « *préventive* » la détention « *provisoire* », à la libération « *provisoire* » la libération « *conditionnelle* », la référence aux « *peines afflictives et infamantes* » a disparu.

¹² Si la garde et la retenue évoquent des durées courtes, l'emprisonnement au contraire se réfère à un état qui se prolonge dans le temps.

parfois à leur nature juridique¹³, parfois à leur fonction¹⁴, quelquefois aussi à leur sévérité¹⁵. À l'inverse, la notion de privation de liberté apparaît comme la désignation générique, celle-ci se référant uniquement à l'effet provoqué, et elle est d'ailleurs utilisée dans ce sens par la Cour européenne des droits de l'Homme¹⁶ et le Conseil constitutionnel¹⁷.

4. **Le spectre des atteintes à la liberté d'aller et venir.** La privation de liberté par excellence, par nature, se situe dans l'enfermement cellulaire. Le détenu se retrouve alors contraint de demeurer dans un endroit clos, *entre quatre murs*. La personne enfermée, *dedans*, est alors le négatif de la personne libre, *dehors*. La peine privative de liberté, sous la forme de l'emprisonnement correctionnel et celles de la détention et de la réclusion criminelles, demeure l'illustration par excellence de la privation de liberté par nature. Même celle-ci connaît pourtant des degrés différents d'intensité, dans le sens d'une plus grande liberté¹⁸, comme dans le sens d'une plus grande sujétion¹⁹, montrant d'emblée que la notion de privation de liberté dépasse le strict enfermement. À l'opposé, certains mécanismes n'entraînent que de simples restrictions à la liberté d'aller et venir : dans une forme légère, ils empêchent l'individu de pénétrer dans une zone géographique déterminée, la liberté restant préservée au-delà, tandis que dans une forme plus sévère, la liberté d'aller et venir est

¹³ La rétention vise plutôt la privation de liberté administrative, tandis que la détention est plutôt utilisée pour qualifier des privations de liberté judiciaires.

¹⁴ Alors que la contrainte renvoie à l'exécution d'une obligation, l'emprisonnement renvoie à la punition.

¹⁵ Le maintien et l'assignation visent ainsi les sujétions les moins sévères, en comparaison des notions d'isolement ou de réclusion, qui évoquent plus directement la sévérité du régime de détention.

¹⁶ CEDH, plén., 6 nov. 1980, *Guzzardi c. Italie*, req. n° 7367/76 : *Rec. CEDH*, série A, n° 39. Dans cette décision fondatrice concernant la définition du champ d'application de l'article 5, la Cour européenne des droits de l'Homme le conditionne à « l'existence d'une privation de liberté en l'espèce ».

¹⁷ Cons. const., déc. n° 2011-174 QPC du 6 oct. 2011, [Mme P.] : *J. O.*, 8 oct. 2011, p. 17017 ; *Dr. admin.*, 2011, comm. n° 99, comm. C. LANTERO ; *JCP A*, 2012, n° 2040, comm. É. PÉCHILLON ; consid. n° 8 : « si l'article 66 de la Constitution exige que toute privation de liberté soit placée sous le contrôle de l'autorité judiciaire, il n'impose pas que cette dernière soit saisie préalablement à toute mesure de privation de liberté ». Le terme est tantôt utilisé pour viser le dégrèvement [Cons. const., déc. n° 2012-253 QPC du 8 juin 2012, [M. D.] : *J. O.*, 9 juin 2012, p. 9796 ; *Gaz. Pal.*, 5 juil. 2012, p. 11, comm. S. DETRAZ ; *LPA*, 25 mars 2013, p. 4, chron. V. TELLIER-CAYROL ; consid. n° 9], la détention engendrée par l'exécution des mandats d'amener ou d'arrêt [Cons. const., déc. n° 2011-133 QPC du 24 juin 2011, [M. Z.] : *J. O.*, 25 juin 2011, p. 10840 ; *AJP*, 2011, p. 602, obs. J.-B. PERRIER ; *Procédures*, n° 8, 2011, comm. n° 276, note A.-S. CHAVENT-LECLÈRE], ou encore la rétention de l'étranger en vue de son éloignement [Cons. const., déc. n° 79-109 DC du 9 janv. 1980 portant sur la loi relative à la prévention de l'immigration clandestine et portant modification de l'ord. n° 45-2658 du 2 nov. 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers et portant création de l'office national d'immigration : *J. O.*, 11 janv. 1980, p. 84].

¹⁸ Se trouvent alors concernés les différents aménagements de la peine que connaît le droit français.

¹⁹ Se trouvent alors concernés les différents régimes d'isolement pénitentiaire. Ceux-ci, qui constituent le degré d'atteinte le plus sévère à la liberté d'aller et venir, ne peuvent jamais constituer un isolement total, défini comme « l'isolement sensoriel complet combiné à un isolement social total » du détenu et interdit pour être par nature contraire à l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme [CEDH, 8 juin 1999, *Messina c. Italie*, req. n° 25498/94, déc. : *Rec. CEDH*, 1999-V. « L'isolement sensoriel complet combiné à un isolement social total peut détruire la personnalité et constitue une forme de traitement inhumain qui ne saurait se justifier par les exigences de la sécurité ou toute autre raison »].

cloisonnée dans une zone géographique limitée, la liberté se trouvant éteinte au-delà. La restriction de la liberté d'aller et venir a évidemment une parenté avec la privation de liberté, puisque les deux mesures portent atteintes à la même liberté fondamentale²⁰, et que la restriction constitue parfois une mesure permise en concurrence avec la détention, l'utilisation de cette dernière nécessitant de ramener la démonstration de l'insuffisance de la mesure moins sévère²¹. Cependant, seule la privation de liberté, d'affliction supérieure, est encadrée par les principes de l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'Homme²², ou encore ceux de l'article 66 de la Constitution²³. La détermination du champ de la privation de liberté est

²⁰ Le Conseil constitutionnel a longtemps réuni la matière en en faisant des composantes de la liberté individuelle. Il a d'abord fait de la liberté d'aller et venir un principe à valeur constitutionnelle, refusant de l'inclure dans la liberté individuelle [Cons. const., déc. du 12 juil. 1979, n° 79-107 DC portant sur la loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales : *J. O.*, 13 juil. 1979]. Les auteurs l'incluent cependant dans la liberté individuelle [v. P. WACHSMANN, « La liberté individuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel » ; *RSC*, 1988, p. 4]. Le Conseil constitutionnel s'est rallié à cette solution dans sa décision n° 93-325 DC du 13 août 1993 [*préc.*].

²¹ Le contrôle judiciaire permet par exemple la restriction de la liberté d'aller et venir. Cette démonstration constitue un élément essentiel du contrôle de la nécessité concrète de la privation de liberté [v. *infra*, n° 986 et s.].

²² Dans une démarche aujourd'hui classique, la Cour, en cas de doute, s'interroge d'abord « sur l'existence d'une privation de liberté en l'espèce », avant d'appliquer la disposition [*Guzzardi* : *préc.*]. La simple restriction à la liberté d'aller et venir est gouvernée par l'article 2 du protocole n° 4 de la Convention européenne des droits de l'Homme, dont les garanties sont plus faméliques et concernent seulement la légalité et la nécessité. Cet article est intitulé « liberté de circulation » et s'articule autour de quatre paragraphes : « 1. *Quiconque se trouve régulièrement sur le territoire d'un État a le droit d'y circuler librement et d'y choisir librement sa résidence.* 2. *Toute personne est libre de quitter n'importe quel pays, y compris le sien.* 3. *L'exercice de ces droits ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au maintien de l'ordre public, à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.* 4. *Les droits reconnus au paragraphe 1 peuvent également, dans certaines zones déterminées, faire l'objet de restrictions qui, prévues par la loi, sont justifiées par l'intérêt public dans une société démocratique* ». À titre de comparaison, l'article 5 de la Convention octroie à la personne privée de liberté des droits supplémentaires, comme par exemple le droit à l'information des raisons de l'arrestation, le droit d'introduire un recours afin de contester la légalité de sa privation de liberté ou encore le droit d'être indemnisé en cas de violation des principes consacrés par cet article.

²³ L'alinéa 1^{er} de la disposition vise clairement la détention. Quant à l'alinéa second, qui place plus largement la liberté individuelle sous le contrôle du juge judiciaire, le Conseil constitutionnel sépare désormais la restriction à la liberté d'aller et venir, pour l'incorporer dans la notion de liberté personnelle, et celle-ci n'est donc plus soumise à la compétence du juge judiciaire, mais aux règles traditionnelles de répartition des compétences [Cons. const., déc. n° 2003-467 DC du 13 mars 2003 relative à la loi pour la sécurité intérieure : *J. O.*, 19 mars 2003, p. 4789 ; *RSC*, 2003, p. 602 et p. 614, obs. V. BÜCK ; *D.*, 2004, p. 1273, obs. S. NICOT ; consid. n° 8]. Même avant ce détachement, le Conseil constitutionnel rejetait la pleine intervention du juge judiciaire en la matière, distinguant dans la liberté individuelle extinction et restriction de la liberté d'aller et venir [Cons. const., déc. n° 92-307 DC du 25 févr. 1992 relative à la loi portant modification de l'ord. n° 45-2658 du 2 nov. 1945 modifiée, relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France : *J. O.*, 12 mars 1992, p. 3003 ; *RFDA*, 1992, p. 185, comm. B. GENEVOIX ; consid. n° 13 : le Conseil constitutionnel a lui-même reconnu que le législateur « a la faculté de ne pas soumettre à des règles identiques une mesure qui prive un individu de toute liberté d'aller et venir et une décision qui a pour effet d'entraver sensiblement cette liberté »]. Désormais, le Conseil constitutionnel cite à la suite les deux alinéas lorsqu'il aborde le contrôle judiciaire de la détention, montrant ainsi que celui-ci s'applique d'abord à la détention [Cons. const., déc. n° 2011-631 DC du 9 juin 2011 portant sur la loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité : *J. O.*, 17 juin 2011, p. 10306 ; *AJDA*, 2011, p. 1174, obs. M.-C. DE MONTECLER ; *Constitutions*, 2012, p. 597, obs. V. TCHEN ; consid. n° 63].

essentielle pour permettre, en amont, la détermination des institutions particulières dont les traits généraux doivent être rassemblés, et pour définir, en aval, celles qui doivent être réglées par la théorie générale, mais n'est pas toujours évidente, notamment lorsque la mesure étudiée se situe entre la légère détention et la sévère restriction à la liberté d'aller et venir.

5. Le champ de la privation de liberté : le dépassement de l'enfermement cellulaire. Dès l'arrêt *Engel* de 1976, la Cour distinguait la privation de liberté d'aller et venir, soumise à l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme, de sa simple restriction, soumise à l'article 2 du protocole n° 4²⁴, dans une analyse *in concreto*, concernant des sanctions disciplinaires militaires d'intensités différentes²⁵. La Cour semblait alors cantonner l'application de l'article 5 à l'enfermement cellulaire permanent, même si elle justifiait en partie sa solution par le particularisme militaire²⁶. Limiter la notion de la privation de liberté au seul enfermement cellulaire ferait échapper de nombreux cas de graves sujétions de l'individu à la protection de l'article 5. Dans un souci d'extension de la protection contre la détention, la Cour européenne des droits de l'Homme a admis plus tard une vision large de la privation de liberté : la distinction entre restriction et privation de liberté tient dans « *une différence de degré ou d'intensité non de nature ou d'essence* », établie selon différents critères, comme « *le genre, la durée, les effets et les modalités d'exécution de la mesure considérée* »²⁷. Le Conseil constitutionnel, dans un raisonnement convergent, se réfère quant à lui à « *l'effet conjugué du degré de contrainte [...] et sa durée* », pour appliquer, à la mesure de contrainte, la pleine application de la protection contre la privation de liberté²⁸.

²⁴ CEDH, plén., 8 juin 1976, *Engel et autres c. Pays-Bas*, req. n° 5100/71 : *Rec. CEDH*, série A, n° 22 ; § 58 et s.

²⁵ En l'espèce, la Cour devait se prononcer sur la nature des arrêts simples, des arrêts aggravés et des arrêts de rigueur, sanctions disciplinaires du droit militaire. Les arrêts simples imposent au soldat de rester consigné en dehors de ses heures de service chez lui ou dans un bâtiment militaire. Ce dernier n'est pas enfermé et peut vaquer à ses tâches habituelles. Les arrêts aggravés imposent la consignation du soldat en dehors de ses heures de service dans un bâtiment militaire spécialement affecté à cette fin, sans être enfermé. Quant aux arrêts de rigueur, ils aboutissent à l'enfermement de jour comme de nuit dans une cellule. Le rejet des arrêts simples de la qualification de privation de liberté, parce que ces mesures ne diffèrent pas suffisamment des conditions de vie normales des militaires, est désormais acquis [CEDH, sect. II, 25 sept. 2012, *Vural et autres c. Turquie*, req. n°s 46274/11, 68632/11, 71136/11 et autres, *déc.* – CEDH, sect. II, 27 nov. 2012, *Tutuncu et Bektas c. Turquie*, req. n°s 76653/11 et 78809/11, *déc.*], sauf à ce que le droit national qualifie lui-même ces arrêts de privation de liberté [CEDH, sect. III, 2 nov. 2006, *Dacosta Silva c. Espagne*, req. n° 69966/01 : *Rec. CEDH*, 2006-XIII].

²⁶ Les autres organes de la Convention avaient pourtant développé une vision plus large de la privation de liberté, incluant dans l'article 5, par exemple, l'assignation à résidence dans un lieu isolé avec l'obligation de se présenter à la police deux fois par jour sans pouvoir parler à des personnes étrangères au village, ou encore le placement en surveillance à domicile avec restriction des communications avec l'extérieur [Rapport du Comité des ministres du Conseil de l'Europe, 5 nov. 1969, *Grecque*]. Dans les deux exemples cités, des restrictions supplémentaires s'ajoutaient à l'assignation, comme l'obligation de se présenter aux forces de l'ordre, ou l'impossibilité de communiquer avec l'extérieur.

²⁷ *Guzzardi* : *préc.* ; § 92.

²⁸ Déc. n° 92-307 DC du 25 févr. 1992 : *préc.*

6. Au regard de ces différents efforts de délimitation, la définition de la détention tient dans l'application d'une contrainte physique étatique (1), qui s'exerce avec suffisamment d'intensité, pour compromettre gravement la liberté d'aller et venir (2). L'œuvre de définition doit s'étendre aux notions d'arrestation et de détention (3).

1) L'application d'une contrainte physique étatique

7. **Une contrainte étatique.** Le droit constitutionnel et le droit européen réglementent la privation de liberté réalisée par les autorités publiques, dans l'usage des prérogatives de puissance publique, seule modalité autorisée. La privation de liberté réalisée par un particulier ou un agent public dans un intérêt privé²⁹ est en conséquence interdite, et la protection contre la détention relève alors de l'incrimination pénale d'un tel comportement, celle de droit commun de séquestration³⁰, plutôt que de celle réprimant les atteintes arbitraires à la liberté individuelle commises par l'agent public « *agissant dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ou de sa mission* »³¹. La détention arbitraire est bien celle réalisée par l'autorité qui s'affranchit de la légalité, elle reste non détachable de l'activité publique. L'arrestation commise par le particulier sera donc permise à la seule condition de démontrer l'existence d'un des faits justificatifs classiques du droit pénal.

8. **L'application horizontale de l'article 5.** La Cour européenne des droits de l'Homme a toutefois donné une dimension horizontale à l'article 5, lui conférant une efficience maximale. La Cour a balisé en cette matière trois hypothèses, qui permettent de rattacher la détention commise par le particulier à l'action de l'État et de l'intégrer sous le contrôle de l'article 5, même si le lien est parfois éloigné³². Un tel raisonnement permet

²⁹ Le fonctionnaire qui agit dans « *un intérêt privé, pour la satisfaction de [ses] passions personnelles* » commet l'infraction de séquestration de droit commun et non celle de détention arbitraire [Cass. crim., 4 déc. 1862 ; S., 1863, I, n° 51].

³⁰ Art. 224-1 CP, situé dans la partie réprimant les « *atteintes à la personne humaine* ».

³¹ Art. 432-4 CP, situé dans la partie réprimant les « *atteintes à l'autorité de l'État* ».

³² CEDH, sect. III, 16 juin 2005, *Storck c. Allemagne*, req. n° 61603/00 : *Rec. CEDH*, 2005-V ; *RSC*, 2006, p. 431, chron. F. MASSIAS. L'arrêt rappelle d'abord que l'ingérence peut être rattachée à l'État lorsque, même si celui-ci n'en a pas été à l'origine, il a participé ponctuellement à celle-ci, au point que celle-ci n'aurait pas été possible sans son concours. En l'espèce, la police avait ramené sous la contrainte la requérante après une fugue dans un établissement privé. Un tel principe avait toutefois déjà été dégagé par la Cour [v. CEDH, sect. IV, 14 oct. 1999, *Riera Blume et autres c. Espagne*, req. n° 37680/97 ou CEDH, sect. I, 7 janv. 2010, *Rantsev c. Chypre et Russie*, req. n° 25965/04 : *Rec. CEDH*]. La deuxième hypothèse de rattachement de l'ingérence privée à l'État dégagée par l'arrêt *Storck* réside dans « *un défaut d'interprétation du droit interne dans l'esprit de l'article 5* ». Si la formulation est vague, celle-ci vise les hypothèses dans lesquelles les autorités judiciaires ont manifestement manqué de protéger le requérant en prenant une décision arbitraire. En l'espèce, la Cour notait que la juridiction nationale avait refusé d'indemniser la requérante au motif qu'elle avait consenti à

d'abord de dégager des obligations positives à la charge des États, pour assurer la protection contre la séquestration privée, dans les rapports entre les individus. La question est d'autant plus cruciale pour la privation de liberté, que le traitement médical, social ou éducatif des personnes peut être assuré par un placement dans un établissement privé, parfois même en vertu d'un contrat de droit privé, ce qui en principe devrait toujours écarter l'application de la Convention. L'absence d'effet horizontal de la disposition risquerait de permettre le contournement de la liste de l'article 5 § 1^{er}, restreignant les cas de recours à la privation de liberté³³, par une sorte de *privatisation* de certains cas de détention, auxquels l'État ne peut lui-même directement recourir. À ce titre, la Grande chambre³⁴ a même pris le soin de préciser qu'elle n'excluait pas d'intégrer dans la protection de l'article 5 le placement social purement privé, même en dehors des hypothèses de rattachement établies par l'arrêt *Storck*, selon des principes qu'il lui reste à forger, pour verrouiller définitivement la liste de l'article 5 § 1^{er}.

9. Une contrainte physique : la privation de la liberté de quitter un périmètre. L'individu libre peut se déplacer comme il le souhaite, il est *en mouvement* et peut faire usage de sa liberté d'aller et venir. Cet état de liberté est garanti par la proclamation de la sûreté³⁵ et l'interdiction de la détention arbitraire³⁶. À l'inverse, la privation de liberté, qui

son hospitalisation dans une clinique privée par un contrat tacite alors pourtant que son comportement, notamment par ses tentatives de fuite, montrait l'inverse. Enfin, la troisième hypothèse de rattachement vise le cas de la violation de son obligation positive de protection de ses concitoyens contre toute atteinte à leur liberté individuelle, celle-ci l'obligeant à « *exercer une surveillance et un contrôle sur les institutions psychiatriques privées* » notamment pour « *vérifier que les internements et traitements médicaux sont justifiés* ». En l'espèce, un tel manquement était caractérisé notamment par la reconduite à la clinique de la requérante qui avait fui sans aucun contrôle.

³³ La Convention européenne des droits de l'Homme dans son article 5 fixe cinq cas de privation de liberté : « *après condamnation par un tribunal compétent* » ; « *pour insoumission à une ordonnance rendue, conformément à la loi, par un tribunal ou en vue de garantir l'exécution d'une obligation prescrite par la loi* » ; « *lorsqu'il y a des raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis une infraction ou qu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir après l'accomplissement de celle-ci* » ; d'un mineur « *pour son éducation surveillée* » ou « *le traduire devant l'autorité compétente* » ; « *d'une personne susceptible de propager une maladie contagieuse, d'un aliéné, d'un alcoolique, d'un toxicomane ou d'un vagabond* » ; « *d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours* ». Ces cas de privation de liberté sont exhaustifs. C'est ce qu'il ressort de la lecture du texte qui présente une liste fermée. La jurisprudence européenne a confirmé cette interprétation [*Engel : préc.*].

³⁴ La Cour rappelait ainsi que les principes dégagés par l'arrêt concernaient l'ingérence commise directement par l'État ou rattachée à l'État dans les hypothèses établies par l'arrêt *Stork* à la différence des placements qui « *ont lieu à l'initiative des familles qui se trouvent aussi impliquées dans la tutelle ou la curatelle et sont basés sur des contrats de droit civil conclus avec une institution sociale appropriée* », estimant que, « *dans ces cas, les restrictions à la liberté résultent d'actions de particuliers et le rôle des autorités se limite à la supervision* ».

³⁵ Art. 2 DDHC.

³⁶ Art. 66 de la Constitution.

supprime la liberté d'aller et venir, aboutit à la prise de corps de l'individu³⁷. De personne *en mouvement*, la personne se retrouve arrêtée, et toute tentative de celle-ci pour sortir de cet état autorise les autorités à la contenir dans cet état immobile, et seule la *libération* aboutit à restituer à l'individu sa liberté d'aller et venir. En conséquence, l'individu se trouve de l'arrestation à la libération sous une contrainte physique, au sens où elle l'empêche de circuler librement, obligé de rester là où les autorités le confinent, indépendamment de sa volonté : la personne, qui n'est pas « *libre de quitter* »³⁸ un périmètre désigné par les autorités, subit cette contrainte physique.

10. L'appréciation juridique de l'existence de la contrainte physique.

La plupart du temps, le placement juridique de la personne dans un régime, qui entraîne en droit la soumission de sa liberté de mouvement, suffit à établir l'existence de la contrainte physique, et la qualification de privation de liberté dépendra alors de la seule mesure de son intensité, sans démonstration supplémentaire. Cette seule appréciation juridique n'est évidemment pas suffisamment protectrice, aussi le juge national et le juge européen s'accordent le pouvoir de rechercher l'existence de la contrainte physique dans les faits, même en l'absence de placement juridique, soit que l'appréhension de l'individu ait été préalable à son placement juridique, soit que la personne se trouve dans une situation juridique qualifiée en droit d'état de liberté, en contradiction avec la situation factuelle³⁹, contrôle indispensable à l'effectivité de la protection contre la détention.

11. L'appréciation concrète de l'existence de la contrainte physique : démonstration positive et démonstration négative. La Cour européenne des droits de l'Homme, pour l'aliéné, donne une définition de la privation de liberté qui dépendrait de deux critères : « *la notion de "privation de liberté" comporte à la fois un aspect objectif, à savoir l'internement d'une personne dans un espace restreint pendant un laps de temps non*

³⁷ En matière de procédure pénale, il existait d'ailleurs l'ordonnance de prise de corps ou la contrainte par corps [cette dernière est rebaptisée désormais en contrainte judiciaire].

³⁸ CEDH, gde ch., 23 févr. 2012, *Creanga c. Roumanie*, req. n° 29226/03 : *Dr. pénal*, 2013, n° 4, chron. E. DREYER ; *Gaz. Pal.*, 15 mars 2012, p. 31, obs. C. BERLAUD ; § 99. À titre de comparaison, la Cour suprême des États-Unis impose que le suspect arrêté par la police bénéficie de l'information de ses droits [Cour suprême des États-Unis, 1966, *Miranda v. Arizona*, 384 US 436], lorsque l'individu subit une « *grave atteinte à sa liberté d'action* » [« *the prosecution may not use statements, whether exculpatory or inculpatory, stemming from questioning initiated by law enforcement officers after a person has been taken into custody or otherwise deprived of his freedom of action in any significant way* [souligné par nos soins], *unless it demonstrates the use of procedural safeguards effective to secure the Fifth Amendment's privilege against self-incrimination* »].

³⁹ Ce dernier cas concerne le plus souvent l'internement en établissement médico-légal du majeur présenté comme volontaire par l'État, qui n'a pas recouru à sa législation permettant l'internement forcé et contesté par le requérant comme un internement forcé, ou à la présence prolongée du suspect dans un poste de police, sans que les autorités n'aient recouru à la législation sur la garde à vue, qualifiée d'audition libre.

négligeable et un aspect subjectif, qui implique que la personne en cause n'ait pas valablement consenti à son internement »⁴⁰. Il serait erroné toutefois d'en tirer deux conditions cumulatives, l'existence d'une contrainte objective d'un côté et l'absence de consentement de l'autre, un tel raisonnement aboutissant implicitement à reconnaître que l'individu puisse consentir à la contrainte physique qui lui est appliquée. Or, les deux notions sont incompatibles : ou bien il y a consentement, ce qui exclut la contrainte, ou bien il y a contrainte, ce qui exclut le consentement. L'objectivité et la subjectivité ne servent pas à qualifier deux critères dont la réunion permet de caractériser la contrainte physique, mais plutôt deux raisonnements distincts et de rangs différents, qui servent à établir l'existence de la contrainte ou son absence. La démonstration prioritaire, qui sert à établir la privation de liberté, revient à rechercher objectivement l'existence de la contrainte physique (a). La démonstration supplétive, qui sert à écarter la privation de liberté, revient à rechercher subjectivement l'existence du consentement (b).

a. *La démonstration prioritaire servant à établir la privation de liberté :
la recherche objective de la contrainte physique*

12. L'application d'une contrainte *manu militari*. En matière de garde à vue, la Cour de cassation a toujours déterminé le début de la privation de liberté, à la première application de « *la contrainte* »⁴¹, indépendamment du moment du placement juridique. Il revient en conséquence au juge du fond de fixer le début de la mesure au moment où les autorités ont recouru à l'application de la force physique pour vaincre la volonté de l'individu, c'est-à-dire le moment où elles ont commis une action positive pour entraver le mouvement de la personne arrêtée, soit que le suspect ait été emmené contre sa volonté au poste de police

⁴⁰ CEDH, sect. III, 4 juin 2013, *Stelian Rosca c. Roumanie*, req. n° 5543/06 ; § 55.

⁴¹ Cass. crim., 4 mars 1998, n° 97-85.695 : *Bull. crim.*, n° 84 ; *Dr. pén.*, 1998, comm. n° 108, obs. A. MARON ; *Procédures*, 1998, comm. n° 180, obs. J. BUISSON ; *RSC*, 1998, p. 583, obs. J.-P. DINTILHAC. La solution avait été consacrée dans une espèce antérieure [Cass. crim., 10 avr. 1996, n° 94-81.728 : *inédit*] La chambre criminelle de la Cour de cassation fixait clairement à « *l'interpellation* » le début de la garde à vue et non à sa notification juridique. Dans cette espèce particulière, le siège du commissariat avait retardé la conduite au poste du suspect, si bien que la notification était intervenue cinq heures après l'arrestation. – Cass. civ. II, 15 mars 2001, 7 espèces, n°s 99-50.097, 99-50.098, 99-50.099, 99-50.100, 99-50.101, 99-50.102 et 99-50.103 : *inédits*. La fixation du point de départ du maintien en zone d'attente est soumise au même principe, celle-ci démarrant au début de la contrainte objective et non du placement juridique. – Cass. crim., 25 avr. 2001, n° 01-81.180 : *inédit* ; *Dr. pén.*, 2001, comm. n° 108, obs. A. MARON. Cette solution est également appliquée en matière de retenue douanière.

à la suite d'une interpellation sur le vif⁴², soit qu'on l'ait empêché d'en partir par le même moyen, alors que le suspect s'y était rendu librement⁴³, et ce, que l'action tienne dans le menottage, l'enfermement dans une pièce, ou encore l'usage de techniques de contention. La Cour de cassation assure le contrôle de la détermination de ce moment, non pas qu'elle empiète sur l'appréciation du fait, mais qu'elle défende strictement la définition de la notion juridique de privation de liberté⁴⁴. Ce principe protecteur est désormais bien ancré dans la jurisprudence, malgré quelques décisions jurisprudentielles contraires, qui apparaissent uniquement justifiées par l'opportunité⁴⁵. La Cour européenne des droits de l'Homme caractérise aussi logiquement l'usage de la privation de liberté en cas d'usage, par les autorités, de la contrainte *manu militari*⁴⁶.

⁴² L'exemple typique demeure dans l'arrestation de flagrance qui doit entraîner le placement en garde à vue [Cass. crim., 6 déc. 2000, n° 00-86.221 : *Bull. crim.*, 2000, n° 367]. La Cour de cassation dans son pouvoir d'appréciation du début de la contrainte déterminait que « *dès son interpellation, [le suspect] a été tenu, sous la contrainte, à la disposition des gendarmes, officiers de police judiciaire, qui l'ont privé de sa liberté d'aller et de venir* ». – Cass. crim., 6 mai 2003, n° 02-87.567 : *Bull. crim.*, n° 93 ; *Procédures*, 2003, comm. n° 178, obs. J. BUISSON.

⁴³ Cass. crim., 6 déc. 2000, n° 00-82.997 : *Bull. crim.*, n° 367 ; *Procédures*, 2001, comm. n° 69, obs. J. BUISSON. La Cour de cassation désavouait également les enquêteurs qui avaient débuté la garde à vue une fois l'audition des victimes terminées alors que la garde à vue avait déjà débuté dès lors que « *dès son arrivée au commissariat, l'intéressé a été "gardé dans les locaux", sur ordre de l'officier de police judiciaire de permanence* ».

⁴⁴ Cass. crim., 4 mars 1998, n° 97-85.695, précité. La Cour de cassation censure ainsi le juge du fond qui a mal apprécié l'existence de cette contrainte. – Cass. civ. II, 25 janv. 2001, n° 99-50.105 : *inédit*. La Cour de cassation se fonde alors sur « *l'ordonnance et des pièces de la procédure* » pour rechercher les traces de cette contrainte ou l'exclure.

⁴⁵ Dans une première affaire, la Chambre criminelle déterminait sans équivoque le début de la garde à vue au moment du placement juridique, alors pourtant que, d'après les termes mêmes de la décision, le suspect avait été interpellé une heure trente précédemment [Cass. crim., 19 mai 1999 : n° 99-81.296 : *inédit*]. La Cour de cassation a, dans une autre affaire, mené le même raisonnement en plaçant le début de la garde à vue au placement juridique, alors que la notification de leurs droits avait eu lieu entre une heure trente et deux heures après leur interpellation [Cass. crim., 29 nov. 2000, n° 00-82.777 : *inédit*]. Le retard de la notification était d'ailleurs directement lié aux conditions d'interpellation mouvementées, réalisées dans des lieux éloignés. Dans une autre affaire, avant de réaliser une perquisition au domicile du suspect, les officiers de police judiciaire avaient usé de la force afin de maîtriser le suspect [Cass. crim., 15 sept. 2004, n° 04-84.012 : *inédit* ; *Dr. pén.*, 2004, comm. n° 185, obs. A. MARON]. Celle-ci était incontestablement d'une intensité élevée, puisqu'elle avait occasionné des égratignures au visage du suspect. Mais la Cour de cassation considérait que les opérations de perquisition s'étaient ensuite déroulées sans contrainte, si bien que l'interpellation était qualifiée de simple opération de « *sécurité* ». La première chambre civile de la Cour de cassation a également rendu une décision récente qui relativise le principe [Cass. civ. I, 9 janv. 2008, n° 07-13.665 : *inédit*]. Son placement en garde à vue, ainsi que la notification de ses droits, étaient effectués une heure et vingt-cinq minutes après le contrôle d'identité qui avait entraîné son interpellation. Le juge du fond avait estimé que la notification des droits était tardive. La chambre civile estimait quant à elle que « *le placement en garde à vue et la notification des droits sont intervenus dès l'arrivée de la personne dans les services de police* ». Cette décision confondait le début de la garde à vue avec le placement juridique en garde à vue, sans tenir compte du véritable placement effectif, lors de l'application de la contrainte.

⁴⁶ *Storck* : *préc.* ; § 73 : le constat de l'usage de la force, pour empêcher l'individu de quitter un établissement sanitaire, notamment par sa contention, caractérise la privation de liberté.

13. Le défaut de contrainte *manu militari* permet d'écarter justement les simples mesures de surveillance du suspect du champ de la privation de liberté⁴⁷ et aussi de valider l'audition volontaire du suspect⁴⁸. L'appréciation de la contrainte au seul cas de sa manifestation objective apparaît toutefois insuffisante, notamment par l'absence de prise en compte de la contrainte psychologique. D'abord, l'intimidation de l'individu générée par la présence des forces de l'ordre peut effectivement influencer sa volonté intérieure, sans que celle-ci soit estimée suffisamment forte pour déclencher la protection contre la détention ou les droits de la défense⁴⁹. Ensuite, l'individu a pu légitimement se croire privé de liberté, par exemple du fait de la succession immédiate de l'audition libre à une première période de privation de liberté⁵⁰, ce que la loi autorise désormais clairement⁵¹, ou même du fait de la

⁴⁷ Cass. crim., 11 juil. 1994, n° 94-82.220 : *Bull. crim.*, n° 273 ; *D.*, 1995, p. 141, obs. J. PRADEL. Un dispositif de surveillance instauré sur commission rogatoire dans un hôpital permettant de contrôler l'identité des visiteurs du malade n'est pas une garde à vue. – Cass. crim., 13 oct. 1998, n° 98-82.522 : *Bull. crim.* p. 731 ; *Dr. pén.*, 1999, comm. n° 33, obs. A. MARON. La surveillance d'une personne hospitalisée, après la levée de sa garde à vue, ne peut être considérée comme la poursuite de la garde à vue.

⁴⁸ Cass. crim., 2 déc. 1998, n° 98-84.016 : *inédit* ; *Dr. pén.*, 1999, comm. n° 94, obs. A. MARON. Le suspect qui accepte de suivre volontairement les policiers au poste, quand bien même ceux-ci se seraient rendus au domicile du suspect pour lui demander de les suivre, ne subit pas de contrainte et peut être entendu sans recours à la garde à vue. – Cass. crim., 14 oct. 1998, n° 98-81.370 : *Bull. crim.*, n° 260 ; *Dr. pén.*, 1999, comm. n° 30, 2^e arrêt, obs. A. MARON ; *Procédures*, 1999, comm. n° 47, obs. J. BUISSON. La perquisition du domicile du suspect ne nécessite pas son placement en garde à vue dès lors que celui-ci l'accepte. – Cass. civ. II, 25 janv. 2001, n° 99-50.105 : *inédit*. L'audition réalisée sans contrainte du suspect ne nécessite pas le placement en garde à vue. – Cass. crim., 28 juin 2000, n° 99-81.688 : *Bull. crim.*, n° 251 ; *Dr. pén.*, 2001, comm. n° 25, 1^{er} arrêt, obs. A. MARON ; *Procédures*, 2001, comm. n° 16, obs. J. BUISSON ; *D.*, 2002, jur., p. 438, comm. F. LOMBARD et A. HAROUNE. Même une audition de cinq heures du suspect, qui s'est présenté volontairement au poste de police, ne suffit pas à caractériser une contrainte justifiant le placement en garde à vue, alors même que le suspect avait été placé une première fois en garde à vue la veille pour la même affaire. – Cass. crim., 10 mai 2001, n° 01.81-762 : *Bull. crim.*, n° 118. La convocation au poste de police n'est pas une mesure de contrainte. – Cass. crim., 25 oct. 2000, n° 00-84.726 : *Bull. crim.*, n° 315 ; *RSC*, 2001, p. 407, obs. D. N. COMMARET. Le mineur emmené au poste par sa mère n'a pas à être placé en garde à vue, la contrainte émanant alors de l'autorité parentale et non des forces de l'ordre. Cette dernière solution est à rapprocher d'une décision de la Cour européenne des droits de l'Homme [CEDH, plén., 28 nov. 1988, *Nielsen c. Danemark*, req. n° 10929/84 : *Rec. CEDH*, série A, n° 144]. Celle-ci a estimé que ne relevait pas de l'article 5 l'internement d'un mineur placé en hôpital psychiatrique par sa mère qui avait l'autorité parentale. – Cass. crim., 26 nov. 2003, n° 03-81.442 : *inédit* ; *Dr. pén.*, 2004, comm. n° 57, 1^{er} arrêt, obs. A. MARON. L'audition postérieure au dégrisement ne nécessite pas non plus le placement en garde à vue dès lors qu'elle est réalisée sans contrainte. – Cass. crim., 16 déc. 2003, n° 03-84.746 : *inédit* ; *Droit pénal*, 2004, comm. n° 57, 2^e arrêt, obs. A. MARON. La Cour de cassation admet également qu'une personne soit entendue suite à une vérification d'identité sans devoir la placer en garde à vue s'il n'y a pas contrainte. – Cass. crim., 6 févr. 2002, n° 01-87.991 : *Bull. crim.*, n° 26 ; *Dr. pén.*, 2002, comm. n° 90, obs. A. MARON. Si une personne déjà placée sous mandat de dépôt ne s'oppose pas à son extraction de la maison d'arrêt, ni aux perquisitions et aux auditions, le suspect ne subit « aucune contrainte autre que celle inhérente au mandat de dépôt dont il faisait l'objet » et n'a donc pas à être placé en garde à vue.

⁴⁹ Cass. crim., 4 mars 1998, n° 97-85.695 : *Bull. crim.*, n° 84 ; *Dr. pén.*, 1998, comm. n° 108, obs. A. MARON ; *Procédures*, 1998, comm. n° 180, obs. J. BUISSON ; *RSC*, 1998, p. 583, obs. J.-P. DINTILHAC. En faveur de la prise en compte de la contrainte psychologique dans le placement en garde à vue, voir le commentaire de l'arrêt *Plomion* précité de J. BUISSON [*Procédures*, 1999, comm. n° 138] ou J. BUISSON, « Le placement en garde à vue » ; *RSC*, 2001, p. 671.

⁵⁰ Pour une audition après une mesure de dégrisement, v. Cass. crim., 26 nov. 2003, n° 03-81.442 : *inédit* ; *Dr. pén.*, 2004, comm. n° 57, 1^{er} arrêt, obs. A. MARON. Pour une audition après une mesure de vérification

réalisation d'un acte d'enquête⁵², et sa participation à l'enquête peut alors résulter de sa croyance erronée, plutôt que de sa réelle volonté libre et éclairée.

14. La formalisation factuelle de l'interdiction de quitter un périmètre.

Limiter la démonstration objective de la contrainte à l'application d'une contrainte *manu militari* exclurait aussi de la protection contre la privation de liberté, la situation dans laquelle l'individu s'est vu notifier l'ordre de ne pas quitter un périmètre, sans pour autant subir de contrainte *manu militari*, ni avoir fait l'objet d'un placement juridique en détention, hypothèse que l'on retrouve parfois dans le placement de l'individu dans une structure médico-sociale, qualifiée en droit interne de volontaire ou libre. Toutefois, la Cour européenne des droits de l'Homme conclut à l'existence de la contrainte lorsque, dans les faits, l'interdiction de quitter le périmètre, qui pèse sur l'individu, a été formalisée par les autorités et se traduit par son obligation d'obtenir, à chaque fois qu'il souhaite s'absenter du périmètre, la permission de celles-ci⁵³. Un critère déterminant revient alors à rechercher si le départ impromptu de l'individu du périmètre a pour conséquence d'entraîner sa recherche par les forces de l'ordre, destinée à le remettre sous la contrainte à l'établissement dont il s'est échappé, la

d'identité, v. Cass. crim., 16 déc. 2003, n° 03-84.746 : *inédit* ; *Dr. pén.*, 2004, comm. n° 57, 2^e arrêt, obs. A. MARON. Pour une critique de ces solutions, v. les observations d'Albert Maron précitées. L'auteur estime que la « *présomption* » de consentement devrait tomber lorsque la personne a été menée « *manu militari* » au poste de police.

⁵¹ La réforme de la garde à vue [loi n° 2011-392 du 14 avr. 2011 relative à la garde à vue : *J. O.*, 15 avr. 2011, p. 6610 ; *JCP*, 2011, n° 542, comm. H. MATSOPOULOU ; *ibid.*, 2011, n° 665, comm. J. PRADEL ; *D.*, 2011, p. 1570, comm. G. ROUJOU DE BOUBÉE ; *ibid.*, p. 1699, comm. J. ALIX ; *Dr. pén.*, 2011, chron. n° 7, comm. V. LESCLOUS ; *Gaz. Pal.*, 8 nov. 2011, note L. BRUNEAU ; *Gaz. Pal.*, 30 juil. 2013, p. 4, comm. D. ROETS et V. TELLIER-CAYROL] a consacré l'audition libre en autorisant même son recours immédiatement après une détention, par exemple après le dégrisement [v. le nouvel art. L. 3341-2 CSP] ou après les détentions pour dépistage du conducteur d'un véhicule [v. les nouv. art. L. 234-18 et L. 235-5 du Code de la route]. En revanche, la loi a imposé l'usage de la garde à vue à la suite de l'arrestation en flagrance prévue par l'article 73 du Code de procédure pénale, lorsque celle-ci a été réalisée par la force publique [l'audition libre est donc *a contrario* permise en cas d'arrestation pour un tiers]. La contrainte employée est alors apparue au législateur trop importante pour ne pas forcément déclencher le statut protecteur de la garde à vue.

⁵² V. par exemple pour le rejet de la qualification de privation de liberté concernant la présence de l'individu durant la fouille de son véhicule pendant une heure, au motif qu'il n'a pas subi de « *mesures coercitives* », Cass. crim., 23 avr. 2013, n° 13-80.639 : *inédit*.

⁵³ CEDH, gde ch., 17 janv. 2012, *Stanev c. Bulgarie*, req. n° 36760/06 : *Rec. CEDH*, 2012 ; *RDSS*, 2012, p. 863, note K. LUCAS ; *JDI*, 2013, chron. n° 8, obs. X. AUREY. La Cour constatait que l'individu ne pouvait sortir de l'établissement de soins que sur autorisation discrétionnaire des autorités qui retenaient durant cette période ses papiers d'identité. – CEDH, sect. II, 14 févr. 2012, *D. D. c. Lituanie*, req. n° 13469/06, en angl. ; § 143 et s. – CEDH, sect. IV, 29 nov. 2011, *A. et autres c. Bulgarie*, req. n° 51776/08. La même appréciation portait cette fois sur le placement du mineur dans un centre éducatif, mesure volontaire au sens de la législation. – CEDH, sect. I, 14 nov. 2013, *Blokhin c. Russie*, req. n° 47152/06, en angl. ; § 107. La Cour remarquait d'autre part que le détenu pouvait être soumis à des fouilles, qu'il subissait un régime disciplinaire strict, un poste de garde à l'entrée et un système d'alarme pour empêcher les évasions.

concrétisation d'une telle circonstance étant de nature à établir la contrainte *manu militari*⁵⁴. En établissement sanitaire, il suffit en conséquence d'établir que le requérant subit « *un contrôle complet et effectif sur les soins et [ses] déplacements* »⁵⁵ pour établir la contrainte objective. Cette contrainte objective, constatée sans que l'individu n'ait subi de contrainte *manu militari*, non pas qu'il accepte la limitation de sa liberté d'aller et venir, mais qu'il renonce à s'enfuir, parce qu'alors les autorités pourraient user de la force, possibilité qui suffit à le forcer à respecter son obligation de ne pas quitter la zone, se distingue cependant de la contrainte psychologique, puisque l'obligation a cette fois été posée sans ambiguïté par les autorités. La caractérisation objective de la contrainte physique, par l'application d'une contrainte *manu militari* ou par la formalisation factuelle de l'interdiction de quitter un périmètre, suffit à écarter l'existence du consentement. La recherche subjective n'apparaît décisive qu'en cas de défaut de constat de contrainte objective, pour définitivement écarter la qualification, malgré l'apparence de la détention.

b. *La démonstration supplétive servant à écarter la privation de liberté :
la recherche subjective de l'existence du consentement*

15. Consentement et détention. Le consentement, antinomique de la notion de la privation de liberté, neutralise par définition l'existence de la contrainte. L'appréciation juridique de la contrainte aboutit à l'établir par une présomption irréfragable, sans qu'il soit nécessaire de rechercher l'absence de consentement. Cette conception revient à refuser d'admettre que l'individu puisse renoncer à la privation de sa liberté d'aller et venir, ce que la Cour européenne des droits de l'Homme reconnaît⁵⁶. Dans l'appréciation concrète, la recherche du consentement apparaît le plus souvent comme le négatif de la recherche

⁵⁴ *Stanev*, gde ch. : *préc.* La Cour distingue alors la recherche légitime des forces de l'ordre pour s'assurer que l'individu, souvent un majeur incapable n'est pas en danger, de celle qui vise le réinternement et caractérise la détention, par l'étude ou non par les autorités de la volonté de l'individu lors de sa réadmission.

⁵⁵ CEDH, 5 oct. 2004, *H. L. c. Royaume-Uni*, req. n° 45508/99 : *Rec. CEDH*, 2004-IX ; § 91. – CEDH, sect. II, 31 mai 2005, *Yasin Ates c. Turquie*, req. n° 30949/96, en angl. – Cass. civ. I, 29 mai 2013, n° 12-21.194 : à paraître au *Bulletin* ; *LPA*, 11 juil. 2013, p. 15, comm. F. VIALLA. La Cour de cassation rappelait que la personne en hospitalisation psychiatrique libre conservait sa liberté d'aller et venir par principe, si bien qu'« *il ne peut être porté atteinte à cette liberté de manière contraignante par voie de "protocolarisation" des règles de sortie de l'établissement* ». Cette solution, proche de la Cour européenne des droits de l'Homme, montre que celle-ci peut avoir une incidence sur la qualification de privation de liberté en droit interne.

⁵⁶ CEDH, sect. IV, 27 nov. 2007, *David c. Moldavie*, req. n° 41578/05, en angl. ; § 35. – CEDH, sect. I, 9 juin 2005, *I. I. c. Bulgarie*, req. n° 44082/98, en angl., § 86 : « *the right to liberty is too important for a person for him or her to lose the benefit of the protection of Article 5 for the single reason that he or she gave himself or herself up to be taken into detention* ».

objective de la contrainte physique : l'existence de la contrainte *manu militari* suffit à démontrer l'absence de consentement et l'existence de la détention. À l'inverse, l'absence de contrainte *manu militari* a longtemps suffi à démontrer le consentement et l'absence de détention. Seule l'expression éventuelle de la volonté de l'individu de s'affranchir de la présence des autorités était de nature à prouver l'existence de la contrainte physique malgré l'absence de contrainte *manu militari*, sans non plus que cet élément soit certain, puisque la Cour a surtout utilisé l'absence de son expression pour conforter son raisonnement excluant l'existence d'une privation de liberté⁵⁷.

16. L'attribution de la charge de la preuve du consentement aux autorités.

La Cour européenne des droits de l'Homme a toutefois enrichi cette recherche en posant le principe d'une preuve simplifiée de l'existence de la privation de liberté à la charge du requérant, lorsque l'individu se trouve en apparence sous la soumission des autorités⁵⁸, principe découvert dans l'hypothèse du suspect resté plusieurs heures au poste de police pour les nécessités de l'enquête : la démonstration de l'apparence suffit à emporter la preuve de la contrainte physique malgré l'absence de contrainte objective, sauf à ce que l'État ramène la preuve ferme de la possibilité pour l'individu de quitter librement le lieu placé sous le contrôle des autorités, possibilité établissant définitivement sa participation volontaire à l'enquête⁵⁹. Un tel raisonnement revient à confier la charge de la preuve du consentement aux autorités, celui-ci ne pouvant plus simplement se déduire de l'absence de contrainte objective et aboutit, au moins pour le suspect, à neutraliser l'effet de la contrainte psychologique. Le droit français tend à intégrer cette vision pour l'audition libre, en imposant l'information du suspect de sa possibilité de pouvoir y mettre un terme à tout moment en quittant les locaux de police, ce qui correspond à la notification préalable de l'état de liberté. Cette information,

⁵⁷ La Cour européenne des droits de l'Homme a surtout tenu compte de cet élément pour déduire de son absence l'absence de détention. – Comm.EDH, 10 avr. 1995, *Guenat c. Suisse*, req. n° 24722/94. En l'espèce, l'individu était resté trois heures au commissariat, temps durant lequel il pouvait se déplacer librement dans les locaux, le temps de rassembler des éléments sur son état mental. – Comm.EDH, 15 mai 1996, *E. G. c. Autriche*, req. n° 22715/93, en angl. En l'espèce, la Commission devait se prononcer sur la nature de la présence de l'individu à une audience devant un tribunal.

⁵⁸ *Creanga*, gde ch. : préc. La Cour établissait ainsi que « *des indices prima facie concordants de nature à démontrer qu'il se trouvait bien sous le contrôle exclusif des autorités le jour des faits, à savoir qu'il a été convoqué officiellement par les autorités et est entré dans un lieu sous leur contrôle* » suffisait à établir la privation de liberté [*ibidem*, § 90]. – V. pour les prémices de cette présomption, *I. I. c. Bulgarie* : préc.

⁵⁹ Tel est le cas lorsque le suspect a pu librement participer, par une communication téléphonique tenue en direct depuis le commissariat, à un journal télévisé [CEDH, sect. II, 13 mai 2008, *Olcer c. Turquie*, req. n° 70015/01, *déc.*].

développée uniquement par la loi en cas de période de détention précédente⁶⁰, a été étendue par le Conseil constitutionnel pour le suspect sans condition⁶¹.

17. La privation de liberté prise dans l'intérêt de la personne détenue : le renversement de l'ordre des démonstrations. Si l'attribution de la charge de la preuve du consentement aux autorités est évidemment protectrice de la liberté individuelle, elle n'a pas été consacrée pour tous les cas de privation de liberté, montrant la difficulté pour la Cour à défendre une vision unique de la privation de liberté. En matière d'internement de l'aliéné qualifié en droit interne de libre ou volontaire, en l'absence d'utilisation du cadre juridique national permettant l'internement forcé⁶², la Cour a reconnu que le consentement implicite de l'aliéné, constitué par le défaut d'expression de son opposition à son placement, ou même celui explicite de son représentant légal⁶³, permettait d'exclure la notion de privation de liberté, sans recherche préalable de l'absence de contrainte objective⁶⁴, ou même malgré le constat de l'existence de la contrainte objective⁶⁵. Un tel renversement, faisant de la recherche du consentement la démonstration prioritaire, sans même exiger en contrepartie sa preuve forte, et reléguant la démonstration de la contrainte objective au rang supplétif, revient à faciliter l'usage de la contrainte tout en excluant artificiellement l'application de l'article 5, pour des cas de privation de liberté visant d'abord à protéger les intérêts de la personne détenue, position que l'on retrouve même dans la jurisprudence constitutionnelle⁶⁶.

⁶⁰ La personne subissant l'audition libre doit être « *informée qu'elle peut à tout moment quitter les locaux de police ou de gendarmerie* » [art. 73 CPP, art. L. 3341-2 CSP et art. L. 234-18 et L. 235-5 du Code de la route].

⁶¹ Cons. const., déc. n° 2011-191/194/195/196/197 QPC du 18 nov. 2011, [Mme A.] : *J. O.*, 19 nov. 2011, p. 19480 ; *D.*, 2011, p. 3034, comm. H. MATSOPOULOU ; *Dr. pén.*, 2012, ét. n° 4, comm. J. LEROY ; *JCP*, 2011, n° 452, note J. PRADEL ; *Gaz. Pal.*, 22 nov. 2011, comm. O. BACHELET ; *Gaz. Pal.*, 7 juil. 2011, p. 12, comm. G. STRAEHLI ; *Gaz. Pal.*, 3 mai 2011, p. 12, obs. D. MARAIS ; *LPA*, 4 juin 2012, p. 8, chron. V. TELLIER-CAYROL. Au sujet de l'audition libre du témoin permise dans le cadre de l'enquête de flagrance sur le fondement de l'article 62 du Code de procédure pénale, le Conseil constitutionnel affirmait que « *le respect des droits de la défense exige qu'une personne à l'encontre de laquelle il apparaît, avant son audition ou au cours de celle-ci, qu'il existe des raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction pour laquelle elle pourrait être placée en garde à vue, ne puisse être entendue ou continuer à être entendue librement par les enquêteurs que si elle a été informée de la nature et de la date de l'infraction qu'on la soupçonne d'avoir commise et de son droit de quitter à tout moment les locaux de police ou de gendarmerie* ».

⁶² Auquel cas la détention serait caractérisée par la seule analyse juridique.

⁶³ V. pour une position similaire de la Cour européenne des droits de l'Homme concernant le placement du mineur dans un établissement éducatif et réalisé avec l'accord de sa mère, écarté notamment pour ce motif du champ de la privation de liberté, *Nielsen* : *préc.*

⁶⁴ *Stanev*, gde ch. : *préc.*

⁶⁵ CEDH, sect. III, 19 juin 2012, *Cristian Teodorescu c. Roumanie*, req. n° 22883/05. La Cour étudiait malgré tout l'existence du consentement, alors que la contrainte objective était claire : la Cour notait en effet que le requérant « *a été enfermé dans une pièce avec des fenêtres grillagées et s'est vu administrer des sédatifs contre sa volonté* » [§ 56]. Si en l'espèce, elle concluait à l'existence d'une privation de liberté, son raisonnement ambigu était de nature à laisser penser que l'aliéné pouvait renoncer à sa liberté d'aller et venir.

⁶⁶ Cons. const., déc. n° 2002-461 DC du 29 août 2002 relative à la loi d'orientation et de programmation pour la justice : *J. O.*, 10 sept. 2002, p. 14953 ; *RSC*, 2003, p. 606 et p. 612, comm. V. BÜCK ; *D.*, 2003, p. 1127,

18. Le développement de la méthode du faisceau d'indices par la Cour européenne des droits de l'Homme. La Cour européenne des droits de l'Homme dépasse désormais ces deux démonstrations classiques et aboutit à caractériser l'existence d'une privation de liberté, sans preuve objective de l'application d'une contrainte physique⁶⁷, ni preuve subjective de l'absence de consentement. Celle-ci utilise alors un raisonnement *in concreto*, rassemblant un faisceau d'indices d'éléments de toutes natures : elle tient compte ainsi du déroulement des opérations des autorités et de son résultat⁶⁸, de l'intention des forces de l'ordre⁶⁹, de l'existence d'une éventuelle contrainte psychologique⁷⁰, ou encore du sentiment des témoins⁷¹. Cette dernière démarche, à l'image de l'attribution de la charge de la preuve du consentement aux autorités, revient à élargir le champ de la détention, même sans existence de titre juridique de placement en détention et au-delà, même sans application de la contrainte *manu militari*.

19. Les gains de l'appréciation concrète de la contrainte. En recherchant l'existence de la contrainte dans les faits malgré l'absence de placement juridique, la Cour européenne des droits de l'Homme limite évidemment la marge d'appréciation des États et refuse d'être liée par les qualifications nationales, pour empêcher le détournement de la liste fermée de l'article 5 § 1^{er}. En adoptant la même solution, le juge national assure non seulement un contrôle ferme de la célérité des droits de la personne générés par le début de la privation de liberté, mais aussi le strict respect du délai de traduction devant le juge judiciaire, qui sera nécessaire à la prolongation de la détention, en situant le début de la détention au

obs. L. DOMINGO et S. NICOT ; consid. n° 54. Ainsi le Conseil constitutionnel écartait par exemple le placement en centre éducatif fermé de la notion de privation de liberté, en s'en remettant principalement aux travaux législatifs, pour déterminer que la dénomination de la mesure faisait référence d'abord à la possibilité de placer le mineur en détention provisoire en cas de violation des obligations imposées par le placement.

⁶⁷ CEDH, sect. IV, 23 juil. 2013, *M. A. c. Chypre*, req. n° 41872/10, en angl. La Cour rappelait que l'absence d'utilisation de menottes, de placement en cellule, ni d'utilisation de tout autre moyen de contention, ne suffisait pas à écarter la qualification de détention [§ 192].

⁶⁸ *M. A. c. Chypre : préc.* La Cour tenait ainsi compte de l'ampleur des opérations, puis d'un tri opéré entre les personnes conduites au commissariat, seule une catégorie particulière ayant pu le quitter rapidement. – CEDH, sect. II, 11 déc. 2012, *Venskute c. Lituanie*, req. n° 10645/08, en angl. ; § 71 et s. La Cour tenait compte de la rapidité de l'intervention entre l'arrivée des forces de l'ordre sur le lieu d'une arrestation et leur départ en compagnie du requérant.

⁶⁹ *Creanga*, gde ch. : *préc.* La Cour se référait aux consignes données aux forces de l'ordre, qui visaient « l'arrestation » des individus et au résultat des opérations [§ 187 et s.].

⁷⁰ *Creanga*, gde ch. : *préc.* La Cour notait que les suspects, membres des forces militaires, étaient soumis à une discipline importante de nature à leur faire penser que l'ordre de se présenter au commissariat devait être impérativement satisfait. – *Venskute* : précité ; § 73. Selon la Cour, pour trancher l'application de l'article 5, il convenait de déterminer si le requérant avait suivi de son propre chef les autorités, ou s'il y avait été contraint par une contrainte mentale [« *as a result of mental coercion by the officers* »]. – CEDH, sect. V, 3 juil. 2008, *Kroushev c. Bulgarie*, req. n° 66535/01. Le défaut de qualité de la loi, qui laisse un doute sur l'état de liberté ou de détention de l'individu, milite pour conclure à l'existence d'une privation de liberté.

⁷¹ *Venskute* : *préc.* ; § 73.

début de la contrainte factuelle, plutôt qu'au placement juridique. L'existence de la contrainte physique, qu'elle soit établie juridiquement, ou plus concrètement en fonction des raisonnements objectif et subjectif, ne suffit pas à déclencher la protection contre la privation de liberté, encore doit-elle s'exercer avec suffisamment d'intensité.

2) Une contrainte physique qui s'exerce avec suffisamment d'intensité pour compromettre gravement la liberté d'aller et venir d'une personne

20. Sévérité du confinement et durée. La distinction entre privation et restriction de la liberté d'aller et venir, mesures caractérisées par l'existence d'une contrainte physique, est « *une différence de degré ou d'intensité non de nature ou d'essence* », identifiée selon « *le genre, la durée, les effets et les modalités d'exécution de la mesure considérée* »⁷². Les critères principaux servant à la distinction tiennent dans la sévérité du confinement et sa durée. Ils servent d'abord à exclure de la notion de privation de liberté la contrainte physique sévère de courte durée (a) et à inclure dans la notion le confinement modéré de longue durée (b).

a. L'exclusion de la contrainte physique sévère de courte durée

21. L'exclusion de l'arrestation de quelques minutes. Le concours de la force publique est permis pour exécution des décisions administratives⁷³, exécution des décisions juridictionnelles⁷⁴, ou encore pour assurer l'ordre public, par exemple pour dissiper un

⁷² Guzzardi : préc. ; § 92.

⁷³ L'exécution forcée est possible lorsque la loi l'autorise, en cas d'urgence ou encore en cas de défaut d'existence d'une voie de droit pour sanctionner le comportement de l'administré qui se refuse à l'exécuter [T. confl., 2 déc. 1902, *Société immobilière de Saint-Just*, n° 00543 : *Rec. CE*, p. 713].

⁷⁴ Le bloc de constitutionnalité lui-même organise le recours à la force. L'article 13 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen prévoit une contribution commune pour le financement de la force publique. L'article 12 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen prévoit lui-même que « *la garantie des droits de l'Homme et du Citoyen nécessite une force publique* ». Le Conseil constitutionnel en a fixé le régime général [Cons. const., déc. n° 98-403 DC du 29 juil. 1998 portant sur la loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions : *J. O.*, 31 juil. 1998, p. 11710 ; consid. n° 46 : « *considérant que toute décision de justice a force exécutoire ; qu'ainsi, tout jugement peut donner lieu à une exécution forcée, la force publique devant, si elle y est requise, prêter main-forte à cette exécution ; qu'une telle règle est le corollaire du principe de la séparation des pouvoirs énoncé à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ; que si, dans des circonstances exceptionnelles tenant à la sauvegarde de l'ordre public, l'autorité administrative peut, sans porter atteinte au principe sus-évoqué, ne pas prêter son concours à l'exécution d'une décision juridictionnelle, le législateur ne saurait subordonner l'octroi de ce concours à l'accomplissement d'une diligence administrative.* »]. Le refus fautif de l'administration d'accorder ce concours engage la responsabilité de l'État

atroupement⁷⁵. Dans ces trois hypothèses, le concours de la force publique autorise l'application de la contrainte *manu militari* sur la personne afin d'assurer son déplacement, ce qui correspond, durant ce court instant au moins, à une arrestation. Ces mesures n'ont pourtant jamais été intégrées dans le domaine de la privation de liberté⁷⁶, sans doute en raison de leur très courte durée. De la même manière, si la détention pour exécution d'une obligation de police judiciaire ou de police administrative est permise par la Convention européenne des droits de l'Homme⁷⁷, l'arrestation de quelques minutes réalisée à cette fin est aussi écartée du domaine de la privation de liberté par le Conseil constitutionnel⁷⁸. La Cour européenne des droits de l'Homme a toutefois rappelé plus justement que l'arrestation dépassant quelques dizaines de minutes doit être incluse dans la champ de la privation de liberté, confortant une

[CE 30 nov. 1923, *Couitéas* : *Rec. CE*, p. 789]. Plus largement, le concours de la force publique fait partie du droit au procès équitable par son pendant s'intéressant à l'exécution des décisions de justice [v. par exemple CEDH, sect. II, 11 janv. 2001, *Lunari c. Italie*, req. n° 21463/93].

⁷⁵ Voir J. MILLET ET É. HABASQUE, « Le régime juridique de la dispersion des atroupements au lendemain du décret relatif à l'emploi de la force pour le maintien de l'ordre public » ; *JCP A*, 2011, n° 2317.

⁷⁶ V. par exemple pour le contrôle des opérations d'expulsion des « *sans-papiers* » de l'église Saint-Bernard réalisée uniquement sur le fondement de l'atteinte à la liberté de réunion, CEDH, sect. III, 16 janv. 2001, *Cissé c. France*, req. n° 51346/99, *déc.* Voir R. VANDERMEEREN, « Les occupations d'églises : petite histoire et problématique juridique » ; *AJDA*, 2003, p. 427. Seule la voie de fait apparaît alors de nature à entraîner la compétence judiciaire de la légalité du recours à la force publique [v. pour l'exemple de l'expulsion d'une église, TGI Paris, 2 avr. 1996 ; *Gaz. Pal.*, 1996, p. 317, note S. PETIT].

⁷⁷ De manière générale [art. 5 § 1^{er}-b) CEDH] ou spéciale pour la garde à vue du suspect [art. 5 § 1^{er}-c) CEDH] et pour la détention de l'étranger [art. 5 § 1^{er}-f) CEDH].

⁷⁸ Dans sa décision sur la loi *Sécurité et liberté*, alors que les auteurs de la saisine contestaient autant le contrôle que la vérification d'identité au regard de leur atteinte à la liberté individuelle, le Conseil constitutionnel validait le contrôle d'identité en notant « *que la gêne que l'application des dispositions de l'alinéa 1^{er} précité peut apporter à la liberté d'aller et de venir n'est pas excessive* » [Cons. const., *déc.* n° 80-127 DC des 19 et 20 janv. 1981 relative à la loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes : *J. O.*, 22 janv. 1981, p. 308 ; *consid.* n° 56]. Quant à la Cour de cassation, elle évoquait « *une restriction temporaire des droits individuels de celui qui en était l'objet* », sur le fondement de l'article 66 de la Constitution et de l'article 136 du Code de procédure pénale, pour s'approprier son contrôle juridictionnel, ce qui semblait exclure la qualification de privation de liberté [Cass. crim., 25 avr. 1985, *Bogdan et Vuckovic*, n^{os} 84-92.916 et 85-91.324 : *Bull. crim.*, n° 159 ; *JCP*, 1985, II, n° 20465, *concl.* H. DONTENWILLE ; *ibid.*, *comm.* W. JEANDIDIER]. Plus nettement, pour le pouvoir des agents de police judiciaire ferroviaires de retenir le contrevenant ne pouvant justifier de son identité, pendant le temps nécessaire à l'information de l'officier de police judiciaire et à sa décision sur une éventuelle vérification d'identité, le Conseil constitutionnel a estimé que la mesure ne porte atteinte « *ni à la liberté individuelle [...], ni à la liberté d'aller et venir* » [Cons. const., *déc.* n° 2011-625 DC du 10 mars 2011 relative à la loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure : *J. O.*, 15 mars 2011, p. 4630 ; *consid.* n° 47]. La mise à l'écart de la qualification de détention ressortait alors de sa courte durée, puisque, la mesure qualifiée clairement par le Conseil de retenue, revenait à permettre l'arrestation du contrevenant. En revanche, la jurisprudence judiciaire qualifie de privation de liberté la détention réalisée pour exécution d'un acte d'enquête dès que celle-ci dépasse l'heure [v. par exemple pour une détention de quatre heures justifiée pour réaliser un dépistage de l'état alcoolique du conducteur, Cass. crim., 24 janv. 2007, n° 06-81.901 : *inédit*, ou encore pour une détention de trois heures servant au dépistage de produits stupéfiants transportés *in corpore*, Cass. crim., 30 juin 1999, n° 98-86.791 : *Bull. crim.*, n° 169 ; *Dr. pén.*, 2000, *comm.* n° 11, *obs.* A. Maron ; *RSC*, 1999, p. 843, *obs.* D. N. Commaret]. La Commission européenne des droits de l'Homme avait elle-même forgé une jurisprudence écartant du champ de l'article 5 la très courte détention servant l'exécution d'une obligation [Comm.EDH, 6 juil. 1981, *Hojemeister c. RFA*, req. n° 9179/80. – Comm.EDH, 19 mars 1981, *X. c. RFA*, req. n° 8819/79 : *D. R.*, n° 24, p. 158 : en l'espèce, il s'agissait d'une audition de deux heures].

vision large de la détention⁷⁹. Une privation de liberté de plusieurs heures figure en tout cas de manière évidente dans le champ de la privation de liberté⁸⁰. Si l'encadrement de la restriction à la liberté d'aller et venir pourrait apparaître suffisant pour défendre les droits de la personne arrêtée pendant quelques minutes seulement⁸¹, le contrôle judiciaire en cours d'exécution étant inutile⁸², la solution entraîne cependant la mise à l'écart de l'obligation d'informer l'individu des motifs de l'arrestation, imposée par l'article 5 § 2 de la Convention, qui pourrait pourtant être bienvenue, d'autant plus qu'elle pourrait être donnée dans une forme orale⁸³, sans allonger la durée de la détention⁸⁴.

22. L'exclusion de l'arrestation collective de quelques heures, nécessaire à la protection de l'ordre public. La grande chambre de la Cour européenne des droits de l'Homme⁸⁵ a récemment admis que des détentions de 6 à 7 heures⁸⁶ des membres d'une foule

⁷⁹ CEDH, sect. IV, 12 janv. 2010, *Gillan et Quinton c. Royaume-Uni*, req. n° 4158/05, en angl. ; *RFDA*, 2011, p. 987, chron. H. LABAYLE et F. SUDRE. En l'espèce, la Cour européenne étudiait la conventionnalité d'un mécanisme d'arrestation le temps de réaliser une fouille en matière de lutte contre le terrorisme. Si la Cour sanctionnait le mécanisme sur le fondement de l'article 8 en raison du pouvoir arbitraire laissé par la disposition aux forces de l'ordre, la Cour européenne jugeait inutile de se prononcer sur la conventionnalité du mécanisme sur le fondement de l'article 5, montrant un désintérêt pour la matière, même si elle se prononçait pour la qualification de privation de liberté, dans ce qui apparaît comme une digression non nécessaire à sa solution [*ibid.*, § 56]. La détention de quarante-cinq minutes d'un militant des droits de l'Homme a été également contrôlée sous le visa de l'article 5 et écartée, du fait de l'impossibilité de la rattacher à l'un des cas de la liste [CEDH, sect. I, 21 juin 2011, *Shimovolos c. Russie*, req. n° 30194/09, en angl.]. La Cour a même contrôlé sous le visa de l'article 5 une détention de huit minutes, prises pour écarter une personne d'un lieu de manifestation, écartant celle-ci au motif qu'elle n'était pas prévue dans la liste de l'article 5 [CEDH, sect. III, 24 janv. 2012, *Brega et autres c. Moldavie*, req. n° 61485/08, en angl.].

⁸⁰ CEDH, sect. IV, 24 juin 2008, *Foka c. Turquie*, req. n° 28940/95. La détention de plusieurs heures avait servi à une fouille.

⁸¹ Le régime protecteur de la liberté d'aller et venir, en imposant la légalité de l'atteinte, et le contrôle *a posteriori* de sa nécessité, apparaît suffisant.

⁸² Son contrôle sera opéré *a posteriori*.

⁸³ Il est à noter cependant que la Cour européenne des droits de l'Homme laisse une certaine marge d'appréciation aux autorités pour donner l'information, dépassant quelques minutes [v. *infra*, n° 264].

⁸⁴ Concernant les infractions d'arrestations, de détentions et de séquestrations, commises « *sans ordre des autorités constituées et hors les cas où la loi ordonne de saisir des prévenus* », [art. 341 de l'anc. CP], la Chambre criminelle a estimé pour la détention comme la séquestration, que l'infraction était consommée même lorsqu'elle ne durait que « *quelques instants* » [v. Cass. crim., 12 oct. 1977, n° 77-91.233 : *Bull. crim.*, n° 302 et Cass. crim., 4 juin 1982, n° 82-91.498 : *Bull. crim.*, n° 146], défendant une vision stricte de la privation de liberté. La jurisprudence semble être plus souple concernant les séquestrations de courtes durées réalisées dans le cadre de la lutte syndicale, la qualification de violences volontaires semblant alors pouvoir être retenue [v. Cass. crim., 6 févr. 2002, n° 01-82.645 : *inédit* : *D.*, 2002, jur., p. 1510, note D. MAYER].

⁸⁵ CEDH, gde ch., 15 mars 2012, *Austin et autres c. Royaume-Uni*, req. n°s 39692/09, 40713/09 et 41008/09 : *Rec. CEDH* ; *Gaz. Pal.*, 29 mars 2012, p. 30, obs. C. BERLAUD ; *JCP*, 2012, actu., n° 455, chron. F. SUDRE ; *AJDA*, 2012, p. 1726, chron. L. BURGOGUE-LARSEN.

⁸⁶ V. pour la qualification de détention en l'espèce, l'opinion dissidente commune des juges TULKENS, SPIELMANN ET GARLIKI : « *En l'espèce, les intéressés ont été confinés à l'intérieur d'une zone relativement petite, en même temps que quelque 3 000 autres personnes, avec une liberté de mouvement très réduite ; ils ne pouvaient que se tenir debout ou s'asseoir sur le sol ; ils n'avaient aucun accès à des toilettes, ni à de la nourriture ou de l'eau. Le cordon a été maintenu par la présence de centaines de policiers antiémeutes et les requérants dépendaient entièrement de la décision des policiers quant au moment où ils allaient pouvoir partir. En outre, ces policiers pouvaient faire usage de la force pour maintenir le cordon en place et le refus de se*

de manifestants dans un cordon de sécurité soient écartées du champ de l'article 5. Décision fondée sur la reconnaissance d'une large marge d'appréciation aux autorités nationales de police⁸⁷ et juridictionnelles⁸⁸, la Cour employait en plus un raisonnement spécieux, faisant dépendre la qualification de la nécessité de la mesure⁸⁹, la démonstration de celle-ci écartant l'application de l'article 5. Le raisonnement boiteux de la Cour aboutissait à réaliser le contrôle de la nécessité d'une mesure contraignante sur le fondement de l'article 5, non pas en tant que condition de conformité de la disposition, mais en tant que condition de son applicabilité, tout en neutralisant l'exigence de la légalité de la privation de liberté. Difficile pourtant de minimiser la portée d'un tel arrêt rendu par la Grande chambre, malgré un raisonnement marqué par l'opportunité, d'autant plus qu'il venait conforter une décision plus ancienne⁹⁰, qui avait aussi exclu la qualification de privation de liberté concernant le refoulement de quarante-six ressortissants étrangers venus manifester pendant l'organisation d'un sommet du G8, malgré leur situation, de l'aveu même de la Cour, proche de celle étudiée dans l'arrêt *Amuur* pour laquelle la Cour avait retenu l'existence d'une privation de liberté⁹¹, et qui s'était prolongée durant plusieurs heures, la Cour notant que « *les manifestants étaient des militants de groupes anarchiques internationaux "potentiellement dangereux" »*. Cette jurisprudence, plus que conciliante quant à la définition de la détention, a même été étendue en dehors de la détention collective, et la Cour a écarté du contrôle de l'article 5 la détention de cinq heures d'un individu, à propos duquel la mention « *à interpeler* » figurait dans les bases de données de la police des frontières, afin de réaliser des vérifications⁹². Là encore, c'est le respect de la stricte durée nécessaire à la réalisation des vérifications, elles-mêmes nécessaires à assurer la sécurité du vol que le requérant voulait prendre, qui permettait d'exclure la détention du contrôle entier de l'article 5. Si la courte durée apparaît comme un critère restrictif de la notion de privation de liberté, dans une jurisprudence de plus en plus conciliante, dont l'intérêt est de soumettre la détention au seul contrôle de sa nécessité

conformer aux instructions et restrictions imposées constituait une infraction passible de prison et pouvait donner lieu à une arrestation. Tous les requérants ont été ainsi enfermés pendant six à sept heures. »

⁸⁷ *Austin* : préc. ; § 56.

⁸⁸ *Ibid.*, § 62 et s. : la Cour se référait largement à l'appréciation des juridictions internes pour établir la nécessité de la contention des foules pour maintenir l'ordre public.

⁸⁹ *Ibid.*, § 68.

⁹⁰ CEDH, sect. II, 1^{er} févr. 2011, *Dritsas et autres c. Italie*, req. n° 2344/02, *déc.*

⁹¹ CEDH, 25 juin 1996, *Amuur c. France*, req. n° 19776/92 : *Rec. CEDH*, 1996-III ; *RSC*, 1997, p. 457, obs. R. KOERING-JOULIN ; *D.*, 1997, p. 203, obs. S. PEREZ.

⁹² CEDH, sect. I, 15 oct. 2013, *Gahramanov c. Azerbaïdjan*, req. n° 26291/06, *déc.*, en angl. La Cour employait tout au long de son analyse le terme de « *détention* » pour décrire la mesure subie par le requérant.

concrète, la durée plus longue sert à intégrer dans le champ de l'article 5 des confinements moins sévères que l'enfermement cellulaire.

b. L'inclusion du confinement mesuré de longue durée

23. L'élargissement de la notion de privation de liberté au confinement dans un bâtiment. Même lorsque l'individu bénéficie d'une liberté plus importante et que ses déplacements se trouvent circonscrits à l'échelle d'un bâtiment, plutôt qu'à celle de la cellule, la qualification de privation de liberté est assez évidente pour la Cour européenne des droits de l'Homme⁹³, dès lors que l'individu ne peut le quitter librement, et que le confinement s'est étendu dans le temps : le principe a été retenu le plus souvent pour l'internement psychiatrique, où l'aliéné peut bénéficier d'une certaine liberté de mouvement à l'intérieur du bâtiment de soins⁹⁴. Même lorsque le confinement à lieu dans un bâtiment ordinaire, dont la destination première ne réside pas dans la détention, mais permet une habitation classique, la qualification de privation de liberté est retenue par la Cour européenne des droits de l'Homme : les assignations à domicile ou à résidence strictes, celles qui aboutissent à confiner l'individu sous surveillance à son domicile et non celles qui se contentent de poser une simple obligation de domiciliation dans un lieu désigné par les autorités, sont aussi constitutives d'une privation de liberté⁹⁵. Le Conseil constitutionnel adopte la même solution⁹⁶, comme le juge administratif⁹⁷.

⁹³ Ainsi, lorsque la loi prévoit une simple restriction de liberté, l'application de la mesure ne saurait aboutir au cantonnement de l'individu dans une caserne militaire.

⁹⁴ *H. L. c. Royaume-Uni* : préc. ; § 92 : « il n'est pas décisif de savoir si le service était fermé à clé ou susceptible de l'être ». – *Kroushev* : préc. ; § 35 : Peu importe que l'individu se trouve dans une section ouverte d'un établissement psychiatrique, dès lors qu'« il n'est pas contesté que les portes de l'établissement psychiatrique étaient gardées et que l'intéressé devait demander une autorisation pour sortir ».

⁹⁵ CEDH, sect. II, 28 nov. 2002, *Lavents c. Lettonie*, req. n° 58442/00 ; § 62. – CEDH, sect. IV, 15 oct. 2013, *Gutsanovi c. Bulgarie*, req. n° 34529/10 ; *D.*, actu., 30 oct. 2013, obs. O. BACHELET. La qualification de privation de liberté était retenue pour l'assignation à résidence du suspect, par évidence, sans raisonnement.

⁹⁶ Sans se prononcer clairement sur la qualification de détention ou de restriction à la liberté d'aller et venir, le Conseil constitutionnel censurait l'assignation à résidence sous surveillance électronique fixe prononcée contre le mineur comme alternative de la détention provisoire, détention évidente, permise toutefois aux mêmes conditions que le contrôle judiciaire, simple restriction à la liberté d'aller et venir [déc. n° 2011-635 DC du 4 août 2011 : préc. ; consid. n° 36 et s.]. La loi prévoyait que celui-ci devait donc rester confiné la plupart du temps au domicile de ses parents ou à une autre résidence fixée et ne pouvait s'en absenter que selon les conditions fixées par un magistrat, ce qui caractérisait une contrainte physique particulièrement grave. En soumettant l'assignation à résidence sous surveillance électronique fixe à des conditions identiques à celles du placement en détention provisoire, sous peine d'infliger une rigueur non nécessaire, c'est pourtant bien la qualification de détention que le Conseil constitutionnel semblait retenir.

⁹⁷ Le juge administratif a rappelé le principe dans l'affaire des ressortissants algériens retenus à Folembay, en estimant qu'une restriction de la liberté d'aller et venir ne pouvait permettre de retenir des étrangers à l'intérieur

24. L'élargissement de la notion de la privation de liberté au cas particulier

du maintien en zone d'attente. Le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 25 février 1992⁹⁸, soumettait à la pleine application de l'article 66 de la Constitution⁹⁹ le maintien dans les zones « *de transit* »¹⁰⁰, mécanisme limitant pourtant l'extinction de la liberté d'aller et venir dans une zone plus vaste que le bâtiment, puisque permettant à tout moment le départ de l'étranger pour un territoire étranger et dans un régime moins sévère que la détention cellulaire¹⁰¹. La Cour européenne des droits de l'Homme a plus nettement qualifié le maintien en zone d'attente français de privation de liberté, placé sous le contrôle de l'article 5¹⁰², en se

d'une caserne. En vertu de l'article 2 d'un décret du 18 mars 1946 [décret n° 46-448 du 18 mars 1946 portant application des art. 8 et 24 de l'ordonnance du 2 nov. 1945], le ministre de l'Intérieur pouvait interdire à un étranger, non titulaire de la carte de résident, de résider dans un ou plusieurs départements, ou au pire, dans « *une ou plusieurs circonscriptions de son choix* ». Dans ces espèces, le préfet de l'Aisne avait restreint des ressortissants algériens à résider dans une zone se limitant « *au périmètre de la caserne Gaston Billotte de Folembay* » [arrêtés des 10 et 13 avr. 1994 du préfet de l'Aisne]. Deux requérants devant le Tribunal administratif de Lille [TA Lille, 10 nov. 1994, *Sara et Sefouane*, 2 espèces ; *RFDA*, 1995, p. 141] attaquaient en nullité les arrêtés. Ceux-ci contestaient le périmètre trop restrictif de la zone géographique dans laquelle ils avaient été assignés, qui se limitait à la caserne de Folembay. Le commissaire du Gouvernement dans cette affaire [concl. du commissaire du gouvernement L.-D. LAUGIER, *RFDA*, 1995, p. 131] rejoignait, sur ce point, l'argumentation des requérants : « *les autorités administratives ne peuvent sans commettre d'excès de pouvoir se fonder sur les dispositions du décret de 1946 [...] pour réduire la zone de validité du titre de séjour d'étrangers à un seul lieu unique d'où ils ne peuvent sortir sans sauf-conduit* ». Implicitement pointait dans ces conclusions la distinction entre privation de liberté d'aller et venir et restriction de cette liberté. L'assignation à résidence prévue par le décret précité ne prévoyait qu'un régime restrictif de liberté. À l'intérieur d'une circonscription départementale, les personnes soumises pouvaient librement circuler. Commettent donc un excès de pouvoir les autorités qui retiennent l'individu dans un lieu unique et fermé, transformant une mesure restrictive de liberté en une mesure privative de liberté. Les arrêtés d'assignation étaient annulés par le tribunal administratif, mais finalement sur un autre argument. Dans la même affaire, trois requérants attaquaient les arrêtés d'assignation du préfet de l'Aisne devant le Tribunal administratif de Versailles. Le commissaire du gouvernement suivait également l'argumentation des assignés à résidence en estimant que le décret ne permettait pas un internement dans un milieu fermé mais permettait uniquement une assignation dans une zone ouverte [concl. du commissaire du gouvernement J. KRULIC, *RFDA*, 1995, p. 371]. Le Tribunal administratif de Versailles suivait cette fois cette analyse [TA Versailles, 6 déc. 1994, *Bahri, Naami et Chibani*, 3 espèces ; *RFDA*, 1995, p. 376].

⁹⁸ Déc. n° 92-307 DC du 25 févr. 1992 : *préc.*

⁹⁹ Le Conseil constitutionnel ne tranchait pas cependant nettement la qualification de la contrainte subie par l'étranger. D'emblée, dans son analyse, le juge de la loi remarquait que le placement en zone de transit ne s'avère pas aussi contraignant que le placement en rétention administrative, régime qui correspond à un enfermement. Il se contentait de se référer à deux critères pour déterminer la pleine application de l'article 66 de la Constitution au maintien en zone de transit : « *l'effet conjugué du degré de contrainte qu'il revêt et sa durée* ».

¹⁰⁰ Ce mécanisme a été désormais repris dans le régime des zones d'attente.

¹⁰¹ À l'intérieur de la zone d'attente, l'atteinte à la liberté individuelle reste élevée. V. par exemple pour la zone d'attente d'Orly où la détention se réalise de jour dans un espace ouvert de 200 m², puis la nuit dans des chambres d'hôtel réquisitionnées, le rapport de visite du CGLPL sur la zone d'attente de Roissy-Charles-De-Gaulle en date des 27 et 28 janv. 2009, disponible sur le site internet de l'institution. Les étrangers la nuit sont détenus dans des chambres similaires à celles fournies à la clientèle ordinaire, si ce n'est que les fenêtres sont clôturées et que les portes doivent être laissées entrebâillées, alors que des fonctionnaires de la police aux frontières veillent dans le couloir.

¹⁰² *Amuur* : *préc.* À l'inverse, dans la même affaire, la Commission avait rejeté la qualification de privation de liberté en raison de l'absence d'un niveau suffisant de contrainte physique de l'étranger, celui-ci pouvant à tout moment quitter le territoire français [Comm.EDH, 10 janv. 1995, *Amuur c. France*, req. n° 19776/92, *rap.*]. V. aussi pour la qualification de privation de liberté pour le maintien en zone d'attente en droit polonais, CEDH, sect. III, 27 nov. 2003, *Shamsa c. Pologne*, req. n° 45355/99 et 45357/99.

fondant sur l'intensité de la contrainte subie par l'étranger, déduite notamment de l'absence de toute assistance juridique et sociale organisée au bénéfice des étrangers et de la durée importante du régime. Celle-ci n'avait pourtant pas dépassé vingt jours en l'espèce, montrant que la durée nécessaire à déclencher la qualification de la privation de liberté reste mesurée, même pour le confinement moins sévère. C'est bien la notion d'isolement prolongé qui emporte en réalité la qualification de privation de liberté, que celui-ci soit causé de manière évidente par le confinement dans un périmètre très restreint, qu'il soit lié à la situation juridique de l'individu malgré la liberté de mouvement dont il peut bénéficier, ou même que, bénéficiant d'une liberté de mouvement encore plus large, ses relations sociales soient quasiment réduites à néant, comme l'a montré l'arrêt *Guzzardi*.

25. L'élargissement exceptionnel de la notion de privation de liberté au-delà du confinement dans un bâtiment. L'arrêt *Guzzardi* a réalisé une extension importante de la notion de privation de liberté, pas seulement en posant les critères de principe servant à distinguer la détention de la restriction à la liberté d'aller venir, mais aussi en intégrant dans la privation de liberté une mesure de confinement dépassant le périmètre du bâtiment, en l'espèce une île. La portée de la décision restait toutefois limitée, en raison des faits particuliers de l'espèce : l'île était de petite superficie¹⁰³, les rapports sociaux de l'individu étaient très limités¹⁰⁴, et la mesure s'étalait sur une période de seize mois. Ses trois critères apparaissent nécessaires à la qualification de la privation de liberté pour les confinements les plus légers, leur défaut aboutissant à caractériser une simple restriction à la liberté d'aller et venir : la durée doit être importante ; la liberté de mouvement conservée ne doit pas primer sur le confinement, soit que la liberté demeure la majeure partie du temps¹⁰⁵, que le confinement dépasse l'échelle de la ville¹⁰⁶, ou qu'aucune autre mesure de surveillance

¹⁰³ La superficie de l'île était occupée aux neuf dixièmes par un pénitencier. En revanche, aucune clôture matérielle ne limitait la liberté de déplacement de l'individu sur le reste de l'île.

¹⁰⁴ Il ne pouvait se déplacer entre 22 heures et 7 heures du matin sans en avertir les autorités et il devait prendre contact deux fois par jour avec les autorités.

¹⁰⁵ Ainsi, le placement sous surveillance électronique mobile, qui laisse intacte une grande liberté de mouvement, n'est pas constitutif d'une détention, même si l'enregistrement des déplacements de l'individu génère une contrainte supérieure aux autres mécanismes d'assignation [Cons. const., déc. n° 2005-527 DC du 8 déc. 2005 portant sur la loi relative au traitement de la récidive des infractions pénales : *J. O.*, 13 déc. 2005, p. 19162 ; *D.*, 2006, p. 966, comm. F. ROUVILLOIS ; *AJP*, 2007, p. 357, comm. M. HERZOG-EVANS (spéc. sur la prévention de la récidive) ; *ibid.*, p. 352, comm. D. BLANC (spéc. sur les peines minimales) ; *ibid.*, p. 356, comm. PH. BONFILS (spéc. sur le droit des mineurs) ; *ibid.*, p. 367, comm. C. MANZANERA (spéc. sur l'obligation de soins) ; consid. n° 10].

¹⁰⁶ Avec évidence, l'interdiction de quitter le territoire national, même accompagnée de l'obligation de pointer tous les jours dans un commissariat, échappe à l'article 5 [CEDH, sect. II, 30 mars 2010, *Cipriani c. Italie*, req. n° 22142/07, *déc.*]. Les mesures qui n'impliquent « aucun confinement des intéressés dans un local délimité, ceux-ci restant en principe libres de se déplacer dans les limites géographiques de leur district », ne sont que de

particulière ne s'ajoute au confinement¹⁰⁷ ; et les rapports sociaux doivent être restreints¹⁰⁸. Si en théorie l'apport de l'arrêt *Guzzardi* à la définition de la détention est important, il reste l'un des rares exemples de qualification de privation de liberté d'une mesure entraînant un confinement au-delà du périmètre du bâtiment. Quant au Conseil constitutionnel, il semble par principe exclure qu'une simple mesure d'assignation à résidence, sauf en cas de surveillance électronique fixe, puisse être qualifiée de privation de liberté¹⁰⁹, même assortie d'une surveillance électronique mobile¹¹⁰, montrant la même réticence à développer la privation de liberté au-delà du périmètre du bâtiment.

26. La faiblesse de la définition de la privation de liberté : la part importante d'opportunité dans l'appréciation concrète de l'existence d'une privation de liberté. L'arrêt *Austin*¹¹¹ a rappelé l'opportunité qui peut guider les décisions européennes dans son appréciation concrète de l'existence d'une privation de liberté, aboutissant parfois à exclure l'application de l'article 5, malgré l'existence évidente d'une contrainte physique d'intensité très grave. La disqualification permet ainsi de laisser une grande marge d'appréciation aux États dans la matière de la maîtrise des manifestations. Dans l'arrêt *H. M.*¹¹², la Cour

simples restrictions à la liberté d'aller et venir, étrangères au contrôle de l'article 5 [CEDH, sect. III, 9 sept. 2006, *Freimanis et Lidmus c. Lettonie*, req. nos 73443/01 et 74860/01 ; § 87].

¹⁰⁷ Même lorsque le périmètre est plus restreint et s'approche d'une ville, comme en l'espèce l'obligation de résidence dans l'enclave italienne en Suisse de Campione d'Italia, la liberté de mouvement suffit à écarter la qualification de privation de liberté en l'absence d'autres mesures de surveillance [Comm.EDH, 2 mars 1994, *S. F. c. Suisse*, req. n° 16360/90 – CEDH, gde ch., 12 sept. 2012, *Nada c. Suisse*, req. n° 10593/08 ; § 215 et s.].

¹⁰⁸ V. pour une autre utilisation du critère, CEDH, 5 oct. 2004, *H. L. c. Royaume-Uni*, req. n° 45508/99 : *Rec. CEDH*, 2004-IX, § 92 : la qualification de privation de liberté était établie, notamment au regard de ses contacts sociaux « régis et contrôlés par l'hôpital ». La liberté surveillée, emportant obligation de domiciliation, de pointer aux forces de l'ordre régulièrement ou d'informer les autorités de tout déplacement, ne présente pas une intensité suffisamment grave pour intégrer la privation de liberté, même lorsqu'elle s'accompagne d'une obligation plus ferme de ne pas quitter la ville où l'obligation de domiciliation a été fixée [CEDH, sect. II, 31 janv. 2012, *M. S. c. Belgique*, req. n° 50012/08], ou d'une obligation de demeurer à son domicile la nuit [CEDH, sect. II, 20 avr. 2010, *Villa c. Italie*, req. n° 19675/06], sans doute au regard de l'absence de contrainte suffisamment importante générée sur les rapports sociaux [v. par exemple pour la mise à l'écart constante du champ de la privation de liberté du régime de « mesure préventive » en droit italien, soumettant les suspects mis en cause dans des infractions liées à la grande criminalité à différentes obligations de contrôle, Comm.EDH, 16 sept. 1997, *Giordano c. Italie*, req. n° 30131/96]. La restriction des rapports sociaux apparaît alors comme un élément fondamental de la mesure de l'intensité de la contrainte, servant à la fois à la détermination du champ d'application de l'article 5, comme à la détermination du dépassement du seuil caractérisant le traitement inhumain et dégradant généré par la détention [v. *infra*, n° 550 et s.].

¹⁰⁹ Cons. const., déc. n° 2011-635 DC du 4 août 2011 relative à la loi sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs : *J. O.*, 11 août 2011, p. 13763 ; *RSC*, 2011, p. 728, chron. CH. LAZERGES (spéc. I) ; *AJFP*, 2012, p. 121, note J. WOLIKOW ; *D.*, 2012, p. 1638, chron. V. BERNAUD et N. JACQUINOT ; v. *infra*, n° 682 et s.

¹¹⁰ Déc. n° 2005-527 DC du 8 déc. 2005 : *préc.* ; consid. n° 10.

¹¹¹ *Austin*, gde ch. : *préc.*

¹¹² CEDH, 26 févr. 2002, *H. M. c. Suisse*, req. n° 39187/98 : *Rec. CEDH*, 2002-II. La requérante, en raison de son grave abandon, était placée contre son gré par les autorités dans un foyer de personnes âgées. La requérante contestait ce placement sous le visa de l'article 5 de la Convention. La Cour excluait la qualification en constatant que la requérante avait refusé de bénéficier de soins à domicile, qu'elle conservait la possibilité de

européenne a de nouveau jeté le trouble dans les critères de qualification, pour exclure du champ de l'article 5, le placement d'une personne dans un établissement médico-social, sans examen poussé de l'existence de la contrainte physique¹¹³, pour prendre en compte le motif humanitaire du placement, confortant une décision ancienne de la Commission¹¹⁴. Si le même motif ne saurait suffire à écarter du champ de l'article 5 une détention d'une sévérité exceptionnelle¹¹⁵, sa prise en compte trouve encore des prolongements dans le contentieux de la qualification des placements en structure médico-sociale, décrits comme volontaires par le droit interne et pour lesquels la Cour apprécie largement l'existence du consentement et le recherche même en priorité par rapport à l'existence de la contrainte physique. L'arrêt *Austin* a également admis le dégagement d'une forte marge d'appréciation aux autorités nationales pour définir la notion de détention¹¹⁶, en contradiction directe avec le principe même de l'inscription dans l'article 5 d'une liste exhaustive de cas de détentions, qui par définition, la limite. Ces fragilités dans la définition européenne de la privation de liberté nuancent forcément le champ d'application de l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme et plus largement l'effectivité de la protection contre la privation de liberté.

27. La force de la définition de la privation de liberté : l'enrichissement des institutions intégrées dans la privation de liberté. La définition de la privation de liberté, dans un consensus européen et constitutionnel, dépasse l'enfermement cellulaire, pour inclure tout mécanisme générant une contrainte physique étatique, qui s'exerce avec suffisamment d'intensité pour compromettre gravement la liberté d'aller et venir. Les institutions juridiques françaises de la privation de liberté concernent donc avec évidence les régimes prévoyant un

maintenir des contacts avec l'extérieur, et que la mesure de placement avait été adoptée dans son intérêt afin de suivre des soins médicaux.

¹¹³ La Cour notait principalement que la requérante pouvait se déplacer librement dans un pavillon.

¹¹⁴ Comm.EDH, 10 avr. 1995, *Guenat c. Suisse*, req. n° 24722/94. Elle n'avait pas qualifié de privation de liberté une rétention d'un malade mental pendant trois heures, dans un commissariat, avant l'intervention d'un médecin, en se référant à l'objectif humanitaire de la mesure, même si elle notait aussi que l'individu pouvait déambuler librement à l'intérieur du poste de police. Cette prise en compte du motif humanitaire apparaît désormais bien intégrée, puisque la Cour s'y réfère, dès qu'elle analyse une détention de quelques heures [*Venskute : préc.*]. V. aussi pour un raisonnement similaire excluant la qualification de privation de liberté malgré la contention de la personne par des sangles le temps de lui administrer un traitement médical alors qu'elle était dans un état mental confus, Comm.EDH, 15 janv. 1998, *Jarvinen c. Finlande*, req. n° 30408/96.

¹¹⁵ CEDH, 14 oct. 1999, *Riera Blume et autres c. Espagne*, req. n° 37680/97 : *Rec. CEDH*, 1999-VII. La Cour européenne des droits de l'Homme n'a accordé en tout cas aucune importance à ce critère dans le cas d'une rétention à l'intérieur d'un hôtel de membres présumés d'une secte afin de les « déprogrammer ». La Cour a estimé qu'il s'agissait bien d'une privation de liberté. En l'espèce, le degré de contrainte était très élevé puisque les personnes en cause ont été maintenues pendant trois jours dans des chambres individuelles dont les fenêtres étaient obstruées par des panneaux de bois. La contrainte était d'autant plus élevée qu'aucun fondement légal ne permettait de fonder la privation de liberté.

¹¹⁶ V. par exemple, pour la recherche de la nature d'une assignation à domicile, la reprise par la Cour de la conclusion du juge de première instance, plutôt que la décision du juge supérieur moins bien motivée, CEDH, sect. III, 9 juil. 2013, *Ciobanu c. Roumanie et Italie*, req. n° 4509/08.

enferment cellulaire¹¹⁷, mais aussi d'autres mécanismes qui entraînent un confinement plus léger¹¹⁸. En synthèse, la définition de la privation de liberté doit permettre de définir l'arrestation et la détention.

3) La définition de l'arrestation et de la détention

28. Les moyens de priver de liberté : par l'arrestation¹¹⁹ ou par la détention.

L'article 5 de la Convention européenne des droits de l'Homme se réfère à la notion de privation de liberté uniquement à l'article 5 § 4¹²⁰, pour décrire un droit essentiel, celui au recours juridictionnel à bref délai, alors que le bloc de constitutionnalité se réfère à des notions différentes, principalement l'arrestation et la détention¹²¹. La disposition européenne ne se contente pas de citer la notion généraliste, mais donne les deux moyens servant à priver de liberté, à l'application de la contrainte physique : l'arrestation et la détention¹²². D'emblée,

¹¹⁷ Sont concernées évidemment les peines privatives de liberté exécutées selon le régime pénitentiaire de droit commun ; l'ensemble des détentions du suspect réalisées dans l'attente de sa présentation devant l'autorité judiciaire qui sera nécessaire pour prolonger la détention [la garde à vue, la retenue douanière, la détention exécutée en vertu des mandats d'amener et d'arrêt, la retenue aux fins du défèrement, la retenue de l'arrestation de l'individu réalisée dans le cadre de son extradition, ou en vue de sa remise à la Cour pénale internationale, ou pour exécution d'un mandat d'arrêt européen, la rétention du suspect réalisée à la suite de l'arraisonnement de son navire en pleine mer] ; l'ensemble des détentions réalisées pour assurer la traduction de l'individu devant les autorités judiciaires ou administratives [la retenue pour vérification du droit au séjour de l'étranger, la retenue pour vérification de la situation pénale de l'individu, la retenue de l'individu qui a violé ses obligations de contrôle imposées dans le cadre de poursuites pénales, la détention provisoire] ; l'ensembles des détentions réalisées pour contraindre l'individu à exécuter une obligation [la retenue pour vérification d'identité, la contrainte judiciaire].

¹¹⁸ L'internement de l'aliéné contre sa volonté, tel que prévu par le Code de la santé publique, intègre en conséquence la privation de liberté, sans considération pour le régime plus ou moins libéral organisé selon les établissements ou même les services. De la même manière, la peine privative de liberté demeure une détention indépendamment du type d'établissement dans lequel elle est purgée, ou de son exécution sous une forme plus libérale, lorsqu'elle maintient une contrainte forte. L'assignation à résidence sous surveillance électronique fixe est aussi une détention. La rétention administrative, ou le maintien en zone d'attente, constituent aussi une privation de liberté, même s'ils génèrent une contrainte plus souple que le régime pénitentiaire. Enfin, le placement du mineur en établissement éducatif peut, selon le régime prévu par la loi, constituer une privation de liberté, y compris en droit français. Tel est le cas du placement en centre éducatif fermé.

¹¹⁹ Voir F. FOURMENT, *L'arrestation, menace à la liberté individuelle, devant le droit français (de source nationale et internationale)*, 1995, thèse Paris 2, 886 p.

¹²⁰ « Toute personne privée de sa liberté [...] a le droit d'introduire un recours devant un tribunal [...] » [en angl. : « Everyone who is deprived of his liberty »].

¹²¹ L'article 66 de la Constitution vise la détention [« Nul ne peut être arbitrairement détenu »], l'article 7 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen renvoie à l'arrestation et à la détention [« Nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la Loi »] et l'article 9 du même texte renvoie à l'arrestation et à la rigueur [« Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi. »]. Le dernier texte renvoie toutefois à la notion de privation de propriété à on article 17 [« La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé. »].

¹²² « Toute personne privée de sa liberté par arrestation ou détention [...] » [en angl. : « Everyone who is deprived of his liberty by arrest or detention »].

la notion de détention apparaît comme une notion générale de la privation de liberté, au regard de l'utilisation dans l'article 66 de la Constitution, qui vise la « *détention arbitraire* », sans limitation de domaine¹²³. En revanche, dans son sens le plus connu, l'arrestation évoque le champ pénal¹²⁴. Toutefois, la Cour européenne des droits de l'Homme a consacré une vision large de la notion d'arrestation, y compris en dehors¹²⁵, et celle-ci est aussi générale à la privation de liberté.

29. L'arrestation : le point de départ de la privation de liberté. Notions générales de la privation de liberté, l'arrestation et la détention ne se confondent pas pour autant, et l'article 5 § 1^{er} distingue expressément les cas de privation de liberté autorisés par détention seulement¹²⁶, par les deux moyens réunis¹²⁷, ou par les deux moyens alternativement¹²⁸ : si l'arrestation marque le début de la privation de liberté à coup sûr, seuls certains cas la supporteraient, tandis que pour d'autres, l'entrée en privation de liberté ne serait permise que par détention.

¹²³ L'article 66, dans son deuxième alinéa, se réfère à la notion générale de la liberté individuelle.

¹²⁴ Voir G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 9^e éd., 2011, définition d'« arrestation » : « *Action d'appréhender au corps un coupable ou un suspect au nom de la loi ou d'une autorité* ». L'ancien article 323 du Code des douanes, pour qualifier le pouvoir d'arrestation des agents des douanes en cas de flagrance, se référerait d'ailleurs au terme de capture. La loi pénale utilise une terminologie variée pour décrire ce pouvoir : le terme d'« arrestation » ou le verbe « arrêter » [nouvel art. 323-1 du Code des douanes ; art. 133-1, 135-2, 712-17 et 716-4 CPP], le verbe « appréhender » [art. 73 CPP], le verbe « saisir » [art. 134 et 716-4 CPP], ou encore l'action de « *contraindre à comparaître par la force publique* » [art. 78 CPP].

¹²⁵ CEDH, 21 févr. 1992, *Van der Leer c. Pays-Bas*, req. n° 11509/85 : *Rec. CEDH*, série A, n° 170-A ; § 27 : « *aussi l'"arrestation" visée au paragraphe 2 de l'article 5 [...] dépasse-t-elle le cadre des mesures à caractère pénal* ». L'article 5 § 2 organise le droit de la personne d'être informé « *des raisons de son arrestation* », si bien que la Cour a dû déterminer le sens de la notion de l'arrestation dans la Convention pour déterminer l'étendue du droit [v. *infra*, n° 184]. La solution, fondée dès l'arrêt *Van der Leer*, sur l'objectif de l'article 5 § 2, assurer l'effectivité du recours de l'article 5 § 4, le recours à bref délai, qui vise la privation de liberté au sens large, aboutit désormais à la Cour à formuler le droit d'informer l'individu des motifs de la privation de liberté, plutôt que de l'arrestation [CEDH, CEDH, sect. I, 2 oct. 2008, *Rusu c. Autriche*, req. n° 34082/02, en angl. ; § 41 : « *informed of the reasons relied on to deprive him of his liberty* »].

¹²⁶ V. l'art. 5 § 1^{er}-a) [« *s'il est détenu régulièrement après condamnation par un tribunal compétent* »], -d) [« *s'il s'agit de la détention régulière d'un mineur, décidée pour son éducation surveillée ou de sa détention régulière, afin de le traduire devant l'autorité compétente* »] et -e) [« *s'il s'agit de la détention régulière d'une personne susceptible de propager une maladie contagieuse, d'un aliéné, d'un alcoolique, d'un toxicomane ou d'un vagabond* »].

¹²⁷ V. l'art. 5 § 1^{er}-c) [« *s'il a été arrêté et détenu en vue d'être conduit devant l'autorité judiciaire compétente, lorsqu'il y a des raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis une infraction ou qu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir après l'accomplissement de celle-ci* »]. La Convention apparaît toutefois contradictoire sur ce point puisque l'article 5 § 3 évoque le cas de « *toute personne arrêtée ou détenue, dans les conditions prévues au paragraphe 1.c du présent article* » [souligné par l'auteur].

¹²⁸ V. l'art. 5 § 1^{er}-b) [« *s'il a fait l'objet d'une arrestation ou d'une détention régulières pour insoumission à une ordonnance rendue, conformément à la loi, par un tribunal ou en vue de garantir l'exécution d'une obligation prescrite par la loi* »] et -f) [« *s'il s'agit de l'arrestation ou de la détention régulières d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours* »].

30. Si l'on se réfère de nouveau au sens commun de l'arrestation, celui de l'« *action d'appréhender au corps* »¹²⁹, même appliqué hors du champ pénal, le critère de distinction pourrait tenir au pouvoir pour les forces de police de capturer¹³⁰ l'individu, d'office et en tout lieu, au cours d'une opération de police administrative¹³¹ ou de police judiciaire¹³², soit pour le forcer à exécuter une obligation pendant qu'il est retenu¹³³, soit pour le traduire de force devant l'autorité judiciaire, pour lui notifier la décision de le priver de liberté dans un régime pérenne¹³⁴. *A contrario*, on pourrait en déduire que la privation de liberté par détention tiendrait dans la notification à l'individu, par l'autorité compétente, judiciaire ou de police, de la décision de le priver de liberté, soit qu'il ait été déjà arrêté si la Convention l'autorise¹³⁵, soit qu'il fût déjà privé de liberté dans un autre cas de détention en vertu duquel il a comparu détenu devant l'autorité compétente, soit qu'il ait comparu librement, notamment lorsque la Convention n'autorise pas l'arrestation¹³⁶. Dans une seconde distinction, la détention définirait un pouvoir de capture judiciaire, caractérisant des cas conventionnels de mandats d'arrestation pour permettre le placement en détention : les cas de privation de liberté introduits uniquement par la détention à l'article 5 § 1^{er} ne pourraient donner lieu à capture policière¹³⁷. Dans une troisième distinction, la détention pourrait désigner la privation de liberté reposant sur le fondement d'un titre de détention du tribunal¹³⁸ : la privation de liberté sans juge ne serait jamais permise dans les cas de privation de liberté uniquement introduits par la détention.

¹²⁹ G. CORNU, *op. cit.*

¹³⁰ L'article 73 du Code de procédure pénale, disposition emblématique de la capture du suspect, utilise le verbe « *appréhender* ».

¹³¹ V. l'art. 5 § 1^{er}-b) et 5 § 1^{er}-f).

¹³² V. l'art. 5 § 1^{er}-b), 5 § 1^{er}-c) et 5 § 1^{er}-f).

¹³³ V. l'art. 5 § 1^{er}-b) et -f).

¹³⁴ V. l'art. 5 § 1^{er}-c).

¹³⁵ Le placement en détention prolonge alors la privation de liberté, débutée par l'arrestation.

¹³⁶ Cette conception s'est retrouvée dans le débat sur la garde à vue en enquête préliminaire, permise lors de sa création sans disposition organisant la capture du suspect, à la différence de l'arrestation de la flagrante. [v. pour une analyse du problème plus moderne A. GOGORZA, « Arrestation et garde à vue : des fondements et de la régularité des interpellations pendant la phase policière » ; *Dr. pénal*, n° 10, 2012, ét. n° 23]. Voir M. BLONDET, « L'enquête préliminaire dans le nouveau Code de procédure pénale » ; *JCP*, 1959, I, n° 1513 : l'auteur y distingue la détention, revenant à « *contraindre à rester près de soi une personne qui s'y trouvait déjà volontairement* », de l'arrestation, qui permet d'« *aller chercher quelqu'un* ».

¹³⁷ Soit les cas de l'art. 5 § 1^{er}-d) et 5 § 1^{er}-e).

¹³⁸ Voir J. LEROY, « Garde à vue » ; *J.-Cl. Pénal*, fasc. 20.

31. Toutefois, la distinction entre l'arrestation et la détention apparaît délicate si l'on s'intéresse aux termes de la Convention¹³⁹ et elle n'est pas employée par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme dans l'article 5¹⁴⁰, qui autorise la capture policière dans les cas visés par la seule détention selon le texte de la Convention¹⁴¹. La Cour préfère de toute manière se fonder sur l'article 3 pour assurer le contrôle de la capture de l'individu¹⁴². L'État bénéficie en conséquence d'une large marge d'appréciation pour déterminer le moyen de l'entrée en privation de liberté, notamment par l'usage de la capture policière, avant l'adoption d'un titre de privation de liberté adopté par le tribunal. L'arrestation doit être définie largement : la notion vise le point de départ de toute privation de liberté, par placement en détention¹⁴³ ou par capture, à l'initiative de la police ou de l'autorité judiciaire, qu'on amène la personne quelque part ou qu'on l'empêche de partir, dans le champ pénal ou en dehors.

32. La détention : le maintien de la contrainte dans le cours de la privation de liberté. Dès lors que l'arrestation définit le début de la privation de liberté, la détention correspond logiquement au maintien de la contrainte, tout au cours de la privation de liberté, une fois le moment instantané¹⁴⁴ de l'arrestation dépassé¹⁴⁵ : la détention évoque un état durable et ininterrompu¹⁴⁶. Pourtant, on voit mal comment distinguer le point de départ de la contrainte, l'arrestation, du maintien de cette contrainte, sauf dans le cas de la capture au moyen du recours à la contrainte *manu militari*, hypothèse dans laquelle on pourrait véritablement séparer l'arrestation, marquée par la contrainte en *corps à corps*, de la détention, marquée par le maintien de la contrainte dans une forme plus légère. L'intérêt de la

¹³⁹ Ainsi, la privation de la liberté du mineur pour « le traduire devant l'autorité compétente », ce qui semble un cas d'arrestation, pris au sens de capture, est qualifiée par le texte de « détention » [v. l'art. 5 § 1^{er}-d]. Toute distinction semble compromise par l'article 5 § 1^{er}-c), qui permet la privation de liberté du suspect avant traduction à l'autorité judiciaire et vise l'individu « arrêté et détenu ».

¹⁴⁰ Dans sa recherche du sens de l'arrestation dans l'arrêt *Van der Leer* [préc.], la Cour ne s'intéressait pas aux distinctions de l'article 5 § 1^{er}.

¹⁴¹ V., par ex., pour l'arrestation de l'aliéné, *infra*, n° 416.

¹⁴² CEDH, sect. IV, 15 oct. 2013, *Gutsanovi c. Bulgarie*, req. n° 34529/10 ; D., actu., 30 oct. 2013, obs. O. BACHELET.

¹⁴³ Indépendamment des trois sens qu'on peut lui donner, soit par placement en privation de liberté par une décision de l'autorité de police, soit par arrestation autorisée par mandat judiciaire, soit par décision du titre de privation de liberté adopté par le tribunal.

¹⁴⁴ Voir C. AMBROISE-CASTÉROT, « Arrestation » ; *Rép. pén. Dalloz* : « l'arrestation est souvent difficile à distinguer de la détention ; la première s'exécute en un instant et se poursuit généralement par la seconde : une fois l'individu arrêté, il est détenu, sinon retenu ».

¹⁴⁵ Cette distinction semble se retrouver à l'article 5 § 1^{er}-c) de la Convention européenne des droits de l'Homme, qui évoque le suspect « arrêté et détenu » avant sa traduction devant l'autorité judiciaire et qui valide la conventionnalité de la garde à vue.

¹⁴⁶ La notion apparaît bien comme le terme générique désignant le maintien de la contrainte après l'arrestation : la rétention, la garde et la retenue sont donc des détentions.

distinction est de toute manière neutralisée par la jurisprudence nationale, qui fait débiter le délai légal de la détention à la capture policière de l'individu, lorsque celle-ci a servi directement au placement en détention¹⁴⁷, si bien que l'arrestation même par capture n'ajoute pas au temps de détention. Au final, sauf à dégager une théorie du mandat judiciaire d'arrestation qui n'existe pas encore dans la jurisprudence européenne¹⁴⁸, l'arrestation apparaît comme un moment particulier de la détention, plutôt qu'un véritable moment distinct de la détention¹⁴⁹.

33. Le champ de la privation de liberté établi, l'étude de l'ensemble de ces régimes et les convergences qu'ils établissent doivent mettre à jour les droits des personnes privées de liberté, autre notion qu'il convient de définir.

B) La notion des droits de la personne privée de liberté (« des droits d'une personne privée de liberté »)

34. Des droits distincts des garanties contre la privation de liberté.
Le législateur a l'obligation de prendre les précautions suffisantes pour exclure l'arbitraire de la privation de liberté, en vertu de l'article 66 de la Constitution, dans l'usage de sa compétence pour adopter la norme privative de liberté. Cette protection objective, au sens où elle bénéficie automatiquement au détenu, sans action de sa part, réunit les garanties contre la détention. Leur efficience est alors principalement assurée par le contrôle de conformité de la loi aux normes supérieures. En visant les droits attachés à la personne privée de liberté, plutôt que plus largement la protection juridique dont elle bénéficie, la théorie générale vise d'abord le rassemblement des droits subjectifs (1) générés par la privation de liberté (2).

¹⁴⁷ V. *infra*, n° 268 et s.

¹⁴⁸ L'arrêt *Gutsanovi [préc.]* pourrait toutefois en constituer une première étape [v. *infra*, n° 176].

¹⁴⁹ Dans ces conditions, la détention apparaît pratiquement comme un synonyme de la privation de liberté, si bien que, par facilité, nous utiliserons le terme de détention pour distinguer les différentes catégories de privation de liberté [v. *infra*, n° 52 et s.], outre la reprise des formulations balisées par la doctrine qui utilisent plutôt le terme de détention pour désigner la privation de liberté, comme celle des conditions matérielles de détention. Avec certitude en tout cas, la prolongation de la privation de liberté peut être qualifiée de maintien en détention.

1) Des droits subjectifs (« des droits d'une personne »)

35. Du droit objectif contre la privation de liberté. Les principes fondamentaux du droit de la détention consacrent, côte à côte et dans des formulations similaires, l'interdiction de la détention arbitraire¹⁵⁰ et le droit à la liberté et à la sûreté¹⁵¹. La sûreté, dans son sens le plus simple, proclame de manière positive la liberté : chaque homme bénéficie de sa pleine liberté d'aller et venir, sans pouvoir être enfermé. L'interdiction de la détention arbitraire, autre proclamation redondante de la sûreté exprimée négativement, rappelle aussi *a contrario* que la privation de liberté reste, par exception, admissible, à condition de la détacher de l'arbitraire. Ces deux principes anciens, issus de l'idéal révolutionnaire et proclamés dans la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, visaient d'abord à déconnecter l'usage de la privation de liberté de la libre volonté de l'absolutisme et rejoignaient le principe de la légalité de la privation de liberté, issu du même idéal, présent dans le même texte¹⁵² : ils renvoient tous au mythe révolutionnaire de la loi. Les trois fondements posent l'obligation pour le législateur d'élaborer une protection contre l'arbitraire au profit de la personne détenue, dont l'ensemble forme le droit objectif contre la privation de liberté.

¹⁵⁰ L'article 66 de la Constitution rappelle que « *Nul ne peut faire l'objet d'une arrestation ou d'une détention arbitraires.* » L'article 9 du Pacte international des droits civils et politiques rappelle que « *Nul ne peut faire l'objet d'une arrestation ou d'une détention arbitraires.* » La Déclaration universelle des droits de l'Homme dans son article 9 rappelle ce principe : « *Nul ne peut être arbitrairement arrêté, détenu, ni exilé.* » L'article 7 de la Convention américaine des droits de l'Homme dispose que « *Nul ne peut faire l'objet d'une détention ou d'une arrestation arbitraires.* »

¹⁵¹ L'article 2 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen fait de la sûreté un des quatre « *droits naturels et imprescriptibles de l'Homme* ». La Convention européenne des droits de l'Homme dans son article 5 proclame que « *Toute personne a droit à la liberté et la sûreté.* » L'article 9 du Pacte international des droits civils et politiques contient le même principe : « *Tout individu a droit à la liberté et à la sécurité de sa personne* ». L'article 7 de la Convention américaine des droits de l'Homme rappelle que « *Tout individu a droit à la liberté et à la sécurité de sa personne.* »

¹⁵² Art. 7 DDHC.

36. Aux droits subjectifs de la personne privée de liberté. Le droit constitutionnel moderne incorpore la sûreté dans la notion de liberté individuelle¹⁵³ et donne compétence au juge judiciaire pour contrôler toute atteinte à celle-ci, dont la plus grave réside dans la détention, sur le fondement de l'article 66 de la Constitution¹⁵⁴. La sûreté bénéficie alors des progrès de la protection des libertés fondamentales, qui dépassent la simple légalité et la dimension objective, pour imposer, au nom de l'effectivité, la consécration de droits subjectifs, dont les plus typiques permettant de contester devant le juge, la violation du droit objectif protecteur : « *un système de protection des droits de l'homme n'est crédible que s'il offre aux individus des garanties efficaces pour la défense de leur droit* »¹⁵⁵, comme « *il n'y a droit de l'homme que par l'intervention du droit positif, lorsqu'un régime juridique est organisé tel que le droit [est] protégé par une action en justice* »¹⁵⁶. Ce sont ces recours judiciaires spéciaux, sans lesquels l'effectivité du droit objectif ne serait pas assurée, qui fondent le cœur de la théorie générale des droits de la personne privée de liberté. Mais au-delà des recours judiciaires spéciaux, la protection de la personne détenue impose aussi de lui accorder d'autres droits, permettant d'assurer sa protection physique ou juridique dans la détention, dont l'exemple typique réside dans les droits du suspect générés par son placement en garde à vue, comme l'assistance par un avocat ou l'examen médical.

37. La subjectivisation de la contestation abstraite de la norme privative de liberté. Puisque l'accès du justiciable au Conseil constitutionnel était écarté et que la Cour européenne des droits de l'Homme se limite classiquement à l'établissement d'une violation concrète de la Convention, la contestation abstraite de la base légale fondant la détention de l'individu n'avait pas vocation à intégrer la théorie générale. Toutefois, limiter la portée de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme à des apports concrets apparaît souvent artificiel, puisque celle-ci revient dans sa totalité à établir un véritable régime général

¹⁵³ D'abord reconnue sur le fondement du principe fondamental reconnu par les lois de la République, la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen et l'article 66 de la Constitution [Cons. const., déc. n° 76-75 DC du 12 janv. 1977 relative à la loi autorisant la visite des véhicules en vue de la recherche et de la prévention des infractions : *J. O.*, 13 janv. 1977, p. 345 ; *D.*, 1978, jur., p. 173, comm. L. HAMON et J. LÉAUTÉ], exprimant ainsi « *un très net flottement quant à l'origine exacte de cette liberté constitutionnelle* » [P. WACHSMANN, « La liberté individuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel » ; *RSC*, 1988, p. 1], le Conseil constitutionnel reliera plus simplement en 1980 la compétence judiciaire du contrôle de la privation de liberté sur le fondement de l'article 66 de la Constitution [Cons. const., déc. n° 79-109 DC du 9 janv. 1980 portant sur la loi relative à la prévention de l'immigration clandestine et portant modification de l'ord. n° 45-2658 du 2 nov. 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers et portant création de l'office national d'immigration : *J. O.*, 11 janv. 1980, p. 84].

¹⁵⁴ « *L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi* ».

¹⁵⁵ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 7^e éd., 2005, p. 15.

¹⁵⁶ F. SUDRE, *op. cit.*, p. 52.

d'atteinte à une des libertés proclamées par la Convention. Spécialement en matière de privation de liberté, la Cour européenne des droits de l'Homme est autorisée à opérer directement un contrôle abstrait de conventionnalité, lorsqu'elle doit s'assurer que le cas de détention nationale est compatible avec la liste exhaustive de l'article 5 § 1^{er}. Puisque le juge national se trouve compétent pour réaliser le contrôle interne de conventionnalité, il se trouve en conséquence directement compétent pour écarter la norme privative de liberté contraire à l'article 5, ou à l'interprétation qu'en fait la jurisprudence européenne¹⁵⁷. Surtout, l'admission du contrôle *a posteriori* de constitutionnalité, particulièrement fécond en matière de privation de liberté¹⁵⁸, permet désormais au détenu de contester directement la base légale de sa détention abstraite. Finalement, c'est un véritable droit subjectif à contester la base abstraite de sa détention qui est consacré, si bien que désormais, l'étude des principes guidant le contrôle abstrait de la norme privative de liberté intègre la théorie générale.

38. L'effet du droit subjectif doit toutefois être relativisé, puisque le Conseil constitutionnel reporte l'effet de l'inconstitutionnalité de la disposition législative, dont l'abrogation immédiate neutraliserait un cas de privation de liberté en entier¹⁵⁹, les

¹⁵⁷ Un tel principe est désormais nettement consacré, alors que la Cour de cassation a développé sa jurisprudence sur l'étendue de l'intervention de l'avocat en garde à vue sur le fondement de l'article 6, en citant expressément des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme [Cass., ass. plén., 15 avr. 2011, 4 espèces, n^{os} 10-17.049, 10-30.242, 10-30.313 et 10-30.316 : *Bull. crim., ass. plén.*, n^{os} 1 à 4 ; *RTD civ.*, 2011, p. 725, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *AJP*, 2011, p. 311, obs. C. MAURO ; *Constitutions*, 2011, p. 326, obs. A. LEVADE ; *RSC*, 2011, p. 410, obs. A. GIUDICELLI].

¹⁵⁸ V. pour une vue d'ensemble en droit pénal, dont certains éléments intéressent aussi le droit de la privation de liberté, CH. LAZERGES, « La question prioritaire de constitutionnalité devant le Conseil constitutionnel en droit pénal : entre audace et prudence » ; *RSC*, 2011, p. 193. V. pour les incidences des censures *a posteriori* sur la loi, qui a concerné particulièrement la privation de liberté par l'adoption de deux grandes réformes de la matière, la garde à vue et l'internement des aliénés, v. J. BENETTI, « Les incidences de la question prioritaire de constitutionnalité sur le travail législatif : d'une logique de prévention à une logique de correction des inconstitutionnalités » ; *Constitutions*, 2011, p. 42.

¹⁵⁹ Ainsi, les effets de l'inconstitutionnalité de la garde à vue ont été reportés de onze mois, en raison de la menace que ferait peser une abrogation immédiate sur « *les objectifs de prévention des atteintes à l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions* » [Cons. const., déc. n^o 2010-14/22 QPC du 30 juil. 2010, [M. W.] : *J. O.*, 31 juil. 2010, p. 14198 ; *RTD civ.*, 2010 p. 513, obs. P. PUIG ; *RSC*, 2011, p. 139, obs. A. GIUDICELLI ; *D.*, 2010, p. 2254, obs. J. PRADEL ; *AJP*, 2010, p. 470, comm. J.-B. PERRIER ; *Constitutions*, 2010, p. 571, comm. E. DAOUD et E. MERCINIER ; *RSC*, 2011, p. 165, obs. B. DE LAMY]. L'inconstitutionnalité de l'internement de l'aliéné a vu ses effets reportés de huit mois, en raison de la menace que ferait peser une abrogation immédiate sur « *les exigences de la protection de la santé et la prévention des atteintes à l'ordre public* » [Cons. const., déc. n^o 2010-71 QPC du 26 nov. 2010, [M^{me} S.] : *J. O.*, 27 nov. 2010, p. 21119 ; *Dr. Famille*, 2011, comm. n^o 11, note I. MARIA ; *RFDA*, 2011, p. 951, chron. A. PENA ; *JCP*, 2011, n^o 189, note K. GRABARCZYK ; *AJDA*, 2011, p. 174, X. BIOY]. De même, l'abrogation des dispositions définissant l'internement d'office renforcé a été reporté à dix-sept mois [Cons. const., déc. n^o 2012-235 QPC du 20 avr. 2012, [*Association cercle de réflexion et de proposition d'actions sur la psychiatrie*] : *J. O.*, 21 avr. 2012, p. 7194 ; *RFDA*, 2012, p. 629, note K. BLAY-GRABARCZYK ; *Dr. adm.*, 2012, comm. n^o 61, note C. CASTAING]. Inversement, lorsque le cas de privation de liberté n'est pas neutralisé en entier par la disposition contraire à la Constitution, l'abrogation peut être immédiate. Par exemple, le Conseil a estimé que l'inconstitutionnalité de la preuve du trouble mental par « *la notoriété publique* » devait entraîner l'abrogation immédiate de la disposition, alors que l'internement provisoire restait possible sur certificat médical. La solution était d'autant plus aisée que

dispositions litigieuses pouvant alors toujours servir de base légale à la privation de liberté jusqu'à la prochaine réforme législative, qui assurera la conformité. Le procédé a été validé par la Cour européenne des droits de l'Homme¹⁶⁰. Quant à la Cour européenne des droits de l'Homme, l'effet de la condamnation est en principalement déclaratoire, même si la privation de liberté est aussi concernée par les différents mécanismes visant à assurer l'effectivité de la jurisprudence¹⁶¹, comme la procédure d'arrêt pilote¹⁶², ou encore la formulation de mesures individuelles, y compris celle de libérer, ou l'adoption de mesures générales¹⁶³. Le juge national reste chargé du contrôle de la conformité de la loi à la Convention, et il s'est même directement référé, pour l'assistance de l'avocat en garde à vue, à deux arrêts européens sur le fondement de l'article 6, dans une forme d'intégration directe des principes jurisprudentiels de la Cour¹⁶⁴. Celle-ci reste toutefois à préciser et il n'existe pas d'équivalent sur le fondement de l'article 5. S'il existe bien un droit subjectif de contester la base légale arbitraire de sa détention, celui-ci permet d'obtenir une base légale de meilleure qualité, plutôt que d'obtenir la libération. Si la théorie générale vise le rassemblement des droits subjectifs, la notion concerne plus précisément ceux générés par la privation de liberté.

l'internement provisoire sur « *notoriété publique* » était très peu utilisé en pratique [Cons. const., déc. n° 2011-174 QPC du 6 oct. 2011, [Mme P.] : *J. O.*, 8 oct. 2011, p. 17017 ; *Dr. admin.*, 2011, comm. n° 99, comm. C. LANTERO ; *JCP A*, 2012, n° 2040, comm. É. PÉCHILLON].

¹⁶⁰ CEDH, sect. V, 9 juin 2011, *Schmitz et Mork c. Allemagne*, 2 arrêts, req. n°s 31047/04, 43386/08 et 30493/04, en angl. : *RSC*, 2012, p. 661, chron. J. LELIEUR, C. SAAS et TH. WEIGEND ; *ADL*, 10 juin 2011, note N. HERVIEU ; *D.*, actu., 22 juin 2011, obs. O. BACHELET. Ainsi, concernant les dispositions allemandes de la rétention de sûreté, qui avaient été annulées par le Tribunal fédéral constitutionnel allemand, mais dont l'effet de l'annulation était retardé pour permettre au législateur d'adopter une nouvelle loi, la Cour européenne des droits de l'Homme a admis que les dispositions en cause pouvaient continuer à servir de base légale à la détention [v. pour la décision allemande, *Tribunal fédéral constitutionnel allemand*, 4 mai 2011, 2 BvR 2333/08, 2 BvR 571/10, 2 BvR 1152/10 ; *AJP*, 2011, p. 462, obs. C. SAAS]. La Cour européenne des droits de l'Homme notait toutefois que la décision constitutionnelle avait exigé des autorités de procéder au réexamen de la proportionnalité de la détention des personnes subissant la rétention de sûreté sur le fondement des dispositions annulées. En revanche, en dehors de ces conditions, la Cour a sanctionné la rétention de sûreté allemande, exécutée sur le fondement de dispositions déjà jugées contraires à l'article 5 par la Cour pour d'autres affaires, que le juge national, conscient de la non-conformité de la base légale à la détention, avait tenté de justifier par l'obligation positive des États à assurer la prévention du crime et la protection des personnes [CEDH, sect. V, 14 avr. 2011, *Jendrowiak c. Allemagne*, req. n° 30060/04, en angl.]. Au regard de cet état du droit allemand, la Cour européenne des droits de l'Homme a estimé inutile l'adoption de mesure individuelle dans une affaire dans laquelle elle avait conclu à la violation des articles 5 et 7 [CEDH, sect. V, 24 nov. 2011, *O. H. c. Allemagne*, req. n° 4646/08, en angl. : *D.*, actu., 9 déc. 2011, obs. O. BACHELET].

¹⁶¹ Voir N. FRICERO, « *L'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme : un enjeu pour l'Europe* » ; *LPA*, 2 mars 2006, p. 37.

¹⁶² V. *infra*, n° 537.

¹⁶³ V. *infra*, n° 702.

¹⁶⁴ Cass., ass. plén., 15 avr. 2011, 4 espèces, n°s 10-17.049, 10-30.242, 10-30.313 et 10-30.316 : *Bull. crim., ass. plén.*, n°s 1 à 4 ; *RTD civ.*, 2011, p. 725, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *AJP*, 2011, p. 311, obs. C. MAURO ; *Constitutions*, 2011, p. 326, obs. A. LEVADE ; *RSC*, 2011, p. 410, obs. A. GIUDICELLI.

2) Des droits générés par la privation de liberté (« des droits d'une personne privée de liberté »)

39. **Des droits subjectifs de la personne privée de liberté.** La théorie générale s'intéresse d'abord aux droits de la personne détenue, et non à la protection dont bénéficie la personne libre, et qui lui garantit le maintien de cet état, ou encore la protection de la personne libérée à la suite d'une détention arbitraire, qui cherche à obtenir réparation. Si le droit à la sûreté et l'interdiction de la détention arbitraire assurent d'abord la protection de la personne en liberté, en obligeant le législateur à définir strictement les conditions du recours à la privation de liberté, pour préserver au mieux cet état, la subjectivisation du contrôle abstrait de la norme privative de liberté a permis d'intégrer pleinement ces garanties au bénéfice de la personne détenue.

40. **Des droits générés par la privation de liberté servant à contenir son affliction.** Pour autant, l'ensemble des droits subjectifs dont bénéficie la personne privée de liberté n'est pas concerné par la théorie générale : elle ne vise pas les droits de la « personne », c'est-à-dire ceux reconnus à toute personne indépendamment de son état de liberté ou de captivité, mais bien les droits de la « personne privée de liberté », soit les droits spécialement générés par la privation de liberté. La privation de liberté supprime, ou plutôt compromet gravement, la liberté d'aller et venir, sans supprimer les autres droits fondamentaux, dans un principe pleinement reconnu par la Cour européenne des droits de l'Homme et le Conseil constitutionnel¹⁶⁵. La privation de liberté reste cependant une cause générale de restriction des autres droits fondamentaux, soit que celle-ci apparaisse nécessaire pour assurer la garde du détenu, ou que celle-ci apparaisse nécessaire à la réalisation du but de la détention, aménagement de la compétence du législateur, sous le contrôle classique de la juste conciliation entre l'exercice des libertés fondamentales et la protection de l'ordre public¹⁶⁶. C'est un contrôle de proportionnalité, contrôle propre à l'atteinte à la liberté fondamentale, fondé sur l'appréciation de la balance entre la gravité de l'atteinte à la liberté et l'objectif atteint par l'ingérence, qui doit être réalisé par le Conseil constitutionnel dans son

¹⁶⁵ V. par exemple pour le contrôle des restrictions aux droits fondamentaux de l'aliéné, Cons. const., déc. n° 2010-71 QPC du 26 nov. 2010, [M^{me} S.] : *J. O.*, 27 nov. 2010, p. 21119 ; *Dr. Famille*, 2011, comm. n° 11, note I. MARIA ; *RFDA*, 2011, p. 951, chron. A. PENA ; *JCP*, 2011, n° 189, note K. GRABARCZYK ; *AJDA*, 2011, p. 174, X. BIOY ; consid. n° 30 et s. V. pour le même contrôle pour la peine privative de liberté, Cons. const., déc. n° 2009-593 DC du 19 nov. 2009 portant sur la loi pénitentiaire : *J. O.*, 25 nov. 2009, p. 20222 ; *RSC*, 2010, p. 217, obs. B. DE LAMY ; *AJDA*, 2009, p. 2425, obs. P. WACHSMANN ; consid. n° 4 et s.

¹⁶⁶ Déc. n° 2009-593 DC du 19 nov. 2009 : *préc.* L'ordre public inclut alors l'ordre public pénitentiaire lorsque le contrôle porte sur la peine privative de liberté.

contrôle abstrait de la loi, mais aussi par le juge administratif dans son contrôle de la décision administrative¹⁶⁷ et encore par la Cour européenne des droits de l'Homme dans son contrôle de l'ingérence à un droit protégé par la Convention¹⁶⁸. Les différents contrôles reviennent à étudier l'effet de la privation de liberté sur les droits fondamentaux et plus précisément leur altération par la privation de liberté. Ils s'intègrent en conséquence dans la théorie générale des droits fondamentaux, plutôt que dans celle des droits des personnes privées de liberté.

41. Puisque la spécificité de la privation de liberté résulte dans son effet afflictif, le droit spécialement généré par la détention est donc celui qui vise à contenir celle-ci. Le moyen le plus radical de la contenir réside bien-sûr dans la libération. Celle-ci doit-être au minimum permise lorsque l'un des deux fondements sur laquelle repose l'exécution de la détention fait défaut, soit que la détention ne repose pas sur une base légale, par défaut de fondement abstrait, soit que le titre de détention adopté sur le fondement de la base légale est irrégulier, par défaut de fondement concret. Ce minimum, réunissant l'existence de base légale et la régularité du titre de détention, définit la légalité de la privation de liberté. Mais le progrès du droit ne serait se contenter de la simple légalité, dès lors que, même légale, l'exécution de la privation de liberté peut être déficiente, ou que l'opportunité de son recours n'est pas suffisante, malgré le respect des conditions posées par la loi. La théorie générale ne doit pas seulement être un outil de contention de l'affliction de la détention illégale, mais aussi un outil de contention de l'affliction excessive.

42. Des droits généraux de la personne privée de liberté distincts des droits spéciaux de la personne privée de liberté. Les personnes privées de liberté sont souvent placées dans des situations précaires, qui génèrent des droits spéciaux adaptés à leur situation particulière, distincts de la protection plus générale contre la détention, même s'ils s'appliquent à l'intérieur de celle-ci, et même si parfois leur expression maximale suppose l'existence de la détention. Les éléments de la théorie générale doivent en conséquence se retrouver dans les différents cas de détention, montrant ainsi leur autonomie de ceux qui

¹⁶⁷ Plus rarement par le juge judiciaire dans son contrôle des obligations auxquelles sont soumises le détenu dans le cadre de l'aménagement des peines. V. pour un exemple en matière de libération conditionnelle, Cass. crim., 30 mars 2011, n° 10-86.999 : *inédit*.

¹⁶⁸ Quant à la liberté de mariage, v. par exemple pour le refus des autorités nationales de permettre au détenu de se marier, en violation de l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'Homme, CEDH, sect. IV, 5 janv. 2010, *Frasik et Jaremowicz c. Pologne*, 2 espèces, req. n°s 22933/02 et 24023/03 : *Rec. CEDH*, 2010. Quant au droit à la santé, v. par exemple pour la violation de l'article 3 du fait du défaut de la couverture santé obligeant un détenu édenté et indigent à payer le prix intégral de prothèses dentaires, CEDH, sect. III, 16 févr. 2010, *V. D. c. Roumanie*, req. n° 7078/02, ou pour la violation de la même disposition du fait du défaut de fournir des lunettes à des détenus, CEDH, sect. III, 20 avr. 2010, *Slyusarev c. Russie*, req. n° 60333/00.

constituent le statut protecteur particulier de la personne concernée par la détention, encore plus mis à mal par la détention.

43. Le matériel de la Théorie générale des droits de la personne privée de liberté. Au regard des délimitations du champ de la détention et de la notion des droits de la personne privée de liberté, la théorie générale doit être constituée par

le rassemblement des droits subjectifs généraux, qui profitent à la personne subissant une contrainte physique étatique, qui s'exerce avec suffisamment d'intensité pour compromettre gravement sa liberté d'aller et venir, au cours de celle-ci, afin de contenir son affliction, soit en permettant la libération de la personne lorsque la contrainte est appliquée illégalement, soit en permettant de la protéger d'une affliction excessive même lorsque la contrainte est appliquée légalement.

44. Le matériel de la théorie générale défini, encore faut-il déterminer la pertinence de cet outil.

C) La pertinence du recours à la théorie générale (« d'une théorie générale des droits de la personne privée de liberté »)

45. La recherche d'une définition à la notion de théorie générale. La notion de théorie générale est une notion ancienne et répandue dans les différentes disciplines scientifiques¹⁶⁹, notamment en droit¹⁷⁰, où elle a même servi à construire des branches entières¹⁷¹, si bien que la notion est déjà définie. Concernant sa méthode, il s'agit de dégager les lignes de forces de différents régimes d'une même matière, « *de rassembler toutes les ramifications [d'une] technique dans une analyse* »¹⁷², d'« *ériger en synthèse cohérente la pensée relative à une matière déterminée* »¹⁷³ ou encore de dégager les principes « *susceptibles de trouver application à l'ensemble des éléments de la réalité dont on prétend*

¹⁶⁹ Par exemple, il existe une *Théorie générale des calculs par approximation* d'I.-J. GUILLOUD publiée en 1849. En droit, F. DROGOU a rédigé l'*Essai d'une théorie générale des nullités* en 1902 à la Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence.

¹⁷⁰ Pour quelques exemples : É. SAVAUX, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité*, LGDJ, 1997, C. DE JACOBET DE NOMBREL, *Théorie générale des circonstances aggravantes*, Dalloz, 2006 ; H. BOUCART, *L'agrégation de la livraison dans la vente, essai de théorie générale*, LGDJ, 2005 ; É. GAVIN-MILLAN, *Essai d'une théorie générale des contrats spéciaux de la promotion immobilière*, LGDJ, 2003 ; A. BOUJEKA, *La provision : essai d'une théorie générale en droit français*, LGDJ, 2001.

¹⁷¹ Ainsi en est-il par exemple de la théorie générale du droit constitutionnel, de la théorie générale de l'acte de commerce ou même de la théorie générale des contrats.

¹⁷² A. BOUJEKA, *op. cit.*, p. 2.

¹⁷³ D. MARTIN, préface de la thèse de J. DUCLOS, *L'opposabilité : Essai d'une théorie générale*, LGDJ, 1984.

tenir compte »¹⁷⁴. De régimes concrets, il faut passer à l'abstraction par le recours à la synthèse : la théorie générale apparaît « *comme une recherche d'essence sous l'accident, d'unité sous la diversité des règles* »¹⁷⁵, un moyen de trouver « *des constantes permettant d'en comprendre la réalité* »¹⁷⁶ ou encore un moyen de « *découvrir ce qui en caractérise la permanence en toute matière* »¹⁷⁷. Ces traits communs sont issus de la comparaison des dispositions de chaque régime législatif particulier et des principes supra-légaux, qui ont par définition une portée générale. Dans son objet et puisque la théorie générale suppose un travail de comparaison, elle doit toujours concerner une matière homogène, sous peine que de trop grandes distorsions rendent artificiel le dégagement d'une unité. Dans son esprit, la construction d'une théorie générale ne se limite pas au dégagement des dispositions communes, mais s'organise autour d'un même objectif, lui donnant sa cohérence. Pour M. le Professeur Éric Savaux, contrairement au droit commun, la théorie générale « *n'est pas un simple réservoir de techniques, ou le réceptacle des impératifs majeurs de l'ordre juridique, mais [...] on peut y déceler un système cohérent de prescriptions dotées d'une âme* »¹⁷⁸. Dans sa fonction, la théorie générale est un outil de rationalisation d'une matière dispersée qui permet sa meilleure compréhension. La notion de théorie générale peut en conséquence se définir comme

le rassemblement méthodique des principes fondamentaux et des règles récurrentes dans les institutions particulières, encadrant une matière homogène et formant un ensemble cohérent, permettant de rationaliser une matière éparse.

46. La pertinence de la théorie générale. La pertinence de l'outil de la théorie générale dans la matière des droits de la personne privée de liberté doit en conséquence être démontrée, qu'il s'agisse de sa méthode par la détermination de ses sources (1), de son objet par la démonstration de l'unité de la détention (2), de son esprit par la mise en évidence de l'objectif transversal des droits de la personne privée de liberté, à savoir la lutte contre l'arbitraire (3) et de sa fonction par l'identification des failles du droit français de la privation de liberté (4).

¹⁷⁴ G. SALON, « Gaston Jèze et la théorie générale des contrats administratifs » ; *Rev. Hist. Fac. Dr. Sc. Jur.*, 1991, n° 12, p. 71.

¹⁷⁵ É. SAVAUX, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité*, LGDJ, 1997, p. 9.

¹⁷⁶ A. BOUJEKA, *op. cit.*, p. 3.

¹⁷⁷ *Ibid.*, p. 3.

¹⁷⁸ É. Savaux, *op. cit.*, p. 155.

1) La pertinence de la méthode (« *le rassemblement méthodique des principes fondamentaux et des règles récurrentes dans les institutions particulières* ») : les sources de la théorie générale

47. La dimension « *horizontale* » de la théorie générale des droits de la personne privée de liberté : l'exemple du *paquet*¹⁷⁹ de droits subjectifs généré par l'arrestation. Le dégagement des droits communs de la personne privée de liberté s'opère d'abord selon un raisonnement comparatiste et essentiellement horizontal, rassemblant les récurrences. Elle se rapproche méthodologiquement du droit comparé, dès lors qu'il convient d'étudier différentes institutions pour en rassembler les points communs, mais s'en différencie par son absence de dimension internationale et par son désintéret des différences¹⁸⁰. La méthode se distingue de celle du traité, moyen plus complet d'étude. La théorie générale ne saurait épuiser un sujet : il ne s'agit pas de « *tout savoir [de son objet] et tout en dire* »¹⁸¹. Ce rassemblement des points communs entre les régimes spéciaux d'une même matière reste une méthode d'analyse bien connue du droit, dès lors que le législateur a souvent construit le droit en multipliant les institutions spéciales sans architecture générale explicite, laissant la doctrine et la jurisprudence l'extrapoler, dont une des illustrations principales réside dans la construction du Droit pénal général¹⁸². Cette méthode est même appliquée désormais à une

¹⁷⁹ Expression utilisée principalement pour désigner un ensemble de mesures normatives diverses au sein d'une même matière, le plus souvent avec des incidences patrimoniales et économiques, elle peut sans doute être employée pour désigner l'ensemble des droits, généré au même moment de l'arrestation et de différentes natures, réglant le début de la privation de liberté.

¹⁸⁰ Pour une définition du droit comparé appliqué au droit pénal tenant dans « *l'étude des différences et des ressemblances entre deux (ou plusieurs) ensembles juridiques pénaux* », voir J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, Dalloz, 1995, p. 3.

¹⁸¹ É. SAVAUX, *op. cit.*, p. 12.

¹⁸² Pour M^{me} le professeur MICHÈLE-LAURE RASSAT, le droit pénal spécial est « *premier* » [M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, Dalloz, 5^e éd., 2006, p. 3]. Elle estime ainsi que la première loi pénale « *a nécessairement été une disposition de Droit pénal spécial* », les premiers « *codes pénaux* » – Code d'Hammourabi, Deutéronome, XII tables romaines – étant des catalogues d'infractions. Elle estime que les premiers efforts doctrinaux concernant le droit pénal général datent des XVII^e et XVIII^e siècles et situe une concrétisation plus aboutie de la matière au XIX^e siècle. « *En France, par exemple, ce sont, dit-on, les grands criminalistes du XVIII^e siècle qui, en partant des dispositions des coutumiers et des arrêts des parlements, ont commencé à esquisser les lignes fondamentales du droit pénal* » [G. LEVASSEUR, préface in *La distinction du droit pénal général et du droit pénal spécial*, J.-B. BOSQUET-DENIS, LGDJ, 1977, p. 9]. « *Le droit pénal général, en procédant d'une conceptualisation, d'une abstraction, d'une généralisation des divers actes interdits, a donc été précédé par le droit pénal spécial* » [J. PRADEL et M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, Cujas, 3^e éd., 2004, p. 14]. En exemple, les auteurs citent le *Traité des matières criminelles* de GUY DU ROUSSEAU DE LA COMBE qui ne contient que 20 pages sur le droit pénal général pour 114 sur le droit pénal spécial. Pour M. le professeur Jean PRADEL, « *historiquement, le droit pénal général est plus récent que le droit pénal spécial car il suppose un degré d'abstraction ignoré des premiers âges de l'humanité* » [J. PRADEL, *Traité de droit pénal et de science criminelle comparée*, Cujas, 12^e éd., 1999, p. 56]. Surtout, le Code pénal napoléonien ne comportait guère de partie générale, et les principes généraux se trouvaient « *dispersés dans l'ensemble du texte et généralement affirmés à propos de telle ou telle infraction si bien que leur domaine d'application véritable a pu faire l'objet*

échelle plus réduite pour donner naissance à un droit spécial général¹⁸³. L'étude des législations spéciales dans notre domaine, malgré l'existence de nombreux principes supra-légaux, reste importante et permet notamment d'intégrer à la théorie générale le *paquet* de droits issus de l'arrestation, qui tiennent dans l'assistance par un avocat, le droit à bénéficier d'un examen médical, le droit de prévenir un tiers, le droit d'être informé des raisons de l'arrestation et le droit de bénéficier à la notification de ses droits.

48. La dimension « verticale » de la théorie générale des droits de la privation de liberté : les principes cardinaux de la protection contre la privation de liberté. La privation de liberté bénéficie aussi d'un encadrement supra-législatif général d'une grande richesse, qui constitue l'autre source des éléments de la théorie générale, non plus par comparaison dans une dimension horizontale, mais par nature dans une dimension verticale. Ces principes sont présents dans le bloc de constitutionnalité¹⁸⁴. Surtout, la privation de liberté est directement réglementée par une disposition emblématique du corps de la Constitution, l'article 66, qui consacre l'autorité judiciaire dans le rôle de gardien de la liberté individuelle. De même, l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'Homme est consacré à la privation de liberté, dont la majorité des principes sont communs à l'ensemble des cas de détention¹⁸⁵, et qui a donné lieu à une jurisprudence riche. La force de ces principes supra-légaux, de ces principes cardinaux de l'encadrement de la détention¹⁸⁶, ne réside pas seulement dans leur valeur, et ils profitent en plus des progrès du droit, qui assurent leur effectivité par l'ouverture d'un accès au juge national, non seulement pour contester leur violation par la base légale abstraite¹⁸⁷, mais aussi pour contester leur violation par le titre de détention concret¹⁸⁸. L'article 66 de la Constitution et l'article 5 § 4 de la Convention érigent d'ailleurs directement deux recours spéciaux pour contester la détention, durant son cours,

de bien des spéculations qui auraient pu être évitées par une meilleure construction » [M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, Ellipses, 2^e éd., 2006, p. 20]. C'est alors la jurisprudence qui a du faire le tri entre règle à vocation générale et règle spéciale, contribuant directement à la création du droit pénal général, comme par exemple la construction de la théorie générale des faits justificatifs. Aujourd'hui, le nouveau Code pénal comprend dans son premier titre l'ensemble des principes de droit pénal général.

¹⁸³ V. par exemple É. GAVLIN-MILLAN, *Essai d'une théorie générale des contrats spéciaux de la promotion immobilière*, 2003, LGDJ.

¹⁸⁴ L'article 2 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen consacre la sûreté tandis que son article 7 proclame la légalité de la privation de liberté. Les articles 8 et 9 du même texte sont en revanche des dispositions spéciales qui s'appliquent à la peine privative de liberté ou à la détention du suspect.

¹⁸⁵ Seul l'*Habeas corpus* est organisé uniquement au bénéfice du suspect.

¹⁸⁶ V. *infra*, n° 85 et s.

¹⁸⁷ V. *supra*, n° 37.

¹⁸⁸ Le droit interne a développé le référé-liberté, utilisé notamment pour assurer l'effectivité des droits des détenus [art. L. 521-2 du Code de justice administrative]. La Convention européenne des droits de l'Homme impose dans son article 13 que le droit national organise un recours interne assurant l'effectivité de la contestation de la violation de la Convention.

celui en *Habeas corpus* et celui à bref délai, qui vont permettre aussi la contestation de la violation concrète d'autres principes cardinaux, notamment la nécessité et la proportionnalité de la détention. La subjectivisation de la contestation abstraite et de la contestation concrète de la violation des principes cardinaux de la détention aboutissent à faire de ceux-ci le principal fournisseur des éléments de la théorie générale.

49. Les sources de la théorie générale des droits de la personne privée de liberté. Plus que les travaux doctrinaux, la construction de la théorie générale se concentre sur la législation encadrant les cas spéciaux de privation de liberté, la jurisprudence nationale s'y afférant, la jurisprudence constitutionnelle, notamment celle appliquant l'article 66 de la Constitution, et la jurisprudence européenne, rendue sous le visa de l'article 5 de la Convention principalement. La pertinence de la théorie générale s'apprécie aussi à son objet, qui doit concerner une matière homogène.

2) La pertinence de son objet (« encadrant une matière homogène ») : l'unité de la privation de liberté

50. Les fractures de la privation de liberté. Une matière éclatée, soumise à de nombreuses distinctions, empêche l'élaboration d'une théorie générale : « *si la classification ne permet pas de regrouper les régimes juridiques et qu'elle conduit à des différences de régimes juridiques, il n'y a pas alors de théorie générale* »¹⁸⁹. La privation de liberté réunit des régimes d'une durée maximale de quelques heures¹⁹⁰, comme des régimes d'une durée potentiellement perpétuelle. La durée de la détention justifie assez logiquement des variations d'intensité dans la protection contre la détention et les droits octroyés à la personne détenue¹⁹¹. Les cas de privation de liberté connaissent des variations de nature, et à ce titre, la mesure de sûreté s'oppose assez nettement à la mesure punitive, la différence de finalité justifiant sans doute une protection différente. Ainsi peut-on séparer la détention prononcée à titre de peine de celle prononcée à titre de mesure de sûreté ou encore la détention de police judiciaire de celle de police administrative. Déjà, l'instauration du Contrôleur général des lieux de privation de liberté, par son champ d'intervention, qui concerne tout lieu privatif de liberté indépendamment de sa nature, contribue à la défense de la vision autonome de la

¹⁸⁹ É. GAVLIN-MILLAN, *op. cit.*, p. 20.

¹⁹⁰ La vérification d'identité dure par exemple quatre heures [art. 78-3 CPP].

¹⁹¹ La première variation réside d'ailleurs dans l'exclusion de l'arrestation de courte durée du champ de la privation de liberté [v. *supra*, n° 21].

détention¹⁹². Ces fractures apparentes, liées à la nature de la détention (*a*) ou à sa durée (*b*), peuvent être renversées. Ces distinctions aboutissent à établir une double approche de la privation de liberté, celle fractionnée et celle globale (*c*).

a. Le renversement de la fracture apparente liée à la nature : la standardisation de la détention moyen, de la détention sanction et de la détention sûreté

51. La base commune de l'encadrement de la privation de liberté.

Les principes supra-nationaux encadrant la privation de liberté ont une portée générale, qu'il s'agisse de la légalité¹⁹³, de l'attribution à l'autorité judiciaire du contrôle de l'atteinte à la liberté individuelle¹⁹⁴ et de la majorité des principes de l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'Homme¹⁹⁵, si bien qu'ils forment une base irréductible pour chaque cas de privation de liberté, confortant la construction d'une théorie générale. L'extension progressive du rôle du juge des libertés et de la détention, celle-ci se trouvant d'ailleurs au singulier dans l'intitulé, rappelle que le législateur défend lui-même une certaine vision unitaire de la privation de liberté. Cette base commune n'est pas suffisante, alors qu'un autre principe fondamental, la nécessité de la privation de liberté, figure expressément dans des dispositions qui encadrent seulement la matière pénale¹⁹⁶. C'est qu'il existe bien des distinctions de nature dans la protection contre la privation de liberté (*i*), même si l'uniformisation de la protection permet le retour à l'unité (*ii*).

¹⁹² Loi n° 2007-1545 du 30 oct. 2007 instituant un Contrôleur général des lieux de privation de liberté : *J. O.*, 31 oct. 2007, p. 17891 ; *LPA*, 8 nov. 2007, p. 3, comm. F. CHALTIEL ; *JCP*, 2007, actu., n° 551, obs. P. PÉDRON ; *AJP*, 2007, p. 525, comm. J.-P. CÉRÉ ; *Procédures*, 2007, comm. n° 291, obs. J. BUISSON ; *AJDA*, 2008, p. 84, comm. M. MOLINER-DUBOST ; *RSC*, 2009, p. 911, comm. P. PONCELA ; *ibid.*, 2008, p. 112, obs. B. BOULOC ; *ibid.*, p. 958, obs. A.-G. ROBERT ; *RPDP*, 2008, p. 287, comm. L. MORTET ; *ibid.*, p. 485, comm. M. DANTI-JUAN.

¹⁹³ L'article 7 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen vise bien l'Homme « *détenu* », sans restriction.

¹⁹⁴ La protection de la liberté individuelle apparaît même plus large que la privation de liberté.

¹⁹⁵ La régularité de la détention imposée par l'article 5 § 1^{er} englobe expressément tous les cas de détention, tandis que l'information des raisons de l'arrestation de l'article 5 § 2, le contrôle du tribunal de la légalité de la privation de liberté de l'article 5 § 4, ou le droit à réparation de l'article 5 § 5 ne comportent pas de limitation expresse selon les cas de détention.

¹⁹⁶ L'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen proclame la nécessité de la peine, tandis que l'article 9 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen proclame la nécessité de la détention provisoire.

i) *Les distinctions de nature dans la protection contre la privation de liberté*

52. La détention sûreté : le marqueur du contrôle judiciaire périodique.

Les mesures de sûreté peuvent être définies par opposition aux peines : elles seraient « *moins préoccupées de punir que de réadapter, moins attachées à l'infraction qu'à l'état dangereux, moins déterminées une fois pour toutes par le juge que constamment révisables et adaptables à l'évolution du cas à traiter* »¹⁹⁷. La Cour européenne des droits de l'Homme, le Conseil constitutionnel et le juge national utilisent la distinction¹⁹⁸. Le Conseil constitutionnel s'attache aux critères traditionnels de qualification : celui de la fonction, distinguant la mesure visant la *prévention*, de celle visant la sanction, et celui de la nature, distinguant celle déclenchée par la *dangerosité*, de celle déclenchée par la *culpabilité*¹⁹⁹. La peine privative de liberté intervient donc en répression d'une faute, tandis que la mesure de sûreté privative de liberté intervient en prévention d'une atteinte à l'ordre public pour neutraliser la personne dangereuse.

53. Si la distinction entre la peine et la mesure de sûreté concerne l'ensemble des atteintes à la liberté individuelle, elle a le plus d'incidence en matière de privation de liberté, puisque celle-ci n'y commande pas seulement l'application des principes de non-rétroactivité de la loi nouvelle plus sévère ou du procès équitable, principes réservés à la sanction²⁰⁰, mais

¹⁹⁷ J. LARGUIER, *Le droit pénal*, PUF, coll. *Que sais-je*, 2006, p. 78.

¹⁹⁸ Ainsi, un consensus juridictionnel qualifie l'inscription au fichier informatique des auteurs d'infractions sexuelles de mesure de sûreté, que ce soit la Cour européenne des droits de l'Homme [CEDH, sect. V, 17 déc. 2009, *M. B. c. France*, req. n° 22115/06 : *D.*, 2010, p. 93, obs. K. GACHI], la Cour de cassation [Cass. crim., 31 oct. 2006, n° 05-87.153 : *Bull. crim.*, n° 267 ; *Dr. pén.*, comm. 15, obs. M. VÉRON] ou le Conseil constitutionnel [Cons. const., déc. n° 2004-492 DC du 2 mars 2004 relative à la loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité : *J. O.*, 10 mars 2004, p. 4637 ; *RSC*, 2005, p. 122, comm. V. BÜCK ; *D.*, 2004, p. 956, note M. DOBKINE ; *RSC*, 2004, p. 725, comm. CH. LAZERGES ; *JCP*, 2004, II, n° 10048, obs. J.-C. ZARKA ; consid. n° 74 et s].

¹⁹⁹ V. déc. n° 2004-492 DC du mars 2004 : *préc.* : concernant l'inscription dans le fichier des auteurs des infractions sexuelles, le Conseil estimait que « *l'inscription de l'identité d'une personne dans le fichier judiciaire national automatisé des auteurs des infractions sexuelles [...] a pour objet [...] de prévenir le renouvellement de ces infractions et de faciliter l'identification de leurs auteurs ; qu'il en résulte que cette inscription ne constitue pas une sanction mais une mesure de police* ». – Voir Cons. const., déc. n° 2008-562 DC du 21 févr. 2008 portant sur la loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental : *J. O.*, 26 févr. 2008, p. 3272 ; *RSC*, 2008, p. 731, comm. CH. LAZERGES ; *D.*, 2008, p. 1359, comm. Y. MAYAUD ; *JCP*, 2008, actu., 166, obs. B. MATHIEU ; *JCP*, 2008, II, n° 10077, comm. J.-PH. FELDMAN ; consid. n° 9 et 10 : le Conseil constate que la mesure en cause « *repose non sur la culpabilité de la personne condamnée par la cour d'assises, mais sur sa particulière dangerosité appréciée par la juridiction régionale à la date de sa décision ; qu'elle n'est mise en œuvre qu'après l'accomplissement de la peine par le condamné ; qu'elle a pour but d'empêcher et de prévenir la récidive par des personnes souffrant d'un trouble grave de la personnalité ; qu'ainsi, la rétention de sûreté n'est ni une peine, ni une sanction ayant le caractère d'une punition* »].

²⁰⁰ La rétention de sûreté a cependant nuancé ces solutions classiques [v. *infra*, n° 208].

conditionne également l'application du principe du contrôle judiciaire périodique du bien-fondé de la privation de liberté, principe réservé à l'inverse à la mesure de sûreté en vertu de l'interprétation européenne de l'article 5 § 4²⁰¹.

54. La détention *sanction* : les marqueurs du procès équitable et du principe de non-rétroactivité de la loi plus sévère. Par opposition à la détention *sûreté*, la détention *sanction* frappe l'auteur d'une faute, en répression de sa culpabilité. Sa force réside alors dans l'application de principes supérieurs aux autres standards de la privation de liberté, spécifiques au droit pénal, si bien que, s'ils ne s'appliquent pas spécialement à la détention *sanction*, mais plus largement à toute peine, ils profitent à la détention. Le premier principe réside bien sûr dans l'application du procès équitable au prononcé de la peine privative de liberté, dans son expression maximale reconnue par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme, qui se développe même dès le début de la procédure pénale, jusqu'à imposer le droit à l'assistance d'un avocat du suspect en garde à vue²⁰². De la même manière, le principe de non-rétroactivité, efficient pour la peine privative de liberté, ne se communique pas aux autres cas de détention.

55. La détention *moyen* : le marqueur de la restriction progressive de sa délimitation abstraite. Dépourvues de finalité punitive, d'autres mesures de police permettent la privation de liberté pour protéger l'ordre public, sans pour autant viser l'isolement préventif de personnes dangereuses, mais plutôt l'exécution d'une obligation ponctuelle. Ces détention *moyen*, au sens où elles servent uniquement l'exécution forcée, forment avec les mesures de sûreté, les privations de liberté de police²⁰³, prises au sens le plus

²⁰¹ Dès l'arrêt *Winterwerp*, concernant l'internement de l'aliéné, mesure de sûreté par excellence, la Cour européenne des droits de l'Homme posait que « *par nature, la privation de liberté dont il s'agit paraît appeler la possibilité de semblable contrôle, à exercer à des intervalles raisonnables* » [CEDH, ch., 24 oct. 1979, *Winterwerp*, req. n° 6301/73 : *Rec. CEDH*, série A, n° 33 ; § 55].

²⁰² CEDH, sect. II, 13 nov. 2009, *Dayanan c. Turquie*, req. n° 7377/03 : *AJP*, 2010, p. 27, note C. SAAS ; *D.*, 2009, p. 2897, note J.-F. RENUCCI ; *RSC*, 2010, p. 231, obs. D. ROETS ; *Gaz. Pal.*, 3 déc. 2009, note H. MATSOPOULOU ; *Dr. pénal*, 2010, n° 3, chron. V. LESCLOUS.

²⁰³ La Cour de cassation se réfère classiquement à la notion de « *mesure de police et de sécurité publique* » pour désigner les mesures de l'arsenal pénal correspondant à des mesures de sûreté. Pour un exemple concernant la qualification de l'interdiction de l'exploitation d'un débit de boisson, Cass. civ. III, 23 nov. 2011, n° 10-24.180 : *Bull. civ. III*, n° 200, ou encore pour le retrait du permis de chasse, Cass. crim., 9 nov. 1994, n° 94-80.375 : *inédit*. Le Conseil constitutionnel lui-même se réfère parfois à la notion de « *mesure de police* » pour viser la mesure de sûreté [déc. n° 2004-492 DC du 2 mars 2004 : *préc.* ; consid. n° 74] comme la mesure de police administrative [v. pour le retrait de la carte de séjour lié à des motifs d'ordre public, Cons. const., déc. n° 2003-467 DC du 13 mars 2003 relative à la loi pour la sécurité intérieure : *J. O.*, 19 mars 2003, p. 4789 ; *RSC*, 2003, p. 602 et p. 614, obs. V. BÜCK ; *D.*, 2004, p. 1273, obs. S. NICOT ; consid. n° 85 ou pour l'interdiction de retour pouvant assortir une obligation de quitter le territoire, Cons. const., déc. n° 2011-631 DC du 9 juin 2011 portant sur la loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité : *J. O.*, 17 juin 2011, p. 10306 ; *AJDA*, 2011, p. 1174, obs. M.-C. DE MONTECLER ; *Constitutions*, 2012, p. 597, obs. V. TCHEN ; consid. n° 52] même s'il s'attache à utiliser parfois les notions plus précises de « *mesure de police*

large de mesure attentatoire aux libertés destinée à assurer le maintien de l'ordre public, qu'elle soit judiciaire ou administrative²⁰⁴.

56. À la différence de la mesure de sûreté, les autres mesures de police voient leur régime gouverné par l'exécution d'une obligation précise. Elle réunit en conséquence les cas les plus courts de privation de liberté, la détention provisoire restant un rare cas de détention *moyen* prolongé. Son régime impose en conséquence d'encadrer strictement la durée de la détention, celle-ci ne devant pas dépasser la durée nécessaire à l'exécution de l'obligation et son acquisition justifiant dans tous les cas la libération. Son maintien au-delà de la durée prévisible de l'exécution, doit rester une hypothèse exceptionnelle justifiée par des circonstances particulières, qu'il revient au législateur de définir strictement. Enfin, une durée maximale indépassable doit nécessairement être posée, son échéance démontrant l'impossibilité de réaliser l'obligation et retirant tout but à la privation de liberté.

57. **Les trois catégories de privation de liberté.** Trois catégories de privations de liberté visant la protection de l'ordre public peuvent être distinguées. La première catégorie, la privation de liberté *moyen*, vise à assurer l'exécution d'une obligation. La seconde catégorie, la privation de liberté *sûreté*, vise à neutraliser préventivement l'individu dangereux. La dernière catégorie, la privation de liberté *sanction*, vise la punition de la personne coupable d'une faute. Si chaque catégorie dispose de caractéristiques particulières à leur nature, le formatage de la détention a permis de généraliser les marqueurs spécifiques de chaque catégorie, permettant le retour à l'unité.

administrative » [Cons. const., déc. n° 2012-253 QPC du 8 juin 2012, [M. D.] : *J. O.*, 9 juin 2012, p. 9796 ; *Gaz. Pal.*, 5 juil. 2012, p. 11, comm. S. DETRAZ ; *Constitutions*, 2012, p. 479, obs. X. BIOY ; *LPA*, 25 mars 2013, p. 4, chron. V. TELLIER-CAYROL] ou de « *mesure de sûreté* » [v. concernant la période de sûreté pouvant accompagner une peine, Cons. const., déc. n° 93-334 DC du 20 janv. 1994 relative à la loi instituant une peine incompressible et relative au nouveau Code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale : *J. O.*, 26 janv. 1994, p. 1380 ; *RFD const.*, 1994, p. 353, note TH. RENOUX ; *D.*, 1995, p. 340, obs. TH. RENOUX ; *ibid.*, p. 293, obs. É. OLIVA ; consid. n° 10]. Les deux notions obéissent de toute manière à un régime identique notamment au regard du principe de la non-rétroactivité : le Conseil constitutionnel se contente d'écarter la nature répressive d'une privation de liberté pour déterminer son régime, sans rechercher au-delà s'il s'agit d'une mesure de sûreté ou d'une mesure de police [déc. n° 2008-562 DC du 21 févr. 2008 : *préc.* ; consid. n° 9].

²⁰⁴ Nous utiliserons cependant autrement le concept de privation de liberté de police pour viser la détention réalisée avant le premier contrôle judiciaire formel [v. *infra*, n° 62].

ii) *Le retour à l'unité par l'uniformisation de la protection*

58. L'extension du contrôle périodique judiciaire à la détention *sanction*.

L'absence de contrôle périodique juridictionnel du bien-fondé de la peine privative de liberté est en réalité largement remise en cause par la libération conditionnelle, mécanisme permettant la libération anticipée, que le législateur ouvre pour la majorité des infractions. Le principe se répand même dans la jurisprudence européenne concernant la peine perpétuelle, pour laquelle la Cour développe une jurisprudence aboutissant à requalifier la détention en mesure de sûreté, après avoir constaté le terme de sa tranche punitive, au-delà de laquelle le recours périodique de l'article 5 § 4 s'applique. Cette extension est essentielle, dès lors qu'elle participe à réintégrer la détention *sanction* dans le régime général, alors qu'elle y échappe par plusieurs autres aspects, soit par un standard supérieur, comme l'application des pleins principes du procès équitable au prononcé de la peine ou encore l'application du principe de non-rétroactivité, soit par un standard inférieur, comme le contrôle abstrait de la nécessité et de la proportionnalité²⁰⁵.

59. L'extension des garanties du procès équitable au recours général à bref délai. Si la peine privative de liberté tend à intégrer le standard commun par le développement du contrôle de son bien-fondé au cours de son exécution, l'un de ses marqueurs, l'application du procès équitable, se développe au-delà du prononcé de la peine. La Cour européenne des droits de l'Homme, même si elle reste prudente, puisqu'elle rappelle que « *les instances judiciaires relevant de l'article 5 § 4 ne doivent pas toujours s'accompagner de garanties identiques à celles que l'article 6 § 1^{er} prescrit pour les litiges civils ou pénaux* », intègre progressivement les garanties essentielles du procès équitable de l'article 6, au recours général à toute détention de l'article 5 § 4²⁰⁶. C'est un véritable *Procès contre la privation de liberté*, qui est ainsi construit.

60. L'extension du contrôle abstrait de la délimitation à tous les cas de privation de liberté. Si le régime de la détention *moyen* impose sa stricte délimitation par la loi, notamment concernant sa durée, en raison de son rattachement à l'exécution d'une obligation, le Conseil constitutionnel exerce désormais aussi un contrôle de la mesure de la privation de liberté – de sa nécessité et de sa proportionnalité –, pour toute détention, sur le

²⁰⁵ V. *infra*, n° 364 et s.

²⁰⁶ CEDH, gde ch., 17 janv. 2012, *Stanev c. Bulgarie*, req. n° 36760/06 : *Rec. CEDH*, 2012 ; *RDSS*, 2012, p. 863, note K. LUCAS ; *JDI*, 2013, chron. n° 8, obs. X. AUREY : celles-ci s'entendant au minimum par le ménagement au détenu de « *accès à un tribunal et de l'occasion d'être entendu lui-même ou, au besoin, moyennant une certaine forme de représentation* ».

fondement général de l'article 66 de la Constitution, par la découverte du principe de l'interdiction de la rigueur non nécessaire²⁰⁷. Le principe aboutit pour la mesure de sûreté, non pas tant à réglementer sa durée, mais à contrôler l'adaptation de la loi, c'est-à-dire sa conformité du régime de la détention au but du législateur. Le contrôle reste toutefois faible pour la peine privative de liberté²⁰⁸, montrant que la détention *sanction* conserve un particularisme au sein de la théorie générale, malgré le phénomène d'uniformisation de la détention, que la recherche devra s'atteler à renverser définitivement²⁰⁹. Si les distinctions de nature dans la protection contre la détention s'atténuent, une autre fracture apparente concerne la durée de la privation de liberté.

b. Le renversement de la fracture apparente liée à la durée : le chaînage de la privation de liberté de police à la privation de liberté judiciaire

61. Le renversement par l'analyse isolée de la courte privation de liberté : l'application de la base commune. Les différents cas de privation de liberté ont des durées maximales qui varient de quelques heures à la durée perpétuelle. Indiscutablement, dès lors que l'effet afflictif de la détention diffère en fonction de sa durée, une protection variable selon l'écoulement du temps apparaît logique, principalement par l'intensité du contrôle judiciaire, alors que les détentions les plus longues sont encadrées par un contrôle judiciaire périodique. Pour autant, même le régime le plus temporaire reste soumis à la base commune et laisse la place à un contrôle judiciaire sous une forme simplifiée, soit que celui-ci s'exerce *a posteriori*, non plus pour obtenir la libération, mais une réparation²¹⁰, soit que celui-ci se réalise en direct pendant la courte période, notamment par l'information de l'autorité

²⁰⁷ Le Conseil constitutionnel sur la combinaison de l'article 66 de la Constitution et l'article 9 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen rappelle que « *la liberté individuelle ne saurait être entravée par une rigueur qui ne soit nécessaire* » [déc. n° 2008-562 DC du 21 févr. 2008 : *préc.*]. V. sur le principe, *infra*, n° 356.

²⁰⁸ Celui-ci s'opère pour la peine privative de liberté sur le fondement de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et reste cantonné à un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation peu fécond.

²⁰⁹ On remarquera à ce titre que la peine privative de liberté se trouve pourtant au sein de l'article 5 § 1^{er}-a), si bien que le texte de la Convention n'en fait pas une privation de liberté différente des autres.

²¹⁰ À ce titre, le Tribunal des conflits a rappelé la compétence judiciaire unique pour fixer l'indemnisation de l'internement irrégulier de l'aliéné, malgré le maintien de la dualité pour apprécier l'irrégularité [T. confl., 17 févr. 1997, *pft région Ile-de-France, pft Paris*, n° 97-03.045 : *Bull. Trib. Confl.*, n° 1 : *Rec. CE*, p. 525 : *JCP*, 1997, II, n° 22885, concl. J. SAINTE-ROSE : « *s'il appartenait à la juridiction administrative d'apprécier [...] la régularité de la décision administrative ordonnant le placement d'office de [l'aliéné], l'autorité judiciaire est seule compétente tant pour apprécier la nécessité d'une mesure de placement d'office en hôpital psychiatrique que, lorsque la juridiction administrative s'est prononcée sur la régularité de la décision administrative de placement, pour statuer sur l'ensemble des conséquences dommageables de cette décision, y compris celles qui découlent de son irrégularité ; qu'il suit de là qu'il appartient à la juridiction de l'ordre judiciaire de connaître de l'ensemble des conclusions à fin d'indemnité* »].

judiciaire²¹¹. La courte détention, hormis l'arrestation de quelques minutes, exclue du champ de la privation de liberté²¹², n'a en conséquence pas vocation à échapper à la théorie générale²¹³, sauf à subir des aménagements logiques, pour la détention de très courte durée, sous peine d'aboutir à allonger la détention. La fracture, qui s'estompe déjà dans une analyse isolée de la détention, disparaît dans une analyse plus globale.

62. Le renversement par l'analyse globale de la courte privation de liberté : son intégration dans le chaînage de la privation de liberté. En réalité, la privation de liberté constitue le plus souvent une succession continue de différents régimes de privation de liberté, dont l'analyse isolée apparaît artificielle : elle est une chaîne, allant de l'arrestation à la libération, dont les maillons sont constitués de différents régimes de détention de plus en plus pérennes²¹⁴, dont l'entrée s'effectue souvent par des privations de liberté de plus courte durée, si bien que même ceux-ci, intégrés dans le chaînage, intéressent la théorie générale dans une analyse plus globale : elles doivent être garnies d'une protection contre l'arbitraire, notamment lorsqu'elles se situent en amont de la première intervention judiciaire ; le contrôle de leur régularité doit être ferme, notamment lorsque la courte privation de liberté a servi de support préalable et nécessaire à la traduction de la personne devant le juge, qui permettra l'adoption d'un titre de privation de liberté plus pérenne ; la célérité de la première intervention judiciaire doit toujours tenir compte de la succession antérieure de ces différents régimes, même de courtes durées. L'approche globale permet d'intégrer les plus courtes privations de liberté dans la théorie générale et introduit une double approche de la privation de liberté, celle fractionnée et celle globale.

²¹¹ V. par exemple pour l'information du procureur de la République du placement en vérification d'identité, l'art. 78-3 du CPP.

²¹² V. *supra*, n° 21.

²¹³ Il est de ce point de vue regrettable que le Conseil constitutionnel traite avec une certaine désinvolture la privation de liberté de courte durée, comme l'a montré son examen du dégrèvement, alors qu'il se fondait expressément sur sa courte période pour justifier son examen léger [Cons. const., déc. n° 2012-240 QPC du 4 mai 2012, [M. Gérard D.] : *J. O.*, 5 mai 2012, p. 8015 ; *D.*, 2012, p. 1372, note S. DETRAZ ; *RSC*, 2012, p. 1372, note A. CERF-HOLLENDER].

²¹⁴ Pour prendre un exemple caricatural, la vérification d'identité peut aboutir à la découverte du suspect d'une infraction criminelle, son placement en garde de vue en exécution d'un mandat de recherche, un défèrement pour assurer sa traduction devant le juge d'instruction, son placement en détention provisoire par le juge des libertés et de la détention, sa condamnation à la peine perpétuelle assortie d'une période de sûreté et son maintien en détention au terme de la période répressive de peine dans une privation de liberté requalifiée par le droit européen en période de sûreté.

c. *La double approche de la privation de liberté : l'approche fractionnée et l'approche globale*

63. L'approche fractionnée. L'approche fractionnée tient à étudier un cas de privation de liberté pris isolément, sans s'intéresser à sa place dans le chaînage. Cette appréciation est principalement utilisée dans l'appréciation de la délimitation abstraite de la privation de liberté, lorsque le Conseil constitutionnel étudie le cas spécial de la privation de liberté qui lui est soumis au regard du principe de l'interdiction de toute rigueur non nécessaire, ou lorsque la Cour européenne des droits de l'Homme étudie le cas au regard de son inclusion dans la liste de l'article 5 § 1^{er}(215). L'approche sert également à étudier la légalité du titre de la privation de liberté, sa forme pérenne nécessitant l'adoption d'un titre de privation de liberté adopté par le tribunal²¹⁶. Dans cette approche fractionnée, la privation de liberté est étudiée du placement jusqu'à la libération ou au placement dans un nouveau cas de privation de liberté prenant le relai. L'analyse fractionnée sera employée dans la théorie générale pour s'intéresser à un cas de privation de liberté en particulier.

64. L'approche globale. L'approche globale de la privation de liberté revient à se désintéresser des titres particuliers et distincts pris isolément, pour s'intéresser à son chaînage et la considérer, pratiquement, comme une mesure unique, de l'arrestation, c'est-à-dire son début²¹⁷, jusqu'à la libération, c'est-à-dire son terme. L'approche globale sert surtout à organiser le contrôle judiciaire de la privation de liberté, notamment pour fixer l'application des recours judiciaires spéciaux de la privation de liberté, le recours en *Habeas corpus* ou le recours à bref délai, l'*Habeas corpus* servant à limiter la durée de la privation de liberté sans juge, tandis que le recours à bref délai sert à provoquer l'adoption par le tribunal d'un titre pérenne de privation de liberté, puis le contrôle périodique du maintien en détention.

65. La distinction de la privation de liberté de police et de la privation de liberté judiciaire. La personne privée de liberté, depuis son arrestation, sauf à ce que celle-ci résulte d'emblée l'exécution d'un titre de privation de liberté d'un tribunal²¹⁸, reste sous la mainmise des autorités de police, celles directement chargées de la protection de l'ordre public, sans avoir été présentée à un juge, si bien que cette détention peut être qualifiée de

²¹⁵ V. *infra*, n° 353 et s.

²¹⁶ V. *infra*, n° 68.

²¹⁷ V. *supra*, n° 29.

²¹⁸ V. *infra*, n° 68.

privation de liberté de police²¹⁹, indépendamment de l'intervention à l'intérieur de celle-ci d'une décision formalisant sa prolongation, ou servant de fondement à l'arrestation, parfois de l'autorité judiciaire, parfois de l'autorité administrative²²⁰. La privation de liberté de police est alors encadrée par le *paquet* de droits générés par l'arrestation, justifiant leur place centrale durant cette phase²²¹, et le contrôle en temps réel de l'autorité judiciaire. La première « *intervention* »²²² du juge judiciaire, l'*Habeas corpus*, qui servira à prolonger la privation de liberté, permet une première appréciation du juge de la privation de liberté sur son bien-fondé et la première application, dans sa forme la plus faible, du contradictoire. L'*Habeas corpus* met un terme à la forme policière et la transforme en privation de liberté judiciaire : celle-ci se trouve ultérieurement placée sous le giron du contrôle périodique du juge de la privation de liberté, qui s'exercera tout au long de son exécution.

66. La Cour européenne des droits de l'Homme conforte cette analyse globale de la privation de liberté, concernant le suspect arrêté, avant sa traduction devant « *un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires* »²²³. L'obligation de la traduction ne s'applique pas à la privation de liberté strictement réservée à l'enquête policière, mais concerne l'ensemble des cas de privation de liberté du suspect successifs qui précèdent sa traduction devant l'autorité judiciaire indépendante, qu'ils servent à l'enquête, ou à maintenir à la disposition de la justice le suspect²²⁴, même si l'ordre d'arrestation émane d'une autorité judiciaire indépendante²²⁵.

²¹⁹ La formulation rejoint alors les qualifications nationales de police judiciaire ou de police administrative,

²²⁰ Cette décision permettant le maintien en détention résulte, soit de la décision par l'autorité judiciaire de prolonger la garde provisoire du suspect, soit de l'adoption du titre de détention adopté par l'autorité administrative, par exemple par l'adoption de l'arrêté d'internement d'office ou de l'arrêté de placement en rétention administrative.

²²¹ V. *infra*, n° 222 et s.

²²² Cons. const., déc. n° 79-109 DC du 9 janv. 1980 portant sur la loi relative à la prévention de l'immigration clandestine et portant modification de l'ord. n° 45-2658 du 2 nov. 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers et portant création de l'Office national d'immigration : *J. O.*, 11 janv. 1980, p. 84 ; consid. n° 4 : « *la liberté individuelle ne peut être tenue pour sauvegardée que si le juge intervient dans le plus court délai possible* ».

²²³ Art. 5 § 3 CEDH.

²²⁴ CEDH, sect. V, 23 nov. 2010, *Moulin c. France*, req. n° 37104/06 : *AJDA*, 2011, p. 889, chron. L. BURGORGUE-LARSEN ; *D.*, 2011, p. 277, obs. J.-F. RENUCCI ; *ibid.*, p. 338, obs. S. LAVRIC ; *ibid.*, note J. PRADEL ; *ibid.*, p. 26, point de vue F. FOURMENT ; *RSC*, 2011, p. 208, note D. ROETS ; *Dr. pénal*, 2011, comm. n° 26, obs. A. MARON et M. HAAS ; *Procédures*, 2011, comm. n° 30, note A.-S. CHAVENT-LECLÈRE ; *Gaz. Pal.*, 9 déc. 2010, p. 6, note O. BACHELET ; *JCP*, 2010, n° 1206, obs. F. SUDRE. Par exemple, c'est le temps de garde à vue cumulé au temps de détention passée sous mandat d'amener qui doit être étudié sous l'angle de l'article 5 § 3 en entier, dès lors qu'aucune traduction devant l'autorité judiciaire ne s'est opérée avant.

²²⁵ CEDH, sect. III, 20 déc. 2011, *Poghosyan c. Arménie*, req. n° 44068/07, en angl. ; § 69. L'arrestation réalisée sur le fondement d'un mandat d'arrêt par la juridiction de jugement à l'encontre du suspect qui n'a pas comparu est soumise à l'article 5 § 3. – CEDH, sect. IV, 19 nov. 2013, *El Kashif c. Pologne*, req. n° 69398/11. Le mandat de dépôt décerné par la juridiction de jugement, en l'absence du suspect qui n'a pas comparu, est soumise à l'article 5 § 3 lorsqu'elle est mise à exécution. – CEDH, sect. II, 23 sept. 2008, *Vrencev c. Serbie*,

67. **La caractérisation supra-légale de l'*Habeas corpus* : les exigences limitées.** Les exigences constitutionnelles²²⁶ et européennes²²⁷ se rejoignent, dans la définition de l'*Habeas corpus*, pour en faire un recours rapide²²⁸ et automatique²²⁹, confié à l'autorité judiciaire indépendante²³⁰. Le Conseil constitutionnel ne vise toutefois qu'une intervention, sans définir l'étendue du contrôle du juge, son pouvoir, sa fonction, ou encore les garanties procédurales l'entourant. La Cour européenne des droits de l'Homme se montre plus précise, caractérisant le modèle supra-légal de l'*Habeas corpus* : le juge de l'*Habeas corpus* a l'obligation « *d'entendre personnellement l'individu traduit devant lui* » et « *d'examiner les circonstances qui militent pour ou contre la détention, de se prononcer selon des critères juridiques sur l'existence de raisons la justifiant et en leur absence, d'ordonner l'élargissement* »²³¹. C'est en conséquence une vision limitée de l'*Habeas corpus* qui est consacrée, sans intégration du procès équitable²³². À ce stade, l'*Habeas corpus* se définit

req. n° 2361/05, en angl. ; § 67. Même lorsque la privation de liberté réside dans un mandat délivré par un tribunal pour faire comparaître le suspect, celle-ci est soumise à l'article 5 § 3. – CEDH, sect. III, 1^{er} avr. 2008, *Varga c. Roumanie*, req. n° 73957/01 ; § 54.

²²⁶ Elles s'appliquent à toute privation de liberté, pour se fonder sur l'article 66.

²²⁷ Elles s'appliquent pour le seul suspect et s'appuient sur l'article 5 § 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

²²⁸ Le Conseil constitutionnel vise « *le plus court délai* » [déc. n° 79-109 DC du 9 janv. 1980 : *préc.* ; consid. n° 4], la Convention européenne emploie l'adverbe « *aussitôt* » [art. 5 § 3].

²²⁹ La loi qui ne prévoit pas de recours automatique, mais laisserait à la personne détenue la saisine du juge judiciaire n'est pas constitutionnelle [Cons. const., déc. n° 2010-71 QPC du 26 nov. 2010, [M^{me} S.] : *J. O.*, 27 nov. 2010, p. 21119 ; *Dr. Famille*, 2011, comm. n° 11, note I. Maria ; *RFDA*, 2011, p. 951, chron. A. Pena ; *JCP*, 2011, n° 189, note K. Grabarczyk ; *AJDA*, 2011, p. 174, X. Bioy]. La Cour européenne des droits de l'Homme reconnaît également l'automatisme [CEDH, gde ch., 29 mars 2010, *Medvedyev et autres c. France*, req. n° 3394/03 : *Rec. CEDH*, 2010 ; *D.*, 2010, p. 1386, obs. S. LAVRIC ; *ibid.*, p. 1390, note P. HENNION-JACQUET ; *ibid.*, p. 1386, note J.-F. RENUCCI ; *ibid.*, p. 952, entretien P. SPINOSI ; *ibid.*, p. 970, obs. D. REBUT ; *AJDA*, 2010, p. 648, obs. S. BRONDEL ; *RSC*, 2010, p. 685, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; § 122].

²³⁰ Le Conseil constitutionnel vise le juge [déc. n° 79-109 DC du 9 janv. 1980 : *préc.* ; consid. n° 4]. La jurisprudence européenne se réfère à l'autorité qui présente « *des garanties d'indépendance à l'égard de l'exécutif et des parties* » [*Medvedyev*, gde ch. : *préc.* ; § 124].

²³¹ *Medvedyev*, gde ch. : *préc.* ; § 124.

²³² Dans ces conditions, la prolongation de la garde à vue au-bout de quarante-huit heures apparaît comme une forme d'*Habeas corpus* [art. 706-88 CPP]. Pour la garde à vue de droit commun, l'*Habeas corpus* interviendra, si la privation de liberté est maintenue au terme de la garde à vue, au plus tard vingt-heures après son terme [Cons. const., déc. n° 2010-80 QPC du 17 déc. 2010, [M. F.] : *J. O.*, 19 déc. 2010, p. 22374 ; *Constitutions*, 2011, p. 525, note E. DAOUD et A. TALBOT ; *Procédures*, 2011, comm. n° 73, obs. J. BUISSON], à la présentation devant le juge d'instruction en cas d'ouverture d'une information [*Moulin* : *préc.*], à la présentation devant le tribunal correctionnel, si celui-ci, saisi en comparution immédiate, peut se réunir le jour-même [art. 395 CPP], ou à la présentation devant le juge des libertés et de la détention, si le tribunal correctionnel, saisi en comparution immédiate, ne peut se réunir le jour même [art. 396 CPP]. En cas de mandat d'amener ou d'arrêt, l'*Habeas corpus* aura lieu au bout de vingt-quatre heures, soit à présentation du suspect devant le juge mandant, soit, si sa conduite est impossible dans ce délai, par sa présentation devant le juge des libertés et de la détention [art. 322 et s. CPP] Pour l'aliéné en hospitalisation forcée, l'*Habeas corpus* interviendra douze jours après le placement, sauf décision du juge de recourir à des expertises [art. L. 3211-12-1 CPP]. Pour l'étranger maintenu en zone d'attente ou en rétention administrative, l'*Habeas corpus* aura lieu lors de la prolongation de la détention par le juge des libertés et de la détention, saisi cinq jours après le placement en rétention administrative [art. L. 552-1 CESEDA], ou quatre jours après le placement en zone d'attente [art. L. 222-1 CESEDA].

comme la première intervention automatique du juge judiciaire, pour exercer le contrôle de la nécessité de la privation de liberté, rendu après conduite devant lui de la personne arrêtée, au terme de sa privation de liberté de police.

68. Le titre de privation de liberté du tribunal : la tenue du procès de la privation de liberté. Plus rarement, la privation de liberté peut résulter directement d'un titre de privation de liberté émis par un tribunal, au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme, c'est-à-dire d'une autorité indépendante et impartiale, agissant dans le respect des grands principes du procès équitable²³³, devant lequel la personne a comparu libre, et qui caractérise le procès de la privation de liberté. Cette forme d'entrée dans la privation de liberté est la plus protectrice et éteint l'*Habeas corpus*, le contrôle de la nécessité de la privation de liberté se trouvant incorporé dans le titre. Lorsque la privation de liberté a débuté par la phase policière, l'*Habeas corpus*, lorsqu'il dépasse le standard minimum et organise le procès de la privation de liberté, aboutit à l'adoption d'un titre de privation de liberté par un tribunal, qui pourra être renouvelé ultérieurement, par l'emploi du recours de l'article 5 § 4 à bref délai, selon l'étendue de la disposition. Lorsque l'*Habeas corpus* n'organise pas le procès de la privation de liberté, il n'épuise pas le recours à bref délai de l'article 5 § 4 devant un tribunal, et la prolongation de la privation de liberté par celui-ci constituera le premier titre juridictionnel, qui pourra être renouvelé régulièrement, selon la renaissance du recours à bref délai.

69. Le droit général de la privation de liberté : les concepts autonomes. La théorie générale, bien que rassemblant les droits subjectifs au profit de la personne privée de liberté contre la détention, aborde nécessairement les traits généraux du droit objectif de la privation de liberté et sert à mettre à jour des qualifications juridiques spécifiques à la privation de liberté, autonomes par rapport aux qualifications utilisées dans les différentes matières abordées et participe à la définition d'un droit général de la privation de liberté. C'est ainsi que la catégorie de la détention *moyen*, rassemble les mesures de police administrative ou judiciaire, que la détention *sanction* réunit la peine privative de liberté ou la mesure disciplinaire, ou que la détention *sûreté* groupe la détention de sûreté pénale liée à la commission d'une infraction et celle de pure police administrative. De même, la distinction entre la privation de liberté de police et la privation de liberté judiciaire, qui dépasse les qualifications nationales classiques, apparaît éclairante pour rationaliser la multitude des cas de détention.

²³³ V. sur la notion de tribunal, *infra*, n° 663 et s.

70. La recherche de l'autonomie de la privation de liberté. Abordée au sein d'une matière propre, d'un droit général, dépassant le cloisonnement et les clivages de la détention issus des matières différentes dans lesquelles elle s'insère, la théorie générale propose de replacer la détention au cœur de chacune des institutions, pour lesquelles elle est permise. C'est que souvent, la détention figure plutôt comme un élément accessoire, qui subit les principes de la matière qui l'entoure, plutôt que comme une cause de dérogation à ces principes, permettant d'assurer sa pleine unification : ainsi, la régularité de la décision administrative, qui constitue le support de la détention, échappe à l'appréciation du juge de la privation de liberté, ou, de même, le modèle de protection maximale contre la détention, celui de la détention *sanction*, n'est finalement que le standard identique qui s'applique à n'importe quelle autre peine, comme si la privation de liberté y était indifférente. La théorie générale des droits de la personne privée de liberté, reflet subjectif du droit général de la privation de liberté, destiné à assurer l'effectivité des garanties qu'il établit, rappelle l'autonomie de la privation de liberté et la place centrale que celle-ci doit retrouver. L'autonomie de la détention appelle en conséquence un traitement spécial de celle-ci, au sein de la matière dans laquelle elle s'insère, justifiant son traitement dans une branche à part, à laquelle s'applique les éléments de la théorie générale. La notion doit s'exprimer avec vigueur dans le modèle de sa contestation : elle doit être confiée à un juge spécial, dans le cadre d'une instance spéciale et pouvoir aboutir à la libération de l'individu. La théorie générale ne se confond toutefois pas avec le droit général, notamment parce qu'elle s'organise autour d'un même esprit, qui lui confère sa cohérence.

3) La pertinence de son esprit («*formant un ensemble cohérent*») : la lutte contre l'arbitraire

71. La distinction entre le droit commun et la théorie générale. Le droit commun est par définition un droit général, qui s'oppose au droit spécial ou au droit dérogatoire. Il se distingue cependant de la théorie générale par son défaut de cohérence globale et se compose de masses distinctes, dont le seul point commun est de s'appliquer communément. Seules les règles générales répondant aux mêmes axes directeurs ont leur place dans une théorie générale. La lutte contre l'arbitraire, dont la lettre de cachet²³⁴ a

²³⁴ V. *infra*, n° 87.

constitué le meilleur exemple, et qui peut se définir comme le refus de laisser la mesure attentatoire à la liberté fondamentale à la simple merci de la « *volonté libre* »²³⁵, constitue l'objectif qui réalise l'unification de l'ensemble des droits subjectifs dans les différents cas de privation de liberté et apparaît comme la clé de voûte de la théorie générale. Dans sa dimension la plus simple, la lutte contre l'arbitraire, issue de l'idéal révolutionnaire, limite l'usage de la détention à l'existence d'une base légale préalable, condition permettant de se prémunir de l'arbitraire de tout autre pouvoir normatif, notamment l'autorité réglementaire, et à l'existence d'un titre de détention respectant les conditions strictement fixées par la base légale, condition permettant de se prémunir de l'arbitraire de l'autorité d'exécution, notamment l'autorité de police.

72. La lutte contre l'arbitraire, outil d'unification des droits de la personne privée de liberté dans la législation : l'exemple du *paquet* de droits généré par l'arrestation. Depuis la loi *Sécurité et liberté* et la création de la vérification d'identité²³⁶, le législateur a étendu dans la privation de liberté de police des dispositions, qui accordent en bloc des droits subjectifs à la personne arrêtée. La réforme de la rétention administrative par une loi d'octobre 1981²³⁷ insérait au profit de la personne arrêtée une série de droits plus étendue encore : assistance juridique et médicale, information des droits, des motifs de l'arrestation et d'un proche. Le même *paquet* se trouvait intégré à l'internement des aliénés en 1990²³⁸. Les lois de 1993 importaient le même cadre dans la garde à vue²³⁹. Cette dernière introduction était fondamentale, puisque le modèle de la garde à vue était directement transposé, souvent par renvois, à l'ensemble des cas de privation de liberté de police du

²³⁵ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 9^e éd., 2011, définition d'« arbitraire ».

²³⁶ Loi n° 81-82 du 2 févr. 1981 renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes : *J. O.*, 3 févr. 1981. La loi consacrait le droit de prévenir un tiers de l'arrestation, le droit de prévenir le procureur de la République ou encore la notification des droits dès son arrivée au poste.

²³⁷ Loi n° 81-973 du 29 oct. 1981 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France : *J. O.*, 30 oct. 1981, p. 2970 ; *D.*, 1982, chron., n° 26, comm. N. GUIMEZANES.

²³⁸ Loi n° 90-527 du 27 juin 1990 relative aux droits et à la protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux et à leurs conditions d'hospitalisation : *J. O.*, 30 juin 1990 ; *AJDA*, 1990, comm. M. DEBÈNE, p. 871 ; *D.*, 1991, chron. n° 7, comm. G. NICOLAU ; *ibid.*, comm. M.-P. CHAMPENOIS-MARMIER et J. SANSOT ; *JCP*, 1991, I, n° 3463, comm. J.-M. AUBY ; *RTD civ.*, 1990, p. 704, obs. A. COEURET. Cette loi, dans son article 2, créait une nouvelle subdivision dans le Code de la santé publique intitulée « *Organisation générale de la lutte contre les maladies mentales et droits des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux* » et proclamait dans l'article L. 326-1 de l'ancien Code de la santé publique le droit de bénéficier d'une assistance juridique, d'une assistance médicale et le droit d'être informé, dès leur admission, de leur situation juridique.

²³⁹ V. la loi n° 93-2 du 4 janv. 1993 portant réforme de la procédure pénale [*J. O.*, 5 janv. 1993, p. 215 ; *JCP*, 1993, actu., n° 100067, note J. BOYER ; *D.*, 1993, p. 39, obs. J. PRADEL ; *RSC*, 1993, p. 238, chron. D. SALAS (spéc. sur le droit des mineurs)] et la loi n° 93-1013 du 24 août 1993 modifiant la loi n° 93-2 du 4 janv. 1993 portant réforme de la procédure pénale [*J. O.*, 25 août 1993, p. 10751 ; *Gaz. Pal.*, 1993, chron., p. 388, comm. V. TURCEY ; *JCP*, 1993, I, n° 3720, p. 490, comm. F. LE GUNEHÉC ; *D.*, 1993, p. 299, comm. J. PRADEL]. Ces lois ont reconnu à la personne gardée à vue le droit à un examen médical, le droit à une assistance juridique, l'information de leur droit et le droit de prévenir un proche.

suspect²⁴⁰, puis même en dehors du cas du suspect²⁴¹. Surtout, la jurisprudence a pu forger des solutions protectrices au sujet du *paquet* en matière de garde à vue, qui ont été étendues en dehors de l'arrestation du suspect²⁴². Paradoxalement, ce progrès des droits des personnes privées de liberté apparaissait le plus souvent comme la contrepartie de l'extension du champ de la détention.

73. Ces droits, qui visent clairement à assurer la protection de la personne arrêtée contre d'éventuelles violences illégitimes, en permettant un examen médical ou d'avertir un proche et à assurer l'efficacité du premier contrôle judiciaire de la détention, en imposant l'accès à un avocat ou l'information des raisons de l'arrestation, figurent comme des contreparties à l'absence de contrôle judiciaire de la détention, alors que la personne se trouve sous la mainmise des forces de police, sauf le contrôle distant en temps réel de l'autorité judiciaire, ce qui génère un risque trop important d'application détournée de la détention : le *paquet* de droits généré par l'arrestation constitue une des expressions de la lutte contre l'arbitraire, outil d'unification des droits subjectifs dans les différents cas de privation de liberté.

²⁴⁰ Il a fallu attendre la loi *Perben II* du 9 mars 2004 pour que le législateur réglemente la pratique du petit dépôt, permettant la retenue du suspect à la fin de sa garde à vue jusqu'à son défèrement devant le juge d'instruction ou le magistrat du parquet, en y incorporant les droits du suspect en garde à vue [nouvel art. 803 du Code de procédure pénale créé par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité : *J. O.*, 10 mars 2004, p. 4567 ; *D.*, 2004, p. 1910, comm. B. DE LAMY ; *JCP*, 2004, I, n° 132 et 134, comm. J. PRADEL ; *RSC*, 2004, p. 675, obs. B. BOULOC ; *AJP*, 2004, p. 235, note D. MIEN et J.-F. BARRE (spéc. sur les droits de la défense) ; *AJP*, 2004, p. 181, note É. VERGÈS (spéc. sur la notion de criminalité organisée) ; *AJP*, 2004, p. 261, comm. A. GIUDICELLI (spéc. sur la garde à vue) ; *AJP*, 2004, p. 228, note M. SCHWENDENER (spéc. sur les pouvoirs d'enquête) ; *D.*, 2004, p. 2589, M. GIACOPELLI (spéc. sur l'aménagement des peines) ; *JCP*, 2004, I, n° 140, note P. BONFILS (spéc. sur le droit des mineurs)]. La même loi a également aligné les droits de la personne détenue dans le cadre d'un mandat d'amener ou d'arrêt sur certains droits de la garde à vue [art. 130 CPP]. La même loi développait les mêmes droits au profit de la personne appréhendée en vertu d'un mandat d'arrêt européen [art. 695-27 CPP].

²⁴¹ V. par exemple l'art. 611-1-1 CESEDA instituant la nouvelle retenue pour vérification du droit au séjour de l'étranger.

²⁴² Dans le domaine de la garde à vue, le suspect doit être immédiatement informé de ses droits [art. 63-1 CPP]. La Chambre criminelle a développé une jurisprudence désormais bien établie et annule les gardes à vue lorsque l'information a été tardive, sans rechercher le moindre grief, ce retard « *portant nécessairement atteinte aux intérêts de la partie qu'elle concerne* » [Cass. crim., 30 avr. 1996, n° 95-82.217 : *Bull. crim.* n° 182 ; *RSC*, 1996, p. 879, obs. J.-P. DINTILHAC]. Dans le contentieux de la rétention administrative des étrangers, la première chambre civile de la Cour de cassation a développé des solutions comparables et strictes en autorisant le juge judiciaire à refuser de prolonger la détention de l'étranger, dès lors qu'il constate l'impossibilité pour l'étranger de mettre à exécution les droits dont il bénéficie, sans autre démonstration [Cass. civ. I, 31 janv. 2006, 5 espèces, n°s 04-50.093, 04-50.121, 04-50.128, 04-50.129 et 04-50.157 : *Bull. civ. I*, n° 45 : *AJP*, 2006, p. 165, obs. H. GACON ; *Rev. crit. DIP*, 2006 p. 369, obs. P. LAGARDE].

74. La lutte contre l'arbitraire, outil d'unification des droits de la personne détenue dans la jurisprudence européenne : l'exemple du développement du contrôle juridictionnel du bien-fondé de la privation de liberté. La Cour européenne des droits de l'Homme ne cesse de rappeler que « *l'article 5 § 1^{er} exige [...] la conformité de toute privation de liberté au but consistant à protéger l'individu contre l'arbitraire* »²⁴³, enrichissant la notion de régularité, qui tient principalement dans le respect des conditions de fond et de forme imposées par le droit interne, par des apports prétoriens, qui dépassent les garanties textuelles définies par l'article 5. La Cour, dans son arrêt de Grande chambre *Saadi*, a pris le soin de résumer l'ensemble des apports de sa jurisprudence fondée sur l'article 5 § 1^{er}, qui repoussent la définition de la détention arbitraire, au-delà de sa simple légalité. La détention est arbitraire lorsqu'« *il y a eu un élément de mauvaise foi ou de tromperie de la part des autorités* »²⁴⁴, principe permettant de réprimer principalement l'extradition déguisée²⁴⁵, ou la déloyauté dans l'arrestation²⁴⁶. La lutte contre l'arbitraire s'exprime dans sa vision plus classique, qui sert à réprimer l'usage abusif par les autorités du pouvoir de détenir, qu'ils tiennent de la loi, qui fait l'objet d'un détournement volontaire. Elle impose aussi que « *l'ordre de placement en détention mais aussi l'exécution de cette décision cadrent véritablement avec le but des restrictions autorisées par l'alinéa pertinent de l'article 5 § 1^{er}* », si bien qu'il doit être maintenu « *un certain lien entre, d'une part, le motif invoqué pour justifier la privation de liberté autorisée et, de l'autre, le lieu et le régime de détention* »²⁴⁷. Ces derniers éléments consacrent clairement le principe d'adéquation, qui impose que les conditions de régularité de la détention définies par la norme, ainsi que le lieu et le contenu de la détention, soient de nature à favoriser l'objectif visé par le législateur et permet à la fois le contrôle par la Cour européenne des droits de l'Homme des motifs du

²⁴³ CEDH, gde ch., 29 janv. 2008, *Saadi c. Royaume-Uni*, req. n° 13229/03 : *Rec. CEDH* ; *AJDA*, 2008, p. 978, chron. J.-F. FLAUSS ; § 67. : « *un principe fondamental selon lequel nulle détention arbitraire ne peut être compatible avec l'article 5 § 1^{er}, et la notion d'"arbitraire" que contient l'article 5 § 1^{er} va au-delà du défaut de conformité avec le droit national, de sorte qu'une privation de liberté peut être régulière selon la législation interne tout en étant arbitraire et donc contraire à la Convention* ».

²⁴⁴ *Ibid.*, § 68. Ainsi, une libération formelle, cantonnée à la signature de l'acte de libération par le détenu, à la suite de l'épuisement de la durée maximale de la détention de l'étranger, alors que le détenu était maintenu sous la contrainte au commissariat de police, le temps de prendre un nouvel arrêté d'expulsion dix minutes plus tard, pour contourner la législation, viole la Convention [CEDH, sect. I, 10 mai 2007, *John c. Grèce*, req. n° 199/05].

²⁴⁵ CEDH, 18 déc. 1986, *Bozano c. France*, req. n° 9990/82 : *Rec. CEDH*, série A, n° 111. – CEDH, sect. I, 18 avr. 2013, *Azimov c. Russie*, req. n° 67474/11, en angl. Voir pour les limites du contrôle européen, traditionnellement conciliant en matière de coopération nationale, D. ROUGET, « Le respect du droit extraditionnel et les "extraditions déguisées" » ; *RTDH*, 1999, p. 169.

²⁴⁶ CEDH, 5 févr. 2002, *Conka c. Belgique*, req. n° 51564/99 : *Rec. CEDH*, 2002-I ; *AJDA*, 2001, p. 1060, obs. J.-F. FLAUSS.

²⁴⁷ *Saadi*, gde ch. : *préc.* ; § 69.

placement en détention, mais aussi de l'exécution de la détention, domaine pourtant complètement absent du texte de la Convention. Un tel principe montre que le défaut de l'exécution de la détention est aussi de nature à intégrer la définition de la détention arbitraire, au moins lorsqu'il aboutit à empêcher la détention d'atteindre son objectif et neutralise le sens de la privation de liberté.

75. Un autre élément, développé par la Cour, même si elle prend soin d'en écarter opportunément l'application à la détention *sanction* et la détention *moyen* de l'étranger, rappelle que l'usage de la privation de liberté doit rester nécessaire et proportionné : « *la notion d'arbitraire dans les contextes respectifs des alinéas b), d) et e) implique également que l'on recherche si la détention était nécessaire pour atteindre le but déclaré* »²⁴⁸. Le dernier élément prétorien rappelle que la détention doit toujours conserver un lien de causalité, c'est-à-dire que son maintien doit rester motivé par la persistance des motifs initiaux, ce qui lui sert principalement à assurer son contrôle de la peine perpétuelle²⁴⁹. Ces deux derniers éléments permettent à la Cour de délimiter plus précisément les cas de détention autorisés par la liste de l'article 5 § 1^{er}, qui doivent évidemment être intégrés par le législateur dans la rédaction de la loi, si bien que la lutte contre l'arbitraire n'est pas satisfaite par la simple existence de la base légale, encore faut-il que celle-ci soit aussi dénuée d'arbitraire, notamment dans la délimitation de la détention qu'elle réalise. Cette extension des principes encadrant la norme privative de liberté profite évidemment à la personne détenue, dans le cadre de la subjectivisation de la contestation de la base légale de la détention. Elle incorpore surtout dans le contrôle juridictionnel du fond de la détention, réalisé par le juge national et plus exceptionnellement le juge européen, l'appréciation de la nécessité et de la proportionnalité de la détention. La lutte contre l'arbitraire sert alors directement à enrichir l'ensemble du contrôle juridictionnel de la détention, organisé dans le cadre de droits de recours subjectifs, qui profitent au détenu.

76. **L'élargissement de la notion de détention arbitraire.** L'arbitraire, qui réside dans l'abandon de l'atteinte à une liberté fondamentale à la « *volonté libre* »²⁵⁰, est évidemment combattu en dehors de la détention. La lutte contre l'arbitraire reste cependant spécialement liée à la détention, par l'article 66 de la Constitution et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme sur le fondement de l'article 5 § 1^{er}. Ce lien s'explique d'abord historiquement par la remise en cause révolutionnaire de la lettre de

²⁴⁸ *Ibid.*, § 70.

²⁴⁹ *Ibid.*, § 71.

²⁵⁰ G. Cornu, *op. cit.*

cachet²⁵¹. Il reste d'actualité, alors que la détention apparaît comme le moyen le plus propice, sauf la mise à mort, pour écarter des opposants politiques ou opprimer des minorités. La détention arbitraire, réside d'abord dans son usage illégitime, qui en fait un moyen d'oppression. La détention de « *volonté libre* » est celle qui est prise dans le seul but d'empêcher ou de sanctionner l'usage d'une liberté fondamentale. La détention de « *volonté libre* » est aussi celle appliquée sans base légale, ou sans titre de détention. La notion de détention arbitraire s'est toutefois enrichie. Elle concerne aussi la privation de liberté selon une loi de mauvaise qualité, soit que la délimitation législative de la détention soit insuffisante, soit que celle-ci n'assure pas suffisamment la protection du détenu contre l'usage excessif de la détention, parce qu'elle organise un contrôle judiciaire insuffisant de la détention, ou parce qu'elle ne consacre pas de *paquet* de droits au profit de la personne arrêtée en amont de la première intervention judiciaire. La notion de détention arbitraire se détache alors de celle appliquée dans l'intention de détourner les cas de détention autorisés, mais sert à intégrer l'ensemble des avancées du contrôle de la détention. Dès lors, la détention réalisée sur le fondement du titre de détention irrégulier doit aussi incorporer la notion de détention arbitraire, qui recouvre aussi la détention illégale, et pas seulement celle de pure volonté. La Cour européenne des droits de l'Homme enrichit même la notion de la détention arbitraire par la détention infondée ou démesurée, c'est-à-dire celle souffrant d'un vice de nécessité ou de proportionnalité et même celle dont l'exécution est viciée, lorsqu'elle n'est pas suffisamment adaptée à la réalisation de l'objectif législatif.

77. La détention arbitraire comprend d'abord la *détention illégale*, définie dans son sens large, comprenant

la détention résultant de la libre volonté, c'est-à-dire celle illégitime ou réalisée sans loi ou sans titre, celle illégale, définie dans un sens plus strict, c'est-à-dire celle qui repose sur une loi de qualité insuffisante ou sur un titre de détention irrégulier, celle infondée, c'est-à-dire celle qui souffre d'un défaut de nécessité ou de proportionnalité et celle inadaptée, c'est-à-dire celle dont l'exécution ne permet pas d'assurer l'objectif assigné à la détention.

78. L'esprit de la théorie générale des droits de la privation de liberté : la lutte contre l'arbitraire. La lutte contre l'arbitraire, fil conducteur de la théorie générale, doit en conséquence recevoir une interprétation bien plus large que la prohibition de la détention de pure volonté et même de la simple exigence d'un titre régulier de détention, adopté sur le fondement d'une base légale : elle impose aussi que la norme privative de liberté soit elle-même dénuée d'arbitraire, que la privation de liberté de police respecte le *paquet* de

²⁵¹ V. *infra*, n° 86.

droits de l'arrestation, ou encore que le recours à la détention, pour son placement comme sa prolongation, reste nécessaire et proportionné et infiltre même l'exécution de la détention, qui doit être conforme à son objectif. L'ensemble de ces éléments, à condition de faire naître des droits subjectifs, doivent en conséquence intégrer la théorie générale et enrichir la notion dans son sens le plus large de légalité de la privation de liberté, celle dont le défaut doit être sanctionné de la libération. La théorie générale peut en conséquence être définie comme

le rassemblement des droits subjectifs généraux, qui profitent à la personne subissant une contrainte physique étatique, qui s'exerce avec suffisamment d'intensité pour compromettre gravement sa liberté d'aller et venir, au cours de celle-ci, afin de contenir son affliction, soit en permettant la libération de la personne lorsque la contrainte est appliquée illégalement, soit en permettant de la protéger d'une affliction excessive même lorsque la contrainte est appliquée légalement, afin d'assurer la lutte contre l'arbitraire.

79. La pertinence de la théorie générale se mesure enfin à sa fonction.

4) La pertinence de sa fonction (« permettant de rationaliser une matière éparsée ») : les défauts du droit français de la privation de liberté

80. **Rationaliser une matière.** La théorie générale vise d'abord à construire un régime général abstrait. En ce sens, sa construction est « *une activité purement doctrinale, un effort de pénétration de l'essence du phénomène juridique, indépendamment des particularités liées aux diverses branches du droit ou aux différents systèmes juridiques* »²⁵². Toutefois, la théorie générale ne se limite pas à un apport abstrait, et celle-ci sert plus concrètement à rationaliser une matière²⁵³.

81. **Rationaliser pour l'avenir : dessiner un patron.** La théorie générale doit servir d'abord de véritable moteur d'unification, d'harmonisation, des différents régimes concrets qui composent son domaine, en servant de *patron*, ou encore de *calque*. Celui-ci doit d'abord servir pour le législateur, non seulement lors de la création d'un nouveau cas de

²⁵² É. SAVAUX, *op. cit.*, p. 9.

²⁵³ C'est d'ailleurs sur cet aspect qu'insistent les tenants de la discipline de la théorie générale du droit. « *La théorie générale du droit concerne l'étude des conditions intrinsèques du phénomène juridique* » et porte plus précisément sur trois aspects : « 1°) *en quoi consiste la spécificité du phénomène juridique ?* 2°) *quelle est la source de celui-ci ?* 3°) *comment se réalise-t-il dans la société ?* » [J. HAESAERT, *Théorie générale du Droit*, Bruylant, 1948, p. 19]. Pour un autre auteur, la théorie générale du droit doit permettre « *de dégager la signification de la norme juridique telle que peut la révéler une analyse de sa finalité et de sa fonction d'une part, de sa structure et de ses procédés d'autre part* » [J. DABIN, *Théorie générale du Droit*, Dalloz, 2^e éd., 1969, p. 8]. Pour un dernier, « *la théorie générale du Droit a pour objet de saisir le phénomène juridique par l'étude de sa raison d'être, de ses finalités, de ses concepts fondamentaux, de sa mise en œuvre, de ses instruments, de sa méthode* » [J.-L. BERGEL, *Théorie générale du Droit*, Dalloz, 1985, p. 3].

détention, mais également lors de toute réforme d'un régime déjà existant. De ce point de vue, le droit français souffre d'une carence évidente concernant la mise sous quarantaine sanitaire forcée²⁵⁴, que la théorie générale peut servir à construire. La doctrine voit parfois dans la théorie générale un moyen d'identifier une solution, dans le silence de la loi²⁵⁵, utilité souvent attribuée à la théorie générale du contrat²⁵⁶. D'ailleurs, la proclamation de « *principes généraux du droit* », découverts par le juge judiciaire comme le juge administratif, ou des « *principes fondamentaux reconnus par la République* », découverts par le Conseil constitutionnel, se rapprochent de la théorie générale, puisqu'ils dégagent les constantes des

²⁵⁴ Cas de privation de liberté prévu par l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme [v. CEDH, 25 janv. 2005, *Enhorm c. Suède*, req. n° 56529/00 : *Rec. CEDH*, 2005-I ; *RSC*, 2006, p. 431, chron. F. MASSIAS], de nombreux droits étrangers prévoient des régimes qui autorisent la privation de liberté en cas de maladie contagieuse [v. *Droit et sida, comparaison internationale*, sous la direction de J. FOYER et L. KHAÏAT, CNRS droit, 1994]. Le droit français a connu diverses réglementations d'isolement sanitaire, insatisfaisant du point de vue de la protection des libertés individuelles. L'article 18 de l'ancien Code de la santé publique permettait au gouvernement en cas d'épidémie de prendre « *les mesures propres à empêcher la propagation de cette épidémie* ». Pour le professeur A. DECOCQ, cette disposition permettait de requérir à l'hospitalisation d'office des malades contagieux [A. DECOCQ, *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, LGDJ, 1960, p. 394]. Un décret du 11 juillet 1955 prévoyait l'internement sanitaire des malades atteints de variole. L'isolement, « *obligatoire* » et « *rigoureux* » selon le décret même, pouvait durer jusqu'à ce que soit écarté tout risque de contamination pour la personne atteinte ou suspectée d'être atteinte de la variole. L'article L. 1311-1 du nouveau Code de la santé publique donne compétence au pouvoir réglementaire pour fixer les « *règles générales d'hygiène et toutes autres mesures propres à préserver la santé de l'Homme* », ce qui inclut, d'après le même article, la « *prévention des maladies transmissibles* ». Plus précisément, l'article L. 3110-1 du nouveau Code de la santé publique prévoit qu'« *en cas de menace sanitaire grave appelant des mesures d'urgence, notamment en cas de menace d'épidémie, le ministre chargé de la santé peut, par arrêté motivé, prescrire dans l'intérêt de la santé publique toute mesure proportionnée aux risques courus et appropriée aux circonstances de temps et de lieu afin de prévenir et de limiter les conséquences des menaces possibles sur la santé de la population* ». L'article L. 3131-1 du même Code prévoit, qu'« *en cas de menace sanitaire grave appelant des mesures d'urgence, notamment en cas de menace d'épidémie, le ministre chargé de la santé peut, par arrêté motivé, prescrire dans l'intérêt de la santé publique toute mesure proportionnée aux risques courus et appropriée aux circonstances de temps et de lieu afin de prévenir et de limiter les conséquences des menaces possibles sur la santé de la population* ». Ces textes semblent abandonner au pouvoir réglementaire la possibilité de prononcer des mises en quarantaine, sous réserve de respecter l'impératif de proportionnalité. La personne qui se verrait privée de sa liberté d'aller et venir pour ce motif n'est pourvue par ces textes d'aucun droit. Cette absence de texte général a été remarquée lors de l'épidémie de pneumonie atypique. Un patient français touché par cette maladie avait de son propre chef quitté l'hôpital [v. *Le Monde* du 25 avr. 2003]. Le gouvernement avait alors d'abord envisagé de recourir à l'hospitalisation d'office, pourtant inadaptée, avant de renoncer. Le gouvernement s'était orienté ensuite vers l'adoption d'un décret spécial dictant les mesures pour empêcher la propagation de la maladie. Un projet de décret, fondé sur l'article L. 1311-1 du nouveau Code de la santé publique prévoyait la mise en quarantaine sous contrainte. Le Plan de réponse contre le SRAS d'avril 2004, établi par le ministère de la santé, indiquait que le « *décret SRAS* », rédigé aussi par le ministère de la santé, avait reçu l'avis favorable du Conseil supérieur d'hygiène publique de France et serait publié dès que la situation l'exigera. Le document indique que ce décret comprend des « *mesures de restriction des libertés individuelles et plus particulièrement de quarantaine* ».

²⁵⁵ O. PORUMB, *La rupture des contrats à durée indéterminée par volonté unilatérale : Essai d'une théorie générale*, Les presses modernes, 1937, p. 11. Dès 1937, l'auteur se demandait dans sa conclusion si sa théorie de la rupture des contrats à durée indéterminée pouvait « *s'appliquer aux cas non prévus par le législateur, ou si au contraire, on doit la restreindre aux seuls contrats pour lesquels un texte de loi la prévoit* ».

²⁵⁶ P. MALAURIE et L. AYNES, *Droit civil Contrats spéciaux*, Cujas, 14^e éd., 2001, p. 64 : « *alors que notre droit se fractionne chaque jour davantage, les « standards » que l'on retrouve dans les principaux contrats, sont identifiés, comme tels, de sorte que le juge en ayant nécessairement une vue plus claire, pourra mieux les utiliser en évitant les incohérences ou les contradictions* ».

régimes législatifs, dans une dimension transversale pour les premiers, dans une dimension historique pour les seconds, pour en faire une norme abstraite, réglementant une matière entière²⁵⁷. La théorie générale a bien vocation à servir à la jurisprudence pour accentuer la convergence de ses solutions, même si, ni le juge judiciaire²⁵⁸, ni le juge administratif²⁵⁹, ne se réfèrent à la notion de théorie générale pour adopter leurs solutions.

82. Rationaliser pour le présent : dresser un inventaire. Néanmoins, la théorie générale n'est pas qu'un outil visant à assister le législateur et la jurisprudence dans la mise en cohérence d'une même matière, elle sert aussi à dresser un inventaire de l'état de son droit, national et international, fonction de la théorie générale naturelle lorsque celle-ci aborde une liberté fondamentale. À ce titre, la protection contre la privation de liberté apparaît plutôt faible. Le droit français souffre d'abord d'un défaut culturel : il a longtemps toléré des cas de détention en violation flagrante du principe de légalité²⁶⁰, et il ne s'est que très récemment intéressé à l'exécution de la détention, notamment pour le régime pénitentiaire²⁶¹. Le droit européen de la privation de liberté reste, sous certains aspects, poussiéreux. Si l'arrêt *Medvedyev* de la Grande chambre de la Cour européenne des droits de l'Homme a fait l'objet de nombreux commentaires²⁶², il ne faisait pourtant qu'appliquer deux principes anciens de sa jurisprudence européenne²⁶³, qui n'ont pas véritablement évolué depuis. Le droit de la

²⁵⁷ Ainsi par exemple, pour dégager les principes fondamentaux reconnus par la République tenant à la justice pénale du mineur, le Conseil constitutionnel se fonde sur trois textes législatifs adoptés sous la Troisième République et antérieurs à l'entrée en vigueur de la Constitution de 1946. Il érige alors en principe les règles qui « ont été constamment reconnues par les lois de la République depuis le début du XX^e siècle » [Cons. const., déc. n° 2002-461 DC du 29 août 2002 relative à la loi d'orientation et de programmation pour la justice : *J. O.*, 10 sept. 2002, p. 14953 ; *RSC*, 2003, p. 606 et p. 612, comm. V. BÜCK ; *D.*, 2003, p. 1127, obs. L. DOMINGO et S. NICOT].

²⁵⁸ Devant la Cour de cassation, la notion de théorie générale est uniquement employée pour désigner la matière dont relève le contentieux, qu'il s'agisse de la théorie générale de la responsabilité civile [Cass. com., 11 janv. 2000, n° 97-21.166 : *inédit*. – Cass. civ. III, 4 févr. 1975, n° 73-13.975 : *Bull. civ. III*, n° 40], de la théorie générale des contrats [Cass. civ. I, 16 févr. 1994, n° 92-14.205 : *inédit*. – Cass. crim., 29 sept. 1992, n° 92-82.040 : *inédit*], ou encore de la théorie générale des vices du consentement [Cass. soc., 9 mai 1990, n° 87-42.851 : *inédit*].

²⁵⁹ Devant le Conseil d'État, l'occurrence « théorie générale » apparaît dans le contentieux de la légalité des examens et fait référence à l'intitulé des matières [CE, 20 oct. 1995, *M^{me} Memoli*, n° 144527 : *inédit*. – CE, 20 juin 1990, *Le Breton*, n° 63914 : *inédit*. – CE, 18 mars 1983, *Debeaurain*, n° 28931 : *Rec. CE*, T.].

²⁶⁰ C'est ainsi que jusqu'à récemment, le maintien du suspect en détention au terme de sa garde à vue et jusqu'à son déferement devant le juge d'instruction ou le magistrat du parquet était admise, malgré son absence de reconnaissance légale, dans la pratique du petit dépôt.

²⁶¹ Voir J.-CH. FROMENT, « Vers une "prison de droit" ? » ; *RSC*, 1997, p. 537.

²⁶² CEDH, gde ch., 29 mars 2010, *Medvedyev et autres c. France*, req. n° 3394/03 : *Rec. CEDH*, 2010 ; *D.*, 2010, p. 1386, obs. S. LAVRIC ; *ibid.*, p. 1390, note P. HENNION-JACQUET ; *ibid.*, p. 1386, note J.-F. RENUCCI ; *ibid.*, p. 952, entretien P. SPINOSI ; *ibid.*, p. 970, obs. D. REBUT ; *AJDA*, 2010, p. 648, obs. S. BRONDEL ; *RSC*, 2010, p. 685, obs. J.-P. MARGUÉNAUD.

²⁶³ Soit l'arrêt *Brogan* de 1988, concernant la durée de la garde à vue permise sans contrôle judiciaire [CEDH, plén., 29 nov. 1988, *Brogan et autres c. Royaume-Uni*, req. n°s 11209/84, 11234/84, 11266/84 et 11386/85 : *Rec. CEDH*, série A, n° 145-B], et l'arrêt *Schiesser* de 1998, concernant les qualités du magistrat

privation de liberté apparaît même parfois dépassé, certaines avancées importantes de la matière se faisant sur le fondement de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme²⁶⁴, plutôt que sur le renouvellement du droit de la privation de liberté. Certaines institutions emblématiques et anciennes de la protection contre la privation de liberté du droit français apparaissent même amoindries²⁶⁵. Cette péremption de la protection contre la détention est d'autant plus dommageable que le droit français de la privation de liberté est en perpétuelle agitation, le législateur moderne ayant tendance à accroître constamment son recours, élevé comme principal moyen d'efficacité de certaines politiques, qu'il a érigées en priorité. La recherche de la théorie générale doit aboutir à une réhabilitation de la protection contre la privation de liberté, objectif qui finit de démontrer la pertinence de la construction d'une théorie générale des droits des personnes privées de liberté, dont il reste à établir les distinctions.

***D) L'Essai d'une théorie générale des droits des personnes privées de liberté :
les principes cardinaux de la détention***

83. La notion d'Essai. La notion d'essai, notamment d'une théorie générale, est connue des juristes²⁶⁶, sans pour autant faire l'objet de définition. C'est à Montaigne que l'on attribue la paternité de ce style littéraire, dans son ouvrage justement intitulé « *Les essais* ». En littérature, l'essai peut être défini comme un « *discours réflexif de type lyrique entretenu par un JE non-métaphorique sur un objet culturel (au sens le plus large)* »²⁶⁷, ou plus sobrement un « *genre littéraire différent de la fiction, défini par la concision et le caractère*

devant qui le suspect doit être traduit au terme de la privation de liberté de police [CEDH, ch., 4 déc. 1979, *Schiesser c. Suisse*, req. n° 7710/76 : *Rec. CEDH*, série A, n° 34].

²⁶⁴ Ainsi, le principal apport de la censure constitutionnelle *a priori* de la garde à vue, décision fondatrice, a consisté à accroître l'intervention de l'avocat, sur le fondement de la défense pénale [Cons. const., déc. n° 2010-14/22 QPC du 30 juil. 2010, [M. W.] : *J. O.*, 31 juil. 2010, p. 14198 ; *RTD civ.*, 2010 p. 513, obs. P. PUIG ; *RSC*, 2011, p. 139, obs. A. GIUDICELLI ; *D.*, 2010, p. 2254, obs. J. PRADEL ; *AJP*, 2010, p. 470, comm. J.-B. PERRIER ; *Constitutions*, 2010, p. 571, comm. E. DAUD et E. MERCIER ; *RSC*, 2011, p. 165, obs. B. DE LAMY].

²⁶⁵ C'est ainsi que l'*Habeas corpus* français, imposé par l'article 66 de la Constitution, a été reporté à quinze jours pour l'internement forcé des aliénés [Cons. const., déc. n° 2011-202 QPC du 2 déc. 2011, [M^{me} Q.] : *J. O.*, 3 déc. 2011, p. 20498 ; *Constitutions*, 2012, p. 140, obs. D. FALLON ; *RFDA*, 2012, p. 629, note K. BLAY-GRABARCZYK].

²⁶⁶ Pour exemples, voir O. PORUMB, *op. cit.* ; J.-M. BÉRAUD, *La suspension du contrat de travail : Essai d'une théorie générale*, Sirey, 1980 ; J.-D. DREYFUS, *Contribution à une théorie générale des contrats entre personnes publiques*, l'Harmattan, 1997.

²⁶⁷ Définition tirée de l'article « Essai » tirée du *Dictionnaire International des Termes littéraires*, disponible sur Internet à l'adresse www.ditl.info/.

personnel de la réflexion »²⁶⁸. Les deux définitions se rejoignent sur les dimensions réflexive et personnelle de l'ouvrage. Ces caractéristiques peuvent être transposées à l'essai juridique, lorsque celui-ci se situe parmi les précurseurs, sans ancrage sur des travaux inexistant, par opposition à la contribution ou la refondation d'une matière déjà balisée par la doctrine. Celle-ci est une source documentaire secondaire de l'essai, qui prend un tour nécessairement plus personnel et original.

84. Des travaux complets et fondateurs existent sur la protection constitutionnelle de la liberté individuelle, sans être centrés entièrement sur la détention, ni incorporer les principes supra-légaux d'autres sources²⁶⁹. La présentation classique de la sûreté dans les ouvrages sur les libertés publiques revient plutôt à aborder à la suite et séparément les différents régimes de détention²⁷⁰. Plus rarement, des travaux d'ampleur existent sur l'article 5 de la Convention européenne, cantonnés à la disposition européenne²⁷¹. Dans une approche plus horizontale, la privation de liberté est plutôt abordée cas par cas, sans approche générale²⁷². Si le juge des libertés et de la détention a été le sujet de travaux abordant la détention de manière plus transversale, leur champ d'étude est de nouveau plus large que la détention, et ils n'abordent la détention qu'à travers la compétence de ce juge²⁷³. La théorie générale des droits de la personne privée de liberté, par son étude transversale, mélangeant les apports constitutionnels et européens, présente une certaine originalité et rejoint la notion d'essai, si bien que la théorie générale des droits de la personne privée de liberté tient dans

²⁶⁸ Dictionnaire disponible en ligne à l'adresse atilf.atilf.fr/academie9.htm.

²⁶⁹ V. pour les thèses TH. RENOUX, *Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire*, Economica, 1984 et P. CAMBOT, *La protection constitutionnelle de la liberté individuelle en France et en Espagne*, Economica, 1998. V. pour des articles, P. WACHSMANN, « La liberté individuelle dans la jurisprudence constitutionnelle » ; *RSC*, 1988, p. 1 ; F. FINES, « L'autorité judiciaire gardienne de la liberté individuelle dans la jurisprudence constitutionnelle » ; *RFDA*, 1994, p. 594.

²⁷⁰ Voir pour exemples, P. WACHSMANN, *Les libertés publiques*, Dalloz, 5^e éd., 2005 ou encore J. ROBERT et J. DUFFAR, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Montchrestien, 7^e éd., 1999.

²⁷¹ Pour les études complètes publiées par le Conseil de l'Europe, voir J.-L. MURDOCH, *L'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme la protection de la liberté et de la sûreté de la personne*, Dossiers sur les droits de l'homme n° 12 (révisé), Les éditions du Conseil de l'Europe, 2003 et M. MACOVEI, *Liberté et sûreté de la personne*, Précis sur les droits de l'Homme n° 5, Les éditions du Conseil de l'Europe, 2003. V. pour une étude de l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'Homme enrichie de l'étude du Comité européen pour la prévention de la torture, J. MURDOCH, *Le traitement des détenus*, Les éditions du Conseil de l'Europe, 2007, 424 p. V. pour une thèse de droit public qui dépasse l'article 5 et se rapproche de notre sujet, H. FISSON, *La privation de liberté en France et la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, 2006, Thèse Lille, 603 p.

²⁷² V. pour quelques exemples en matière d'exécution de la peine privative de liberté, M. HERZOG-EVANS, *La gestion du comportement du détenu : Essai de droit pénitentiaire*, l'Harmattan, 1998, 632 p. ou É. PÉCHILLON, *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, LGDJ, 1998, 648 p.

²⁷³ V. pour une thèse P. LE MONNIER DE GOUVILLE, *Le juge des libertés et de la détention*, Thèse Paris, 2011, 913 p.

le rassemblement original des droits subjectifs généraux, qui profitent à la personne subissant une contrainte physique étatique, qui s'exerce avec suffisamment d'intensité pour compromettre gravement sa liberté d'aller et venir, au cours de celle-ci, afin de contenir son affliction, soit en permettant la libération de la personne lorsque la contrainte est appliquée illégalement, soit en permettant de la protéger d'une affliction excessive même lorsque la contrainte est appliquée légalement, afin d'assurer la lutte contre l'arbitraire.

85. La recherche des droits subjectifs dans la refondation des principes cardinaux encadrant la privation de liberté assurant la lutte contre l'arbitraire. Certains essais de théories générales se consacrent d'abord à définir la notion étudiée et traitent ensuite de ses effets²⁷⁴. D'autres s'attèlent plutôt à une présentation organisée des différents éléments de la théorie générale, rassemblés au sein de classifications²⁷⁵, choix qui apparaît plus pertinent pour la théorie générale rassemblant différents droits, à condition de mettre à jour une *summa divisio*, même si cette présentation n'est pas exempte de reproches : « *toute classification des droits emporte une part d'arbitraire et aucune classification n'est en soi pleinement satisfaisante* »²⁷⁶. La détermination des droits subjectifs et leur classification peuvent être recherchées dans la refondation des sept principes cardinaux²⁷⁷ de la détention, refondation d'autant plus utile que certains concepts souffrent d'une définition incertaine, confortant la péremption du droit de la privation de liberté. Ces sept principes fondent la protection objective contre la détention et forment le droit général de la privation de liberté, si bien qu'ils dressent, d'une certaine manière, l'ébauche d'une théorie générale de la privation de liberté, dans laquelle les droits de la personne détenue trouvent leur source, et dont la présentation permet de toute façon la définition des concepts essentiels de la détention utilisés par la théorie générale. Les principes cardinaux peuvent être distingués en fonction de leur champ, selon qu'ils encadrent uniquement la norme abstraite privative de liberté (1), qu'ils soient hybrides et encadrent les dimensions abstraite et concrète de la privation de liberté (2), ou qu'ils encadrent uniquement son application concrète (3). Le dernier principe cardinal, l'interdiction de la détention arbitraire, permet de réaliser la synthèse (4).

²⁷⁴ J.-M. BÉRAUD, *op. cit* ou encore, J.-D. DREYFUS, *op. cit*.

²⁷⁵ Tel est le cas de la thèse de M. le professeur DECOCQ, dont le sujet a une certaine filiation avec le nôtre [A. DECOCQ, *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, LGDJ, 1960].

²⁷⁶ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 7^e éd., 2005, p. 254.

²⁷⁷ Ceux-ci bénéficient tous d'une reconnaissance supra-légale affirmée.

1) Les principes cardinaux exclusifs de l'encadrement abstrait de la norme privative de liberté

86. **Le législateur, gardien des libertés fondamentales.** Le symbole historique de la détention arbitraire réside dans les lettres de cachet, émanations du roi, dépourvues du sceau de l'État et écartées du contrôle de la chancellerie, dont la motivation pouvait être politique²⁷⁸. L'idéal révolutionnaire, en réaction, a fait du législateur le premier gardien contre l'arbitraire²⁷⁹, en vertu des principes de la légalité de la privation de liberté (a) et de la sûreté (b).

a. La légalité de la privation de liberté

87. **Le nécessaire dépassement du droit commun.** Le premier principe fondamental de la détention réside dans la légalité, qui, dans sa portée la plus simple, confie au législateur la compétence pour adopter la norme privative de liberté. Le principe de la légalité des cas de privation de liberté a été constamment répété depuis dans les textes constitutionnels²⁸⁰. C'est d'ailleurs ce principe qui a donné lieu à une des premières décisions

²⁷⁸ Par exemple, le 16 mai 1717, une lettre de cachet était émise à l'encontre de Voltaire en raison de vers irrévérencieux envers le régent. La lettre de cachet pouvait également être établie à la demande d'un particulier pour des motifs d'ordre privé. Par exemple, le marquis de MIRABEAU obtint ainsi 54 lettres de cachet, dont certaines visaient sa femme et son fils. Ces lettres de cachet, avant même leur abolition durant la Révolution par un décret de l'Assemblée constituante du 10 et 16 mars 1790, faisaient l'objet de nombreuses critiques. MALHERBES dès 1770 s'emportait contre ce procédé : « *les lettres de cachet se sont tellement multipliées qu'aucun citoyen n'est assuré de ne pas voir sa liberté sacrifiée à des vengeances personnelles ; car personne n'est assez grand pour être à l'abri de la haine d'un ministre ni assez petit pour n'être pas digne de celle d'un commis de ferme* ». Le baron de BRETEUIL écrit en 1786 que « *la prodigalité d'un homme marié et sa passion pour le jeu ne sont pas des motifs suffisants pour le priver de sa liberté* ».

²⁷⁹ Parallèlement, la légalité criminelle apparaît à la même époque comme la meilleure garantie concernant le droit pénal de fond.

²⁸⁰ La Constitution de 1791 garantit dans son titre premier « *la liberté à tout homme d'aller, de rester, de partir, sans pouvoir être arrêté, ni détenu, que selon les formes déterminées par la Constitution* ». La Constitution de l'An III affirme dans son article 8 que « *nul ne peut être appelé en justice, accusé, arrêté ni détenu, que dans les cas déterminés par la loi, et selon les formes qu'elle a prescrites* ». La Constitution de l'An VIII dans son article 77 dispose que, « *pour que l'acte qui ordonne l'arrestation d'une personne puisse être exécuté, il faut : 1° Qu'il exprime formellement le motif de l'arrestation et la loi en exécution de laquelle elle est ordonnée ; 2° Qu'il émane d'un fonctionnaire à qui la loi ait donné formellement ce pouvoir ; 3° Qu'il soit notifié à la personne arrêtée, et qu'il lui en soit laissé copie* ». La Charte constitutionnelle de 1814, dans son article 4, affirme, au sujet des français : « *leur liberté individuelle est également garantie, personne ne pouvant être poursuivie ni arrêtée que dans les cas prévus par la loi et dans la forme qu'elle prescrit* ». La Charte constitutionnelle de 1830 reprendra exactement la même formule dans son article 4. La Constitution de 1848 proclame dans son article 2 que « *nul ne peut être arrêté ou détenu que suivant les prescriptions de la loi* ». Le projet de Constitution du 19 avril 1946 dans son article 9 prévoyait que « *nul ne peut être poursuivi, arrêté ou détenu que dans les cas déterminés par la loi et selon les formes qu'elle a prescrites* ». Elle a été également introduite dans la

importantes du Conseil constitutionnel dans le domaine de la privation de liberté, qui a permis de censurer l'emprisonnement contraventionnel²⁸¹. Si la légalité est aujourd'hui une condition générale du droit commun de l'atteinte à la liberté fondamentale, ce que l'article 34 de la Constitution valide²⁸², comme la Convention européenne des droits de l'Homme²⁸³, la légalité de la privation de liberté fait l'objet d'une proclamation²⁸⁴, ce qui implique sans doute dans cette matière une expression exceptionnelle du principe, à l'image de la légalité criminelle. Mécanisme de protection ancien de la liberté fondamentale, la mise sous tutelle du législateur par les normes internationales et le contrôle de constitutionnalité ont écorné le mythe, tout en permettant le renouveau de la légalité, en exigeant que la loi soit de qualité. Son intégration entière dans la théorie générale nécessite de démontrer le dépassement du droit commun de l'atteinte à la liberté individuelle. La légalité rejoint en tout cas un autre principe cardinal de la détention, celui de la sûreté.

Constitution américaine en 1866 par le XIV^e amendement : les États « *ne peuvent priver aucune personne de sa vie, sa liberté ou sa propriété sans procédure légale convenable* ».

²⁸¹ Cons. const., déc. n° 73-80 L du 28 nov. 1973 relative à la nature juridique de certaines dispositions du Code rural, de la loi du 5 août 1960 d'orientation agricole, de la loi du 8 août 1962 relative aux groupements agricoles d'exploitation en commun et de la loi du 17 déc. 1963 relative au bail à ferme dans les départements de la Guadeloupe, de la Guyane, de la Martinique et de la Réunion : *J. O.*, 6 déc. 1973, p. 12949 ; *RDP*, 1974, p. 899, obs. J. DE SOTO ; *AJDA*, 1974, p. 229, obs. J. RIVERO.

²⁸² L'article 34 proclame que « *la loi fixe les règles concernant les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques* ».

²⁸³ Celle-ci soumet, le plus souvent, la validité de l'ingérence à la liberté fondamentale, à la condition qu'elle soit « *prévue par la loi* » [v. les art. 8, 9 et 10 CEDH].

²⁸⁴ L'article 7 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen dispose que « *Nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la Loi, et selon les formes qu'elle a prescrites.* » Ce fondement est général à toute forme de détention, puisque la légalité de la peine privative de liberté repose sur un fondement spécial [art. 8 DDHC : « *la Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires* »]. L'article 5 § 1^{er} de la Convention européenne des droits de l'Homme consacre la légalité en rappelant que la détention est permise « *selon les voies légales* ».

b. La sûreté

88. L'introuvable sûreté. La sûreté, prise comme une liberté fondamentale, a reçu plusieurs acceptations²⁸⁵, qui ont fluctué au cours du temps²⁸⁶. Dans son sens le plus large, elle proclame le droit à la sécurité des personnes²⁸⁷. Dans son sens le plus restreint, elle rappelle l'obligation de garantir à toute personne sa liberté d'aller et venir. La notion comprend pratiquement deux principes contradictoires dans le domaine de la détention : l'un qui vise à limiter le recours à la détention, en tant qu'atteinte à une liberté fondamentale, l'autre qui pose un objectif autorisant le recours à la détention et même plus largement à toute liberté fondamentale. Le principe protecteur rappelle l'obligation de défendre la liberté individuelle et d'adopter, en conséquence, un droit objectif restreignant l'usage de la privation de liberté, qui doit rester exceptionnel, nécessaire et proportionné : le principe s'adresse d'abord à la personne libre et consacre l'obligation pour le législateur de préserver au mieux cet état. Dans ce sens, la sûreté rejoint l'interdiction des détentions arbitraires, mais dans une proclamation positive de la liberté. Des auteurs préfèrent alors se référer à la notion de « *sûreté personnelle* »²⁸⁸ ou de « *liberté individuelle primaire ou minimale* »²⁸⁹.

89. La sûreté : la sécurité de la personne privée de liberté contre l'arbitraire.

La sûreté se réfère aussi plus largement à la notion de protection de la personne contre l'action des autorités, que le droit doit instituer, sous peine de lui abandonner un pouvoir arbitraire : elle constitue alors « *la garantie de la sécurité juridique de l'individu face au*

²⁸⁵ P. DELVOLVÉ, « Sécurité et sûreté » ; *RFDA*, 2012, p. 1085.

²⁸⁶ Voir F. LUCHAIRE, « La sûreté : droit de l'homme ou sabre de M. Prudhomme ? » ; *RDP*, 1989, p. 609]. Selon l'auteur, le premier sens du principe visait à servir de garantie contre les lettres de cachet. Le terme rejoint plus tard le sens de garantie de la sécurité publique, puis plus largement le sens de protection contre les risques de l'existence. Désormais, la notion de sûreté serait « attrape-tout ». M. le professeur Jean Rivero y voit plus généralement « *la garantie de la sécurité juridique de l'individu face au pouvoir* » [J. RIVERO, *Les libertés publiques*, PUF, 1991, Tome II, p. 21], la détachant de la privation de liberté. Des auteurs préfèrent alors se référer à la notion de « *sûreté personnelle* », lorsqu'il s'agit de relier plus précisément le principe au bénéfice de la liberté d'aller et venir, reconnaissant implicitement un sens plus large à la sûreté [J. ROBERT et J. DUFFAR, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Montchrestien, 7^e éd., 1999, ou encore F. MODERNE, « Les protections et les garanties constitutionnelles des droits et des libertés en France » ; *in Droit constitutionnel et droit de l'homme*, Economica, 1987, p. 65]. Un certain consensus s'impose en tout cas pour incorporer dans le droit à la sûreté l'interdiction de toute privation de liberté arbitraire, dont le symbole réside dans les lettres de cachet, plaçant dans la sûreté « *la liberté individuelle primaire ou minimale* » [TH. RENOUX, *Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire*, Economica, 1984, p. 515].

²⁸⁷ V. par exemple, H. CAUSSE, « Le principe de sûreté et le droit à la sécurité : regards sur la future loi "sécurité quotidienne" » ; *Gaz. Pal.*, 20 déc. 2001, p. 2.

²⁸⁸ J. ROBERT et J. DUFFAR, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Montchrestien, 7^e éd., 1999, ou encore F. MODERNE, « Les protections et les garanties constitutionnelles des droits et des libertés en France » ; *in Droit constitutionnel et droit de l'homme*, Economica, 1987, p. 65 ou encore P. DELVOLVÉ, *op. cit.*

²⁸⁹ TH. RENOUX, *Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire*, Economica, 1984, p. 515.

pouvoir »²⁹⁰. Un auteur estime que la sûreté est à la personne ce que la propriété est aux biens et la définit comme « *un état dans lequel l'homme est assuré de la possession et de la protection de soi* »²⁹¹. La notion de sécurité, incluse dans la sûreté, ne doit donc pas uniquement s'apprécier dans son sens le plus collectif, justifiant des atteintes aux libertés fondamentales, mais doit également comporter une dimension individuelle, visant à préserver la personne de toute action arbitraire de l'État. La sûreté, sécurité contre l'arbitraire, concerne aussi la personne en détention et impose que la norme privative de liberté soit dotée de garanties suffisantes, pour assurer la sécurité juridique de la personne détenue et son intégrité. La légalité apparaît finalement comme une dimension de la sûreté, comme la consécration au profit de la personne privée de liberté du *paquet* de droits, comme aussi finalement l'organisation du contrôle juridictionnel de la détention. D'autres principes, hybrides, luttent contre l'arbitraire, dans la norme abstraite privative de liberté, mais aussi dans l'application concrète de la détention.

2) Les principes cardinaux hybrides de l'encadrement abstrait de la norme privative de liberté et de l'encadrement concret de son application

90. Nécessité et proportionnalité : éléments modernes de la lutte contre l'arbitraire. Les principes assurant la mesure de la détention, la nécessité et la proportionnalité, sont le cœur de l'encadrement de la détention, dès lors qu'ils obligent le législateur dans la délimitation qu'il réalise de la détention, comme ils encadrent le recours concret à la privation de liberté par l'autorité d'application, au stade du placement ou de la prolongation : la légalité de la privation de liberté, dans un sens strict, ne suffit pas à autoriser le recours à la détention, encore faut-il que son recours soit opportun. Le développement du contrôle de la mesure de la détention, dans sa dimension abstraite ou concrète, est réalisée par la Cour européenne des droits de l'Homme sur le fondement de l'article 5 § 1^{er}, au-delà des exigences textuelles de la Convention²⁹², directement sur le fondement de la lutte contre l'arbitraire : la détention arbitraire ne concerne pas uniquement la détention sans base légale, ni celle sans titre régulier, éléments plus anciens de la définition de la détention arbitraire,

²⁹⁰ J. RIVERO, *Les libertés publiques*, PUF, 1991, Tome II, p. 21. V. aussi pour l'établissement du lien entre la sûreté de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen et la sécurité juridique, F. LUCHAIRE, « La sécurité juridique en droit constitutionnel français » ; CCC, 2001, n° 11, p. 60.

²⁹¹ P. DELVOLVÉ, *op. cit.*

²⁹² V. *supra*, n° 74.

mais intègre aussi la détention infondée ou démesurée. Cette consécration est d'autant plus importante que ni le texte de la Convention, ni le bloc de constitutionnalité écrit²⁹³, ne posent fermement les principes de nécessité et de celui de proportionnalité, éléments modernes de la lutte contre l'arbitraire et corollaires à la fois du déclin du mythe du législateur et à la fois du développement du mythe du juge judiciaire, gardien de la liberté individuelle. Ils réduisent toute marge d'appréciation en matière de détention, qu'il s'agisse du législateur ou de l'autorité d'application. Nous introduirons successivement le principe de nécessité (a) et celui de proportionnalité (b).

a. La nécessité

91. **Définition.** La nécessité peut être décrite comme la « *situation critique qui, abolissant en fait le choix des moyens, dicte et justifie une solution même exorbitante comme étant, raisonnablement, dans le cas, la seule de nature à sauvegarder un intérêt légitime* »²⁹⁴. Elle sert à établir le caractère indispensable du placement en détention, aucun autre moyen moins attentatoire à la liberté ne pouvant permettre d'atteindre le même résultat. Comme pour la légalité, la nécessité concerne plus largement toute atteinte à la liberté fondamentale²⁹⁵. Plus que pour la légalité encore, la nécessité, évoquée à deux reprises dans la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen pour des cas particuliers de détention²⁹⁶, apparaît comme un principe spécial reconnu d'emblée pour quelques détentions, répandu dans l'entier domaine de la détention et dans l'entier domaine des libertés fondamentales. À ce titre, le choix de ne pas consacrer textuellement le principe dans la Convention européenne des droits de l'Homme démontre qu'elle a entendu dégager une marge d'appréciation importante aux autorités nationales²⁹⁷, à la condition que le cas de détention se trouve intégré dans la liste de l'article 5 § 1^{er}. Pour les auteurs de la Convention, la notion de détention arbitraire renvoyait principalement à la détention illégitime, le tri s'opérant par l'inscription des cas légitimes dans l'article 5 § 1^{er}.

²⁹³ Celui-ci aux articles 8 et 9 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen n'évoquent que la nécessité de la détention en matière pénale.

²⁹⁴ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 9^e éd., 2011, définition de « nécessité ».

²⁹⁵ Ainsi, le texte de la Convention soumet la validité des ingérences de ses articles 8 à 10 à la condition que celle-ci soit « *nécessaire* ».

²⁹⁶ À l'article 8 pour la peine et à l'article 9 pour la détention provisoire. L'article 17 du même texte pose toutefois aussi la nécessité de l'atteinte au droit de propriété.

²⁹⁷ Par comparaison, les articles 8 à 10 posent la condition de la nécessité pour admettre l'ingérence à la liberté.

92. Nécessité dans la privation de liberté. La nécessité revient à s'assurer que la mise en péril de l'ordre public, autorisant le recours à la privation de liberté, soit suffisamment importante pour que la privation de liberté apparaisse comme le seul moyen de neutraliser le péril. La nécessité, dans sa dimension abstraite, s'impose d'abord au législateur, lorsqu'il opère la délimitation abstraite de la détention, sous le contrôle du Conseil constitutionnel²⁹⁸ : sa définition de la régularité de la détention, c'est-à-dire de l'ensemble des conditions de fond et de forme, doit faire de la détention le dernier recours de la protection de l'ordre public. La nécessité, dans sa dimension concrète, s'impose aussi au juge judiciaire lors de sa première intervention du contrôle de la détention, soit qu'il la prononce, soit qu'il la prolonge alors que l'arrestation a été décidée par une autre autorité, sur le fondement de l'article 66 de la Constitution²⁹⁹, et la législation rappelle d'ailleurs souvent que le placement en privation de liberté obéit à la démonstration concrète de sa nécessité³⁰⁰. Son établissement par le juge dépasse la régularité, déniait toute application automatique de la privation de liberté et nécessite une démonstration supplémentaire, tenant principalement dans l'insuffisance des mesures moins attentatoires à la liberté individuelle³⁰¹. L'autre principe servant à la mesure de la détention, principe apparenté, réside dans la proportionnalité.

²⁹⁸ Le Conseil constitutionnel sur la combinaison de l'article 66 de la Constitution et l'article 9 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen rappelle que « *la liberté individuelle ne saurait être entravée par une rigueur qui ne soit nécessaire* » [Cons. const., déc. n° 2008-562 DC du 21 févr. 2008 portant sur la loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental : *J. O.*, 26 févr. 2008, p. 3272 ; *RSC*, 2008, p. 731, comm. CH. LAZERGES ; *D.*, 2008, p. 1359, comm. Y. MAYAUD ; *JCP*, 2008, actu., n° 166, obs. B. MATHIEU ; *JCP*, 2008, II, n° 10077, comm. J.-PH. FELDMAN ; v. sur le principe, *infra*, n° 356]. L'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen proclame le principe de nécessité spécialement pour la peine privative de liberté. L'article 9 du même texte rappelle aussi que la contrainte du suspect ne peut dépasser la rigueur nécessaire.

²⁹⁹ Cons. const., déc. n° 2010-71 QPC du 26 nov. 2010, [M^{me} S.] : *J. O.*, 27 nov. 2010, p. 21119 ; *Dr. Famille*, 2011, comm. n° 11, note I. MARIA ; *RFDA*, 2011, p. 951, chron. A. PENA ; *JCP*, 2011, n° 189, note K. GRABARCZYK ; *AJDA*, 2011, p. 174, X. BIOY. La Cour européenne des droits de l'Homme réalise elle-même ce contrôle, même si celui-ci ne s'applique pas à tous les cas de détention de l'article 5 § 1^{er} [*Saadi*, gde ch. : *préc.* ; § 70 : la Cour s'accorde ainsi la prérogative de rechercher « *si la détention était nécessaire pour atteindre le but déclaré* »].

³⁰⁰ Pour quelques exemples, la garde à vue et la détention provisoire doivent constituer l'« *unique moyen* » de réalisation d'un des objectifs visés par la loi [art. 62-2 et 144 CPP] tandis que la peine privative de liberté correctionnelle sans sursis ne peut être prononcée qu'« *en dernier recours* » [art. 132-24 CPP].

³⁰¹ La détention provisoire n'est possible qu'en cas d'insuffisance du contrôle judiciaire ou de l'assignation à résidence avec surveillance électronique [art. 144 CPP]. Les alternatives à l'internement psychiatrique ont été renforcées par la création d'un régime de droits ambulatoires [art. L. 3211-2-1 SP]. L'étranger peut être assigné à résidence plutôt que placé en rétention administrative [art. L. 561-2 CESEDA]. Un tel contrôle prend forme aussi dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme [*Saadi*, gde ch. : *préc.* ; § 70 : « *la privation de liberté est une mesure si grave qu'elle ne se justifie qu'en dernier recours, lorsque d'autres mesures, moins sévères, ont été considérées et jugées insuffisantes pour sauvegarder l'intérêt personnel ou public exigeant la détention* »].

b. La proportionnalité

93. **Définition.** La notion de proportionnalité suppose l'existence d'un rapport équilibré entre deux notions. C'est au sens premier « *un rapport mathématique constant* »³⁰². Plus largement, la proportionnalité suppose une « *adéquation* »³⁰³. Le principe de proportionnalité sert de mesure pondératrice entre deux principes de même valeur en opposition afin d'assurer au mieux leur conciliation³⁰⁴. Comme le principe de nécessité dont il est indissociable³⁰⁵, le principe de la proportionnalité est un principe de modération, de pondération, de conciliation, qui permet de s'assurer que le moyen utilisé n'entraîne pas une atteinte à la liberté fondamentale trop intense, au regard de son gain par rapport à l'objectif poursuivi, de maintenir un équilibre entre le but poursuivi et le moyen utilisé. La proportionnalité est aussi devenue une condition classique de l'atteinte aux libertés fondamentales³⁰⁶. La proportionnalité, à la différence de la nécessité, s'intéresse moins au recours de l'atteinte à la liberté fondamentale, qu'au contrôle de son intensité. Dans un contrôle désormais classique aux libertés publiques, la proportionnalité suppose que la balance, entre l'amointrissement de la liberté fondamentale et le gain obtenu par celle-ci pour la préservation de son objectif, ne soit pas déséquilibrée.

94. **Proportionnalité dans la privation de liberté.** L'affliction de la détention évolue avec le temps, au point de pouvoir modifier la balance initiale, si bien que l'appréciation de la proportionnalité de la détention s'inscrit principalement dans le contrôle du maintien de son opportunité au fil de son exécution. En plus de la hausse de l'effet afflictif, l'écoulement du temps a pu entraîner la survenue de circonstances nouvelles, qui peuvent, soit aboutir à hausser l'intensité de la détention, par rapport à celle générée dans son cours normal, soit aboutir à abaisser la menace pour l'ordre public que représente l'individu, au point que la balance initiale, qui a établi la nécessité, a pu évoluer, au point de rendre inopportun le maintien en détention. La proportionnalité porte l'idée du contrôle périodique du maintien de la nécessité au cours de la privation de liberté³⁰⁷, mais un contrôle réactualisé au regard de

³⁰² G. CORNU, *op. cit.*, définition de « proportionnalité ».

³⁰³ *Ibid.*

³⁰⁴ *Ibid.*

³⁰⁵ V. par exemple l'article préliminaire du Code de procédure pénale, où les principes figurent côte à côte.

³⁰⁶ V. par exemple pour le contrôle constitutionnel de la norme abstraite, V. GOESEL-LEBIHAN, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel » ; CCC, 2007, n° 22, ou pour le contrôle européen, S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2001, 785 p.

³⁰⁷ Ainsi, le Conseil constitutionnel, dans son contrôle de la rétention de sûreté, à propos du système législatif mis en place organisant le maintien de la détention, étudié sous la rubrique de la proportionnalité, recherchait si

l'augmentation de la hausse de l'effet afflictif de la privation de liberté et des événements qui ont pu survenir au cours de celle-ci : la proportionnalité contient aussi l'idée d'un contrôle juridictionnel maximum³⁰⁸, plus intense en tout cas que celui du placement³⁰⁹. Dans une dimension classique, la proportionnalité interdit que la durée de la privation de liberté puisse dépasser la durée strictement nécessaire, ou impose de démontrer le maintien de la nécessité de la privation de liberté au fil du temps, confirmant le lien entre les deux notions. La proportionnalité, comme la nécessité, est un principe qui encadre la compétence du législateur dans son œuvre de délimitation abstraite de la privation de liberté³¹⁰, si bien qu'il lui revient de déterminer un filtre dynamique, soumettant régulièrement la poursuite de la détention à un nouvel examen de la détention, en ajustant les conditions de la prolongation à la hausse de son effet afflictif. La proportionnalité de la privation de liberté doit aussi être contrôlée périodiquement par le juge judiciaire³¹¹.

95. La mesure de la privation de liberté, dimensions modernes de la lutte contre l'arbitraire. La délimitation abstraite de la détention, soumise au contrôle constitutionnel de nécessité et de proportionnalité, doit obéir au principe de l'interdiction de la rigueur non nécessaire. Le juge judiciaire, même lorsque les conditions de la régularité, particulières à chaque cas de détention, sont réunies, doit apprécier de manière concrète la nécessité et la proportionnalité de la détention, notions réunies dans le contrôle du bien-fondé de la détention. L'interdiction de la rigueur non nécessaire et le bien-fondé de la détention intègrent désormais la lutte contre l'arbitraire, dans des dimensions plus modernes. Les derniers principes cardinaux de la détention, en lien avec la lutte contre l'arbitraire, encadrent la seule application de la détention.

le législateur avait pris suffisamment de précaution « *afin que la mesure conserve son caractère strictement nécessaire* » [déc. n° 2008-562 DC du 21 févr. 2008 : *préc.* ; consid. n° 23].

³⁰⁸ Dans son contrôle de la rétention de sûreté, le Conseil constitutionnel semble bien utiliser le terme de proportionnalité dans son sens, désignant l'étendue poussée du contrôle juridictionnel, en étudiant les conditions du placement dans cette rubrique [déc. n° 2008-562 DC du 21 févr. 2008 : *préc.* ; consid. n° 23].

³⁰⁹ Par opposition, ce contrôle juridictionnel moins poussé pourrait être qualifié de contrôle de la nécessité.

³¹⁰ La proportionnalité est une autre composante de l'interdiction de la rigueur non nécessaire [déc. n° 2008-562 DC du 21 févr. 2008 : *préc.*].

³¹¹ La Cour européenne des droits de l'Homme réalise aussi ce contrôle pour certains cas de détention [*Saadi*, gde ch. : *préc.* ; § 70].

3) Les principes cardinaux exclusifs de l'encadrement concret de l'application de la privation de liberté

96. **Le renouveau du droit de la privation de liberté.** Deux positions ont longtemps atténué la portée de la protection contre la détention. D'abord, la peine privative de liberté, surtout dans les principes supra-légaux, a longtemps échappé au plein contrôle juridictionnel, le contrôle périodique de son bien-fondé ne s'appliquant pas. Ensuite, la stricte exécution de la détention, indépendamment de l'appréciation de ses limites ou de son aménagement, qu'elle concerne les conditions matérielles de détention, son contenu, ou même les conditions d'exercice par le détenu de ses autres droits fondamentaux, a longtemps été reléguée hors de la sphère juridique. Les principes cardinaux exclusifs de l'application de la privation de liberté ont permis de renouveler le droit de la privation de liberté, pourtant périmé sur d'autres aspects³¹², montrant leur importance exceptionnelle. Ces principes tiennent dans la consécration du juge judiciaire comme gardien de la liberté individuelle (*a*) et le respect de la dignité du détenu (*b*).

a. Le juge judiciaire, gardien de la liberté individuelle

97. **Le mythe du juge judiciaire, gardien de la liberté individuelle.** Malgré les limites inhérentes à l'activité de juger³¹³, seule l'action juridictionnelle permet d'assurer l'efficacité du droit objectif protecteur, dans une conception plus moderne de protection des libertés fondamentales, dépassant le mythe du législateur. La consécration supranationale de recours spéciaux, permettant au détenu de contester la légalité de sa privation de liberté, aboutit par nature à assurer la subjectivisation de la lutte contre l'arbitraire, dès lors que l'intervention du juge permet d'invalidier le titre de la détention, soit qu'il sanctionne son irrégularité, soit qu'il sanctionne sa démesure. La première intervention judiciaire, encadrée par les grands principes du procès équitable, neutralise par définition l'arbitraire éventuel de l'autorité non-judiciaire qui a décidé jusque-là du recours à la détention, mettant un terme à la privation de liberté de police et la transformant en privation de liberté judiciaire. Les interventions judiciaires ultérieures, concentrées sur la mesure de la proportionnalité, assure aussi la lutte contre l'arbitraire, alors que la détention infondée est une composante de

³¹² V. *supra*, n° 82.

³¹³ Voir D. COHEN, « Le juge, gardien des libertés ? » ; *Pouvoirs*, 2009, p. 113.

la détention arbitraire³¹⁴. Ces recours spéciaux de la privation de liberté (ii) appartiennent à la compétence du juge judiciaire (i).

i) *La compétence du juge judiciaire*

98. **L'inspiration de l'*Habeas corpus*.** En France, c'est par la légalité des cas de privation de liberté que les Révolutionnaires ont d'abord entendu lutter contre les détentions arbitraires. En Angleterre, c'est par le contrôle du juge et l'*Habeas corpus*³¹⁵ que le même objectif a été poursuivi, institution emblématique³¹⁶, constituant « *le symbole le plus éclatant de la liberté anglaise* »³¹⁷. C'est sous Charles II en 1679 que le *Bill of Habeas corpus* a été formalisé³¹⁸ : il instaurait le droit pour le détenu de contester rapidement la légalité de sa détention devant un juge³¹⁹. L'institution s'est répandue depuis dans plusieurs autres droits³²⁰ et reste vigoureuse en droit anglo-saxon³²¹.

³¹⁴ V. *supra*, n° 76.

³¹⁵ Les victimes des lettres de cachet en France, comme le compte de MIRABEAU, victime des lettres de cachet à la demande de son père ou encore Voltaire, avancèrent d'ailleurs comme exemple l'*Habeas corpus*. Voir É. TILLET, *La Constitution anglaise, un modèle politique et institutionnel dans la France des Lumières*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2001, p. 481 et s.

³¹⁶ Cette institution était déjà admirée d'auteurs français du XVIII^e siècle comme SERVAN, MERCIER, BRISSOT DE WARVILLE ou encore JOUSSE [voir sur ce point, É. Tillet, *op. cit.*, p. 481]. Cette institution reçoit encore l'admiration d'auteurs contemporains, comme P. WACHSMANN qui à propos de l'*Habeas corpus* affirme : « *la supériorité du pragmatisme anglo-saxon, attaché à la définition de procédures, sur le goût des Français pour les proclamations abstraites semblent ici éclater avec une particulière netteté* » ; « La liberté individuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel » ; *RSC*, 1988, p. 1.

³¹⁷ É. Tillet, *op. cit.*, p. 481.

³¹⁸ La *Magna Carta* de 1215 ne consacrait dans son article 39 que la légalité de la privation de liberté : « *aucun homme libre ne sera saisi, ni emprisonné ou dépossédé de ses biens, déclaré hors-la-loi, exilé ou exécuté, de quelque manière que ce soit. Nous ne le condamnerons pas non plus à l'emprisonnement sans un jugement légal de ses pairs, conforme aux lois du pays* » [« *Nullus liber homo capiatur, vel imprisonetur, aut disseisiatur, aut utlagetur, aut exuletur, aut aliquo modo destruetur, nec super eum ibimus, nec super eum mittemus, nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terre* »]. Le principe figurait dans la *Petition of rights* de 1628.

³¹⁹ Toute personne détenue peut demander à la Cour du banc du roi un *writ* d'*Habeas corpus*. Si la Cour accepte de délivrer ce *writ*, la personne qui détient l'individu est sommée de se présenter avec le détenu dans les trois jours devant la Cour avec le titre légal de détention. Si la Cour estime la détention illégale, elle peut alors ordonner la libération du détenu. La mise en place par le droit français ou par la Convention européenne des droits de l'Homme pour le seul suspect d'un recours automatique immédiat dépasse déjà l'exemple historique de l'*Habeas corpus*.

³²⁰ Par exemple, la Constitution espagnole de 1973 dans son article 17 § 4 enjoint le législateur de prévoir une procédure d'*Habeas corpus*, la Constitution employant expressément ce terme.

³²¹ Pour une application aux États-Unis concernant les détenus de Guantanamo, Cour suprême des États-Unis, *Rasul c. Bush*, 2004, 378 US 478 : *RSC*, 2008, p. 893, note V. NATALE ; *ibid.*, p. 987, chron. D.-M. AMANN et M. JACQUELIN. Voir A. BULLIER, « La Cour suprême s'oppose au président » ; *Dr. pén.*, 2004, ét. n° 13.

99. À plusieurs reprises, le droit français a voulu se doter d'une procédure similaire à l'*Habeas corpus*³²². Durant les travaux préparatoires de la Constitution de la V^e République, les débats ont porté expressément sur l'opportunité de créer une procédure d'*Habeas corpus*³²³. Le professeur François Luchaire, dès le stade des observations sur l'avant-projet de Constitution soumis au Comité constitutionnel le 29 juillet 1958, formulait la nécessité d'insérer « *une formule d'Habeas corpus qui permettrait à n'importe quel magistrat du siège d'exiger la présentation devant lui de toute personne arrêtée* »³²⁴. Lors de la séance du Comité consultatif constitutionnel du 13 août 1958, le professeur Marcel Waline proposait aussi d'insérer dans le préambule de la Constitution une procédure d'*Habeas corpus* qu'il formulait ainsi : « *aucun citoyen ne peut être arrêté ni détenu sans être présenté dans les 24 heures au juge d'instruction du lieu de la détention qui peut ordonner la mise en liberté immédiate* »³²⁵. Lors de cette séance, le principe même d'adopter une procédure d'*Habeas corpus* était accueilli dans le consensus, les véritables discussions portant sur sa seule formulation³²⁶ et sur son positionnement dans le futur texte³²⁷. Le texte final du comité consultatif verra disparaître toute mention à l'*Habeas corpus*³²⁸. Néanmoins, sa consécration sera de nouveau évoquée devant la commission constitutionnelle du Conseil d'État, durant les séances des 25 et 26 août 1958. De nouvelles formulations étaient proposées³²⁹, tandis que

³²² La Constitution de 1791 inscrivait cette institution dans le droit français en exigeant un examen après 24 heures de détention par un juge de la situation de la personne arrêtée [art. 11 du chapitre V du titre III de la Constitution de 1791 : « *tout homme saisi et conduit devant l'officier de police, sera examiné sur-le-champ, ou au plus tard dans les vingt-quatre heures. S'il résulte de l'examen qu'il n'y a aucun sujet d'inculpation contre lui, il sera remis aussitôt en liberté ; ou s'il y a lieu de l'envoyer à la maison d'arrêt, il y sera conduit dans le plus bref délai, qui, en aucun cas ne pourra excéder trois jours* »]. Le projet de Constitution du 19 avril 1946 prévoyait que « *nul ne peut être maintenu en détention s'il n'a comparu dans les quarante-huit heures devant un juge appelé à statuer sur la légalité de l'arrestation et si ce juge n'a confirmé, chaque mois, la détention par décision motivée* » [Projet de Constitution du 19 avril 1946, Déclaration des droits de l'Homme, première partie « *Des libertés* », art. 9].

³²³ La mention *Habeas corpus* figure d'ailleurs dans les index des *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, La documentation française.

³²⁴ *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, établis par le Comité national chargé de la publication des travaux préparatoires des institutions de la V^e république, La documentation française, vol. I, p. 537.

³²⁵ *Ibid.*, vol. II, p. 447.

³²⁶ *Ibid.*

³²⁷ Certains comme L. NOËL préféreraient que ce principe soit placé dans la partie « *justice* » plutôt que dans le préambule [*ibid.*].

³²⁸ On retrouve juste dans une annexe II, Observations et suggestions non retenus par le Comité consultatif constitutionnel, cette mention : « *certain membres du Comité ont émis le souhait que soit insérée, soit dans le préambule, soit dans la Constitution elle-même, une disposition dite d'Habeas corpus. Le comité a envisagé favorablement le principe d'une telle disposition* » [*Ibid.*, p. 551].

³²⁹ R. CASSIN proposait cette formulation : « *la loi détermine les conditions dans lesquelles tout citoyen qui se croit arbitrairement détenu a la possibilité de se faire convoquer* ». M. DESCHAMPS préfère la formulation suivante : « *tout citoyen peut, dans les conditions prévues par la loi réclamer sa comparution sans délai devant l'autorité judiciaire qui assure le respect de ce principe* » [*ibid.*, vol. III, p. 167].

certain mettaient en avant les risques d'incompatibilité des textes spéciaux en vigueur en Algérie³³⁰. L'assemblée adoptera une formule plus prudente : « *nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi* ». C'est cette formule qui servira finalement de base à celle définitivement inscrite dans l'article 66³³¹, lui conférant une filiation directe avec l'*Habeas corpus*³³².

100. **Le juge judiciaire, gardien de la liberté individuelle.** La consécration du juge judiciaire comme le gardien de la liberté individuelle est plus ancienne que son inscription dans la Constitution. Ce principe a d'abord été employé comme critère de répartition des compétences entre le juge judiciaire et le juge administratif et serait issu de la doctrine, qui l'aurait dégagé d'un ensemble de textes épars³³³. Le principe trouverait aussi ses racines dans le droit de l'Ancien Régime, dans lequel les Parlements figuraient comme « *les gardiens traditionnels des lois fondamentales* »³³⁴ et dans le prolongement du principe selon lequel le juge judiciaire est le gardien de la propriété³³⁵. En tout cas, le juge judiciaire se référait dès la fin du XIX^e siècle au principe selon lequel « *les tribunaux judiciaires sont des gardiens naturels de la liberté individuelle* »³³⁶.

101. **La restriction progressive de la notion de la liberté individuelle.** En confiant à l'article 66 la garde de la liberté individuelle au juge judiciaire, plutôt que celle de la sûreté, la Constitution a érigé un principe qui semble dépasser le contrôle de la privation de liberté³³⁷. Le Conseil constitutionnel a d'abord défini largement la liberté individuelle,

³³⁰ Le droit dérogatoire sur l'Algérie prévoyait une garde à vue de quinze jours [v. l'ord. n° 62-429 du 14 avr. 1962 relative à la procédure concernant les crimes et délits avec les événements d'Algérie : *J. O.*, 15 avr. 1962, p. 3892 ; *RSC*, 1962, p. 768, chron. R. VOUIN et P. ARPAILLANGE].

³³¹ L'article 66 de la Constitution dans sa rédaction définitive apparaît alors « *modeste* » [TH. RENOUX, « L'autorité judiciaire » ; in *L'écriture de la Constitution de 1958*, sous la direction de D. MAUS, L. FAVOREU, J.-L. PARODI, Economica, 1992, p. 667] ou même « *un surgeon d'un projet plus ambitieux* » [P. CAMBOT, *La protection constitutionnelle de la liberté individuelle en France et en Espagne*, Economica, 1998, p. 59].

³³² La volonté d'adopter dans le droit français une procédure spécifique d'*Habeas corpus* est réapparue dans le programme de Blois de RAYMOND BARRE présenté le 7 janv. 1978 : « *toute personne qui s'estimerait victime d'une détention irrégulière ou qui serait informée d'une telle détention pourra la dénoncer et saisir un juge. L'autorité qui détient l'individu, quelle qu'elle soit [...] devra établir, devant ce juge, la preuve de son droit ; les modifications de notre législation nécessaires à l'introduction du principe de l'Habeas corpus seront proposées au Parlement* ». Sans plus de succès.

³³³ F. FINES, « L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle dans la jurisprudence constitutionnelle » ; *RFDA*, 1994, p. 594.

³³⁴ TH. RENOUX, *L'autorité judiciaire et le Conseil constitutionnel*, Economica, 1984, p. 507.

³³⁵ *Ibid.*, p. 507 et s.

³³⁶ Cass. civ., 12 févr. 1901, GP, 1901, I, 231. – CA Lyon, 28 janv. 1904 : *D.*, 1904, jur., p. 321. – Trib. civ. Marseille, 10 juil. 1876 : *S.*, 1876, II, 98.

³³⁷ En philosophie du droit, la liberté individuelle, se confond plus largement avec la liberté qui doit être laissée à l'individu, par opposition aux sujétions que lui impose notamment la vie en société, et s'opposerait en ce sens plutôt à la notion d'égalité [v. pour un commentateur de la pensée de Hegel, S. HABER, « Hegel : la liberté

y incorporant, en plus du contrôle de la privation de liberté, le contrôle des atteintes à l'inviolabilité du domicile³³⁸, à la liberté de mariage³³⁹, au droit de bénéficier d'une vie familiale normale³⁴⁰, à la restriction de la liberté d'aller et venir³⁴¹, ou encore au respect de la vie privée³⁴². Cette vision large de la liberté individuelle permettait d'ajouter dans la protection constitutionnelle, sur le fondement d'une disposition expresse de la Constitution, des droits fondamentaux rattachés à la personne d'expression plus récente et était même réunis dans la jurisprudence constitutionnelle dans la notion plus large de sûreté³⁴³. Alors que ses saisines régulières tendaient à étendre toujours plus la notion de liberté individuelle, le Conseil constitutionnel refusait d'inclure dans le périmètre de la liberté individuelle tout moyen d'investigation sur des éléments personnels³⁴⁴, sauf à constituer une « *mesure*

individuelle (principes de la philosophie du droit, § 4-29) » ; *Philosophique*, n° 15, 2012, p. 11 : l'auteur y décrit la liberté individuelle comme « *la liberté au sens populaire de pouvoir faire ce que l'on a envie, en y incluant la protection contre la violence et l'arbitraire* ». Dans les classifications traditionnelles des libertés publiques, les libertés individuelles, au pluriel, s'opposent aux libertés collectives, qui sont celles qui protègent l'action d'un groupe d'individus.

³³⁸ Cons. const., déc. n° 90-281 DC du 27 déc. 1990 portant sur la loi sur la réglementation des télécommunications : *J. O.*, 29 déc. 1990, p. 16343 ; consid. n° 8. Ainsi, la Conseil constitutionnel affirmait-il sur le fondement de l'article 66 et la liberté individuelle que « *la protection de cette liberté rend nécessaire l'intervention de l'autorité judiciaire lorsque peut être mise en cause l'inviolabilité du domicile de toute personne habitant le territoire de la République* ». – Cons. const., déc. n° 96-377 DC du 16 juil. 1996 portant sur la loi tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire : *J. O.*, 23 juil. 1996, p. 11108 ; *JCP*, II, n° 22709, p. 396, note N. VAN TUONG ; *D.*, 1997, p. 69, comm. B. MERCUZOT ; *AJDA*, 1996, p. 693, note O. SCHRAMECK ; *RFDA*, 1997, p. 538, note P.-E. SPITZ.

³³⁹ Cons. const., déc. n° 93-325 DC du 13 août 1993 portant sur la loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France : *J. O.*, 18 août 1993, p. 11722 ; *RFDA*, 1993, p. 871, comm. B. GENEVOIS ; consid. n° 3.

³⁴⁰ *Ibid.*

³⁴¹ Cons. const., déc. n° 93-323 DC du 5 août 1993 portant sur la loi relative aux contrôles et vérifications d'identité : *J. O.*, 7 août 1993, p. 11193 ; *AJDA*, 1993, p. 815, note P. WACHSMANN ; *RFDA*, 1994, p. 959, É. PICARD. Les contrôles d'identité portent donc atteinte à la liberté individuelle.

³⁴² La liberté individuelle servait ainsi de fondement au contrôle de la mise en place de fichiers catégoriels étatiques [*ibid.* – Cons. const., déc. n° 97-389 DC du 22 avr. 1997 relative à la loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration : *J. O.*, 27 avr. 1997, p. 6432 ; *AJDA*, 1997, p. 524, comm. F. JULIEN-LAFERRIÈRE ; *JCP*, 1997, II, n° 22890, obs. J.-C. ZARKA ; *RDP*, 1997, p. 931, comm. F. LUCHAIRE], comme de la vidéosurveillance [Cons. const., déc. n° 94-352 DC du 18 janv. 1995 portant sur la loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité : *J. O.*, 21 janv. 1995, p. 1154 ; consid. n° 3 et s. : « *la méconnaissance du droit au respect de la vie privée peut être de nature à porter atteinte à la liberté individuelle* », ou encore des conditions de régularité du séjour d'un étranger sur le territoire [déc. n° 94-352 DC du 18 janv. 1995 : *préc.*], ou encore du droit des libertés informatiques [Cons. const., déc. n° 98-405 DC du 29 déc. 1998 portant sur la loi de finances pour 1999 : *J. O.*, 31 déc. 1998, p. 20138 ; consid. n° 60].

³⁴³ Ainsi le Conseil constitutionnel découvrait une nouvelle combinaison fondant la liberté individuelle utilisant le fondement textuel de la sûreté [Cons. const., déc. n° 94-343/344 DC du 27 juil. 1994, portant sur la loi relative au respect du corps humain et la loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal : *J. O.*, 29 juil. 1994, p. 11024 ; consid. n° 3 : « *la liberté individuelle est proclamée par les articles 1, 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* », tandis que dans sa grande décision sur le contenu de la notion, il se référait dans une même expression à « *la liberté individuelle et la sûreté* » [déc. n° 93-325 DC du 13 août 1993 : *préc.*].

³⁴⁴ Le Conseil refusait ainsi de contrôler sous le visa de l'article 66 de la Constitution le pouvoir d'examen de la compatibilité d'une entreprise privée par l'administration fiscale [Cons. const., déc. n° 89-268 DC du

coercitive »³⁴⁵, ou toute réglementation des moyens de circulation³⁴⁶, ou les atteintes aux droits patrimoniaux³⁴⁷, ou la liberté corporelle³⁴⁸. L'accroissement de la notion, même maîtrisé, avait pour corollaire d'élargir la compétence du juge judiciaire, au détriment de celle du juge administratif, dans le domaine des libertés fondamentales. Dans sa décision sur la loi de sécurité intérieure, le Conseil constitutionnel restreignait nettement sa définition de la liberté individuelle, la séparant de la liberté d'aller et venir et du respect de la vie privée, détachés de l'article 66 de la Constitution, et dont le contrôle était fondé désormais sur la combinaison des articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen³⁴⁹. De manière plus implicite, les libertés informatiques³⁵⁰ et le droit à mener une vie familiale normale³⁵¹ semblaient aussi écartés de la notion de la liberté individuelle, puisqu'ils étaient examinés séparément, sans utilisation de la notion. Finalement, c'est dans la rubrique de la liberté personnelle³⁵², sur les fondements communs des articles 2 et 4 de la Déclaration des

29 déc. 1989 portant sur la loi de finances pour 1990 : *J. O.*, 30 déc. 1989, p. 16498 ; *RFDA*, 1990, p. 143, comm. B. GENEVOIX] ou encore les déclarations faites par l'employeur au sujet de ses employés afin de bénéficier d'exonérations de cotisations sociales [Cons. const., déc. n° 89-257 DC du 25 juil. 1989 relative à la loi modifiant le code du travail et relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion : *J. O.*, 28 juil. 1989, p. 9503].

³⁴⁵ Cons. const., déc. n° 93-327 DC du 19 nov. 1993 relative à la loi organique sur la Cour de justice de la République : *J. O.*, 23 nov. 1993, p. 16141 ; consid. n° 14. Ainsi, le pouvoir de fouiller des bagages ou de réaliser des palpations de sécurité par des vigiles privés et conditionné à l'accord de la personne la subissant, ne porte pas atteinte à la liberté individuelle, et la juridiction administrative est compétente pour apprécier la légalité de la décision du Préfet d'y recourir [Cons. const., déc. n° 2003-467 DC du 13 mars 2003 relative à la loi pour la sécurité intérieure : *J. O.*, 19 mars 2003, p. 4789 ; *RSC*, 2003, p. 602 et p. 614, obs. V. BÜCK ; *D.*, 2004, p. 1273, obs. S. NICOT].

³⁴⁶ Le Conseil constitutionnel refusait d'intégrer le permis de conduire à points dans la liberté individuelle [Cons. const., déc. n° 99-411 DC du 16 juin 1999 relative à la loi portant diverses mesures relatives à la sécurité routière et aux infractions sur les agents des exploitants de réseau de transport public de voyageurs : *J. O.*, 19 juin 1999, p. 9018].

³⁴⁷ Le Conseil constitutionnel refusait d'y intégrer le droit de chasse [Cons. const., déc. n° 2000-434 DC du 20 juil. 2000 portant sur la loi relative à la chasse : *J. O.*, 27 juil. 2000, p. 11550].

³⁴⁸ Ainsi, le Conseil constitutionnel refusait d'intégrer le droit à l'avortement dans la liberté individuelle tout en lui donnant un fondement bien vague, s'appuyant sur la reconnaissance générale de la « liberté » de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen [Cons. const., déc. n° 2001-446 DC du 27 juin 2001 portant sur la loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception : *J. O.*, 7 juil. 2001, p. 10828 ; consid. n° 10], ou encore les examens contraignant le suspect d'un viol pour dépistage des maladies sexuellement transmissibles [déc. n° 2003-467 DC du 13 mars 2003 : *préc.*].

³⁴⁹ Déc. n° 2003-467 DC du 13 mars 2003 : *préc.* ; consid. n° 8.

³⁵⁰ *Ibid.*, consid. n° 34.

³⁵¹ *Ibid.*, consid. n° 82.

³⁵² La notion était d'abord employée pour protéger les droits de l'individu en matière économique face à l'intervention étatique. Ainsi était-elle utilisée en matière de droit de travail pour protéger les droits du salarié à une échelle individuelle [Cons. const., déc. n° 88-244 DC du 20 juil. 1988 portant sur la loi portant amnistie : *J. O.*, 21 juil. 1988, p. 9448. – Cons. const., déc. n° 89-257 DC du 25 juil. 1989 relative à la loi modifiant le code du travail et relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion : *J. O.*, 28 juil. 1989, p. 9503]. Le Conseil constitutionnel se réfère alors directement à la notion de « liberté personnelle du salarié », qui apparaît comme le pendant de la « liberté d'entreprendre » et de « liberté contractuelle » [Cons. const., déc. n° 99-423 DC du 13 janv. 2000 portant sur la loi relative à la réduction négociée du temps de travail : *J. O.*, 20 janv. 2000, p. 992]. La notion était aussi utilisée pour contrôler les atteintes au droit de la propriété

droits de l'Homme et du citoyen, que le Conseil constitutionnel rattachait les anciennes composantes de la liberté individuelle : la liberté de mariage³⁵³, le contrôle du traitement automatisé des informations personnelles³⁵⁴, la simple restriction à la liberté d'aller et venir³⁵⁵ et le respect de la vie privée³⁵⁶. Si la restriction de la liberté d'aller et venir reste soumise au principe à l'interdiction de la rigueur non nécessaire³⁵⁷, élément du contrôle constitutionnel de la privation de liberté, la réduction de la notion de liberté individuelle apparaissait destinée d'abord à préserver la compétence du juge administratif en matière des libertés fondamentales³⁵⁸. Limité au contrôle de la privation de liberté, dans un sens désormais plus conforme aux travaux préparatoires, l'article 66 de la Constitution aboutit à donner à la compétence au juge judiciaire deux recours spéciaux assurant le contrôle de l'application de la détention.

[Cons. const., déc. n° 92-316 DC du 20 janv. 1993 portant sur la loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques : *J. O.*, 22 janv. 1993, p. 1118]. Il empiétait une première fois dans le domaine de la liberté individuelle en servant de fondement au contrôle de l'utilisation des données nominatives d'un fichier étatique [Cons. const., déc. n° 91-294 DC du 25 juil. 1991 portant sur la loi autorisant l'approbation de la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes : *J. O.*, 27 juil., 1991, p. 10001 ; consid. n° 49].

³⁵³ Cons. const., déc. n° 2003-484 DC du 20 nov. 2003 portant sur la loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité : *J. O.*, 27 nov. 2003, p. 20154 : *Gaz. Pal.*, 2005, doct., p. 685, comm. J. BOYER ; consid. n° 51 ; *LPA*, 20 janv. (partie I) et 21 janv. (partie II) 2004, p. 10, comm. J.-É. SCHOETTL ; consid. n° 94. – Cons. const., déc. n° 2010-92 QPC du 28 janv. 2011, [Mme C.] : *J. O.*, 29 janv. 2011, p. 1894.

³⁵⁴ V. pour son contrôle sur le seul fondement du respect de la vie privée, détaché de la liberté individuelle, déc. n° 2003-484 DC du 20 nov. 2003 : *préc.* ; consid. n° 19.

³⁵⁵ Cons. const., déc. n° 2005-527 DC du 8 déc. 2005 portant sur la loi relative au traitement de la récidive des infractions pénales : *J. O.*, 13 déc. 2005, p. 19162 ; *D.*, 2006, p. 966, comm. F. ROUVILLOIS ; *AJP*, 2007, p. 357, comm. M. HERZOG-EVANS (spéc. sur la prévention de la récidive) ; *ibid.*, p. 352, comm. D. BLANC (spéc. sur les peines minimales) ; *ibid.*, p. 356, comm. PH. BONFILS (spéc. sur le droit des mineurs) ; *ibid.*, p. 367, comm. C. MANZANERA (spéc. sur l'obligation de soins) ; consid. n° 10.

³⁵⁶ Cons. const., déc. n° 2011-625 DC du 10 mars 2011 relative à la loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure : *J. O.*, 15 mars 2011, p. 4630.

³⁵⁷ Déc. n° 2005-527 DC du 8 déc. 2005 : *préc.* ; consid. n° 16 : « *le placement sous surveillance électronique mobile ordonné au titre de la surveillance judiciaire doit respecter le principe, résultant des articles 4 et 9 de la Déclaration de 1789, selon lequel la liberté de la personne ne saurait être entravée par une rigueur qui ne soit nécessaire* ». Pour la restriction à la liberté d'aller et venir de police administrative, le Conseil constitutionnel préfère se référer plus directement à la nécessité et la proportionnalité, sans utiliser le principe de l'interdiction de la rigueur non nécessaire : « *les mesures de police administrative susceptibles d'affecter [...] la liberté d'aller et venir, composante de la liberté personnelle protégée par les articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789, doivent être justifiées par la nécessité de sauvegarder l'ordre public et proportionnées à cet objectif* » [déc. n° 2011-625 DC du 10 mars 2011 : *préc.* ; consid. n° 53].

³⁵⁸ V. par exemple pour la validation de l'atteinte à la liberté d'aller et venir consistant à interdire à un supporter de foot un déplacement pour suivre son équipe en raison de la possibilité pour la personne contrainte de saisir le juge administratif pour la contester en usant du référé-liberté, déc. n° 2011-625 DC du 10 mars 2011 : *préc.* ; consid. n° 50.

ii) *Les recours spéciaux du contrôle de la privation de liberté*

102. **Le contrôle judiciaire de la nécessité : le recours en *Habeas corpus* consacré par l'article 66 de la Constitution.** Dans une interprétation conforme aux travaux préparatoires, le Conseil constitutionnel, dès 1980, a déduit de l'article 66 de la Constitution la consécration d'un recours français en *Habeas corpus* : « *la liberté individuelle ne peut être tenue pour sauvegardée que si le juge intervient dans le plus court délai possible* »³⁵⁹. Le droit français, qui instaure cette intervention judiciaire immédiate pour toute privation de liberté, est plus protecteur que le droit européen, qui n'organise l'*Habeas corpus* que pour le suspect³⁶⁰. Les caractéristiques du recours de l'*Habeas corpus* moderne tiennent dans son automaticité, dans sa célérité, puisque le recours doit être examiné immédiatement après l'arrestation, et dans son objet, qui vise l'appréciation de la nécessité de la privation de liberté. Dans l'approche globale, l'*Habeas corpus*, outil privilégié de lutte contre l'arbitraire, a en conséquence vocation à marquer le terme de la privation de liberté de police et à réaliser l'inscription de la privation de liberté dans sa forme judiciaire³⁶¹. Si le choix d'employer par convention la désignation d'*Habeas corpus* pour viser cette première intervention judiciaire immédiate, imposée de manière générale pour par l'article 66 de la Constitution et seulement pour la détention du suspect par la Convention européenne des droits de l'Homme, à l'avantage de distinguer ce premier recours de celui à bref délai, encore faudra-t-il démontrer que cette première intervention présente suffisamment de garanties pour exclure tout arbitraire et vérifier ainsi que ce recours mérite bien cette qualification. Au-delà du contrôle du placement, la phase *judiciaire* de la détention est encadrée par le contrôle périodique de la proportionnalité à bref délai.

103. **Le contrôle périodique de la proportionnalité : le recours à bref délai de l'article 5 § 4.** L'article 5 § 4 de la Convention européenne des droits de l'Homme impose quant à lui un recours distinct de l'*Habeas corpus*, permettant la critique de la légalité de la privation de liberté devant un tribunal³⁶², dans un recours d'une célérité moindre, le bref délai,

³⁵⁹ Cons. const., déc. n° 79-109 DC du 9 janv. 1980 portant sur la loi relative à la prévention de l'immigration clandestine et portant modification de l'ord. n° 45-2658 du 2 nov. 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers et portant création de l'Office national d'immigration : *J. O.*, 11 janv. 1980, p. 84 ; consid. n° 4.

³⁶⁰ V. l'article 5 § 3 CEDH.

³⁶¹ V. *supra*, n° 62 et s.

³⁶² « *Toute personne privée de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal, afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale.* »

et laissé à l'initiative de la personne détenue. La disposition européenne combinée à l'article 66 de la Constitution donne compétence pour ce recours au juge judiciaire en droit français. Ce recours est concentré sur la proportionnalité³⁶³, puisque le juge judiciaire doit se prononcer sur le bien-fondé de la prolongation de la privation de liberté, si bien qu'il est périodique.

104. **Les caractéristiques des recours spéciaux contre la privation de liberté.** Le recours en *Habeas corpus* et celui à bref délai constituent les deux recours spéciaux de la détention, aux caractéristiques identiques. Les recours profitent d'abord à la personne en détention, ils servent au contrôle de celle-ci durant son cours, si bien que leur efficacité découle de leur célérité exceptionnelle. Ils sont confiés à l'ordre judiciaire et concernent le bien-fondé de la détention. Surtout, le constat du défaut de bien-fondé de la détention aboutit à la libération³⁶⁴, ce qui garantit une effectivité maximale au contrôle.

105. **Le maintien de la dualité dans l'appréciation de la régularité de la détention.** Si les recours spéciaux de la privation de liberté concernent en droit français l'appréciation de son bien-fondé, sa régularité³⁶⁵ y échappe, et reste soumise aux règles classiques de répartition des compétences entre les deux ordres juridictionnels. Le juge administratif reste en conséquence compétent pour apprécier une partie de la régularité de la privation de liberté, ce qui pose directement la question de l'effectivité de la contestation de la régularité. Celle-ci, même portée devant le juge administratif, reste soumise aux principes de l'article 5 § 4 de la Convention, qui vise la « *légalité* », et en conséquence au bref délai et à la sanction de la libération.

106. **Vers la reconnaissance d'un troisième recours spécial à la privation de liberté : le droit à des conditions d'exécution de la privation de liberté dénuées d'arbitraire.** Le développement du principe du respect de la dignité du détenu a abouti à enrichir les principes qui encadrent la norme privative de liberté et forme un standard minimum abstrait des conditions de détention. Par la combinaison des articles 3 et 13 de la Convention européenne des droits de l'Homme, le droit interne se trouve même contraint de reconnaître un recours spécifique à la privation de liberté, pour contester les conditions

³⁶³ Dans le standard minimum, le recours à bref délai sert aussi à forcer le tribunal à prononcer le premier titre juridictionnel de la privation de liberté, même après l'*Habeas corpus*, et celui-ci, pour la personne qui a comparu libre ou celle qui a comparu détenu réalise le contrôle de la nécessité du placement dans un régime de privation de liberté pérenne, dans l'analyse fractionnée de la privation de liberté.

³⁶⁴ L'article 5 § 4 prévoit directement cette sanction.

³⁶⁵ Soit l'ensemble des conditions de fond et de forme posées par la loi, en conformité avec l'ensemble des principes cardinaux encadrant la privation de liberté.

matérielles d'exécution, dont une partie au moins, ouvre un droit à la libération³⁶⁶. L'article 5 § 1^{er} de la Convention européenne sert aussi à la Cour pour recevoir des nouveaux principes d'encadrement de la privation de liberté, dont certains servent à encadrer l'exécution de la détention, directement sur le fondement de la lutte contre l'arbitraire : cette inscription a pour conséquence d'intégrer une partie de l'exécution dans la légalité, de saisir le juge national de leur contrôle dans le cadre du recours à bref délai de l'article 5 § 4³⁶⁷, et de permettre au détenu d'obtenir la libération³⁶⁸. L'ensemble de ces nouveaux moyens de contestation de l'exécution de la détention, tendent à dégager un troisième recours spécial de la privation de liberté, servant à assurer le contrôle de l'affliction de la privation de liberté, à côté de la contestation de son bien-fondé et de la régularité de son titre, nouveau cas de disproportion à côté de sa dimension classique liée à la durée, qui ne sert pas seulement à obtenir la remise en liberté, mais aussi à obtenir de meilleurs conditions matérielles de détention.

107. Ce nouveau contentieux reste soumis à une double dualité, qui entache son effectivité et sa visibilité. Une partie du contrôle de l'exécution de la détention se réalise sur le fondement de l'article 3 – conditions matérielles de détention³⁶⁹, compatibilité de l'état de santé³⁷⁰, maintien en isolement pénitentiaire³⁷¹ –, tandis qu'une partie résiduelle se trouve sous le giron de l'article 5 – adéquation de l'exécution de la détention avec son but³⁷². La contestation interne de l'exécution de la détention est donc tantôt soumise à l'article 13 de la Convention, qui impose un recours interne effectif pour tout grief de violation de la Convention, sans adaptation *a priori* pour la détention, tantôt soumise à l'article 5 § 4 de la Convention, dont la sanction réside dans la libération. En droit interne, la dualité entre les deux ordres juridictionnels est aussi maintenue, le juge judiciaire se trouvant compétent uniquement pour l'appréciation de l'état de santé incompatible avec la privation de liberté³⁷³.

³⁶⁶ Le droit à la libération est dégagé par la jurisprudence européenne concernant l'état de santé incompatible avec la privation de liberté [v. *infra*, n° 564 et s.].

³⁶⁷ V. *supra*, n° 76.

³⁶⁸ V. pour l'adéquation matérielle, CEDH, sect. V, 10 janv. 2013, *Claes c. Belgique*, req. n° 43418/09.

³⁶⁹ CEDH, sect. II, 19 avr. 2001, *Peers c. Grèce*, req. n° 28524/95 : *Rec. CEDH*, 2001-III ; *AJDA*, 2001, p. 1060, chron. J.-F. FLAUSS.

³⁷⁰ CEDH, 14 nov. 2002, *Mouisel c. France*, req. n° 67263/01 : *Rec. CEDH*, 2002-IX ; *LPA*, 19 juin 2003, p. 15, comm. H. TIGROUDJA ; *ibid.*, 16 juil. 2003, p. 13, comm. D. ROETS ; *D.*, 2003, p. 524, obs. J.-F. RENUCCI ; *ibid.*, p. 303, note H. MOUTOUH ; *ibid.*, p. 919, chron. J.-P. CÉRÉ ; *RSC*, 2003, p. 144, chron. F. MASSIAS ; *AJDA*, 2003, p. 603, chron. J.-F. FLAUSS.

³⁷¹ CEDH, gde ch., 4 juil. 2006, *Ramirez Sanchez c. France*, req. n° 59450/00 : *Rec. CEDH*, 2006-IX : *D.*, 5 juil. 2006, actu., obs. E. ALLAIN ; *AJDA*, 2006, p. 1709, chron. J.-F. FLAUSS ; *RSC*, 2006, p. 431, chron. F. MASSIAS.

³⁷² CEDH, gde ch., 29 janv. 2008, *Saadi c. Royaume-Uni*, req. n° 13229/03 : *Rec. CEDH* ; *AJDA*, 2008, p. 978, chron. J.-F. FLAUSS.

³⁷³ V. pour la peine privative de liberté, l'art. 720-1-1 CPP instaurant la suspension médicale de peine.

Ce phénomène juridictionnel, qui n'achève pas encore la consécration d'un troisième recours spécial à la privation de liberté participe au renouveau du droit de la détention et à l'intégration d'une nouvelle dimension à la détention arbitraire, qui n'est pas seulement celle illégale, définie dans un sens large, mais aussi celle légale dont l'exécution génère une affliction trop intense. Le développement de ce troisième recours spécial de la privation de liberté rappelle aussi que le respect de la dignité est devenu un nouveau principe cardinal de son encadrement.

b. Le respect de la dignité de la personne privée de liberté

108. **Le contrôle de l'affliction de la privation de liberté.** La protection de l'intégrité physique et morale du détenu, imposée par le droit au respect de sa dignité, irrigue la privation de liberté, au point d'en faire un nouveau principe cardinal d'encadrement de la détention : le respect de la dignité permet de juguler l'effet afflictif de la détention. Les avancées de la jurisprudence européenne sur le fondement de l'article 3 du contrôle de l'exécution de la détention, qui ont eu des répercussions importantes sur la jurisprudence administrative française, ont abouti à rajouter une nouvelle dimension au contrôle juridictionnel de la détention et consacrent une nouvelle dimension à la lutte contre l'arbitraire, incluant l'affliction démesurée, quand bien même la détention reposerait sur une base légale de qualité et un titre de détention régulier.

109. **De l'interdiction des traitements inhumains et dégradants au droit d'être privé de liberté dans des conditions dignes.** La dignité est une notion fluctuante qui « appartient à ces notions qui se renouvellent au gré des événements et de l'évolution de la société contemporaine »³⁷⁴, d'abord définie négativement : « elle s'oppose donc à tout ce qui peut dégrader la personne humaine et l'humilier »³⁷⁵. Positivement, elle pourrait se définir comme « l'essence de l'homme »³⁷⁶. Aucune disposition de la Convention européenne des droits de l'Homme ne s'intéresse spécifiquement à l'exécution de la privation de liberté³⁷⁷.

³⁷⁴ P. MISTRETTA, « La protection de la dignité de la personne et les vicissitudes du droit pénal » ; *JCP*, 2005, I, n° 100.

³⁷⁵ P. MISTRETTA, *op. cit.*

³⁷⁶ E. DREYER, « La dignité opposée à la personne » ; *D.*, 2008, p. 2730.

³⁷⁷ Un juge à la Cour européenne des droits de l'Homme a développé l'idée de doter la Convention d'un Protocole additionnel qui protégerait spécialement les droits des détenus purgeant une peine privative de liberté ou purgeant une détention provisoire [A. SPIELMANN, « La protection des droits de l'Homme : quid des droits des détenus ? » ; in *Mélanges Wiarda, Protection des droits de l'Homme : la dimension européenne*, Franz Matscher, 1988, p. 589]. Cette idée s'est développée dans les institutions, mais sans résultat. Le projet a

La reconnaissance de la conservation par le détenu de ses droits et libertés fondamentaux dont le respect de la dignité, principe constitutionnel³⁷⁸ et européen³⁷⁹, a permis le développement de ce contrôle, dans une construction prétorienne commencée par la décision *Ilse Koch*³⁸⁰

été relancé en 2000 de manière officielle, sans succès. Les partisans de cette reconnaissance expresse estiment que le droit, ainsi exprimé, serait plus accessible pour le détenu, qui se trouve « *sinon dans un ghetto, du moins dans un vase clos, éloigné des facilités juridiques qu'offre la vie en liberté* » [A. SPIELMANN, *op. cit.*].

³⁷⁸ En 1994, le Conseil constitutionnel lui a conféré une valeur constitutionnelle à partir d'une phrase préliminaire du Préambule de la Constitution [Cons. const., déc. n° 94-343/344 DC du 27 juil. 1994, portant sur la loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal : *J. O.*, 29 juil. 1994, p. 11024]. Celui-ci s'appuie sur une phrase du préambule de la Constitution de 1946 : « *au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés* ». La dignité s'est diffusée depuis dans les différentes branches du droit. La loi du 29 juillet 1994 a inséré un article 16 dans le Code civil qui rappelle que « *la loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte de celle-ci et garantit le respect de l'être humain* » [loi n° 94-653 du 29 juil. 1994 relative au respect du corps humain : *J. O.*, 30 juil. 1994 ; *JCP*, 1994, I, n° 3788, comm. CH. BYK ; *LPA*, 14 déc. 1994, comm. A. BATTEUR ; *RTD civ.*, 1994, p. 934, comm. CH. JAMIN]. Le Conseil d'État a inclus la dignité comme composante de l'ordre public dans ses célèbres décisions sur le « *lancer de nain* » [CE, *ass.*, 27 oct. 1995, 2 espèces, *cne Morsang sur Orge* et *Ville d'Aix en Provence* : *Rec. CE*, p. 275]. Le Code pénal comporte un chapitre V intitulé « *Des atteintes à la dignité de la personne* ». Le principe de dignité a été introduit dans l'application des peines par le décret n° 98-1099 du 8 décembre 1998 modifiant le Code de procédure pénale et relatif à l'organisation et au fonctionnement des établissements pénitentiaires [*J. O.*, 9 déc. 1998, p. 18498] qui a créé l'article D. 189 du Code de procédure pénale qui impose au service public pénitentiaire de respecter « *la dignité inhérente à la personne humaine* » des individus qui lui sont confiés. Le contrôle *a posteriori* de la constitutionnalité de la garde à vue permettait directement de relier privation de liberté et dignité de la personne détenue, ouvrant un nouveau contrôle de la privation de liberté restant à préciser [Cons. const., déc. n° 2010-14/22 QPC du 30 juil. 2010, [M. W.] : *J. O.*, 31 juil. 2010, p. 14198 ; *RTD civ.*, 2010 p. 513, obs. P. PUIG ; *RSC*, 2011, p. 139, obs. A. GIUDICELLI ; *D.*, 2010, p. 2254, obs. J. PRADEL ; *AJP*, 2010, p. 470, comm. J.-B. PERRIER ; *Constitutions*, 2010, p. 571, comm. E. DAOUD et E. MERCINIER ; *RSC*, 2011, p. 165, obs. B. DE LAMY]. Dans une autre décision concernant la rétention aux fins de défèrement du suspect, le Conseil constitutionnel liait plus précisément les conditions de détention matérielles indignes en confiant à l'autorité judiciaire le rôle de contrôler les lieux de détention [Cons. const., déc. n° 2010-80 QPC du 17 déc. 2010, [M. F.] : *J. O.*, 19 déc. 2010, p. 22374 ; *Constitutions*, 2011, p. 525, note E. DAOUD et A. TALBOT ; *Procédures*, 2011, comm. n° 73, obs. J. BUISSON]. Plusieurs dispositions législatives rappellent désormais l'obligation d'exécuter la détention dans le respect de la dignité humaine : l'article L. 3211-3 du Code de la santé publique impose qu'« *en toutes circonstances, la dignité de la personne hospitalisée doit être respectée et sa réinsertion recherchée* » pour l'internement de l'aliéné tandis que pour la détention pénitentiaire, l'article 22 de la loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire [*J. O.*, 25 nov. 2009, p. 20192 ; *D.*, 2010, p. 31, comm. M. HERZOG-EVANS ; *RSC*, 2010, p. 190, comm. P. PONCELA ; *RFDA*, 2010, p. 15, comm. F. FÉVRIER ; *AJDA*, 2010, p. 494, comm. C.-M. SIMONI ; *Procédures*, comm. n° 21, note J. BUISSON ; *Dr. pén.*, 2010, ét. n° 2, obs. J.-P. CÉRÉ ; *JCP*, 2009, I, n° 552, comm. J.-P. CÉRÉ ; *RSC*, 2010, p. 444, obs. E. GALLARDO ; *AJP*, 2009, p. 473, obs. E. PÉCHILLON ; *AJP*, 2009, p. 483, comm. M. HERZOG-EVANS (spéc. sur l'aménagement des peines) ; *AJF*, 2009, p. 484, obs. M. HERZOG-EVANS (spéc. sur le maintien des liens familiaux) ; *Gaz. Pal.*, 26 juin 2010, p. 18, note D. VIRIOT-BARRIAL (spéc. sur les dispositions sanitaires) ; *ibid.*, p. 23, note P. LAMOTHE (spéc. sur les dispositions sanitaires)] impose que « *l'administration pénitentiaire garantit à toute personne détenue le respect de sa dignité et de ses droits* ». Le Conseil constitutionnel relie aussi l'aménagement de la peine privative de liberté à la protection de la dignité [déc. n° 2009-593 DC du 19 nov. 2009 : *préc.* : il revient au législateur de déterminer « [des] conditions et [des] modalités d'exécution des peines privatives de liberté dans le respect de la dignité de la personne »].

³⁷⁹ Art. 3 CEDH : « *Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants.* »

³⁸⁰ Comm.EDH, 8 mars 1962, *Ilse Koch c. RFA*, req. n° 1270/61 : *Rec.*, n° 8, p. 91. La commission rappela que le détenu, même condamné à raison « *de crimes perpétrés au mépris des droits les plus élémentaires de la personne humaine* », conserve « *la garantie des droits et libertés définis dans la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales* ».

de 1962 et guidée par une formulation devenue célèbre : « *la justice ne saurait s'arrêter à la porte des prisons* »³⁸¹. Mis à part le contentieux de l'éloignement et de l'extradition de l'étranger³⁸², ou celui du recours à la force par les autorités de police, le reste du contentieux de l'article 3 concerne directement la privation de liberté, domaine dans lequel l'application de l'article 3 donne lieu à des règles spécifiques et adaptées, au point d'en faire un droit propre à la personne privée de liberté³⁸³ et d'infiltrer totalement la privation de liberté dans des raisonnements parfois éloignés du texte de l'article 3³⁸⁴, plutôt que de constituer une simple illustration du maintien au profit du détenu de ses droits fondamentaux³⁸⁵.

110. L'apport minimal textuel : l'interdiction des violences volontaires commises sur les détenus dans l'intention d'humilier. Le droit d'être privé de liberté dans des conditions dignes interdit d'abord « *la torture* » et les « *peines ou traitements inhumains ou dégradants* », qualifications textuelles qui visent strictement l'interdiction des violences physiques ou morales commises volontairement par les autorités dans l'intention d'humilier, risque auquel le détenu est particulièrement exposé du fait de son isolement et de son placement sous la mainmise des autorités³⁸⁶. Si cette première dimension dépasse la privation de liberté³⁸⁷, la Cour développe pour la détention des principes spéciaux, notamment, en matière de garde à vue, par le renversement de la charge de la preuve de l'origine des violences subies durant la détention qui revient aux autorités : il leur revient de démontrer que

³⁸¹ CEDH, ch., 28 juin 1984, *Campbell et Fell c. Royaume-Uni*, req. n^{os} 7819/77 et 7878/77 : *Rec. CEDH*, série A, n^o 80 ; § 69.

³⁸² La Cour européenne des droits de l'Homme peut interdire l'éloignement ou l'extradition de l'étranger réalisé par un État membre vers un État tiers dans lequel le ressortissant subirait un traitement contraire à l'article 3. [v. par exemple pour une application récente concernant l'extradition, CEDH, sect. IV, 10 avr. 2012, *Babar Ahmad et autres c. Royaume-Uni*, req. n^{os} 24027/07, 11949/08, 36742/08, 66911/09 et 67354/09, en angl. – V. pour l'éloignement du demandeur d'asile placé en zone d'attente, CEDH, sect. II, 26 avr. 2007, *Gebremedhin [Gabberramadhi] c. France*, req. n^o 25389/05 : *Rec. CEDH*, 2007-II ; *Procédures*, 2007, comm. n^o 150, obs. L. MILANO ; *AJP*, 2007, p. 476, comm. H. GACON ; *D.*, 2007, p. 2780, comm. J.-P. MARGUÉNAUD ; *AJDA*, 2007, p. 1918, chron. J.-F. FLAUS].

³⁸³ Au point qu'un auteur a qualifié l'ensemble des règles de l'application de l'article 3 aux détenus d'« *article 3 bis* ». Voir F. SUDRE, « L'article 3 bis de la Convention européenne des droits de l'homme : le droit à des conditions de détention conformes au respect de la dignité humaine » ; in *Mélanges Cohen-Jonathan, Libertés, justice, tolérance*, Bruylant, 2004, vol. 2, p. 1449.

³⁸⁴ Il est à noter que l'article 3 vise d'ailleurs directement les « *peines* » inhumaines et dégradantes justifiant ce contrôle spécifique au moins pour la peine privative de liberté.

³⁸⁵ V. *supra*, n^o 40.

³⁸⁶ Le champ d'application par nature de l'article 3 appliqué à la privation de liberté réside dans les violences policières [voir par exemple CEDH, ch., 9 juin 1998, *Tekin c. Turquie*, 9 juin 1998, req. n^o 22496/93 : *Rec. CEDH*, 1998-IV. La Cour distingue ici sous l'angle de l'article 3 les violences et les conditions matérielles de détention].

³⁸⁷ La torture en soit par nature semble presque toujours supposer la détention de la personne victime du traitement tandis que le traitement inhumain et dégradant apparaît plus facilement constitué même en dehors de la détention.

les blessures ne proviennent pas de violences volontaires commises par ses agents³⁸⁸. Plus généralement, l'existence de *l'Habeas corpus*³⁸⁹ et l'intervention d'une assistance juridique en garde à vue³⁹⁰ sont justifiées par la Cour par la prévention des tortures ou des traitements inhumains et dégradants au sens premier, montrant l'imbrication exceptionnelle de la préservation de la dignité du détenu dans la privation de liberté. Cet aspect minimal s'est lui-même étendu pour se détacher de l'intention d'humilier³⁹¹ et pour acquérir un effet horizontal³⁹². L'obligation positive de protection de la personne du détenu s'est communiquée, au-delà des violences volontaires commises par autrui, à la prévention du suicide, la réalisation de celui-ci pouvant provoquer une violation de l'article 2 de la Convention³⁹³.

111. L'apport maximal textuel : l'interdiction de l'infliction d'une peine disproportionnée au détenu. Le champ de l'article 3 ne se limite toutefois pas aux violences volontaires répréhensibles, mais concerne aussi l'infliction légale d'une peine, par principe contraire à la dignité humaine, du fait de sa nature³⁹⁴, ou de son intensité³⁹⁵. Ce contrôle

³⁸⁸ CEDH, sect. I, 1^{er} avr. 2004, *Rivas c. France*, req. n° 59584/00 : *AJP*, 2004, p. 206 ; obs. J. COSTE ; § 38. – CEDH, sect. III, 2 oct. 2012, *Virabyan c. Arménie*, req. n° 40094/05, en angl. L'enquête réalisée sur l'origine des mauvais traitements par les autorités, dès lors qu'elle présente des défaillances notamment par sa partialité, ne suffit pas à prouver que les blessures du suspect durant la garde à vue provenaient d'une chute.

³⁸⁹ CEDH, 27 juin 2013, sect. V, 27 juin 2013, *Vassis et autres c. France*, req. n° 62736/09 ; *Gaz. Pal.*, 15 oct. 2013, p. 41, note F. FOURMENT ; *ibid.*, 4 juil. 2013, p. 3, obs. C. KLEITZ ; *AJP*, 2013, p. 549, obs. G. ROUSSEL ; *JCP*, 2013, n° 843, obs. L. MILANO ; *D.*, 2013, p. 1687, obs. O. BACHELET ; *RSC*, 2013, p. 656, note D. ROETS.

³⁹⁰ CEDH, gde ch., 27 nov. 2008, *Salduz c. Turquie*, req. n° 36391/02 : *Rec. CEDH*, 2008 ; *D.*, 2009, p. 2897, note J.-F. RENUCCI ; *AJDA*, 2009, p. 852, chron. J.-F. FLAUSS ; *JCP*, 2009, I, n° 104, chron. F. SUDRE ; *Dr. pénal*, 2009, n° 4, chron. E. DREYER ; § 53. La Cour relie assistance juridique en garde à vue et « *nécessité de protéger l'accusé contre toute coercition abusive de la part des autorités* ».

³⁹¹ Même pour un recours à la force justifié, par exemple pour l'arrestation ou la contention d'un détenu pour préserver l'ordre, les violences sans intention d'humilier peuvent aussi entraîner une violation de l'article 3 en cas de disproportion [*Rivas* : *préc.*].

³⁹² La dimension horizontale permet ainsi de sanctionner la défaillance de l'État qui n'a su prévenir des violences entre codétenus [CEDH, sect. V, 20 oct. 2011, *Stasi c. France*, req. n° 25001/07 : *RSC*, 2012, p. 238, note D. ROETS ; *AJDA*, 2012, p. 143, chron. L. BURGORGUE-LARSEN ; § 79 et s.]. Si la Cour formulait une obligation positive de protection sévère – « *il suffit à un requérant de montrer que les autorités n'ont pas fait tout ce que l'on pouvait raisonnablement attendre d'elles pour empêcher la matérialisation d'un risque certain et immédiat pour son intégrité physique, dont elles avaient ou auraient dû avoir connaissance* » – l'espèce laissait une marge d'appréciation importante à l'État aboutissant à conclure à l'absence de violation.

³⁹³ CEDH, sect. III, 3 avr. 2001, *Keenan c. Royaume-Uni*, req. n° 27229/95 : *Rec. CEDH*, 2001-III ; *AJDA*, 2001, p. 1060, chron. J.-F. FLAUSS. – CEDH, sect. V, 19 juil. 2012, *Ketreb c. France*, req. n° 38447/09 : *AJP*, 2012, p. 609, obs. J.-P. CÉRÉ. La France était condamnée pour le suicide d'un détenu placé en cellule disciplinaire.

³⁹⁴ V. par exemple pour une peine de châtiement corporel, CEDH, ch., 25 avr. 1978, *Tyler c. Royaume-Uni*, req. n° 5856/72 : *Rec. CEDH*, série A, n° 26.

³⁹⁵ L'article 3 est alors utile pour encadrer la peine perpétuelle [v. *infra*, n° 786 et s.]. Sans avoir reçu encore d'application pratique, la Cour a réservé la possibilité de sanctionner la disproportion manifeste de la peine en dehors de la peine perpétuelle [v. CEDH, sect. IV, 10 avr. 2012, *Babar Ahmad et autres c. Royaume-Uni*, req. n°s 24027/07, 11949/08, 36742/08, 66911/09 et 67354/09, en angl. ; § 237 ou CEDH, sect. IV, 17 janv. 2012, *Harkins et Edwards c. Royaume-Uni*, req. n°s 9146/07, 32650/07 et 17/01/2012 ; *RDP*, 2013, chron., p. 725, obs. B. PASTRE-BELDA ; *D.*, actu., 6 févr. 2012, obs. O. BACHELET ; v. *infra*, note n° 1522].

s'étend aussi à la peine privative de liberté exécutée dans un régime pénitentiaire plus sévère que le droit commun, à titre de sanction disciplinaire ou d'isolement de sûreté³⁹⁶. En visant tout autant « *le traitement* » que la « *peine* » inhumaine, un contrôle similaire pour les régimes dérogatoires dans d'autres cas de privation de liberté apparaît explicitement permis par le texte de la Convention³⁹⁷. La Cour s'en sert, parallèlement au contrôle du lien de causalité de l'article 5, pour encadrer la peine perpétuelle.

112. L'apport national : le droit à un examen médical immédiatement après l'arrestation. Le droit à un examen médical généré par l'arrestation, organisé par le droit national de la privation de liberté, intègre sans doute le droit à être détenu dans des conditions dignes, puisque celui-ci permettra de constater un éventuel mauvais traitement et de se prononcer sur la compatibilité de l'état de santé de la personne arrêtée à son maintien en détention. Ce droit est d'autant plus important au stade de l'arrestation que sa brutalité, y compris sur le plan psychologique, génère un effet afflictif important en lui-même et que le placement en détention peut perturber un traitement médical préexistant.

113. L'apport général prétorien : la consécration du droit à la santé. Plus largement, l'article 3 sert à contrôler le traitement médical du détenu au cours de la détention, et le défaut de soin contrevient à l'obligation positive de l'État de protection de la santé des détenus, pour constituer une violation de la disposition³⁹⁸, alors même qu'aucune disposition de la Convention ne protège un tel droit³⁹⁹. Ce dernier élément, s'il intègre sans doute la dignité, constitue d'abord une manifestation du droit fondamental commun de la protection de la santé dans la détention, plutôt qu'un véritable droit particulier généré par

³⁹⁶ V. par exemple pour un détenu fréquemment isolé et soumis au régime de rotation de sécurité, CEDH, sect. V, 9 juil. 2009, *Khider c. France*, req. n° 39364/05 ; *Dr. pén.*, 2009, comm. n° 156, obs. A. MARON et M. HAAS ; *Gaz. Pal.*, 29 oct. 2009, p. 20, obs. J.-F. RENUCCI ; *LPA*, 19 nov. 2009, p. 3, comm. M. MOLINER-DUBOST ; *D.*, 2009, p. 2462, note M. HERZOG-EVANS ; *AJP*, 2009, p. 372, obs. M. HERZOG-EVANS ; *RSC*, 2010, p. 225, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *AJDA*, 2010, p. 994, note M. MOLINER-DUBOST ; *Procédure*, 2009, étu. n° 11, comm. A. TOURÉ.

³⁹⁷ Cette jurisprudence concerne directement la définition même de la privation de liberté et des développements à la pointe des évolutions sur la privation de liberté et sont en conséquence traités dans l'introduction et dans l'étude de la garantie légale de la privation de liberté.

³⁹⁸ CEDH, gde ch., 26 oct. 2000, *Kudla c. Pologne*, req. n° 30210/96 : *Rec. CEDH*, 2000-XI ; *AJDA*, 2000, p. 1006, chron. J.-F. FLAUS ; *RFDA*, 2001, p. 1250, chron. H. LABAYLE et F. SUDRE ; § 94 : « *l'article 3 de la Convention impose à l'État de s'assurer que tout prisonnier est détenu dans des conditions qui sont compatibles avec le respect de la dignité humaine, que les modalités d'exécution de la mesure ne soumettent pas l'intéressé à une détresse ou à une épreuve d'une intensité qui excède le niveau inévitable de souffrances inhérent à la détention et que, eu égard aux exigences pratiques de l'emprisonnement, la santé et le bien-être du prisonnier sont assurés de manière adéquate* ».

³⁹⁹ Voir C. MURILLO, « Le droit à la santé des détenus sous le regard de la CEDH » ; *Gaz. Pal.*, 15 janv. 2011, p. 30.

l'arrestation. L'article 3 ne sert d'ailleurs pas seulement à améliorer le dispositif de soins en détention, souvent critiqué⁴⁰⁰, mais concerne aussi le monde libre.

114. L'apport minimal prétorien : le contrôle des conditions matérielles de détention indignes. La Cour européenne des droits de l'Homme a dépassé le texte de la Convention en intégrant dans son contrôle de l'article 3 l'appréciation des conditions matérielles de détention, étudiées indépendamment des cas de privation de liberté et de toute intention d'humilier, dans une appréciation purement matérielle et concrète de la vie quotidienne du détenu. Ce contrôle est exceptionnel, dès lors qu'il a vocation à encadrer le régime pénitentiaire de la peine privative de liberté et le dissocie définitivement d'une dimension de souffrance physique et d'humiliation⁴⁰¹. L'ensemble de ces éléments, bien établis en doctrine⁴⁰², demeure par principe le standard européen minimum qui s'applique à

⁴⁰⁰ V. par exemple pour une approche sociologique, B. MILLY, *Soigner en prison*, PUF, 2001. V. pour un témoignage qui avait abouti à placer les conditions de détention dans le débat public, V. VASSEUR, *Médecin-chef à la prison de la Santé*, Cherche Midi, 2000. V. pour des aspects de droit sanitaire, M. COLIN et J.-P. JEAN, « Droit aux soins et amélioration de la condition des détenus : deux objectifs indissociables » ; *RF aff. soc.*, 1997, p. 17, ou encore F. FELTZ, « Des soins sous contrainte » ; *RF aff. soc.*, 1997 p. 85 ou encore F. LALANDE, « La santé des détenus et l'état du système de soins avant la réforme » ; *RF aff. soc.*, 1997, p. 61 ou encore C. VEIL, « Évolution sur la longue durée du système de soins, motivations et résistances » ; in *La prison en changement*, sous la direction de C. VEIL et de D. LHUILLIER, Erès, 2000, p. 261. V. pour des aspects de droit pénal, P. DARBÉDA, « Prison et santé » ; *RSC*, 1987, p. 743.

⁴⁰¹ Comme le montre M. FOUCAULT [*Surveiller et punir*, Gallimard, 1975, p. 21], « un châtement comme la prison – pure privation de liberté – n'a jamais fonctionné sans un certain fonctionnement punitif qui concerne bien le corps lui-même : rationnement alimentaire, privation sexuelle, coup, cachots [...]. La prison dans ses dispositifs les plus explicites a toujours ménagé une certaine mesure de souffrance corporelle [...]. La critique souvent faite au système pénitentiaire dans la première moitié du XIX^e siècle (la prison n'est pas suffisamment punitive : les détenus ont moins faim, moins froid, sont moins privés au total que beaucoup de pauvres ou beaucoup d'ouvriers) indique un postulat qui jamais n'a franchement été levé : il est juste qu'un condamné souffre physiquement plus que les autres. La peine se dissocie mal d'un supplément de douleur physique ». Par exemple, en 1914, le député ROULLEAUX-DEGAGE critiquait les améliorations des conditions de détention en ces termes : « tandis qu'on construit de confortables prisons pour abriter le rebut de la société, le père de famille nombreuse ne sait où loger ses enfants qui dépérissent d'anémie ou de tuberculose dans des taudis sans lumière et sans air... Les apaches que l'on veut bien se décider à condamner, soigneusement abrités, passent leur été à l'ombre, et la mauvaise saison dans une température soigneusement égalisée » [H. ROULLEAUX-DEGAGE, séance de la chambre des députés du 5 mars 1914 : *J. O.*, 1914, p. 1537, cité par R. BADINTER dans son ouvrage *La prison républicaine*, Fayard, 1992, p. 343]. Cette conception de la prison se manifeste alors, par exemple, « par la permanence des résistances à la reconnaissance du droit à la préservation de la santé en prison, résistances qui se manifestent [...] par des réactions à la récente réforme du dispositif de soins en prison, telle l'inquiétude à l'idée que l'accès à la qualité de soins intra-muros seraient supérieurs à ceux rencontrés dehors (ou pour le dire autrement, que les délinquants incarcérés soient mieux soignés que les honnêtes gens) » [D. LHUILLIER, « La santé en prison : permanence et changement » ; in *La prison en changement*, sous la direction de C. VEIL et D. LHUILLIER, Erès, 2000, p. 187]. V. sur cette évolution, G. DU MESNIL DU BUISSON, « Justice et châtement : de nouvelles attentes pour la peine » ; *RSC*, 1998, p. 255.

⁴⁰² Et la notion est désormais bien implantée en doctrine dans l'ensemble de ces composantes. V. par exemple pour le balayage des évolutions récentes de cet ensemble, P. PONCELA, « Quelques aspects du respect de la dignité en droit de l'exécution des peines » ; *RSC*, 2011, p. 645 et P. DOURNEAU-JOSETTE, « Les conditions de détention et la Cour européenne des droits de l'Homme » ; *Gaz. Pal.*, 2013, n° 40.

toute détention⁴⁰³, auquel se surajoutent les exigences qui tiennent au contenu de la détention imposées par l'article 5 à travers la notion d'adéquation matérielle de la détention et forment le nouvel encadrement de l'exécution dans une nouvelle dimension de la lutte contre l'arbitraire, porté par l'édification, à améliorer, d'un troisième recours spécial à la détention.

115. L'apport maximal prétorien : le contrôle de la compatibilité de l'état médical du détenu avec le maintien en détention. En cours d'exécution, lorsque l'état de santé du détenu se dégrade, l'intensité de l'affliction générée par la détention peut dépasser le seuil de l'article 3 et caractériser un traitement inhumain et dégradant, l'affliction de l'état de santé dégradé s'ajoutant à celle inhérente à l'exécution de la détention. Là encore, la Cour européenne dépasse le texte de la Convention en rendant efficace les qualifications de l'article 3 en l'absence de volonté d'humilier. Cet apport est sans doute l'illustration la plus remarquable de l'encadrement de l'exécution de la privation de liberté sur le fondement principal de l'interdiction des traitements inhumains et dégradants, puisque la Cour a expressément dégagé le principe de la libération de la personne privée de liberté, lorsque son état de santé devient incompatible avec la détention⁴⁰⁴, y compris pour la peine privative de liberté⁴⁰⁵.

116. Les apports principaux de la dignité aux droits de la personne privée de liberté : le renouvellement de la proportionnalité et l'ouverture d'un nouveau recours spécial à la privation de liberté. Finalement, le rassemblement des différents éléments développés par la Cour sur le fondement de l'article 3 établit une protection forte de la dignité du détenu⁴⁰⁶. Certains éléments constituent plutôt des illustrations de la conservation par le détenu de sa dignité⁴⁰⁷, qui lui est reconnue indépendamment de la privation de liberté et qu'il conserve. Les autres aspects, qui apparaissent plus en lien avec la seule privation de liberté, ont vocation à se mêler à l'appréciation de la proportionnalité, dans un aspect qui se désintéresse alors de la durée, pour se porter sur la mesure de l'affliction générée par la

⁴⁰³ V. par exemple pour la privation de liberté de l'étranger dont l'entrée a été refusée sur le territoire, CEDH, sect. III, 13 oct. 2005, *Mogos c. Roumanie*, req. n° 20420/02. – V. par exemple pour la contrainte par corps, Comm.EDH, 3 juil. 1991, *Van Kuyjk c. la Grèce*, req. n° 14986/89 : *D. R.*, n° 70, p. 240. – V. par exemple pour la détention de l'aliéné, CEDH, 28 oct. 1998, *Assenov et autres c. Bulgarie*, req. n° 24760/94 : *Rec. CEDH*, 1998-VIII : *D.*, 1999, p. 266, note P. HENNION : *RSC*, 1999, p. 384, chron. R. KOERING-JOULIN. Dans ce même arrêt, la Cour requalifiait la demande de la victime sur le fondement de l'article 5 pour l'étudier sur le fondement de l'article 3.

⁴⁰⁴ V. pour la garde à vue et l'annulation de celle maintenue, sans démonstration du grief, malgré le certificat médical d'incompatibilité, Cass. crim., 27 oct. 2009, n° 09-82.505 : *Bull. crim.*, n° 176 ; *JCP*, 2010, n° 85, note M.-C. GUÉRIN ; *D.*, 2010, p. 245, obs. C. GIRAULT.

⁴⁰⁵ V. *Mouisel* : *préc.*

⁴⁰⁶ F.-X. FORT, « La protection de la dignité de la personne détenue » ; *AJDA*, 2010, p. 2249.

⁴⁰⁷ Le développement du droit à la santé en détention et de la protection du détenu contre les violences volontaires font plutôt partie de cette catégorie.

détention, qui ne doit pas dépasser le seuil de déclenchement de la qualification de traitement inhumain et dégradant. La norme privative de liberté doit intégrer désormais ces principes destinés à limiter l'affliction générée, de la même manière que le juge national a l'obligation d'en réaliser le contrôle concret, en vertu de l'article 13 de la Convention, qui oblige le droit interne à organiser un recours efficace contre tout grief de violation de la Convention, ouvrant la reconnaissance d'un troisième recours spécial de la privation de liberté⁴⁰⁸.

117. **La question de l'intégration de l'entier domaine de l'exécution de la détention dans la lutte contre l'arbitraire.** Si certains aspects de la protection de la dignité du détenu, contrôlés sur le fondement de l'article 3, font l'objet d'une adaptation importante par la jurisprudence européenne au point d'en faire des garanties spéciales de la personne détenue, cette distanciation croissante du contentieux commun de l'interdiction du traitement inhumain et dégradant pose directement la question de son incorporation dans l'article 5, disposition qui a vocation à rassembler l'ensemble des garanties spécifiques de la détention, destinées à assurer la lutte contre l'arbitraire. Une telle absorption, sur le fondement de l'article 5 § 1^{er}, présenterait l'intérêt d'inclure le contrôle de l'exécution de la détention en entier dans la légalité de la privation de liberté au sens de l'article 5 § 4 et d'investir le juge national du pouvoir de libération, même pour ce contentieux, finissant de consacrer le troisième recours spécial de la détention. Une telle intégration n'est pas illogique, alors que la Cour européenne des droits de l'Homme a placé dans l'article 5 le contrôle de l'adéquation de la détention avec son objectif, sur le fondement explicite de la lutte contre l'arbitraire⁴⁰⁹. La détention arbitraire est aussi celle qui n'est plus capable d'assurer son objectif, d'accomplir sa *ratio legis*, celle qui perd son sens. Les conditions de détention indignes, dont la cause principale tient dans la surpopulation, empêche la réalisation du but de la détention, à condition de retenir même pour la peine privative de liberté, principalement concernée, que celle-ci vise un but autre que la punition. L'isolement infondé ou injustifié, qui limite fortement l'accès du détenu au contenu de droit commun de la détention, menace aussi d'empêcher la détention d'atteindre son objectif. L'état de santé incompatible, pour la personne mourante avec évidence, mais aussi pour la personne lourdement malade, peut aussi avoir pour effet de retirer tout sens à la détention, par exemple en neutralisant le risque qu'elle fait courir à l'ordre public. Dans ces trois hypothèses, contrôlées par la Cour européenne des

⁴⁰⁸ V. *supra*, n° 106.

⁴⁰⁹ *Saadi*, gde ch. : *préc.*

droits de l'Homme sur le fondement de l'article 3, c'est l'affliction trop élevée de la privation de liberté, qui aboutit à retirer à la détention, pourtant appliquée légalement, tout sens.

118. La synthèse des droits des personnes privées de liberté, qui puisent leur source dans les principes cardinaux de la détention, se trouve dans la refondation du dernier principe cardinal de la détention, celui de l'interdiction de la détention arbitraire.

4) Le principe cardinal de l'interdiction de la détention arbitraire : la synthèse des droits des personnes privées de liberté

119. **Le Principe fondamental de la protection contre la privation de liberté.** L'interdiction de la détention arbitraire figure en tête de l'article 66 de la Constitution, même s'il est resté dans l'ombre du second alinéa, dans lequel l'autorité judiciaire se trouve consacrée dans le rôle de gardien de la liberté individuelle. L'interdiction de la détention arbitraire est pourtant le principe cardinal de la privation de liberté qui bénéficie de la protection constitutionnelle la plus nette. Par comparaison avec la consécration du juge judiciaire dans le rôle de gardien de la liberté individuelle qui figure dans le même article, l'alinéa 1^{er} vise directement la « *détention* », quand le second vise plus largement la « *liberté individuelle* », et l'interdiction de la détention arbitraire est exprimée fermement quand le second principe figure dans une incise. L'interdiction de la détention arbitraire mérite d'être définie dans son contenu (*a*) et dans son effet (*b*).

a. *Le contenu de l'interdiction de l'internement arbitraire : le regroupement des principes cardinaux de la détention*

120. **L'introuvable « interdiction de la détention arbitraire ».** La définition de la détention arbitraire n'est pourtant pas nette et présente des variations⁴¹⁰. Le Conseil constitutionnel lui-même ne semble pas vraiment s'intéresser au contenu particulier de la notion, se référant parfois sur d'autres dispositions pour fonder les avancées de son contrôle⁴¹¹. Il n'utilise de toute manière jamais isolément le premier alinéa, toujours groupé avec le principe du second alinéa, et son emploi reste de toute manière cantonné à l'énoncé des principes, le Conseil constitutionnel préférant se référer à l'article 66 de la Constitution en entier, qu'il traite du contrôle de la rigueur non nécessaire, ou de l'intervention du juge judiciaire⁴¹². À l'image de la sûreté, l'interdiction de la détention arbitraire reste un principe au contenu incertain, montrant un certain désintérêt pour la privation de liberté.

⁴¹⁰ La notion de détention arbitraire ne donne pas lieu à une définition consensuelle. Un auteur distingue privation de liberté arbitraire, formée des « actes accomplis ou non sous le couvert apparent de la légalité, mais inspirés à leur auteur par une pensée de malveillance pure et l'intention de nuire » [M. BINET, *La protection de la liberté individuelle contre les arrestations et les détentions arbitraires*, 1936, thèse Nancy], de la privation de liberté illégale, définie comme les actes « commis en dehors des cas, sans les formes ou au-delà des délais prescrits par la loi » [M. BINET : *op. cit.*] et de la privation de liberté injustifiée constituée « des actes légalement accomplis, mais dont les circonstances ne justifient pas l'emploi et qui supposent donc de la part de leur auteur une faute non intentionnelle de négligence, d'imprudence ou d'ignorance grave » [M. BINET : *op. cit.*]. Quant au groupe de travail sur la détention arbitraire des Nations Unies, il définit trois types de détention arbitraire : « lorsqu'il est manifestement impossible d'invoquer une base légale quelconque », lorsque la privation de liberté résulte de l'exercice de certains droits ou de libertés proclamées par la Déclaration universelle des droits de l'homme et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et lorsque les normes internationales relatives au procès équitable ont été violées [v. Les méthodes de travail révisées du groupe, E/CN.4/1998/44, Annexe I, § 8]. Pour un auteur, il y a privation de liberté arbitraire lorsque la privation de liberté s'opère sans l'intervention d'un juge dans les conditions prévues par la loi [D. TURPIN, « L'autorité judiciaire gardienne de la liberté individuelle » ; *AJDA*, 1983, p. 653]. Pour d'autres auteurs, « doit être qualifiée d'arbitraire au sens de la Constitution, la détention qui s'effectue sans titre légal exprès et préalable, sans nécessité, qui n'assure pas "dès le début de l'application de la mesure" le respect des droits de la défense, enfin qui ne réserve pas "dans le plus court délai possible" l'intervention d'un juge du siège » [v. les annotations de TH. RENOUX et M. DE VILLIERS sous l'article 66 du *Code constitutionnel*, Litec, 2005]. Les définitions de la privation de liberté arbitraire sont nombreuses et comprennent des composantes différentes selon leurs auteurs, montrant les incertitudes pesant sur la notion. Les différentes définitions montrent toutefois que la notion de détention arbitraire semble concerner la violation des principales garanties protégeant la personne détenue.

⁴¹¹ Ainsi a-t-il développé son contrôle de la délimitation législative en reprenant une formulation issue de l'article 9 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, imposant de n'appliquer que « la rigueur nécessaire », dans une disposition destinée d'abord à protéger la liberté du suspect durant la phase préparatoire du procès pénal, principe qu'il rattache désormais à l'article 66 de la Constitution, sans pour autant faire de lien direct avec l'interdiction de la détention arbitraire [v. *infra*, n° 356].

⁴¹² V. par exemple, Cons. const., déc. n° 2011-174 QPC du 6 oct. 2011, [Mme P.] : *J. O.*, 8 oct. 2011, p. 17017 ; *Dr. admin.*, 2011, comm. n° 99, comm. C. LANTERO ; *JCP A*, 2012, n° 2040, comm. É. PÉCHILLON. V. aussi, Cons. const., déc. n° 2010-92 QPC du 28 janv. 2011, [Mme C.] : *J. O.*, 29 janv. 2011, p. 1894 : « considérant, en premier lieu, que l'article 66 de la Constitution prohibe la détention arbitraire et confie à l'autorité judiciaire, dans les conditions prévues par la loi, la protection de la liberté individuelle ».

121. **Expression négative du principe de la liberté individuelle et expression positive du principe de la détention dénuée d'arbitraire.** Dans son sens le plus simple, l'interdiction de l'internement arbitraire, comme la sûreté, est un droit qui bénéficie à la personne libre et lui garantit sa liberté individuelle : le premier principe la proclame négativement dans une interdiction qui revient à formuler « *un droit à ne pas* », tandis que le second la proclame positivement dans un « *droit de* ». Le contenu de la sûreté, *a contrario*, se limite au rappel du caractère exceptionnel de la détention. Celui de l'interdiction de la détention arbitraire, *a contrario*, est plus riche, puisqu'il impose que le recours à la détention soit dénué d'arbitraire.

122. **L'achèvement de la définition de la détention d'arbitraire : le respect des principes cardinaux encadrant la privation de liberté.** Comme le montre la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, concernant les apports prétoriens de son contrôle de la privation de liberté⁴¹³, la détention arbitraire a en réalité un sens très large et concerne d'abord la privation de liberté « *illégal* », c'est-à-dire celle contraire à l'une des conditions posées par l'article 5 de la Convention européenne de droits de l'Homme⁴¹⁴. La détention arbitraire s'étend également à la privation de liberté légale dont le vice réside uniquement dans l'exécution concrète, malgré l'existence d'une base légale de qualité et d'un titre régulier et réunit dans ce pan le contrôle de la privation de liberté réalisé par la Cour sur le fondement de l'article 3, celui de l'isolement, celui de l'état de santé incompatible et celui des conditions dignes de détention : la détention arbitraire comprend aussi la *détention légale dont l'exécution génère une affliction trop sévère, qui lui retire tout sens*. Ce contentieux, disjoint de l'article 5, dont l'application est légale, n'appelle pas comme sanction naturelle la libération, mais plutôt l'obtention de conditions de détention dont l'affliction est compatible avec l'objectif de la détention, même si l'impossibilité d'obtenir de telles conditions de détention, pose forcément la question de la libération.

⁴¹³ V. *supra*, n°74.

⁴¹⁴ V. *supra*, n° 76 et s.

123. La détention arbitraire est composée

de la détention illégale, ou qu'elle résulte de la libre volonté, rubrique comprenant la détention illégitime ou réalisée sans loi ou sans titre, ou qu'elle soit illégale, dans un sens plus strict, rubrique comprenant la détention qui repose sur une loi de qualité insuffisante ou sur un titre de détention irrégulier, ou qu'elle soit infondée, rubrique comprenant la détention qui souffre d'un défaut de nécessité ou de proportionnalité, ou qu'elle soit inadaptée, rubrique comprenant la détention dont l'exécution ne permet pas d'assurer l'objectif assigné à la détention, mais aussi de la détention légale, dont l'exécution génère une affliction trop sévère, au point de lui retirer tout sens.

124. La détention arbitraire est bien celle qui ne respecte pas les sept principes cardinaux de la détention, soit la légalité, la sûreté, la nécessité, la proportionnalité, la consécration du juge judiciaire comme gardien de la liberté individuelle et même le respect de la dignité du détenu, bien qu'il faille relativiser ce dernier point, du fait de l'utilisation de l'article 3 de la Convention.

125. L'essai de la théorie générale tient en conséquence dans

le rassemblement original des droits subjectifs généraux, qui profitent à la personne subissant une contrainte physique étatique, qui s'exerce avec suffisamment d'intensité pour compromettre gravement sa liberté d'aller et venir, au cours de celle-ci, afin de contenir son affliction, soit en permettant la libération de la personne lorsque la contrainte est appliquée illégalement, soit en permettant de la protéger d'une affliction excessive même lorsque la contrainte est appliquée légalement, sur le fondement de l'interdiction de la détention arbitraire.

126. L'interdiction de la détention arbitraire porte en elle l'exigence d'effectivité de l'ensemble du droit objectif des principes cardinaux encadrant la détention et sert de fondement aux droits subjectifs bénéficiant à la personne privée de liberté.

b. L'effet de l'interdiction de la détention arbitraire : l'effectivité des principes cardinaux de la détention

127. **Une interdiction.** En formulant une prohibition, la consécration de l'interdiction de la détention arbitraire n'assure pas seulement la proclamation négative et redondante de la liberté d'aller et venir, mais elle porte en elle-même l'obligation pour l'État d'assurer l'effectivité du respect de la liberté d'aller et venir, d'adopter un dispositif juridique suffisamment efficace pour empêcher, « *interdire* », d'abord le placement en détention arbitraire, dimension du principe qui profite à la personne en liberté, mais aussi pour empêcher le maintien de la détention arbitraire, dimension du principe qui profite à la personne détenue. L'interdiction de la détention arbitraire justifie en conséquence les

différents mécanismes assurant l'effectivité des différents principes cardinaux de la détention.

L'essai de la théorie générale vise en conséquence

le rassemblement original des droits subjectifs généraux, qui profitent à la personne subissant une contrainte physique étatique, qui s'exerce avec suffisamment d'intensité pour compromettre gravement sa liberté d'aller et venir, au cours de celle-ci, afin de contenir son affliction, soit en permettant la libération de la personne lorsque la contrainte est appliquée illégalement, soit en permettant de la protéger d'une affliction excessive même lorsque la contrainte est appliquée légalement, sur le fondement de l'interdiction de la détention arbitraire, pour assurer l'effectivité des principes cardinaux encadrant la privation de liberté.

128. L'effectivité par le droit de la responsabilité : l'obligation internationale de réparer l'atteinte à la liberté individuelle. L'article 5 § 5 de la Convention européenne des droits de l'Homme rappelle que « *toute personne victime d'une arrestation ou d'une détention dans des conditions contraires aux dispositions de cet article a droit à réparation* ». Cette disposition impose en droit interne la reconnaissance d'« *un droit exécutoire à réparation* »⁴¹⁵ à toute personne victime d'une violation de l'article 5 de la Convention. Son champ est en conséquence des plus larges et concerne aussi la violation du droit interne, puisque celle-ci constitue une violation de l'article 5 § 1^{er}. Cette action spécifique de la privation de liberté ne saurait cependant assurer l'effectivité de l'interdiction de la détention arbitraire, sauf pour celle achevée, si bien que l'étude de l'action en réparation n'a pas à intégrer la théorie générale. Pour celle en cours, l'effectivité de la détention suppose en conséquence de mettre un terme à l'arbitraire, soit par la libération pour la détention illégale, soit par l'obtention de conditions de détention conformes à l'obtention de l'objectif de la détention pour la détention légale, dont l'exécution génère une affliction trop sévère.

129. L'effectivité par le droit pénal : l'obligation d'incrimination de l'atteinte arbitraire à la liberté individuelle. La détention arbitraire a toujours donné lieu à une incrimination pénale⁴¹⁶, dont le principe constitutionnel de l'interdiction de la détention

⁴¹⁵ CEDH, ch., 23 sept. 1998, *Steel et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 24838/94 : *Rec. CEDH*, 1998-VII ; *RSC*, 1999, p. 384, obs. R. KOERING-JOULIN ; § 81.

⁴¹⁶ Sous l'Empire, en droit romain, l'attentat à la liberté, commis par un fonctionnaire ou un particulier, est puni de mort et poursuivi selon la procédure pénale extraordinaire [M. BINET, *La protection de la liberté individuelle contre les arrestations et les détentions arbitraires*, 1936, thèse Nancy]. La loi salique punit de 1.200 deniers l'arrestation illégale [Titre 34, art. 1^{er}]. Sous l'Ancien Régime, le magistrat qui abuse de sa fonction, notamment pour porter atteinte à la liberté d'un individu, peut voir sa responsabilité engagée. Une ordonnance de François I^{er} de 1540 organise une procédure de prise à partie distinguée de l'appel contre le magistrat en cas d'abus de pouvoir. L'ordonnance de Blois de 1570 autorise la poursuite des magistrats en cas de faute manifeste. L'ordonnance de 1667 de Saint-Germain-en-Laye énumère 15 cas de prise à partie, et on considère alors que la simple erreur de forme suffit à engager la responsabilité des magistrats. Quant à l'ordonnance de 1670, elle punit de 1.000 livres et de la privation de leur charge les officiers qui auraient commis une détention arbitraire [voir M. BINET : *op. cit.*]. Quant au Code pénal du 25 septembre 1791, il punissait de 6 à 12 ans de « *gêne* »

arbitraire impose sans doute l'existence. Là encore, si l'infraction participe sans doute de l'effectivité des principes cardinaux de la détention, elle ne saurait suffire non plus, alors que, déjà, l'infraction ne saurait recouvrir l'ensemble des cas de leurs violations, mais qu'en plus l'action ne permet pas non plus de remédier à l'arbitraire de la détention en cours. L'incrimination n'entre pas non plus dans le champ de la théorie générale.

130. **L'effectivité par le droit de la privation de liberté : la consécration du droit d'être privé de liberté selon une loi dénuée d'arbitraire et du droit d'être privé de liberté sous le contrôle du juge judiciaire.** La théorie générale rassemble les droits qui permettent de contenir l'affliction de la détention arbitraire. L'arbitraire résulte de l'atteinte à une liberté fondamentale, en l'occurrence à la sûreté, abandonnée à la « *volonté libre* »⁴¹⁷. Les cas les plus évidents de détention arbitraire résultent de la détention issue de la pure volonté, celle illégitime, celle sans base légale et celle sans titre. Le droit récent a étendu la notion de détention arbitraire pour y incorporer finalement l'ensemble des violations des sept principes cardinaux de la détention, soit que ceux-ci assurent l'encadrement de la base légale, soit que ceux-ci assurent l'encadrement du titre de privation de liberté, soit que ceux-ci encadrent son exécution. C'est d'abord à la loi d'assurer abstraitement l'effectivité de la protection contre la privation de liberté, et la subjectivisation de la contestation de la conformité de la loi à ceux-ci forme un droit subjectif, celui d'être privé de liberté selon une loi dénuée d'arbitraire. C'est ensuite au juge, et plus spécialement au juge judiciaire, d'en assurer le contrôle concret, en vertu de l'article 66 de la Constitution, et l'accès de la personne privée de liberté à celui-ci forme le droit d'être privé de liberté sous le contrôle du juge judiciaire.

quiconque participait à une détention ou arrestation arbitraire [cette peine consistait en un isolement cellulaire absolu mais ne fut jamais appliquée en raison du défaut d'établissements appropriés]. Aujourd'hui, le Code pénal érige toujours en infractions pénales les arrestations ou détentions arbitraires [art. 432-4 CP] et les séquestrations [art. 224-1 CP].

⁴¹⁷ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 9^e éd., 2011, définition d'« arbitraire ».

131. **L'achèvement de la délimitation du sujet.** L'essai d'une théorie générale⁴¹⁸ des droits de la personne privée de liberté doit être défini comme

le rassemblement original des droits subjectifs généraux, qui profitent à la personne subissant une contrainte physique étatique, qui s'exerce avec suffisamment d'intensité pour compromettre gravement sa liberté d'aller et venir, au cours de celle-ci, afin de contenir son affliction, soit en permettant la libération de la personne lorsque la contrainte est appliquée illégalement, soit en permettant de la protéger d'une affliction excessive même lorsque la contrainte est appliquée légalement, sur le fondement de l'interdiction de la détention arbitraire⁴¹⁹, pour assurer l'effectivité des principes cardinaux encadrant la privation de liberté et réunis autour du droit d'être privé de liberté selon une loi dénuée d'arbitraire et autour du droit d'être privé de liberté sous le contrôle du juge judiciaire.

132. C'est donc successivement que nous étudierons le droit d'être privé de liberté selon une loi dénuée d'arbitraire (*Partie I*) et le droit d'être privé de liberté sous le contrôle du juge judiciaire (*Partie II*).

⁴¹⁸ La théorie générale se trouve définie comme « le rassemblement méthodique des principes fondamentaux et des règles récurrentes dans les institutions particulières, encadrant une matière homogène et formant un ensemble cohérent, permettant de rationaliser une matière éparse ».

⁴¹⁹ La détention arbitraire est composée de la détention illégale, ou qu'elle résulte de la libre volonté, rubrique comprenant la détention illégitime ou réalisée sans loi ou sans titre, ou qu'elle soit illégale, dans un sens plus strict, rubrique comprenant la détention qui repose sur une loi de qualité insuffisante ou sur un titre de détention irrégulier, ou qu'elle soit infondée, rubrique comprenant la détention qui souffre d'un défaut de nécessité ou de proportionnalité, ou qu'elle soit inadaptée, rubrique comprenant la détention dont l'exécution ne permet pas d'assurer l'objectif assigné à la détention, mais aussi de la détention légale, dont l'exécution génère une affliction trop sévère, au point de lui retirer tout sens.

Partie I./ LE DROIT D'ÊTRE PRIVÉ DE LIBERTÉ SELON UNE LOI DÉNUÉE D'ARBITRAIRE

133. **Le point départ de la lutte contre l'arbitraire : l'existence d'une base légale.** La décision arbitraire est d'abord celle « *qui n'est pas le résultat de l'application d'une règle existante mais le produit d'une volonté libre* »⁴²⁰. L'existence d'une base légale, préalable à l'arrestation constitue le premier rempart rudimentaire contre la privation de liberté arbitraire, et cette condition est exigée par la Convention européenne des droits de l'Homme⁴²¹, comme par le bloc de constitutionnalité⁴²². Pour la privation de liberté insusceptible d'être rattachée à la moindre base légale interne, la Cour utilise la qualification, plutôt rare dans sa jurisprudence, de « *détention arbitraire* »⁴²³, et elle prend même le soin, pour le cas spécial de la détention « *non reconnue* »⁴²⁴, celle réalisée clandestinement et en secret par les autorités, de relever une violation « *particulièrement grave* »⁴²⁵ de la Convention.

⁴²⁰ G. CORNU, *op. cit.*, définition de « nécessité ».

⁴²¹ L'article 5 § 1^{er} de la Convention européenne des droits de l'Homme vise le respect des « *voies légales* ». La Cour européenne des droits de l'Homme se réfère toutefois à la notion matérielle de base légale [v. *infra*, n° 197 et s.].

⁴²² L'article 7 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen prévoit que « *nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la loi, et selon les formes qu'elle a prescrites* ». La loi est alors utilisée dans son sens organique, conformément à la tradition juridique française.

⁴²³ CEDH, gde ch., 8 avr. 2004, *Assanidze c. Géorgie*, req. n° 71503/01 : *Rec. CEDH*, 2004-II ; *D.*, 2004, p. 2534, note C. BIRSAN ; *AJDA*, 2004, p. 1809, chron. J.-F. FLAUSS ; § 175 : « *aux yeux de la Cour, la détention d'une personne pour une période indéterminée et imprévisible, sans que cette détention se fonde sur une disposition légale précise ou sur une décision judiciaire, est incompatible avec le principe de la sécurité juridique [...] revêt un caractère arbitraire* ». La référence à la détention arbitraire semble se limiter aux longues détentions sans base légale, et la Cour a déjà caractérisé, pour des détentions plus courtes souffrant du même défaut, une simple violation des voies légales [v. par ex. pour l'ordonnance de prise de corps, oubliée par la juridiction d'instruction au moment de l'adoption de l'ordonnance de mise en accusation, qui avait été suppléée finalement par la Cour d'assises, sans reconnaissance législative, CEDH, sect. V, 15 janv. 2009, *Faure c. France*, req. n° 19421/04 : *D.*, 2009, p. 2771, chron. J.-F. RENUCCI]. Pour le reste, sans employer la qualification de détention arbitraire, la Cour note simplement la « *violation de la Convention* », y compris en cas de défaut de base légale [v. par ex., sur l'article 5 § 1^{er}, concernant le placement dans un centre social requalifié en privation de liberté, CEDH, gde ch., 17 janv. 2012, *Stanev c. Bulgarie*, req. n° 36760/06 : *Rec. CEDH*, 2012 ; *RDSS*, 2012, p. 863, note K. LUCAS ; *JDI*, 2013, chron. n° 8, obs. X. AUREY].

⁴²⁴ CEDH, gde ch., 8 juil. 1999, *Cakici c. Turquie*, req. n° 23657/94. La Cour se réfère à la notion de privation de liberté « *non reconnue* ». – CEDH, gde ch., 13 déc. 2012, *El-Masri c. « L'Ex-République Yougoslave de Macédoine »*, req. n° 39630/09 : *Rec. CEDH*, 2012 ; *RFDA*, 2013, p. 576, chron. H. LABAYLE et F. SUDRE ; *AJDA*, 2013, p. 165, chron. L. BURGORGUE-LARSEN ; *JCP*, 2013, doct. n° 64, chron. F. SUDRE ; *ibid.*, 2013, n° 58, obs. G. GONZALES.

⁴²⁵ *El-Masri c. « L'Ex-République Yougoslave de Macédoine »* : *préc.* – *Cakici* : *préc.* Dans de telles hypothèses, les États s'affranchissent directement de l'ensemble des droits de l'article 5.

134. **Le droit à la sûreté.** Au-delà de son existence, la Cour européenne des droits de l'Homme contrôle la qualité de la loi⁴²⁶, par le recours à la notion de « *sécurité juridique* », appliquée à la privation de liberté⁴²⁷ : la loi doit être entourée de garanties suffisantes pour éviter l'arbitraire⁴²⁸, exigence reliée à la sûreté⁴²⁹. Le droit de contester la qualité abstraite de la norme privative de liberté constitue une première composante du droit à la sûreté, qui dépasse l'exigence rudimentaire de l'existence de la loi. Ensuite, la loi privative de liberté reconnaît à la personne privée de liberté, dès l'arrestation, le même *paquet* de droits – le droit à la notification des droits, le droit à l'assistance d'un avocat, le droit à un examen médical et le droit de prévenir un tiers de l'arrestation –, sans consécration supra-légale entière⁴³⁰ : il constitue un élément de la théorie générale par comparaison des différentes législations spéciales. Ces droits visent directement à assurer la sécurité de la personne contre l'arbitraire⁴³¹, en assurant l'effectivité de la première contestation judiciaire de la légalité de la privation de liberté en *Habeas corpus*⁴³² et en neutralisant tout risque de mauvais traitement. Le *paquet* constitue une autre manifestation de la sûreté, plus relative et horizontale, puisque le législateur n'est pas tenu de le consacrer à tous les coups, même si le souci de cohérence juridique le commande⁴³³.

135. **Le droit de ne pas subir une rigueur non nécessaire.** La mise sous tutelle du législateur, plus sévère encore, réside dans la délimitation supra-légale du champ de la privation de liberté, qui lie sa compétence, et dont le dépassement peut également être abstraitement contesté par la personne privée de liberté, dans un droit de ne pas subir une rigueur non nécessaire. D'abord, la liste des cas de privation de liberté contenue dans l'article 5 § 1^{er} de la Convention européenne des droits de l'Homme est exhaustive⁴³⁴. Le mécanisme,

⁴²⁶ Le vice de qualité aboutit à constater une « *violation* », sans que la Cour n'emploie la qualification de détention arbitraire [v. par ex., CEDH, sect. I, 15 juin 2006, *Jurjevs c. Lettonie*, req. n° 70923 ; § 43]. Si une hiérarchie dans les vices de la base légale semble apparaître dans sa jurisprudence, celle-ci ne semble pas avoir d'effet pour l'instant, même si on peut imaginer que seules les violations les plus graves permettent à la Cour d'enjoindre à l'État, par la formulation d'une mesure individuelle, de libérer le requérant encore détenu [v. *Assanidze* : *préc.* et v. *infra*, n° 683].

⁴²⁷ CEDH, sect. I, 28 mars 2000, *Baranowski c. Pologne*, req. n° 28358/95 : *Rec. CEDH*, 2000-III.

⁴²⁸ CEDH, sect. V, 11 avr. 2013, *Firoz Muneer c. Belgique*, req. n° 56005/10.

⁴²⁹ V. *supra*, n° 88.

⁴³⁰ Seule l'information des raisons de l'arrestation bénéficie d'une reconnaissance supra-légale générale, à l'article 5 § 2 de la Convention européenne des droits de l'Homme [v. *infra*, n° 181 et s.].

⁴³¹ V. *supra*, n° 89.

⁴³² V. *supra*, n° 102.

⁴³³ V. *supra*, n° 81.

⁴³⁴ V. pour une répétition récente des principes, *El-Masri*, gde ch. : *préc.* ; § 230 : « *Atteste de l'importance de la protection accordée à l'individu contre l'arbitraire le fait que l'article 5 § 1 dresse la liste exhaustive des circonstances dans lesquelles un individu peut être légalement privé de sa liberté, étant bien entendu que ces*

plutôt protecteur⁴³⁵, investit la Cour européenne des droits de l'Homme d'une partie du contrôle abstrait de la norme, au-delà de sa qualité, pour déterminer si le cas national est bien permis par la liste. L'impossible rattachement du cas de privation de liberté national constitue une autre hypothèse de détention « *arbitraire* »⁴³⁶. La délimitation supra-légale de la privation de liberté est aussi assurée par le Conseil constitutionnel, sur le principe de l'interdiction de la rigueur non nécessaire, dégagé d'abord sur le fondement de l'article 9 de la Déclaration des droits de l'Homme concernant le suspect⁴³⁷, puis étendu à l'ensemble de la privation de liberté sur le fondement de l'article 66⁴³⁸, ce qui permet de la relier à la lutte contre l'arbitraire.

circonstances appellent une interprétation étroite puisqu'il s'agit d'exceptions à une garantie fondamentale de la liberté individuelle ».

⁴³⁵ Si l'article 3 ne comporte aucune limitation textuelle. Seuls les articles 2 et 4 comportent des listes d'exceptions aussi précisément définies. Les articles 8, 9, 10 et 11 posent des conditions de validation des ingérences plus larges.

⁴³⁶ CEDH, sect. V, 21 déc. 2012, *Ichin et autres c. Ukraine*, req. n^{os} 28189/04 et 28192/04 ; § 40 : « *les éléments ci-dessus suffisent à la Cour pour conclure que MM. Ichin et Dmitriyev ont été détenus de manière arbitraire et qu'il y a donc eu violation de l'article 5 § 1^{er} de la Convention* ».

⁴³⁷ L'article dispose que, « *Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi.* » La disposition protège d'abord la présomption d'innocence et a vocation à encadrer la contrainte du suspect, domaine dans lequel elle a d'ailleurs servi pour la première fois, concernant la garde à vue du mineur [Cons. const., déc. n^o 93-326 DC du 11 août 1993 portant sur la loi modifiant la loi n^o 93-2 du 4 janv. 1993 portant réforme du Code de procédure pénale : *J. O.*, 15 août 1993, p. 11599 ; *RFD const.*, 1993, p. 848, note TH. RENOUX ; consid. n^o 28, ou Cons. const., déc. n^o 93-334 DC du 20 janv. 1994 relative à la loi instituant une peine incompressible et relative au nouveau Code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale : *J. O.*, 26 janv. 1994, p. 1380 ; *RFD const.*, 1994, p. 353, note TH. RENOUX ; *D.*, 1995, p. 340, obs. TH. RENOUX ; *ibid.*, p. 293, obs. É. OLIVA ; consid. n^o 13].

⁴³⁸ Le Conseil constitutionnel a généralisé le principe, en affirmant, sur la combinaison de l'article 66 de la Constitution et de l'article 9 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, que « *la liberté individuelle ne saurait être entravée par une rigueur qui ne soit nécessaire* » [Cons. const., déc. n^o 2008-562 DC du 21 févr. 2008 portant sur la loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental : *J. O.*, 26 févr. 2008, p. 3272 ; *RSC*, 2008, p. 731, comm. CH. LAZERGES ; *D.*, 2008, p. 1359, comm. Y. MAYAUD ; *JCP*, 2008, actu., n^o 166, obs. B. MATHIEU ; *JCP*, 2008, II, n^o 10077, comm. J.-PH. FELDMAN]. V. sur le principe, *infra*, n^o 356.

136. **La recherche de la marge d'appréciation du législateur.** Si le législateur peut être tenté d'user largement de la privation de liberté, pour donner une efficacité maximale à une politique, puisqu'elle assure le contrôle de l'individu, ou pour neutraliser le moindre risque de récidive, puisqu'elle prévient toute perturbation du monde extérieur, sa marge d'appréciation se heurte au droit à la sûreté⁴³⁹ et au droit à ne pas être subit de rigueur non nécessaire, et sa limitation est de nature à faire de la liberté individuelle une liberté de premier ordre⁴⁴⁰. La détermination de la marge d'appréciation du législateur nécessite d'étudier le droit à la sûreté (*Titre I*) et le droit à ne pas subir une rigueur non nécessaire (*Titre II*).

⁴³⁹ Surtout dans sa composante horizontale, tenant au contrôle de la qualité de la loi, moins dans sa composante verticale, tenant au *paquet* de droits.

⁴⁴⁰ Si l'établissement d'une hiérarchie des droits et libertés fondamentales est parfois contesté dans son principe [voir G. DRAGO, « La conciliation entre principes constitutionnels » ; *D.*, 1991, chron., p. 265], elle est parfois recherchée dans l'étude des variations de l'intensité du contrôle constitutionnel [voir V. GOESEL-LEBIHAN, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel : présentation générale ; *LPA*, 5 mars 2009, p. 62].

Titre I./LE DROIT À LA SÛRETÉ

137. **Le droit à la sûreté objective : le nécessaire dépassement de la sécurité juridique.** Qu'il s'agisse de démontrer l'existence de la base légale, ou sa qualité⁴⁴¹, la sûreté s'intéresse d'abord abstraitement à la loi, dans un examen objectif. L'existence de la loi et l'appréciation de sa qualité composent les deux éléments classiques de la légalité, le premier dans son acceptation organique, le second dans son acceptation matérielle, et forment des conditions de droit commun de l'ingérence à la liberté fondamentale⁴⁴². Désormais, la légalité est souvent incluse dans le principe plus large de la sécurité juridique⁴⁴³, y compris, en matière de privation de liberté, par la Cour européenne des droits de l'Homme⁴⁴⁴, qui relie ce dernier principe à la lutte contre l'arbitraire⁴⁴⁵. La notion de sécurité juridique dépasse le domaine de la liberté individuelle⁴⁴⁶, et son respect est une condition de droit commun de la validité de l'ingérence à la liberté fondamentale, la sécurité juridique formant avec d'autres garanties⁴⁴⁷ la sûreté, dans son sens le plus large⁴⁴⁸. La sûreté, dans son sens historique, a d'abord concerné la liberté individuelle⁴⁴⁹, et l'intitulé de l'article 5 rappelle cette proximité⁴⁵⁰. Si la sécurité juridique sert à généraliser la lutte contre l'arbitraire⁴⁵¹, son

⁴⁴¹ V. *supra*, n° 133 et s.

⁴⁴² V. *infra*, n° 196.

⁴⁴³ La sécurité juridique sert alors à élargir la notion de qualité de la loi, notamment en insérant une dimension rétrospective [voir A.-L. VALEMBLOIS, « La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français » ; CCC, 2005, n° 17].

⁴⁴⁴ CEDH, sect. I, 28 mars 2000, *Baranowski c. Pologne*, req. n° 28358/95 : *Rec. CEDH*, 2000-III.

⁴⁴⁵ CEDH, sect. V, 11 avr. 2013, *Firoz Muneer c. Belgique*, req. n° 56005/10.

⁴⁴⁶ V. CEDH, gde ch., 7 févr. 2013, *Fabris c. France*, n° 16574/08 : *Rec. CEDH*, 2013 ; § 66 : concernant une affaire liée au droit successoral français, la Cour européenne des droits de l'Homme faisait de la sécurité juridique une « valeur sous-jacente à la Convention ».

⁴⁴⁷ Les droits de la défense et le droit au juge pourraient aussi être rattachés à la sûreté [F. LUCHAIRE, « La sécurité juridique en droit constitutionnel français » ; CCC, 2001, n° 11].

⁴⁴⁸ Ainsi, M. le Professeur RIVERO a-t-il pu définir la sûreté comme « la garantie de la sécurité juridique de l'individu face au pouvoir » [J. RIVERO, *Les libertés publiques*, PUF, 1991, Tome II, p. 21]. Ce développement de la sûreté, dans un sens large, pourrait s'appuyer sur l'article 2 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, qui dispose que « le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme » et que « ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression » [F. LUCHAIRE, *op. cit.*].

⁴⁴⁹ V. *supra*, n° 88.

⁴⁵⁰ L'article 5 de la Convention européenne des droits de l'Homme proclame en effet que « toute personne a droit à la liberté et à la sûreté ». Si l'article 2 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen reconnaît également la sûreté, sa formulation ne la relie pas directement à la privation de liberté.

⁴⁵¹ V. pour l'application de la lutte contre l'arbitraire à l'art. 8 CEDH et le rattachement à cet objectif de l'exigence de la qualité de la loi, CEDH, plén., 2 août 1984, *Malone c. Royaume-Uni*, req. n° 8691/79 : *Rec. CEDH*, série A, n° 82.

attachement originel à la privation de liberté justifie d'appliquer, dans cette matière plus qu'ailleurs, la notion vigoureusement, en tout cas au-delà du droit commun de l'atteinte à la liberté fondamentale, dépassement indispensable à la caractérisation d'un véritable droit à la sûreté.

138. **Le droit à la sûreté subjective : le nécessaire rattachement du *paquet de droits* généré par l'arrestation à la protection de la liberté individuelle.** Le droit à la sûreté concerne également la personne arrêtée et doit aboutir, dans une dimension plus subjective, à consacrer à son profit un *paquet* de droits, exigibles dès le début de la privation de liberté⁴⁵². Le législateur a largement contribué à la définition de ces droits et à leur diffusion dans l'ensemble des cas de privation de liberté, au point d'en faire un élément de la théorie générale par comparaison. La vigueur du *paquet* de la garde à vue interroge d'emblée sur sa nature et son lien avec la défense pénale⁴⁵³, plutôt qu'à la protection de la liberté individuelle, et son rattachement à cette dernière suppose de démontrer l'efficacité du *paquet* même dans la privation de liberté de police étrangère au suspect.

139. **La caractérisation du droit à la sûreté.** La caractérisation de l'existence du droit à la sûreté suppose, dans un premier temps, d'étudier son aspect objectif, celui de la légalité (*Chapitre I*) et dans un deuxième temps, son aspect subjectif, celui du *paquet* de droits généré par l'arrestation (*Chapitre II*).

⁴⁵² V. *supra*, n° 134.

⁴⁵³ Le droit de se taire constitue un élément du *paquet* spécifique au suspect [CEDH, sect. V, 14 oct. 2010, *Brusco c. France*, req. n° 1466/07 ; *Dr. pén.*, 2010, ét. n° 29, comm. C. MAURO ; *D.*, 2010, p. 2950, obs. J.-F. RENUCCI ; *ibid.*, p. 2696, entretien Y. MAYAUD ; *ibid.*, p. 2783, chron. J. PRADEL ; *ibid.*, p. 2850, point de vue D. GUÉRIN ; *RSC*, 2011, p. 211, obs. D. ROETS ; *JCP*, 2010, n° 1064, obs. F. SUDRE ; *Gaz. Pal.*, 19 oct. 2010, p. 18, note M. BOUGAIN ; *Procédures*, 2010, comm. n° 419, note A.-S. CHAVENT-LECLÈRE].

Chapitre I./ LE DROIT À LA SÛRETÉ OBJECTIVE : LA LÉGALITÉ DE LA PRIVATION DE LIBERTÉ

140. La légalité organique : outil de lutte contre l'arbitraire normatif.

Le pouvoir réglementaire, réputé moins soucieux des libertés fondamentales et plus tourné vers la défense de l'ordre public, ne bénéficie ni de la légitimité ni des procédures formalistes du législateur. Le principe de la légalité sert d'abord à l'écarter de la norme privative de liberté.

141. La légalité matérielle : outil de lutte contre l'arbitraire législatif.

Le mythe du législateur, gardien des libertés fondamentales, est désormais largement remis en cause, et l'encadrement de sa compétence par les normes supra-légales vise à préserver les libertés de ses propres excès. La liberté individuelle n'échappe pas à ce phénomène, caractérisé par le développement de la notion de la qualité de la loi.

142. **La comparaison avec la légalité criminelle.** Proclamés pour la première fois dans le même texte de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen à des articles voisins⁴⁵⁴, la légalité criminelle et celle de la privation de liberté sont nées de la même croyance révolutionnaire, qui érigeait la loi en remède absolu à l'arbitraire⁴⁵⁵ : « *expression de la volonté générale, formulée par un Parlement souverain, la loi était la règle suprême devant laquelle devaient se courber toute autorité et toute règle* »⁴⁵⁶. La légalité criminelle reste un principe emblématique du droit répressif dont l'efficacité, au moins en apparence, a été renforcée encore récemment⁴⁵⁷. La légalité criminelle bénéficie aussi de l'arsenal total de la

⁴⁵⁴ L'article 7 de la Déclaration des droits de l'Homme et des citoyens prévoit que « *Nul homme ne peut être accusé, arrêté, ni détenu que dans les cas déterminés par la Loi, et selon les formes qu'elle a prescrites.* » L'article 8 du même texte dispose que « *la Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et [que] nul ne peut être puni qu'en vertu d'une Loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée.* »

⁴⁵⁵ Pour autant, ni l'un ni l'autre ne bénéficient de la protection maximale imposée par un recours obligatoire à une loi organique. La Constitution espagnole impose une loi organique pour les atteintes à la liberté individuelle.

⁴⁵⁶ P. DURAND, « La décadence de la loi dans la Constitution de la V^e République » ; *JCP*, 1959, I, n° 1470.

⁴⁵⁷ V. pour la censure *a posteriori* de l'incrimination de harcèlement sexuel, sur le principe de la légalité criminelle, Cons. const., déc. n° 2012-240 QPC du 4 mai 2012, [M. Gérard D.] : *J. O.*, 5 mai 2012, p. 8015 ; *D.*, 2012, p. 1372, note S. DETRAZ ; *RSC*, 2012, p. 1372, note A. CERF-HOLLENDER. V. pour des développements récents du contrôle de la notion, B. DE LAMY, « La conception constitutionnelle de la légalité pénale et les aléas de la jurisprudence de la Chambre criminelle » ; *RSC*, 2012, p. 221. La légalité criminelle a même bénéficié du contrôle de constitutionnalité déguisé, grâce au doublon européen : sur le fondement de la Convention européenne des droits de l'Homme, la Cour de cassation, sous l'apparence d'un contrôle de conventionnalité fondé sur l'article 7, a écarté une loi contraire à la légalité criminelle, pratiquant l'équivalent d'un contrôle de constitutionnalité [v. Cass. crim., 20 févr. 2001, n° 98-84.846 : *inédit* ; *D.*, 2001, p. 3001, obs. P. WACHSMANN ; *D.*, 2002, p. 1793, obs. B. DE LAMY ; *JCP*, 2002, II, n° 10114, note C. RUET ; *RSC*, 2001, p. 176, obs. J. FRANCILLON]. Ce même contrôle a été prôné devant le Conseil d'État par un commissaire du gouvernement : « *il nous paraît particulièrement souhaitable, lorsque, comme en l'espèce, la disposition*

lutte contre l'arbitraire normatif, dont le principe de non-rétroactivité de la loi nouvelle plus sévère⁴⁵⁸, en plus du développement matériel de la notion, dont elle profite aussi⁴⁵⁹. La comparaison de la légalité de la privation de liberté à la légalité criminelle doit permettre d'éclairer l'intensité de la première. Dans son aspect organique, la légalité implique le droit d'être privé de liberté selon une loi (*Section I*). Dans son aspect matériel, la légalité implique le droit d'être privé de liberté selon une loi de qualité (*Section II*).

législative litigieuse n'a pas été soumise au contrôle du Conseil constitutionnel, [...] que vous assuriez par la voie de l'exception d'inconventionnalité, sur le fondement de l'article 6 § 1, le même contrôle que celui que le Conseil constitutionnel aurait exercé » [C. BERGEAL, concl. sur CE, ass., 5 déc. 1997, *M^{me} Lambert*, n° 140032 : *Rec. CE* ; *AJDA*, 1998, p. 149]. Voir E. PIWNICA, « N'est-il pas temps de s'interroger à nouveau sur le contrôle de constitutionnalité de la loi promulguée » ; *LPA*, 22 déc. 2004, p. 3 ou D. MAYER, « Vers un contrôle du législateur par le juge pénal ? » ; *D.*, 2001, chron., p. 1643.

⁴⁵⁸ Le principe est aussi contenu à l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

⁴⁵⁹ V. par ex. B. DE LAMY, « L'avancée de la conception matérielle de la légalité criminelle » ; *D.*, 2004, p. 2756 ou A. GIUDICELLI, « Le principe de la légalité en droit pénal français : aspects légistiques et jurisprudentiels » ; *RSC*, 2007, p. 509.

Section I./ LA LÉGALITÉ ORGANIQUE : LE DROIT D'ÊTRE PRIVÉ DE LIBERTÉ SELON UNE

LOI

143. **La timide consécration constitutionnelle.** Le principe de la légalité de la privation de liberté a été souvent rappelé par les différents textes fondamentaux français⁴⁶⁰. Par une décision de 1973, le Conseil constitutionnel l'a consacré par sa célèbre censure de l'emprisonnement contraventionnel⁴⁶¹, avant même la consécration de la légalité criminelle⁴⁶². Dans la même décision, l'admission de la compétence réglementaire pour définir les contraventions permettait d'écarter le fondement de la légalité criminelle pour justifier de la censure, et le rejet de la compétence réglementaire apparaissait même large⁴⁶³. Pourtant, la combinaison des fondements employés⁴⁶⁴, sans affirmation de principe explicite, constituait

⁴⁶⁰ La Constitution de 1791 garantit, dans son titre premier, « la liberté à tout homme d'aller, de rester, de partir, sans pouvoir être arrêté, ni détenu, que selon les formes déterminées par la Constitution ». La Constitution de l'An III affirme, dans son article 8, que « nul ne peut être appelé en justice, accusé, arrêté ni détenu, que dans les cas déterminés par la loi, et selon les formes qu'elle a prescrites ». La Constitution de l'An VIII, dans son article 77, dispose que, « pour que l'acte qui ordonne l'arrestation d'une personne puisse être exécuté, il faut : 1° Qu'il exprime formellement le motif de l'arrestation et la loi en exécution de laquelle elle est ordonnée ; 2° Qu'il émane d'un fonctionnaire à qui la loi ait donné formellement ce pouvoir ; 3° Qu'il soit notifié à la personne arrêtée, et qu'il lui en soit laissé copie ». La Charte constitutionnelle de 1814, dans son article 4, consacre, au sujet des Français, que « leur liberté individuelle est également garantie, personne ne pouvant être poursuivi ni arrêté que dans les cas prévus par la loi et dans la forme qu'elle prescrit ». La Charte constitutionnelle de 1830 reprendra la même formule, dans son article 4. La Constitution de 1848 proclame, dans son article 2, que « nul ne peut être arrêté ou détenu que suivant les prescriptions de la loi ». Le projet de Constitution du 19 avril 1946, dans son article 9, prévoit que « nul ne peut être poursuivi, arrêté ou détenu que dans les cas déterminés par la loi et selon les formes qu'elle a prescrites ».

⁴⁶¹ Cons. const., déc. n° 73-80 L. du 28 nov. 1973 relative à la nature juridique de certaines dispositions du Code rural, de la loi du 5 août 1960 d'orientation agricole, de la loi du 8 août 1962 relative aux groupements agricoles d'exploitation en commun et de la loi du 17 déc. 1963 relative au bail à ferme dans les départements de la Guadeloupe, de la Guyane, de la Martinique et de la Réunion : *J. O.*, 6 déc. 1973, p. 12949 ; *RDP*, 1974, p. 899, obs. J. DE SOTO ; *AJDA*, 1974, p. 229, obs. J. RIVERO. Le Conseil constitutionnel affirmait qu'« il résulte des dispositions combinées du préambule, des alinéas 3 et 5 de l'article 34 et de l'article 66 de la Constitution, que la détermination des contraventions et des peines qui leur sont applicables est du domaine réglementaire lorsque lesdites peines ne comportent pas de mesure privative de liberté ». Cette décision a une valeur symbolique importante, puisqu'elle se place dans le droit fil de la décision *liberté d'association* de 1971 [Cons. const., déc. n° 71-44 DC du 16 juil. 1971 relative à la loi complétant les dispositions des art. 5 et 7 de la loi du 1^{er} juil. 1901 relative au contrat d'association : *J. O.*, 18 juil. 1971, p. 7114]. Elle constitue aussi l'une des premières étapes de ce que les auteurs appelleront plus tard la constitutionnalisation du droit pénal [v. L. PHILIP, « La constitutionnalisation du droit pénal français » ; *RSC*, 1985, p. 711 et L. FAVOREU, « La constitutionnalisation du droit pénal et de la procédure pénale : vers un droit constitutionnel pénal » ; in *Droit pénal contemporain, Mélanges Vitu*, Cujas, 1989, p. 169].

⁴⁶² Cons. const., déc. n° 80-127 DC des 19 et 20 janv. 1981 relative à la loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes : *J. O.*, 22 janv. 1981, p. 308.

⁴⁶³ La formulation employée ne se cantonne pas à la simple peine privative de liberté, mais emploie la notion plus large de « mesure privative de liberté ».

⁴⁶⁴ Le Conseil visait les « dispositions combinées du préambule, des alinéas 3 et 5 de l'article 34 et de l'article 66 de la Constitution ».

une « *construction irrationnelle* »⁴⁶⁵, empêchant toute consécration nette. D'abord parce que le Conseil constitutionnel entretenait une certaine confusion entre le principe de la légalité criminelle et le principe de la légalité de la privation de liberté, en visant l'alinéa 5 de l'article 34 de la Constitution⁴⁶⁶. Ensuite, aucun fondement utilisé n'était véritablement satisfaisant. L'article 34 alinéa 3, qui vise la compétence générale du législateur en matière de droits fondamentaux⁴⁶⁷, est un principe général, que l'article 34 alinéa 5 de la Constitution, disposition spéciale, neutralise, en donnant compétence au pouvoir réglementaire pour déterminer les contraventions et leurs peines, sans autre distinction de nature. Quant à l'article 66, si son deuxième alinéa vise bien « *les conditions prévues par la loi* », renvoi figurant dans l'ensemble des travaux préparatoires⁴⁶⁸, la référence à la loi semble se rattacher à la définition de l'intervention de l'autorité judiciaire⁴⁶⁹, plutôt qu'à l'interdiction des détentions arbitraires⁴⁷⁰, ce que la jurisprudence actuelle du Conseil constitutionnel semble consacrer définitivement⁴⁷¹. L'interdiction des détentions arbitraires a sans doute vocation à

⁴⁶⁵ J. DE SOTO, obs. sous Cons. const., 28 nov. 1973 ; *RDP*, 1974, p. 889.

⁴⁶⁶ Celui-ci vise directement le principe de la légalité criminelle, tel que réduit par la Constitution de 1958 : le législateur n'est compétent que pour « *la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables* ». Cette disposition est toutefois utile au Conseil Constitutionnel pour reconnaître la compétence de principe du pouvoir réglementaire, en matière contraventionnelle.

⁴⁶⁷ « *La loi fixe les règles concernant [...] les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques* ».

⁴⁶⁸ L'article 62 bis du projet du Conseil interministériel transmis au Conseil d'État dispose : « *Nul ne peut être arbitrairement détenu. La loi détermine les conditions qui permettent à l'autorité judiciaire d'assurer le respect de cette règle* ». Le Conseil d'État adoptera une formule différente : « *l'autorité judiciaire est gardienne de la liberté individuelle. Nul ne peut être arbitrairement détenu. Les juridictions judiciaires et les juridictions administratives assurent, chacune en ce qui les concerne, le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi* ». V. les *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, établis par le Comité national chargé de la publication des travaux préparatoires des institutions de la V^e République, La documentation française, vol II, p. 482.

⁴⁶⁹ Voir J. RIVERO, « Le Conseil constitutionnel et la protection de la liberté individuelle et de la vie privée » ; in *Mélanges Kayser*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1979, p. 411. L'étude des travaux préparatoires de la Constitution semble confirmer cette interprétation, alors que les auteurs de la Constitution ont tenu compte de l'existence des régimes privatifs de liberté dérogatoires et renoncé pour cette raison à l'inscription d'un *Habeas corpus* plus explicite, si bien que la référence à la loi apparaît bien motivée par l'octroi au législateur d'une marge de manœuvre pour organiser l'intervention de l'autorité judiciaire [v. les *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, op. cit. et supra, n° 98 et s.].

⁴⁷⁰ M. le professeur Renoux estime au contraire que l'expression ne s'applique pas au principe de l'intervention du juge judiciaire, principe indépendant car introduit par une apposition, mais au premier alinéa de l'article 66, qui prohibe les détentions arbitraires [TH. RENOUX, *Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire*, *Economica*, 1984, p. 512].

⁴⁷¹ Cons. const., déc. n° 2012-235 QPC du 20 avr. 2012, [*Association cercle de réflexion et de proposition d'actions sur la psychiatrie*] : *J. O.*, 21 avr. 2012, p. 7194 ; *RFDA*, 2012, p. 629, note K. BLAY-GRABARCZYK ; *Dr. admin.*, 2012, comm. n° 61, note C. CASTAING ; consid. n° 6 : « *dans l'exercice de sa compétence, le législateur peut fixer des modalités d'intervention de l'autorité judiciaire différentes selon la nature et la portée des mesures affectant la liberté individuelle qu'il entend édicter* ». Le Conseil constitutionnel semble s'appuyer sur ce renvoi à la loi dans l'article 66, pour justifier l'éclatement de la célérité de l'*Habeas corpus*, selon les cas de privation de liberté [v. *infra*, n° 728 et s.].

rassembler l'ensemble du contrôle abstrait de la norme privative de liberté⁴⁷², mais le Conseil constitutionnel ne l'isolait pas dans son raisonnement. L'article 7 de la Déclaration des droits de l'Homme, vaguement visé par le renvoi général au préambule, est un autre fondement efficace de la légalité de la privation de liberté, insuffisamment mis en valeur par la décision⁴⁷³. Dès lors, le principe se trouvait orphelin d'un fondement textuel fiable comme d'une formulation de principe claire et était, au surplus, consacré dans un raisonnement *a contrario* inutile à la résolution de la contestation⁴⁷⁴. En tout cas, cette première décision semblait promettre un avenir riche à la légalité de la privation de liberté, pour dépasser la légalité criminelle, limitée par le texte même de la Constitution, et s'appliquer aussi en matière contraventionnelle.

144. **La timide consécration par la Cour de cassation.** La Cour de cassation s'est prononcée dans l'arrêt *Friedel*⁴⁷⁵ sur la légalité de la privation la même année, s'agissant de la pratique des vérifications d'identité administratives, réalisées au cours de manifestations⁴⁷⁶. La Cour de cassation excluait de fonder la privation de liberté⁴⁷⁷ sur les pouvoirs généraux de police administrative du préfet⁴⁷⁸, exigeant une base légale précise⁴⁷⁹. La Chambre criminelle refusait aussi que la pratique puisse constituer un fait justificatif de l'infraction de détention arbitraire⁴⁸⁰. Cependant, la Cour de cassation n'adoptait ni

⁴⁷² V. *supra*, n° 119 et s.

⁴⁷³ La reconnaissance encore récente du bloc de constitutionnalité explique peut-être la timidité constitutionnelle.

⁴⁷⁴ La disposition dont il fallait trancher la compétence en l'espèce était une contravention punie seulement d'une amende. La simple référence à l'article 34 alinéa 5 suffisait à trancher le litige et à déterminer la compétence du pouvoir réglementaire. Il s'agit donc d'un *obiter dictum*, développement dispensable à la solution, qui n'a pas la valeur d'autorité de la chose jugée.

⁴⁷⁵ Cass. crim., 5 janv. 1973, *Friedel*, n° 72-90.278 : *Bull. crim.*, n° 7. La Chambre criminelle était saisie à la suite d'une ordonnance de non-lieu des chefs d'attentat à la liberté, d'arrestation et de détention arbitraires [v. les art. 114 et 341 de l'anc. CP].

⁴⁷⁶ Ces vérifications d'identité administratives, opérées en dehors de tout fondement légal, étaient fréquentes [v. le commentaire précité de la décision *Friedel* de B. TOULEMONDE ; *AJDA*, 1973, p. 600]. En l'espèce, *Friedel* avait été retenu durant une dizaine d'heures, en raison de doutes sur la véracité de sa carte d'identité. La Cour d'appel de Paris avait déjà validé en 1954 la détention administrative d'un distributeur de tracts, avant une manifestation interdite, en la fondant sur le pouvoir général de police administrative du préfet et l'usage [CA Paris, 12 févr. 1954 : *Rec. de Droit pénal*, 1955, p. 383].

⁴⁷⁷ Selon l'ordonnance du juge du fond, le manifestant avait été « *interpellé* », puis avait subi « *une contrainte temporaire* » dans un centre afin de réaliser des vérifications.

⁴⁷⁸ *Friedel* : *préc.* : « *en effet, les pouvoirs de police administrative, s'ils permettent, quand les circonstances particulières l'exigent, de procéder à des vérifications d'identité, n'autorisent pas à retenir, fut-ce provisoirement des personnes qui n'ont commis aucune infraction ou qui ne sont pas soupçonnées d'en avoir commis* ».

⁴⁷⁹ Les pouvoirs de police administratifs généraux reposaient en effet sur un fondement légal [v. l'art. 10 de la loi n° 64-707 du 10 juil. 1964 portant réorganisation de la région parisienne : *J. O.*, 12 juil. 1964, p. 6204], sans que celui-ci ne prévoit expressément la détention.

⁴⁸⁰ *Friedel* : *préc.* : « *le motif de "règles en usage", [...] même si elles existaient, ne pourraient constituer une cause de justification ou une excuse que la loi ne prévoit pas* ».

formulation générale ni fondement sur le principe de la légalité⁴⁸¹ et utilisait la substitution de motif pour valider le non-lieu⁴⁸².

145. Malgré cette reconnaissance timide, sans formulation générale, ni fondement certain, la légalité de la privation de liberté est désormais consacrée au point de donner lieu à de nouveaux développements constitutionnels⁴⁸³, et le juge administratif l'applique dans son contrôle de la légalité des actes administratifs⁴⁸⁴. Auparavant, le droit à la légalité de la privation de liberté, même dans sa dimension organique la plus simple, a été souvent piétiné : il a été dénié par la privation de liberté sans loi (§1) et malmené par la participation du pouvoir exécutif à la délimitation de la privation de liberté (§2).

⁴⁸¹ Dans le prolongement de l'arrêt *Friedel*, concernant un autre cas de détention sans loi, qui s'était développé en pratique, consistant dans la rétention des étrangers en situation irrégulière [v. *infra*, n° 150], la Cour de cassation a refusé que l'application d'une circulaire permette d'écarter la détention arbitraire [Cass. crim., 12 oct. 1993, req. n° 92-81.743 : *Bull. crim.*, n° 285 ; *D.*, 1994, jur., p. 129, note D. MAYER].

⁴⁸² Au final, la Cour de cassation requalifiait le contrôle d'identité en opération de police judiciaire et la détention en garde à vue, validant en fin de compte la procédure contestée : « *manifestement, l'arrêt Friedel peut seulement s'expliquer par la volonté de désavouer en droit les auteurs de la rétention tout en les couvrant en fait* » [J. MORANGE, « Les vérifications d'identité » ; *AJDA*, 1981, p. 285].

⁴⁸³ V. *infra*, n° 162 et s.

⁴⁸⁴ CE, 12 juin 2006, *Gisti*, req. n° 282275 : *Rec. CE*, T., p. 692 ; *JCP A*, 2006, actu., n° 541, obs. M.-C. ROUAULT. Il s'agissait pour le juge d'administratif de contrôler la légalité de la norme réglementaire établissant les centres de rétention administrative spécialisés dans l'accueil des familles. Le juge administratif vérifiait que les dispositions réglementaires n'avaient pas pour effet de créer un nouveau cas de privation de liberté, pour admettre la compétence réglementaire.

§ 1./ LE DROIT À LA LÉGALITÉ DÉNIÉ : LA PRIVATION DE LIBERTÉ SANS LOI

146. **La culture de la détention sans base légale.** La privation de liberté sans base légale constitue un cas de détention arbitraire par nature, une violation de l'article 5 § 1^{er} de la Convention européenne⁴⁸⁵ et une infraction pénale⁴⁸⁶. Pourtant, de nombreux exemples de privation de liberté sans loi ont perduré en France. La reprise de ses exemples permet de mettre en perspective la protection de la liberté individuelle dans le droit français contemporain et montre sa culture défaillante à assurer le droit d'être privé de liberté selon une loi. Avant sa consécration par la censure de l'emprisonnement réglementaire⁴⁸⁷, le droit était oublié (A). Malgré cette reconnaissance, le droit est resté ignoré (B).

A) *Un droit oublié*

147. **Un droit oublié par les auteurs de la Constitution, la doctrine et le juge.** La garde à vue, née de la pratique⁴⁸⁸ sous le Code de l'instruction criminelle⁴⁸⁹, sans fondement textuel, a été longtemps admise par les juridictions françaises⁴⁹⁰. L'étude des travaux préparatoires de la Constitution démontre que ses rédacteurs ont souhaité donner au pouvoir réglementaire la compétence des peines d'emprisonnement contraventionnel⁴⁹¹, et l'accroissement du pouvoir réglementaire avait été commenté au regard des seuls principes du

⁴⁸⁵ V. *supra*, n° 133.

⁴⁸⁶ Art. 432-4 et s. CP.

⁴⁸⁷ V. *supra*, n° 143 et s.

⁴⁸⁸ Voir A. BESSON, « La police judiciaire et le Code de procédure pénale » ; *D.*, 1958, chron. n° 21, p. 129 : « à la vérité, la garde à vue est issue des nécessités de la pratique judiciaire ».

⁴⁸⁹ Elle s'est développée du fait de la loi de 1897 qui a admis la présence de l'avocat durant l'instruction [loi du 8 déc. 1897 ayant pour objet de modifier certaines règles de l'instruction préalable en matière de crimes et de délits : *J. O.*, 10 déc. 1897, p. 6907]. Une circulaire du ministre de l'Intérieur du 23 septembre 1943 déterminait même les conditions de la garde à vue.

⁴⁹⁰ La Cour d'appel de Paris avait admis la pratique, au regard de la courte durée de la privation de liberté [CA Paris, 12 févr. 1954 : *Rec. de droit pénal*, 1955, p. 383]. La Cour de cassation la censurait en 1959 [Cass. crim., 22 juil. 1959 : *Bull. crim.*, n° 366], alors que la chambre d'accusation l'avait justifiée par la nécessité de l'enquête et l'usage. La décision de cassation intervenait, il est vrai, après que le Code de procédure pénale légalise cette pratique.

⁴⁹¹ J.-L. Pezan indique que « les travaux du Conseil d'État tels qu'ils nous sont maintenant connus confirment la volonté très claire des constituants de réserver au pouvoir exécutif la détermination de toutes les peines contraventionnelles, y compris les peines privatives de liberté » [J.-L. PEZAN, « Les dispositions instituant un système de délimitation des compétences législatives et réglementaires » ; in *L'écriture de la Constitution de 1958*, sous la direction de D. MAUS, L. FAVOREU, J.-L. PARODI, Economica, 1992, p. 509]. Les premiers textes donnaient uniquement compétence au législateur pour les crimes et leurs peines [v. le Projet de Celle Saint-Cloud et l'avant-projet du 19 juil.]. Le groupe de travail dans sa réunion du 19 juillet proposait d'ailleurs de rajouter que « les décrets peuvent être assortis de peines correctionnelles ne dépassant pas deux ans d'emprisonnement ».

droit pénal⁴⁹². Le Conseil d'État avait été saisi dès 1960 de la question des contraventions réglementaires et limité son contrôle au principe de la légalité criminelle⁴⁹³. Le Conseil constitutionnel avait également déjà eu à trancher de la compétence des contraventions et avait admis sans restriction la compétence réglementaire⁴⁹⁴.

148. La décision du Conseil constitutionnel de 1973⁴⁹⁵ censurant l'emprisonnement contraventionnel a généré, pour une grande majorité des auteurs, des critiques, notant son désintérêt pour l'amende, qui touche pourtant au droit de propriété⁴⁹⁶, son inefficacité, dès lors que la contrainte par corps, en cas de non recouvrement de l'amende, pouvait toujours aboutir à la privation de liberté⁴⁹⁷, son manque de clarté quant à ses fondements⁴⁹⁸, son caractère artificiel, alors que le législateur ne s'était pas toujours montré irréprochable⁴⁹⁹, ou encore son défaut de cohérence, pour générer des distinctions de compétences dans la même matière contraventionnelle⁵⁰⁰. Certains commentateurs insistaient enfin sur la valeur des articles 465 et 466 de l'ancien Code pénal qui, en bornant les limites des peines contraventionnelles, donnaient en réalité une valeur législative à l'emprisonnement contraventionnel⁵⁰¹. Seul le meilleur encadrement de la proportionnalité de l'emprisonnement, ainsi obtenu, semblait recueillir l'adhésion⁵⁰². Enfin, la doctrine s'interrogeait sur sa portée,

⁴⁹² Voir pour des critiques sur l'atteinte à la légalité criminelle ou sur l'atteinte à la proportionnalité de la peine, G. STÉPHANI, *op. cit.*, ou G. LEVASSEUR, « Une révolution en droit pénal : le nouveau régime des contraventions » ; *D.*, 1959, chron. n° 18, ou P. DURAND, « La décadence de la loi dans la Constitution de la V^e République » : *JCP*, éd. G., 1959, I, n° 1470, ou L. Hamon, obs. sur Cons. const., déc. n° 63-22 L du 19 févr. 1963 ; *D.*, 1964, p. 62.

⁴⁹³ CE, 12 févr. 1960, *S^{te} Eky* : *Rec. CE*, p. 101 ; *JCP*, 1960, II, n° 11629 bis. La contravention en question était sanctionnée de trois jours d'emprisonnement. Le requérant s'était limité à la contester sur le principe de la légalité criminelle. Le juge administratif avait estimé que l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen était une disposition générale à laquelle dérogeait l'article 34 alinéa 3 de la Constitution, validant ainsi la compétence réglementaire en matière de peine contraventionnelle.

⁴⁹⁴ Cons. const., déc. n° 63-22 L du 19 févr. 1963 portant sur la nature juridique des dispositions de l'art. 29 de l'ordonnance n° 58-1297 du 23 déc. 1958 modifiant certaines peines en vue d'élever la compétence des tribunaux de police, en tant qu'elles modifient l'art. 25-II-B-a de la loi du 14 avr. 1952 portant loi de finances pour l'année 1952 ; *D.*, 1964, p. 62, obs. L. HAMON ; *JCP*, 1965, II, n° 14171, obs. O. K. La contravention en cause était, il est vrai, limitée à une peine d'amende.

⁴⁹⁵ Déc. n° 73-80 L du 28 nov. 1973 : *préc.*

⁴⁹⁶ V. les observations précitées de J. DE SOTO.

⁴⁹⁷ V. les observations précitées de J. DE SOTO et J. RIVERO. Voir également l'avis d'A. TOUFFAIT, sur l'arrêt *Schiavon* ; *D.*, 1974, jur., p. 273.

⁴⁹⁸ J. RIVERO, *op. cit.* : « au total, le raisonnement par lequel le Conseil constitutionnel est passé des textes qu'il vise à la conclusion qu'il en tire n'apparaît pas évident ».

⁴⁹⁹ V. les observations précitées de J. RIVERO et celles de J. LARGUIER sur l'arrêt *Schiavon* [*D.*, 1974, jur., p. 279].

⁵⁰⁰ A. TOUFFAIT, *op. cit.* : « c'est l'un ou l'autre, mais sans répartition entre l'un et l'autre ».

⁵⁰¹ Voir les observations précitées de R. VOUIN et celles de J. LARGUIER sur l'arrêt *Schiavon*, ainsi que les observations de M. WALINE sur l'arrêt *CFDT et CGT* [*RDP*, 1979, p. 539].

⁵⁰² J. RIVERO, *op. cit.* Ce dernier proposait dans ses observations de revenir à une limite de l'emprisonnement contraventionnel à dix jours au maximum. Pour la même proposition, voir les observations précitées de M. WALINE et les conclusions précitées d'A. TOUFFAIT. Voir également TH. RENOUX et M. DE VILLIERS,

alors que la solution était décrite comme une « *incidente* », une « *prise de position gratuite* », ou encore une « *petite phrase* », dotée de « *la simple valeur d'une opinion* »⁵⁰³. Droit oublié, il était au surplus ignoré après cette reconnaissance.

B) Un droit ignoré

149. **Le maintien de l'emprisonnement contraventionnel.** Le pouvoir réglementaire prenait dès le 8 septembre 1975 un décret⁵⁰⁴ maintenant l'emprisonnement contraventionnel⁵⁰⁵. Et les juridictions judiciaires⁵⁰⁶ et administratives⁵⁰⁷ se fondaient sur la théorie de l'écran législatif, pour refuser d'écarter les peines d'emprisonnement contraventionnel réglementaires, la décision du Conseil constitutionnel se trouvant « *affectée d'une ineffectivité totale au plan contentieux* »⁵⁰⁸, peu avant l'adoption du nouveau Code pénal⁵⁰⁹.

150. **Le maintien des pratiques.** La pratique du petit dépôt⁵¹⁰ a aussi longtemps été admise en dehors de toute base légale. Ces privations de liberté « *qui n'ont pour but que la commodité et le confort d'une certaine organisation judiciaire* »⁵¹¹, dénuées de toute base légale, divisaient la doctrine⁵¹². La jurisprudence du fond validait cette

annotations sous l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, in *Code constitutionnel*, Litec, 2005.

⁵⁰³ J. RIVERO, *op. cit.*

⁵⁰⁴ Décret n° 75-840 du 8 sept. 1975 complétant par un 13^èmement l'art. R. 38 du Code pénal concernant la distribution sur la voie publique de prospectus, tracts et écrits du 8 sept. 1975 : *J. O.*, 10 sept. 1975.

⁵⁰⁵ Une circulaire du 18 janv. 1974 du garde des sceaux enjoignait les magistrats du parquet de continuer à requérir l'emprisonnement contraventionnel.

⁵⁰⁶ Cass. crim., 26 févr. 1974, *Schiavon* : *Bull. crim.*, n° 273 ; *D.*, 1974, jur., p. 273, avis A. TOUFFAIT ; *RSC*, 1974, p. 555, obs. J. LARGUIER ; *D.*, 1974, jur., p. 279, obs. R. VOUIN.

⁵⁰⁷ CE, 3 févr. 1978, *CFDT et CGT* : *Rec. CE*, p. 47 ; *RDP*, 1979, p. 539, obs. M. WALINE ; *AJDA*, 1978, p. 388, obs. M. DURUPTY. M. le professeur Waline qualifiait la solution d'« *inattaquable sur le plan strictement juridique* ».

⁵⁰⁸ M. DURUPTY : *op. cit.*

⁵⁰⁹ Art. 1^{er} de la loi n° 93-913 du 19 juil. 1993 reportant l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal : *J. O.*, 20 juil. 1993.

⁵¹⁰ Celle-ci résidait dans le maintien en détention du suspect à la fin de sa garde à vue, jusqu'à sa comparution devant le procureur de la République ou le juge d'instruction, ou plutôt jusqu'à ce que le magistrat soit disponible, la rétention dépassant le simple temps du trajet, notamment lorsque la garde à vue s'achevait dans la nuit.

⁵¹¹ L. REMPLON, « La rétention du suspect » ; *JCP*, éd. G., 1978, I, n° 2916.

⁵¹² Un auteur tirait des termes mêmes des dispositions du Code de procédure pénale une distinction entre les différentes catégories de gardes à vue, pour inclure ou exclure, dans la mesure, le temps de transport entre les locaux de police et le palais de justice [A. BESSON, *op. cit.*]. D'autres approuvaient la non imputation du délai de défèrement dans la garde à vue, pour préserver le temps de l'enquête [V. LESCLOUS et C. MARSAT, « Garde à vue : défèrement au parquet » ; *Dr. pén.*, 1997, chron. n° 27, ou P. GAGNOUD, « Les nullités de la garde à vue : essai d'un bilan » ; *Gaz. Pal.*, 2000, chron., p. 2175]. Un autre enfin préférait défendre l'inclusion du défèrement

pratique⁵¹³, comme la Cour de cassation, sans véritable contrôle d'abord⁵¹⁴. Elle se montrait plus rigoureuse ensuite, sans pour autant remettre en cause la pratique, en trouvant son fondement dans « *l'ordre donné par le juge d'instruction* »⁵¹⁵, ou dans « *l'ordre donné par le procureur de la République de faire déférer une personne à l'issue de sa garde à vue* »⁵¹⁶, relativisant son effort de défense de la légalité de la privation de liberté, entrevu dans la décision *Friedel*⁵¹⁷. La rétention aux fins de défèrement était finalement légalisée par le législateur en 2004⁵¹⁸. En 1975, la découverte à Arenc d'un centre de détention clandestin⁵¹⁹, dans lequel étaient privés de liberté des étrangers en instance d'expulsion, révélait une autre pratique. Une nouvelle pratique se développait concernant l'étranger, dont l'entrée sur le territoire était refusée, consistant à le détenir en zone internationale, dans un régime défini par une circulaire du ministre de l'intérieur de 1990⁵²⁰. Plus récemment et malgré la consécration

dans le délai de garde à vue, afin d'assurer une meilleure protection de la liberté individuelle [M.-J. ESSAID, *La présomption d'innocence*, Édition Laporte, 1971].

⁵¹³ TGI Paris, 25 mars 1989 : *inédit*, cité par V. LESCLOUS et C. MARSAT, *op. cit.* – CA Dijon, 5 avr. 1993 : *inédit*. La juridiction validait une telle détention de deux heures, « *compte tenu du temps qu'il avait fallu aux magistrats du Parquet et de l'instruction pour prendre connaissance d'un dossier volumineux et complexe* ». – TGI Paris, 19 août 1997 : *inédit*, cité par V. LESCLOUS et C. MARSAT, *op. cit.* Le juge arguait du fait qu'« *aucun texte ne régleme le délai raisonnable et nécessaire à la présentation d'une personne gardée à vue après l'expiration de cette mesure, devant le procureur chargé de procéder à son interrogatoire* », pour admettre la rétention factuelle.

⁵¹⁴ Cass. crim., 25 oct. 2000, n° 00-83.253 : *Bull. crim.*, n° 316 ; *RSC*, 2001, p. 407, obs. D. N. COMMARET. Dans cette affaire, le juge du fond avait validé une détention de douze heures au-delà du terme de la garde à vue, jugée conforme à l'article 5 § 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme, au motif que la durée n'était ni déraisonnable ni disproportionnée, au regard « *de la complexité de la procédure, du nombre de personnes déférées et de l'importance des formalités en résultant, le tout eu égard à la gravité des faits de la cause et aux impératifs de sûreté qui pouvaient en résulter* ». La Cour de cassation validait une nouvelle fois la rétention, dès lors que la durée de la garde à vue, prise isolément, ne dépassait pas la durée légale, et que les suspects avaient été placés immédiatement à la disposition du juge.

⁵¹⁵ Cass. crim., 25 nov. 2003, n° 03-85.076 : *Bull. crim.*, n° 221 ; *Dr. pén.*, 2004, comm. n° 42, obs. A. MARON ; *RSC*, 2005, p. 381, J. BUISSON ; *Procédures*, 2004, comm. n° 60, note J. BUISSON. En l'espèce, le petit dépôt avait duré une vingtaine d'heures. La Cour d'appel avait, quant à elle, choisi de fonder la rétention factuelle sur les pouvoirs innomés du juge d'instruction de l'article 81 du Code de procédure pénale. Le requérant avait visé dans son pourvoi l'article 5 § 1^{er} de la Convention européenne des droits de l'Homme, visant plus particulièrement les « *voies légales* », l'interprétant comme exigeant « *un fondement textuel* ».

⁵¹⁶ Cass. crim., 4 janv. 2005, n° 04-85.986 : *inédit*.

⁵¹⁷ *V. supra*, n° 144.

⁵¹⁸ Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité : *J. O.*, 10 mars 2004, p. 4567 ; *D.*, 2004, p. 1910, comm. B. DE LAMY ; *JCP*, 2004, I, n° 132 et 134, comm. J. PRADEL ; *RSC*, 2004, p. 675, obs. B. BOULOC ; *AJP*, 2004, p. 235, note D. MIEN et J.-F. BARRE (spéc. sur les droits de la défense) ; *AJP*, 2004, p. 181, note É. VERGÈS (spéc. sur la notion de criminalité organisée) ; *AJP*, 2004, p. 261, comm. A. GIUDICELLI (spéc. sur la garde à vue) ; *AJP*, 2004, p. 228, note M. SCHWENDENER (spéc. sur les pouvoirs d'enquête) ; *D.*, 2004, p. 2589, M. GIACOPELLI (spéc. sur l'aménagement des peines) ; *JCP*, 2004, I, n° 140, note P. BONFILS (spéc. sur le droit des mineurs). *V. spéc.* sur ce point, P. GAGNOUD, « Le délai de présentation devant le procureur de la République à l'issue de la garde à vue : la pratique du "petit dépôt de nuit" enfin légalisée » ; *Gaz. Pal.*, 3 juin 2004, p. 2.

⁵¹⁹ Situé dans le port de Marseille, le centre avait été installé en 1964 [voir A. PANZANI, *Une prison clandestine de la police française : Arenc*, Maspero, 1975, 102 p.].

⁵²⁰ Circulaire du ministre de l'intérieur du 26 juin 1990, non publiée. Celle-ci organisait, à mots couverts, le régime privatif de liberté : « *l'étranger qui fait l'objet d'un refus d'entrée et qui est en attente de départ a le*

législative du maintien en zone d'attente⁵²¹, une nouvelle pratique tenait dans la consigne du passager clandestin dans une cabine du navire par lequel il était arrivé sur le territoire, jusqu'à son départ, en dehors de tout cadre légal⁵²², créant de véritables « zones d'attentes parallèles »⁵²³.

151. Le maintien de l'utilisation de fondements légaux ne prévoyant pas expressément la détention. D'autres violations de la légalité de la privation de liberté reviennent à accepter que des pouvoirs de police judiciaire spéciaux induisent, même dans le silence de la loi, une privation de liberté, le temps nécessaire à leur exécution, comme cela a été reconnu pour le dépistage alcoolique du conducteur⁵²⁴, ou encore le dépistage de produits stupéfiants transportés *in corpore*⁵²⁵.

droit d'être libre dans la zone internationale, lorsqu'elle existe et qu'elle présente des installations convenablement adaptées aux types de surveillance et d'hébergement requis par l'étranger en cause. Il convient alors de pourvoir à son hébergement et de prendre des mesures nécessaires pour qu'il ne pénètre pas sur le territoire français ». La circulaire précisait que la « surveillance appropriée » ne pouvait se traduire par « un isolement complet des intéressés dans un local clos ». La circulaire consacrait le droit des étrangers « d'avertir ou de faire avertir la personne chez laquelle il a indiqué qu'il devait se rendre, conformément aux déclarations enregistrées dans la notification, son consulat ou le conseil de son choix ».

⁵²¹ Loi n° 92-625 du 6 juil. 1992 sur la zone d'attente des ports et des aéroports et portant modification de l'ord. n° 45-2658 du 2 nov. 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France : *J. O.*, 9 juil. 1992 ; *D.*, 1993 p. 225, comm. M.-C. ROUAULT ; *AJDA*, 1992, p. 656, comm. F. JULIEN-LAFERRIÈRE.

⁵²² Pour un exemple, v. T. confl., 12 mai 1997, *pft Police c. TGI Paris*, n° 03056 : *Rec. CE*, p. 1226 ; *AJDA*, 1997, p. 635, chron. D. CHAUVAUX et T.-X. GIRARDOT ; *RFDA*, 1997, p. 514, concl. J. ARRIGHI DE CASANOVA ; *Gaz. Pal.*, 1997, jur., p. 393, comm. S. PETIT ; *LPA*, 19 janv. 1998, p. 15, comm. J.-P. MARKUS ; *JCP*, 1997, II, n° 22861, comm. P. SARGOS. Sur ces pratiques répandues, voir les concl. de M. ARRIGHI DE CASANOVA ou encore le commentaire de S. PETIT.

⁵²³ J.-P. MARKUS, *op. cit.*

⁵²⁴ Cass. crim., 24 janv. 2007, n° 06-81.901 : *inédit*.

⁵²⁵ Cass. crim., 30 juin 1999, n° 98-86.791 : *Bull. crim.*, n° 169 ; *Dr. pén.*, 2000, comm. n° 11, obs. A. MARON ; *RSC*, 1999, p. 843, obs. D. N. COMMARET.

152. La courte rétention factuelle de police : « *nécessité fait loi* ».

La jurisprudence a souvent validé les courtes privations de liberté de police, sans base légale, afin de réaliser un acte d'enquête sous contrainte, ou pour permettre la traduction de l'individu devant l'autorité judiciaire, ou pour permettre à l'autorité de police d'adopter la décision administrative servant de titre de privation de liberté. Néanmoins, elle a souvent posé l'exigence de nécessité comme condition de validité à ces courtes rétentions factuelles : celles-ci ne doivent pas dépasser la durée strictement nécessaire, ce qui permet de valider la privation de liberté de plusieurs heures⁵²⁶. L'effacement de la légalité, au nom de la nécessité, se retrouve d'ailleurs dans la jurisprudence européenne⁵²⁷. L'admission de ces rétentions factuelles aboutit à priver la personne du *paquet* de droits. Si son exclusion apparaît logique pour la rétention d'une à deux heures, sauf pour l'information des raisons de l'arrestation⁵²⁸, sous peine d'allonger la durée de la privation de liberté, celle-ci est plus discutable au-delà, alors que la durée de la détention devient suffisante pour supporter l'exercice de ses droits⁵²⁹.

⁵²⁶ Cass. crim., 24 janv. 2007, n° 06-81.901 : inédit : « *les officiers et agents de police judiciaire qui procèdent aux vérifications destinées à établir la preuve de l'état alcoolique d'un conducteur, disposent du droit de retenir la personne concernée pendant le temps strictement nécessaire à ces opérations, sans être tenus de la placer en garde à vue* ». La rétention factuelle avait duré quatre heures. – Cass. crim., 30 juin 1999, n° 98-86.791 : préc. : « *la mise en œuvre de l'article 60 bis du Code des douanes, qui n'est pas subordonnée à la constatation d'un flagrant délit, permet une rétention de la personne soupçonnée pendant la durée nécessaire à son déroulement* ». – Cass. crim., 4 janv. 2005, n° 04-85.986 : inédit : « *l'ordre donné par le procureur de la République de faire déférer une personne à l'issue de sa garde à vue, en application de l'article 63, alinéa 3, du Code de procédure pénale, justifie la privation de liberté pendant le temps strictement nécessaire à sa présentation* ». La rétention factuelle avait duré un peu moins de cinq heures. – CE, 13 mars 2013, *Segura c. CH Charles Perrens*, n° 348165 : inédit : « *aucun texte n'exige que la demande d'admission soit formée avant le ou les certificats médicaux requis, pourvu que la personne souffrant de troubles rendant impossible son consentement et nécessitant des soins assortis d'une surveillance constante en milieu hospitalier ne soit retenue que le temps strictement nécessaire à la mise en place de la mesure et qu'au moment de l'admission prononcée par le directeur d'établissement, l'ensemble des éléments exigés aient été réunis* ». La rétention factuelle avait duré deux heures.

⁵²⁷ V. *supra*, n° 21 et s.

⁵²⁸ Malgré tout, l'article 5 § 2 s'applique à cette rétention factuelle. Toutefois, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme se montre conciliante sur la célérité de l'information, validé même quelques heures après l'arrestation [v. *infra*, n° 264]. La Cour de cassation, dans une espèce, a rappelé que la rétention factuelle était soumise à l'information des raisons de l'arrestation, sanctionnant le juge du fond pour ne pas s'être « *mieux [expliqué] sur les raisons qui empêchaient les agents [...] d'informer plus tôt [la personne] des motifs de son interpellation et de sa rétention* ». Elle semblait défendre plus fermement l'exigence textuelle de la Convention, qui vise « *le plus court délai* », sans circonstance plus exceptionnelle.

⁵²⁹ Le législateur semble pourtant limiter la consécration du *paquet* de droits à la rétention qui dépasse plusieurs heures : la vérification d'identité de quatre heures n'est pas dotée de l'entier *paquet* [v. pour sa forme simplifiée, l'art. 78-3 CPP], pas plus que le régime dérogatoire de huit heures applicable à Mayotte [*ibid.*], tandis que la rétention du témoin durant l'enquête, limitée aussi à quatre heures, ne supporte aucun droit [v. les art. 62 CPP et 78 CPP pour l'enquête de flagrance et l'enquête préliminaire]. La plus courte rétention de l'adulte, dotée du plein *paquet*, réside dans la rétention aux fins de la vérification du droit au séjour, d'une durée maximale de seize heures [art. 611-1-1 CESEDA]. La retenue du mineur de moins de treize ans, d'une durée de droit commun de douze heures, est en revanche pourvue du plein *paquet* [art. 4-I de l'ord. n° 45-174 du 2 févr. 1945 relative à l'enfance délinquante].

153. Même à ce que le juge judiciaire réalise un contrôle rigoureux de la durée nécessaire⁵³⁰, l'admission de la rétention factuelle empêche le législateur de se saisir de sa compétence pour délimiter abstraitement la privation de liberté, dans le respect du droit de ne pas subir une rigueur non nécessaire⁵³¹, et d'y fixer, par exemple, une durée maximale. Le défaut de légalité aboutit également à empêcher le contrôle en temps réel de l'autorité judiciaire⁵³². Au moins les solutions françaises ne recourent pas à la solution artificielle consistant à rejeter la qualification de privation de liberté pour la contrainte de courte durée⁵³³, maintenant bon ordre dans la définition de la notion. La consécration législative de ces rétentions, dans leur étendue et leur soumission au *paquet* de droits, est sans doute souhaitable, même si les exemples montrent que le procédé reste d'un effet relatif quant à la protection de la liberté individuelle⁵³⁴.

⁵³⁰ Pour le contentieux le plus riche en la matière, concernant l'arrestation et la rétention factuelle de l'étranger dans l'attente de l'adoption contre lui de la décision de refus d'entrée sur le territoire et un bilan mitigé, v. *infra*, n° 279 et s.

⁵³¹ V. *infra*, n° 452 et s.

⁵³² V. *infra*, n° 615 et s. Le Conseil constitutionnel a toutefois reconnu que la courte privation de liberté de police pouvait être réalisée sans aucun contrôle de l'autorité judiciaire [Cons. const., déc. n° 2012-253 QPC du 8 juin 2012, [M. D.] : *J. O.*, 9 juin 2012, p. 9796 ; *Gaz. Pal.*, 5 juil. 2012, p. 11, comm. S. DETRAZ ; *LPA*, 25 mars 2013, p. 4, chron. V. TELLIER-CAYROL ; consid. n° 8.]

⁵³³ Ce que réalise implicitement la Cour européenne des droits de l'Homme en l'excluant parfois du champ de l'article 5.

⁵³⁴ La consécration législative du petit dépôt [art. 803-2 et s.] ou d'une rétention pour la vérification du droit au séjour [*préc.*] ont abouti à la définition de durées légales maximales confortables, vingt-heures pour la première et seize heures pour la seconde. Surtout, à la différence de la rétention factuelle, la jurisprudence judiciaire semble abandonner tout contrôle de la nécessité de la durée de la courte rétention autorisée par la loi après l'arrestation, au regard de sa jurisprudence en matière de garde à vue [Cass. mixte, 7 juil. 2000, n° 98-50.007 : *Bull. crim.*, n° 257 ; *JCP*, 2000, II, n° 10418, note O. GUÉRIN ; *Procédures*, 2001, comm. n° 17, note J. BUISSON ; *RSC*, 2001, p. 189, obs. A. GIUDICELLI].

154. **Le droit à la légalité dénié : la suprématie de l'intérêt pratique de la détention sur la légalité.** Si le principe de la légalité criminelle a été amputé du domaine des contraventions par la Constitution, la légalité de la privation de liberté était au même moment oubliée, puis ignorée, malgré sa résurrection. Le principe n'a jamais véritablement reçu son plein effet, moins en tout cas que la légalité criminelle. Au-delà de la nécessité⁵³⁵, l'intérêt pratique de la privation de liberté, qui permet le contrôle de la personne privée de liberté, a toujours primé sur la légalité, alors que les principaux exemples de violation de la légalité ont concerné la détention *moyen*, sous le regard conciliant du juge judiciaire et du juge administratif. Le législateur apparaîtrait presque comme le meilleur gardien de la liberté individuelle, non seulement par la légalisation des rétentions factuelles, mais aussi par l'intégration au cas de détention nouvellement créé du *paquet* de droits⁵³⁶, s'il se montrait plus rigoureux dans la fixation du délai légal maximal. La relativité du droit à être privé de liberté selon une loi provient aussi de l'intervention du pouvoir réglementaire dans la délimitation de la privation de liberté.

⁵³⁵ V. *supra*, n° 152.

⁵³⁶ Ce qu'il a fait pour la garde à vue, la rétention administrative de l'étranger et le petit dépôt. Il a lui-même mis fin à la peine privative de liberté réglementaire. Pour un exemple récent, il a créé une nouvelle rétention de la personne, identifiée comme déjà condamnée à une peine privative de liberté, afin de procéder aux différentes vérifications nécessaires à une éventuelle mise à exécution [art. 716-5 CPP issu de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 : *préc.*]. Ce nouveau cas de privation de liberté est limité à vingt-quatre heures, et la personne qui la subit est pourvue du *paquet* de droits par renvoi aux droits de la garde à vue. Auparavant, un juge du fond avait validé une privation de liberté se fondant sur une fiche de recherche pour inexécution d'une peine d'emprisonnement, révélée par un contrôle d'identité, le temps strictement nécessaire aux vérifications nécessaires [CA Toulouse, 12 déc. 2001, n° 2001/01223 : *Légifrance*].

**§ 2./ LE DROIT À LA LÉGALITÉ MALMENÉ : L'INTERVENTION DU POUVOIR
RÉGLEMENTAIRE DANS LA DÉLIMITATION DE LA PRIVATION DE LIBERTÉ**

155. **La compétence législative minimale : la détermination de l'étendue de la privation de liberté.** Le cœur de la protection abstraite de la liberté individuelle réside dans la délimitation stricte de la privation de liberté, soumise au droit de ne pas subir une rigueur non nécessaire⁵³⁷. Il revient au législateur de déterminer les conditions de fond et de forme qui délimitent la privation de liberté et forment sa régularité⁵³⁸. Il lui appartient en conséquence de définir les éléments constitutifs du comportement sanctionné de la privation de liberté⁵³⁹, de définir l'obligation dont l'exécution peut être forcée par la privation de liberté et de définir l'état de dangerosité autorisant le recours à l'internement de sûreté. Il lui revient aussi de déterminer les conditions du maintien en détention au fil du temps. Même pour cet aspect minimal, le droit à la légalité est malmené par l'intervention du pouvoir réglementaire. Deux exemples principaux peuvent être relevés : l'obligation réglementaire érigée en délit (A) et la délégation de compétence du législateur au pouvoir réglementaire (B).

A) L'obligation réglementaire érigée en délit

156. **L'absence dans le débat de la légalité de la privation de liberté.** Alors que le Conseil d'État avait d'abord reconnu la compétence législative pour modifier l'obligation érigée en délit, même dans le domaine réglementaire⁵⁴⁰, le Conseil constitutionnel en 1969 semblait défendre la même position, sur le fondement des articles 34 et 37 de la Constitution, sans référence à la légalité de la privation de liberté : « *tout élément constitutif d'une infraction punie d'une peine correctionnelle doit être fixé ou modifié par la loi* »⁵⁴¹. Le Conseil d'État modifiait sa position⁵⁴² et estimait le pouvoir réglementaire compétent pour

⁵³⁷ V. *infra*, n° 353 et s.

⁵³⁸ V. *infra*, n° 846.

⁵³⁹ La légalité de la privation de liberté sert alors de doublon à la légalité criminelle.

⁵⁴⁰ CE, *ass.*, 3 févr. 1967, *Confédération générale des vignerons du Midi* : *Rec. CE*, p. 55. – CE, *ass.*, 12 déc. 1969, *Conseil national de l'ordre des pharmaciens* : *Rec. CE*, p. 573.

⁵⁴¹ Cons. const., déc. n° 69-55 L du 26 juin 1969 portant sur la nature juridique de certaines dispositions modifiées, des art. 4, 9 et 12 de la loi du 2 mai 1930 relative à la protection des monuments naturels et des sites de caractère, historique, scientifique, légendaire ou pittoresque, des art. 2 et 13 bis de la loi du 31 déc. 1916 sur les monuments historiques et de l'art. 98-1 du code de l'urbanisme et de l'habitation : *J. O.*, 13 juil. 1969.

⁵⁴² CE, 22 avr. 1970, *Association nationale des assistantes sociales et des assistants sociaux et autres* : *Rec. CE*, p. 266. V. pour la défense d'une telle solution, C. FRANCK, *Les fonctions juridictionnelles du Conseil*

modifier l'obligation, dès lors que celle-ci se situe bien dans le champ réglementaire de l'article 37, quand bien-même sa violation constituerait un délit. Le Conseil constitutionnel nuancé également sa position et admettait que le législateur érige en délit l'obligation dont la définition n'avait pas été réalisée par la loi⁵⁴³, solution reprise par la Chambre criminelle, pour une infraction punie d'emprisonnement, dans laquelle elle ne raisonnait que sur la légalité criminelle⁵⁴⁴. Si la doctrine tentait d'établir des distinctions pour remettre en cohérence les différentes solutions⁵⁴⁵, celles-ci semblaient se rallier à la volonté de ne pas dépouiller le pouvoir réglementaire de ses compétences tirées de l'article 37 de la Constitution et déniaient à la légalité criminelle un pouvoir attractif⁵⁴⁶. La légalité de la privation de liberté était en tout cas absente des raisonnements des différentes juridictions, limitant forcément la portée de la censure de l'emprisonnement réglementaire.

157. La limitation de la légalité de la privation de liberté au *quantum* de la peine. Pour la peine, la légalité de la privation de liberté se limite en conséquence à son *quantum*⁵⁴⁷ et ne s'étend pas à la définition de l'incrimination, concernée par la légalité criminelle. Puisque la légalité criminelle s'applique aussi au *quantum* de la peine, privative de

Constitutionnel et du Conseil d'État dans l'ordre constitutionnel, LGDJ, 1974, p. 235 : « si la définition de l'incrimination entre dans le domaine de la loi au même titre que la fixation de la peine qui la sanctionne, la compétence législative s'exerce à l'égard de la définition de l'incrimination stricto sensu et ne porte pas sur les modalités de mise en œuvre de l'acte incriminé ».

⁵⁴³ Cons. const., 10 nov. 1982, déc. n° 82-145 DC portant sur la loi relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs du travail : *J. O.*, 11 nov. 1982, p. 3393 : « aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle n'interdit au législateur d'ériger en infraction le manquement à des obligations qui ne résultent pas directement de la loi elle-même ».

⁵⁴⁴ Cass. crim., 13 nov. 1989, n° 88-80.801 : *Bull. crim.*, n° 408 ; *D.*, 1991, p. 173, obs. J. PANNIER ; *RSC*, 1991, p. 89, obs. J. BEAUME.

⁵⁴⁵ Des auteurs se référaient alors à la distinction de trois éléments. L'élément « obligation », qui réside dans la réglementation posée, l'élément « incrimination », qui réside dans l'érection de la réglementation en infraction pénale et le dernier élément, celui de « la sanction ». Uniquement les deux derniers éléments seraient de la compétence indissociable du législateur. Le troisième élément serait réglementaire uniquement lorsqu'il peut être détaché de l'incrimination. Voir L. FAVOREU, « La constitutionnalisation du droit pénal et de la procédure pénale : vers un droit constitutionnel pénal » ; *in Droit pénal contemporain, Mélanges Vitu*, Cujas, 1989, p. 169 et D. DETRAGIACHE-TROPER, « Des prescriptions de nature réglementaire correctionnellement sanctionnées » ; *AJDA*, 1978, p. 411.

⁵⁴⁶ Cette volonté ressortait clairement de la décision du Conseil d'État du 22 avril 1970 dans laquelle le Conseil d'État affirmait que les dispositions du Code pénal, qui sanctionnent d'un délit une réglementation, « n'ont pas pour effet de transférer au législateur la compétence, qui appartient à l'autorité administrative, de déterminer les conditions dans lesquelles les professions en question sont réglementées, les diplômes délivrés ou les qualités attribuées » [*Association nationale des assistantes sociales et des assistants sociaux et autres : préc.*]. Inversement, une fois l'obligation réglementaire érigée en délit, la compétence législative de la définition des délits empêche le pouvoir réglementaire de la supprimer, l'empiètement se réalisant alors en sens inverse [*ibid.* : « que dès lors, la suppression de l'interdiction [érigée en délit] ne pouvait résulter que d'une loi »]. Cette même vision se retrouvait dans la décision de la chambre criminelle de la Cour de cassation qui admettait qu'une obligation réglementaire soit érigée en délit, après avoir vérifié que l'obligation en question « relève du pouvoir réglementaire » [Cass. crim., 13 nov. 1989, n° 88-80.801 : *Bull. crim.*, n° 408 ; *D.*, 1991, p. 173, obs. J. PANNIER ; *RSC*, 1991, p. 89, obs. J. BEAUME].

⁵⁴⁷ Solution acquise par la censure de l'emprisonnement contraventionnel [Déc. n° 73-80 L du 28 nov. 1973 : *préc.* ; v. *supra*, n° 143].

liberté ou non, en matière délictuelle et criminelle, la légalité de la privation de liberté n'a d'utilité que pour la peine d'emprisonnement contraventionnelle. Si la légalité de la privation de liberté avait permis de suppléer les manques de la légalité criminelle et de neutraliser son affaiblissement textuel pour les contraventions punies d'emprisonnement, montrant la complémentarité des deux principes, les mêmes exigences de légalité s'appliquent au délit puni d'emprisonnement et à celui non puni d'emprisonnement. À admettre une telle position et à l'étendre, la légalité de la privation de liberté ne s'appliquerait pas à la totalité de sa régularité et serait vidé de sa substance⁵⁴⁸. L'intervention du pouvoir réglementaire dans la délimitation de la privation de liberté ressort également de la délégation de compétence du législateur au pouvoir réglementaire.

B) La délégation de compétence du législateur au pouvoir réglementaire

158. **Des solutions fluctuantes.** La délégation du législateur de sa compétence au pouvoir réglementaire, pour déterminer les cas de privation de liberté, revient à lui laisser une telle marge d'action qu'il en devient le véritable auteur. Une telle délégation a été implicitement rejetée par le Conseil constitutionnel dans sa décision de 1973 censurant l'emprisonnement contraventionnel⁵⁴⁹. Concernant la détention de l'étranger, l'article 120 de l'ancien Code pénal écartait l'infraction de détention arbitraire dans le cas de la privation de liberté d'un étranger en instance d'expulsion, pris sur ordre provisoire du gouvernement⁵⁵⁰, sans qu'aucune autre norme juridique n'apporte jamais de précision supplémentaire sur ce cas de privation de liberté, visiblement inachevé⁵⁵¹. Des juridictions du fond, dont la Cour d'appel de Paris, s'étaient pourtant fondées sur cette disposition pour valider des rétentions⁵⁵². En tout

⁵⁴⁸ Dans cette optique, la définition de l'obligation dont l'exécution permet le recours à la détention, par exemple la situation irrégulière de l'étranger, ou même l'état de dangerosité permettant le recours à la mesure de sûreté, échapperaient à la légalité de la privation de liberté.

⁵⁴⁹ Déc. n° 73-80 L du 28 nov. 1973 : *préc.* Le législateur avait défini effectivement dans les articles 464 et 465 le maximum des peines d'emprisonnement qui obligeait le pouvoir réglementaire sans pour autant que le procédé n'empêche la censure.

⁵⁵⁰ La formulation remontait en fait à la loi du 7 février 1933 sur les garanties de la liberté individuelle [*J. O.*, 9 févr. 1933].

⁵⁵¹ Si bien que plusieurs auteurs s'interrogeaient sur l'abrogation du texte, du fait de l'entrée en vigueur de l'ordonnance de 1945 sur le droit des étrangers [voir O. DE DUTHELLET et Y. ROBINEAU, comm. sous CE, *ass.*, 7 juil. 1978, *Essaka* ; *AJDA*, 1979, p. 28 ; v. également les observations, sur CA Paris, 19 janv. 1978, de M. PUECH [*D.*, 1978, jur., p. 714] et de J. ROBERT [*RDP*, 1979, p. 1470].

⁵⁵² CA Aix-en-Provence, 5 janv. 1977, cité par J.-F. THÉRY dans ses concl. sur CE, *ass.*, 7 juil. 1978, *Essaka* ; *RDP*, 1979, p. 263. – CA Paris, 19 janv. 1978 : *D.*, 1978, jur., p. 714, obs. M. PUECH ; *RDP*, 1979, p. 1470, obs. J. ROBERT. La Cour fondait même la privation de liberté sur l'obligation de notifier l'arrêté d'expulsion et se référait à une circulaire du 11 juillet 1967 pour apprécier la durée de la rétention.

cas, le pouvoir exécutif s'était estimé compétent pour réaliser la délimitation du cas de privation de liberté, et il adoptait une circulaire le 21 novembre 1977, s'appuyant sur ce fondement légal⁵⁵³, dans une construction d'une rare indigence, quant aux sources de la privation de liberté. Le 9 décembre 1978⁵⁵⁴, un décret était pris pour application de l'article 120 de l'ancien Code pénal, validant le procédé de la délégation législative. Le droit positif semble connaître d'un cas de délégation, dans le domaine de la lutte contre les épidémies, autorisant le ministre de la santé à prendre « *toute mesure proportionnée* »⁵⁵⁵, ce qui pourrait inclure la privation de liberté, à condition d'admettre le principe de la délégation.

⁵⁵³ La circulaire édictait en effet un véritable régime de privation de liberté sur le seul fondement de l'article 120 de l'ancien Code pénal en limitant la privation de liberté à une durée de 7 jours, qui se déroulait en maison d'arrêt, dans un statut assimilé à celui du prévenu. D'un texte dont on pouvait douter qu'il était encore de droit positif, qui établissait au mieux une délégation implicite au profit du pouvoir réglementaire, le gouvernement adoptait une circulaire pour réglementer la privation de liberté.

⁵⁵⁴ Décret n° 78-1154 du 9 déc. 1978 pris pour l'application de l'article 120 du Code pénal aux étrangers faisant l'objet d'un arrêté d'expulsion.

⁵⁵⁵ L'article L. 3131-1 du nouveau Code de la santé publique prévoit qu'« *en cas de menace sanitaire grave appelant des mesures d'urgence, notamment en cas de menace d'épidémie, le ministre chargé de la santé peut, par arrêté motivé, prescrire dans l'intérêt de la santé publique toute mesure proportionnée aux risques courus et appropriée aux circonstances de temps et de lieu afin de prévenir et de limiter les conséquences des menaces possibles sur la santé de la population* ».

159. **Le droit d'être privé de liberté selon une loi : moins que le droit commun.** La légalité organique tient du mythe de la loi, rempart infranchissable de l'arbitraire. Le mythe de la légalité criminelle s'est atténué⁵⁵⁶. En matière de privation de liberté, le principe de la légalité ne s'est finalement jamais pleinement déployé et n'a jamais bénéficié d'une formulation ferme. Ses violations répétées, même après la décision de 1973, ont atteint le droit d'être privé de liberté selon une loi, si bien que l'exigence de la légalité organique n'apparaît pas supérieure au droit commun de l'atteinte à la liberté fondamentale et semble même inférieure. La faiblesse de l'expression minimale de la lutte contre l'arbitraire montre d'emblée un défaut culturel du droit français à défendre la liberté individuelle, qui relativise la caractérisation du droit à la sûreté. Comme pour la légalité criminelle, la mise sous tutelle du législateur par le contrôle supra-légal a enrichi le principe de légalité de la privation de liberté, en lui conférant une dimension matérielle.

⁵⁵⁶ V. par ex. A. VITU et R. MERLE, *Traité de droit criminel*, T. 1, 7^e éd, 1989, Cujas, p. 235, ou J.-P. DELMAS SAINT-HILAIRE, « Les principes de la légalité des délits et des peines » ; in *Mélanges Bouzat*, Pédone, 1980, p. 149, ou D. LOSCHAK, « Le principe de légalité Mythes et mystifications » ; *AJDA*, 1981, p. 387, ou J. LÉAUTÉ, « Le changement de fonction de la règle "nullum crimen sine lege" » ; in *Mélanges Hamel*, Dalloz, 1961, p. 81.

Section II./ LA LÉGALITÉ MATÉRIELLE : LE DROIT D'ÊTRE PRIVÉ DE LIBERTÉ SELON UNE LOI DE QUALITÉ

160. **Les deux dimensions de la légalité matérielle.** Le développement de la légalité matérielle aboutit à dépasser le droit d'être privé de liberté selon une loi, droit relatif⁵⁵⁷, pour dégager le droit d'être privé de liberté selon une loi de qualité, dans une évolution désormais ancienne de la légalité. Dans un premier aspect rédactionnel, la légalité matérielle impose au législateur d'adopter un texte prévisible⁵⁵⁸. Le second aspect, plus contraignant, s'intéresse au contenu même de la loi et tend à imposer au législateur d'adopter des garanties suffisamment protectrices à la personne privée de liberté⁵⁵⁹. Ce dernier élément, directement relié à la lutte contre la détention arbitraire et à la prévention des mauvais traitements, apparaît particulièrement adapté à la protection de la liberté individuelle et devrait recevoir une acceptation riche en cette matière. Le label de la loi de qualité repose sur deux gages. Le premier tient au contenu de la loi et tend à établir le droit d'être privé de liberté selon une loi assurant la protection contre l'arbitraire (§1). Le second tient à sa rédaction et tend à établir le droit d'être privé de liberté selon une loi prévisible (§2).

⁵⁵⁷ V. *supra*, n° 143 et s.

⁵⁵⁸ V. pour l'exemple du contrôle de l'ingérence à la vie privée, CEDH, plén., 2 août 1984, *Malone c. Royaume-Uni*, req. n° 8691/79 : *Rec. CEDH*, série A, n° 82 ; § 67 : pour assurer la « prévisibilité », « la loi doit user de termes assez clairs ».

⁵⁵⁹ *Ibid.* : la loi doit être « compatible avec la prééminence du droit », exigence qui implique pour le droit interne « d'offrir une certaine protection contre des atteintes arbitraires de la puissance publique ».

§ 1./ LE GAGE DE QUALITÉ LIÉ AU CONTENU : LE DROIT D'ÊTRE PRIVÉ DE LIBERTÉ SELON UNE LOI ASSURANT LA PROTECTION CONTRE L'ARBITRAIRE

161. **Les fondements de la compétence large du législateur.** S'il est désormais acquis que la légalité criminelle s'étend dans l'ensemble du droit pénal⁵⁶⁰, les textes fondant la légalité de la privation de liberté, le fondement général⁵⁶¹, ou le fondement spécial⁵⁶², évoquent aussi une compétence législative large. Le Conseil constitutionnel a estimé en 1993 que la légalité devait concerner les « cas », les « formes » et les « conditions » de la privation de liberté, dans une formulation large et proche de l'article 7 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, sans pour autant donner de fondement au principe⁵⁶³. La délimitation de la privation de liberté entre nécessairement dans cette compétence⁵⁶⁴, notamment sa durée⁵⁶⁵, ou les conditions de sa levée⁵⁶⁶. Au-delà, le Conseil constitutionnel a

⁵⁶⁰ La légalité criminelle a longtemps été résumée par l'adage « *nullum crimen nulla poena sine lege* » ? pourtant insuffisant. La procédure pénale est aussi incluse dans la légalité [voir L. FAVOREU, *op. cit.*, ou L. PHILIP, « La constitutionnalisation du droit pénal français » ; RSC, 1985, p. 711, ou G. STÉPHANI, « Le domaine de la loi et du règlement en matière pénale » in *Mélanges Julliot de la Morandière*, Dalloz, 1964, p. 531, ou G. LEVASSEUR, « Réflexions sur la compétence : un aspect négligé du principe de la légalité » ; in *Mélanges Huguency, Problèmes contemporains de procédure pénale*, Sirey, 1964, p. 13]. Ce principe ressort des termes mêmes de l'article 34 de la Constitution, selon lequel la loi fixe les règles de procédure pénale. Cette compétence législative a été rappelée par le Conseil constitutionnel lui-même [v. Cons., const., 23 juil. 1975, déc. n° 75-56 DC portant sur la loi modifiant certaines dispositions de procédure pénale spécialement le texte modifiant les art. 398 et 398-1 du Code de procédure pénale : *J. O.*, 24 juil. 1975, p. 7533]. Aujourd'hui, certains auteurs proposent une reformulation du principe de légalité criminelle plus large : « *nullum crimen, nulla poena, nullum iudicium sine lege* » [A. VITU et R. MERLE, *Traité de droit criminel*, T. 1, *op. cit.*, p. 225]. « En étendant la compétence législative, le Conseil constitutionnel assure mieux la protection des libertés car dans un domaine aussi sensible pour les libertés que l'organisation des juridictions pénales, le législateur offre plus de garanties que le pouvoir réglementaire » [L. FAVOREU, *op. cit.*].

⁵⁶¹ L'article 34 de la Constitution, donne compétence au législateur pour déterminer « les règles concernant [...] les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques », le terme de « règles » imposant un degré de précision supérieur à la détermination « [des] principes fondamentaux » visé par la même disposition pour d'autres domaines.

⁵⁶² L'article 7 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen rappelle dans une formulation large que « nul homme ne peut être accusé, arrêté ou détenu que dans les cas déterminés par la loi et selon les formes qu'elle a prescrites ».

⁵⁶³ Cons. const., déc. n° 93-325 DC du 13 août 1993 portant sur la loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France : *J. O.*, 18 août 1993, p. 11722 ; RFDA, 1993, p. 871, comm. B. GENEVOIS ; consid. n° 98.

⁵⁶⁴ V. *supra*, n° 155.

⁵⁶⁵ V. par ex. pour la sanction de la norme privative de liberté ne prévoyant pas précisément la durée maximale de la garde à vue, CEDH, sect. V, 13 janv. 2011, *Stetoslav Hristov c. Bulgarie*, req. n° 36794/03 : *Dr. pénal*, 2011, chron. V. LESCLOUS ; § 27 et s.

⁵⁶⁶ Cons. const., déc. n° 2012-235 QPC du 20 avr. 2012, [*Association cercle de réflexion et de proposition d'actions sur la psychiatrie*] : *J. O.*, 21 avr. 2012, p. 7194 ; RFDA, 2012, p. 629, note K. BLAY-GRABARCZYK ; *Dr. adm.*, 2012, comm. n° 61, note C. CASTAING ; consid. n° 25. Le Conseil constitutionnel établissait, lors de son examen de l'internement en Unité pour malades difficiles, l'exigence de « garanties légales », concernant « notamment la levée de ces mesures ». Celui-ci renvoyait sobrement aux « exigences constitutionnelles précitées » pour fonder la solution, et parmi celles-ci, l'article 34 de la Constitution apparaissait comme étant le

consacré la compétence du législateur pour définir l'*Habeas corpus* sur le fondement de l'article 66⁵⁶⁷.

162. **Le défaut culturel du droit au droit : l'exclusion de l'exécution de la privation de liberté de la protection contre l'arbitraire.** En revanche, l'exécution de la privation de liberté a longtemps été écartée de la légalité, et soumise aux actes réglementaires⁵⁶⁸, et parfois même à des circulaires, y compris pour les régimes de détention plus sévères que le droit commun⁵⁶⁹. Au-delà de la qualité des sources, le droit au juge des détenus a longtemps été limité par la théorie des mesures d'ordre intérieur⁵⁷⁰, sans que la restriction des autres libertés fondamentales générées par les sujétions de la détention ne puisse faire l'objet d'un contrôle juridictionnel. L'exécution de la privation de liberté a longtemps été considérée comme un domaine de pure application, sans implication fondamentale, confirmant le défaut culturel du droit français en matière de légalité, dans le droit de la privation de liberté⁵⁷¹. Le droit français a cependant connu une « *révolution pénitentiaire* »⁵⁷², et « *la prison, après être longtemps restée en marge du droit, réintègre progressivement la sphère du juridique* »⁵⁷³, dans des progrès qui concernent les sources et les recours juridictionnels⁵⁷⁴, montrant l'utilité de l'extension de la légalité.

fondement le plus opportun : le Conseil constitutionnel usait de la disposition de droit commun plutôt que de l'interprétation des dispositions spéciales reconnaissant la légalité de la privation de liberté.

⁵⁶⁷ Déc. n° 2012-235 QPC du 20 avr. 2012 : *préc.* ; consid. n° 6 : « *dans l'exercice de sa compétence, le législateur peut fixer des modalités d'intervention de l'autorité judiciaire différentes selon la nature et la portée des mesures affectant la liberté individuelle qu'il entend édicter* ».

⁵⁶⁸ La détention en Unité pour malades difficiles a longtemps été réglée par l'arrêté du ministre de la santé du 14 octobre 1986.

⁵⁶⁹ Le maintien en zone d'attente a d'abord reposé sur une circulaire du 26 juin 1990 [v. CEDH, 25 juin 1996, *Amuur c. France*, req. n° 19776/92 : *Rec. CEDH*, 1996-III ; *RSC*, 1997, p. 457, obs. R. KOERING-JOULIN ; *D.*, 1997, p. 203, obs. S. PEREZ]. Plus récemment, les conditions de détention en centre éducatif fermé reposent sur une circulaire du 13 novembre 2008 de la direction de la protection judiciaire de la jeunesse *visant à améliorer la prise en charge des mineurs placés en centre éducatif fermé* [Nor : JUSF0850013C : *B. O. J.*, 2009/1, Texte 28/36].

⁵⁷⁰ Voir D. BOUJU, « Le détenu face aux mesures d'ordre intérieur » ; *RDP*, 2005, p. 597.

⁵⁷¹ V. pour le défaut de légalité concernant la définition même des cas privation de liberté, *supra*, n° 140 et s.

⁵⁷² Voir M. HERZOG-EVANS, « La révolution pénitentiaire française » ; in *L'institution du droit pénitentiaire : enjeux de la reconnaissance des droits aux détenus*, sous la direction de O. DE SCHUTTER et D. KAMINSKI, LGDJ, p. 17.

⁵⁷³ J.-CH. FROMENT, « Vers "une prison de droit" ? » ; *RSC*, 1997, p. 537.

⁵⁷⁴ Le mouvement a été entamé par l'ouverture au contentieux de la sanction disciplinaire [CE, 17 févr. 1995, *Marie*, n° 97754 : *Rec. CE*, p. 89 ; *D.*, 1995., p. 381, note N. BELLOUBET-FRIER ; *RFDA*, 1995, p. 353, concl. P. FRYDMAN ; *RFDA*, 1995, p. 822, note F. MODERNE ; *RFDA*, 1995, p. 826, note J.-P. CÉRÉ ; *RSC*, 1995, p. 381, obs. P. COUVRAT ; *RSC*, 1995, p. 621, obs. M. HERZOG-EVANS ; *GAJA*, 19^e éd., 2013, n° 94]. La loi du 15 juin 2000 venait judiciairiser ensuite les mesures d'aménagement de peine et organiser un procès de l'application des peines [loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes : *J. O.*, 16 juin 2000, p. 9038 ; *RSC*, 2000, p. 753, comm. M. GUERRIN (spéc. sur les nullités) ; *ibid.*, p. 887, comm. P. PONCELA (spéc. sur l'aménagement des peines) ; *ibid.*, 2001, p. 7, comm. CH. LAZERGES ; *ibid.*, p. 25, comm. J. BUISSON (spéc. sur la garde à vue) ; *ibid.*, p. 51, comm. M. LEMONDE (spéc. sur le juge des libertés et de la détention) ; *ibid.*, p. 55, comm. B. BOULOC (spéc. sur

163. **L'utilité de l'extension de la légalité.** La conception plus moderne de la légalité de la privation de liberté tend désormais à dépasser la simple délimitation de la privation de liberté, comme le montre son incursion en droit pénitentiaire. Cette extension est le préalable nécessaire à l'intégration de nouveaux domaines dans la sûreté et leur soumission à la conception matérielle de la légalité permet d'y imposer un contenu, pour lutter contre l'arbitraire, sous le contrôle constitutionnel ou européen. La première manifestation timide de cet accroissement du contrôle supra-légal de la suffisance des garanties adoptées par le législateur, à apparenter à la légalité matérielle, réside dans l'encadrement de la privation de liberté de police (A). La seconde, plus avancée, réside dans l'encadrement de l'exécution de la privation de liberté (B).

les durées de procédure) ; *ibid.*, p. 43, comm. A. GIUDICELLI (spéc. sur le mis en examen et le témoin assisté) ; *ibid.*, p. 71, note B. ADER ; *ibid.*, p. 83, obs. H. TEMINE ; *ibid.*, p. 87, comm. M. É. CARTIER (spéc. sur la judiciarisation de l'aménagement des peines) ; *ibid.*, p. 107, comm. A. D'HAUTEVILLE (spéc. sur les droits des victimes) ; *ibid.*, p. 117, comm. D. N. COMMARET (spéc. sur l'indemnisation de la détention provisoire) ; *ibid.*, p. 123, comm. F. MASSIAS (spéc. sur le réexamen des condamnations pénales) ; *ibid.*, p. 193 et p. 619, chron. B. BOULOC ; *ibid.*, p. 593, comm. CH. CARDET (spéc. sur le contrôle judiciaire) ; *ibid.*, 2002, p. 134, comm. B. BOULOC (spéc. sur la détention provisoire) ; *D.*, 2000, p. 737, note S.-A. DUBERNAT (spéc. sur la présomption d'innocence) ; *D.*, 2001, p. 1039, comm. J. PRADEL ; *Dr. pén.*, 2000, chron. n° 39, comm. A. DORSNER-DOLIVET (spéc. sur la détention provisoire).]. La loi du 12 avril 2000 ouvrait la possibilité aux détenus de se faire assister par un avocat lors des audiences disciplinaires [loi n° 2000-321 du 12 avr. 2000 relative aux droits des citoyens dans leur relation avec les administrations : *J. O.*, 13 avr. 2000, p. 5646 ; *AJDA*, 2000, p. 471, comm. M. FERRARI ; *ibid.*, p. 545, comm. J. FERSTENBERT ; *RTD civ.*, 2000, p. 656, note J. ROCHFELD ; *D.*, 2000, p. 575, comm. J. CHEVALIER ; *RFDA*, 2000, p. 725, comm. J. ARRIGHI DE CASANOVA ; v. pour les conséquences de la loi au profit des détenus, É. PÉCHILLON, « La reconnaissance du "détenu citoyen" » ; *Dedans-Dehors*, mai 2000, p. 4 et M. HERZOG-EVANS et É. PÉCHILLON, « L'entrée des avocats en prison » ; *D.*, 2000, p. 481]. Enfin, le Conseil d'État en 2003 abandonnait l'exigence de la faute lourde pour engager de la responsabilité de l'administration pénitentiaire [CE, 23 mai 2003, *M^{me} Chabba*, n° 244663 : *Rec. CE*, p. 240 ; *RFDA*, 2004, p. 157, obs. N. ALBERT]. La même année, l'arrêt *Remli* ouvrait les recours juridictionnels contre les décisions d'isolement forcé [CE, 30 juil. 2003, *Remli*, n° 252712 : *Rec. CE*, p. 366 ; *D.*, 2003, jur., p. 2331, note M. HERZOG-EVANS ; *AJDA*, 2003, p. 2090, note D. COSTA ; *RSC*, 2005, p. 390, obs. P. PONCELA ; *Gaz. Pal.*, 13 nov. 2003, p. 10, concl. M. GUYOMAR]. Le législateur a aussi réalisé un effort d'encadrement des atteintes aux droits fondamentaux des détenus dans la loi pénitentiaire [loi n° 2009-1436 du 24 nov. 2009 pénitentiaire : *J. O.*, 25 nov. 2009, p. 20192 ; *D.*, 2010, p. 31, comm. M. HERZOG-EVANS ; *RSC*, 2010, p. 190, comm. P. PONCELA ; *RFDA*, 2010, p. 15, comm. F. FÉVRIER ; *AJDA*, 2010, p. 494, comm. C.-M. SIMONI ; *Procédures*, comm. n° 21, note J. BUISSON ; *Dr. pén.*, 2010, ét. n° 2, obs. J.-P. CÉRÉ ; *JCP*, 2009, I, n° 552, comm. J.-P. CÉRÉ ; *RSC*, 2010, p. 444, obs. E. GALLARDO ; *AJP*, 2009, p. 473, obs. E. PÉCHILLON ; *AJP*, 2009, p. 483, comm. M. HERZOG-EVANS (spéc. sur l'aménagement des peines) ; *AJF*, 2009, p. 484, obs. M. HERZOG-EVANS (spéc. sur le maintien des liens familiaux) ; *Gaz. Pal.*, 26 juin 2010, p. 18, note D. VIRIOT-BARRIAL (spéc. sur les dispositions sanitaires) ; *ibid.*, p. 23, note P. LAMOTHE (spéc. sur les dispositions sanitaires)].

A) L'accroissement timide : l'encadrement supra-légal de la privation de liberté de police

164. **La large consécration constitutionnelle de la privation de liberté de police.** Le Conseil constitutionnel estime que, « *si l'article 66 de la Constitution exige que toute privation de liberté soit placée sous le contrôle de l'autorité judiciaire*⁵⁷⁵, *il n'impose pas que cette dernière soit saisie préalablement à toute mesure de privation de liberté* »⁵⁷⁶. Le rejet d'un tel monopole est logique, dès lors que l'attente de la décision préalable de l'autorité judiciaire, a fortiori du juge judiciaire, pourrait compromettre l'efficacité de la protection de l'ordre public. Le rejet par principe d'une telle autorisation préalable est toutefois regrettable, dès lors qu'elle ne compromet pas toujours l'efficacité de l'action des forces de police. Le droit français ne connaît donc pas de théorie de mandat judiciaire d'arrestation, ni de cas d'entrée en privation de liberté réservé au titre d'un tribunal : la privation de liberté de police est largement consacrée. La première véritable intervention du juge judiciaire, pour opérer le contrôle de la nécessité de la privation de liberté, en dehors du contrôle en temps réel de l'autorité judiciaire⁵⁷⁷, sera le plus souvent décalée de l'arrestation⁵⁷⁸ et même de l'adoption du titre pérenne de privation de liberté⁵⁷⁹.

⁵⁷⁵ Cette dernière affirmation est relativisée par la propre jurisprudence du Conseil constitutionnel, qui a admis, pour un cas de courte privation de liberté de police, l'absence de contrôle de l'autorité judiciaire [Cons. const., déc. n° 2012-253 QPC du 8 juin 2012, [M. D.] : *J. O.*, 9 juin 2012, p. 9796 ; *Gaz. Pal.*, 5 juil. 2012, p. 11, comm. S. DETRAZ ; *LPA*, 25 mars 2013, p. 4, chron. V. TELLIER-CAYROL].

⁵⁷⁶ V. par ex. Cons. const., déc. n° 2011-174 QPC du 6 oct. 2011, [Mme P.] : *J. O.*, 8 oct. 2011, p. 17017 ; *Dr. admin.*, 2011, comm. n° 99, comm. C. LANTERO ; *JCP A*, 2012, n° 2040, comm. É. PÉCHILLON. Cette formule est désormais classique [Cons. const., déc. n° 2010-71 QPC du 26 nov. 2010, [M^{me} S.] : *J. O.*, 27 nov. 2010, p. 21119 ; *Dr. Famille*, 2011, comm. n° 11, note I. MARIA ; *RFDA*, 2011, p. 951, chron. A. PENA ; *JCP*, 2011, n° 189, note K. GRABARCZYK ; *AJDA*, 2011, p. 174, X. BIOY. – Cons. const., déc. n° 2011-135/140 QPC du 9 juin 2011, [M. B. et autre] : *J. O.*, 10 juin 2011, p. 9892 ; *Constitutions*, 2011, p. 400, obs. X. BIOY ; *RFDA*, 2012, p. 629, K. BLAY-GRABARCZYK]. Dans une formule plus ancienne, le Conseil constitutionnel énonçait déjà que « *si la compétence pour décider du maintien peut être confiée par la loi à l'autorité administrative, le législateur doit prévoir, selon des modalités appropriées, l'intervention de l'autorité judiciaire pour que celle-ci exerce la responsabilité et le pouvoir de contrôle qui lui reviennent* » [Cons. const., déc. n° 92-316 DC du 20 janv. 1993 portant sur la loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques : *J. O.*, 22 janv. 1993, p. 1118 ; consid. n° 15]. Le principe ressortait déjà implicitement de sa décision de 1980 dans laquelle le Conseil constitutionnel validait le mécanisme de la rétention administrative, alors que la décision de placement était laissée à l'autorité administrative [Cons. const., déc. n° 79-109 DC du 9 janv. 1980 portant sur la loi relative à la prévention de l'immigration clandestine et portant modification de l'ord. n° 45-2658 du 2 nov. 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers et portant création de l'office national d'immigration : *J. O.*, 11 janv. 1980, p. 84].

⁵⁷⁷ V. *infra*, n° 615 et s.

⁵⁷⁸ V. sur la définition de l'arrestation, prise comme le début de la privation de liberté, *supra*, n° 28 et s.

⁵⁷⁹ Ce qui, pour la privation de liberté de police administrative, crée une chaîne plus longue, avant l'*Habeas corpus* : l'arrestation de police ouvre une garde provisoire, au terme de laquelle l'autorité de police administrative adopte le titre pérenne de privation de liberté, le premier contrôle du juge judiciaire intervenant ultérieurement. Le chaînage de la privation de liberté de police judiciaire est plus court, puisque l'arrestation de

165. Même pour les mesures de sûreté, qui portent par nature un risque plus élevé d'arbitraire, le juge judiciaire ne bénéficie pas du monopole de l'adoption du titre pérenne de la privation de liberté⁵⁸⁰. Le juge judiciaire ne bénéficie du monopole d'adopter les titres pérennes de privation de liberté que pour la détention *sanction*⁵⁸¹ et la détention

police ouvre la garde provisoire, au terme de laquelle le juge judiciaire intervient directement pour adopter le titre pérenne de privation de liberté.

⁵⁸⁰ La compétence judiciaire pour prononcer l'internement de l'aliéné, débattue déjà pour la loi de 1838 puis envisagée de nouveau en 1990, n'a jamais été consacrée, malgré de nombreux exemples en droit comparé. Le Conseil constitutionnel a maintenu le *statu quo*, alors que la loi a introduit un cas d'internement décidé par l'autorité judiciaire de l'aliéné irresponsable pénalement [art. 706-119 CPP. Voir S. DETRAZ, « La création d'une nouvelle décision de règlement de l'instruction : la décision d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental » ; *RSC*, 2008, p. 873 ; J. PRADEL, « Une double révolution en droit pénal français avec la loi du 25 févr. 2008 sur les criminels dangereux » ; *D.*, 2008, p. 1000, spéc. deuxième partie ; K. LUCAS, « L'initiative de l'hospitalisation d'office : un pouvoir partagé au service d'un contrôle sanitaire et social renforcé » ; *RDSS*, 2010, p. 1077, spéc. deuxième partie]. Le prononcé de l'internement est alors décidé au cours d'une audience publique et contradictoire [v. l'art. 706-122 du CPP]. L'esprit d'un tel dispositif, plutôt que de renforcer la liberté individuelle, était surtout motivé par la volonté de créer une sorte de procès de l'irresponsable. Quant à la rétention de sûreté, si le Conseil constitutionnel notait la compétence judiciaire pour la prononcer au terme de la peine et les garanties procédurales prévues, il n'en faisait pas non plus une exigence constitutionnelle [déc. n° 2008-562 DC : *préc.* ; consid. n° 22].

⁵⁸¹ La réserve du prononcé de la détention *sanction* à l'autorité judiciaire ressort de la suppression progressive, en droit français, des sanctions disciplinaires privatives de liberté [v. *infra*, n° 368] et du rejet constitutionnel d'investir les autorités administratives indépendantes d'un tel pouvoir de sanction [Cons. const., déc. n° 89-260 DC du 28 juil. 1989 portant sur la loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier : *J. O.*, 1^{er} août 1989, p. 9676 ; *RFDA*, 1989, p. 671, comm. B. GENEVOIS ; consid. n° 6 : « *considérant que le principe de la séparation des pouvoirs, non plus qu'aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle ne fait obstacle à ce qu'une autorité administrative, agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique, puisse exercer un pouvoir de sanction dès lors, d'une part, que la sanction susceptible d'être infligée est exclusive de toute privation de liberté et, d'autre part, que l'exercice de ce pouvoir de sanction est assorti par la loi de mesures destinées à assurer les droits et libertés constitutionnellement garantis* » ; v. aussi Cons. const., déc. n° 97-389 DC du 22 avr. 1997 relative à la loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration : *J. O.*, 27 avr. 1997, p. 6432 ; *AJDA*, 1997, p. 524, comm. F. JULIEN-LAFERRIÈRE ; *JCP*, 1997, II, n° 22890, obs. J.-C. ZARKA ; *RDP*, 1997, p. 931, comm. F. LUCHAIRE ; consid. n° 30]. Cette dernière interdiction relevait d'un fondement incertain, sauf à considérer que la séparation des pouvoirs, principe utilisé par le Conseil constitutionnel pour admettre que l'autorité administrative puisse prononcer une peine autre que celle privative de liberté, soit aussi celui qui s'oppose à ce qu'elle en prononce une, fondement déconnecté de l'article 66. À l'intérieur du droit pénal, l'infliction d'une peine, quelle que soit sa nature, appartient au juge, en raison de la séparation des autorités chargées de mener l'action publique de celles de jugement, de la protection de la liberté individuelle et de la protection de la présomption d'innocence [Cons. const., déc. n° 95-360 DC du 2 févr. 1995 portant sur la loi relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative : *J. O.*, 7 févr. 1995, p. 2097 ; consid. n° 6 ; Cons. const., déc. n° 2004-492 DC du 2 mars 2004 relative à la loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité : *J. O.*, 10 mars 2004, p. 4637 ; *RSC*, 2005, p. 122, comm. V. BÜCK ; *D.*, 2004, p. 956, note M. DOBKINE ; *RSC*, 2004, p. 725, comm. CH. LAZERGES ; *JCP*, 2004, II, n° 10048, obs. J.-C. ZARKA ; consid. n° 107]. La combinaison de ces deux principes revient quasiment à confier au juge pénal le monopole de la condamnation à une sanction privative de liberté. Les derniers développements constitutionnels rattachent désormais le principe de séparation des fonctions à celui de l'impartialité des juridictions [Cons. const., déc. n° 2011-200 QPC du 2 déc. 2011, [Banque populaire Côte d'Azur] : *J. O.*, 3 déc. 2011, p. 20496 ; *Constitutions*, 2012, p. 337, obs. O. LE BOT ; *RJEP*, 2013, ét. n° 2, comm. B. GENEVOIS ; consid. n° 8 ; Cons. const., déc. n° 2011-147 QPC du 8 juil. 2011 [M. J.] : *J. O.*, 9 juil. 2011, p. 11979 ; *RTD civ.*, 2011, p. 756, obs. J. HAUSER ; *AJP*, 2011, p. 596, obs. J.-B. PERRIER ; *Dr. pén.*, 2012, ét. n° 8, comm. C. CLAVERIE-ROUSSET ; consid. n° 11], l'article 66 de la Constitution devenant inopérant à justifier la réserve au juge pénal de la peine privative de liberté. L'article 5 § 1^{er} réserve quant à lui la privation de liberté « *après condamnation* » à la décision d'un tribunal.

provisoire⁵⁸², si bien que l'atteinte lourde à la présomption d'innocence apparaît comme le critère de sa réserve, plutôt que la gravité de l'atteinte à la liberté individuelle. Le législateur bénéficie en conséquence d'une large marge d'appréciation pour encadrer le début de la privation de liberté.

166. Le standard minimum supra-légal du premier procès de la privation de liberté : le recours à bref délai. Si nous avons défini le terme de la privation de liberté de police par le contrôle de la nécessité de la privation de liberté réalisé par le juge de l'*Habeas corpus*, celui de l'article 5 § 3 de Convention européenne des droits de l'Homme et celui de l'article 66 de la Constitution⁵⁸³, celui-ci ne bénéficie pas non plus d'une assise supra-légale forte⁵⁸⁴. Seul le recours juridictionnel à bref délai de l'article 5 § 4 assure un contrôle juridictionnel large du placement en détention, dans le respect des grands principes du procès équitable et vient encadrer strictement le début de la privation de liberté, pour laquelle le législateur national⁵⁸⁵ bénéficie d'une large marge.

167. Le développement du contrôle européen de la procédure légale de placement en internement de l'aliéné. La Cour européenne des droits de l'Homme s'appuie sur une exigence supérieure de sécurité juridique spéciale à la privation de liberté⁵⁸⁶, fondée sur l'article 5 § 1^{er(587)}, pour intégrer dans la notion de régularité de la privation de liberté, au-delà du respect du droit national, le respect de garanties protectrices découvertes par la Cour elle-même⁵⁸⁸. Elle a dégagé l'obligation pour la norme privative de liberté de

⁵⁸² Concernant la détention provisoire, dès 1981, le Conseil constitutionnel notait que le mandat de dépôt ne pouvait « être décerné que par un juge du siège », sans pour autant préciser le fondement de cette compétence [Déc. n° 80-127 DC des 19 et 20 janv. 1981 : *préc.* ; consid. n° 34].

⁵⁸³ Déc. n° 79-109 DC du 9 janv. 1980 : *préc.* ; consid. n° 4 : « la liberté individuelle ne peut être tenue pour sauvegardée que si le juge intervient dans le plus court délai possible ».

⁵⁸⁴ La jurisprudence constitutionnelle a admis l'émoussement progressif de sa célérité [v. *infra*, n° 722 et s.], tandis que la jurisprudence européenne l'a toujours apprécié sagement, même si elle montre un resserrement dernièrement [v. *infra*, n° 828 et s.]. Le contrôle du juge de l'*Habeas corpus* n'a pas à respecter les grands principes du procès équitable [v. *infra*, n° 818 et s.]. L'étendue du contrôle, en droit français [v. *infra*, n° 920 et s.] et en droit européen [v. *infra*, n° 961 et s.], ne bénéficie pas non plus d'une protection forte.

⁵⁸⁵ La légalité organique a pourtant largement été violée dans le domaine de la privation de liberté de police [v. *supra*, n° 152].

⁵⁸⁶ CEDH, sect. V, 11 avr. 2013, *Firoz Muneer c. Belgique*, req. n° 56005/10 : « la Cour rappelle que, lorsqu'il s'agit d'une privation de liberté, il est particulièrement important de satisfaire au principe général de sécurité juridique ».

⁵⁸⁷ Lorsque la sécurité juridique des conditions pour placer en détention provisoire n'est pas assurée, la Cour fonde la violation de la Convention sur le fondement de l'article 5 § 3 [CEDH, sect. V, 26 mars 2009, *Krejcir c. République Tchèque*, req. n°s 39298/04 et 8723/05].

⁵⁸⁸ Cet enrichissement concerne pour l'instant principalement la pleine information du détenu des motifs de sa privation de liberté, renforcée par rapport aux seuls principes de l'article 5 § 2, par exemple en exigeant la notification du titre de détention pour l'étranger en détention administrative [CEDH, sect. I, 2 mai 2013, *Barjamaj c. Grèce*, req. n° 36657/11 ; § 39] ou en sanctionnant le défaut de motivation des décisions rendues sur le maintien de la détention provisoire du suspect [CEDH, sect. III, 21 mars 2002, *Stasaitis c. Lituanie*,

comporter des « *garanties appropriées et [...] une procédure équitable et adéquate* »⁵⁸⁹, lors du placement en détention, destinée à lutter contre la détention arbitraire⁵⁹⁰. En l'état de sa jurisprudence, ces progrès concernent principalement l'internement de l'aliéné, pour lequel la Cour tend à imposer « *Les principes pour la protection des personnes atteintes de maladie mentale et pour l'amélioration des soins de santé mentale* » adoptés par l'Organisation des Nations Unies⁵⁹¹.

req. n° 47679/99, ou CEDH, sect. V, 1^{er} mars 2007, *Belevitskiy c. Russie*, req. n° 72967/01, en angl., ou CEDH, sect. V, 11 févr. 2010, *Sabirov c. Russie*, req. n° 13465/04 ; § 34].

⁵⁸⁹ CEDH, 5 oct. 2004, *H. L. c. Royaume-Uni*, req. n° 45508/99 : *Rec. CEDH*, 2004-IX ; § 115. Pour un cas d'internement de l'aliéné, la Cour relevait l'absence dans la législation nationale de « *procédure d'admission formalisée indiquant qui peut proposer l'admission, pour quels motifs et sur la base de quel type d'examen et de conclusions médicaux et autres* », de « *limite portant sur la durée, le traitement ou les soins* », « *de disposition spéciale prévoyant une évaluation clinique continue de la persistance du trouble ayant légitimé l'internement* » ou encore « *de désignation d'un représentant du patient pouvant formuler certaines objections et demandes en son nom* ».

⁵⁹⁰ CEDH, sect. III, 26 juin 2012, *Toniolo c. Saint-Marin et Italie*, req. n° 44853/10, en angl. La portée de l'arrêt reste faible, à l'image de la décision *H. L. c. Royaume-Uni [préc.]*, puisqu'en l'espèce, la détention était réalisée sans aucun statut légal précis.

⁵⁹¹ La Cour a d'abord imposé l'exigence d'un avis médical dès le placement, sauf urgence, auquel cas l'avis doit être réalisé immédiatement après l'arrestation, puis tout au long de l'internement [voir *H. L. c. Royaume-Uni : préc.* ; § 120 et *infra*, n° 416 et s.]. Elle a ensuite transposé des garanties contenues dans le recours à bref délai, pour les imposer plus précocement. L'aliéné doit être entendu au cours de la procédure de placement, ou alors être personnellement représenté [CEDH, sect. I, 2 mai 2013, *Zagidulina c. Russie*, n° 11737/06, en angl.]. La Cour évoque même l'exigence d'un contrôle judiciaire de l'internement de l'aliéné directement sous l'angle de l'article 5 § 1^{er}, indépendamment du recours à bref délai de l'article 5 § 4, ouvrant la porte, pour ce cas de détention au moins, à la consécration d'un *Habeas corpus* prétorien [CEDH, sect. V, 22 nov. 2012, *Sykora c. République Tchèque*, req. n° 23419/07, en angl.]. Dans une hypothèse dans laquelle l'avis médical n'était pas suffisamment explicite, la Cour reprochait même aux autorités internes de ne pas avoir réalisé une enquête sérieuse et recueilli des témoignages, pour établir les troubles mentaux [CEDH, sect. V, 26 mai 2011, *Tupa c. République Tchèque*, req. n° 39822/07, en angl. ; § 57]. Prudemment et progressivement, la Cour, à l'image de sa démarche concernant les *Règles pénitentiaires européennes* [v. *infra*, n° 522], tend à intégrer dans sa jurisprudence les *Principes pour la protection des personnes atteintes de maladie mentale et pour l'amélioration des soins de santé mentale*, adoptés par l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies le 17 décembre 1991, dans sa résolution n° 46/119. Ainsi s'y réfère-t-elle pour exiger que l'opportunité de mesures moins sévères à l'internement, par exemple une période d'observation non privative de liberté, soit examinée par les autorités saisies du placement [CEDH, sect. II, 2 oct. 2012, *Pleso c. Hongrie*, req. n° 41242/08, en angl. ; § 68, ou encore CEDH, sect. III, 19 juil. 2011, *L. M. c. Lettonie*, req. n° 26000/02, en angl.]. Elle s'est référée au même texte pour poser l'exigence d'une expertise médicale objective vis-à-vis de l'établissement sanitaire dans lequel est interné l'aliéné, ou l'importance d'une procédure d'appel en la matière [CEDH, sect. V, 19 avr. 2012, *M. c. Ukraine*, req. n° 2452/04, en angl. ; § 62 et s.]. Il ressort de cette jurisprudence que si la violation d'un principe du texte international ne suffit pas à entraîner la violation de la Convention, l'ensemble de la procédure de placement en internement [et même du maintien] est globalement confronté à ces principes pour établir si la procédure présente des garanties suffisantes pour écarter l'arbitraire.

168. **Vers l'encadrement supra-légal strict de la privation de liberté de police.** La poursuite de cette construction, au nom de la qualité de la loi, pourrait aboutir au meilleur encadrement de la privation de liberté de police, particulièrement déficient⁵⁹², qu'il s'agisse de l'insuffisance des garanties entourant la capture et l'adoption du titre administratif de privation de liberté (1), ou du défaut de valeur supra-légale du *paquet* de droits généré par l'arrestation (2).

1) L'encadrement déficient de la privation de liberté de police : l'insuffisance des garanties entourant la capture et l'adoption du titre administratif de privation de liberté

169. **L'arrestation de police : le point de départ de la privation de liberté de police.** L'arrestation de police, celle qui fait débiter la privation de liberté de police, se distingue de l'arrestation judiciaire, non pas que cette dernière soit décidée par l'autorité judiciaire au préalable, mais qu'elle marque le début de la privation de liberté judiciaire, c'est-à-dire celle décidée par le juge de la privation de liberté⁵⁹³, après la tenue du procès de la privation de liberté, contre l'individu qui a comparu libre⁵⁹⁴, que l'arrestation intervienne immédiatement après la décision, ou qu'elle soit différée dans le temps⁵⁹⁵.

170. **La capture de police.** Si nous avons défini l'arrestation comme le début de la privation de liberté, par capture ou placement en détention⁵⁹⁶, la capture reste un moyen d'entrée en privation de liberté particulièrement coercitif, au point qu'elle doit être strictement encadrée. Pendant longtemps, le droit français a même exclu son recours de l'enquête préliminaire⁵⁹⁷, et il ne comprend toujours pas de fondement légal permettant la capture à l'initiative de l'officier de police judiciaire⁵⁹⁸.

⁵⁹² En revanche, la garde à vue a subi des progrès marqués plus récents, concernant l'assistance de l'avocat durant les interrogatoires, dans un mouvement constitutionnel et européen [v. *infra*, n° 290 et s.], et l'approfondissement du contrôle de sa durée *in concreto*, dans un mouvement européen [v. *infra*, n° 748].

⁵⁹³ V. *infra*, n° 605.

⁵⁹⁴ L'exemple typique de cette arrestation réside dans la mise à exécution d'une peine privative de liberté ou dans le mandat de dépôt décerné contre la personne libre.

⁵⁹⁵ C'est le cas, par exemple, de l'incarcération en cas de condamnation à une peine privative de liberté non assortie du mandat de dépôt.

⁵⁹⁶ V. *supra*, n° 29.

⁵⁹⁷ Voir M. BLONDET, « L'enquête préliminaire dans le nouveau Code de procédure pénale » ; *JCP*, 1959, I, n° 1513 : l'auteur y distingue la détention, revenant à « *contraindre à rester près de soi une personne qui s'y trouvait déjà volontairement* », permise en enquête préliminaire pour placer en garde à vue la personne qui a accepté d'être entendue et répondu à une convocation, de l'arrestation, qui permet d'« *aller chercher quelqu'un* »,

171. **Le titre administratif de privation de liberté.** Dans l'approche globale de la privation de liberté, celle du chaînage⁵⁹⁹, l'arrestation au cours d'une opération de police administrative ne permet qu'une mesure de garde provisoire de quelques heures⁶⁰⁰, sous le contrôle, au mieux⁶⁰¹, distant en temps réel de l'autorité judiciaire⁶⁰², pour permettre à l'autorité de police administrative, de plus haut niveau, d'adopter le titre pérenne de détention⁶⁰³, qui permettra de prolonger la privation de liberté pour une durée plus longue, jusqu'à l'intervention de l'autorité judiciaire indépendante, en *Habeas corpus*, dont l'intervention marque seulement la fin de la privation de liberté de police. La capture de police et l'adoption du titre administratif de détention font l'objet d'un encadrement léger.

a. *L'encadrement léger de la capture de police*

172. **La capture en situation d'urgence ou de danger : le défaut de légalité.** La grave mise en péril de l'ordre public, en cas d'urgence ou de danger, pour des raisons évidentes, doit autoriser la capture⁶⁰⁴ de l'individu, sans autorisation judiciaire préalable. Elle justifie même d'octroyer ce pouvoir à toute personne, mais à des conditions plus strictes que le professionnel, au regard de son absence de maîtrise des techniques de contention⁶⁰⁵ et du risque qu'il réalise une mauvaise appréciation de la situation. Pourtant, l'article 73 du

exclue pour l'enquête préliminaire pour l'auteur, à l'époque de sa consécration dans le Code de procédure pénale.

⁵⁹⁸ La légalité devrait donc l'exclure [voir A. GOGORZA, « Arrestation et garde à vue : des fondements et de la régularité des interpellations pendant la phase policière » ; *Dr. pén.*, n° 10, 2012, ét. n° 23], d'autant plus qu'en réformant la rétention douanière, le législateur a pris le soin de dissocier « arrestation » et « placement en retenue », alors que l'autorité dotée de ce pouvoir est la même pour les deux cas [art. 323-1 du Code des douanes], confirmant que l'arrestation par capture devrait en principe s'appuyer sur un fondement légal différent de celui du placement en détention.

⁵⁹⁹ V. *supra*, n° 64.

⁶⁰⁰ C'est le cas, par exemple, de la privation factuelle admise pour l'étranger, dans l'attente d'une éventuelle décision de placement en rétention administrative ou de maintien en zone d'attente [v. *infra*, n° 268 et s.]. C'est aussi le cas de la retenue pour la retenue pour vérification du droit au séjour, permise pour seize heures au plus et servant à réaliser les investigations nécessaires à l'adoption de la décision de placement en rétention administrative [art. 611-1-1 CESEDA]. C'est enfin le cas des mesures provisoires permises contre l'aliéné dangereux pour l'ordre public pendant quarante-huit heures, au terme desquelles seul un internement d'office permet de prolonger la détention [art. L. 3213-2 CSP].

⁶⁰¹ La courte privation de liberté de police administrative peut échapper à tout contrôle de l'autorité judiciaire [Cons. const., déc. n° 2012-253 QPC du 8 juin 2012, [M. D.] : *J. O.*, 9 juin 2012, p. 9796 ; *Gaz. Pal.*, 5 juil. 2012, p. 11, comm. S. DETRAZ ; *LPA*, 25 mars 2013, p. 4, chron. V. TELLIER-CAYROL].

⁶⁰² V. sur le contrôle en temps réel de l'autorité judiciaire de la privation de liberté de police, *infra*, n° 615 et s.

⁶⁰³ Plus rarement, l'arrestation sera directement exécutée en vertu de l'ordre donné par cette autorité supérieure.

⁶⁰⁴ V. pour la définition large de l'arrestation dont la capture, au sens de prise de corps de l'individu libre, est un type, au même titre que le placement en détention, *supra*, n° 29.

⁶⁰⁵ V. notamment pour la justification des violences commises au cours de l'arrestation de flagrante, J.-L. LENNON, « L'arrestation flagrante du délinquant sur le fondement de l'article 73 du code de procédure pénale » ; *D.*, 2005, p. 2920.

Code de procédure pénale concède le pouvoir d'« appréhender » le suspect, « dans les cas de crime flagrant ou de délit flagrant puni d'une peine d'emprisonnement », à « toute personne », en posant en conséquence des exigences de nécessité⁶⁰⁶ et de proportionnalité⁶⁰⁷ souples et identiques pour l'officier de police judiciaire⁶⁰⁸, l'agent de rang inférieur, ou le simple particulier⁶⁰⁹. En revanche, une disposition similaire n'existe pas pour l'aliéné agité⁶¹⁰, dont l'arrestation par toute personne⁶¹¹ sera validée selon les conditions de droit commun des faits justificatifs, sans assurer la qualité de la loi. Une base légale pour les professionnels hospitaliers est pourtant indispensable, dès lors que l'arrestation de la personne déjà hospitalisée librement sera réalisée par la contention ou le placement de l'individu en chambre de sûreté, et que la loi permettrait de poser des exigences strictes quant au contrôle médical de la nécessité de la mesure, à son origine et pendant son cours⁶¹².

173. **La capture spontanée : le défaut de délimitation.** Sauf à paralyser la protection de l'ordre public, la capture doit aussi être permise, sans autorisation préalable de l'autorité judiciaire, pour les forces de police seulement, même sans grave mise en péril de l'ordre public, dès que la situation de fait permettant le recours à la privation de liberté leur est révélée spontanément, dans le cadre de l'exercice de leurs missions. L'absence d'urgence ou de danger devrait rendre cette capture policière exceptionnelle et l'exigence de légalité

⁶⁰⁶ Si la capture est limitée à la flagrance, elle est possible pour tout crime et tout délit puni d'emprisonnement.

⁶⁰⁷ La rétention ne peut durer que le temps de conduire le suspect devant « l'officier de police judiciaire le plus proche », dans une rédaction maladroite, qui semble exclure l'officier de police judiciaire du pouvoir.

⁶⁰⁸ Dans cette hypothèse, la disposition bénéficie d'une interprétation large, notamment dans l'acceptation d'un décalage temporel important entre la commission de l'infraction et l'arrestation [voir A. GOGORZA, *op. cit.* et J.-L. LENNON ; *op. cit.*], tendant non pas à permettre l'arrestation du suspect surpris en train de commettre l'infraction, sens pourtant du texte qui vise l'infraction flagrante [v. sa définition à l'article 53 CPP], mais de l'arrestation du suspect au cours de l'enquête de flagrance [v. sa limite temporelle, au même art., *in fine*]. La flagrance, pour tout crime ou délit puni d'une peine d'emprisonnement, permet en conséquence l'arrestation et le placement en garde à vue immédiat, à la seule décision de l'officier de police judiciaire. La garde à vue est « une mesure de contrainte décidée par un officier de police judiciaire » selon l'article 62-2 du Code de procédure pénale, la loi répétant d'ailleurs fermement cette compétence, en disposant que « seul un officier de police judiciaire peut, d'office ou sur instruction du procureur de la République, placer une personne en garde à vue » à l'article 63 du même Code. La garde à vue demeure un pouvoir « propre » de l'officier de police judiciaire [Cass. crim., 1^{er} décembre 2004, n° 04-80.536 : *Bull. crim.*, n° 302 ; *RSC*, 2005, p. 375, comm. J. BUISSON]. L'arrestation est alors possible y compris au domicile du suspect, puisque la perquisition de droit commun est également laissée à l'appréciation de l'officier de police judiciaire, sans besoin d'obtenir l'assentiment préalable de la personne ou l'accord de l'autorité judiciaire [art. 56 CPP].

⁶⁰⁹ L'article dispose que l'arrestation réalisée par la force publique impose le placement en garde à vue [ce qui s'applique à l'officier de police judiciaire ou à tout autre agent de police], tandis que l'arrestation réalisée par le seul particulier permet l'audition libre.

⁶¹⁰ Ni pour l'aliéné dangereux pour l'ordre public, arrêté le temps que le maire ou les commissaires de police à Paris adopte les mesures provisoires sur avis médical, ni pour celui dangereux pour lui-même arrêté le temps d'obtenir les pièces nécessaires à son admission.

⁶¹¹ Hypothèse qui peut concerner le professionnel des services de secours en intervention, ou le personnel hospitalier, en cas de dégradation de l'état de santé de la personne en hospitalisation libre.

⁶¹² V. *infra*, notes n° 2401 et n° 2382.

devrait s'y appliquer plus fermement encore. Si l'intervention du particulier ne peut plus être justifiée au regard de la situation moins périlleuse pour l'ordre public, la protection de la liberté individuelle devrait même réserver ce pouvoir d'arrestation à un agent de police spécialement qualifié. L'hypothèse de l'arrestation spontanée concerne la capture de la personne recherchée dans le cadre d'une affaire pénale, ou celle de l'étranger en situation irrégulière, et le contrôle d'identité ou du titre de détention⁶¹³, domaine particulièrement large⁶¹⁴, apparaît comme la parfaite antichambre de la privation de liberté, d'autant plus que tous les cas ouvrant le contrôle d'identité permettent, de manière incidente, de réaliser le contrôle du titre de séjour⁶¹⁵. Le contrôle d'identité n'appartient pas à l'officier de police judiciaire⁶¹⁶, et dans de nombreux cas, l'agent contrôleur de grade intérieur, se trouve investi du pouvoir de capture, soit que l'individu se prête au contrôle et que son résultat, suffisamment justifié, ouvre d'emblée un cas de capture légal⁶¹⁷, soit qu'il s'y refuse ou

⁶¹³ Art. 78-1 CPP et s. et art. 611-1 CESEDA.

⁶¹⁴ F. FOURMENT, « Contrôles d'identité : "Contrôlez, contrôlez, il en restera toujours quelque chose" » ; *Gaz. Pal.*, 14 janv. 2012, p. 8.

⁶¹⁵ Art. L. 611-1 I al. 2 : « À la suite d'un contrôle d'identité effectué en application des articles 78-1, 78-2, 78-2-1 et 78-2-2 du code de procédure pénale, les personnes de nationalité étrangère peuvent être également tenues de présenter les pièces et documents visés à l'alinéa précédent. »

⁶¹⁶ L'article 611-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile vise « toute réquisition des officiers de police judiciaire et, sur l'ordre et sous la responsabilité de ceux-ci, des agents de police judiciaire et agents de police judiciaire adjoints mentionnés aux articles 20 et 21 (1°) du code de procédure pénale », l'article 78-1 du Code de procédure pénale se réfère aux « autorités de police visées », l'article 78-2 du même Code vise « les officiers de police judiciaire et, sur l'ordre et sous la responsabilité de ceux-ci, les agents de police judiciaire et agents de police judiciaire adjoints mentionnés aux articles 20 et 21-1 », formulation réemployée dans l'article 78-2-2, l'article 78-2-4 du même Code vise « les agents de police judiciaire et les agents de police judiciaire adjoints mentionnés aux 1°, 1° bis et 1° ter de l'article 21 ».

⁶¹⁷ L'agent contrôleur pourra arrêter le suspect d'une infraction flagrante jusqu'à la présentation du suspect à l'officier de police judiciaire le plus proche [art. 73 CPP ; l'article confie le pouvoir d'arrestation à toute personne], qui pourra placer en garde à vue [art. 62 CPP] ; il pourra arrêter la personne faisant l'objet d'un mandat d'amener ou d'arrêt du juge d'instruction [l'article 134 du Code de procédure pénale vise « l'agent chargé de l'exécution » du mandat] ; l'agent contrôleur pourra « appréhender » la personne contre laquelle il existe des « une ou des raisons plausibles de soupçonner » qu'elle a violé les obligations de son contrôle judiciaire ou de son aménagement des peines [la loi attribue le pouvoir d'arrestation aux « services de police et [aux] unités de gendarmerie » ; art. 141-4 et 712-16-3 CPP] ; l'agent contrôleur pourra arrêter la personne « découverte », contre laquelle a été pris un mandat de recherche du procureur de la République en enquête de flagrance ou préliminaire, et celle-ci devra être conduite devant l'officier de police judiciaire qui prononcera le placement en garde à vue [art. 70 et 77-4 CPP ; la loi différencie bien le placement en garde à vue, qui devra être réalisé par l'officier de police judiciaire, de l'arrestation, sans la limiter à certains agents, et renvoie à l'article 134 du même Code]. De la même manière, la reconnaissance par l'étranger de son défaut de titre de séjour devrait logiquement permettre son arrestation pour préparer son placement en rétention administrative, cas d'arrestation factuel autorisé en jurisprudence [v. *infra*, n° 269]. Le défaut de fondement légal pour la capture du suspect dans l'enquête préliminaire devrait interdire en revanche son arrestation, s'il a justifié de son identité au cours du contrôle, sauf à ce qu'il consente à se présenter de lui-même devant l'officier de police judiciaire [v. sur le rejet de la confusion entre placement en garde à vue et capture du suspect en enquête préliminaire, qui nécessiterait toujours pour ce dernier cas l'autorisation préalable du procureur, soit par le biais d'un mandat de recherche, soit par le biais de la comparution forcée du témoin récalcitrant, A. Gogorza, *op. cit.*].

n'arrive pas suffisamment à se justifier⁶¹⁸. L'officier de police judiciaire ne dispose pas du monopole de la capture, y compris pour police judiciaire⁶¹⁹, même lorsqu'elle est susceptible d'entraîner une détention de plusieurs heures⁶²⁰.

174. La capture différée : le défaut de consécration du mandat d'arrestation. En dehors de l'arrestation en cas d'urgence ou de danger et de l'arrestation spontanée, le moment de la capture de l'individu est distinct du moment du constat de la réunion des conditions la permettant : l'exécution de la capture est différée par rapport au moment de sa décision. Dans cette hypothèse, la protection maximale de la liberté individuelle réside dans l'obtention préalable de l'autorisation de l'autorité judiciaire indépendante, caractérisant, dans son expression la plus forte, le mandat d'arrestation, sans que celle-ci, si elle est rapide, n'entrave l'efficacité de la protection de l'ordre public. Si les mandats d'amener, de recherche ou d'arrêt décernés par le juge d'instruction⁶²¹, aussi compétent pour forcer la comparution du témoin défaillant dans l'instruction⁶²², y compris en cas de commission rogatoire⁶²³, y ressemblent, la capture différée est autorisée par le magistrat du parquet dans le cadre de l'enquête de flagrance ou préliminaire⁶²⁴, pour le suspect et même pour le témoin⁶²⁵. Par comparaison, la compétence du juge d'instruction pour décerner les mandats est d'abord attachée à sa fonction de direction de l'information, plutôt qu'à sa qualité de gardien de la liberté individuelle.

⁶¹⁸ C'est uniquement « *si l'intéressé refuse ou se trouve dans l'impossibilité de justifier de son identité* » que l'agent contrôleur pourra arrêter l'individu, pour réaliser la vérification d'identité [art. 78-3 CPP], ou « *s'il apparaît qu'un étranger n'est pas en mesure de justifier de son droit de circuler ou de séjourner en France* », que l'agent contrôleur pourra arrêter l'individu, afin de réaliser la retenue pour vérification du titre de séjour [art. 611-1-1 CESEDA]. Si la révélation de l'identité permise par les vérifications permet le recours à un cas de détention, celui-ci pourra logiquement être déclenché à son terme.

⁶¹⁹ Le Conseil constitutionnel a déjà admis que tout agent de police placé sous la direction de l'officier de police judiciaire était apte à réaliser un contrôle d'identité, et en conséquence, à arrêter la personne, afin de débiter les vérifications d'identité [Cons. const., déc. n° 2011-625 DC du 10 mars 2011 relative à la loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure : *J. O.*, 15 mars 2011, p. 4630 ; consid. n° 60].

⁶²⁰ Ainsi, les arrestations de la personne suspectée d'avoir violé les obligations de son contrôle judiciaire ou de son aménagement de peine sont permises par « *les services de police et les unités de gendarmerie* » sans autre précision [art. 141-4 et 712-16-3 CPP].

⁶²¹ Art. 122 CPP et s. concernant le mandat d'amener, de recherche et d'arrêt.

⁶²² Art. 109 CPP.

⁶²³ Art. 153 CPP.

⁶²⁴ Le mandat de recherche et la comparution forcée de toute personne sont soumis aux mêmes conditions dans le cadre de l'enquête préliminaire ou de flagrance. Toutefois, l'officier de police judiciaire détient en flagrance le pouvoir de faire comparaître par la force, sans autorisation préalable du magistrat, la personne à laquelle il a défendu de quitter les lieux de l'infraction, jusqu'à la fin des opérations.

⁶²⁵ Les comparutions forcées des articles 61 et 78 du Code de procédure pénale, autorisées par le magistrat du parquet, visent « *toute personne* », ce qui inclut le suspect comme le témoin. Le mandat de recherche, décerné par le magistrat du parquet contre le suspect, en enquête préliminaire et de flagrance, ne peut être décerné que pour une infraction punie de plus de trois ans d'emprisonnement [art. 70 et 77-4 CPP].

175. La comparution forcée du suspect ou du témoin en enquête préliminaire, sur autorisation préalable du magistrat du parquet⁶²⁶, a été validée par le Conseil constitutionnel, consacrant définitivement l'absence de théorie du mandat d'arrestation en droit français, et si au moins la législation, pour l'enquête préliminaire, réserve la capture à la décision préalable de l'autorité judiciaire dépendante, la décision n'en faisait même pas une condition de conformité⁶²⁷. Cette solution est d'autant plus décevante que la jurisprudence constitutionnelle consacre des hypothèses de mandats de perquisition, dans le cadre de l'enquête⁶²⁸. Dans tous les cas, la capture du suspect sur autorisation de l'autorité judiciaire, même indépendante, n'altère pas l'exigence de célérité de sa présentation devant le juge de l'article 5 § 3, ce que la Cour européenne des droits de l'Homme a rappelé⁶²⁹, refusant, même dans ce cas, de reporter la limite maximale abstraite de quatre jours de l'arrêt *Brogan*⁶³⁰. Quant au Conseil constitutionnel, il admet un contrôle en temps réel de l'autorité plus léger, lorsque l'arrestation a été décidée au préalable par le juge judiciaire et que le temps de privation de liberté ne sert pas à l'enquête, mais uniquement à la traduction devant lui⁶³¹.

⁶²⁶ Art. 78 CPP.

⁶²⁷ Cons. const., déc. n° 2012-257 QPC du 18 juin 2012, [*Société Olano Carla et autre*] : *J. O.*, 19 juin 2012, p. 10181 ; *AJP*, 2012, p. 602, obs. J.-B. PERRIER ; *Constitutions*, 2012, p. 442, obs. A. DARSONVILLE ; *RSC*, 2013, p. 441, obs. B. DE LAMY ; *LPA*, 25 mars 2013, p. 4, chron. V. TELLIER-CAYROL. Voir plus précisément, sur le droit antérieur à la consécration de la comparution forcée du témoin en enquête préliminaire et les conséquences de celle-ci, P. GAGNOUD, « L'article 78 du Code de procédure pénale et la comparution forcée du témoin récalcitrant au cours de l'enquête préliminaire : ordre de comparution ou mandat d'amener policier ? » ; *Gaz. Pal.*, 12 août 2003, p. 2.

⁶²⁸ Ainsi en est-il des perquisitions de nuit, acceptées « à condition que l'autorisation de procéder aux dites opérations émane de l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, et que le déroulement des mesures autorisées soit assorti de garanties procédurales appropriées » [Cons. const., déc. n° 96-377 DC du 16 juil. 1996 portant sur la loi tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire : *J. O.*, 23 juil. 1996, p. 11108 ; *JCP*, II, n° 22709, p. 396, note N. VAN TUONG ; *D.*, 1997, p. 69, comm. B. MERCUZOT ; *AJDA*, 1996, p. 693, note O. SCHRAMECK ; *RFDA*, 1997, p. 538, note P.-E. SPITZ].

⁶²⁹ *Moulin* : *préc.* La législation relative aux mandats d'arrêt et d'amener, dans son ancienne version, prévoyait, pour l'arrestation qui avait lieu à plus de deux cent kilomètres du siège du juge mandant, l'obligation de conduire le suspect devant le procureur de la République vingt-quatre heures après l'arrestation et fixait un délai maximal de quatre jours de privation de liberté entre la notification du mandat et la présentation devant le juge judiciaire [anc. art. 127 et 133 CPP], délai respectueux de la jurisprudence *Brogan*. Cependant, le Conseil constitutionnel a validé le délai maximal dérogatoire, pour un transfèrement entre la France métropolitaine et l'Outre-mer, de six jours, sans intervention intermédiaire du juge judiciaire, délai dépassant cette fois la limite *Brogan*. Le Conseil constitutionnel validait cette durée par « [les] circonstances matérielles objectivement et précisément déterminées par la loi et qui rendent impossible la présentation immédiate de la personne arrêtée devant le juge qui a ordonné l'arrestation », dans un contrôle léger.

⁶³⁰ V. *infra*, n° 751 et s.

⁶³¹ Cons. const., déc. n° 2011-133 QPC du 24 juin 2011, [*M. Z.*] : *J. O.*, 25 juin 2011, p. 10840 ; *AJP*, 2011, p. 602, obs. J.-B. PERRIER ; *Procédures*, n° 8, 2011, comm. 276, note A.-S. CHAVENT-LECLÈRE. Le transfèrement devant le juge mandant devait avoir lieu, en tout cas, dans les quatre jours de la notification du mandat. Le Conseil constitutionnel validait le mécanisme au regard de l'ensemble des garanties : « considérant [...] que le procureur de la République du lieu d'arrestation informe "sans délai" le juge d'instruction de l'arrestation, veille à l'exécution du mandat et réfère au juge mandant de ses diligences ; qu'ainsi, le mandat est

176. **La capture au domicile : vers le mandat d'arrestation.** La capture au domicile reste le mode d'arrestation le plus attentatoire, alors qu'à l'atteinte à la liberté individuelle s'ajoute l'atteinte à l'inviolabilité du domicile. En quelque sorte, la loi assimile l'arrestation à domicile à la perquisition, en cantonnant certains pouvoirs spéciaux d'arrestation⁶³² au respect des heures légales, lorsque la capture a lieu au domicile de l'individu. Le droit pénal régit la perquisition⁶³³ et la soumet, hors des heures légales, « *sauf réclamation faite de l'intérieure de la maison* »⁶³⁴, ou accès permis par la loi⁶³⁵, à l'autorisation d'un juge judiciaire, en matière de criminalité organisée⁶³⁶, et pendant les heures légales, sans l'assentiment de l'individu, au juge des libertés et de la détention en enquête préliminaire⁶³⁷. Ces textes n'envisagent toutefois pas l'arrestation du suspect⁶³⁸, alors que la *ratio legis* de la perquisition réside dans l'obtention de la preuve⁶³⁹. Même à admettre que l'accès légal au domicile permette à l'officier de police judiciaire d'user de ses autres pouvoirs de police judiciaire à l'encontre des individus présents⁶⁴⁰, l'arrestation doit rester soumise à un fondement légal distinct, ce qui renvoie de nouveau à la difficulté du défaut de

ordonné par le juge d'instruction et exécuté sous son contrôle ; qu'il peut à tout moment ordonner la remise en liberté de cette personne notamment au vu des déclarations qu'elle a faites devant le procureur de la République ; que, par suite, le juge d'instruction qui a décerné un mandat d'amener ou un mandat d'arrêt conserve la maîtrise de son exécution pendant tout le temps nécessaire à la présentation devant lui de la personne arrêtée ; que, dès lors, le grief tiré de ce que la privation de liberté nécessaire à l'exécution du mandat échapperait à l'intervention d'un magistrat du siège doit être écarté ». L'intervention obligatoire du juge indépendant, pour prolonger la privation de liberté du suspect au-delà de quarante-huit heures, appliquée en garde à vue [v. *infra*, n° 728 et s.] et pas au mandat, concerne donc uniquement la détention pour les nécessités de l'enquête.

⁶³² V. l'art. 134 CPP pour l'arrestation en exécution des mandats du juge d'instruction, celle en exécution d'une demande d'extradition et celle en exécution d'un mandat d'arrêt européen, ou les art. 70 et 77-4 CPP pour les mandats de recherche au stade de l'enquête.

⁶³³ V. sur la question, H. VLAMYNCK, « Le policier et le principe de l'inviolabilité du domicile » ; *AJP*, 2011, p. 352.

⁶³⁴ Art. 56 CPP.

⁶³⁵ V. pour leur liste, H. VLAMYNCK, *op. cit.*

⁶³⁶ En flagrance, le juge des libertés et de la détention autorise la perquisition en dehors des heures légales, sans limitation [art. 706-89 CPP]. Pour l'enquête préliminaire, la perquisition hors des heures légales est aussi soumise à l'accord du juge des libertés et de la détention, mais ne peut concerner les locaux d'habitation [art. 706-90 CPP]. En cas d'information judiciaire, le juge d'instruction est compétent, mais ses pouvoirs sont limités concernant les locaux d'habitation [art. 706-91 CPP].

⁶³⁷ Art. 76 CPP.

⁶³⁸ À la rigueur, l'article 706-91 3° du Code pénal permet la perquisition, sur l'autorisation du juge d'instruction, en matière de criminalité organisée, en dehors des heures légales, dans un local d'habitation, « *lorsqu'il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'une ou plusieurs personnes se trouvant dans les locaux où la perquisition doit avoir lieu sont en train de commettre des crimes ou des délits entrant dans le champ d'application de l'article 706-73* », cas qui semble inclure expressément l'arrestation.

⁶³⁹ Art. 56 CPP. La perquisition vise l'obtention de « *la preuve [...] par la saisie des papiers, documents, données informatiques ou autres objets en la possession des personnes qui paraissent avoir participé au crime ou détenir des pièces, informations ou objets relatifs aux faits incriminés* »

⁶⁴⁰ Le Code de procédure pénale prohibe expressément le détournement des perquisitions dérogatoires, mais admet la validité des procédures incidentes si les « *opérations révèlent des infractions autres que celles visées* » [v. l'art. 706-93 CPP].

base légale en enquête préliminaire du pouvoir propre d'arrestation⁶⁴¹ et montre plus largement le défaut de légalité du droit français pour la capture du suspect.

177. La Cour européenne des droits de l'Homme a récemment accru son contrôle de l'arrestation⁶⁴², pour celle du suspect, réalisée à son domicile, par des forces d'intervention spécialisées⁶⁴³, dès l'ouverture des heures légales⁶⁴⁴. La Cour contrôlait l'arrestation sous l'angle de l'article 3⁶⁴⁵, laissant toujours aux États une large marge d'appréciation pour choisir le moyen de priver de liberté⁶⁴⁶, rejetant le contrôle de l'arrestation sur le fondement de l'article 5⁶⁴⁷, sauf le principe de loyauté⁶⁴⁸. Pour constituer une violation de l'article 3, la capture du suspect est donc soumise aux conditions classiques de la qualification du traitement inhumain et dégradant et suppose de caractériser un usage disproportionné de la force⁶⁴⁹ et l'infliction de souffrances dépassant le seuil de l'article 3⁶⁵⁰. En l'espèce, l'appréciation souple de la Cour permettait de caractériser la violation de l'article 3 concernant le suspect, mais aussi pour sa femme et ses deux jeunes filles, qui avaient assisté à l'arrestation. Un élément déterminant de la violation résidait dans « *l'absence d'un contrôle judiciaire préalable* »⁶⁵¹. L'exigence du contrôle judiciaire préalable, *a priori*

⁶⁴¹ Que la perquisition ait eu lieu avec l'assentiment de la personne, ou dans le cas inverse, sur autorisation du juge des libertés et de la détention. En pratique, le placement en garde à vue est parfois réalisé simultanément à la perquisition forcée [v. par ex. les faits de Cass. crim., 6 nov. 2013, n° 12-87.130 : à paraître au *Bulletin*].

⁶⁴² CEDH, sect. IV, 15 oct. 2013, *Gutsanovi c. Bulgarie*, req. n° 34529/10 ; *D.*, actu., 30 oct. 2013, obs. O. BACHELET.

⁶⁴³ Les forces de police, pour partie, étaient cagoulées et lourdement armées.

⁶⁴⁴ En l'espèce à 6 h 30, avant la levée du soleil, selon les précisions de la Cour.

⁶⁴⁵ Son contrôle principal de l'arrestation est déjà réalisé sur ce fondement, concernant l'appréciation de la nécessité et de la proportionnalité de la force employée durant la capture [v., pour un exemple de violation, CEDH, sect. V, 3 nov. 2013, *Douet c. France*, req. n° 16705/10].

⁶⁴⁶ V. *supra*, n° 29 et s.

⁶⁴⁷ Si la Cour, dans une affaire, a pu tenir compte de la disproportion des modalités de l'arrestation, aussi bien quant à l'usage des menottes, qu'au regard même de l'usage de la force, dans son contrôle de la proportionnalité concrète d'une détention, celle-ci, indépendamment de ces circonstances, violait l'article 5 [CEDH, sect. III, 20 avr. 2010, *C. B. c. Roumanie*, req. n° 21207/03].

⁶⁴⁸ V. *infra*, n° 219 et s.

⁶⁴⁹ La Cour notait le défaut d'urgence, pour une enquête ouverte depuis cinq mois, et le domaine de délinquance, des infractions non-violentes en l'espèce, pour relativiser l'utilité du dispositif policier déployé [*Gutsanovi* : *préc* ; § 128]. Au regard notamment de la personnalité du suspect, membre du Conseil municipal, la Cour réfutait que la possession par l'individu d'une arme à feu à son domicile suffise à justifier ces conditions d'arrestation [*ibid.*, § 130]. La Cour notait aussi que la présence de la femme et des jeunes enfants [7 et 10 ans] du suspect, n'avait jamais été prise en compte dans la planification de l'opération [*ibid.*].

⁶⁵⁰ L'arrêt baissait largement cette exigence, en notant que le suspect n'avait pas été physiquement blessé, en se contentant de la preuve que les deux fillettes et la femme avaient été « *fortement affectées* » psychologiquement [*ibid.*, § 134] et en accueillant la violation à l'égard du suspect, sans que celui-ci n'ait ramené « *des preuves médicales* » [§ 135].

⁶⁵¹ *Ibid.*, § 133. Ce défaut servait, sur le volet lié à l'arrestation, à constater une violation de l'article 3 et sur le volet lié à la perquisition, à constater une violation de l'article 8 [*ibid.*, § 217 et s.].

indépendant⁶⁵², était justifiée en l'espèce par la présence de la famille du suspect au domicile⁶⁵³. Dès lors que le droit français comprend plusieurs cas d'arrestations au domicile, permises sans autorisation préalable du juge judiciaire, lorsqu'elle a lieu durant les heures légales, en dehors de la flagrance⁶⁵⁴, l'arrêt pourrait avoir une portée réelle, d'autant plus si la Cour poursuit cette jurisprudence pour consacrer un véritable mandat d'arrestation.

178. L'officier de police judiciaire : le gardien du placement en privation de liberté de police. Dépourvu du monopole de la capture, même en matière de police judiciaire, la loi fait de l'officier de police judiciaire le contrôleur de la capture réalisée par l'agent de police de grade inférieur⁶⁵⁵ et l'autorité compétente pour décider de la poursuite de la privation de liberté par le placement en détention⁶⁵⁶. Cette dernière compétence, pour l'arrestation de police judiciaire, apparaît même comme la condition de la validation du pouvoir d'arrestation confié à un agent inférieur, celui-ci devant « être mis à disposition » de l'officier de police judiciaire⁶⁵⁷ et lui rendre compte « dans le plus bref délai possible »⁶⁵⁸.

⁶⁵² La Convention renvoie à l'article 5 § 1^{er}-c) à la notion d'« autorité judiciaire » ou à l'article 5 § 3 à la notion de « fonction judiciaire », qualifications soumises par la Cour à l'indépendance de l'organe à l'égard de l'exécutif et des parties [v., par ex., *Moulin : préc.*].

⁶⁵³ Celle-ci imposait la réalisation d'un contrôle *a priori* de la proportionnalité de l'intervention policière, au sens de la confrontation du gain obtenu par les opérations aux atteintes portées aux différents droits des personnes présentes.

⁶⁵⁴ Qu'il s'agisse de l'arrestation au domicile sur mandat de recherche du magistrat du parquet, ou de la comparution forcée de toute personne sur autorisation du magistrat du parquet. Quant à la flagrance, l'arrestation au domicile du suspect pourrait plus aisément se justifier au regard de l'urgence.

⁶⁵⁵ Sauf ordre de l'autorité judiciaire.

⁶⁵⁶ La personne arrêtée pour vérification d'identité doit être présentée « immédiatement à un officier de police judiciaire ». Concernant les adjoints de police judiciaire uniquement habilités à constater des contraventions, ils doivent « [rendre] compte immédiatement » du refus de la personne verbalisée de donner son identité à l'officier de police judiciaire « qui peut alors lui ordonner sans délai de lui présenter sur-le-champ le contrevenant » [art. 78-6 CPP]. Concernant l'arrestation de la personne sous contrôle judiciaire, suspectée d'avoir violé les obligations de son contrôle, l'officier de police judiciaire, sans que le texte ne précise les modalités de son information, décidera du maintien en rétention de l'individu pendant vingt-quatre heures [art. 141-4 CPP]. Le même dispositif s'applique à l'arrestation de la personne placée sous le contrôle du juge d'application des peines et soupçonnée d'avoir violé les obligations auxquelles elle était soumise [art. 712-16-3 CPP]. L'étranger refusant ou ne pouvant justifier de son titre de séjour « peut être conduit dans un local de police ou de gendarmerie et y être retenu par un officier de police judiciaire de la police nationale ou de la gendarmerie nationale aux fins de vérification de son droit de circulation ou de séjour sur le territoire français » [art. L. 611-1-1 CESEDA]. Enfin, le suspect arrêté en flagrance par toute personne doit être remis à « l'officier de police judiciaire le plus proche », qui décidera du placement en garde à vue [art. 73 CPP]. Pour comparaison, la loi donne compétence à l'agent des douanes pour arrêter [la flagrance justifie alors cette compétence large] mais aussi pour placer en retenue douanière, sans autre précision [art. 323-1 du Code des douanes]. À l'inverse, des distinctions sont réalisées entre les agents des douanes pour d'autres pouvoirs, notamment concernant les visites [v. art. 63 *ter* et s. du Code des douanes]. Ce système n'a pas fait l'objet de commentaire du Conseil constitutionnel lors de son examen de l'article 323 du Code des douanes [Cons. const., déc. n° 2010-32 QPC du 22 sept. 2010, [M. Samir M. et autres] : *J. O.*, 23 sept. 2010, p. 17291 ; *RSC*, 2011, p. 139, obs. A. GIUDICELLI ; *RSC*, 2011, p. 165, obs. B. DE LAMY].

⁶⁵⁷ Dans un premier temps de sa jurisprudence, le Conseil constitutionnel se contentait de noter le contrôle immédiat de l'officier de police judiciaire, ajoutant la garantie aux autres prévues par la loi, pour valider [v. par ex. pour la présentation immédiate de la personne faisant l'objet d'une vérification d'identité à l'officier de police judiciaire, Cons. const., déc. n° 80-127 DC des 19 et 20 janv. 1981 relative à la loi renforçant la sécurité et

La garantie reste de toute manière relative, du fait de l'élargissement des conditions permettant d'obtenir la qualité d'officier de police judiciaire, souligné par le Conseil lui-même pour justifier son contrôle *a posteriori* de la garde à vue⁶⁵⁹. Finalement, seule la retenue judiciaire du mineur de moins de treize ans constitue un cas de placement en privation de liberté de police qui nécessite l'autorisation préalable d'un magistrat de l'autorité judiciaire⁶⁶⁰, sans réserve exclusive, même pour ce cas, au juge judiciaire. La légèreté de l'encadrement de la privation de liberté de police se retrouve concernant l'adoption du titre administratif de privation de liberté.

protégeant la liberté des personnes : *J. O.*, 22 janv. 1981, p. 308]. Une décision admettait la constitutionnalité de la réalisation d'actes d'enquêtes par des « *agents habilités* », à la condition que ceux-ci ne disposent « *d'aucune possibilité de contrainte matérielle et ne peuvent procéder à aucune perquisition ou saisie* » [Cons. const., déc. n° 87-240 DC du 19 janv. 1988 relative à la loi sur les bourses de valeurs : *J. O.*, 21 janv. 1988, p. 1024 ; consid. n° 5]. Le Conseil constitutionnel a fini par consacrer le rôle de l'officier de police judiciaire de gardien de l'arrestation réalisée au cours d'une opération de police judiciaire, en refusant que l'agent, dépendant par son statut des autorités communales de police administrative et ne pouvant pour cette raison être « *mis à la disposition des officiers de police judiciaire* », puisse réaliser un contrôle d'identité judiciaire, sur le fondement de l'article 66 de la Constitution [déc. n° 2011-625 DC du 10 mars 2011 : *préc.* ; cons. n° 60].

⁶⁵⁸ Déc. n° 2011-625 DC du 10 mars 2011 : *préc.* ; cons. n° 47]. Le Conseil constitutionnel était saisi de la rétention du contrevenant à la police des transports ferroviaires ou guidés, qui refuse de donner son identité ou est incapable de la prouver, dans l'attente de l'information de l'officier de police judiciaire et de la décision de celui-ci pour décider du placement en rétention aux fins de vérification d'identité [lecture combinée des art. 529-4 CPP et L. 2241-2 du Code des transports]. L'agent contrôleur dispose bien d'un pouvoir d'arrestation [la loi rappelle que « *le contrevenant est tenu de demeurer à la disposition [de l'] agent* »]. Le Conseil constitutionnel avait donc l'occasion de consacrer les principes procéduraux devant guider l'arrestation spontanée. Si le Conseil constitutionnel admettait que la rétention aux mains de l'agent de police judiciaire de rang inférieur ne puisse en aucun cas dépasser « *le plus bref délai possible* », sans être contrôlée par l'officier de police judiciaire, c'était sans poser plus de précision.

⁶⁵⁹ Cons. const., déc. n° 2010-14/22 QPC du 30 juil. 2010, [M. W.] : *J. O.*, 31 juil. 2010, p. 14198 ; *RTD civ.*, 2010 p. 513, obs. P. PUIG ; *RSC*, 2011, p. 139, obs. A. GIUDICELLI ; *D.*, 2010, p. 2254, obs. J. PRADEL ; *AJP*, 2010, p. 470, comm. J.-B. PERRIER ; *Constitutions*, 2010, p. 571, comm. E. DAOUD et E. MERCINIER ; *RSC*, 2011, p. 165, obs. B. DE LAMY ; consid. n° 19 : « *considérant, en outre, que, dans sa rédaction résultant des lois du 28 juillet 1978 et 18 novembre 1985 susvisées, l'article 16 du Code de procédure pénale fixait une liste restreinte de personnes ayant la qualité d'officier de police judiciaire, seules habilitées à décider du placement d'une personne en garde à vue ; que cet article a été modifié par l'article 2 de la loi du 1^{er} février 1994, l'article 53 de la loi du 8 février 1995, l'article 20 de la loi du 22 juillet 1996, la loi du 18 novembre 1998, l'article 8 de la loi du 18 mars 2003 et l'article 16 de la loi du 23 janvier 2006 susvisées ; que ces modifications ont conduit à une réduction des exigences conditionnant l'attribution de la qualité d'officier de police judiciaire aux fonctionnaires de la police nationale et aux militaires de la gendarmerie nationale ; que, entre 1993 et 2009, le nombre de ces fonctionnaires civils et militaires ayant la qualité d'officier de police judiciaire est passé de 25.000 à 53.000* ».

⁶⁶⁰ Cons. const., déc. n° 93-326 DC du 11 août 1993 portant sur la loi modifiant la loi n° 93-2 du 4 janv. 1993 portant réforme du Code de procédure pénale : *J. O.*, 15 août 1993, p. 11599 ; *RFD const.*, 1993, p. 848, note TH. RENOUX ; consid. n° 29. – Cons. const., déc. n° 2002-461 DC du 29 août 2002 relative à la loi d'orientation et de programmation pour la justice : *J. O.*, 10 sept. 2002, p. 14953 ; *RSC*, 2003, p. 606 et p. 612, comm. V. BÜCK ; *D.*, 2003, p. 1127, obs. L. DOMINGO et S. NICOT ; consid. n° 35]. Le Conseil constitutionnel se fondait sur l'article 9 de la Déclaration des droits de l'Homme, proclamant la présomption d'innocence et prohibant toute rigueur qui ne serait pas nécessaire. La réserve de compétence se réfère bien à la rétention du mineur, si bien que l'arrestation, sur le fondement de l'article 73, reste de la compétence de l'enquêteur, seule le maintien en rétention étant soumis à l'accord du magistrat de l'autorité judiciaire.

b. *L'encadrement léger du titre administratif de détention*

179. **L'application inachevée du droit commun.** Aucun principe constitutionnel, en dehors du domaine de la sanction, ne soumet l'adoption des « *décisions exécutoires émanant d'une autorité administrative* » à « *une procédure contradictoire préalable* »⁶⁶¹. Si le juge administratif a lui-même consacré les droits de la défense comme un principe général du droit s'appliquant à la décision administrative portant une sanction⁶⁶², il ne les a pas étendus à la mesure de police⁶⁶³. Désormais, la loi définit le champ des droits de la défense dans la procédure d'adoption des décisions administratives et ceux-ci doivent s'appliquer aux décisions que la loi soumet à motivation⁶⁶⁴, parmi lesquelles figurent les mesures de police⁶⁶⁵. L'application d'une telle procédure contradictoire au titre administratif de privation de liberté, avant même la première intervention du juge judiciaire en *Habeas corpus*⁶⁶⁶, est bien sûr protectrice, alors que le contrôle en temps réel de l'autorité judiciaire, s'il s'applique dans l'intervalle, demeure distant⁶⁶⁷ et que l'autorité administrative doit aussi se prononcer sur le bien-fondé de la mesure⁶⁶⁸. La jurisprudence administrative semble pourtant neutraliser l'application des droits de la défense à la décision administrative

⁶⁶¹ Cons. const., déc. n° 2011-631 DC du 9 juin 2011 portant sur la loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité : *J. O.*, 17 juin 2011, p. 10306 ; *AJDA*, 2011, p. 1174, obs. M.-C. DE MONTECLER ; *Constitutions*, 2012, p. 597, obs. V. TCHEN ; consid. n° 53.

⁶⁶² CE, 5 mai 1944, *Dame Veuve Trompier-Gravier* : *Rec. CE*, p. 133.

⁶⁶³ CE, *ass.*, 16 déc. 1955, *Dame Bourokba* : *Rec. CE*, p. 590.

⁶⁶⁴ Les décisions devant donner lieu à motivation « *n'interviennent qu'après que la personne intéressée a été mise à même de présenter des observations écrites et, le cas échéant, sur sa demande, des observations orales* » et la personne doit pouvoir « *se faire assister par un conseil ou représenter par un mandataire de son choix* » [art. 24 de la loi n° 2000-321 du 12 avr. 2000 relative aux droits des citoyens dans leur relation avec les administrations : *J. O.*, 13 avr. 2000, p. 5646 ; *AJDA*, 2000, p. 471, comm. M. FERRARI ; *ibid.*, p. 545, comm. J. FERSTENBERT ; *RTD civ.*, 2000, p. 656, note J. ROCHFELD ; *D.*, 2000, p. 575, comm. J. CHEVALIER ; *RFDA*, 2000, p. 725, comm. J. ARRIGHI DE CASANOVA]. Les décisions qui doivent donner lieu à motivation sont notamment celles qui « *restreignent l'exercice des libertés publiques ou, de manière générale, constituent une mesure de police* » [art. 1^{er} et 2 de la loi n° 79-587 du 11 juil. 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public : *J. O.*, 12 juil. 1979].

⁶⁶⁵ En vertu du dispositif législatif, l'application des droits de la défense devrait concerner l'adoption de la décision d'internement d'office, de la décision de placement en rétention administrative, ou encore de la décision de maintien en zone d'attente.

⁶⁶⁶ Le système français, en matière de police administrative, permet l'entrée en privation de liberté par une privation de liberté de police, prolongée par l'adoption du titre administratif de privation de liberté, l'*Habeas corpus* intervenant ultérieurement.

⁶⁶⁷ *V. infra*, n° 615 et s.

⁶⁶⁸ CEDH, sect. V, 19 janv. 2012, *Popov c. France*, req. n°s 39472/07 et 39474/07 : *JCP*, 2012, n° 221, obs. F. SUDRE ; *Dr. famille*, 2012, comm. n° 43, note M. BRUGGEMAN ; *AJDA*, 2012, p. 1726, chron. L. BURGORGUE-LARSEN ; *D.*, 2012, p. 363, obs. C. FLEURIOT ; *ibid.*, p. 864, entretien S. SLAMA ; *ibid.*, p. 2267, chron. A. GOUTTENOIRE ; *ibid.*, 2013, p. 324, chron. K. PARROT ; *AJP*, 2012, p. 281, note S. SLAMA ; *Rev. crit. DIP*, 2012, p. 826, comm. K. PARROT. La Cour européenne des droits de l'Homme sanctionnait la privation de liberté, notamment du fait du défaut d'étude des mesures de contrôle moins attentatoires à la liberté individuelle, dès le stade de la décision administrative.

de placement en rétention administrative⁶⁶⁹. L'application des droits de la défense à la décision de l'internement d'office, sur le fondement de la loi générale, est reconnue⁶⁷⁰, sans que le juge administratif ne considère la décision d'internement incluse par principe dans les exceptions légales⁶⁷¹. En revanche, « *les mesures provisoires* »⁶⁷², permettant une détention provisoire avant la décision du préfet sur l'internement d'office, semblent échapper par principe au contradictoire, du fait de l'exception de l'urgence⁶⁷³. Quant à la décision d'admission pour un internement à la demande d'un tiers, le Conseil d'État a rappelé que celle-ci n'avait pas à être écrite selon la loi, si bien que l'obligation de motivation générale ne s'y applique pas, comme la procédure contradictoire.

180. Le défaut d'encadrement de la privation de liberté de police.

La faiblesse de l'encadrement de la privation de liberté de police rappelle la nécessité de la célérité de la première intervention du juge judiciaire en *Habeas corpus* et renforce la critique de son altération⁶⁷⁴. Le développement de la légalité matérielle pourrait aboutir au renforcement de l'encadrement du début de la privation de liberté et imposer de l'organiser en fonction de l'urgence et de la gravité de l'atteinte à la liberté individuelle. Dans ces conditions,

⁶⁶⁹ Voir CE, 26 nov. 2008, *Silidor*, n° 315441 : *Rec. CE*, p. 422 ; *AJDA*, 2009, p. 270, concl. M. GUYOMAR ; *RFDA*, 2009, p. 145, chron. C. SANTULLI : il ressort de « l'ensemble des dispositions du livre V du CESEDA et notamment de son article L. 512-1, que le législateur a entendu déterminer l'ensemble des règles de procédure administrative et contentieuse auxquelles sont soumises l'intervention et l'exécution des décisions par lesquelles l'autorité administrative signifie à l'étranger l'obligation dans laquelle il se trouve de quitter le territoire français ». L'exclusion du placement en rétention, concerné parce qu'il se situe dans le livre V, parce que sa contestation est réglée en partie par l'article L. 512-1 et parce que le juge administratif prend le soin de viser l'exécution de la décision d'éloignement, apparaît acquis. Si, en revanche, le droit commun de la contestation de la légalité administrative s'applique pour l'adoption des mesures d'éloignement spéciales [v. pour la reconduite *Shengen* de l'article L. 513-3 CESEDA, CE, réf., 24 nov. 2010, *Eddomari*, n° 344411 : *Rec. CE* ; *AJDA*, 2011, p. 804, note O. LECUCQ ; *RTD eur.*, 2011, p. 490, obs. A. BOUVERESSE ; *D.*, 2012 p. 390, chron. K. PARROT], la contestation du placement en rétention administrative reste réglée par l'article L. 512-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, sans pour autant que le recours rapide ne s'étende à la décision d'éloignement, si bien que la solution, dans cette hypothèse, quant à l'application des droits de la défense à la décision de placement en rétention, apparaît incertaine.

⁶⁷⁰ CE, 27 mai 2011, *M^{me} Kupfersteinn*, n° 330267 : *Rec. CE*, T., p. 1056 ; *AJDA*, 2011, p. 1786, concl. C. LANDAIS ; *LPA*, 23 sept. 2011, p. 8, note R. BONNEFONT. Le Conseil d'État avait refusé préalablement l'application du contradictoire à la décision administrative d'internement d'office, sur le fondement de l'article 8 du décret du 28 nov. 1983, concernant les relations entre l'administration et les usagers [*J. O.*, 3 déc. 1983, p. 3492], qui prévoyait déjà le principe du contradictoire des décisions administratives soumises à motivation, montrant déjà une réticence à ouvrir la procédure contradictoire pour les décisions administratives emportant privation de liberté [C.E., 3 mars 1995, *M. R. S.*, n° 126013 : *Rec. CE*].

⁶⁷¹ L'article 24, par exception, écarte les droits de la défense « en cas d'urgence ou de circonstances exceptionnelles », « lorsque leur mise en œuvre serait de nature à compromettre l'ordre public ou la conduite des relations internationales » et « aux décisions pour lesquelles des dispositions législatives ont instauré une procédure contradictoire particulière ».

⁶⁷² Art. L. 3213-2 CSP.

⁶⁷³ CE, 13 mars 2013, *pft police*, n° 354976 : *Rec. CE*, T. ; *JCP A*, 2013, actu., n° 291, obs. C.-A. DUBREUIL ; *AJDA*, 2013, p. 601, obs. C. BIGET.

⁶⁷⁴ V. *infra*, n° 728 et s.

la consécration supra-légale du *paquet* de droits généré par l'arrestation apparaît plus indispensable encore à la protection de la liberté individuelle durant cette phase.

2) L'encadrement déficient de la privation de liberté de police : le défaut de valeur supra-légale du *paquet* de droits générés par l'arrestation

181. **La nécessaire protection spécifique de la personne arrêtée : le *paquet* de droits généré par l'arrestation.** Par nature, l'intégrité physique de la personne se trouve menacée par l'arrestation, ne serait-ce que par la permission de l'usage de la force lors de la capture. Jusqu'à la première intervention du juge judiciaire⁶⁷⁵, la personne détenue reste sous la mainmise des autorités de police, sous le contrôle distant en temps réel de l'autorité judiciaire, et celles-ci pourraient profiter de l'isolement de la personne arrêtée et de leur situation de supériorité pour exercer des pressions. Le risque d'arbitraire est accru, dans l'attente du premier contrôle judiciaire par le juge indépendant à l'issue de la présentation devant lui du suspect. L'intégrité morale de la personne peut aussi être mise à mal par le caractère brutal de l'arrestation⁶⁷⁶. Dans une vision plus large de l'intégrité, c'est aussi les relations sociales de la personne qui peuvent être altérées par l'arrestation. L'arrestation menace d'amoinrir la capacité de la personne à se défendre contre la prolongation de la privation de liberté, transformée dans une forme plus pérenne. La création de droits subjectifs, destinés à protéger l'intégrité de la personne arrêtée⁶⁷⁷ et à assurer sa capacité à se défendre contre la privation de liberté, exigibles dès l'arrestation, participe à la sûreté et à l'encadrement de la privation de liberté de police⁶⁷⁸ : cette protection a vocation à s'imposer au législateur par le truchement de la légalité matérielle. Le législateur a en tout cas érigé, dans les différentes législations spéciales, les mêmes droits en *paquet*, générés dès l'arrestation : ceux-ci tiennent dans la notification des droits, l'information des raisons de

⁶⁷⁵ V. pour le lien entre exigence d'une intervention judiciaire indépendante et rapide et la prévention des risques de mauvais traitement, CEDH, gde ch., 29 mars 2010, *Medvedyev et autres c. France*, req. n° 3394/03 : *Rec. CEDH*, 2010 ; *D.*, 2010, p. 1386, obs. S. LAVRIC ; *ibid.*, p. 1390, note P. HENNION-JACQUET ; *ibid.*, p. 1386, note J.-F. RENUCCI ; *ibid.*, p. 952, entretien P. SPINOSI ; *ibid.*, p. 970, obs. D. REBUT ; *AJDA*, 2010, p. 648, obs. S. BRONDEL ; *RSC*, 2010, p. 685, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; § 118.

⁶⁷⁶ V. *Gutsanovi* : *préc.*

⁶⁷⁷ V. pour la consécration de l'intervention de l'avocat dans la garde à vue sur le fondement de l'article 6, en lien aussi avec la prévention des mauvais traitements, CEDH, gde ch., 27 nov. 2008, *Salduz c. Turquie*, req. n° 36391/02 : *Rec. CEDH*, 2008 ; *D.*, 2009, p. 2897, note J.-F. RENUCCI ; *AJDA*, 2009, p. 852, chron. J.-F. FLAUSS ; *JCP*, 2009, I, n° 104, chron. F. SUDRE ; *Dr. pénal*, 2009, n° 4, chron. E. DREYER ; § 54.

⁶⁷⁸ Ce phénomène le plus notable réside dans la garde à vue [voir D. GUÉRIN, « L'évolution de la notion juridique de garde à vue » ; *RPDP*, 2000, p. 16].

l'arrestation, le droit à l'assistance d'un avocat, l'examen médical et le droit de prévenir un tiers.

182. **Les étapes de la généralisation du *paquet* de droits : la diffusion du droit à l'information de la personne arrêtée.** L'étude de la loi et la mise en évidence de la récurrence des mêmes droits subjectifs générés par l'arrestation, pour des cas de privation de liberté différents, permettent de caractériser des éléments de la Théorie générale, qui s'y intègrent non pas par nature, mais par comparaison⁶⁷⁹. La conséquence première de l'établissement du *paquet* de droits généré par l'arrestation réside dans la consécration d'un droit subjectif accessoire, destiné à assurer spécifiquement l'efficacité des autres, exigible immédiatement après l'arrestation : la notification des droits. La traçabilité de ce droit permet de décrire le mouvement de la diffusion du *paquet*.

183. L'information ou la notification des droits est d'abord apparue pour la vérification d'identité en 1981 : elle apparaissait comme la contrepartie de la création d'un nouveau cas de privation de liberté⁶⁸⁰. La création de la rétention administrative de l'étranger s'accompagnait aussi d'un *paquet* de droits généré par l'arrestation, dont l'information des droits⁶⁸¹. Ce mouvement de diffusion était contredit par la réforme de la retenue douanière en 1987⁶⁸², montrant une réticence du législateur à encadrer la rétention du suspect. La réforme

⁶⁷⁹ V. *supra*, n° 47.

⁶⁸⁰ La loi affirmait que la personne privée de liberté était « *avisée de ses droits dès son arrivée au local de police* » [art. 76 de la loi n° 81-82 du 2 févr. 1981 renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes : *J. O.*, 3 févr. 1981, p. 415 ; voir J. MORANGE, « Les vérifications d'identité » ; *AJDA*, 1981, p. 285]. La personne retenue bénéficiait des droits de faire prévenir sa famille, ou toute personne susceptible de confirmer son identité et de faire avertir le procureur de sa retenue. La loi de 1983, qui réforma la matière des contrôles d'identité et la codifia dans le Code de procédure pénale, reprit le principe de l'information des droits de la personne retenue [v. la loi n° 83-466 du 10 juin 1983 portant abrogation ou révision de certaines dispositions de la loi n° 81-82 du 2 févr. 1981 et complétant certaines dispositions du Code pénal et du Code de procédure pénale : *J. O.*, 11 juin 1983, p. 1755 ; *AJDA*, 1983, p. 640, chron. J. MORANGE (spéc. sur les contrôles d'identité)], en précisant que le retenu devait être « *aussitôt informé [...] de son droit de faire aviser le procureur de la République de la vérification dont il fait l'objet et de prévenir à tout moment sa famille ou toute personne de son choix* ». Cette formulation restera inchangée. Une loi de 1993 précisa la portée de cette disposition, *in fine*, en affirmant que « *les prescriptions énumérées sont imposées à peine de nullité* » [loi n° 93-1013 du 24 août 1993 modifiant la loi n° 93-2 du 4 janv. 1993 portant réforme de la procédure pénale : *J. O.*, 25 août 1993, p. 10751 ; *Gaz. Pal.*, 1993, chron., p. 388, comm. V. TURCEY ; *JCP*, 1993, I, n° 3720, p. 490, comm. F. LE GUNEHÉC ; *D.*, 1993, p. 299, comm. J. PRADEL]. Cette information est attachée directement à la privation de liberté : elle n'est pas déclenchée par la restriction à la liberté d'aller et venir du contrôle précédant la rétention, mais uniquement par celle-ci [v. Cass. crim., 7 mars 1994, n° 93-85.698 : *Bull. crim.*, n° 89 ; *D.*, 1994, p. 188, obs. J. PRADEL].

⁶⁸¹ La loi prévoyait que l'étranger retenu est « *immédiatement informé de ses droits* » [v. l'art. 7 de la loi n° 81-973 du 29 oct. 1981 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France : *J. O.*, 30 oct. 1981, p. 2970 ; *D.*, 1982, chron., n° 26, comm. N. GUIMEZANES].

⁶⁸² L'article 323 du Code des douanes alors en vigueur se contentait d'affirmer que les agents des douanes ne pouvaient « *procéder à la capture des prévenus qu'en cas de flagrant délit* », sans autre précision. Une loi de 1987 venait encadrer cette privation de liberté, dans le sens d'une meilleure protection de la liberté individuelle, sans créer de droits subjectifs [loi n° 87-502 du 8 juil. 1987 modifiant les procédures fiscales et douanières : *J. O.*, 9 juil. 1987, p. 7470]. Le régime résistait d'ailleurs pendant longtemps à l'inscription du *paquet* de droits

de 1990 du droit des aliénés aboutissait, certes plus timidement, à importer le *paquet* de droits en matière d'internement d'office⁶⁸³, celui-ci n'apparaissant plus seulement comme la contrepartie de la création d'un nouveau cas de privation de liberté, mais comme un élément indispensable à toute privation de liberté de police. Conformément au mouvement général, le paquet et l'information des droits étaient importés en matière de maintien en zone d'attente, en même temps que sa création⁶⁸⁴. L'information des droits s'est ensuite diffusée en matière de garde à vue par la loi du 4 janvier 1993⁶⁸⁵ et concernait pour la première fois la privation

général par l'arrestation [voir S. DETRAZ, « La retenue douanière des personnes : une anomalie persistante de la procédure pénale » ; *Dr. pén.*, 2010, ét. n° 4].

⁶⁸³ La loi n° 7443 du 30 juin 1838 sur les aliénés [*Rec. Duvergier*, p. 490] ne comportait pas un tel contenu [voir A. GRABOY-GROBESCO, « Les séjours psychiatriques sous contraintes et l'évolution des droits des malades » ; *AJDA*, 2004, p. 65]. L'information des droits a d'abord été consacrée au profit de l'aliéné en placement libre, à l'exclusion expresse des aliénés hospitalisés sous la contrainte, par la loi *Sécurité et liberté* de 1981 [v. J.-S. CAYLA, « Un aspect de la loi "Sécurité et liberté" : la protection de la liberté des malades hospitalisés pour troubles mentaux » ; *RDSS*, 1981, p. 245]. L'article L. 353-2 du Code de la santé publique établissait une liste de droits au profit de la personne hospitalisée avec son consentement dont celui « *d'être informée à son admission de ses droits et devoirs* ». L'article reconnaissait à la personne hospitalisée le droit d'envoyer et de recevoir du courrier, d'émettre des appels téléphoniques, de recevoir des visites, de refuser tout traitement, de consulter le médecin de son choix, de disposer de la liberté de mouvement à l'intérieur de l'établissement et de pratiquer la religion de son choix. La réforme de l'hospitalisation sous contrainte par la loi de 1990 [loi n° 90-527 du 27 juin 1990 relative aux droits et à la protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux et à leurs conditions d'hospitalisation : *J. O.*, 30 juin 1990 ; *AJDA*, 1990, comm. M. DEBÈNE, p. 871 ; *D.*, 1991, chron. n° 7, comm. G. NICOLAU ; *ibid.*, comm. M.-P. CHAMPENOIS-MARMIER et J. SANSOT ; *JCP*, 1991, I, n° 3463, comm. J.-M. AUBY ; *RTD civ.*, 1990, p. 704, obs. A. COEURET] créait l'article L. 326-3 du Code de la santé publique, commun à l'internement d'office ou à la demande d'un tiers, reconnaissant des droits à la personne internée, dont celui d'« *être informée dès l'admission et, par la suite, à sa demande, de sa situation juridique et de ses droits* ».

⁶⁸⁴ Dès sa création, ce nouveau cas de privation de liberté comportait une notification des droits, celle-ci devant même être « *immédiate* » dans le texte d'origine [v. l'art. 1^{er} de la loi n° 92-625 du 6 juil. 1992 : *préc.*].

⁶⁸⁵ Dans une langue comprise par elle, la personne privée de liberté devait être « *immédiatement* » informée des dispositions relatives à la durée de la garde à vue, de ses droits de prévenir un tiers, de bénéficier d'un examen médical et de s'entretenir avec un avocat [loi n° 93-2 du 4 janv. 1993 portant réforme de la procédure pénale : *J. O.*, 5 janv. 1993, p. 215 ; *JCP*, 1993, actu., n° 100067, note J. BOYER ; *D.*, 1993, p. 39, obs. J. PRADEL ; *RSC*, 1993, p. 238, chron. D. SALAS (spéc. sur le droit des mineurs)]. La loi du 24 août 1993 qui entendait corriger la loi précédente, n'a pas modifié cette disposition [loi n° 93-1013 du 24 août 1993 : *préc.*]. La loi du 15 juin 2000 est venue compléter la forme de l'information [loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes : *J. O.*, 16 juin 2000, p. 9038 ; *RSC*, 2000, p. 753, comm. M. GUERRIN (spéc. sur les nullités) ; *ibid.*, p. 887, comm. P. PONCELA (spéc. sur l'aménagement des peines) ; *ibid.*, 2001, p. 7, comm. CH. LAZERGES ; *ibid.*, p. 25, comm. J. BUISSON (spéc. sur la garde à vue) ; *ibid.*, p. 51, comm. M. LEMONDE (spéc. sur le juge des libertés et de la détention) ; *ibid.*, p. 55, comm. B. BOULOC (spéc. sur les durées de procédure) ; *ibid.*, p. 43, comm. A. GIUDICELLI (spéc. sur le mis en examen et le témoin assisté) ; *ibid.*, p. 71, note B. ADER ; *ibid.*, p. 83, obs. H. TEMINE ; *ibid.*, p. 87, comm. M. É. CARTIER (spéc. sur la judiciarisation de l'aménagement des peines) ; *ibid.*, p. 107, comm. A. D'HAUTEVILLE (spéc. sur les droits des victimes) ; *ibid.*, p. 117, comm. D. N. COMMARET (spéc. sur l'indemnisation de la détention provisoire) ; *ibid.*, p. 123, comm. F. MASSIAS (spéc. sur le réexamen des condamnations pénales) ; *ibid.*, p. 193 et p. 619, chron. B. BOULOC ; *ibid.*, p. 593, comm. CH. CARDET (spéc. sur le contrôle judiciaire) ; *ibid.*, 2002, p. 134, comm. B. BOULOC (spéc. sur la détention provisoire) ; *D.*, 2000, p. 737, note S.-A. DUBERNAT (spéc. sur la présomption d'innocence) ; *D.*, 2001, p. 1039, comm. J. PRADEL ; *Dr. pén.*, 2000, chron. n° 39, comm. A. DORSNER-DOLIVET (spéc. sur la détention provisoire)]. Elle imposait l'information d'une personne sourde ne sachant ni lire ni écrire par l'intermédiaire d'un interprète maîtrisant un mode de communication adapté. La loi ajoutait à l'information une nouvelle composante : la mention de « *la nature de l'infraction sur laquelle porte l'enquête* ». L'information des droits était organisée avant même la

de liberté du suspect⁶⁸⁶, finissant de généraliser le *paquet*. À la différence de l'exercice d'autres droits du *paquet*, la notification est d'autant plus forte qu'elle n'est jamais reportée dans le droit dérogatoire de la garde à vue⁶⁸⁷. Les autres régimes privatifs de liberté du suspect, créés ou réformés depuis, reprennent les dispositions de la garde à vue par renvoi, celles-ci servant au législateur comme un véritable patron⁶⁸⁸. D'autres régimes privatifs de liberté, sans bénéficier de la notification des droits, sont concernés par certains droits accordés

consécration partielle de l'information des raisons de la privation de liberté. Elle ajoutait également l'information du « *droit de ne pas répondre aux questions qui lui seront posées par les enquêteurs* », ainsi que celui de connaître les suites de la procédure dans certaines hypothèses. Une loi ultérieure modifiait de nouveau ces dispositions [loi n° 2002-307 du 4 mars 2002 complétant la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la présomption d'innocence et les droits des victimes : *J. O.*, 5 mars 2002 ; v. F. TAQUET, « Les règles en matière de garde à vue issues de la loi n° 2002-516 du 4 mars 2002 ou l'art de réformer une réforme » ; *Gaz. Pal.*, 2002, chron., p. 1205]. La formulation du droit de se taire était modifiée, la personne étant informée qu'elle « *a le choix de faire des déclarations, de répondre aux questions qui lui seront posées ou de se taire* ». L'information sur le cours de la procédure était quant à elle limitée et déplacée à la fin de la garde à vue. Plus tard, une nouvelle loi supprimait toute information relative au droit de se taire, sans altérer la notification des droits [loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure : *J. O.*, 19 mars 2003]. Le dispositif législatif était une nouvelle fois modifié concernant la forme de l'information, en permettant l'information des étrangers par des formulaires écrits [loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité : *J. O.*, 10 mars 2004, p. 4567 ; *D.*, 2004, p. 1910, comm. B. DE LAMY ; *JCP*, 2004, I, n° 132 et 134, comm. J. PRADEL ; *RSC*, 2004, p. 675, obs. B. BOULOC ; *AJP*, 2004, p. 235, note D. MIEN et J.-F. BARRE (spéc. sur les droits de la défense) ; *AJP*, 2004, p. 181, note É. VERGÈS (spéc. sur la notion de criminalité organisée) ; *AJP*, 2004, p. 261, comm. A. GIUDICELLI (spéc. sur la garde à vue) ; *AJP*, 2004, p. 228, note M. SCHWENDENER (spéc. sur les pouvoirs d'enquête) ; *D.*, 2004, p. 2589, M. GIACOPELLI (spéc. sur l'aménagement des peines) ; *JCP*, 2004, I, n° 140, note P. BONFILS (spéc. sur le droit des mineurs)].

⁶⁸⁶ L'article 63-1 du Code de procédure pénale organisant l'information des droits de la privation de liberté était modifié à cinq reprises en moins de onze ans sans porter directement cependant sur le principe l'information des droits de la personne privée de liberté et tenaient pour l'essentiel au droit de se taire, droit directement lié aux droits de la défense plutôt que rattaché à la privation de liberté.

⁶⁸⁷ V. les anciens art. 706-29 et 706-23 CPP concernant les infractions en matière de trafic de stupéfiants ou de terrorisme. V. désormais pour le régime unifié des gardes à vue dérogatoires, art. 706-88 CPP.

⁶⁸⁸ La personne arrêtée en vertu d'un mandat d'arrêt européen doit, dans un délai de quarante-huit heures, être présentée devant le procureur général territorialement compétent. Durant cette période, les dispositions des articles 63-1 à 63-5 du Code de procédure pénale lui sont applicables [art. 695-27 CPP issu de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 : *préc.*]. De la même manière, la personne arrêtée en vue d'une remise à la Cour pénale internationale doit être présentée dans les vingt-quatre heures au procureur de la République. Dans cet intervalle s'appliquent également les articles 63-1 et 63-5 du Code de procédure pénale [art. 627-5 CPP créé par la loi n° 2002-268 du 26 févr. 2002 relative à la coopération avec la Cour pénale internationale : *J. O.*, 27 févr. 2002]. La personne arrêtée pour vérification de sa situation pénale peut également être retenue pendant vingt-quatre heures, afin de vérifier son identité, sa situation pénale ou sa situation personnelle [art. 716-5 CPP créé par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 : *préc.*]. La disposition prévoit que la personne est « *immédiatement avisée* » de plusieurs droits et renvoie pour le reste aux dispositions de la garde à vue. D'anciens cas de privation de liberté plus anciens ont aussi bénéficié de l'intégration du *paquet* par renvoi à la garde à vue. La personne appréhendée en vertu d'une demande d'extradition doit être déférée dans les vingt-quatre heures devant le procureur territorialement compétent. Désormais, il bénéficie durant cette privation de liberté des mêmes garanties que la personne gardée à vue par renvoi aux articles 63-1 à 63-5 du Code de procédure pénale [art. 696-10 CPP créé par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 : *préc.*]. Si la garde à vue est permise pour « *les nécessités de l'enquête* », les autres retenues, qui bénéficient de la même information, sont organisées pour permettre une comparution devant un magistrat, montrant que le *paquet* est généré par l'atteinte à la liberté individuelle, et non pour la seule défense pénale. V. sur les évolutions législatives du droit de la garde, et la construction de ce patron, J. LEROY, *La garde à vue après la réforme*, Lexisnexis, 2011, 114 p.

du *paquet* de la garde à vue par renvoi⁶⁸⁹. La création nouvelle de la retenue pour vérification du séjour aboutissait, dans un phénomène bien connu désormais, à consacrer un *paquet* de droits à l'étranger arrêté, dont la notification des droits⁶⁹⁰. Le contenu de la notification des droits elle-même permet de renseigner sur les autres éléments du *paquet* : information des raisons de l'arrestation, droit de faire prévenir un tiers de l'arrestation, droit à l'assistance d'un avocat et examen médical.

184. **Le seul élément⁶⁹¹ du *paquet*⁶⁹² de valeur supra-légale⁶⁹³ : l'information de la personne « dans le plus court délai et dans une langue qu'elle comprend, des raisons de son arrestation ».** L'information des raisons de l'arrestation est une garantie supra-légale qui figure à l'article 9-2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques⁶⁹⁴ et à l'article 5 § 2 de la Convention européenne des droits de l'Homme⁶⁹⁵, dans

⁶⁸⁹ C'est le cas de la rétention fondée sur un mandat d'amener ou sur un mandat d'arrêt depuis la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 [préc.]. La personne privée de liberté bénéficie dans les deux cas des droits de faire prévenir un proche et de bénéficier d'un examen médical, par renvoi aux dispositions de la garde à vue [art. 133-1 CPP]. De la même manière, la rétention aux fins de défèrement après garde à vue est dotée, par renvoi aux dispositions de la garde à vue, de certains droits du *paquet* [art. 803-3 CPP, créé par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 : préc.].

⁶⁹⁰ Art. L. 611-1-1 CESEDA créé par la loi n° 2012-1560 du 31 déc. 2012 relative à la retenue pour vérification du droit au séjour et modifiant le délit d'aide au séjour irrégulier pour en exclure les actions humanitaires et désintéressées : *J. O.*, 1^{er} janv. 2013, p. 48 ; *AJP*, 2013, p. 8, comm. R. PARIZOT ; *RSC*, 2013, p. 421, note N. CATELAN ; *Gaz. Pal.*, 12 mars 2013, comm. L. ROBERT et P. GAGNOUD ; *JCP*, 2013, n° 74, obs. N. GUIMEZANES ; *Procédures*, 2013, comm. n° 52, obs. J. BUISSON ; *Dr. admin.*, 2013, comm. n° 23, note V. TCHEN.

⁶⁹¹ Si l'information des raisons de l'arrestation est bien le seul élément du *paquet* à valeur supra-légale reconnu pour toute personne arrêtée, l'étranger bénéficie d'un droit de valeur supra-légale spécifique à lui, mais applicable à toute privation de liberté : il a le droit de pouvoir faire prévenir les autorités consulaires de son pays de son arrestation [v. l'article 36 b) de la Convention de Vienne sur les relations consulaires du 24 avr. 1963 : « si l'intéressé en fait la demande, les autorités compétentes de l'État de résidence doivent avertir sans retard le poste consulaire de l'État d'envoi lorsque, dans sa circonscription consulaire, un ressortissant de cet État est arrêté, incarcéré ou mis en état de détention préventive ou toute autre forme de détention » [v. *infra*, n° 225].

⁶⁹² Les éléments du *paquet* définis précédemment tiennent dans l'information des raisons de l'arrestation, dans la notification des droits, dans le droit à l'assistance d'un avocat, dans le droit à un examen médical et dans le droit de prévenir un tiers de l'arrestation.

⁶⁹³ Si l'assistance de l'avocat du suspect en garde à vue a valeur supra-légale, elle ne se fonde pas sur la protection de la liberté individuelle, mais sur l'application des droits de la défense pénale : en conséquence, sa reconnaissance fondamentale ne dépasse pas l'arrestation du suspect [v. *infra*, n° 284 et s.]. Quant à la Directive européenne du 22 mai 2012, si elle oblige à une notification des droits au profit du suspect arrêté ou détenu, et si les éléments à notifier consacrent implicitement, au niveau supra-légal, l'existence d'un *paquet* spécial au suspect constitué du droit du suspect à l'information des raisons de l'arrestation [art. 4 de la Directive n° 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales], du droit à « l'assistance de l'avocat » [art. 3 § 1^{er}-a de la Directive], du droit « d'informer les autorités consulaires et un tiers » [art. 3 § 2-b) de la Directive], et du droit « d'accès à une assistance médicale d'urgence » [art. 3 § 2-b) de la Directive], une large marge d'appréciation est laissée aux États pour les organiser [l'article 3 de la Directive renvoie à ces droits « tels qu'ils s'appliquent dans le droit national »].

⁶⁹⁴ « Tout individu arrêté sera informé, au moment de son arrestation, des raisons de cette arrestation et recevra notification, dans le plus court délai, de toute accusation portée contre lui ».

⁶⁹⁵ « Toute personne arrêtée doit être informée, dans le plus court délai et dans une langue qu'elle comprend, des raisons de son arrestation et de toute accusation portée contre elle ».

des termes presque similaires. Le droit est formulé dans un contexte pénal, puisque les deux textes évoquent à la fois l'information des « *raisons* » de l'arrestation et « *de toute accusation portée contre elle* », l'interprétation cumulative des deux critères limitant la garantie à l'arrestation pénale⁶⁹⁶. La Cour européenne a toutefois généralisé cette garantie à l'ensemble des cas de privation de liberté prévus par la Convention⁶⁹⁷, consacrant une vision étendue de l'arrestation⁶⁹⁸, en se fondant sur l'interprétation large des garanties de la Convention fondée sur l'objectif de la lutte contre l'arbitraire⁶⁹⁹ et l'efficacité du recours de l'article 5 § 4 en contestation de la légalité de la privation de liberté⁷⁰⁰, dont l'information des raisons de l'arrestation est un préalable⁷⁰¹. L'application de l'information des raisons de l'arrestation hors de la matière pénale⁷⁰² la détache définitivement des droits de la défense, pour la relier à la théorie générale des droits de la personne privée de liberté, et sa célérité, « *dans le plus court délai* », rappelle que l'information doit être donnée dès le début de la privation de liberté⁷⁰³. Dès lors, la consécration nationale du droit n'est pas utile à son application⁷⁰⁴, sauf

⁶⁹⁶ Dans un premier temps, la Commission semblait d'ailleurs limiter la garantie au domaine pénal et reliait la garantie aux droits de la défense [Comm.EDH, 13 déc. 1978, *X. c. RFA*, req. n° 8098/77 : *D. R.*, n° 16, p. 116 : « *la personne arrêtée [...] doit être suffisamment renseignée sur les faits et les éléments de preuve qui servent à justifier la décision de détention. Elle doit notamment être en mesure de reconnaître ou de nier l'infraction dont elle est soupçonnée* »].

⁶⁹⁷ CEDH, 21 févr. 1992, *Van der Leer c. Pays-Bas*, req. n° 11509/85 : *Rec. CEDH*, série A, n° 170-A ; § 27. Si elle concède que les termes de l'article 5 § 2 ont une « *connotation pénale* », elle recourt, pour déterminer le sens de ces termes, à « *une interprétation autonome, conforme en particulier à l'objet et au but de l'article 5 : protéger toute personne contre les privations arbitraires de liberté* ». La Cour poursuit en affirmant que la mention à la notion d'accusation est une éventualité prévue par le texte et non une condition d'application.

⁶⁹⁸ V. *supra*, n° 29 et s.

⁶⁹⁹ Le recours à l'interprétation téléologique est d'autant plus logique dans ce cas que l'utilisation des termes d'arrestation ou de détention dans l'article 5 § 1^{er} n'apparaît pas toujours claire [v. *supra*, n° 28 et s.]. Des arguments textuels valident ce raisonnement. Le droit de l'information des raisons de l'arrestation n'est pas inscrit dans le troisième paragraphe de l'article 5, seul paragraphe qui concerne un cas unique de privation de liberté, celle du suspect, alors que tous les autres paragraphes ont une portée générale. Le texte de la Convention lui-même ne limite pas le terme de l'arrestation à la prise du corps du suspect. En effet, la Convention vise spécialement les personnes « *arrêtées [...] dans les conditions prévues au paragraphe 1. c* », cette précision supplémentaire laissant supposer que ses auteurs ne limitaient pas à cette seule hypothèse l'arrestation. Surtout, la Convention européenne emploie également le terme d'arrestation dans les articles 5 § 1^{er}-f) et 5 § 1^{er}-b) qui ne répertorient pas uniquement des détentions pénales.

⁷⁰⁰ « *Toute personne privée de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal, afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale.* »

⁷⁰¹ *Van der Leer* : *préc.* ; § 28 : la Cour estime ainsi que « *quiconque a le droit d'introduire un recours en vue d'une décision rapide sur la légalité de sa détention, ne peut s'en prévaloir efficacement si on ne lui révèle pas dans le plus court délai, et à un degré suffisant, les raisons pour lesquelles on l'a privé de sa liberté* ». La consécration jurisprudentielle de cette interprétation large est d'autant plus remarquable qu'elle concernait le domaine de l'internement des aliénés, domaine dans lequel l'information se pose avec moins de pertinence, dès lors que la personne privée de liberté n'est pas forcément en l'état de la comprendre.

⁷⁰² En matière pénale, l'information des raisons de l'arrestation pourrait sans doute se fonder également sur l'article 6 de la Convention [Comm.EDH, 4 avr. 1990, *Meersman et Depyere c. Belgique*, req. n° 13908/88].

⁷⁰³ Cependant, la Cour européenne des droits de l'Homme interprète avec souplesse la célérité [v. *infra*, n° 264].

⁷⁰⁴ C'est sur ce fondement que la première chambre d'accusation de Paris a exigé, dans le contentieux de l'extradition, un complément d'information à l'État demandeur portant sur les infractions reprochées à l'individu

à consacrer une information plus rapide⁷⁰⁵. En revanche, le défaut de valeur supra-légale textuelle des autres droits du *paquet* interdit de les imposer dans le silence de la loi, y compris

[CA Paris, 19 déc. 1990, *Arrospide Sarasola Santiago* : cité par R. DE GOUTTES, « Article 5 § 2 » ; in *La Convention européenne des droits de l'Homme : commentaire article par article*, sous la direction de L.-E. PETTITI et E. DECAUX, Economica, 1999, 2^e éd., p. 205]. La Cour y précise « qu'une contradiction apparaissant entre les actes produits, l'incertitude qui se dégage de leur analyse et de celle de la demande d'extradition elle-même est de nature à caractériser une violation du droit reconnu par l'article 5 § 2 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, à toute personne arrêtée, fût-ce à titre extraditionnel, d'être informée dans le plus court délai des raisons de son arrestation et de toute accusation portée contre elle, alors de plus que la peine réellement encourue ne peut être déterminée et que, comme l'allègue en l'espèce le mémoire de l'intéressé, le ministre public pourrait à tout instant de la procédure modifier le fondement légal de la poursuite et demander que d'autres qualifications pénales soient retenues ». De la même manière, la retenue douanière destinée à procéder à des examens médicaux de dépistage lorsque l'individu « transporte des produits stupéfiants dissimulés dans son organisme », même en dehors de tout cadre législatif, génère aussi le droit à l'information [Cass. crim., 30 juin 1999, n° 98-86.791 : *Bull. crim.*, n° 169 ; *Dr. pén.*, 2000, comm. n° 11, obs. A. MARON ; *RSC*, 1999, p. 843, obs. D. N. COMMARET]. La retenue douanière était aussi soumise à cette obligation avant sa réforme législative et l'inclusion du modèle de la garde à vue [Cass. crim., 23 févr. 2005, n° 01-86.922 : *Bull. crim.*, n° 71]. Même l'arrestation en flagrance de l'article 73 est soumise à l'information des raisons de l'arrestation [Cass. crim., 28 nov. 2007, n° 07-86.062 : *inédit.*]. Le juge du fond avait estimé que « dans les circonstances de l'espèce, les agents des douanes n'avaient nullement l'obligation, qui incombait au seul officier de police judiciaire lors du placement en garde à vue, d'informer les mis en cause des raisons de leur arrestation ». La Cour de cassation ne censurait pas cette décision mais s'assurait que le suspect avait bien eu connaissance des raisons de son arrestation. Le juge administratif a lui-même reconnu l'application de la garantie à l'internement de l'aliéné [v. *infra*, n° 261 et s.].

⁷⁰⁵ Les dispositions françaises ne sont pas exemptes de critiques. En matière de rétention aux fins de vérifications d'identité, un procès-verbal indiquant « les motifs qui justifient le contrôle ainsi que la vérification d'identité » doit être signé par la personne privée de liberté, sans que la loi ne précise la célérité de la formalité [art. 78-3 CPP]. Cette garantie, présente depuis la création de la privation de liberté par la loi de 1981 [loi n° 81-82 du 2 févr. 1981 renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes : *J. O.*, 3 févr. 1981, p. 415 ; voir J. MORANGE, « Les vérifications d'identité » ; *AJDA*, 1981, p. 285], figurait même parmi celles mises en avant par le Conseil constitutionnel pour valider la nouvelle privation de liberté, sans pour autant qu'il se réfère directement au principe de l'information de la personne privée de liberté [Cons. const., déc. n° 80-127 DC des 19 et 20 janv. 1981 relative à la loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes : *J. O.*, 22 janv. 1981, p. 308 ; consid. n° 59]. En revanche, l'information prévue en matière de vérification d'identité est remarquable dans son étendue, en ce qu'elle dépasse la simple raison de l'arrestation et donne les raisons du contrôle d'identité, phase précédente et nécessaire à la privation de liberté. En matière de garde à vue, c'est seulement la loi du 15 juin 2000 qui a imposé l'information à la personne gardée à vue « de la nature de l'infraction sur laquelle porte l'enquête » à l'article 63-1 du Code de procédure pénale [loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 : *préc.*] et si l'étendue de l'information apparaît limitée, la loi a toujours prévu une célérité forte, l'information devant être donnée immédiatement. La réforme de la garde à vue a permis d'étendre modérément l'information, portant désormais sur « la nature et [...] la date présumée de l'infraction qu'elle est soupçonnée d'avoir commise ou tenté de commettre » [loi n° 2011-392 du 14 avr. 2011 relative à la garde à vue : *J. O.*, 15 avr. 2011, p. 6610 ; *JCP*, 2011, n° 542, comm. H. MATSOPOULOU ; *ibid.*, 2011, n° 665, comm. J. PRADEL ; *D.*, 2011, p. 1570, comm. G. ROUJOU DE BOUBÉE ; *ibid.*, p. 1699, comm. J. ALIX ; *Dr. pén.*, 2011, chron. n° 7, comm. V. LESCLOUS ; *Gaz. Pal.*, 8 nov. 2011, note L. BRUNEAU ; *Gaz. Pal.*, 30 juil. 2013, p. 4, comm. D. ROETS et V. TELLIER-CAYROL]. En matière de maintien en zone d'attente, la décision de placement, écrite et motivée, est notifiée à l'étranger [art. L. 221-3 CESEDA]. Cette garantie était aussi présente dès la création de ce régime de privation de liberté [v. l'art. 1^{er} de la loi n° 92-625 du 6 juil. 1992 sur la zone d'attente des ports et des aéroports et portant modification de l'ord. n° 45-2658 du 2 nov. 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France : *J. O.*, 9 juil. 1992 ; *D.*, 1993 p. 225, comm. M.-C. ROUAULT ; *AJDA*, 1992, p. 656, comm. F. JULIEN-LAFERRIÈRE]. En matière de rétention administrative, la loi, dès son origine encore [loi n° 81-973 du 29 oct. 1981 : *préc.*], prévoyait la notification de la décision écrite et motivée de placement, sans précision de célérité [art. L. 551-2 du Code d'entrée et de séjour et des étrangers et du droit d'asile]. Désormais, celle-ci doit nécessairement être réalisée dès le début de la privation de liberté, puisque la notification est la condition de son applicabilité [nouvel art. L. 551-2 CESEDA tel que modifié par la loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité :

lorsqu'elle prévoit l'imputation de la durée de la première privation de liberté, dépourvue du *paquet*, sur la seconde qui lui succède, et qui est pourtant pourvue du *paquet* dès le début⁷⁰⁶. Cette solution, logique au regard des principes de la hiérarchie des normes, rappelle la faiblesse des éléments de la théorie générale établis par comparaison⁷⁰⁷ et l'intérêt de les imposer dans le standard supra-légale par la notion de la légalité matérielle, notion qui a vocation à les recevoir⁷⁰⁸. La jurisprudence, par souci d'effectivité, impose toutefois la notification du droit déclenché par l'arrestation en vertu de la loi, lorsque celle-ci n'est pas prévue⁷⁰⁹.

185. Les hésitations à consacrer les autres éléments du *paquet* de droits : la volte-face des arrêts *Medvedyev*. L'obligation pour le législateur d'accorder un *paquet* de droits protecteurs à la personne dès son arrestation, par la légalité matérielle, se trouve en

J. O., 17 juin 2011, p. 10290 ; *Rev. crit. DIP*, 2011, p. 499, comm. D. TURPIN ; *RFDA*, 2011, p. 934, comm. H. LABEYLE ; *AJDA*, 2011, p. 1936, comm. O. LECUCQ ; *RDSS*, 2011, p. 940, note F. MANANGA (spéc. sur les mineurs isolés) ; *Dr. admin.*, 2001, étu. n° 17, comm. V. TCHEN ; *JCP A*, 2011, n° 2243, comm. V. BARBÉ ; *JCP A*, 2011, n° 2304, comm. L. DOMINGO].

⁷⁰⁶ V. pour la retenue douanière, Cass. crim., 7 mars 1994, n° 93-85.698 : *Bull. crim.*, n° 89 ; *D.*, 1994, p. 188, obs. J. PRADEL. Elle a rappelé que « *l'imputation, prévue à l'article 323 du Code des douanes, de la durée de la retenue douanière sur celle de la garde à vue lui faisant suite, qui a pour seul objet de limiter la durée de la privation de liberté, est sans effet sur les régimes respectifs de chacune de ces mesures* ». La retenue douanière est désormais pourvue du même *paquet* de droits que la garde à vue. V. pour le dégrisement, Cass. crim., 9 sept. 1998, n° 98-80.662 : *Bull. crim.*, n° 229. V. pour les mandats du juge d'instruction, Cass. crim., 11 oct. 2000, n° 00-83.960 : *inédit*. Ceux-ci bénéficient aussi désormais de la consécration du *paquet*.

⁷⁰⁷ V. *supra*, n° 47.

⁷⁰⁸ La Cour européenne des droits de l'Homme définit le droit à l'information des raisons de l'arrestation comme la garantie minimale assurant la lutte contre l'arbitraire [CEDH, sect. IV, 23 juil. 2013, *M. A. c. Chypre*, req. n° 41872/10, en angl. ; § 227 : « *this is a minimum safeguard against arbitrary treatment* »], objectif pour lequel la Cour a développé ses exigences supérieures au texte de la Convention [par exemple en dégagant le principe de la loyauté dans l'arrestation – v. *infra*, n° 219 –, ou encore le contrôle de l'adaptation du lieu de détention – v. *infra*, n° 476 et s. –, ou ses exigences quant à la légalité matérielle, dans le domaine de l'internement de l'aliéné – v. *infra*, note n° 591].

⁷⁰⁹ Concernant la rétention aux fins de défèrement, la Cour de cassation a déduit de la disposition législative, reconnaissant l'application de certains droits de la garde à vue, l'obligation de les notifier, dans le silence de la loi [Cass. crim., 28 févr. 2012, n° 11-86.953 : *inédit*]. Si une telle conception permet d'assurer l'efficacité des droits, la Chambre criminelle n'allait pas jusqu'à exiger une information rapide : en l'espèce, la notification était intervenue cinq heures après le terme de la garde à vue, alors pourtant que l'effectivité des droits octroyés, notamment celui de consulter un avocat « *à tout moment* », imposait une information rapide de ceux-ci. Dans le même sens, la Cour de cassation a estimé que, même en l'absence de précision légale, la renaissance des droits au cours d'une prolongation de la privation de liberté nécessitait la notification de ceux-ci [Cass. crim., 30 janv. 2001, n° 00-87.155 : *Bull. crim.*, n° 26]. Ce principe a été rappelé concernant le droit pour l'étranger arrêté de pouvoir faire prévenir les autorités consulaires de son pays prévu par l'article 36 b) de la Convention de Vienne sur les relations consulaires du 24 avril 1963 : « *si l'intéressé en fait la demande, les autorités compétentes de l'État de résidence doivent avertir sans retard le poste consulaire de l'État d'envoi lorsque, dans sa circonscription consulaire, un ressortissant de cet État est arrêté, incarcéré ou mis en état de détention préventive ou toute autre forme de détention* ». Si le droit est bien inscrit dans la loi [art. 63-2 CPP], la notification des droits ne mentionne que la possibilité « *de faire prévenir un proche et son employeur* » [art. 63-1 CPP]. La Cour de cassation imposait toutefois la notification de ce droit au nom de l'effectivité [Cass. crim., 16 avr. 2013, n° 13-90.006 : à paraître au *Bulletin* ; *Gaz. Pal.*, 23 juil. 2013, p. 37, obs. F. FOURMENT]. Celle-ci s'imposait directement en vertu des dispositions internationales qui imposent aux autorités d'informer « *sans retard* » l'étranger de ce droit.

partie intégrée dans la jurisprudence européenne, principalement pour la détention administrative de l'étranger, sans pour autant bénéficier d'une définition précise⁷¹⁰. La Cour a tenté plus fermement de le développer pour le suspect sur le fondement de l'article 5 § 1^{er}, dans un raisonnement par conséquent extensible à tout cas de détention⁷¹¹, de nouveau sur l'exigence de la qualité de la loi : la Cour y reconnaissait au suspect, dès l'arrestation, le droit à l'assistance d'un avocat, ainsi que le droit de prévenir un tiers⁷¹², ouvrant la consécration progressive du *paquet* entier⁷¹³, dans l'attente de l'ajout de l'examen médical et de la notification des droits. La Cour consacrait même le contrôle judiciaire en temps réel de la privation de liberté, entre l'arrestation et la traduction du suspect devant le juge judiciaire en *Habeas corpus*⁷¹⁴, en exigeant même que celui-ci soit réalisé par un magistrat judiciaire indépendant⁷¹⁵, montrant une réelle ambition de mieux encadrer la privation de liberté de police. La Grande chambre, saisie de l'affaire, s'abstenait de reprendre ces apports, sans les contredire⁷¹⁶. La Cour européenne des droits de l'Homme a plus directement rejeté l'intégration du droit à l'accès de l'avocat dès l'arrestation, au sein de l'article 5 § 1^{er}(⁷¹⁷),

⁷¹⁰ Dans la décision *Amuur*, la Cour rejetait la norme, pour son défaut de qualité, qui ne permettait pas d'assurer « un accompagnement juridique, humanitaire et social » [CEDH, 25 juin 1996, *Amuur c. France*, req. n° 19776/92 : *Rec. CEDH*, 1996-III ; *RSC*, 1997, p. 457, obs. R. KOERING-JOULIN ; *D.*, 1997, p. 203, obs. S. PEREZ].

⁷¹¹ CEDH, sect. V, 10 juil. 2008, *Medvedyev et autres c. France*, req. n° 3394/03 ; *D.*, 2008, p. 3055, note P. HENNION-JACQUET ; *AJP*, 2008, p. 469, obs. C. SAAS.

⁷¹² *Ibid.*, § 61 : « la Cour considère que les normes juridiques susévoquées n'offrent pas une protection adéquate contre les atteintes arbitraires au droit à la liberté », au regard du défaut d'encadrement des « conditions de la privation de liberté [...], notamment quant aux possibilités pour les intéressés de contacter un avocat ou des proches ».

⁷¹³ La reconnaissance de ces droits ouvrait l'obligation de les notifier lors de l'arrestation, alors que la Cour européenne des droits de l'Homme a tiré de l'article 6 et du droit du suspect à l'assistance d'un avocat en garde à vue l'obligation pour les autorités nationales d'informer le suspect des modalités de ce droit [CEDH, sect. I, 11 déc. 2008, *Panovits c. Chypre*, req. n° 4268/04].

⁷¹⁴ Jusqu'alors, le contrôle en temps réel de la privation de liberté de police par l'autorité judiciaire n'était pas présent dans la jurisprudence européenne, celle-ci se contentant de vérifier la célérité de la traduction du suspect devant le magistrat indépendant de l'article 5 § 3.

⁷¹⁵ *Medvedyev*, ch. : *préc.* ; § 61 : la Cour notait que les normes juridiques ne plaçaient pas la privation de liberté « sous le contrôle d'une autorité judiciaire », le magistrat du parquet se trouvant disqualifier car « il lui manque en particulier l'indépendance à l'égard du pouvoir exécutif pour pouvoir être ainsi qualifié ». La jurisprudence constitutionnelle, qui a développé le contrôle en temps réel de la privation de liberté de police du suspect, confiée à l'autorité judiciaire, du siège ou du parquet, se trouvait en conséquence directement menacée [v. *infra*, n° 622 et s.].

⁷¹⁶ CEDH, gde ch., 29 mars 2010, *Medvedyev et autres c. France*, req. n° 3394/03 : *Rec. CEDH*, 2010 ; *D.*, 2010, p. 1386, obs. S. LAVRIC ; *ibid.*, p. 1390, note P. HENNION-JACQUET ; *ibid.*, p. 1386, note J.-F. RENUCCI ; *ibid.*, p. 952, entretien P. SPINOSI ; *ibid.*, p. 970, obs. D. REBUT ; *AJDA*, 2010, p. 648, obs. S. BRONDEL ; *RSC*, 2010, p. 685, obs. J.-P. MARGUÉNAUD. La qualité de la loi était uniquement rejetée sur l'étude de sa prévisibilité [v. *infra*, n° 198], et les opinions séparées n'évoquaient pas plus la question du *paquet* de droits.

⁷¹⁷ CEDH, sect. II, 28 août 2012, *Simons c. Belgique*, req. n° 71407/10, *déc.* : *D.*, 2012, p. 2644, comm. F. FOURMENT ; *JCP*, 2012, n° 1221, note K. BLAY-GRABARCZYK. La Cour rappelait que sa jurisprudence sur l'assistance d'un avocat en garde à vue était développée sur le fondement de l'article 6 et tentait de résumer les principes directeurs guidant le développement de sa jurisprudence sur le fondement de l'article 5 § 1^{er}, [§ 32 : « la Cour rappelle au surplus que les principes généraux impliqués par la Convention auxquels renvoie la

semblant durablement condamner l'enrichissement de l'arrêt de section *Medvedyev*⁷¹⁸. L'absence d'un véritable statut protecteur a cependant déjà été prise en compte par la Cour dans son contrôle de la célérité de la traduction du suspect devant l'autorité judiciaire indépendante⁷¹⁹.

186. La place incertaine du *paquet* dans la jurisprudence constitutionnelle.

En sanctionnant le défaut de l'assistance d'un avocat durant les interrogatoires policiers sur le fondement de la défense pénale, le Conseil constitutionnel a aussi manqué d'inscrire cette garantie dans le cadre de la protection de liberté individuelle⁷²⁰. Auparavant, le Conseil constitutionnel avait pourtant appliqué les droits de la défense à la rétention administrative, pour vérifier l'accès à un avocat dès l'arrestation et l'information des droits « *dès le plus bref délai possible* » de l'étranger, dans une décision qui restait ambiguë⁷²¹, notamment en raison du défaut d'emploi de fondement précis et de l'utilisation de réserves d'interprétation. En posant l'obligation pour le législateur d'adopter des « *garanties légales contre le risque*

jurisprudence relative à l'article 5 § 1 sont le principe de la prééminence du droit [...] et, lié au précédent, celui de la sécurité juridique [...], le principe de proportionnalité [...] et le principe de protection contre l'arbitraire ») pour exclure l'intégration de l'assistance de l'avocat dans l'article 5. Pourtant, le principe général de « *protection contre l'arbitraire* » pouvait directement être relié au droit à l'assistance d'un avocat dès l'arrestation, celui-ci pouvant servir à assurer l'effectivité du recours de l'article 5 § 4, de la même manière qu'elle a reconnu que l'information des raisons de l'arrestation, bien que précoce selon les termes de la Convention, servait à l'effectivité du recours, droit qu'elle a directement relié à l'objectif de la lutte contre l'arbitraire dans sa jurisprudence. La décision oubliait une partie de sa jurisprudence de nature à consacrer ce droit à l'assistance d'un avocat dès l'arrestation, sur le fondement de l'article 5 § 1^{er}, à savoir l'*obiter dictum* de l'arrêt de chambre *Medvedyev* [le défaut de prévisibilité de la loi suffisait à caractériser la violation de la légalité] ou sur le fondement de l'article 5 § 4, pour lequel elle avait commencé à imposer l'assistance de l'avocat en garde à vue [CEDH, sect. III, 3 mai 2007, *Soysal c. Turquie*, req. n° 50091/99 ; v. *infra*, n° 314].

⁷¹⁸ L'exigence d'un contrôle en temps réel de la privation de liberté de police du suspect a aussi été abandonnée par la Cour européenne des droits de l'Homme [v. *infra*, n° 622].

⁷¹⁹ CEDH, sect. II, 3 févr. 2009, *Ipek et autres c. Turquie*, req. n°s 17019/02 et 30070/02, en angl.

⁷²⁰ Cons. const., déc. n° 2010-14/22 QPC du 30 juil. 2010, [M. W.] : *J. O.*, 31 juil. 2010, p. 14198 ; *RTD civ.*, 2010 p. 513, obs. P. PUIG ; *RSC*, 2011, p. 139, obs. A. GIUDICELLI ; *D.*, 2010, p. 2254, obs. J. PRADEL ; *AJP*, 2010, p. 470, comm. J.-B. PERRIER ; *Constitutions*, 2010, p. 571, comm. E. DAOUUD et E. MERCINIER ; *RSC*, 2011, p. 165, obs. B. DE LAMY ; v. *infra*, n° 301 et s. Si le Conseil constitutionnel semble tenir compte de l'existence du *paquet* de droits dans son contrôle [v. par ex., Cons. const., déc. du 9 janv. 1980 n° 79-109 DC portant sur la loi relative à la prévention de l'immigration clandestine et portant modification de l'ord. n° 45-2658 du 2 nov. 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers et portant création de l'office national d'immigration : *J. O.*, 11 janv. 1980, p. 84 : il remarquait que « *l'intéressé peut, dès le début de l'application de ces mesures, demander l'assistance d'un interprète, d'un médecin et d'un conseil* », sans plus de développement], il ne l'a jamais consacré.

⁷²¹ Ainsi, le Conseil constitutionnel posait deux réserves d'interprétation pour conclure que la loi ne violait pas les droits de la défense [Cons. const., déc. n° 2003-484 DC du 20 nov. 2003 portant sur la loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité : *J. O.*, 27 nov. 2003, p. 20154 : *Gaz. Pal.*, 2005, doct., p. 685, comm. J. BOYER ; consid. n° 51 ; *LPA*, 20 janv. (partie I) et 21 janv. (partie II) 2004, p. 10, comm. J.-É. SCHOETTL]. Concernant l'information des droits de l'étranger, décalée par la loi « *aux meilleurs délais* », le Conseil constitutionnel rappelait que « *si elle ne peut être immédiate pour des raisons objectives, [elle] doit s'effectuer dans le plus bref délai possible* » [*ibid.*, § 51]. Concernant la possibilité de retarder l'intervention de l'avocat en cas de force majeure inscrite dans la loi, le Conseil constitutionnel rappelait que celle-ci ne pouvait concerner que son accueil au lieu de détention, la possibilité pour l'étranger de communiquer à distance avec son avocat ne pouvant être reporté [*ibid.*, § 52].

d'arbitraire »⁷²², au moins le Conseil constitutionnel a-t-il posé l'instrument juridique qui doit lui permettre de consacrer le *paquet* de droits généré par l'arrestation, par le truchement du contrôle de la légalité matérielle. Il pourrait aussi imposer au législateur l'adoption du *paquet* par le développement de l'égalité devant la loi privative de liberté⁷²³. Le Conseil constitutionnel relève pourtant souvent la présence du *paquet* de droits dans la loi⁷²⁴, au milieu de l'ensemble des précautions prises par le législateur, sans hiérarchie ou exigence particulière, comme s'il se livrait à une analyse globale, dans ses raisonnements aboutissant au constat de compatibilité. De manière exceptionnelle, l'obligation du législateur a adopté un *paquet* de droits apparaît posée par le Conseil constitutionnel, concernant la privation de liberté de police du suspect mineur⁷²⁵. Si au final le *paquet* n'a pas encore valeur supra-légale⁷²⁶, les hésitations recensées et l'existence d'un fondement juridique adapté, la légalité matérielle, devraient aboutir à sa consécration fondamentale, progrès souhaitable au regard de l'encadrement léger de la privation de liberté de police. L'extension de la légalité matérielle a eu plus d'effets en matière d'exécution de la privation de liberté.

⁷²² Cons. const., déc. n° 2012-235 QPC du 20 avr. 2012, [*Association cercle de réflexion et de proposition d'actions sur la psychiatrie*] : *J. O.*, 21 avr. 2012, p. 7194 ; *RFDA*, 2012, p. 629, note K. BLAY-GRABARCZYK ; *Dr. adm.*, 2012, comm. n° 61, note C. CASTAING.

⁷²³ V. Cons. const., déc. n° 93-325 DC du 13 août 1993 portant sur la loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France : *J. O.*, 18 août 1993, p. 11722 ; *RFDA*, 1993, p. 871, comm. B. GENEVOIS ; consid. n° 111 et s. Le Conseil constitutionnel qualifiait la détention de privation de liberté s'exerçant « dans le cours d'un procès pénal » pour estimer qu'« elle ne saurait être assortie de garanties moindres que celles assurées aux personnes placées en détention provisoire ». Une telle jurisprudence est de nature à justifier l'importance du même *paquet* de droits reconnu en garde à vue à toutes les détentions du suspect avant traduction devant le juge judiciaire, en cas de défaut législatif. V. sur le principe d'égalité devant la loi privative de liberté, *infra*, n° 351.

⁷²⁴ V. par ex. pour l'exigence d'un examen médical en cas de prolongation dérogatoire de garde à vue au-delà de deux jours, déc. n° 80-127 DC des 19 et 20 janv. 1981 : *préc.* ; consid. n° 27, ou Cons. const., déc. n° 86-213 DC du 3 sept. 1986 portant sur la loi relative à la lutte contre le terrorisme et aux atteintes à la sûreté de l'État : *J. O.*, 5 sept. 1986, p. 10786 ; consid. n° 14 et s., ou Cons. const., déc. n° 2004-492 DC du 2 mars 2004 relative à la loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité : *J. O.*, 10 mars 2004, p. 4637 ; *RSC*, 2005, p. 122, comm. V. BÜCK ; *D.*, 2004, p. 956, note M. DOBKINE ; *RSC*, 2004, p. 725, comm. CH. LAZERGES ; *JCP*, 2004, II, n° 10048, obs. J.-C. ZARKA ; consid. n° 25. V. pour l'utilisation, dans la validation du défèrement, de la consécration législative des droits de faire prévenir un proche, d'être examiné par un médecin et de s'entretenir à tout moment avec un avocat, Cons. const., déc. n° 2010-80 QPC du 17 déc. 2010, [M. F.] : *J. O.*, 19 déc. 2010, p. 22374 ; *Constitutions*, 2011, p. 525, note E. DAOUD et A. TALBOT ; *Procédures*, 2011, comm. n° 73, obs. J. BUISSON ; consid. n° 7.

⁷²⁵ V. *infra*, n° 390.

⁷²⁶ Sauf l'information des raisons de l'arrestation, l'assistance de l'avocat pour le suspect uniquement et le droit de l'étranger de faire prévenir les autorités consulaires de son arrestation, sur des fondements déjà expliqués.

B) L'accroissement avancé : l'encadrement légal de l'exécution de la privation de liberté

187. **L'accroissement du contrôle fondamental de l'exécution de la privation de liberté.** Si l'exécution de la privation de liberté a traditionnellement échappé à un encadrement juridique ferme, à cause du défaut de la qualité des normes ou des manques du contrôle juridictionnel, et même si l'encadrement supra-légal n'est pas encore vigoureux, l'aménagement de la privation de liberté⁷²⁷, le placement dans un régime juridique dérogatoire par rapport au droit commun du fait de sa sévérité accrue⁷²⁸, les atteintes aux libertés fondamentales du détenu causées par les sujétions de la privation de liberté⁷²⁹, l'adéquation du régime de privation de liberté au but de la privation de liberté⁷³⁰, la compatibilité de l'état de santé⁷³¹ et les conditions matérielles de détention⁷³² subissent désormais l'influence des principes fondamentaux. Le champ de la légalité a aussi progressé en la matière, augmentant l'intervention législative et permettant le contrôle de la qualité de la loi.

⁷²⁷ Les principes gouvernant l'aménagement de la peine privative de liberté demeurent souples, même s'il s'enrichissent au fil du temps, tandis que la judiciarisation de la matière a été périlleuse [v. *infra*, n° 657 et s.], que la décision d'aménagement de peine échappe en principe au contrôle européen sur le fondement de l'article 5 [v. *infra*, n° 810], que son contrôle sous l'angle de l'article 6 demeure exceptionnel [v. *infra*, n° 834 et s.], que la peine privative de liberté non aménageable reste admise dans les standards supra-légaux [v. *infra*, n° 770 et s.], que l'application du principe de non-rétroactivité soulève encore des interrogations [v. *infra*, n° 208] et que le contrôle de la Cour de cassation du contentieux de la libération conditionnelle, certes en accroissement, demeure léger [v. *infra*, n° 1045].

⁷²⁸ Pour le contrôle européen conciliant de l'isolement pénitentiaire, v. *infra*, n° 546 et s.

⁷²⁹ L'ouverture du recours en excès de pouvoir et l'amélioration des sources de la légalité ont toutefois permis une amélioration de leur délimitation et de leur contrôle juridictionnel [v. *supra*, n° 162].

⁷³⁰ Pour les timides avancées de la Convention européenne des droits de l'Homme et l'admission du principe en droit français, v. *infra*, n° 476 et s.

⁷³¹ Pour la consécration d'un droit à la libération par la Cour européenne des droits de l'Homme et son application en droit français, v. *infra*, n° 564.

⁷³² Pour le standard européen des conditions de détention dignes, v. *infra*, n° 525 et s. Pour le contrôle réalisé par le juge national, v. *infra*, n° 940 et s.

188. **La compétence minimale : l'aménagement des peines.** Le Conseil constitutionnel⁷³³, lors de son examen sur la loi pénitentiaire⁷³⁴, a dégagé deux poches de compétence législative, sans raisonner sur le principe particulier de la légalité de la privation de liberté. Le Conseil dégageait d'abord au profit du législateur la compétence « [des] conditions et [des] modalités d'exécution des peines privatives de liberté dans le respect de la dignité de la personne », en se fondant sur l'article 34 de la Constitution, texte de droit commun de la compétence législative, qui vise « les règles concernant le droit pénal et la procédure pénale ». Cette première réserve est d'apparence large, notamment par la référence à la dignité, en écho au contrôle européen des conditions matérielles de détention⁷³⁵, sauf qu'en écartant par principe le régime disciplinaire de celle-ci, les conditions matérielles n'apparaissent pas non plus s'y intégrer. La formulation employée se limite en conséquence à attribuer au législateur la compétence des mesures d'aménagement des peines, et la référence à la dignité sert plutôt à borner la limite de la compétence législative, qui ne saurait limiter l'aménagement de la peine privative de liberté au point d'édicter une peine par nature inhumaine ou dégradante⁷³⁶.

189. **L'acquisition de l'aménagement des libertés fondamentales au cours de la privation de liberté.** La même décision dégageait une deuxième réserve de compétence législative, tenant aux « droits et libertés dont ces personnes continuent de bénéficier dans les limites inhérentes aux contraintes de la détention »⁷³⁷. Le Conseil constitutionnel consacrait

⁷³³ Cons. const., déc. n° 2009-593 DC du 19 nov. 2009 portant sur la loi pénitentiaire : *J. O.*, 25 nov. 2009, p. 20222 ; *RSC*, 2010, p. 217, obs. B. DE LAMY ; *AJDA*, 2009, p. 2425, obs. P. WACHSMANN. Le législateur avait ainsi défini les deux sanctions les plus graves, le placement en cellule disciplinaire et le confinement en cellule individuelle ordinaire, en détail, définissant sa durée, les garanties l'entourant et les restrictions aux libertés fondamentales engendrées par les sanctions. Pour le reste, il avait renvoyé au pouvoir réglementaire le soin de déterminer le régime disciplinaire des personnes détenues, de fixer le contenu des fautes et les différentes sanctions disciplinaires encourues selon le degré de gravité des fautes commises, de préciser la composition de la commission de discipline ainsi que la procédure applicable.

⁷³⁴ Loi n° 2009-1436 du 24 nov. 2009 pénitentiaire : *J. O.*, 25 nov. 2009, p. 20192 ; *D.*, 2010, p. 31, comm. M. HERZOG-EVANS ; *RSC*, 2010, p. 190, comm. P. PONCELA ; *RFDA*, 2010, p. 15, comm. F. FÉVRIER ; *AJDA*, 2010, p. 494, comm. C.-M. SIMONI ; *Procédures*, comm. n° 21, note J. BUISSON ; *Dr. pén.*, 2010, ét. n° 2, obs. J.-P. CÉRÉ ; *JCP*, 2009, I, n° 552, comm. J.-P. CÉRÉ ; *RSC*, 2010, p. 444, obs. E. GALLARDO ; *AJP*, 2009, p. 473, obs. É. PÉCHILLON ; *AJP*, 2009, p. 483, comm. M. HERZOG-EVANS (spéc. sur l'aménagement des peines) ; *AJF*, 2009, p. 484, obs. M. HERZOG-EVANS (spéc. sur le maintien des liens familiaux).

⁷³⁵ *V. infra*, n° 525 et s.

⁷³⁶ *V. infra*, n° 794 et s. Si le Conseil constitutionnel semble en conséquence s'inscrire directement dans les pas de la Cour européenne des droits de l'Homme et de son contrôle de la peine perpétuelle incompressible sur le fondement de l'article 3 [v. *infra*, n° 786], elle cristallisait aussi un contrôle limité.

⁷³⁷ La délimitation du placement en cellule pénitentiaire, soit la définition des fautes, demeure de la compétence du pouvoir réglementaire. La décision du Conseil constitutionnel semblait *a contrario* adopter une vision large de la compétence législative. Le placement en cellule disciplinaire apparaît lui-même comme une atteinte aux libertés fondamentales du détenu puisque son principe et sa durée doivent être déterminés par le législateur, ce qui conforte la vision faisant du régime dérogatoire de la détention non pas une modalité d'exécution particulière d'un cas de privation de liberté mais une privation de liberté à part entière. Concernant la décision de placement,

définitivement pour la personne privée de liberté le maintien de ses droits et libertés fondamentaux et chargeait le législateur de réaliser la conciliation entre l'exercice de ceux-ci et leurs restrictions imposées par les sujétions de la détention. Si la décision concernait les condamnés et que le Conseil se gardait de bien de généraliser son raisonnement et d'en donner précisément son fondement⁷³⁸, celui-ci repose logiquement sur l'article 34 qui donne compétence au législateur pour fixer les règles concernant « *les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques* », et en conséquence, le principe doit être élargi à tous les cas de privation de liberté⁷³⁹. Dans cette optique, la loi pénitentiaire a aménagé différentes libertés, améliorant les sources du droit pénitentiaire⁷⁴⁰. Une telle réserve de compétence est de nature à accélérer la constitutionnalisation de l'exécution de la privation de liberté⁷⁴¹.

190. Néanmoins, la loi a habilité le pouvoir réglementaire à définir, dans une large mesure le droit disciplinaire, le progrès des sources restant sur ce point limité⁷⁴². Le pouvoir réglementaire a usé de sa compétence pour définir des sanctions touchant au droit à la propriété, ou au droit à l'accès à l'information⁷⁴³. Le juge administratif a validé cette compétence, interprétant restrictivement la réserve législative dégagée par le Conseil constitutionnel, en estimant que le pouvoir réglementaire est compétent pour adopter des dispositions pénitentiaires portant atteintes aux droits et libertés à deux conditions, d'abord que ceux-ci puissent supporter par principe des sujétions, ce qui était exclu pour l'interdiction des traitements inhumains et dégradants, mais permis pour le droit de propriété ou le droit à l'accès à l'information, ensuite que les dispositions ne portent pas atteintes à la « *substance* »

le Conseil constitutionnel semblait également inclure dans la compétence législative des garanties incluses dans le procès équitable, comme l'exercice des droits de la défense ou le droit au juge [*« qu'il garantit le droit de la personne détenue d'être assistée d'un avocat au cours de la procédure disciplinaire et le droit d'une personne placée en quartier disciplinaire ou en confinement de saisir le juge des référés en application de l'article L. 521-2 du code de justice administrative »*].

⁷³⁸ Il visait « ces » détenus.

⁷³⁹ En revanche, la limitation des droits fondamentaux, notamment pour la détention *sûreté*, pourrait être plus large que les seules contraintes de garde et intégrer aussi les contraintes liées à l'obtention de l'objectif poursuivi par la détention, par exemple l'objectif thérapeutique pour l'internement de l'aliéné.

⁷⁴⁰ Art. 22 et s. de la loi n° 2009-1436 du 24 nov. 2009 pénitentiaire [*préc.*].

⁷⁴¹ Ainsi, le Conseil constitutionnel s'est récemment prononcé sur le travail pénitentiaire [*v. infra*, n° 505]. V. pour comparaison, concernant un droit plus riche, F. REVIRIEGO PICON et J. BRAGE CAMAZAN, « L'exécution des peines privatives de liberté en Espagne et le contrôle du tribunal constitutionnel » ; RSC, 2009 p. 623.

⁷⁴² Art. 726 CPP. Le pouvoir réglementaire retrouvait ainsi compétence pour définir « *les différentes sanctions disciplinaires encourues selon le degré de gravité des fautes commises* », sans que « *le placement en cellule disciplinaire ou le confinement en cellule individuelle ordinaire ne peuvent excéder vingt jours, cette durée pouvant toutefois être portée à trente jours pour tout acte de violence physique contre les personnes* ».

⁷⁴³ Art. R. 57-7-33 CPP. La disposition créait les sanctions de l'interdiction de recevoir des subsides de l'extérieur, de l'interdiction d'effectuer des achats en cantine, ou encore de la privation de tout appareil acheté ou loué par l'intermédiaire de l'administration, cette dernière sanction pouvant notamment priver le détenu de son accès à l'information.

de ces droits⁷⁴⁴. Le juge administratif se trouve en conséquence compétent pour contrôler en grande partie la délimitation abstraite des sanctions disciplinaires, dans un contrôle qui n'a pas permis de réduction notable⁷⁴⁵.

191. L'acquisition de la définition des conditions de placement dans un régime juridique de détention plus sévère. Le contrôle constitutionnel, dans sa dernière décision sur l'internement des aliénés, a rappelé la compétence législative pour encadrer strictement les régimes dérogatoires au droit commun, lorsque, juridiquement, celui-ci aboutit à compliquer la libération⁷⁴⁶, compétence fondée sur l'égalité devant la loi privative de liberté : la dangerosité supérieure peut justifier le recours à un régime dérogatoire, pour lequel cependant le législateur doit faire un effort de définition des conditions de placement et octroyer des garanties à la personne concernée. Le défaut de qualité de la loi aboutissait à censurer la définition législative des Unités pour malades difficiles, définitivement supprimées par le législateur à la suite de la censure⁷⁴⁷, montrant l'utilité de l'extension de la légalité.

192. Les résistances : l'exclusion de la définition des conditions matérielles de détention et du contenu de la détention. La décision du Conseil constitutionnel sur la loi pénitentiaire, en excluant par principe la compétence du législateur pour la mise en cellule disciplinaire, sauf les matières qu'il réintérait expressément par exception, soit la fixation de la nature des sanctions disciplinaires⁷⁴⁸ et les garanties juridiques s'appliquant à leur prononcé

⁷⁴⁴ CE, 17 juil. 2013, n° 357405, *M. T. c. garde des Sceaux, ministre de la Justice : inédit ; Gaz. Pal.*, 26 sept. 2013, p. 16, obs. M. GUYOMAR.

⁷⁴⁵ Voir CE, 17 déc. 2008, *sect. fr. OIP*, n° 293786 : *Rec. CE ; JCP*, 2009, II, n° 10049, chron. S. MERENNE ; *AJDA*, 2008, p. 2364, chron. M.-C. DE MONTECLER.

⁷⁴⁶ Déc. n° 2012-235 QPC du 20 avr. 2012 : *préc.* : « *considérant qu'en raison de la spécificité de la situation des personnes ayant commis des infractions pénales en état de trouble mental ou qui présentent, au cours de leur hospitalisation, une particulière dangerosité, le législateur pouvait assortir de conditions particulières la levée de la mesure de soins sans consentement dont ces personnes font l'objet ; que, toutefois, il lui appartient d'adopter les garanties légales contre le risque d'arbitraire encadrant la mise en œuvre de ce régime particulier* ». Le rapprochement de cette décision avec celle sur la loi pénitentiaire [déc. n° 2009-593 DC du 19 nov. 2009 : *préc.*] montre toutefois que la compétence législative du régime dérogatoire plus sévère suppose que le régime en droit aboutisse à restreindre la libération et ne constitue pas simplement une modalité d'exécution plus sévère.

⁷⁴⁷ Loi n° 2013-869 du 27 sept. 2013 modifiant certaines dispositions issues de la loi n° 2011-803 du 5 juil. 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge : *J. O.*, 29 sept. 2013, p. 16230 ; *Procédures*, 2013, comm. n° 320 ; obs. J. BUISSON ; *JCP*, 2013, n° 1065, note M. PRIMEVERT ; *Dr. famille*, 2013, comm. n° 156, obs. I. MARIA.

⁷⁴⁸ Le Conseil constitutionnel rappelait que le renvoi législatif au pouvoir réglementaire ne pouvait aboutir à ce que celui-ci prévoit une mesure portant atteinte aux libertés fondamentales, même si nous avons évoqué plus haut l'interprétation limitative réalisée par le juge administratif de l'étendue de cette compétence législative.

ou à leur application⁷⁴⁹, maintenait en conséquence la définition des conditions matérielles de détention, même dérogoires au droit commun, dans la compétence réglementaire, solution qu'il faut sans doute étendre au contenu de la privation de liberté.

193. Le législateur ne retient cependant pas une compétence réglementaire totale, puisqu'il s'est approprié, en matière de détention *sanction*, la compétence pour définir la procédure de sélection de l'établissement approprié ou établir le principe de l'encellulement individuel⁷⁵⁰. Le législateur a au moins considéré qu'une matière résiduelle des conditions matérielles ou du contenu de la détention, de par leur importance, relève du droit commun de sa compétence et intègre « *les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques* »⁷⁵¹. Les conditions matérielles de détention et son contenu, souvent considérés comme accessoires et hors de toute revendication des détenus, font désormais l'objet de nombreux développements juridiques, qu'il s'agisse de prévenir les atteintes à la dignité humaine⁷⁵², ou de contrôler l'adéquation matérielle de la privation de liberté⁷⁵³, dans un contrôle qui tend à dresser des standards de plus en plus abstraits et détachés de toute subjectivité, au point que la norme privative de liberté peut en elle-même s'avérer contraire à la liberté fondamentale⁷⁵⁴, et la définition précise des conditions matérielles de détention devrait relever de la compétence législative.

⁷⁴⁹ Le Conseil constitutionnel empilait ces garanties sans effort de hiérarchisation : fixation de la durée maximale, assistance juridique lors du placement, recours juridictionnel contre la décision, durée réduite pour le mineur, organisation du droit au parloir, contrôle de la compatibilité médicale.

⁷⁵⁰ Art. 717 CPP et s.

⁷⁵¹ Art. 34 de la Constitution.

⁷⁵² V. *infra*, n° 519 et s.

⁷⁵³ V. *infra*, n° 476 et s.

⁷⁵⁴ Alors que le Conseil d'État était saisi de la réglementation de l'isolement judiciaire, prise en vertu de l'ancien article 728 du Code de procédure pénale, qui renvoyait à un décret pour déterminer « *l'organisation et le régime intérieur des établissements pénitentiaires* », le Commissaire du gouvernement MATTHIAS GUYOMAR estimait dans ses conclusions que cette disposition constituait sans doute un cas d'incompétence négative, au regard de l'article 34 de la Constitution, confiant au législateur l'aménagement des libertés fondamentales, disposition qui devrait donner compétence législative pour le régime de la détention presque en entier selon lui, sans pour autant que le juge administratif, en vertu de la théorie de l'écran législatif, ne puisse apprécier la constitutionnalité de la délégation [v. CE, sect., 31 oct. 2008, *Sect. fr. OIP*, n° 293785 : *Rec. CE*, p. 374 ; *RFDA*, 2009, p. 73, concl. M. GUYOMAR ; *D.*, 2009, p. 134, note M. HERZOG-EVANS ; *Gaz. Pal.*, 13 déc. 2008, p. 33, note M. GUYOMAR ; *AJDA*, 2008, p. 2389, chron. É. GEFFRAY et S.-J. LIÉBER ; *AJP*, 2008, p. 500, obs. É. PÉCHILLON ; *Dr. admin.*, 2009, comm. n° 10, note F. MELLERAY].

194. **Le rejet de l'effet attractif de la légalité de la privation de liberté.** Si la compétence législative en matière de privation de liberté s'est étendue, elle ne reçoit pas encore une pleine consécration, malgré l'existence de fondements larges. Le Conseil constitutionnel emploie exclusivement l'article 34 de la Constitution pour déterminer les compétences, disposition pourtant générale, par rapport aux fondements spéciaux de la légalité de la privation de liberté. Comme les textes fondamentaux de la privation de liberté n'ont pas reçu une acceptation large permettant de déroger aux principes généraux de répartition des compétences juridictionnelles⁷⁵⁵, les textes fondamentaux encadrant la privation de liberté ne reçoivent pas une acceptation permettant de déroger aux principes généraux de répartition des compétences entre le législateur et le pouvoir réglementaire. Le défaut culturel de légalité, en partie remis en cause, n'est pas éradiqué.

⁷⁵⁵ V. *infra*, n° 858 et s.

195. **Le droit d'être privé de liberté selon une loi assurant la protection contre l'arbitraire : l'avancée limitée.** Le défaut de consécration supra-légale du *paquet* de droits généré par l'arrestation nuance forcément la vigueur du droit d'être privé de liberté selon une loi assurant la protection contre l'arbitraire, malgré les avancées réalisées sur l'exécution de la privation de liberté. La généralisation du *paquet* est d'autant plus exceptionnelle, qu'elle résulte principalement de la seule volonté législative, investissant sur ce point son rôle de gardien de la liberté individuelle et elle constitue une rare manifestation d'éléments de la théorie générale établis par comparaison. Les deux points faibles de la légalité, soit l'encadrement de la privation de liberté de police et celui de l'exécution de la privation de liberté, demeurent à des degrés divers. Les différentes hésitations constitutionnelles et européennes à imposer le *paquet*, notamment par la notion de qualité de la loi, ne laissent toutefois guère de doutes sur sa consécration future, malgré le coup d'arrêt de la décision *Simons* et de l'arrêt *Medvedyev* de Grande chambre⁷⁵⁶. Le gage de qualité de la loi concerne aussi sa rédaction, celle-ci devant être prévisible.

⁷⁵⁶ V. *supra*, n° 185.

§ 2./ LE GAGE DE QUALITÉ LIÉ À LA RÉDACTION : LE DROIT D'ÊTRE PRIVÉ DE LIBERTÉ SELON UNE LOI PRÉVISIBLE

196. Une garantie du droit commun de l'atteinte à la liberté fondamentale.

La légalité criminelle impose au législateur de rédiger la loi pénale « *en termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire* »⁷⁵⁷ et ouvre un contrôle désormais bien établi⁷⁵⁸. Plus généralement, la clarté et la précision s'appliquent à toute loi qui constitue une ingérence à une liberté fondamentale⁷⁵⁹. Le Conseil constitutionnel a dégagé les objectifs à valeur constitutionnelle d'« *accessibilité* » et d'« *intelligibilité* » de la loi, en dehors de l'atteinte directe à une liberté fondamentale⁷⁶⁰. La Cour européenne des droits de l'Homme a inclus l'exigence de qualité de la loi à chaque article qui conditionne la conventionnalité de l'ingérence à ce qu'elle soit « *prévues par la loi* »⁷⁶¹ et se réfère à la notion de norme « *prévisible* » et « *accessible* »⁷⁶². Les notions constitutionnelles de clarté et de précision ou les notions européennes de prévisibilité et d'accessibilité convergent vers la notion de prévisibilité de la loi⁷⁶³, qui fait partie du droit commun du contrôle de la norme attentatoire à

⁷⁵⁷ Déc. n° 80-127 DC des 19 et 20 janv. 1981 : *préc.*

⁷⁵⁸ La Cour de cassation, par l'exception d'illégalité, est compétente pour censurer des actes administratifs qui ne respecteraient pas le principe de clarté [Cass. crim., 1^{er} févr. 1990, n° 89-80.673 : *Bull. crim.*, n° 56 ; *RSC*, 1991, p. 555, obs. A. VITU]. La Chambre criminelle avait aussi développé très tôt un palliatif, pour écarter des textes estimés comme « *vague* » et ne formulant « *aucune règle précise* » [Cass. crim., 17 juin 1908 : *Bull. crim.*, n° 317]. La Convention européenne des droits de l'Homme prévoit en son article 7 que « *nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international* ». La Cour européenne est ainsi à même d'opérer le contrôle de la qualité de la norme nationale pénale et rappelle que l'infraction doit être « *clairement définie par la loi, condition qui se trouve remplie lorsque l'individu peut savoir, à partir du libellé de la clause pertinente et, au besoin, à l'aide de son interprétation par les tribunaux, quels actes et omissions engagent la responsabilité pénale* » [CEDH, 25 mai 1993, *Kokkinakis c. Grèce*, req. n° 14307/88 : *Rec. CEDH*, série A, n° 260-A]. La Cour de cassation a même directement réalisé le contrôle de la légalité de la loi pénale sur le fondement de l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'Homme, réalisant de ce fait un contrôle de constitutionnalité « *déguisé* » [Cass. crim., 20 févr. 2001, n° 98-84.846 : *inédit* ; *D.*, 2001, p. 3001, obs. P. WACHSMANN ; *D.*, 2002, p. 1793, obs. B. DE LAMY ; *JCP*, 2002, II, n° 10114, note C. RUET ; *RSC*, 2001, p. 176, obs. J. FRANCILLON].

⁷⁵⁹ V. pour l'exemple de la censure de la loi attentatoire à la liberté d'entreprendre, en raison de son manque de « *clarté* » et de « *précision* », Cons. const., déc. n° 2000-435 DC du 7 déc. 2000 portant sur la loi d'orientation pour l'outre-mer : *J. O.*, 14 déc. 2000, p. 19830 ; consid. n° 53.

⁷⁶⁰ Cons. const., déc. n° 99-421 DC du 16 déc. 1999 relatif à la loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes : *J. O.*, 22 déc. 1999, p. 19041 ; consid. n° 13. Les termes choisis, comme la catégorie utilisée, montrent toutefois que le Conseil n'entend pas réaliser un contrôle poussé de la qualité de la loi en dehors du domaine de l'atteinte à une liberté fondamentale.

⁷⁶¹ L'ingérence doit être « *prévues par la loi* », « *nécessaire* » et viser certains objectifs dressés par les articles pour être validée, au sein des articles 8, 9, 10 et 11 de la Convention.

⁷⁶² V. pour un exemple sur l'article 8, CEDH, sect. II, 20 déc. 2005, *Wisse c. France*, req. n° 71611/01.

⁷⁶³ La prévisibilité est assurée par « *une norme énoncée avec assez de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite ; en s'entourant au besoin de conseils éclairés, il doit être à même de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé. Elles*

une liberté fondamentale, sans constituer une garantie particulière pour la personne privée de liberté, sauf à établir en la matière une exigence plus soutenue, de nature à caractériser la sûreté⁷⁶⁴. La notion est d'autant plus indispensable que la privation de liberté, pour être au cœur de la politique de sécurité, souffre d'une instabilité législative, qui atteint nécessairement sa qualité⁷⁶⁵. L'intensité du contrôle supra-légal de la qualité rédactionnelle de la loi doit être déterminée (A). Au-delà, son défaut doit être suppléé par l'interprétation étroite du juge de la privation de liberté, correctif au manquement du législateur (B).

A) *L'intensité du contrôle supra-légal de la qualité rédactionnelle de la loi*

197. **L'appréciation européenne matérielle de l'existence de la base légale.** Fidèle à sa conception classique de la légalité⁷⁶⁶, la Cour européenne des droits de l'Homme n'exige pas que la privation de liberté repose sur une loi au sens organique, mais sur une norme au sens matériel, si bien qu'elle ne s'intéresse pas à la valeur hiérarchique ou à la nature de celle-ci mais à sa qualité⁷⁶⁷. Par principe, une circulaire⁷⁶⁸, une jurisprudence⁷⁶⁹, le statut de la Cour pénale internationale⁷⁷⁰, ou une note verbale diplomatique⁷⁷¹, peuvent fonder

n'ont pas besoin d'être prévisibles avec une certitude absolue : l'expérience la révèle hors d'atteinte. En outre la certitude, bien que hautement souhaitable, s'accompagne parfois d'une rigidité excessive ; or le droit doit savoir s'adapter aux changements de situation » [CEDH, plén., 26 avr. 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni* (n° 1), req. n° 6538/74 : série A, n° 30 ; § 49]. La loi ne saurait être prévisible si elle n'est pas claire, pas précise, ou inintelligible, à admettre que chacun des trois cas vise des défauts de rédaction nettement distincts. Si l'accessibilité se distingue plus nettement de la prévisibilité, pour viser « l'accès » à la norme, la Cour utilise parfois les deux qualifications, pour finalement s'intéresser à leur prévisibilité [v. par ex., CEDH, gde ch., 21 oct. 2013, *Del Rio Prada c. Espagne*, req. n° 42750/09 § 91 et s. : la Cour se réfère aux notions de prévisibilité et d'accessibilité, alors qu'elle étudie, d'après l'intitulé même de la subdivision, la prévisibilité]. L'accessibilité impose que « le citoyen » puisse « disposer de renseignements suffisants, dans les circonstances de la cause, sur les normes juridiques applicables à un cas donné » [*Sunday Times* (n° 1) : préc.]. La notion n'a que peu d'intérêt, au-delà de l'accès public aux normes, et si la notion de « renseignements suffisants » pourrait servir à accueillir des développements sur l'accès à un expert juridique, la notion de « prévisibilité » la contient aussi.

⁷⁶⁴ V. *supra*, n° 137.

⁷⁶⁵ V. *infra*, n° 668.

⁷⁶⁶ V. *Sunday Times* (n° 1) : préc.

⁷⁶⁷ CEDH, 25 juin 1996, *Amuur c. France*, req. n° 19776/92 : *Rec. CEDH*, 1996-III ; *RSC*, 1997, p. 457, obs. R. KOERING-JOULIN ; *D.*, 1997, p. 203, obs. S. PEREZ ; § 50. La Cour ajoutait que la norme devait être « suffisamment accessible et prévisible afin d'éviter tout danger d'arbitraire ».

⁷⁶⁸ *Amuur* : préc. La privation de liberté subie par les requérants en zone internationale du 9 au 29 mars 1992 se fondait à l'époque uniquement sur une circulaire du 26 juin 1990. La norme de la circulaire n'est pas par nature écartée.

⁷⁶⁹ CEDH, sect. I, 26 juil. 2007, *Webber c. Suisse*, req. n° 3688/04. – CEDH, sect. I, 10 juin 2010, *Borer c. Suisse*, req. n° 22493/06. Un nombre plus important de précédents, en l'espèce quatre, ne suffit pas non plus, lorsqu'ils ne concernent pas strictement l'application des mêmes règles juridiques.

⁷⁷⁰ CEDH, sect. III, 9 oct. 2012, *Djokaba Lambi Longa c. Pays-Bas*, req. n° 33917/12, *déc.* : *Rec. CEDH*, 2012.

⁷⁷¹ *Medvedyev*, gde ch. : préc.

une privation de liberté, encore faut-il cependant que la base invoquée ait bien valeur normative⁷⁷² et soit en vigueur⁷⁷³. Une telle conception, qui ne déroge pas aux autres domaines de la Convention⁷⁷⁴, pourrait apparaître décevante et peu protectrice, mais au final, presque à chaque fois qu'une norme de faible valeur juridique a été soumise à l'examen de la Cour, sa qualité a été écartée par un examen rigoureux de la prévisibilité⁷⁷⁵. Sa confrontation à des systèmes juridiques d'inspirations différentes l'oblige à adopter cette conception, d'autant plus qu'à la différence de la légalité criminelle, la légalité de la privation de liberté est un principe dont la reconnaissance expresse est plus timide dans le texte de la Convention. La prévisibilité, dans sa conception traditionnelle, reçoit un examen fixe (1). Elle pourrait être développée, dans une dimension plus audacieuse, vers un examen rétrospectif, en matière de privation de liberté (2).

1) La prévisibilité : l'examen fixe

198. **L'application du droit commun.** La jurisprudence constitutionnelle, pour les mesures de contrainte de l'enquête et de l'instruction, a repris expressément les exigences de clarté et de précision, sans exigence supérieure aux autres domaines⁷⁷⁶. La Cour européenne des droits de l'Homme applique aussi en matière de privation de liberté une

⁷⁷² V. pour l'avis d'un membre éminent du parquet, CEDH, sect. III, 6 mars 2001, *Dougoz c. Grèce*, req. n° 40907/98 : *Rec. CEDH*, 2001-II ; § 57.

⁷⁷³ CEDH, sect. IV, 7 juil. 2009, *Grori c. Albanie*, req. n° 25336/04 ; § 157 et s. La privation de liberté d'un détenu, réalisée dans l'attente d'un transfèrement vers un pays étranger, ne respecte pas l'article 5 § 1^{er} lorsqu'elle repose sur les principes généraux tirés de Conventions internationales, qui ne sont pas encore entrées en vigueur dans l'État. – *Medvedyev*, sect. V : *préc.* ; § 56. Une Convention internationale à laquelle l'État n'est pas partie ne peut servir de base légale.

⁷⁷⁴ V. par ex. pour l'art. 8, CEDH, ch., 24 avr. 1990, *Kruslin c. France*, req. n° 11801/85 : *Rec. CEDH*, série A, n° 176-A ; *D.*, 1990, p. 187, obs. R. KOERING-JOULIN ; *ibid.*, p. 353, note J. PRADEL ; *RSC*, 1990, p. 615, obs. L. E. PETITI ; § 27 et s.

⁷⁷⁵ V. les arrêts cités en référence *supra*.

⁷⁷⁶ Le Conseil constitutionnel a lui-même tiré du principe de l'interdiction de toute rigueur non nécessaire, l'obligation pour le législateur « de définir les crimes et délits en termes suffisamment clairs et précis » lorsque ceux-ci définissent la délimitation de moyens de contrainte dérogatoires au droit commun [déc. n° 2004-492 DC du 2 mars 2004 : *préc.* ; consid. n° 5]. Ce contrôle a été opéré plus précisément concernant la liberté individuelle, dans une décision sur les perquisitions fiscales en 1983 [Cons. const., déc. n° 83-164 DC du 29 déc. 1983 relative à la loi de finances pour 1984 : *J. O.*, 30 déc. 1983, p. 3875 ; *JCP*, 1984, II, n° 20160, comm. R. DRAGO et A. DECOCQ]. Pour le Conseil constitutionnel, les dispositions en cause « ne précisent pas l'acceptation du terme "infraction" qui peut être entendu en plusieurs sens et ne limitent donc pas clairement le domaine ouvert aux investigations en question ». Le raisonnement du Conseil constitutionnel se référerait bien aux notions de « clarté » et de « précision », termes consacré plus tard pour la légalité criminelle [déc. n° 80-127 DC des 19 et 20 janv. 1981 : *préc.*], imposant cette même exigence à la loi portant atteinte à la liberté individuelle. Plus récemment, le Conseil constitutionnel a validé la création d'une nouvelle prolongation du délai de garde à vue, notamment au motif que « les dispositions critiquées sont formulées en termes suffisamment clairs et précis pour éviter l'arbitraire », examen qui lui permettait, entre autres, d'écartier « une atteinte excessive à la liberté individuelle » [déc. n° 2004-492 DC du 2 mars 2004 : *préc.* ; consid. n° 26].

définition de la prévisibilité semblable à celle consacrée pour les autres libertés fondamentales et limitée à la qualité rédactionnelle⁷⁷⁷. Et si désormais la Cour européenne confond ses exigences, quant à la qualité de la loi de la norme privative de liberté, dans la notion de sécurité juridique⁷⁷⁸, les implications minimales de la notion s'imposent⁷⁷⁹.

199. Le contrôle de la base légale générale et abstraite : la précision.

La prévisibilité s'oppose à l'ambiguïté ou l'équivoque, c'est son élément de clarté. La prévisibilité n'est pas respectée par « *le libellé [...] suffisamment vague pour susciter des doutes quant à ses implications exactes et pour se prêter à plus d'une interprétation* »⁷⁸⁰. La prévisibilité s'oppose aussi à la généralité : c'est son élément de précision. La précision empêche de tirer le recours à la privation de liberté d'un texte renvoyant plus largement à toute mesure de contrainte adaptée, sans référence expresse et détaillée à la privation de liberté⁷⁸¹, ce que la Cour européenne des droits de l'Homme a fermement rappelé dans

⁷⁷⁷ V. CEDH, gde ch., 23 févr. 2012, *Creanga c. Roumanie*, req. n° 29226/03 : *Dr. pénal*, 2013, n° 4, chron. E. DREYER ; *Gaz. Pal.*, 15 mars 2012, p. 31, obs. C. BERLAUD ; § 120. La formule reprise est pratiquement similaire à celle consacrée dans l'arrêt *Sunday Times* [v. *infra*, note n° 763].

⁷⁷⁸ CEDH, sect. I, 28 mars 2000, *Baranowski c. Pologne*, req. n° 28358/95 : *Rec. CEDH*, 2000-III ; § 52 : « *la Cour souligne que lorsqu'il s'agit d'une privation de liberté il est particulièrement important de satisfaire au principe général de la sécurité juridique* ».

⁷⁷⁹ Si la notion de sécurité juridique s'organise bien autour de la notion de la prévisibilité, elle concerne tout autant les « *conséquences juridiques de leurs actes par les sujets de droit et englobe alors les exigences de connaissance et de qualité formelle du droit* » que le « *droit lui-même [et] implique dans ce cas une certaine forme de stabilité des normes et de l'ordre juridiques* » [A.-L. VALEMBLOIS, « La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français » ; CCC, 2005, n° 17]. Seuls les premiers éléments sont consacrés nettement pour la privation de liberté.

⁷⁸⁰ CEDH, sect. I, 15 juin 2006, *Jurjevs c. Lettonie*, req. n° 70923 ; § 43.

⁷⁸¹ Il n'est pas acceptable à ce titre que « *le petit dépôt* » ait été fondé sur les pouvoirs innomés du juge d'instruction de l'article 81 du Code de procédure pénale en droit français [CA Paris, ch. de l'instruction, 2 juil. 2003 : *inédit*]. La Cour de cassation dans la même affaire avait rejeté à juste titre ce fondement textuel, pour l'admettre cependant sur le fondement de l'ordre du juge d'instruction, sans plus de précision [Cass. crim., 25 nov. 2003, n° 03-85.076 : *Bull. crim.*, n° 221 ; *Dr. pén.*, 2004, comm. n° 42, obs. A. MARON ; *RSC*, 2005, p. 381, J. BUISSON ; *Procédures*, 2004, comm. n° 60, note J. BUISSON]. Au même titre, une privation de liberté ne doit pas être fondée sur le pouvoir général de police administrative. Si la Cour de cassation a écarté à juste titre ce fondement pour justifier les vérifications administratives d'identité [Cass. crim., 5 janv. 1973, *Friedel*, n° 72-90.278 : *Bull. crim.*, n° 7], le commissaire du gouvernement JOSEPH KRULIC, dans ses conclusions relatives aux « *retenus de Folembay* », affirmait pourtant que le pouvoir général de police administrative existait « *même à l'égard des libertés publiques les plus fortement protégées par la loi telle la liberté d'aller et venir* » [J. KRULIC, concl. sur TA Versailles, 6 déc. 1994, *Bahri, Naami et Chibani* ; *RFDA*, 1995, p. 371 ; v. en même sens B. TOULEMONDE, obs. sous l'arrêt *Friedel* : *Bull. crim.*, n° 7 ; *AJDA*, 1973, p. 600]. La Cour européenne des droits de l'Homme, bien qu'ayant une vision plus large de la norme privative de liberté, rejette également les textes généraux de contrainte, sans prévision expresse du recours à la privation de liberté [v. par ex., pour un accord verbal international prévoyant uniquement l'arraisonnement d'un navire, *Medvedyev*, gde ch. : *préc.*]. D'ailleurs, la Cour a écarté l'existence d'une base légale au petit dépôt, sans considération pour la jurisprudence française [v. CEDH, 27 juil. 2006, *Zervudacki c. France*, req. n° 73947/01 : *RTDH*, 2007, n° 70, p. 559, comm. M. PUECHAVY, ou CEDH, sect. V, 30 nov. 2008, *Maire d'Église c. France*, req. n° 20335/04 : *Dr. pénal*, 2009, n° 9, chron. V. LESCLOUS]. Dans le même sens, la Cour a rejeté qu'une situation critique, de son propre aveu, au cours d'une manifestation, mêlant des étrangers en situation irrégulière, ne pouvait justifier sans loi des arrestations et des vérifications réalisées au poste de police [CEDH, sect. IV, 23 juil. 2013, *M. A. c. Chypre*, req. n° 41872/10, en angl.]. La Cour se montre toutefois moins exigeante pour des courtes

l'affaire *Medvedyev*⁷⁸², comme dans le cadre des internements préventifs, réalisés par les forces armées britanniques, durant la guerre en Irak⁷⁸³. La précision doit aussi permettre de censurer l'absence de délimitation précise d'un cas de privation de liberté, dont le recours est expressément prévu par la base légale⁷⁸⁴ : la détention doit être fixée « *dans des cas et sous des formes et conditions strictement définis* » par le législateur⁷⁸⁵.

200. **Le contrôle de la base légale spéciale et concrète : la permanence.** Si en matière de relations diplomatiques, la Cour admet par principe qu'une note verbale puisse servir de base légale, c'est à la condition qu'elle constitue une « *pratique courante et*

privations de liberté, pour lesquelles elle abandonne l'exigence de légalité, lorsque leur nécessité est établie [v. *supra*, n° 22].

⁷⁸² CEDH, sect. V, 10 juil. 2008, *Medvedyev et autres c. France*, req. n° 3394/03 ; D., 2008, p. 3055, note P. HENNION-JACQUET ; AJP, 2008, p. 469, obs. C. SAAS. L'arrêt *Medvedyev* [v. pour les faits, *infra*, note n° 795] est d'autant plus important qu'il concerne la matière de la coopération internationale et de la poursuite d'infractions graves, domaines traditionnels dans lesquels la Cour accorde parfois de la souplesse. La Convention des Nations Unies de Montego Bay du 15 décembre 1982 sur le droit de la mer, de manière générale à son article 108, prévoit que « *tout État qui a de sérieuses raisons de penser qu'un navire battant son pavillon se livre au trafic illicite de stupéfiants ou de substances psychotropes peut demander la coopération d'autres États pour mettre fin à ce trafic* ». La Cour estime que l'accord entre la France et le Cambodge, autorisant « *à intercepter, contrôler et engager des poursuites judiciaires* » en application de la Convention, constituait le fondement légal de l'arraisonnement. Toutefois, la Cour, par l'analyse stricte des termes de l'accord, refuse que celui-ci couvre la détention. La Grande chambre validait l'analyse [*Medvedyev*, gde ch. : *préc.*].

⁷⁸³ CEDH, gde ch., 7 juil. 2011, *Al-Jedda c. Royaume-Uni*, req. n° 27021/08 : *Rec. CEDH*, 2011 ; *AJDA*, 2012, p. 143, chron. L. BURGORGUE-LARSEN. Une résolution de l'ONU, autorisant simplement la création d'« *une force multinationale, sous commandement unifié, à prendre toutes les mesures nécessaires pour contribuer au maintien de la sécurité et de la stabilité en Irak* », n'est pas assez précise pour servir de fondement à des internements préventifs.

⁷⁸⁴ Le Conseil constitutionnel a censuré pour la première fois un projet de loi sur le fondement de l'article 66 de la Constitution dans sa décision du 12 janv. 1977 concernant la visite des véhicules [Cons. const., déc. n° 76-75 DC du 12 janv. 1977 relative à la loi autorisant la visite des véhicules en vue de la recherche et de la prévention des infractions : *J. O.*, 13 janv. 1977, p. 345 ; D., 1978, jur., p. 173, comm. L. HAMON et J. LÉAUTÉ]. Ce qui était critiqué, selon les termes mêmes de la décision, c'est bien la largesse du pouvoir de porter atteinte à la privation de liberté sans cantonnement strict : « *l'étendue des pouvoirs, dont la nature n'est, par ailleurs, pas définie, conférés aux officiers de police judiciaire et à leurs agents, du caractère très général des cas dans lesquels ces pouvoirs pourraient s'exercer et de l'imprécision de la portée des contrôles auxquels ils seraient susceptibles de donner lieu* ». Cette décision a d'ailleurs très tôt été interprétée comme « *un conseil de modération donné aux majorités actuelles et futures* » [L. HAMON et J. LÉAUTÉ : *op. cit.*]. Le Conseil constitutionnel rappelait la même exigence lorsque, saisi de la loi de finances pour 1984 qui créait un nouveau cas de perquisition fiscale [déc. n° 83-164 DC du 29 déc. 1983 : *préc.*], il censurait ce dispositif sous le visa de l'article 66 de la Constitution, reprochant au texte l'absence de contrôle efficace du juge judiciaire de la perquisition et la qualité de la loi, celle-ci pouvant « *donner lieu à des autorisations générales* ». Le Conseil constitutionnel a appliqué le principe, pour la privation de liberté, concernant la prolongation de la rétention administrative [Cons. const., déc. n° 93-325 DC : *préc.*]. Le Conseil censurait la prolongation supplémentaire de trois jours applicable à tous les étrangers subissant une rétention administrative : « *qu'en étendant à tous les étrangers qui ont fait l'objet d'un arrêté d'expulsion ou d'une mesure de reconduite à la frontière [...] la possibilité de les retenir pendant trois jours supplémentaires, dans des locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire, [...] la loi a méconnu la Constitution* ». Le Conseil constitutionnel dans un *obiter dictum* posait des critères restrictifs pour autoriser une telle prolongation.

⁷⁸⁵ Déc. n° 93-325 DC du 13 août 1993 : *préc.*

continue »⁷⁸⁶. En revanche, la Cour se montre plus stricte pour la pratique de droit interne : même répandue, elle ne peut fonder une privation de liberté⁷⁸⁷. Au final, la question de la validité de la base spéciale et concrète concerne principalement la jurisprudence : si un seul précédent ne peut servir à fonder une privation de liberté⁷⁸⁸, une jurisprudence constante, même *contra legem*, est efficace⁷⁸⁹.

201. **L'application de la « prévisibilité » à l'ensemble du contenu de la privation de liberté.** Si logiquement l'exigence de prévisibilité est essentielle concernant les conditions qui opèrent sa délimitation⁷⁹⁰, la Cour européenne des droits de l'Homme l'applique à tous les éléments de la privation de liberté imposés par la Convention⁷⁹¹, et même à ceux qui ne sont pas imposés par la Convention et dépassent le standard minimum de la protection des personnes privées de liberté⁷⁹², et même aussi à l'interprétation judiciaire de la loi normative de privation de liberté⁷⁹³, y compris en matière d'aménagement de la privation de liberté⁷⁹⁴.

202. **La survivance de l'adage *Male captus, bene detentus* en droit français.** La lutte contre la piraterie et contre le trafic maritime de stupéfiants a permis de confronter le juge national au contrôle de la base légale de la privation de liberté, concernant les arrestations, réalisées par les forces militaires françaises à l'étranger, de suspects, retenus ensuite jusqu'à leur conduite en France par voie maritime pour y être jugés. Dans la fameuse affaire du *Winner*⁷⁹⁵, qui allait être examinée par la Cour européenne des droits de l'Homme

⁷⁸⁶ V. *Medvediev*, gde ch. : *préc.* ; § 99 et s. En l'espèce, une seule note verbale diplomatique concernant l'arraisonnement d'un navire ne suffisait pas à assurer la prévisibilité.

⁷⁸⁷ CEDH, 28 mars 2000, *Baranowski c. Pologne*, req. n° 28358/95 : *Rec. CEDH*, 2000-III ; § 56.

⁷⁸⁸ CEDH, sect. I, 26 juil. 2007, *Webber c. Suisse*, req. n° 3688/04.

⁷⁸⁹ CEDH, gde ch., 9 juil. 2009, *Mooren c. Allemagne*, req. n° 11364/03.

⁷⁹⁰ V. par ex. pour le contrôle de la « *sécurité juridique* » appliqué à l'obligation prévue par la loi permettant la privation de liberté sur le fondement de l'art. 5 § 1^{er}-b), CEDH, sect. II, 5 avr. 2011, *Sarigiannis c. Italie*, req. n° 14569/05.

⁷⁹¹ V. par exemple pour l'étude de la législation organisant le recours en légalité de la privation de liberté de l'article 5 § 4, CEDH, sect. V, 28 oct. 2010, *Knebl c. République Tchèque*, req. n° 20157/05 ; § 87.

⁷⁹² V. par ex. pour l'exigence de la prévisibilité appliquée à la libération conditionnelle, alors même que le mécanisme n'est pas imposé par la Convention, CEDH, sect. V, 8 sept. 2011, *Oshurko c. Ukraine*, req. n° 33108/05 ; § 98.

⁷⁹³ *Firoz Muneer* : *préc.* ; § 53 et s.

⁷⁹⁴ CEDH, sect. III, 9 juil. 2013, *Ciobanu c. Roumanie et Italie*, req. n° 4509/08.

⁷⁹⁵ Cass. crim., 15 janv. 2003, n° 02-86.936 : *Bull. crim.*, n° 12. Le cargo le *Winner*, immatriculé au Cambodge et soupçonné de transporter une importante cargaison de drogue, faisait l'objet le 7 juin 2002 d'une note verbale du ministre des Affaires étrangères cambodgien, autorisant l'intervention des autorités françaises pour « *intercepter, contrôler et engager des poursuites judiciaires* ». L'arraisonnement du navire par un bâtiment de marine militaire français avait lieu le 13 juin 2002. Un remorqueur fut dépêché de Brest pour le prendre en charge et le dérouter vers le port français, sans pouvoir dépasser une vitesse supérieure à cinq nœuds, en raison de la vétusté du *Winner*. Les membres de l'équipage furent consignés dans les cabines, sous la garde des militaires français. Le 26 juin 2002, à 8 h 45, le *Winner* entra dans le port de Brest, et les membres d'équipage furent placés en garde à vue. Les 28 et 29 juin 2002, les requérants furent mis en examen et placés sous mandat de dépôt.

dans les arrêts *Medvedyev*, si la Cour de cassation s'attachait à rechercher l'existence d'une base légale à la privation de liberté jusqu'à l'arrivée sur le territoire des marins suspectés de se livrer à un trafic de stupéfiants, trouvée dans une Convention internationale prévoyant des pouvoirs généraux, elle opérait un contrôle plutôt léger⁷⁹⁶. Dans l'affaire du *Ponant*⁷⁹⁷, alors que la Cour de cassation reconnaissait une pleine application à l'article 5 dès l'arrestation des pirates par les forces militaires françaises en Somalie⁷⁹⁸, elle s'intéressait surtout à la traduction immédiate des suspects devant l'autorité judiciaire, imposée par la disposition conventionnelle, sans véritablement contrôler l'existence d'une base légale spéciale⁷⁹⁹. Dans

⁷⁹⁶ Elle fondait notamment la détention de l'équipage sur le fondement de l'article 17 de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes de Vienne du 20 décembre 1988, alors pourtant que l'État du Cambodge, sous lequel le navire battait pavillon, n'était pas partie à la Convention. La Cour européenne des droits de l'Homme avait écarté en conséquence ce fondement [*Medvedyev*, gde ch. : *préc.*]. La disposition de la Convention en cause restait de toute manière bien trop générale pour être un fondement de qualité, celle-ci autorisant les États à « arraisonner le navire », « visiter le navire » et « si des preuves de participation à un trafic illicite sont découvertes, prendre les mesures appropriées à l'égard du navire, des personnes qui se trouvent à bord et de la cargaison ». De la même manière, la Cour de cassation s'appuyait sur la note verbale diplomatique, davantage pour légitimer l'intervention française plutôt que l'arrestation et la détention, fondement rejeté par la Cour européenne des droits de l'Homme également.

⁷⁹⁷ Cass. crim., 16 sept. 2009, n° 09-82.777 : *inédit* ; *D.*, 2010, p. 631, note G. POISSONNIER ; *JCP*, 2010, p. 184, note P. BEAUVAIS.

⁷⁹⁸ Le voilier sous pavillon français avait fait l'objet d'une prise d'otage par des pirates somaliens, levée suite à la remise d'une rançon. Une opération militaire française hélicoptérée menée sur le territoire somalien avait permis l'arrestation de six pilotes et la récupération d'une partie de la rançon le 11 avril 2008. L'arrestation reposait sur une note diplomatique verbale émise par le Gouvernement fédéral transitoire de la République de Somalie en date du 5 avril 2008 autorisant, selon la motivation adoptée par la Cour de cassation, les militaires « à pénétrer dans les eaux territoriales somaliennes, à survoler le territoire somalien et à prendre toutes mesures nécessaires, y compris un usage proportionné de la force, aux fins de résoudre la crise ». Les pirates avaient ensuite été retenus sur un navire miliaire jusqu'au 15 avril 2008, avant qu'une nouvelle note diplomatique somalienne n'autorise les autorités françaises à les conduire en France, pour les nécessités de la procédure pénale engagée contre eux. Le juge du fond avait d'abord estimé que l'arrestation était un acte de gouvernement échappant au contrôle juridictionnel, et que seule l'autorisation donnée par les autorités somaliennes aux autorités française de ramener les pirates avait abouti à les placer sous la « juridiction » française au sens de l'article 1^{er} de la Convention européenne des droits de l'Homme, ouvrant l'application de l'article 5. Le juge du fond avait en conséquence apprécié le délai de traduction des suspects devant le juge judiciaire français en fixant son point de départ le 15 avril 2008, à 15 heures, date de l'obtention de l'autorisation de ramener en France les pirates et son terme au 16 avril, à 7h15, heure à laquelle ceux-ci débarquaient en France, à l'aéroport du Bourget. La Cour de cassation plus justement retenait que la protection de la disposition conventionnelle naissait dès l'arrestation des somaliens, en application de la note verbale diplomatique.

⁷⁹⁹ Le pourvoi portait pourtant directement sur la qualité de la norme privative de liberté et notamment la capacité d'un acte de gouvernement à servir de base légale à la privation de liberté. La Cour de cassation constatait l'existence de « circonstances insurmontables, caractérisées par l'attente de l'accord des autorités somaliennes en vue du transfert des six suspects en France, [qui] justifiaient leur privation de liberté pendant près de cinq jours, avant que leur placement en garde à vue ne fût régulièrement ordonné ». Si le raisonnement servait d'abord à neutraliser la contestation de la présentation tardive, il revenait artificiellement à inclure la retenue réalisée à l'étranger dans la mesure de garde à vue française, alors pourtant que la poursuite de la détention restait soumise à l'accord d'un État souverain. Le raisonnement aboutissait opportunément à ne pas s'intéresser à la première note diplomatique verbale, autorisant pourtant l'opération militaire française, qui apparaissait comme le véritable fondement de l'arrestation, et permettait à la Cour de ne pas se prononcer sur l'existence d'un contrôle juridictionnel de l'accord international *ad hoc*, notamment au regard de la théorie des actes de gouvernement, et de ne pas se confronter directement à la jurisprudence européenne, qui dans l'arrêt *Medvedyev* [sect. V : *préc.*] avait réfuté la capacité d'un tel accord à fonder la privation de liberté.

une autre affaire de piraterie concernant le voilier le *Carré d'As*⁸⁰⁰, la Cour de cassation réalisait un contrôle plus poussé de la base légale de la privation de liberté des pirates avant traduction, dans un raisonnement qui apparaissait moins guidé par l'opportunité, et justifiait sans doute une publication à laquelle avait échappé l'arrêt du *Ponant*. Si l'arrestation et la rétention se justifiaient plus fermement sur une résolution des Nations Unies, reconnue comme source efficace de privation de liberté⁸⁰¹, le texte, même s'il visait au moins l'arrestation, ne se montrait guère plus précis sur les détails de la rétention. Enfin, la Cour de cassation a aussi admis dans l'affaire du *Judor*⁸⁰² que la flagrance permettait aux militaires français de réaliser une retenue provisoire de l'équipage d'un navire suspect, dans l'attente de l'obtention de l'accord de l'État du pavillon du bâtiment, pour procéder aux mesures contraignantes prévues par l'article 17 de la Convention de Vienne, sans véritable contrôle, alors que la Convention ne prévoyait pas une telle garde provisoire.

203. Ces exemples dévoilent un contrôle faible du juge national, limité au mieux à l'existence de la base légale, sans intégration des développements récents sur la qualité de la norme privative de liberté, rappelant les errements passés en matière de légalité⁸⁰³. Si la portée de ces arrêts nationaux doit être nuancée par leur intervention dans le domaine de la coopération internationale et de la grave criminalité, la construction constitue sans doute une illustration du vieil adage *Male captus, bene detentus*, justifiant une réduction

⁸⁰⁰ Cass. crim., 17 févr. 2010, n° 09-87.254 : *Bull. crim.*, n° 32 ; *AJP*, 2010, p. 292, obs. G. ROUSSEL ; *Procédures*, 2010, comm. n° 194 ; obs. A.-S. CHAVENT-LECLÈRE. Le 2 septembre 2008, un voilier français le Carré d'As était attaqué encore dans les eaux du golfe d'Aden par des pirates somaliens. Le 16 septembre 2008 et dans les eaux territoriales somaliennes, une opération militaire permettait d'arrêter six pirates transférées sur une frégate française. Le 21 septembre 2008, les autorités somaliennes ont, par note verbale, autorisé le transfert vers la France des pirates. Dès leur arrivée sur le sol français, le 23 septembre 2008, à 17 heures, les suspects ont été placés en garde à vue.

⁸⁰¹ La résolution 1816 adoptée par le Conseil de sécurité des Nations unies le 2 juin 2008 autorise les États dans les eaux territoriales somaliennes « à utiliser, dans les eaux territoriales de la Somalie, d'une manière conforme à l'action autorisée en haute mer en cas de piraterie en application du droit international applicable, tous moyens nécessaires pour réprimer les actes de piraterie et les vols à main armée ». La résolution permettait en conséquence de faire usage des pouvoirs prévus par l'article 105 de la Convention des Nations unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982 dans les eaux territoriales somaliennes qui permet que « tout État peut, en haute mer ou en tout autre lieu ne relevant de la juridiction d'aucun État, saisir un navire ou un aéronef pirate, ou un navire ou un aéronef capturé à la suite d'un acte de piraterie et aux mains de pirates, et appréhender les personnes et saisir les biens se trouvant à bord ».

⁸⁰² Cass. crim., 29 avr. 2009, n° 09-80.157 : *Bull. crim.*, n° 83 ; *RSC*, 2009, p. 853, obs. R. FINIELTZ ; *D.*, 2010, p. 187, note G. POISSONNIER ; *AJP*, 2009, p. 273, obs. G. ROYER.

⁸⁰³ Cependant le législateur a depuis inséré dans le Code de la défense une nouvelle rétention, encadrée par l'importation du *paquet* et la mise en place d'un contrôle en temps réel de l'autorité judiciaire, adaptés cependant au regard de la situation, concernant les arrestations réalisées en pleine mer, afin d'« assurer le respect des dispositions qui s'appliquent en mer en vertu du droit international ainsi que des lois et règlements de la République » [v. les art. L. 1521-11 et s. du Code de la défense, insérés par la loi n° 2011-13 du 5 janv. 2011 relative à la lutte contre la piraterie et à l'exercice des pouvoirs de police de l'État en mer : *J. O.*, 6 janv. 2011, p. 374 ; *AJP*, 2012, p. 578, comm. P.-É. BROUTÉ et M. JACQUOT ; *Dr. pén.*, 2011, ét. n° 5, comm. M. RECIO].

du contrôle de la légalité de l'arrestation réalisée à l'étranger⁸⁰⁴, dont l'autre manifestation concerne le contrôle souple de l'extradition déguisée⁸⁰⁵. Au moins, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme a eu le mérite, dans son examen de l'affaire *Medvedyev*⁸⁰⁶, de refuser de faire de cette cause un motif légitime d'amoindrissement de son contrôle. Si l'examen de la prévisibilité de la norme privative de liberté, dans sa dimension fixe, ne comporte pas d'exigence supérieure au droit commun de l'ingérence à la liberté fondamentale, au moins son examen doit y être aussi rigoureux. De manière plus décisive, le développement de l'examen rétrospectif de la prévisibilité de la norme privative de liberté pourrait permettre de caractériser la sûreté.

2) La prévisibilité : l'examen rétrospectif

204. L'admission de la rétroactivité de la norme privative de liberté.

Le principe de la légalité criminelle bénéficie du corollaire de non-rétroactivité de la loi pénale de fond plus sévère⁸⁰⁷, corollaire absent de la légalité de la privation de liberté⁸⁰⁸, soit par application immédiate des lois de procédure pénale, pour la privation de liberté adoptée dans le cadre de l'enquête ou de l'instruction⁸⁰⁹, même si cette solution est souvent critiquée⁸¹⁰, soit par la reconnaissance de l'effet rétroactif de la mesure de sûreté pour la

⁸⁰⁴ Voir J. CAZALA, « L'adage male captus bene detentus face au droit international » ; *JDI*, 2007, doct. n° 8.

⁸⁰⁵ Voir D. ROUGET, « Le respect du droit extraditionnel et les "extraditions déguisées" » ; *RTDH*, 1999, p. 169.

⁸⁰⁶ *Medvedyev*, gde ch. : *préc.*

⁸⁰⁷ Voir R. KOERING-JOULIN et J.-F. SEUVIC, « Droits fondamentaux et droit criminel » ; *AJDA*, 1998, p. 106.

⁸⁰⁸ Le Conseil constitutionnel n'applique pas en matière de privation de liberté de cliquet anti-retour, qui pourrait servir de palliatif à la non-rétroactivité [v. pour l'allongement de la durée de la rétention, déc. n° 2011-631 DC du 9 juin 2011 : *préc.* ; consid. n° 67 : « *qu'il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine de sa compétence, d'adopter des dispositions nouvelles dont il lui appartient d'apprécier l'opportunité et de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions, dès lors que, dans l'exercice de ce pouvoir, il ne prive pas de garanties légales des exigences constitutionnelles* »].

⁸⁰⁹ Ainsi, la Cour de cassation applique immédiatement une nouvelle réforme de la détention provisoire, quand bien même celle-ci est plus sévère du fait de la suppression de l'obligation pour le juge de prolonger la détention provisoire tous les quatre mois [Cass. crim., 19 juin 1971 ; *D.*, 1972, jur., p. 21, obs. J. PRADEL]. La même solution s'applique concernant la garde à vue, alors que la nouvelle loi diminue les garanties au profit du suspect [Cass. crim., 18 juil. 1995, n° 95-82.319 : *Bull. crim.*, n° 258].

⁸¹⁰ Pour la détention provisoire, voir J. PRADEL, obs. sous Cass. crim., 19 juin 1971 ; *D.*, 1972, jur., p. 21. Voir également V. BÜCK, *L'influence des cours constitutionnelles sur la politique pénale Étude comparée France – Espagne*, LGDJ, 2002. Celle-ci évoque notamment la position du Tribunal constitutionnel espagnol qui pour sa part applique le principe de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère à la détention provisoire, au motif que « *la détention provisoire est une décision judiciaire exceptionnelle qui a des incidences négatives sur la liberté personnelle de l'inculpé* » [Tribunal constitutionnel espagnol, 21 juil. 1987, STC 32/1987]. De manière plus précise et indépendamment de la privation de liberté, mais sur le fondement du principe du juge naturel et de la légalité criminelle, un auteur prône la non-rétroactivité des lois pénales de compétence [G. LEVASSEUR, « Réflexions sur la compétence : un aspect négligé du principe de la légalité » ; in *Mélanges Huguency, Problèmes contemporains de procédure pénale*, Sirey, 1964, p. 13]. V. pour une autre critique de la rétroactivité

privation de liberté entrant dans cette catégorie⁸¹¹, soit, pour le reste, par application du droit commun des conflits dans le temps, qui limite la non-rétroactivité⁸¹². En conséquence, la non-rétroactivité de la loi nouvelle plus sévère ne s'applique, dans le droit de la privation de liberté, que par l'entremise de la non-rétroactivité de la loi de pénalité.

205. **L'exception de la rétention de sûreté.** Le Conseil constitutionnel a découvert un cas de privation de liberté, la rétention de sûreté⁸¹³, dépourvu de la capacité à rétroagir⁸¹⁴. Cette solution ne se fonde pas sur la non-rétroactivité des lois pénales plus sévères, puisque le Conseil a écarté la qualification de peine, pour retenir prudemment celle de mesure de sûreté⁸¹⁵. La solution a bien un lien avec la privation de liberté, puisque le Conseil constitutionnel, antérieurement, n'avait pas édicté le même principe pour la surveillance judiciaire, simple restriction à la privation d'aller et venir⁸¹⁶, et la décision a visé de toute manière expressément la « *nature privative de liberté* »⁸¹⁷ de la rétention, à l'appui de son raisonnement. Toutefois, la simple privation de liberté ne suffit pas à écarter l'application rétroactive, le Conseil se référant en plus « *à la durée de cette privation, à son caractère renouvelable sans limite et au fait qu'elle est prononcée après une condamnation par une*

des lois pénales de forme, G. MATHIEU, « L'application de la loi pénale dans le temps (dans la perspective du nouveau code pénal) » ; *RSC*, 1995, p. 257.

⁸¹¹ V. pour l'admission de la rétroactivité de la simple restriction à la liberté d'aller et venir s'appliquant au terme de la peine, Cons. const., déc. n° 2005-527 DC du 8 déc. 2005 portant sur la loi relative au traitement de la récidive des infractions pénales : *J. O.*, 13 déc. 2005, p. 19162 ; *D.*, 2006, p. 966, comm. F. ROUVILLOIS ; *AJP*, 2007, p. 357, comm. M. HERZOG-EVANS (spéc. sur la prévention de la récidive) ; *ibid.*, p. 352, comm. D. BLANC (spéc. sur les peines minimales) ; *ibid.*, p. 356, comm. PH. BONFILS (spéc. sur le droit des mineurs) ; *ibid.*, p. 367, comm. C. MANZANERA (spéc. sur l'obligation de soins) ; consid. n° 15.

⁸¹² Voir L. BACH, « Conflits de lois dans le temps » ; *Rép. civ. Dalloz*.

⁸¹³ Loi n° 2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental [*J. O.*, 26 févr. 2008, p. 3266 ; *D.*, 2008, chron., p. 1000, comm. J. PRADEL ; *ibid.*, p. 873, obs. E. ALLAIN ; *AJP*, 2008, p. 161, comm. M. HERZOG-EVANS ; *ibid.*, p. 223, obs. É. SENNA ; *RSC*, 2008, p. 392, comm. PH. BONFILS ; *ibid.*, p. 873, comm. S. DETRAZ ; *AJDA*, 2008, p. 714, obs. P. JAN ; *AJP*, 2008, p. 176, comm. J.-L. SENON et C. MANZANERA ; *Gaz. Pal.*, 4 avr. 2009, comm. S. DE BENALCAZAR (spéc. sur le pan de l'irresponsabilité pénale) ; *ibid.*, 4 mars 2008, p. 2, comm. B. LAVIELLE ; *ibid.*, p. 10, comm. J. DANET ; *ibid.*, 7 juin 2008, p. 20, comm. G. CASILE-HUGUES ; *Procédures*, 2008, ét. n° 4, comm. J. BUISSON (spéc. sur le pan de l'irresponsabilité pénale) ; *Dr. pénal*, 2008, ét. n° 5, comm. H. MATSOPOULOU].

⁸¹⁴ Cons. const., déc. n° 2008-562 DC du 21 févr. 2008 portant sur la loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental : *J. O.*, 26 févr. 2008, p. 3272 ; *RSC*, 2008, p. 731, comm. CH. LAZERGES ; *D.*, 2008, p. 1359, comm. Y. MAYAUD ; *JCP*, 2008, actu., n° 166, obs. B. MATHIEU ; *JCP*, 2008, II, n° 10077, comm. J.-PH. FELDMAN. La mesure de sûreté, permise pour certaines infractions seulement, suppose que la décision de condamnation réserve la possibilité de recourir à la rétention, au terme de la peine. Le régime transitoire, censuré, visait à permettre son application pour les personnes condamnées antérieurement à la loi. L'application de la non-rétroactivité avait pour effet de rendre applicable la mesure de sûreté, uniquement pour les condamnations postérieures à l'entrée en vigueur de la loi.

⁸¹⁵ *Ibid.*, consid. n° 9 : « *qu'ainsi, la rétention de sûreté n'est ni une peine, ni une sanction ayant le caractère d'une punition* ». Le Conseil constitutionnel écarte en conséquence l'application de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen. Pour autant, il n'employait pas l'expression de mesure de sûreté.

⁸¹⁶ Voir déc. n° 2005-527 DC du 8 déc. 2005 : *préc.* ; consid. n° 15.

⁸¹⁷ Déc. n° 2008-562 DC du 21 févr. 2008 : *préc.* ; consid. n° 10.

juridiction »⁸¹⁸. Le caractère pénal⁸¹⁹ de la mesure justifie la solution, mais aussi la gravité de l'atteinte à la liberté individuelle. La découverte de ce cas de non-rétroactivité était finalement interprétée comme un moyen détourné pour le Conseil constitutionnel de neutraliser la mesure et d'exprimer son « *malaise* »⁸²⁰, ou comme une application pour le moins « *contradictoire* » des principes⁸²¹, comme si l'application à la norme privative de liberté de la non-rétroactivité, qui plus est de sûreté, restait anormale. Le défaut d'utilisation des textes fondamentaux protégeant la liberté individuelle pour dégager la solution, et même plus directement l'admission, plus implicite, de la rétroactivité d'un autre cas de détention pénale de sûreté prévu par la même loi⁸²², ainsi que le maintien ultérieur du principe de la rétroactivité de la mesure de sûreté pénale restrictive de liberté⁸²³, relativisent la portée de la décision et défendent d'en tirer un principe plus général de la non-rétroactivité de la loi privative de liberté plus sévère. La Cour européenne des droits de l'Homme a développé une position similaire⁸²⁴ concernant la rétention de sûreté allemande, directement fondée sur l'article 7 de la Convention, le fondement de la légalité criminelle, en requalifiant la mesure de sûreté en peine, au regard du régime d'exécution de la mesure, pas suffisamment différent de celui de la peine d'emprisonnement⁸²⁵.

⁸¹⁸ *Ibid.*

⁸¹⁹ La rétention de sûreté est en effet liée à une condamnation pénale antérieure. Ce lien, matérialisé par la réserve de la possibilité de recourir, au terme de la peine, à la rétention de sûreté, est indispensable à la conventionnalité de la privation de liberté [v. *infra*, n° 445 et s.].

⁸²⁰ V. le commentaire précité de CH. LAZERGES.

⁸²¹ V. le commentaire précité d'Y. MAYAUD.

⁸²² Voir CH. COURTIN, « La surveillance post-carcérale des personnes dangereuses et l'application de la loi pénale dans le temps » ; *Dr. pén.*, 2008, ét. n° 11. Le Conseil constitutionnel a en effet pris le soin de neutraliser uniquement l'application rétroactive de la rétention de sûreté dans son dispositif de droit commun, si bien qu'implicitement, l'application rétroactive de la surveillance de sûreté prononcée à titre de sanction des obligations de contrôle de l'individu, permise par la loi, semblait admise [art. 706-53-19 CPP].

⁸²³ Alors qu'elle avait d'abord défendu la position inverse, la Chambre criminelle a estimé que les mesures de contrôle, créées par la même loi et pouvant être prononcées contre l'aliéné criminel déclaré irresponsable pénalement à la suite de la nouvelle procédure contradictoire [art. 706-135 CPP et s.], étaient des mesures de sûreté, maintenant la distinction classique entre peine et mesure de sûreté [Cass. crim., 16 déc. 2009, n° 09-85.153 : *Bull. crim.*, n° 216 : *Dr. pénal*, 2010, étu. n° 4, comm. H. MATSOPOULOU].

⁸²⁴ L'aggravation de la durée légale maximale de la rétention de sûreté, applicable au terme de la peine, ne peut concerner les personnes condamnées avant l'entrée en vigueur de la loi.

⁸²⁵ CEDH, sect. V, 17 déc. 2009, *M. c. Allemagne*, req. n° 19359/04 : *Rec. CEDH* ; *AJP*, 2010, p. 129, comm. J. LEBLOIS-HAPPE ; *RSC*, 2010, p. 236 [sur l'art. 7] et p. 228 [sur l'art. 5], obs. D. ROETS ; *D.*, 2010, p. 737, note J. PRADEL ; *JCP*, 2010, n° 334, note M. GIACOPELLI ; *Dr. pén.*, 2010, ét. n° 9, note L. GRÉGOIRE et F. BOULAN ; *AJP*, 2010, p. 389, obs. É. PÉCHILLON ; § 127 : « *il est frappant de constater que les personnes en détention de sûreté sont incarcérées dans des prisons ordinaires, même si elles le sont dans des ailes séparées. Les modifications minimales dont elles bénéficient par rapport au régime de détention des détenus ordinaires purgeant leur peine, comme des privilèges tels que le droit de porter leurs propres vêtements et d'aménager leurs cellules plus confortables, ne sauraient cacher qu'il n'existe aucune différence fondamentale entre l'exécution d'une peine d'emprisonnement et celle d'une ordonnance de placement en détention de sûreté. En témoigne aussi le fait que la loi sur l'exécution des peines contient très peu de dispositions consacrées expressément à l'exécution des ordonnances de placement en détention de sûreté et que, en dehors de celles-ci,*

206. La non-rétroactivité de la rétention de sûreté apparaît au final, dans les deux jurisprudences, en lien avec la non-rétroactivité de la loi pénale de fond plus sévère, sans remise en cause du principe général de la rétroactivité de la loi privative de liberté. La non-rétroactivité est principalement cantonnée à sa justification pénale, prévenir avant de frapper, pour permettre à l'individu de régler sa conduite et les autres intérêts du principe, servant à assurer une sécurité juridique maximale en cas d'atteinte grave à la liberté individuelle ou encore à modérer l'effet des réformes législatives excessives, ne justifient pas son extension à la privation de liberté.

207. **Le développement du critère de prévisibilité comme palliatif à la non-rétroactivité de la loi privative de liberté plus sévère.** Dans la décision *M. contre Allemagne*, la Cour était aussi saisie de la violation de l'article 5 § 1^{er}, sous l'angle de la prévisibilité, pour la même application rétroactive de la loi⁸²⁶, qui avait justifié la violation de l'article 7. La Cour reconnaissait qu'un tel changement était de nature à heurter le principe⁸²⁷, mais éludait la critique, se cachant derrière l'autre violation de l'article 5 § 1^{er} causée par la perte du lien de causalité de la privation de liberté⁸²⁸, sans trancher la question de la rétroactivité. La remise en cause de l'application immédiate de la loi pénale de forme, spécialement lorsqu'elle concerne la privation de liberté⁸²⁹, et le développement de la prévisibilité, dans une dimension rétrospective⁸³⁰, pour les autres cas, permettraient d'importer la non-rétroactivité à la norme privative de liberté.

ce sont celles relatives à l'exécution des peines d'emprisonnement qui s'appliquent mutatis mutandis ». – CEDH, sect. V, 24 nov. 2011, *O. H. c. Allemagne*, req. n° 4646/08, en angl. : *D.*, actu., 9 déc. 2011, obs. O. BACHELET. – CEDH, sect. V, 28 juin 2012, *S. c. Allemagne*, req. n° 3300/10, en angl. – CEDH, sect. V, 13 janv. 2011, *Schummer c. Allemagne (n° 1)*, req. n°s 27360/04 et 42225/07, en angl.

⁸²⁶ *V. supra*, note n° 824.

⁸²⁷ *M. c. Allemagne : préc.* ; § 104 : la Cour doutait « sérieusement que le requérant ait pu à l'époque des faits prévoir à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause que les infractions qu'il avait commises lui vaudraient de subir une détention de sûreté d'une durée illimitée » et « qu'il pouvait prévoir que les dispositions de loi applicables seraient amendées avec effet immédiat après qu'il eut commis ces infractions »

⁸²⁸ La Cour européenne estime que le maintien de la rétention de sûreté au-delà de la durée maximale prévue au moment de la condamnation rompt le lien de causalité entre la décision de condamnation et la rétention de sûreté, condition nécessaire à sa conventionalité [v. *infra*, n° 445 et s.].

⁸²⁹ La non-rétroactivité de la privation de liberté serait ainsi réglée dans le cadre du conflit de lois identifié classiquement, en se plaçant à la date de commission de l'infraction.

⁸³⁰ Celle-ci servirait alors à rejeter l'application de la loi privative de liberté plus sévère et à maintenir la loi en vigueur lors du placement en détention.

208. **L'extension du domaine de la non-rétroactivité de la loi pénale de fond plus sévère à l'application des peines.** À la différence du Conseil constitutionnel⁸³¹, la Cour européenne des droits de l'Homme ne défendait pas une vision extensive de la non-rétroactivité de la loi de pénalité prévue par l'article 7 de la Convention, puisque, si la Cour a étendu, sur ce fondement, le contrôle de l'appréciation fixe de la prévisibilité à l'aménagement de la peine, elle a refusé d'appliquer la non-rétroactivité à la loi d'aménagement de peine plus sévère, dans une position ferme concernant les remises de peine facultatives⁸³², ou l'obtention d'une libération conditionnelle facultative⁸³³, confirmant la jurisprudence de la Commission⁸³⁴. Ce dogme a été nuancé par la Cour, qui distingue désormais la « *mesure prise pendant l'exécution d'une peine [portant] uniquement sur les modalités d'exécution de celle-ci* », qui ne rentre toujours pas dans le champ de l'article 7, de celle qui « *affecte au contraire la portée* » de la peine, dont la modification rétroactive⁸³⁵ plus sévère caractérise non seulement une violation de l'article 7, mais entraîne au surplus une violation de l'article 5, pour la partie de peine supplémentaire exécutée et générée par l'application rétroactive de la loi plus sévère⁸³⁶. Si la Cour a rendu un arrêt forcément

⁸³¹ Le Conseil constitutionnel défend pour sa part une vision plus large puisqu'il applique la non-rétroactivité de la loi pénale « *au régime des mesures de sûreté qui [...] assortissent [les peines prononcées par les juridictions répressives]* » [Cons. const., déc. n° 93-326 DC du 11 août 1993 portant sur la loi modifiant la loi n° 93-2 du 4 janv. 1993 portant réforme du Code de procédure pénale : *J. O.*, 15 août 1993, p. 11599 ; *RFD const.*, 1993, p. 848, note TH. RENOUX ; consid. n° 28 ou Cons. const., déc. n° 93-334 DC du 20 janv. 1994 relative à la loi instituant une peine incompressible et relative au nouveau Code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale : *J. O.*, 26 janv. 1994, p. 1380 ; *RFD const.*, 1994, p. 353, note TH. RENOUX ; *D.*, 1995, p. 340, obs. TH. RENOUX ; *ibid.*, p. 293, obs. É. OLIVA ; consid. n° 13].

⁸³² CEDH, gde ch., 12 févr. 2008, *Kafkaris c. Chypre*, req. n° 21906/04 : *Rec. CEDH*, 2008 : *RSC*, 2008, p. 692, obs. D. ROETS. – CEDH, sect. V, 1^{er} avr. 2008, *Monne c. France*, req. n° 39420/06, *déc.* La décision portait sur le crédit de peine supplémentaire.

⁸³³ CEDH, sect. IV, 29 nov. 2005, *Uttley c. Royaume-Uni*, req. n° 36946/03, *déc.* – CEDH, sect. V, 6 sept. 2011, *Muller c. République Tchèque*, req. n° 48058/09, *déc.* – CEDH, sect. IV, 23 oct. 2012, *Giza c. Pologne*, req. n° 1997/11, *déc.*, en angl.

⁸³⁴ Celle-ci écartait par principe l'application de l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'Homme à la matière de l'aménagement des peines [Comm.EDH, 15 janv. 1997, *L.-G. R. c. Suède*, req. n° 27032/95, en angl.], ce que la jurisprudence de la Cour avait d'abord adopté [CEDH, sect. I, 10 juil. 2003, *Grava c. Italie*, req. n° 43522/98 ; § 57]. Si elle avait maintenu ces solutions dans les arrêts précités *Uttley* et *Kafkaris*, au moins la Cour se livrait-elle à un examen plus rigoureux, montrant qu'elle n'entendait plus écarter par principe la matière de l'aménagement des peines du champ de l'article 7.

⁸³⁵ Le changement du droit de l'aménagement des peines doit être postérieur à la condamnation. Tel n'est pas le cas de la rectification de l'erreur du parquet dans le cumul de peines, en raison de l'absence de prise en compte d'une jurisprudence prévisible antérieure à la condamnation, par une juridiction, postérieurement à la condamnation [CEDH, sect. II, 29 avr. 2008, *Garagin c. Italie*, req. n° 33290/07, *déc.*].

⁸³⁶ CEDH, gde ch., 21 oct. 2013, *Del Rio Prada c. Espagne*, req. n° 42750/09 ; § 90. La modification du droit de l'aménagement de peine soumise au principe de non-rétroactivité concernait une modification de la jurisprudence espagnole, servant à calculer la durée des réductions de peines, accordées en contrepartie du travail pénitentiaire. La modification avait abouti, en l'espèce, à étendre de neuf ans la durée de la peine. La décision européenne, qui confirmait l'arrêt de section [CEDH, sect. III, 10 juil. 2012, *Del Rio Prada c. Espagne*, req. n° 42750/09], était d'autant plus importante, qu'elle aboutissait à contraindre l'Espagne à libérer des dizaines de détenus, condamnés pour des infractions graves. La Grande chambre et la section avaient d'ailleurs,

complexe, concernant une solution prêtant le flanc à polémique, mais en plus faisant évoluer sa jurisprudence, et mêlant deux problèmes juridiques, soit l'incorporation de l'aménagement des peines à l'article 7 et la soumission de la jurisprudence à la même disposition, c'est bien l'acquisition des jours de remise de peine en vertu de l'application du droit antérieur, compromise par la modification jurisprudentielle, qui motive la censure⁸³⁷. En conséquence, on ne saurait interpréter cette décision comme permettant d'étendre le principe de non-rétroactivité à la modification du droit de l'aménagement des peines aggravant les conditions d'octroi d'un aménagement de peine non acquis au moment de la modification et facultatif⁸³⁸. Reste que la décision aboutit malgré tout à étendre le champ de la non-rétroactivité en matière de privation de liberté, principe qui s'étend aussi lui-même en dehors du droit pénal⁸³⁹ dans la construction du principe de sécurité juridique⁸⁴⁰, extensions qui militent pour appliquer la non-rétroactivité à l'encadrement normatif d'une mesure aussi afflictive que la privation de liberté.

209. **Le rapprochement de la mesure de sûreté et de la peine.** D'ailleurs, les différences entre peine d'emprisonnement et mesure de sûreté s'atténuent déjà largement, pour réduire la fracture de la matière de la privation de liberté⁸⁴¹ et remettre en cause la distribution classique des principes fondamentaux. Si on ne peut affirmer que l'ensemble des principes cardinaux du droit pénal ne se justifie que par la possibilité de prononcer une peine d'emprisonnement⁸⁴², il est tout autant difficile d'exclure que ceux-ci, formulés au même moment que le développement du recours à la privation de liberté à titre de sanction⁸⁴³, y soient parfaitement étrangers. Sur le fondement de la sûreté, l'extension de la

sur le fondement de l'article 46 de la Convention, adopté une mesure individuelle tenant dans la libération du requérant.

⁸³⁷ *Del Rio Prada*, gde ch. : *préc.* ; § 106.

⁸³⁸ Une telle décision est de nature à faire naître un contrôle plus sévère des décisions internationales de transfèrement sur le fondement de l'article 7, notamment en cas de perte, par l'application du droit étranger plus sévère, de mesures d'aménagement de peine obligatoires, ce que la Cour avait précédemment rejeté [CEDH, sect. II, 27 juin 2006, *Szabo c. Suède*, req. n° 28578/03, *déc.*].

⁸³⁹ V. par ex. pour son application à la loi de validation administrative, Cons. const., *déc.* n° 95-369 DC du 28 déc. 1995 portant sur la loi de finances pour 1996 : *J. O.*, 31 déc. 1995, p. 19099.

⁸⁴⁰ Voir A.-L. VALEMBLOIS, « La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français » ; CCC, 2005, n° 17.

⁸⁴¹ Une telle conception viendrait porter un coup décisif à la distinction entre la mesure de sûreté et la peine, dont la principale différence de régime réside dans le champ d'application du principe de non-rétroactivité. Cette distinction est toutefois déjà largement fragilisée par le principe de la non-rétroactivité de la détention pénale de sûreté, comme par la reconnaissance dans la jurisprudence constitutionnelle du caractère non-rétroactif de la mesure de sûreté interdisant l'aménagement de la peine privative de liberté, et plus décisivement encore, par la requalification de la peine perpétuelle en mesure de sûreté dans la jurisprudence européenne [v. *infra*, n° 771 s.]. V. sur la montée en puissance de la prise en compte de la dangerosité dans la peine, *infra*, n° 512 et s.].

⁸⁴² Ne serait-ce que parce que la condamnation emporte des effets autres que l'application de la peine prononcée.

⁸⁴³ Le recours à la privation de liberté à titre de peine date de la Révolution française.

non-rétroactivité à la privation de liberté, même non conditionnée par une condamnation pénale, par exemple lorsque la loi postérieure au placement prolonge la durée maximale de celle-ci, ou modifie restrictivement les conditions d'obtention de la libération, n'apparaît pas insurmontable. Une telle extension n'existe pas aujourd'hui, nouvel élément n'allant pas dans le sens de l'établissement d'un véritable droit fondamental à la sûreté. En cas de défaut de qualité de la loi, il appartient au juge de la privation de liberté de remédier à la carence législative.

B) Le correctif au défaut de qualité de la loi : l'interprétation juridictionnelle étroite de la privation de liberté

210. **La lutte contre l'arbitraire : le respect de la *ratio legis*.** La *ratio legis*, la raison pour laquelle le législateur a adopté la loi, doit être respectée, sous peine de faire échec à la délimitation de la privation de liberté qu'il a établie, dans le respect des principes cardinaux encadrant la privation de liberté. Lorsque la loi est suffisamment prévisible, l'interprétation littérale assure le respect de la volonté du législateur justement retranscrite et écarte l'arbitraire judiciaire. Lorsque la qualité de la loi est défectueuse, le correctif de l'arbitraire législatif réside dans l'obligation pour le juge de la privation de liberté d'interpréter étroitement⁸⁴⁴ les critères législatifs de la privation de liberté (1). Au-delà, le juge judiciaire doit également sanctionner le détournement de la privation de liberté pour prévenir l'arbitraire de l'autorité d'application (2).

⁸⁴⁴ La Cour européenne des droits de l'Homme se réfère elle-même à la notion d'interprétation « étroite » dans sa tâche d'interprétation de la liste de l'article 5 [CEDH, gde ch., 13 déc. 2012, *El-Masri c. « L'Ex-République Yougoslave de Macédoine »*, req. n° 39630/09 : *Rec. CEDH*, 2012 ; *RFDA*, 2013, p. 576, chron. H. LABAYLE et F. SUDRE ; *AJDA*, 2013, p. 165, chron., obs. L. BURGORGUE-LARSEN ; *JCP*, 2013, doct. n° 64, chron. F. SUDRE ; *ibid.*, 2013, n° 58, obs. G. GONZALES]. Si l'expression pourrait apparaître plus sévère encore que la notion d'interprétation stricte, la Cour ne vise pas non plus la notion d'interprétation restrictive.

1) L'obligation pour le juge de la privation de liberté d'interpréter étroitement les critères législatifs de la privation de liberté

211. **L'interprétation restrictive du juge national de la loi privative de liberté : le remède du manquement législatif.** Le principe d'interprétation restrictive, qui rappelle l'interprétation stricte en droit pénal en lien avec la légalité criminelle⁸⁴⁵, et semble même plus fort, s'impose au juge interne dans son interprétation de la loi privative de liberté⁸⁴⁶, dès lors qu'elle instaure une exception à la liberté d'aller et venir. Il s'agit d'abord pour le juge de la privation de liberté de rejeter toute interprétation large⁸⁴⁷ et toute interprétation analogique des conditions permettant le recours à la privation de liberté. Plus que l'interprétation stricte, l'interprétation restrictive permet de corriger le critère législatif trop large, ce que la Cour de cassation a déjà réalisé pour le dégrisement⁸⁴⁸, pour lequel elle a rajouté à la loi l'exigence du caractère « *manifeste* »⁸⁴⁹ de l'ivresse publique.

212. **L'interprétation étroite de la Cour européenne des droits de l'Homme de la liste de l'article 5 § 1^{er} : le pragmatisme.** La Cour européenne des droits de l'Homme s'impose à elle-même une interprétation « *étroite* » de la liste de l'article 5 § 1^{er}, selon les propres termes de sa jurisprudence⁸⁵⁰, et s'interdit toute analogie, en conférant un caractère exhaustif à cette liste, principes régulièrement rappelés dans la jurisprudence de la Cour⁸⁵¹. En réalité, l'utilisation de ces principes lui sert principalement à établir les limites

⁸⁴⁵ V. sur le principe, R. KOERING-JOULIN et J.-F. SEUVIC, « Droits fondamentaux et droit criminel » ; *AJDA*, 1998, p. 106.

⁸⁴⁶ CEDH, sect. I, 2 déc. 2010, *Jusic c. Suisse*, req. n° 4691/06 ; § 79 : la Cour européenne des droits de l'Homme posait l'obligation pour le juge interne d'adopter une « *interprétation restrictive* » de la privation de liberté.

⁸⁴⁷ Implicitement, le principe figure dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui, censurant un projet de loi du fait de son imprécision, notait l'interprétation large qu'il permettait [déc. n° 83-164 DC du 29 déc. 1983 : *préc.*]. Le principe se retrouve dans certaines décisions du fond [v. par ex. TGI Paris, 5 déc. 1988 ; *D.*, 1990, jur., p. 268, obs. J. PRÉVAULT]. La juridiction rappelle que le critère permettant l'internement d'urgence en cas de « *danger immédiat* », doit s'interpréter strictement, sans quoi il serait conféré aux commissaires de police, compétents alors pour décider cet internement en urgence, « *des pouvoirs exorbitants, pouvant porter atteinte à la liberté des personnes souffrant provisoirement ou définitivement d'une maladie mentale ne présentant aucun danger pour l'ordre public* »].

⁸⁴⁸ Art. L. 3341-1 CSP : la rétention est possible en cas d'« *ivresse publique* ».

⁸⁴⁹ Cass. crim., 11 janv. 2001, n° 00-82.024 : *Bull. crim.*, n° 7 ; *Dr. pén.*, 2001, comm. n° 107, obs. A. MARON.

⁸⁵⁰ *El-Masri* : *préc.* La méthode d'interprétation serait en conséquence plus sévère que l'interprétation stricte.

⁸⁵¹ V. pour une répétition récente de ces principes, *El-Masri*, gde ch. : *préc.* ; § 230 : « *Atteste de l'importance de la protection accordée à l'individu contre l'arbitraire le fait que l'article 5 § 1 dresse la liste exhaustive des circonstances dans lesquelles un individu peut être légalement privé de sa liberté, étant bien entendu que ces circonstances appellent une interprétation étroite puisqu'il s'agit d'exceptions à une garantie fondamentale de la liberté individuelle* ».

indépassables de chaque cas de détention, sous peine de caractériser un cas de privation de liberté illégitime⁸⁵². Derrière l'affirmation, la Cour européenne des droits de l'Homme a toujours recouru à des contorsions, pour admettre les cas répandus dans les États, pourtant non expressément visés par la lettre de la Convention. Ainsi a-t-elle admis que la privation de liberté « *après condamnation* » serve à fonder la détention de sûreté pénale⁸⁵³, que la privation de liberté de l'« *alcoolique* » serve au dégrisement⁸⁵⁴, ou encore que la détention pour exécution d'une « *obligation prévue par la loi* » serve à une détention de sûreté policière, destinée à empêcher la commission imminente d'une infraction⁸⁵⁵. C'est que la liste n'est pas interprétée comme une sélection des cas de privation de liberté autorisés, mais plutôt comme une synthèse imparfaite des cas répandus en Europe, qu'il est possible de parachever.

213. L'interprétation extensive des garanties assurant la lutte contre l'arbitraire. L'impératif de la lutte contre l'arbitraire, consacré à l'article 66 de la Constitution, impose une interprétation extensive des garanties protectrices de la liberté individuelle pour le juge interne, conformément à l'interprétation téléologique. Le Conseil constitutionnel a lui-même pratiqué cette interprétation concernant l'effet le plus spectaculaire de l'article 66 de la Constitution, permettant la transformation de l'incise y figurant, « *gardienne de la liberté individuelle* », en un *Habeas corpus* général : « *la liberté individuelle ne peut être tenue pour sauvegardée que si le juge intervient dans le plus court délai possible* »⁸⁵⁶. Sauf ce cas, l'interprétation extensive de l'article 66 de la Constitution a peu prospéré dans la jurisprudence constitutionnelle⁸⁵⁷. Les exemples d'interprétation extensive des garanties protégeant la liberté individuelle afin d'assurer la lutte contre

⁸⁵² Ainsi, la Cour a rappelé que l'article 5 § 1^{er}-c) de la Convention ne doit permettre en aucun cas « *une politique de prévention générale dirigée contre une personne ou catégorie de personnes qui [...] se révèlent dangereuses par leur propension permanente à la délinquance* » [CEDH, plén., 6 nov. 1980, *Guzzardi*, req. n° 7367/76 : *Rec. CEDH*, série A, n° 39 ; § 102]. De la même manière, l'article 5 § 1^{er}-e) ne doit pas permettre de priver de liberté « *quelqu'un du seul fait que ses idées ou son comportement s'écartent des normes prédominant dans une société donnée* » [CEDH, ch., 24 oct. 1979, *Winterwerp*, req. n° 6301/73 : *Rec. CEDH*, série A, n° 33 ; § 37]. De la même manière, la privation de liberté après condamnation de l'article 5 § 1^{er}-a) est conditionnée à « *l'établissement légal d'une infraction pénale ou, le cas échéant, disciplinaire* » et ne saurait permettre « *une mesure préventive ou de sûreté* » [*Guzzardi* : *préc.* ; § 100].

⁸⁵³ V. par ex. *M. c. Allemagne* : *préc.* et *infra*, n° 437 et s.

⁸⁵⁴ V. CEDH, sect. II, 4 avr. 2000, *Witold Litwa c. Pologne*, req. n° 26629/95 et *infra*, n° 420.

⁸⁵⁵ V. CEDH, sect. V, 7 mars 2013, *Ostendorf c. Allemagne*, req. n° 15598/08, en angl. : *RSC*, 2013, p. 653, note J.-P. MARGUÉNAUD ; *D.*, actu., 13 mars 2013, obs. O. BACHELET et *infra*, n° 378.

⁸⁵⁶ Cons. const., déc. n° 79-109 DC du 9 janv. 1980 portant sur la loi relative à la prévention de l'immigration clandestine et portant modification de l'ord. n° 45-2658 du 2 nov. 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers et portant création de l'Office national d'immigration : *J. O.*, 11 janv. 1980, p. 84 ; consid. n° 4.

⁸⁵⁷ Qu'il s'agisse de la légalité de la privation de liberté [v. *supra*, n° 194], ou de la compétence de son contrôle par l'autorité judiciaire [v. *infra*, n° 877 et s.].

l'arbitraire ne sont pas non plus nombreuses dans la jurisprudence judiciaire⁸⁵⁸. La Cour européenne des droits de l'Homme a plus largement développé cette méthode d'interprétation téléologique, en étendant son contrôle général de la privation de liberté, sous l'angle de l'article 5 § 1^{er}, à des éléments absents du texte de la Convention, directement fondés sur la lutte contre l'arbitraire⁸⁵⁹. L'un de ces éléments, la loyauté dans l'arrestation, s'inscrit dans la sanction du détournement de la privation de liberté, dernier élément de la sécurité juridique, en lien avec la légalité, pour assurer une application de la privation de liberté en conformité avec sa *ratio legis*.

2) La sanction du détournement de la privation de liberté

214. **Les hypothèses sanctionnées par la Cour européenne.** La Cour européenne des droits de l'Homme dispose du pouvoir de qualification du cas de privation de liberté⁸⁶⁰, qu'il s'agisse de sanctionner, dans un premier cas de détournement de la privation de liberté, l'usage dévoyé d'un régime seulement restrictif de la liberté d'aller et venir⁸⁶¹ sur le fondement de l'article 5 § 1^{er}(⁸⁶²), ou, dans un deuxième cas, l'utilisation des formes licites d'un cas de privation de liberté dans un objectif différent que celui prévu par la Convention⁸⁶³, sur le fondement de la combinaison des articles 18(⁸⁶⁴) et 5 de la Convention

⁸⁵⁸ Le plus important, réside, sans doute, dans l'utilisation de l'article 66 par le juge de la prolongation de la détention administrative de l'étranger, pour accroître l'étendue de son contrôle, notamment à la régularité de la procédure précédant son intervention [v. *infra*, n° 934 et s.].

⁸⁵⁹ V. pour la synthèse de la jurisprudence de la Cour, les principes généraux de l'arrêt *Saadi* [CEDH, gde ch., 29 janv. 2008, *Saadi c. Royaume-Uni*, req. n° 13229/03 : *Rec. CEDH* ; *AJDA*, 2008, p. 978, chron. J.-F. FLAUS]. V. *supra*, n° 74.

⁸⁶⁰ V. par ex. CEDH, sect. II, 20 sept. 2007, *Gurcegiz et autres c. Turquie*, req. n° 30245/02. La détention provisoire était requalifiée de détention policière du fait des interrogatoires policiers qui étaient réalisés durant celle-ci. – V. pour un cas de détention administrative utilisé en réalité pour interroger le suspect d'un meurtre, sans respecter les droits de la défense, CEDH, sect. V, 19 févr. 2009, *Doronine c. Ukraine*, req. n° 16505/02, en angl.

⁸⁶¹ V. CEDH, sect. I, 24 janv. 2008, *Riad et Idiab c. Belgique*, req. n°s 29787/03 et 29810/03 : en l'espèce, la Cour censurait une pratique résidant dans le maintien en zone internationale de transit, mesure qui demeure pourtant privative de liberté, de l'étranger relâché d'un centre fermé. V. pour une application française, TA Lille, 10 nov. 1994, *Zitouni, Khaled Sedhjerari et Omar Saker*, 3 espèces ; *AJDA*, 1995, p. 68, obs. L.-D. LAUGIER : ainsi, si l'article 2 du décret n° 46-448 du 18 mars 1946 permettait d'astreindre à résidence des étrangers, le juge administratif a refusé qu'il permette de maintenir les étrangers dans le périmètre clos d'une caserne.

⁸⁶² Dans ce cas, la privation de liberté ne respecte pas le droit interne.

⁸⁶³ Cette hypothèse relève de ce qu'on qualifie en droit administratif de détournement de pouvoir, ou de ce qu'un auteur qualifiait en procédure pénale d'« abus » [B. BOULOC, « Les abus en matière de procédure pénale » ; *RSC*, 1991, p. 221].

⁸⁶⁴ Celui-ci réprime plus généralement tout détournement d'une ingérence autorisée par la Convention et peut en conséquence s'employer en combinaison avec les autres dispositions de la Convention. L'article dispose que « les restrictions qui, aux termes de la présente Convention, sont apportées auxdits droits et libertés ne peuvent être appliquées que dans le but pour lequel elles ont été prévues ».

en cas de poursuite d'un but illégitime⁸⁶⁵, ou sur le fondement de l'article 5 seul, lorsque l'emploi du cas d'emprunt sert uniquement à se dispenser des formes prescrites par le juste cas de détention⁸⁶⁶. La sanction du détournement de la privation de liberté est insuffisamment implantée en droit français, comme le montrent les exemples de la garde à vue de l'étranger en situation irrégulière (a), ou encore de l'arrestation de l'étranger en situation irrégulière en préfecture (b).

a. *L'insuffisance du droit français : la garde à vue de l'étranger en situation irrégulière*

215. **La validation française.** La garde à vue de l'étranger, du seul fait de sa situation irrégulière directement incriminée⁸⁶⁷, servait souvent à la préparation de son éloignement et permettait d'allonger la durée de la rétention administrative, tout en retardant

⁸⁶⁵ CEDH, sect. I, 19 mai 2004, *Goussinski c. Russie*, req. n° 70276/01 : *Rec. CEDH*, 2004-IV ; *RSC*, 2005, p. 630, chron. F. MASSIAS : cette combinaison permettait à la Cour de condamner un État utilisant la détention provisoire comme moyen d'intimidation, afin de contraindre l'individu à effectuer une opération économique. – CEDH, sect. IV, 13 nov. 2007, *Cebotari c. la Moldavie*, req. n° 35615/06, en angl. : Ces mêmes fondements ont permis également à la Cour de censurer une détention provisoire, réalisée à l'occasion d'une procédure pénale, destinée en réalité à contraindre le prévenu à abandonner une action devant la Cour européenne des droits de l'Homme. – CEDH, sect. I, 31 mai 2011, *Khodorkovskiy c. Russie*, req. n° 5829/04, en angl. Le requérant doit alors apporter des éléments sérieux montrant le détournement, et la qualité d'opposant politique fortuné ne saurait suffire à montrer le détournement.

⁸⁶⁶ CEDH, 18 déc. 1986, *Bozano c. France*, req. n° 9990/82 : *Rec. CEDH*, série A, n° 111. L'État justifiait la privation de liberté du requérant sur l'exécution forcée d'une procédure d'expulsion. Pour la Cour, « *il s'agissait en réalité d'une mesure d'extradition déguisée [...] et non d'une détention nécessaire dans le cadre normal d'une procédure d'expulsion* ». Puisque la procédure d'extradition prévue par la loi française n'a pas été respectée, il y a violation de l'article 5 de la Convention pour non-respect des voies légales. – *Khodorkovskiy : préc.* Les policiers en urgence avaient réalisé une convocation à témoin pour le requérant, dont ils savaient qu'il ne se trouvait pas à son domicile, afin, une fois constaté son défaut de comparution, de pouvoir l'arrêter sur le fondement de l'article 5 § 1^{er}-b), pour le forcer à témoigner et le rapatrier sur Moscou, où ils débutèrent seulement la garde à vue. Leur intention originelle d'interroger le requérant comme suspect apparaissait clairement alors qu'un document de neuf pages précisant les éléments à charge avait été rédigé avant l'arrestation. – CEDH, sect. V, 3 juil. 2012, *Lutsenko c. Ukraine*, req. n° 6492/11, en angl. ; § 62 et s. En l'espèce, la garde à vue du requérant visait à assurer sa traduction devant le juge, dans le cadre d'une autre affaire. – CEDH, sect. II, 13 janv. 2009, *Giorgi Nikolaishvili c. Géorgie*, req. n° 37048/04, en angl. L'arrestation du suspect, pour des faits anciens, qui n'avaient pas fait l'objet de poursuite auparavant, était motivée en réalité par la volonté de faire pression sur son frère, en fuite, dans le cadre d'une autre procédure.

⁸⁶⁷ L'ancien art. L. 621-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile punissait d'un an et 3.750 € l'étranger qui a pénétré ou séjourné illégalement en France. La pénalisation de la simple situation irrégulière est désormais abrogée [loi n° 2012-1560 du 31 déc. 2012 relative à la retenue pour vérification du droit au séjour et modifiant le délit d'aide au séjour irrégulier pour en exclure les actions humanitaires et désintéressées : *J. O.*, 1^{er} janv. 2013, p. 48 ; *AJP*, 2013, p. 8, comm. R. PARIZOT ; *RSC*, 2013, p. 421, note N. CATELAN ; *Gaz. Pal.*, 12 mars 2013, comm. L. ROBERT et P. GAGNOUD ; *JCP*, 2013, n° 74, obs. N. GUIMEZANES ; *Procédures*, 2013, comm. n° 52, obs. J. BUISSON ; *Dr. admin.*, 2013, comm. n° 23, note V. TCHEN].

la première intervention du juge judiciaire en *Habeas corpus*⁸⁶⁸. La Cour de cassation se contentait de valider une telle procédure, dès lors que la durée légale de la garde à vue n'était pas dépassée, opérant un simple contrôle de la légalité formelle, y compris lorsque le détournement était flagrant, du fait de l'absence de réalisation de tout acte d'enquête⁸⁶⁹. Une circulaire du 21 février 2006 du ministre de l'Intérieur et du ministre de la Justice encourageait même cette dérive⁸⁷⁰. En rejetant tout contrôle malgré le détachement de la privation de liberté des nécessités de l'enquête, ce n'était pas simplement un pouvoir discrétionnaire du placement en garde à vue qui était délégué à l'officier de police judiciaire, mais un pouvoir arbitraire⁸⁷¹.

216. La remise en cause de la garde à vue de l'étranger en simple situation irrégulière déconnectée de la protection de la liberté individuelle. Si l'année 2012 a été marquée par l'interdiction de la garde à vue de l'étranger en raison de sa simple situation irrégulière, cette remise en cause ne s'est en aucun cas fondée sur les principes de la privation de liberté. Elle constitue malgré tout une illustration particulière d'encadrement de la privation de liberté par le droit communautaire⁸⁷². L'arrêt *El Dridi*⁸⁷³ de la Cour de justice de

⁸⁶⁸ Le législateur lui-même organise pour d'autres cas de privation de liberté l'imputation de la durée de la première rétention sur la seconde, prévenant tout risque de détournement. Ainsi, la durée de la vérification d'identité [art. 78-4 CPP] et de la retenue douanière [art. 323 du Code des douanes] s'imputent sur la durée d'une éventuelle garde à vue consécutive.

⁸⁶⁹ Cass. mixte, 7 juil. 2000, n° 98-50.007 : *Bull. crim.*, n° 257 ; *JCP*, 2000, II, n° 10418, note O. GUÉRIN ; *Procédures*, 2001, comm. n° 17, note J. BUISSON ; *RSC*, 2001, p. 189, obs. A. GIUDICELLI. En l'espèce, entre l'audition de l'individu réalisée en garde à vue et la fin de la mesure, dix-neuf heures s'étaient déroulées sans aucun acte d'enquête, ne laissant guère de doute sur la finalité de cette mesure. – Cass. civ. II, 7 juin 2001, n° 00-50.071 : *inédit*. La première chambre civile de la Cour de cassation, saisie de la prolongation de la rétention de l'étranger, appliquait la même solution à la garde à vue antérieure. – Cass. civ. I, 25 nov. 2009, n° 08-20.417 : *inédit*. – Cass. civ. I, 11 mai 2012, n° 11-15.267 : *inédit*.

⁸⁷⁰ Voir P.-J. DELAGE, « La liberté individuelle sacrifiée (à propos de la circulaire n° NOR : JUSD0630020C du 21 février 2006) » ; *Dr. pén.*, 2006, chron. n° 21. La circulaire affirmait qu'il est « parfaitement licite, pour un officier de police judiciaire dont c'est le pouvoir propre, de placer en garde à vue une personne se trouvant en situation irrégulière quand bien même cette mesure déboucherait sur un classement sans suite, pour laisser prospérer la seule procédure administrative d'éloignement du territoire ».

⁸⁷¹ La Cour de cassation retenait aussi que le placement en garde à vue n'était pas nécessaire pour retenir l'étranger dans l'attente de la décision de placement en rétention administrative, notamment lorsque l'étranger reconnaissait son séjour irrégulier dès son interpellation et reconnaissait en conséquence la possibilité dans ce cas d'une rétention *sui generis* provisoire [Cass. civ. I, 25 nov. 2009, n° 08-20.294 : *inédit* ; *Dr. pén.*, 2010, comm. n° 11, obs. A. MARON et M. HAAS].

⁸⁷² Le principe était tiré de l'interprétation de la directive n° 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 déc. 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier.

⁸⁷³ CJUE, 28 avr. 2011, *El Dridi*, n° C-61/11 PPU : *AJP*, 2011, p. 362, note S. SLAMA et M.-L. BASILIEN-GAINCHE ; *AJP*, 2011, p. 502, comm. L. AMBROSIO ; *Rev. crit. DIP*, 2012, p. 834, note K. PARROT. L'arrêt rappelait que « les États membres ne sauraient prévoir, en vue de remédier à l'échec des mesures coercitives adoptées pour procéder à l'éloignement forcé conformément à [...] ladite directive, une peine privative de liberté, telle que celle prévue [en droit interne], pour le seul motif qu'un ressortissant d'un pays tiers continue, après qu'un ordre de quitter le territoire national lui a été notifié et que le délai imparti dans cet ordre a expiré, de se trouver présent de manière irrégulière sur le territoire d'un État membre, mais ils

l'Union européenne a sanctionné l'incrimination du simple séjour irrégulier pour les étrangers visés par la directive communautaire *retour*⁸⁷⁴, au regard des objectifs d'efficacité et de rapidité poursuivis par cette dernière, sans égard pour la délimitation de la garde à vue⁸⁷⁵, principe que la Grande chambre rappelait même au sujet du droit français⁸⁷⁶. Dès lors, la pénalisation de la situation irrégulière ne peut concerner que le maintien de l'étranger sur le territoire, à la suite de l'épuisement de la procédure organisée par la directive : les incriminations du simple séjour irrégulier, ou de la simple soustraction à une mesure d'éloignement, sans épuisement des mesures coercitives destinées à en réaliser l'exécution forcée⁸⁷⁷, se trouvaient neutralisées. Pour autant, les arrêts n'interdisaient pas le recours à une courte privation de liberté provisoire et similaire à la garde à vue, pour déclencher la procédure du retour⁸⁷⁸.

doivent poursuivre leurs efforts en vue de l'exécution de la décision de retour qui continue à produire ses effets » [§ 58].

⁸⁷⁴ Aux termes de l'article 2 de la directive, l'étranger concerné est celui ressortissant d'un pays tiers à l'Union européenne en situation irrégulière. La directive laisse en revanche les États de l'Union libres de l'appliquer à l'étranger ressortissant d'un pays tiers, soit lorsque celui-ci fait l'objet d'une décision de refus d'entrée sur le territoire, soit lorsque celui-ci fait l'objet d'une sanction pénale induisant l'éloignement.

⁸⁷⁵ *El Dridi* : *préc.* ; § 55. La Cour tirait du droit communautaire le principe selon lequel les États parties « ne sauraient appliquer une réglementation, fût-elle en matière pénale, susceptible de mettre en péril la réalisation des objectifs poursuivis par une directive et, partant, de priver celle-ci de son effet utile ». La Cour interprétait la directive comme poursuivant l'objectif d'un éloignement efficace et rapide et estimait que l'infliction de la peine privative de liberté était de nature à mettre en échec ses objectifs [§ 59]. Si elle se référait bien au principe général figurant dans la directive du « recours à des mesures coercitives au respect des principes de proportionnalité et d'efficacité en ce qui concerne les moyens utilisés et les objectifs poursuivis » faisant référence à la nécessité et à la proportionnalité de la privation de liberté, elle n'utilisait pas au-delà les principes [§ 57]. Voir C. SAAS, « Les avatars de la pénalisation du droit des étrangers » ; *AJP*, 2011, p. 492.

⁸⁷⁶ CJUE, gde ch., 6 déc. 2011, *Achughbaban*, n° C-329/11 : *D.*, 2012, p. 333, note G. POISSONNIER ; *Gaz. Pal.*, 14 févr. 2012, p. 17, comm. P. HENRIOT. La Grande chambre estimait de la même manière que l'infliction d'une peine à l'étranger du fait de sa seule situation irrégulière était « susceptible de faire échec à l'application des normes et des procédures communes établies par la directive 2008/115 et de retarder le retour, portant ainsi, à l'instar de la réglementation en cause dans l'affaire ayant conduit à l'arrêt *El Dridi* [...], atteinte à l'effet utile de ladite directive » [§ 39]. Dès lors, elle affirmait que la directive « s'oppose à une réglementation d'un État membre réprimant le séjour irrégulier par des sanctions pénales, pour autant que celle-ci permet l'emprisonnement d'un ressortissant d'un pays tiers qui, tout en séjournant irrégulièrement sur le territoire dudit État membre et n'étant pas disposé à quitter ce territoire volontairement, n'a pas été soumis aux mesures coercitives visées à l'article 8 de cette directive et n'a pas, en cas de placement en rétention en vue de la préparation et de la réalisation de son éloignement, vu expirer la durée maximale de cette rétention ». Si l'article 8 de la directive ne décrit pas les mesures coercitives, il rappelle que celles-ci doivent être « proportionnées et ne comportent pas d'usage de la force allant au-delà du raisonnable ».

⁸⁷⁷ Les infractions étaient prévues par l'ancien article L. 621-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, disposition directement visée par l'arrêt *Achughbaban* et l'article L. 624-1 du même Code, dans son ancienne rédaction, puisque la disposition était semblable à la législation italienne critiquée dans l'arrêt *El Dridi*. La loi n° 2012-1560 du 31 déc. 2012 [*préc.*] en réalisait l'abrogation, tout en préservant le plus largement possible en dehors de ces cas la pénalisation, dans les articles 621-2 et 621-4 du même Code.

⁸⁷⁸ *Achughbaban* : *préc.* ; § 29 et s.

217. La Chambre criminelle, saisie pour avis, tirant les conséquences de la neutralisation des infractions résultant de la jurisprudence communautaire⁸⁷⁹, excluait la possibilité de placer en garde à vue l'étranger en simple situation irrégulière, dès lors que celui-ci « *n'encourt pas l'emprisonnement lorsqu'il n'a pas été soumis préalablement aux mesures coercitives visées à l'article 8 de ladite directive* »⁸⁸⁰. La solution résultait de la remarquable intégration de la jurisprudence communautaire en droit national, plutôt que d'une application stricte des principes généraux encadrant la privation de liberté. La Première chambre civile se ralliait à cet avis⁸⁸¹. L'échappement des solutions aux principes généraux encadrant la privation de liberté trouvait finalement son expression directe dans le refus par le Conseil constitutionnel, dans son contrôle *a posteriori*, de considérer la peine d'un an d'emprisonnement, sanctionnant la simple situation irrégulière, comme disproportionnée⁸⁸², en déployant son contrôle laconique classique de la nécessité des peines⁸⁸³. Si bien que finalement, ces solutions n'introduisaient pas vraiment d'apport nouveau quant au contrôle de la privation de liberté, tandis que la limitation du champ de l'incrimination du simple séjour

⁸⁷⁹ L'article 62-2 du Code de procédure pénale permet le placement en garde à vue seulement en cas de reproche d'une infraction punie d'emprisonnement.

⁸⁸⁰ Cass. crim., 5 juin 2012, n° 12-09.002, avis : *D.*, 2009, p. 1997, avis C. MATHON et note S. SLAMA ; *Gaz. Pal.*, 10-12 juin 2012, p. 9, obs. CH. POULY ; *RSC*, 2012, p. 621, note J. DANET ; *AJP*, 2012, p. 410, comm. C. SAAS. On notera que l'avis de l'avocat général semblait admettre la garde à vue, à la condition d'un contrôle juridictionnel strict des diligences administratives, raisonnant d'abord sur l'admission par les arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne d'une retenue pour déclencher la procédure retour, plutôt que sur la condition propre au placement en garde à vue en droit interne, limité aux infractions punies d'emprisonnement. Si la réforme du droit de la garde à vue de 2011 avait posé cette exigence pour les enquêtes et l'instruction [art. 62-2 CPP issu de la loi n° 2011-392 du 14 avr. 2011 relative à la garde à vue : *J. O.*, 15 avr. 2011, p. 6610 ; *JCP*, 2011, n° 542, comm. H. MATSOPOULOU ; *ibid.*, 2011, n° 665, comm. J. PRADEL ; *D.*, 2011, p. 1570, comm. G. ROUJOU DE BOUBÉE ; *ibid.*, p. 1699, comm. J. ALIX ; *Dr. pén.*, 2011, chron. n° 7, comm. V. LESCLOUS ; *Gaz. Pal.*, 8 nov. 2011, note L. BRUNEAU ; *Gaz. Pal.*, 30 juil. 2013, p. 4, comm. D. ROETS et V. TELLIER-CAYROL], une telle limitation n'était reconnue expressément que pour l'enquête de flagrance auparavant [anc. art. 67 CPP]. Interrogée aussi sur l'interprétation du droit avant l'entrée en vigueur de la loi d'avril 2011, la Chambre criminelle, opportunément, estimait que le droit s'opposait, déjà à cette époque, à la possibilité de placer en garde à vue pour des infractions non punies d'emprisonnement, sans raisonnement.

⁸⁸¹ Cass. civ. I, 5 juil. 2012, 3 espèces, n°s 11-30.371, 11-19.250 et 11-30.530 : *publiés au Bulletin* ; *RSC*, 2012, p. 621, note J. DANET ; *D.*, 2012, p. 2001, comm. S. SLAMA ; *JCP*, 2012, n° 895, note A. LEVADE. Elle rappelait l'impossibilité de placer en garde à vue du fait de la disparition de l'incrimination punie d'emprisonnement, pour l'étranger qui « *soit n'a pas été préalablement soumis à l'une des mesures coercitives prévues à l'article 8 de cette directive, soit, a déjà fait l'objet d'un placement en rétention, mais n'a pas vu expirer la durée maximale de cette mesure* ». – Cass. civ. I, 5 juil. 2012, n° 11-19.378 : *inédit* ou Cass. civ. I, 29 mai 2013, n° 12-14.765 : *inédit*. Est sanctionné le juge du fond qui n'a pas recherché si « *l'intéressé avait été préalablement soumis à une mesure coercitive [...] et, dans l'hypothèse où ce dernier aurait fait l'objet d'un placement en rétention, si la durée de celle-ci aurait été maximale* ».

⁸⁸² Cons. const., déc. n° 2011-217 QPC du 3 févr. 2012, [M. Mohammed Akli B] : *J. O.*, 4 févr. 2012, p. 2076 ; *AJP*, 2012, p. 410, obs. C. SAAS ; *RSC*, 2013, p. 433, obs. B. DE LAMY ; *RSC*, 2012, p. 135, obs. É. FORTIS ; *Constitutions*, 2012, p. 286, obs. A. LEVADE ; *Constitutions*, 2012, p. 339, comm. V. TCHEN ; *Dr. pén.*, 2012, comm. n° 34, obs. J.-H. ROBERT ; *LPA*, 1^{er} oct. 2012, chron. V. TELLIER-CAYROL.

⁸⁸³ *V. infra*, n° 364 et s.

irrégulier restait symbolique, au regard du nombre peu élevé de condamnations à une peine privative de liberté sur ce fondement.

218. **La retenue pour vérification du droit au séjour : une nouvelle norme privative de liberté en retrait.** Le législateur importait dans la nouvelle retenue, adoptée pour combler le vide de la garde à vue, le *paquet* de droits généré par l'arrestation, comme il l'avait déjà fait pour les dernières privations de liberté *moyen*, nouvellement créées ou récemment modifiées en droit pénal⁸⁸⁴, en se référant au patron de la garde à vue, sans renvoi direct. La reformulation des droits reste légèrement en retrait par rapport à ceux de la garde à vue⁸⁸⁵, comme si le *paquet* maximal restait attaché à l'exercice des droits de la défense, plutôt qu'à la privation de liberté⁸⁸⁶. Surtout, la loi n'améliorait pas véritablement la célérité de la première intervention du juge judiciaire dans une approche globale⁸⁸⁷, le gain de temps se limitant à huit heures par rapport à l'ancien système, pour une garde à vue non prolongée⁸⁸⁸, sans prévoir l'imputation entière de la retenue pour vérification sur l'éventuelle rétention administrative ultérieure⁸⁸⁹ : la nouvelle retenue ne rompait pas vraiment avec le mouvement plus large de recul de l'*Habeas corpus*⁸⁹⁰, ni avec l'abandon d'un certain confort aux autorités. L'insuffisance du droit français à sanctionner le détournement de pouvoir se retrouve aussi pour l'arrestation en préfecture de l'étranger en situation irrégulière.

⁸⁸⁴ V. *infra*, n° 223 et s.

⁸⁸⁵ Ainsi, c'est seulement une heure après le début de la retenue que les auditions peuvent débiter en l'absence de l'avocat et non deux pour la garde à vue [v. en comparaison, l'art. L. 611-1-1 CESEDA et l'art. 63-4-2 CPP]. La notification des droits se fait pour l'étranger « *dans une langue qu'il comprend ou dont il est raisonnable de supposer qu'il la comprend* » alors que pour le suspect la loi oblige à notifier « *dans une langue qu'elle comprend* » [v. en comparaison la disposition précitée et l'art. 63-1 CPP]. Voir R. PARIZOT, « Loi relative à la retenue pour vérification du droit au séjour versus avis de la CNCDDH : quel bilan ? » : *AJP*, 2013, p. 8.

⁸⁸⁶ La loi reprenait toutefois l'assistance de l'avocat lors des interrogatoires policiers, alors pourtant que la retenue se détache en principe de la commission de l'infraction, si bien qu'elle semble caractériser, de manière originale, une expression pleine de la défense contre la privation de liberté [v. *infra*, n° 320 et s.].

⁸⁸⁷ Le placement en rétention administrative pourra toujours succéder à la retenue, dès lors que le législateur a neutralisé en partie le mécanisme du délai pour départ volontaire [v. *infra*, n° 393].

⁸⁸⁸ La durée nouvelle reste cependant en-deçà du maximum constitutionnel à ne pas dépasser, fixé à sept jours pour l'étranger [Cons. const., déc. n° 2011-631 DC du 9 juin 2011 portant sur la loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité : *J. O.*, 17 juin 2011, p. 10306 ; *AJDA*, 2011, p. 1174, obs. M.-C. DE MONTECLER ; *Constitutions*, 2012, p. 597, obs. V. TCHEN].

⁸⁸⁹ Art. L. 611-1-1 et L. 552-1 CESEDA.

⁸⁹⁰ V. *infra*, n° 727 et s.

b. *L'insuffisance du droit français : l'arrestation en préfecture de l'étranger en situation irrégulière*

219. L'application restrictive du principe de loyauté dans l'arrestation.

Le principe de la loyauté de l'arrestation impose que la rencontre entre l'intéressé et l'autorité compétente provoquant l'arrestation ne résulte pas d'une ruse ou d'un subterfuge, l'État de droit ne tolérant aucun détournement pour priver d'une liberté fondamentale : la fin ne peut justifier tous les moyens. La Cour européenne des droits de l'Homme a incorporé dans la notion de régularité de la privation de liberté, au sein de l'article 5 § 1^{er}(⁸⁹¹), le principe de loyauté de l'arrestation de l'étranger, au sujet de la pratique consistant à l'appréhender en préfecture ou au commissariat, après convocation, pour examen de son cas⁸⁹².

220. Cette solution a été partiellement transposée par la jurisprudence française, dans le même cas⁸⁹³. Toutefois, la Cour de cassation limitait son efficacité : la convocation devait répondre à une demande de l'étranger, formulée de sa propre initiative, et l'examen de cette demande devait nécessiter sa présence en droit, pour caractériser la déloyauté⁸⁹⁴. Si la jurisprudence de la Cour de cassation semble désormais abandonner ces critères restrictifs⁸⁹⁵, elle continue à limiter la déloyauté à la convocation⁸⁹⁶, devant les forces de l'ordre⁸⁹⁷. La

⁸⁹¹ Le principe est donc général à tout cas de privation de liberté, même si l'arrestation sur convocation en préfecture reste pour l'instant son domaine d'application principal, et qu'il n'a pas reçu application en matière de coopération internationale [CEDH, sect. II, 21 juin 2011, *Adamov c. Suisse*, req. n° 3052/06].

⁸⁹² CEDH, 5 févr. 2002, *Conka c. Belgique*, req. n° 51564/99 : *Rec. CEDH*, 2002-I ; *AJDA*, 2001, p. 1060, obs. J.-F. FLAUSS. La Cour affirme « *qu'il n'est pas compatible avec l'article 5 que [...] l'administration décide consciemment de tromper des personnes, même en situation illégale, sur le but d'une convocation, pour mieux pouvoir les priver de leur liberté* ». En l'espèce, les requérants avaient répondu à une convocation au commissariat, au motif de la nécessité de compléter leur dossier de demande d'asile. Même si la Cour n'emploie pas le terme de loyauté, le terme peut être emprunté au concept de loyauté de la preuve, la Cour européenne faisant elle-même le lien, rappelant dans le même arrêt que « *la police puisse légitimement user de stratagèmes afin, par exemple de mieux déjouer des activités criminelles* » [§ 46].

⁸⁹³ Cass. civ. I, 6 févr. 2007, n° 05-10.880 : *Bull. civ. I*, n° 53 ; *AJP*, 2007, p. 225, note H. GACON ; *AJDA*, 2007, p. 814, obs. O. LECUCQ ; *D.*, 2007, p. 917, comm. S. TRASSOUDAIN. La Cour de cassation rappelait que « *l'administration ne peut utiliser la convocation en préfecture d'un étranger, faisant l'objet d'un arrêté de reconduite à la frontière, qui sollicite l'examen de sa situation personnelle, pour faire procéder à son interpellation en vue de son placement en rétention* ». Elle ajoutait qu'« *ayant relevé que M. B. avait été convoqué, sur sa demande, pour l'examen de sa situation administrative nécessitant sa présence personnelle, la Cour d'appel a, par ce seul motif, jugé à bon droit, que les conditions de cette interpellation étaient contraires à l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'Homme* ».

⁸⁹⁴ En effet, l'article R. 311-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile impose que l'étranger se présente personnellement pour instruire une demande de titre de séjour.

⁸⁹⁵ Ce dernier élément peut toutefois être relativisé, dès lors que la Cour de cassation a retenu une hypothèse d'arrestation déloyale, concernant la convocation au commissariat réalisée à l'initiative des forces de l'ordre, pour enquête sur le projet de mariage de l'étranger [Cass. civ. I, 11 mars 2009, n° 08-11.796 : *Bull. civ. I*, n° 55].

⁸⁹⁶ La présentation spontanée de l'étranger en préfecture pour évoquer sa situation irrégulière permet d'exclure la déloyauté [Cass. civ. I, 11 mars 2009, 3 espèces, n°s 07-21.961, 08-11.796 et 08-11.252, *Bull. civ. I*, n°s 51, 52 et 55 ; *AJDA*, 2009, p. 508, obs. S. BRONDEL ; *ibid.*, p. 1722, note O. LECUCQ ; *JCP*, 2009, actu., n° 163, obs. J.-Y. MARÉCHAL ; *ibid.*, II, n° 10089, comm. N. GUIMEZANES].

déloyauté s'apprécie en tout cas uniquement au regard du comportement de l'administration, si bien que la convocation transparente, qui mentionne son but, résidant dans l'exécution de la décision d'éloignement, écarte la déloyauté⁸⁹⁸, y compris lorsque la convocation n'est pas écrite dans la langue maternelle de l'étranger⁸⁹⁹. Le développement du principe de la loyauté de l'arrestation, en dehors du piège de la convocation en préfecture⁹⁰⁰, et pas seulement au regard du comportement de l'administration, mais aussi au regard des attentes légitimes, auxquelles pouvaient s'attendre la personne arrêtée, pourrait permettre d'entamer dans l'article 5 le développement d'une dimension subjective de la détention arbitraire, à l'image de la notion d'impartialité subjective⁹⁰¹, ou de la notion de confiance légitime⁹⁰² et tendre vers la sûreté.

⁸⁹⁷ Cass. civ. I, 23 janv. 2008, n° 06-21.340 : *Bull. civ. I*, n° 22.

⁸⁹⁸ Cass. civ. I, 11 mars 2009, n° 08-11.252 : *Bull. civ. I*, n° 52.

⁸⁹⁹ Cass. civ. I, 8 juil. 2010, n° 09-12.242 : *Bull. civ. I*, n° 167.

⁹⁰⁰ La Cour européenne des droits de l'Homme a en tout cas manqué d'employer la notion, concernant la détention de l'aliéné qui pensait devoir se rendre à un hôpital psychiatrique, afin d'étudier l'effet sur sa santé d'agissements malveillants qu'il avait dénoncés et qui en réalité avait fait l'objet d'un examen psychiatrique sous privation de liberté, montrant un certain recul de la notion [CEDH, sect. III, 19 juin 2012, *Cristian Teodorescu c. Roumanie*, req. n° 22883/05].

⁹⁰¹ V. *infra*, n° 678.

⁹⁰² Le principe, dans une définition empruntée à la Cour constitutionnelle fédérale allemande, impose que le citoyen puisse « prévoir les interventions possibles de l'État à son encontre et prendre les dispositions appropriées » et « avoir confiance que son comportement conforme au droit en vigueur reste reconnu comme tel par l'ordre juridique avec toutes les conséquences juridiques qui y étaient originellement attachées » [cité par O. PFERSMANN, « Regard externe sur la protection de la confiance légitime en droit constitutionnel allemand » ; *RFDA*, 2000, p. 246]. Développé par le droit communautaire [v. D. TRIANTAFYLLOU, « La confiance légitime en tant qu'instrument de cohésion en droit communautaire » ; *RFDA*, 2000, p. 246], ce principe de confiance légitime sert principalement à imposer une exigence de sécurité juridique forte dans le domaine patrimonial [v. par ex. pour le juge administratif, P. VINCENT, concl. sur CAA Nancy, 17 juin 1999, *min. Environnement c. Entreprise Transports Freymuth*, n° 95NC00226 ; *RFDA*, 2000, p. 254, ou pour le Conseil constitutionnel, A.-L. VALEMBLOIS, op. cit.].

221. **Le droit à la sûreté objective : le défaut.** Le principe de la légalité de la privation de liberté n'a jamais bénéficié d'une pleine reconnaissance, ni même seulement symbolique, à la différence de la légalité criminelle, au point que la légalité ne constitue pas un principe emblématique de la protection de la liberté individuelle. La décision constitutionnelle la plus audacieuse reste la censure de l'emprisonnement contraventionnel : l'intérêt pratique de la privation de liberté a toujours prévalu sur son expression normative, et le droit français sur ce point révèle un défaut de culture de protection, auquel ni le juge judiciaire, ni le juge administratif n'ont remédié. Quant aux développements récents qui ont enrichi la notion, notamment sous l'impulsion de la Cour européenne des droits de l'Homme, ils restent pour l'heure, au mieux, identiques au droit commun de l'atteinte à la liberté fondamentale, notamment au regard du développement général de la sécurité juridique. Le dépassement du droit commun ne figure qu'en germes dans la jurisprudence supra-légale, dans le contrôle de l'existence de garanties législatives suffisantes pour empêcher l'arbitraire, dans le principe de loyauté de l'arrestation, ou encore dans la non-rétroactivité de la norme privative de liberté. La privation de liberté souffre d'un paradoxe : grave atteinte à la liberté individuelle, sa place centrale dans la politique de sécurité empêche le contrôle strict de la norme privative de liberté, par crainte que sa censure provoque une grave mise en péril de l'ordre public, au point que, comme le montre l'examen de la sûreté objective, la privation de liberté est parfois soumise à des exigences moindres que le droit commun de l'atteinte aux libertés fondamentales. L'élément subjectif de la sûreté, qui réside dans le *paquet* de droits généré par l'arrestation, apparaît de nature à assurer une sécurité supérieure à la personne détenue, d'autant plus indispensable que la sûreté objective fait défaut.

Chapitre II./ LE DROIT À LA SÛRETÉ SUBJECTIVE : LE *PAQUET* DE DROITS GÉNÉRÉ PAR L'ARRESTATION

222. **La génération périodique du paquet des droits de l'arrestation : l'uniformisation de la privation de liberté de police.** Le modèle emblématique du *paquet* de droits générés par l'arrestation⁹⁰³ concerne la garde à vue et se compose de la notification des droits, de l'information des raisons de l'arrestation, du droit de faire prévenir un proche, du droit de bénéficier de l'assistance d'un avocat et du droit à un examen médical⁹⁰⁴. C'est un *paquet*, au sens où les droits sont notifiés ensemble et exigibles au même moment, dès l'arrestation⁹⁰⁵. Les prolongations de la garde à vue⁹⁰⁶ ou le maintien de la privation de liberté de police du suspect sous un nouveau régime⁹⁰⁷ font renaître le *paquet*, si bien que son fait générateur ne se limite pas à l'arrestation au sens strict et renaît à l'application consécutive d'une nouvelle tranche de privation de liberté de police, sous le même titre juridique ou sous un titre différent. Même lorsque la personne a bénéficié du *paquet* dès son arrestation, il renaît si elle est maintenue en privation de liberté de police, sur le fondement d'un titre pérenne de privation de liberté, adopté par une autorité non juridictionnelle⁹⁰⁸. La renaissance du *paquet* en cas de changement de titre est indispensable, dès lors que les conditions juridiques du maintien en privation de liberté ont logiquement évolué vers un rétrécissement⁹⁰⁹, et que l'effet afflictif de privation de liberté s'est accentué du fait de son inscription dans la durée. En revanche, le premier contrôle judiciaire en *Habeas corpus* fait disparaître le *paquet* de droit⁹¹⁰ : certains de ses éléments se maintiennent sous une forme diffuse, en vertu du principe

⁹⁰³ Définie largement comme le début de la privation de liberté, par capture ou placement en détention [v. *supra*, n° 29].

⁹⁰⁴ Art. 63-1 CPP.

⁹⁰⁵ La loi a désormais ventilé la célérité dans laquelle l'officier de police judiciaire est tenu de réaliser les diligences pour rendre effectif l'exercice des droits, admettant leur report pour l'examen médical et l'information du tiers.

⁹⁰⁶ Art. 63-3 CP pour l'examen médical et art. 63-4 CP pour l'assistance d'un avocat.

⁹⁰⁷ La rétention aux fins de défèrement fait renaître un *paquet* identique à celui de la garde à vue [art. 803-2 CPP et s.].

⁹⁰⁸ Ainsi par exemple, le placement en rétention administrative ouvre un *paquet* [art. 552-1 CESEDA], alors pourtant que les mêmes droits ont déjà été reconnus à l'étranger dès son arrestation lorsqu'elle est antérieure, anciennement lors de sa garde à vue, dorénavant lors de la rétention pour vérification du droit au séjour [art. 611-1-1 CESEDA].

⁹⁰⁹ V. *infra*, n° 452 et s.

⁹¹⁰ Le *paquet* de droits se répand désormais plus timidement à l'incarcération pérenne dans un cadre moins formaliste et moins riche. La loi pénitentiaire prévoit désormais que « la personne détenue est informée oralement, dans une langue compréhensible par elle, et par la remise d'un livret d'accueil, des dispositions

de la conservation par la personne détenue de ses droits fondamentaux, mais sont découplés des événements de la privation de liberté. Le *paquet* des droits généré par l'arrestation, puis généré périodiquement par le maintien de la privation de liberté de police, apparaît en conséquence comme la contrepartie de l'absence de contrôle du juge judiciaire de celle-ci⁹¹¹, en lien direct avec la lutte contre l'arbitraire, ensemble de garanties d'autant plus important que les exigences supra-légales encadrant la privation de liberté de police sont faibles⁹¹² : la violation du *paquet*, qui assure directement la sûreté de la personne détenue⁹¹³, constitue une atteinte lourde à la protection contre la privation de liberté et sa sanction doit être sévère⁹¹⁴.

223. Jusqu'à la première intervention du juge judiciaire, qui place le maintien en privation de liberté sous son contrôle à travers le contrôle à bref délai, la privation de liberté de police apparaît comme uniforme, indépendamment de la succession continue de régimes différents et rythmée par le *paquet*, si bien que la célérité de la première intervention judiciaire doit être appréciée depuis l'arrestation, ce que la loi⁹¹⁵, le Conseil constitutionnel⁹¹⁶ et la Cour européenne des droits de l'Homme⁹¹⁷ tendent à imposer. La Cour de cassation se montre plus timide lorsque l'imputation de la durée du cas antérieur sur la durée du cas de détention ultérieur n'est pas prévue par la loi : l'imputation apparaît alors comme une simple

relatives à son régime de détention, à ses droits et obligations et aux recours et requêtes qu'elle peut former » [art. 22 de la loi n° 2009-1436 du 24 nov. 2009 pénitentiaire : *J. O.*, 25 nov. 2009, p. 20192 ; *D.*, 2010, p. 31, comm. M. HERZOG-EVANS ; *RSC*, 2010, p. 190, comm. P. PONCELA ; *RFDA*, 2010, p. 15, comm. F. FÉVRIER ; *AJDA*, 2010, p. 494, comm. C.-M. SIMONI ; Procédures, comm. n° 21, note J. BUISSON ; *Dr. pén.*, 2010, ét. n° 2, obs. J.-P. CÉRÉ ; *JCP*, 2009, I, n° 552, comm. J.-P. CÉRÉ ; *RSC*, 2010, p. 444, obs. E. GALLARDO ; *AJP*, 2009, p. 473, obs. É. PÉCHILLON ; *AJP*, 2009, p. 483, comm. M. HERZOG-EVANS (spéc. sur l'aménagement des peines) ; *AJF*, 2009, p. 484, obs. M. HERZOG-EVANS (spéc. sur le maintien des liens familiaux)]. Le texte ne fixe pas de célérité à l'information. L'accueil permet à la personne détenue « d'informer sa famille de son incarcération dans les meilleurs délais » et de bénéficier « d'un examen médical dans les plus brefs délais » [art. 2 et 3 du décret n° 2013-368 du 30 avr. 2013 relatif aux règlements intérieurs types des établissements pénitentiaires : *J. O.*, 3 mai 2013 p. 7609].

⁹¹¹ La privation de liberté est alors soumise, au mieux, au contrôle plus distant en temps réel de l'autorité judiciaire [v. *infra*, n° 615 et s.].

⁹¹² V. *supra*, n° 164 et s.

⁹¹³ V. pour l'emploi de la sûreté dans un sens proche concernant la « sûreté du justiciable », F. SAINT-PIERRE, « Le véritable enjeu des contrôles juridictionnels de la légalité des procédures pénales : la "sûreté" des justiciables » ; *AJP*, 2005, p. 177.

⁹¹⁴ Sur le contrôle juridictionnel réalisé par le juge de la privation de liberté sur la privation de liberté de police, v. *infra*, n° 914 et s.

⁹¹⁵ La loi a ainsi consacré l'imputation de la retenue douanière [art. 323-9 du Code des douanes] ou de la vérification d'identité [art. 78-4 CPP] sur l'éventuelle garde à vue consécutive.

⁹¹⁶ Ainsi, le Conseil constitutionnel a imposé l'imputation du dégrèvement sur l'éventuelle garde à vue lui succédant, dans une réserve fondée sur « la protection constitutionnelle de la liberté individuelle par l'autorité judiciaire » [Cons. const., déc. n° 2012-253 QPC du 8 juin 2012, [M. D.] : *J. O.*, 9 juin 2012, p. 9796 ; *Gaz. Pal.*, 5 juil. 2012, p. 11, comm. S. DETRAZ ; *LPA*, 25 mars 2013, p. 4, chron. V. TELLIER-CAYROL ; consid. n° 9]. La Cour de cassation imposait toutefois déjà cette imputation [Cass. crim., 10 mai 2011, n° 10-87.362 : *inédit*].

⁹¹⁷ Lorsque celle-ci apprécie le respect du délai de traduction fixé dans sa jurisprudence *Brogan*, la Cour se place à l'arrestation, même lorsque la privation de liberté de police s'est composée d'un cumul de plusieurs régimes successifs de détention [v. *infra*, n° 66].

faculté, même si la Cour de cassation reconnaît sa validité, puisqu'elle sert les intérêts de la personne arrêtée⁹¹⁸, en appliquant de manière contestable une solution découverte pour l'imputation sur la garde à vue de l'audition du suspect réalisée sans contrainte⁹¹⁹.

224. Les droits du *paquet* : la notification des droits, l'information des raisons de l'arrestation, le droit de prévenir un tiers, le droit à un examen médical et le droit d'être assisté par un avocat. La notification des droits organisée au profit de la personne arrêtée, généralisée dans les régimes de privation de liberté divers et variés, judiciaires ou administratifs, anciens ou récents, courts ou plus longs, est un élément de la théorie général des droits de la personne privée de liberté par comparaison⁹²⁰. Le contenu de la notification des droits renseigne évidemment sur les composantes du *paquet*, qui ont profité de la même généralisation : il s'agit du droit à l'information des raisons de l'arrestation⁹²¹, du droit à l'assistance d'un avocat⁹²², du droit de prévenir un tiers de l'arrestation⁹²³ et du droit de bénéficier d'un examen médical⁹²⁴. La notification vise directement à assurer l'efficacité

⁹¹⁸ V. par ex. Cass. crim., 12 juin 2013, n° 13-80.893 : à paraître au *Bulletin* ; *Gaz. Pal.*, 15 oct. 2013, p. 37, obs. F. FOURMENT. En l'espèce, les personnes avaient été retenues en raison de leur présence sur le lieu d'une perquisition en flagrance à 20 h 50. L'article 56 du Code de procédure pénale autorise en effet la rétention des personnes « susceptibles de fournir des renseignements sur les objets, documents et données informatiques saisis ». À la suite de cette rétention, elles avaient été placées en garde à vue [la notification du placement en garde à vue avait eu lieu entre 22 h et 22 h 45], tandis que la notification de leurs droits par un interprète avait eu lieu ultérieurement à 23 h 50. La Cour de cassation validait la procédure en soulignant, « en outre », que l'officier de police judiciaire avait « valablement fixé, dans l'intérêt du demandeur, le point de départ de la mesure de garde à vue à l'heure où celui-ci, au début de la perquisition ».

⁹¹⁹ Cass. crim., 9 mars 2011, n° 09-81.138 : inédit. L'imputation est dans ce cas une véritable faveur accordée au suspect, puisque l'audition ne se réalise pas sous la contrainte.

⁹²⁰ V. *supra*, n° 182 et s.

⁹²¹ L'information des raisons de l'arrestation est le seul élément du *paquet*, à portée générale, à bénéficier d'une protection supra-légale [v. *supra*, n° 184 et s.].

⁹²² Le droit a infiltré l'arrestation du suspect, par renvoi aux dispositions de la garde à vue [art. 63-4 CPP]. Il profite au suspect arrêté dans le cadre d'une demande d'extradition [art. 696-10 CPP], du mandat européen [art. 695-27 CPP] ou de la remise à la Cour pénale internationale [art. 627-5 CPP]. Sans que la loi ne prévoie sa notification, le droit existe également dans le régime du défèrement aux fins de comparution [art. 803-3 CPP]. Il est aussi prévu dans la détention administrative de police, en matière de rétention administrative [art. L. 551-2 CESEDA], de maintien en zone d'attente [art. L. 221-4 CESEDA] et d'hospitalisation forcée de l'aliéné [art. L. 3211-3 3° CSP].

⁹²³ Ce droit est prévu pour la vérification d'identité [art. 78-3 CPP], pour la garde à vue [art. 63-2 CPP], pour l'arrestation sur demande d'extradition [art. 696-10 CPP], pour l'arrestation fondée sur le mandat d'arrêt européen [art. 695-27 CPP], pour l'arrestation aux fins de remise à la Cour pénale internationale [art. 627-5 CPP], pour la retenue aux fins de défèrement [art. 803-3 CPP], pour le mandat d'amener ou encore pour le mandat d'arrêt [art. 733-1 CPP]. Le droit existe en matière de rétention administrative [art. L. 551-2 CESEDA] et de maintien en zone d'attente [art. L. 221-4 CESEDA].

⁹²⁴ Ce droit s'applique dans la rétention administrative des étrangers [art. L. 551-2 CESEDA], le maintien en zone d'attente [art. L. 221-4 CESEDA] et de l'internement de l'aliéné [art. L. 3211-3 3° CSP]. Il est aussi prévu pour la garde à vue [art. 63-3 CPP], pour l'arrestation sur demande d'extradition [art. 696-10 CPP], pour l'arrestation fondée sur un mandat d'arrêt européen [art. 695-27 CPP], ou pour l'arrestation aux fins de remise à la Cour pénale internationale [art. 696-10 CPP]. Le droit est aussi prévu en matière de mandats d'arrêt et d'amener [art. 733-1 CPP] et de la retenue aux fins de défèrement [art. 803-3 CPP].

des autres droits du *paquet*, si bien que sa célérité est indispensable, sous peine de reporter l'ensemble des droits du *paquet*⁹²⁵ et la notification est un élément essentiel du *paquet*.

225. Le droit de prévenir⁹²⁶ un tiers de l'arrestation : premier droit relatif du *paquet*. L'information d'un tiers de l'arrestation permet de rompre le secret et de prévenir les risques de disparition : elle participe à la sûreté. Elle permet aussi de limiter les conséquences de l'indisponibilité de la personne arrêtée sur ses obligations familiales ou sociales⁹²⁷. Elle permet même à l'étranger de bénéficier de l'action diplomatique de son État national⁹²⁸. Reconnue d'abord pour la vérification d'identité lors de sa création en 1981, sa fonction originelle consistait à faciliter l'établissement de l'identité de la personne retenue⁹²⁹. La réforme de la matière en 1983 transforma sa nature, en faisant disparaître la mention à

⁹²⁵ La notification des droits du suspect en arrestation est immédiate [art. 63-1 CPP]. L'information des droits de la personne internée contre sa volonté a lieu « à son admission » [art. L. 3211-3 CSP]. Quant à la personne subissant une rétention aux fins de vérification d'identité, elle est présentée « sans délai » à un officier de police judiciaire qui « aussitôt » l'informe [art. 78-3 CPP]. À l'inverse, l'information des droits de la personne en rétention administrative ou en zone d'attente est la moins rapide. Elle doit avoir lieu « dans les meilleurs délais » [art. L. 551-2 et L. 221-4 CESEDA]. À l'origine, dans les deux cas, l'information devait être donnée « immédiatement » [v., pour le maintien en zone d'attente, l'article 1^{er} de la loi n° 92-625 du 6 juil. 1992 sur la zone d'attente des ports et des aéroports et portant modification de l'ord. n° 45-2658 du 2 nov. 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France : *J. O.*, 9 juil. 1992 ; *D.*, 1993 p. 225, comm. M.-C. ROUAULT ; *AJDA*, 1992, p. 656, comm. F. JULIEN-LAFERRIÈRE et pour la rétention administrative, l'art. 7 de la loi n° 81-973 du 29 oct. 1981 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France : *J. O.*, 30 oct. 1981, p. 2970 ; *D.*, 1982, chron., n° 26, comm. N. GUIMEZANES]. C'est seulement en 2003 que l'exigence de célérité fut modifiée [v. la loi n° 2003-1119 du 26 nov. 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité : *J. O.*, 27 nov. 2003, p. 20136 ; *Procédures*, chron. n° 3, comm. V. MOREL ; *RSC*, 2004, p. 434, obs. P. PONCELA ; *AJP*, 2004, p. 102, D. LIGER ; *JCP*, 2003, actu., n° 592, obs. N. GUIMEZANES ; *ibid.*, 2004, actu., n° 23, obs. N. GUIMEZANES ; *AJDA*, 2004, p. 1904, comm. H. MANCIAUX]. La formulation consacrée se rapproche du texte de la Convention européenne, qui vise « le meilleur délai », au sujet de l'information des raisons de l'arrestation.

⁹²⁶ Dans certains cas, il s'agit plutôt du droit de faire prévenir un tiers, puisque l'avis sera réalisé par les autorités, par exemple en garde à vue.

⁹²⁷ Par exemple, l'étranger en retenue pour la vérification du droit au séjour bénéficie du droit « de prévenir à tout moment sa famille et toute personne de son choix et de prendre tout contact utile afin d'assurer l'information et, le cas échéant, la prise en charge des enfants dont il assure normalement la garde, qu'ils l'aient ou non accompagné lors de son placement en retenue » [art. 611-1-1 CESEDA]. Le suspect en garde à vue bénéficie du droit de faire prévenir « son employeur » de son arrestation [art. 63-2 CPP].

⁹²⁸ Déjà cité, l'article 36 b) de la Convention de Vienne sur les relations consulaires du 24 avril 1963 prévoit que « si l'intéressé en fait la demande, les autorités compétentes de l'État de résidence doivent avertir sans retard le poste consulaire de l'État d'envoi lorsque, dans sa circonscription consulaire, un ressortissant de cet État est arrêté, incarcéré ou mis en état de détention préventive ou toute autre forme de détention ». La largesse des termes employés en fait une garantie applicable à l'ensemble des cas de privation de liberté. Puisque la notification de ce droit doit se faire sans retard, de même que son exécution lorsque l'étranger en sollicite l'usage, ce droit naît dès le début de l'arrestation et ne peut être reporté. La Cour de cassation a d'ailleurs reconnu l'effet utile de la disposition conventionnelle [Cass. crim., 16 avr. 2013, n° 13-90.006 : à paraître au *Bulletin* ; *Gaz. Pal.*, 23 juil. 2013, p. 37, obs. F. FOURMENT], si bien que pour une fraction seulement, le droit de prévenir un tiers bénéficie d'une protection internationale.

⁹²⁹ La loi affirmait que la personne privée de liberté était « mise de plein droit en mesure de prévenir aussitôt sa famille, ou toute personne susceptible de confirmer son identité ou de lui permettre de le faire » [art. 76 de la loi n° 81-82 du 2 févr. 1981 renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes : *J. O.*, 3 févr. 1981, p. 415 ; voir J. MORANGE, « Les vérifications d'identité » ; *AJDA*, 1981, p. 285].

l'établissement de l'identité⁹³⁰. Le droit de prévenir un tiers s'est ensuite diffusé en matière de garde à vue par la loi du 4 janvier 1993⁹³¹, consécration d'autant plus forte que le secret de la garde à vue, gage d'efficacité de l'enquête, s'y oppose. Les nécessités de l'enquête aboutissent cependant à une reconnaissance relative du droit⁹³², puisque l'autorité judiciaire, qui dispose du contrôle de la garde à vue peut toujours le contrecarrer⁹³³, que sa mise à exécution peut être différée de la demande du suspect⁹³⁴ et que le droit ne renaît pas au cours de la garde à vue. Au surplus, la Chambre criminelle a maintenu l'exigence de la démonstration du grief, pour annuler la garde à vue, du fait du non-respect de ce droit⁹³⁵,

⁹³⁰ Art. 78-3 CPP issu de la loi n° 83-466 du 10 juin 1983 portant abrogation ou révision de certaines dispositions de la loi n° 81-82 du 2 févr. 1981 et complétant certaines dispositions du Code pénal et du Code de procédure pénale : *J. O.*, 11 juin 1983, p. 1755 ; *AJDA*, 1983, p. 640, chron. J. MORANGE (spéc. sur les contrôles d'identité). La loi prévoyait aussi que « *si des circonstances particulières l'exigent, l'officier de police judiciaire prévient lui-même la famille ou la personne choisie* ». Sans que la loi ne précise ces circonstances, on peut imaginer qu'elles concernaient déjà les nécessités d'une future enquête dans le cas où la rétention d'identité donnait lieu ensuite à une garde à vue. La suppression de l'information n'était en tout cas pas permise. La formulation de cette garantie n'était plus modifiée, malgré les nombreuses réformes des dispositions relatives à la vérification d'identité.

⁹³¹ Loi n° 93-2 du 4 janv. 1993 portant réforme de la procédure pénale : *J. O.*, 5 janv. 1993, p. 215 ; *JCP*, 1993, actu., n° 100067, note J. BOYER ; *D.*, 1993, p. 39, obs. J. PRADEL ; *RSC*, 1993, p. 238, chron. D. SALAS (spéc. sur le droit des mineurs).

⁹³² L'article 63-2 du Code de procédure pénale organisait alors le droit de « *faire prévenir, par téléphone, un membre de sa famille de la mesure dont elle est l'objet* ». La garantie était moins large que celle consacrée en vérification d'identité, car limitée à un membre de la famille et exécutée par l'officier de police judiciaire. Pour pouvoir toutefois préserver les nécessités de l'enquête, la loi précisait déjà que l'officier de police judiciaire pouvait saisir le procureur de la République afin de garder le secret de la garde à vue. La loi du 24 août 1993 [loi n° 93-1013 du 24 août 1993 modifiant la loi n° 93-2 du 4 janv. 1993 portant réforme de la procédure pénale : *J. O.*, 25 août 1993, p. 10751 ; *Gaz. Pal.*, 1993, chron., p. 388, comm. V. TURCEY ; *JCP*, 1993, I, n° 3720, p. 490, comm. F. LE GUNEHÉC ; *D.*, 1993, p. 299, comm. J. PRADEL], qui entendait corriger la loi précédente, a modifié uniquement la qualité des proches destinataires de l'information, l'étendant d'un côté [la loi sortait du cadre familial et faisait de l'« employeur » un nouveau destinataire possible], la resserrant de l'autre [la loi définissait plus précisément les proches à contacter et visait « *une personne avec laquelle elle vit habituellement ou l'un de ses parents en ligne directe, l'un de ses frères et sœurs* »]. La loi du 15 juin 2000 [préc.] renforçait le droit, en exigeant que l'information du tiers soit réalisée « *sans délai* ». La loi ultérieure altérait la célérité de l'exécution du droit, la loi accordant à l'officier de police judiciaire un délai de trois heures pour réaliser les premières diligences nécessaires, à partir de la demande du suspect de bénéficier du droit [loi n° 2002-307 du 4 mars 2002 : préc.].

⁹³³ Art. 63-2 CPP : « *Si l'officier de police judiciaire estime, en raison des nécessités de l'enquête, ne pas devoir faire droit à cette demande, il en réfère sans délai au procureur de la République qui décide, s'il y a lieu, d'y faire droit.* » En cas de garde à vue sur commission rogatoire, le juge d'instruction statue sur la demande de l'officier de police judiciaire [art. 154 CPP]. La mise à l'écart du droit peut alors durer durant l'ensemble de la garde à vue, y compris dans le droit dérogatoire [art. 706-88 CPP].

⁹³⁴ Art. 63-2 CPP : « *Sauf en cas de circonstance insurmontable, qui doit être mentionnée au procès-verbal, les diligences incombant aux enquêteurs en application du premier alinéa doivent intervenir au plus tard dans un délai de trois heures à compter du moment où la personne a formulé la demande.* »

⁹³⁵ La Cour de cassation validait le raisonnement du juge du fond qui, dans le domaine du mandat d'amener [la loi renvoie toutefois aux dispositions de la garde à vue], soumettait la nullité à la démonstration du grief [Cass. crim., 18 juin 2008, n° 08-82.356 : inédit]. En l'espèce, la connaissance par la fille du suspect de l'arrestation de son père, en raison de sa présence au commissariat, lorsque son père s'y était livré, après un contact téléphonique avec elle, écartait le grief. Le juge judiciaire de la prolongation de la rétention administrative avait précédemment estimé que la procédure devait être annulée en cas de défaut de réalisation des diligences dans le délai légal, sauf caractérisation d'une circonstance insurmontable [cette réserve est prévue par la loi], sans autre précision [Cass. civ. I, 27 mars 2007, n° 06-15.849 : *Bull. civ. I*, n° 133].

tandis que l'ampleur des diligences mises à la charge de l'officier de police judiciaire, pour assurer l'exécution du droit, demeure limitée⁹³⁶. Même à reposer sur une justification sérieuse tenant à l'efficacité de l'enquête, le droit de prévenir un tiers apparaît trop sacrifié⁹³⁷, d'autant plus que son étendue dans les privations de liberté de police déconnectées de l'enquête, pour lesquelles l'impératif de secret n'existe pas, n'apparaît pas non exceptionnellement large⁹³⁸ : c'est un droit relatif du *paquet*.

226. Le droit à un examen médical : deuxième droit relatif du *paquet*.

Le droit de bénéficier d'un examen médical s'est d'abord développé concernant l'arrestation du suspect, spécialement dans la matière des infractions en lien avec les produits stupéfiants⁹³⁹. C'est seulement en 1993 que le droit à un examen médical a été consacré dans le droit commun de la garde à vue⁹⁴⁰, domaine dans lequel il renaît pour chaque prolongation⁹⁴¹. L'article 63-3 du Code de procédure pénale rappelle que le but de l'examen réside dans la mesure de « *l'aptitude au maintien en garde à vue* », sans pour autant imposer la libération en cas d'inaptitude⁹⁴². L'examen médical est particulièrement essentiel pour la

⁹³⁶ La suffisance des diligences s'apprécie au regard des seules informations transmises par le suspect [Cass. crim., 7 juin 2011, n° 10-85.565 : *inédit*].

⁹³⁷ Les dispositions de la garde à vue, dont l'information du tiers, mais aussi les autres éléments du *paquet*, s'appliquent, par renvoi, dans les autres cas de détention du suspect, avant présentation à l'autorité judiciaire indépendante.

⁹³⁸ Si l'article 611-1-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile accorde à l'étranger, retenu pour vérification de son droit au séjour, la faculté « *de prévenir à tout moment sa famille et toute personne de son choix et de prendre tout contact utile afin d'assurer l'information et, le cas échéant, la prise en charge des enfants dont il assure normalement la garde, qu'ils l'aient ou non accompagné lors de son placement en retenue* », l'étranger placé en rétention administrative ou maintenu en zone d'attente ne bénéficie que du droit de « *communiquer avec son consulat et avec une personne de son choix* » [art. L. 552-2 et L. 221-4 CESEDA]. Quant à l'internement de l'aliéné, l'article L. 3211-3 du Code de la santé publique ne prévoit pas spécialement le droit de prévenir un tiers de l'arrestation.

⁹³⁹ La garantie de l'intervention du médecin en garde à vue est née dans le système dérogatoire de garde à vue en matière de stupéfiants [loi n° 70-1320 du 31 déc. 1970 relative aux mesures sanitaires de lutte contre la toxicomanie et à la répression du trafic et de l'usage illicite des substances vénéneuses : *J. O.*, 3 janv. 1971, p. 74]. Auparavant, alors même que la loi prévoyait déjà une garde à vue dérogatoire en matière de sûreté de l'état, le médecin n'y avait aucune place [v. l'art. 16 de la loi n° 63-23 du 15 janv. 1963 fixant la composition, les règles de fonctionnement et la procédure de la Cour de sûreté de l'État instituée par l'art. 698 du Code de procédure pénale : *J. O.*, 16 janv. 1963, p. 508].

⁹⁴⁰ La nature des infractions justifiait dans un premier temps l'intervention médicale. L'intervention du médecin s'est ensuite propagée dans le droit commun de la garde à vue par la loi n° 93-2 du 4 janv. 1993 [*préc.*], sans que la loi n° 93-1013 du 24 août 1993 [*préc.*] n'en remette en cause le principe.

⁹⁴¹ Art. 63-3, 706-88 et 706-88-1 CPP. La loi crée même des examens médicaux obligatoires au bout de quarante-huit heures et de quatre-vingt-seize heures. Afin d'assurer la pleine efficacité de la renaissance périodique du droit, le suspect doit en recevoir notification, lorsque la garde à vue est prolongée, sous peine de nullité, sans qu'il soit nécessaire de démontrer l'existence d'un grief [Cass. crim., 30 janv. 2001, n° 00-87.155 : *Bull. crim.*, n° 26].

⁹⁴² Concernant l'examen obligatoire pour la prolongation de la garde à vue au bout de quatre jours, la loi exige que le médecin se prononce sur la « *compatibilité* » et non plus l'« *aptitude* », sans exiger non plus que l'établissement de l'incompatibilité mette fin de plein droit à la garde à vue [art. 706-88-1 CPP]. La responsabilité du médecin est toutefois importante puisque, celui qui commet une erreur de diagnostic en concluant à la compatibilité, sans informer les autorités des mesures de précaution à prendre, est l'auteur d'une

privation de liberté de police du suspect⁹⁴³, puisque, en plus d'assurer la santé de la personne, menacée par l'effet afflictif de la privation de liberté, il permet de prévenir les violences policières⁹⁴⁴ et participe à l'administration de la preuve⁹⁴⁵. La jurisprudence établit désormais le principe selon lequel la poursuite de la garde à vue, malgré le constat de l'incompatibilité, est une cause de nullité, non soumise à la démonstration du grief, qui fait l'objet dans cette hypothèse d'une présomption irréfragable⁹⁴⁶. La Chambre criminelle a même tiré l'obligation pour l'officier de police judiciaire d'obtenir une autorisation médicale préalable pour entendre le suspect hospitalisé⁹⁴⁷, sur le fondement de l'article 3 de la Convention européenne des

faute qui peut justifier sa condamnation pour homicide involontaire [Cass. crim., 4 févr. 2003, n° 02-81.720 : *inédit*]. V. sur la mesure de cette aptitude en pratique, J. COELHO, « Garde à vue, examen médical et confidentialité » ; *AJP*, 2006, p. 35.

⁹⁴³ Comme pour les autres garanties, le droit à bénéficier d'un examen médical en matière de garde à vue a servi de modèle et s'est répandu aux autres détentions de police du suspect [v. *infra*, note n° 937].

⁹⁴⁴ Le certificat médical peut alors servir à établir la preuve des violences ou au contraire à les écarter [v. par ex. Cass. crim., 3 sept. 2003, n° 02-86.564 : *inédit*, ou encore Cass. crim., 13 mars 2007, n° 06-84.306 : *inédit*].

⁹⁴⁵ La Cour de cassation rappelle que le constat d'incompatibilité ne revient pas à constater l'altération des facultés mentales, si bien que la signature du procès-verbal de l'audition, interrompue par l'examen médical qui a montré l'incompatibilité, même postérieure à l'examen, vaut, alors que le suspect avait été libéré immédiatement après [Cass. crim., 18 déc. 2007, n° 07-86.955 : *inédit*].

⁹⁴⁶ Cass. crim., 27 oct. 2009, n° 09-82.505 : *Bull. crim.*, n° 176 ; *JCP*, 2010, n° 85, note M.-C. GUÉRIN ; *D.*, 2010, p. 245, obs. C. GIRAULT. La Chambre criminelle rappelait que « la poursuite de la garde à vue d'une personne dans des conditions qui sont, selon le constat médical, incompatibles avec son état de santé, porte nécessairement atteinte à ses intérêts ». La solution n'avait pas été posée auparavant. Dans une première affaire, alors que le premier médecin avait conclu à l'incompatibilité, les policiers avaient procédé à un deuxième examen qui avait conclu l'inverse, et la Cour de cassation avait censuré le juge du fond, qui avait validé la procédure, pour défaut de motivation, sans être plus explicite [Cass. crim., 18 juin 1997, n° 96-85.271 : *inédit*]. Dans une autre affaire, la Cour de cassation était saisie de l'éventuelle poursuite de la contrainte, après la tenue de l'examen concluant à l'incompatibilité et malgré la levée de la garde à vue, durant le transport à l'hôpital et les examens [Cass. crim., 25 mai 2004, n° 03-80.023 : *inédit*]. La Cour de cassation écartait le moyen, sans se prononcer directement sur l'effet du certificat de non compatibilité. Dans une autre espèce, une demi-heure s'était écoulée entre le constat d'incompatibilité et la levée de la garde à vue, ce délai étant justifié par la relecture et la signature du procès-verbal de l'audition interrompue par l'examen et du procès-verbal de l'article 64 du Code de procédure pénale [Cass. crim., 18 déc. 2007, n° 07-86.955 : *préc.*]. Le pourvoi se fondait directement sur la poursuite de la mesure de garde à vue, malgré le constat d'incompatibilité. Le juge d'appel avait rappelé que l'audition avait été arrêtée immédiatement après l'intervention du médecin et elle ne s'était poursuivie que pendant le temps nécessaire à la réalisation des formalités de clôture. La Cour de cassation approuvait simplement la motivation du juge du fond.

⁹⁴⁷ Cass. crim., 25 oct. 2011, n° 11-82.780 : *Bull. crim.*, n° 216 ; *D.*, 2012, p. 185, comm. CH. RAVIGNEAUX ; *D.*, 2012 p. 185, obs. C. GIRAULT ; *AJP*, 2012, p. 101, obs. L. ASCENSI ; *RSC*, 2012, p. 192, obs. J. DANET. Un suspect, blessé au thorax lors de son interpellation par un coup de feu, était auditionné par les forces de l'ordre le lendemain, pendant qu'il était hospitalisé en réanimation, et que le procès-verbal mentionnait que l'audition s'était déroulée dans des conditions difficiles. Il avait été entendu sur la simple autorisation d'une infirmière. La chambre de l'instruction avait refusé l'annulation, en s'appuyant sur cette autorisation, estimant que celle-ci s'était sûrement appuyée sur l'avis d'un médecin. La Cour de cassation censurait, dès lors « *qu'en statuant ainsi, par des motifs hypothétiques et sans rechercher si un médecin avait lui-même constaté que l'état de santé de cette personne hospitalisée était compatible avec son audition et si celle-ci pouvait ainsi se dérouler dans des conditions respectant les exigences résultant de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, la chambre de l'instruction n'a pas justifié sa décision* ». Si la Cour de cassation ne qualifiait pas en l'espèce la situation du suspect, notamment s'il se trouvait en garde à vue, la Cour de cassation a rappelé cette solution pour le suspect en garde à vue [Cass. crim., 11 juil. 2012, n° 12-82.136 : *Bull. crim.*, n° 167 ; *Gaz. Pal.*, 18 sept. 2012, p. 19, note O. BACHELET].

droits de l'Homme⁹⁴⁸. Les décisions récentes montrent toutefois une réticence à annuler la garde à vue en cas d'avis médical de compatibilité conditionnelle⁹⁴⁹.

227. Si l'effet du certificat d'incompatibilité est conforté par la jurisprudence, les diligences nécessaires à la réalisation de l'examen sont soumises à une exigence de célérité identique au droit de prévenir un tiers et peuvent être retardées, dans la limite de trois heures après la demande du suspect⁹⁵⁰. L'insuffisance des diligences réalisées dans le délai⁹⁵¹ ou leur tardiveté⁹⁵² restent des causes de nullité soumises à la démonstration du grief, l'existence de celui-ci se limitant à l'établissement tardif de l'incompatibilité, tandis que l'établissement tardif de la compatibilité neutralise le grief. Cette position, désormais ancienne, ne semble pas de nature à évoluer⁹⁵³.

228. Pour la privation de liberté de police administrative, le droit à un examen médical dès l'arrestation, pour mesurer la compatibilité de l'état de santé avec la privation de liberté, n'est pas formalisé⁹⁵⁴. S'il reste possible⁹⁵⁵, l'examen s'inscrit plutôt dans la conservation par le détenu du droit à la santé et n'est pas rattaché spécialement à l'arrestation. Le juge civil contrôlant la régularité de la rétention administrative rejette toutefois sa prolongation lorsqu'il constate « *une atteinte portée à la personne* », indépendamment du cas

⁹⁴⁸ Une telle jurisprudence tend à développer le droit à la libération en cas d'état de santé incompatible, dès la privation de liberté de police [v. sur ce droit, *supra*, n° 108 et s.].

⁹⁴⁹ Par exemple, pour le certificat de compatibilité établi sous réserve de respecter le traitement prescrit, l'absence de prescription précise posée par le médecin revient à démontrer que le médecin avait constaté la compatibilité de l'état de santé [Cass. crim., 14 févr. 2012, n° 11-87.691 : *inédit*]. Pour le même certificat médical conditionnant cette fois-ci clairement la compatibilité de l'état de santé au respect d'un traitement, l'examen médical ultérieur établissant la compatibilité avec la détention, même s'il a lieu dans un autre cadre de privation de liberté que celui de la garde à vue permet, d'établir la compatibilité de l'état de santé pour l'ensemble de la détention [Cass. crim., 1^{er} févr. 2011, n° 10-83.017 : *inédit*].

⁹⁵⁰ L'officier de police judiciaire n'a pas l'obligation de rendre effectif l'examen dans ce délai [Cass. crim., 24 janv. 2007, 2 espèces, n°s 03-85.061 et 06-84.330 : *Bull. crim.*, n° 17]. En revanche, lorsque la réalisation des diligences pour organiser l'examen médical n'est circonscrite par aucun délai, la Cour de cassation n'opère aucun contrôle de celles-ci tant que l'examen a eu lieu et n'a pas conclu à l'incompatibilité [Cass. crim., 12 mars 2013, n° 12-86.592 : *inédit*].

⁹⁵¹ Cass. civ. I, 10 oct. 2012, n° 11-30.131 : *Bull. civ. I*, n° 196 ; *JCP*, 2012, n° 1309, note F. DESPREZ. En l'espèce, l'officier de police judiciaire avait tenté de joindre un seul médecin, sans poursuivre ses recherches après l'échec de contacter le premier. L'officier de police judiciaire a donc au moins l'obligation de joindre un nouveau médecin après avoir échoué à joindre le premier dans le délai indiqué.

⁹⁵² Cass. crim., 10 déc. 2008, n° 08-83.408 : *inédit*. En l'espèce, le suspect avait été conduit aux urgences médico-légales pour examen quarante-cinq minutes après le terme du délai de trois heures.

⁹⁵³ Cass. crim., 25 févr. 2003, n° 02-86.144 : *Bull. crim.*, n° 50 ; *RSC*, p. 421, note J. BUISSON.

⁹⁵⁴ Si la nouvelle retenue pour vérification du droit au séjour reconnaît bien le « *droit d'être examiné par un médecin désigné par l'officier de police judiciaire* » dont le rôle est de prononcer « *sur l'aptitude au maintien de la personne en retenue* » [art. 611-1-1 CESEDA], elle ne détermine pas sa célérité. Concernant l'étranger maintenu en zone d'attente ou celui placé en rétention administrative, la loi rappelle bien la possibilité pour l'étranger de bénéficier de l'assistance d'un médecin, sans non plus régler son intervention dès l'arrestation [art. L. 221-4 et L. 551-2 CESEDA].

⁹⁵⁵ Puisque le droit à l'assistance médicale est reconnu sans précision temporelle, elle peut-être appliquée tout au long de la privation de liberté, donc à son début.

de l'état de santé incompatible⁹⁵⁶, y compris pendant la garde à vue qui précède la rétention⁹⁵⁷. Le défaut de soin sollicité par l'étranger durant la rétention justifie *a fortiori* le refus de prolonger. La jurisprudence judiciaire fait preuve d'une certaine souplesse quant à la preuve du défaut : celle-ci revient à l'administration en cas d'absence de service médical permanent à la libre disposition de l'étranger dans le centre⁹⁵⁸ et inversement, revient à l'étranger lorsqu'un tel service existe⁹⁵⁹. Finalement, le droit à l'examen médical constitue un élément relatif du *paquet*, tout comme le droit de prévenir un tiers, montrant une première faiblesse, pour le suspect mais aussi pour les autres cas d'arrestation, relativisant d'emblée l'existence d'une réelle sûreté subjective.

229. La recherche du rattachement des droits de premier ordre du *paquet* à la sûreté. Par référence à la garde à vue, qui constitue le modèle principal du *paquet* de droits générés par l'arrestation, le droit à l'assistance d'un avocat, la notification des droits et l'information des raisons de l'arrestation apparaissent comme les éléments de premier ordre, puisque les diligences en vue de leur réalisation ne peuvent être reportées par rapport à la demande du suspect⁹⁶⁰, et puisque le juge de l'annulation a abandonné, pour la notification des droits⁹⁶¹, comme pour le droit à l'assistance de l'avocat⁹⁶², la démonstration du grief. Ces trois droits ont pour caractéristique commune de pouvoir s'inscrire dans la défense pénale⁹⁶³. À l'inverse, les autres droits du *paquet* qui en sont détachables – l'information du tiers et l'examen médical – apparaissent comme des droits relatifs. En apparence, la protection importante des premiers pourrait trouver sa cause réelle dans la défense pénale⁹⁶⁴, plutôt que

⁹⁵⁶ Cass. civ. I, 1^{er} déc. 2010, n° 09-13.207 : *inédit*. L'atteinte à la personne de l'étranger résultait du défaut d'alimentation, entre 9 h et 17 h, dans l'attente d'une audience.

⁹⁵⁷ Cass. civ. I, 1^{er} juin 2011, n° 10-30.609 : *inédit*. L'atteinte à la dignité de l'étranger relevait aussi du défaut d'alimentation, mais durant la garde à vue, pendant près de dix-neuf heures. Pour comparaison, la Chambre criminelle a refusé d'annuler la garde à vue pour un défaut d'alimentation du suspect pendant vingt-deux heures, se contentant de constater le respect des dispositions légales de la garde à vue [Cass. crim., 9 mars 2011, n° 09-81.138 : *inédit*].

⁹⁵⁸ Cass. civ. I, 12 mai 2010, n° 09-12.916 : *Bull. civ. I*, n° 113 ; *JCP*, 2010, n° 798, obs. N. GUIMEZANES.

⁹⁵⁹ Cass. civ. I, 12 mai 2010, n° 09-12.877 : *Bull. civ. I*, n° 112 ; *JCP*, 2010, n° 798, obs. N. GUIMEZANES.

⁹⁶⁰ Et donc immédiatement après l'arrestation, si la demande a lieu consécutivement à la notification des droits, qui doit elle-même être réalisée immédiatement après l'arrestation.

⁹⁶¹ Cass. crim., 29 avr. 1998, n° 98-80.121 : *Bull. crim.*, n° 145 ; *RSC*, 1998, p. 785, obs. J.-P. DINTILHAC. – Cass. crim., 30 avr. 1996, n° 95-82.217 : *Bull. crim.* n° 182 ; *RSC*, 1996, p. 879, obs. J.-P. DINTILHAC. V. sur l'évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'annulation de la garde à vue, *infra*, note n° 3847.

⁹⁶² Cass. crim., 10 mai 2001, n° 01-81.762 : *Bull. crim.*, n° 118. V. sur les solutions jurisprudentielles, *infra*, note n° 3850.

⁹⁶³ Si la notification des droits, même pour la garde à vue, dépasse la défense pénale, elle y reste en partie liée pour assurer l'effectivité du droit à l'assistance de l'avocat, dégagée sur le fondement de l'article 6.

⁹⁶⁴ D'autant plus que le droit communautaire s'attache désormais à régler l'encadrement de la garde à vue, et plus largement des droits du suspect durant l'enquête [v. la Directive n° 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales et la Directive

dans les principes cardinaux encadrant la privation de liberté. La vigueur du droit d'être assisté par un avocat et du droit à l'information de la personne arrêtée en dehors de l'arrestation en matière pénale doit être recherchée, puis comparée avec la vigueur de ces mêmes droits, lorsqu'ils concernent le suspect : seule la similitude est de nature à démontrer le rattachement du *paquet* à la sûreté, tandis que la supériorité du modèle du suspect montrerait l'incapacité de la seule sûreté à justifier le déclenchement du *paquet* le plus riche. La construction de cette comparaison suppose d'étudier le droit à l'information de la personne arrêtée, à travers la recherche de sa pertinence (*Section I*), et d'étudier le droit à l'assistance d'un avocat de la personne arrêtée, à travers la recherche des limites de la défense contre la privation de liberté (*Section II*).

2013/48/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013 relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et des procédures, relatives au mandat d'arrêt européen, au droit d'informer un tiers dès la privation de liberté et au droit des personnes privées de liberté de communiquer avec des tiers et avec les autorités consulaires].

Section I./ LE DROIT À L'INFORMATION DE LA PERSONNE ARRÊTÉE : LA RECHERCHE DE SA PERTINENCE

230. **Le modèle du droit à l'information du suspect en garde à vue justifié par les droits de la défense pénale.** Le droit américain consacre le droit à l'information du suspect, immédiatement après son arrestation, dans un *avertissement*⁹⁶⁵ célèbre⁹⁶⁶, de valeur constitutionnelle⁹⁶⁷, qui a inspiré d'autres législations⁹⁶⁸, fondé sur les droits de la défense pénale et plus précisément sur le privilège de *self-incrimination* reconnu par le V^e amendement de la Constitution américaine. En droit français, la notification immédiate au suspect en garde à vue de ses droits constitue lui-même un symbole national⁹⁶⁹, à relier sans doute aussi à la défense pénale⁹⁷⁰, d'autant plus depuis que la Cour de cassation a dégagé l'obligation de notifier au suspect son droit de se taire, dès le début de la garde à vue, sur le fondement de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme⁹⁷¹. La protection de la sûreté⁹⁷² apparaît comme le fondement secondaire de l'information du suspect⁹⁷³, et

⁹⁶⁵ Le *Miranda warning*.

⁹⁶⁶ Cour suprême des États-Unis, *Miranda c. Arizona*, 1966, 384 U.S. 436 : « *the person in custody must, prior to interrogation, be clearly informed that he has the right to remain silent, and that anything he says will be used against him in court ; he must be clearly informed that he has the right to consult with a lawyer and to have the lawyer with him during interrogation, and that, if he is indigent, a lawyer will be appointed to represent him* ». La personne doit être informée, avant tout interrogatoire, par des termes clairs et non équivoques, de son droit de garder le silence, que tout ce qu'elle dira pourra être retenu contre elle, qu'elle a le droit de consulter un avocat et de se faire assister par lui durant l'interrogatoire et que, si elle n'a pas les moyens financiers suffisants, elle peut bénéficier d'un avocat commis d'office.

⁹⁶⁷ Cour suprême des États-Unis, 2000, *Dickerson v. United States*, 530 U.S. 428.

⁹⁶⁸ V. par ex. Cour suprême du Canada, 1^{er} févr. 1990, *R. c. Brydges*, n° 20583 ; [1990] 1 R.C.S. 190.

⁹⁶⁹ L'irrégularité de la notification des droits a donné naissance au mouvement de la neutralisation du grief dans la théorie de l'annulation, celui-ci se trouvant présumé, sauf à établir l'existence d'une circonstance insurmontable [Cass. crim., 18 juin 1998, n° 98-81.369 : *Bull. crim.*, n° 200 ; *RSC*, 1998, p. 785, obs. J.-P. DINTILHAC : « *tout retard injustifié dans la mise en œuvre de [la notification des droits] porte nécessairement atteinte aux intérêts des personnes concernées* »].

⁹⁷⁰ La Cour de cassation n'a pas fondé sa décision, au-delà des dispositions législatives de la garde à vue et du droit commun de l'annulation, en visant les articles 63, 63-1, 171, 173, 593 et 802 du Code de procédure pénale, pour fonder la neutralisation du grief. À l'inverse, le contrôle des droits à un examen médical ou à prévenir un tiers reste soumis à la démonstration du grief, alors qu'ils se détachent de la défense pénale [v. *supra*, n° 225 et s.].

⁹⁷¹ Cass., ass. plén., 15 avr. 2011, 4 espèces, n°s 10-17.049, 10-30.242, 10-30.313 et 10-30.316 : *Bull. crim., ass. plén.*, n°s 1 à 4 ; *RTD civ.*, 2011, p. 725, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *AJP*, 2011, p. 311, obs. C. MAURO ; *Constitutions*, 2011, p. 326, obs. A. LEVADE ; *RSC*, 2011, p. 410, obs. A. GIUDICELLI.

⁹⁷² Elle justifie malgré tout la notification des droits détachables des droits de la défense.

⁹⁷³ Dès lors, l'inscription dans l'article 5 § 2 de l'information « *des raisons de son arrestation et de toute accusation portée contre elle* », droit sans doute réservé au suspect pour les auteurs de la Convention, apparaît guidée, à l'origine, par la volonté de préserver l'enquête des principes de l'article 6.

l'affiliation de la garantie aux principes cardinaux encadrant la privation de liberté justifie une analyse méticuleuse de la matière⁹⁷⁴.

231. **La nature identique de la double information.** L'arrestation déclenche une double information : celle des raisons de l'arrestation en vertu de l'article 5 § 2 de la Convention européenne des droits de l'Homme⁹⁷⁵, élément vertical de la théorie générale, et celle des droits bénéficiant à la personne privée de liberté, élément horizontal de la théorie générale par comparaison des législations spéciales⁹⁷⁶. Ces deux informations sont de même nature : il s'agit d'assurer l'efficacité d'autres droits reconnus à la personne privée de liberté⁹⁷⁷, au moyen d'une information rapide laissée à la charge des autorités et générée par l'arrestation : les deux garanties peuvent être réunies dans un même droit à l'information.

232. **Du droit à l'information des raisons de l'arrestation au droit à l'information durant la privation de liberté de police.** L'arrestation, dans l'approche globale de la privation de liberté, constitue le point de départ de celle-ci, par capture ou placement en détention⁹⁷⁸. Si l'information est générée pour la première fois par l'arrestation au sens strict⁹⁷⁹, le *paquet* de droits encadre toute la privation de liberté de police, et l'information renaît périodiquement pendant son cours, notamment en cas de poursuite de la privation de liberté sous un autre titre⁹⁸⁰. L'article 5 § 2 couvre cette information périodique des raisons de la privation de liberté durant la privation de liberté de police, en cas de changement des conditions du maintien en détention, dès lors que celle-ci doit servir à assurer l'efficacité du recours en contestation de la légalité de la privation de liberté prévu par l'article 5 § 4⁹⁸¹ : la Cour réalise elle-même un glissement sémantique, évoquant concernant l'information de l'article 5 § 2, les raisons de la privation de liberté⁹⁸², et plus seulement les raisons de l'arrestation.

⁹⁷⁴ V. *supra*, n° 229.

⁹⁷⁵ V. *supra*, n° 184 et s.

⁹⁷⁶ V. *supra*, n° 182 et s.

⁹⁷⁷ Soit le droit de contester la légalité de la privation de liberté, pour l'information des raisons, soit les autres éléments du *paquet*, pour la notification des droits.

⁹⁷⁸ V. *supra*, n° 28 et s.

⁹⁷⁹ V. l'art. 5 § 2 CEDH.

⁹⁸⁰ V. *supra*, n° 222.

⁹⁸¹ V. CEDH, 21 févr. 1992, *Van der Leer c. Pays-Bas*, req. n° 11509/85 : *Rec. CEDH*, série A, n° 170-A.

⁹⁸² V. *supra*, n° 28. Si l'arrestation dans le cadre de la retenue pour vérification du droit au séjour fait naître l'information au titre de l'arrestation au sens strict, le maintien de la détention par le placement consécutif en rétention administrative fait naître une nouvelle fois l'information concernant les raisons du placement en détention.

233. **Adaptation et qualités de l'information immédiate.** La Cour a défini les caractéristiques de l'information des raisons de la privation de liberté, en dépassant la lettre stricte de la Convention⁹⁸³. Ainsi, l'information doit être complète pour englober « *les raisons juridiques et factuelles de sa privation de liberté* »⁹⁸⁴, elle doit être intelligible pour être donnée « *dans un langage simple accessible* »⁹⁸⁵ et enfin, elle doit être rapide pour devoir être transmise « *dans le plus court délai* »⁹⁸⁶. Ces mêmes caractéristiques sont de nature à assurer la pertinence de l'information donnée à la personne arrêtée, par la consécration, dans une approche extrinsèque⁹⁸⁷, d'un droit à une information adaptée à son destinataire (§ 1) et dans une approche intrinsèque⁹⁸⁸, d'un droit à une information de qualité (§ 2).

⁹⁸³ CEDH, 30 août 1990, *Fox, Campbell et Hartley c. Royaume-Uni*, req. n^{os} 12244/86, 12245/86 et 12383/86 : *Rec. CEDH*, série A, n^o 182 ; § 40 : elle « *oblige à signaler [...] dans un langage simple accessible pour [la personne privée de liberté], les raisons juridiques et factuelles de sa privation de liberté, afin qu'elle puisse en discuter la légalité devant un tribunal en vertu du paragraphe 4 [...]* » « dans le plus court délai » ».

⁹⁸⁴ *Ibid.* La Convention se contente de viser les « *raisons* », sans autre précision.

⁹⁸⁵ *Ibid.* La Convention, en deçà, se contente d'exiger la transmission de l'information « *dans une langue que [la personne arrêtée] comprend* ».

⁹⁸⁶ *Ibid.* Sur ce point, la jurisprudence se contente de reprendre l'exigence textuelle de la Convention.

⁹⁸⁷ La pertinence extrinsèque s'intéresse aux moyens d'adapter l'information aux capacités de compréhension de son bénéficiaire.

⁹⁸⁸ La pertinence intrinsèque se désintéresse du bénéficiaire pour se concentrer sur le message.

§ 1./ LE DROIT À UNE INFORMATION ADAPTÉE À SON DESTINATAIRE

234. Les cas d'adaptation de l'information : intelligibilité et accessibilité.

La personne arrêtée ne dispose pas forcément des pleines capacités intellectuelles nécessaires à la compréhension de l'information, pour des motifs durables⁹⁸⁹ ou temporaires⁹⁹⁰. L'adaptation de l'information au destinataire doit permettre d'abord d'assurer son intelligibilité, c'est-à-dire de permettre à la personne dépourvue d'un entier discernement de saisir l'information. Mais la personne arrêtée, même dotée d'un discernement entier, ne dispose pas non plus forcément de la maîtrise suffisante du moyen de communication servant à la transmission de l'information pour en saisir tous les enjeux⁹⁹¹. L'adaptation de l'information suppose aussi de la rendre accessible, c'est-à-dire de faciliter sa compréhension par l'emploi du moyen le plus adéquat. Le droit à une information intelligible et le droit à une information accessible doivent être imposés fermement, sous peine de faire de l'information une simple formalité, dénuée de sens. Le droit à une information intelligible (A) et le droit à une information accessible (B) font pourtant l'objet d'une défense relative.

A) La défense relative du droit à une information intelligible

235. Vers la consécration du droit à l'assistance adaptée⁹⁹² de la personne dépourvue de l'entier discernement dès l'arrestation. La représentation civile n'est pas sans incidence sur la privation de liberté, et le consentement du représentant légal, du mineur ou du majeur protégé, peut permettre d'écarter la qualification de privation de liberté, pour établir le caractère volontaire de la mesure appliquée à la personne représentée⁹⁹³. La protection de la liberté individuelle suppose toutefois de limiter les effets de la représentation et de permettre à la personne placée sous la garde des autorités de renverser le consentement du représentant par une manifestation de volonté contraire claire, lui permettant

⁹⁸⁹ Certains cas de privation de liberté, comme l'internement de l'aliéné, ou la détention du mineur pour son éducation surveillée, concernent même spécialement des personnes dépourvues de leur entier discernement.

⁹⁹⁰ L'exemple typique réside alors dans l'imprégnation alcoolique.

⁹⁹¹ L'exemple typique réside alors dans le défaut de maîtrise de la langue des autorités nationales de l'étranger.

⁹⁹² L'assistance adaptée se distinguerait de l'assistance médicale, destinée à protéger la santé de la personne arrêtée et éventuellement à contrôler la compatibilité de l'état de santé avec la privation de liberté et de l'assistance d'un avocat, destinée à assurer la défense contre la privation de liberté, indépendamment de l'état de discernement de la personne arrêtée.

⁹⁹³ V. *infra*, n° 424 et s.

de bénéficier de l'entière protection contre la privation de liberté. Lorsque le défaut de discernement est durable et compromet l'intelligibilité de l'information, il apparaît en revanche protecteur de recourir dès l'arrestation à la désignation d'un représentant, qui bénéficierait aussi de l'information immédiate et de la capacité à forcer l'exercice des droits du *paquet*, soit en investissant de ce rôle le représentant déjà désigné, selon les règles de droit commun de la protection de l'incapable, soit en désignant provisoirement un représentant spécial pour la privation de liberté. Jusqu'à récemment, la jurisprudence européenne semblait cantonner l'information de l'article 5 § 2 à la seule personne privée de liberté⁹⁹⁴. Cependant, dans un arrêt récent aux faits particuliers, la Cour européenne des droits de l'Homme a posé l'obligation, par le truchement de l'article 5 § 2, pour l'État d'adopter des « *mesures raisonnables* » pour assurer, au-delà de l'information des raisons de l'arrestation, l'assistance de la personne handicapée⁹⁹⁵, notion de nature à développer un droit à l'assistance adaptée de la personne dépourvue de l'entier discernement dès l'arrestation. La défense de l'intelligibilité reste relative en droit français, du fait du défaut de l'assistance renforcée de la personne arrêtée au discernement durablement incomplet (1) et du fait du défaut du contrôle du report de l'information de la personne arrêtée au discernement temporairement atteint (2).

⁹⁹⁴ CEDH, ch., 25 oct. 1990, *Keus c. Pays-Bas*, req. n° 12228/86 : *Rec. CEDH*, série A, n° 185-C. La Cour a rejeté, pour l'aliéné en fuite, l'obligation de répercuter l'information de l'article 5 § 2 à son avocat, indiquant qu'il suffisait que le détenu évadé reçoive information des raisons de l'arrestation, dès qu'il reprenait contact avec les autorités ou dès son arrestation, pour satisfaire la Convention. À l'inverse, la Commission semblait retenir une vision plus large de l'information des raisons de l'arrestation et avait estimé que les motifs d'un réinternement, ne soulevant pas d'impératif de sécurité publique, pouvait être communiqués aux avocats du requérant, si celui-ci n'était pas en état de recevoir l'information [Comm.EDH, 16 juil. 1980, *X. c. Royaume-Uni*, n° 6998/75, *rap.* : *D. R.*, n° 8, p. 106].

⁹⁹⁵ CEDH, sect. II, 8 nov. 2012, *Z. H. c. Hongrie*, req. n° 28973/11, en angl. La solution s'appuyait sur les Conventions internationales protégeant les droits des personnes handicapées, puisque l'espèce concernait un requérant sourd et muet, analphabète, ne maîtrisant pas le langage des signes et présentant une déficience intellectuelle, si bien qu'il communiquait uniquement dans un langage particulier, que seule sa mère comprenait. La Cour estimait donc que la mère du requérant, ou à défaut son avocat ou un autre représentant, auraient du être informés des raisons de l'arrestation, solution mise en lien avec la contestation de la privation de liberté, et même que sa mère puisse être présente durant les interrogatoires. La violation de la Convention était en conséquence retenue, malgré la mise à disposition du suspect d'un interprète en langue des signes.

1) Le défaut de l'assistance renforcée de la personne arrêtée au discernement durablement incomplet

236. **Le renforcement relatif de l'assistance du mineur dès l'arrestation.** Le droit pénal organise au profit du mineur arrêté une assistance renforcée, dès le début de la privation de liberté et spécialement en considération de celle-ci⁹⁹⁶, de nature à lui permettre de mieux comprendre l'information de ses droits et les raisons de son arrestation. La garantie se manifeste parfois par la reconnaissance de prérogatives à son représentant légal⁹⁹⁷, parfois par le renforcement du droit à l'assistance d'un avocat, par rapport à l'étendue du même droit pour l'adulte⁹⁹⁸, sans non plus toujours l'imposer⁹⁹⁹. Ce dernier moyen est en berne dans le droit de la garde à vue, notamment pour celle de droit commun, le droit des mineurs retrouvant sa spécificité quant à l'assistance de l'avocat surtout pour les régimes dérogatoires¹⁰⁰⁰. Dès lors, les nécessités de l'enquête permettent de mettre en échec cette assistance renforcée au début pour la garde à vue¹⁰⁰¹, sans mise en place de mécanisme supplétif, ou sans intervention d'un juge judiciaire spécialisé, consacrant finalement un droit à

⁹⁹⁶ Pour la garde à vue, la jurisprudence a rappelé que le régime applicable ne doit pas s'apprécier au regard de l'âge du suspect au moment des faits, mais à son âge au moment du placement en garde à vue, reliant les règles de protection du mineur à la protection contre la privation de liberté, du fait de sa capacité moindre à supporter son affliction et de son discernement encore en développement ne lui permettant pas d'en comprendre toutes les implications [Cass. crim., 7 janv. 1998, n° 97-85.623 : *inédit*].

⁹⁹⁷ En matière de rétention aux fins de vérifications d'identité, la loi dispose que « *sauf impossibilité, le mineur doit être assisté de son représentant légal* » [art. 78-3 CPP]. Concernant la garde à vue des mineurs, les représentants du mineur, avisés du *paquet* de droits en même temps que du placement en garde à vue, peuvent forcer l'assistance d'un avocat ou l'examen médical, dès le début de la mesure de contrainte [art. 4-III et 4-IV de l'ord. n° 45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante]. À noter que l'absence du représentant légal du mineur lors de son interrogatoire par la police est prise en compte par la Cour européenne des droits de l'Homme dans son appréciation d'une violation de l'article 6 § 3 quant au défaut d'assistance d'un avocat [CEDH, sect. I, 11 déc. 2008, *Panovits c. Chypre*, req. n° 4268/04, § 71].

⁹⁹⁸ Dans le domaine de la garde à vue, cette étendue supérieure du droit à l'assistance d'un avocat s'est manifestée historiquement par l'admission de l'avocat dès le début de la garde à vue en droit des mineurs, alors même qu'à l'époque celle-ci n'était pas prévue pour l'adulte [art. 4-IV de l'ord. n° 45-174 du 2 févr. 1945 : *préc.*].

⁹⁹⁹ Concernant le suspect, la Cour européenne des droits de l'Homme admet que le mineur puisse renoncer à son droit à l'assistance d'un avocat, même si l'État doit alors se montrer précautionneux [*Panovits* : *préc.*].

¹⁰⁰⁰ L'assistance d'un avocat est automatique pour le mineur de dix à treize ans en retenue. Pour le reste, la distinction entre l'adulte et le mineur se réduit, puisque le report de l'assistance de l'avocat, est réglée pour la garde à vue du mineur ou du majeur selon les mêmes modalités, à l'article 63-4-2 du Code de procédure pénale [art. 4-IV de l'ord. *préc.*]. En revanche et à la différence de l'adulte, l'ensemble du régime dérogatoire du report de l'avocat pour la criminalité organisée ne s'applique pas au mineur [le régime décrit à l'art. 706-88 CPP est expressément exclu pour le mineur à l'art. 4-VII de l'ord. *préc.*].

¹⁰⁰¹ L'article 4-II de l'ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 [*préc.*] prévoit que l'information du représentant légal peut être repoussée pour les nécessités de l'enquête jusqu'à douze heures [ou vingt-quatre heures lorsque la garde à vue peut être prolongée jusqu'à quarante-huit heures], sur l'autorisation du magistrat de l'autorité judiciaire qui contrôle la garde à vue.

l'assistance renforcée au-delà d'une certaine durée de privation de liberté, plutôt que dès l'arrestation.

237. En dehors de la garde à vue, la loi prévoit la désignation d'un administrateur *ad hoc* concernant le placement en zone d'attente d'un mineur isolé¹⁰⁰². La Cour de cassation a toutefois émoussé la garantie en indiquant, dans le silence de la loi, que la présence de l'administrateur n'est pas exigée dès la notification de la décision du maintien en zone d'attente et de la notification des droits¹⁰⁰³, alors que dans les faits, la décision de refus est prononcée après une retenue factuelle qui laisse une certaine marge aux autorités. La solution aboutit à autoriser les autorités à réaliser les diligences nécessaires à la mise en place de l'administrateur, après l'adoption de la décision de maintien, même si la décision de la Cour de cassation annonçait l'amorce d'un contrôle de la rapidité de celles-ci, leur retard apparaissant de nature à justifier le refus de prolongation de la détention¹⁰⁰⁴.

238. La large ouverture de l'action en contestation de la légalité de l'internement de l'aliéné : la parade insuffisante de la compromission de l'intelligibilité. Quant à l'aliéné, la loi lui reconnaît, dès l'adoption de la décision d'hospitalisation forcée, le droit à être informé des motifs de l'arrestation¹⁰⁰⁵ et de ses droits¹⁰⁰⁶, et le texte pose bien le

¹⁰⁰² Art. L. 221-5 CESEDA. Celui-ci, en vertu de la disposition, « assiste le mineur durant son maintien en zone d'attente », « assure sa représentation dans le cadre des procédures administratives et juridictionnelles relatives à ce maintien » et « assure également la représentation du mineur dans toutes les procédures administratives et juridictionnelles afférentes à son entrée en France ». Avant la loi, plusieurs juges du fond avaient annulé la procédure menée contre le mineur en raison de son incapacité, et un juge du fond avait estimé que la procédure de maintien en zone d'attente nécessitait la nomination d'un représentant légal, par application de l'article 117 du nouveau Code de procédure civile, disposition qui se contente de prévoir que l'absence de capacité à ester en justice est une irrégularité de fond. La Cour de cassation rejetait ce dernier raisonnement, considérant que la juridiction avait statué « en ajoutant à la loi une condition qu'elle n'a pas prévue » [Cass. civ. II, 2 mai 2001, n° 99-50.008 : *Bull. civ. II*, n° 81 ; *D.*, 2001, jur., p. 2776, obs. F. JULIEN-LAFERRIÈRE ; *ibid.*, p. 2773, avis R. KESSOUS ; *Dr. Famille*, 2006, ét. n° 34, comm. M. FARGE ; *RDSS*, 2001, p. 589, obs. F. MONÉGER ; *RTD civ.*, 2001, p. 854, obs. J. HAUSER], contre l'avis de l'avocat général, qui proposait de relever l'irrégularité de la procédure et de forcer l'administration à « prendre toutes les dispositions utiles pour que la procédure soit régulière » [avis R. KESSOUS ; *D.*, 2001, jur., p. 2773]. La jurisprudence judiciaire rappelle aussi que le mineur isolé, même placé en zone d'attente, peut bénéficier d'une mesure de protection au titre du droit de l'assistance éducative, dès lors que « la zone d'attente se trouve sous contrôle administratif et juridictionnel national » [Cass. civ. I, 25 mars 2009, n° 08-14.125 : *Bull. civ. I*, n° 66 ; *D.*, 2009, p. 1793, avis J.-D. SARCELET ; *JCP*, 2009, n° 294, obs. M. FARGE ; *AJF*, 2009, p. 225, obs. I. GALLMEISTER ; *RDSS*, 2009, p. 550, M. BRUGGEMAN].

¹⁰⁰³ Cass. civ. I, 26 juin 2013, n° 12-20.766 : *inédit*.

¹⁰⁰⁴ En l'espèce, les décisions administratives avaient été notifiées au mineur isolé à 15 h 36, un policier avait appelé à 15 h 41 un magistrat du parquet qui avait désigné à 16 h 05 un administrateur *ad hoc*, lequel en avait été informé à 16 h 10.

¹⁰⁰⁵ L'aliéné est informé « le plus rapidement possible et d'une manière appropriée à son état, de la décision d'admission et de chacune des décisions mentionnées au deuxième alinéa du présent article, ainsi que des raisons qui les motivent » [art. L. 3211-3 CSP].

¹⁰⁰⁶ L'aliéné est informé « dès l'admission ou aussitôt que son état le permet et, par la suite, à sa demande et après chacune des décisions mentionnées au même deuxième alinéa, de sa situation juridique, de ses droits, des voies de recours qui lui sont ouvertes et des garanties qui lui sont offertes en application de l'article L. 3211-12-1 » [art. L. 3211-3 CSP].

principe de l'adaptation de l'information à son état, sans plus de précision. L'intelligibilité de l'information peut être largement illusoire. La loi, par compensation, ouvre le droit de contester la légalité de la privation de liberté aux proches, que le lien soit de fait, juridique ou familial¹⁰⁰⁷. Si la loi organise l'information des proches de l'internement¹⁰⁰⁸, elle n'organise pas un droit à l'information des raisons plus précises de celui-ci. Même le procureur, qui assure en partie le contrôle de l'internement en sa qualité de membre de l'autorité judiciaire, ne reçoit pas d'informations plus précises¹⁰⁰⁹. Seule la Commission départementale des hospitalisations psychiatriques reçoit les certificats médicaux qui démontrent la nécessité de l'hospitalisation¹⁰¹⁰. La rupture du secret médical, alors même que la commission n'est pas uniquement composée d'experts¹⁰¹¹, se justifie alors par la défense des droits de la personne hospitalisée contre sa volonté¹⁰¹², vue principalement par un contrôle extérieur étatique et diffus tout au long de la privation de liberté, sans véritable concurrence par l'organisation d'une représentation privée spécifique, au-delà de la protection de droit commun de l'incapable. La large ouverture du recours est de toute manière dépassée désormais par la saisine automatique du juge des libertés et de la détention au début de l'internement¹⁰¹³. L'ouverture large du recours en légalité ne saurait en tout cas priver l'aliéné de l'action. La Cour européenne des droits de l'Homme a rappelé nettement pour l'adulte que l'incapacité civile ne devait pas empêcher l'individu de pouvoir contester la légalité de sa privation de liberté sur le fondement de l'article 5 § 4¹⁰¹⁴, opérant une distinction bienvenue entre capacité de droit commun et capacité en droit de la privation de liberté. C'est que la représentation

¹⁰⁰⁷ La saisine est ouverte à la personne faisant l'objet des soins, aux titulaires de l'autorité parentale ou le tuteur si la personne est mineure, à la personne chargée de sa protection si, majeure, elle a été placée en tutelle ou en curatelle, à son conjoint, à son concubin, à la personne avec laquelle elle est liée par un pacte civil de solidarité, à la personne qui a formulé la demande de soins, à un parent, à une personne susceptible d'agir dans l'intérêt de l'aliéné et au procureur de la République [art. L. 3211-12 CSP].

¹⁰⁰⁸ Art. L. 3213-9 et L. 3212-1 CSP.

¹⁰⁰⁹ Le procureur est avisé de l'internement d'office de l'aliéné domicilié dans son ressort de compétence [art. L. 3213-9 CSP]. Les procureurs du domicile de l'aliéné et du lieu de l'établissement psychiatrique reçoivent notification des « *nom, prénoms, profession et domicile, tant de la personne hospitalisée que de celle qui a demandé l'hospitalisation* » en matière d'internement à la demande d'un tiers [art. L. 3212-5 CSP].

¹⁰¹⁰ Art. L. 3212-4 et L. 3213-1 CSP. La Commission est investie d'un rôle important, dès lors qu'elle dispose du pouvoir de mettre un terme à l'hospitalisation à la demande d'un tiers [art. L. 3212-9 CSP], peut proposer la levée de l'hospitalisation d'office à l'autorité administrative [art. L. 3213-4 CSP] ou saisir le juge judiciaire [art. L. 3223-2 CSP].

¹⁰¹¹ Art. L. 3223-2 CSP. Elle comprend en plus des experts médicaux un magistrat et deux représentants d'associations agréées de défense des personnes malades et des familles de personnes atteintes de troubles mentaux, désignés par le représentant de l'État dans le département.

¹⁰¹² De la même manière que la défense de l'ordre public autorise le préfet à recevoir copie des certificats médicaux des personnes hospitalisées à la demande d'un tiers afin de s'assurer qu'une mesure d'internement d'office n'est pas plus appropriée [art. L. 3213-3 CSP].

¹⁰¹³ Art. L. 3211-12-1 CSP.

¹⁰¹⁴ CEDH, sect. II, 14 févr. 2012, *D. D. c. Lituanie*, req. n° 13469/06, en angl. V. *infra*, n° 800.

peut aussi être dangereuse pour la liberté individuelle, lorsqu'elle favorise la contrainte¹⁰¹⁵. Si le droit français se montre défectueux à assurer une assistance renforcée de la personne arrêtée au discernement durablement incomplet, il ne se montre pas plus protecteur de l'intelligibilité de l'information de la personne arrêtée au discernement temporairement atteint.

2) Le défaut du contrôle du report de l'information de la personne arrêtée au discernement temporairement atteint

239. **L'appréciation souveraine de l'officier de police judiciaire du moment de l'information du suspect ivre.** La Cour de cassation a reconnu très tôt que l'ivresse du suspect caractérisait « *l'existence d'une circonstance insurmontable qui a retardé la notification des droits, laquelle ne doit intervenir qu'à partir du moment où la personne gardée à vue est en mesure d'en comprendre la portée* »¹⁰¹⁶. La Cour de cassation autorisait l'arrestation du suspect ivre¹⁰¹⁷, tout en protégeant l'intelligibilité, sans ajouter à la privation de liberté, en refusant d'admettre une garde provisoire distincte de la garde à vue, destinée à assurer le dégrisement, sauf à ce que celui-ci se soit déroulé à l'hôpital, sans contrainte policière¹⁰¹⁸. L'officier de police judiciaire bénéficie d'abord d'une large marge d'appréciation dans son choix de reporter l'information du suspect, même en l'absence de mesure du taux d'alcoolémie, et à défaut d'élément dans les certificats médicaux ramenant la preuve de l'ivresse¹⁰¹⁹. La constatation policière de l'incapacité du suspect à comprendre

¹⁰¹⁵ V. *infra*, n° 424 et s.

¹⁰¹⁶ Cass. crim., 3 avr. 1995, n° 94-81.792 : *Bull. crim.*, n° 140 ; *RSC*, 1995, p. 609, J.-P. DINTILHAC ; *D.*, 1996, p. 261, obs. J. PRADEL. – Cass. crim., 25 oct. 1995, n° 94-86.229 : *inédit*. En l'espèce, la notification des droits avait été effectuée huit heures après le placement en garde à vue, dans l'attente du dégrisement. La motivation de la Cour de cassation reliait directement le report de l'information à la capacité de compréhension de la personne. L'ivresse du gardé à vue était qualifiée de circonstance insurmontable. – Cass. crim., 4 janv. 1996, n° 95-84.330 : *Bull. crim.*, n° 5. La Cour de cassation rappelait que l'obligation d'informer renaissait « *dès que la personne concernée se trouve en état d'en être informée* ». La Cour d'appel était alors fondée à relever l'irrégularité de procédure. En l'espèce, une audition avait été opérée avant la notification des droits, caractérisant le report excessif de la notification.

¹⁰¹⁷ V. sur les difficultés juridiques et pratiques de la privation de liberté du suspect ivre, H. VLAMYNCK, « La garde à vue de la personne sous l'emprise de boissons alcooliques » ; *AJP*, 2009, p. 121.

¹⁰¹⁸ La Cour de cassation a ainsi validé le placement en garde à vue à 7 h 10 du suspect interpellé à 2 h 10, mais hospitalisé pour dégrisement entre temps [Cass. crim., 4 avr. 2013, n° 12-85.968 : *inédit* ; *Dr. pén.*, 2013, chron. n° 8, obs. V. LESCLOUS].

¹⁰¹⁹ Cass. crim., 27 mai 1999, n° 98-87.747 : *inédit*. Alors que la notification des droits était retardée de six heures à cause du placement en cellule de dégrisement, le juge du fond, en l'absence de mesure de l'alcoolémie, s'était fondé sur deux certificats médicaux pour estimer que la preuve de l'état d'ivresse n'était pas rapportée et en déduisait que la notification des droits aurait dû intervenir dès l'interpellation. La Cour de cassation censurait, dès lors que l'état d'ébriété ressortait des constatations policières.

l'information suffit à la reporter, même en présence d'un faible taux d'alcoolémie¹⁰²⁰. L'officier de police judiciaire bénéficie de la même marge quant à l'appréciation du moment du retour du discernement, dès lors que celui-ci l'a précisément retranscrit sur procès-verbal, malgré la persistance de l'imprégnation alcoolique médicalement établie¹⁰²¹.

240. Même si la Cour de cassation reconnaît au juge du fond le contrôle du moment du recouvrement du discernement¹⁰²², seule une erreur manifeste d'appréciation permet de sanctionner la garde à vue, celle-ci pouvant par exemple ressortir d'une contradiction dans les procès-verbaux¹⁰²³, ou d'un report d'une durée exceptionnellement longue et d'évidence excessive¹⁰²⁴. Même pour cette dernière hypothèse, la remise en cause de l'appréciation de l'officier de police judiciaire n'apparaît pas aisée¹⁰²⁵. Par assimilation, le report de la notification des droits pourrait également se justifier par l'état de confusion

¹⁰²⁰ Cass. crim., 4 janv. 2005, n° 04-84.876 : *Bull. crim.*, n° 3 ; *Dr. pén.*, 2005, comm. n° 49, obs. A. MARON ; *AJP*, 2005, p. 409, note M. HERZOG-EVANS ; *ibid.*, p. 160, obs. J. LEBLOIS-HAPPE. Le juge du fond avait estimé qu'un taux d'alcoolémie de 0,51 milligrammes d'alcool par litre d'air expiré et « l'état éventuel d'excitation et d'énerverment » du suspect ne constituaient pas des circonstances insurmontables justifiant le report de la notification des droits. Si la personne se trouvait en état d'ivresse, le juge estimait que le suspect était malgré tout en état de comprendre. La Cour de cassation censurait, dès lors que la décision du fond ne s'expliquait pas suffisamment sur les mentions du procès-verbal qui affirmait que le prévenu « n'avait pas assez de lucidité pour s'entendre notifier les droits prévus aux articles 63-1 à 63-4 du Code de procédure pénale ni les exercer utilement ». – Cass. crim., 19 déc. 2007, n° 07-81.740 : *inédit*. Le juge du fond avait considéré que le report de la notification des droits effectuée six heures après le placement en garde à vue, en raison de l'état d'ébriété du suspect, n'était pas nécessaire, au regard du taux d'alcoolémie, de 0,81 milligrammes d'alcool par litre d'air expiré, de la description du comportement de l'individu, ou encore de l'examen médical effectué quelques temps après le placement en garde à vue. La motivation employée par le juge du fond était plus complète et circonstanciée que dans l'affaire précédente. La Cour de cassation censurait toutefois cette appréciation du juge du fond, qui ne s'était pas « mieux s'expliquer sur les mentions du procès-verbal d'interpellation constatant que "l'individu sent fortement la boisson alcoolisée, qu'il titube et qu'il tient des propos incohérents" ». – Cass. crim., 7 déc. 2011, n° 10-86.735 : *inédit*. Le simple état d'ébriété décrit par les enquêteurs suffit à admettre la notification réalisée à 8 h, alors que l'individu avait été arrêté à 22 h 30.

¹⁰²¹ Cass. crim., 10 mai 2000, n° 00-80.865 : *Bull. crim.*, n° 181. Concernant un suspect interpellé à 16 h 20, sentant l'alcool et tenant des propos incohérents et dont le taux d'alcoolémie était encore de 2,22 grammes d'alcool pour mille à 18 h, la chambre criminelle de la Cour de cassation a validé la notification de ses droits intervenue à 19 h, en reprenant l'argumentation du juge du fond, qui s'était lui-même fondé sur les constatations policières.

¹⁰²² Cass. crim., 27 oct. 2010, n° 09-88.733, *inédit* : La Cour de cassation rappelait « l'appréciation souveraine, par les juges du fond, du moment où la personne interpellée en état alcoolique se trouve en état d'être informée de ses droits ».

¹⁰²³ Cass. crim., 27 oct. 2004, n° 04-81.150 : *inédit*. Cette contradiction démontre que l'appréciation est erronée, sans qu'il soit nécessaire de faire une analyse *in concreto* des faits. En l'espèce, les officiers de police judiciaire avait validé le refus du suspect de bénéficier d'un deuxième test d'alcoolémie, alors que dans le même temps, ils décidaient de retarder la notification des droits en raison de son incapacité à la comprendre.

¹⁰²⁴ CA Reims, 15 nov. 2001, n° 99/00081 : *Légifrance*. Est rejeté un retard dans la notification des droits de garde à vue de dix-huit heures trente, justifié par le simple dégrisement, dès lors que ce retard « est à l'évidence anormalement long ».

¹⁰²⁵ V. pour l'acceptation d'un report de quatorze heures, justifié par l'ivresse, alors que le taux d'alcoolémie du suspect était de seulement 30 mg par litre d'air expiré près de cinq heures avant la notification, Cass. crim., 19 mai 2009, n° 08-86.466 : *inédit* ; *RSC*, 2009, p. 893, obs. J. BUISSON.

mentale du suspect ou par des blessures corporelles¹⁰²⁶. Sans l'affirmer, c'est bien un pouvoir discrétionnaire au profit de l'officier de police judiciaire qui est établi, tant dans sa décision de reporter l'information, que dans son appréciation du moment du rétablissement du discernement, dès lors qu'il prend le soin de se justifier par procès-verbal¹⁰²⁷. Si la défense de l'intelligibilité de l'information reste moyenne, la pertinence extrinsèque de l'information n'est guère plus assurée par l'accessibilité.

B) Le droit à une information accessible

241. L'accessibilité de l'information : moyen d'intégration du droit à l'assistance d'un avocat de la personne arrêtée. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme impose que l'information des raisons de la privation de liberté soit transmise en termes « *simples et accessibles* », c'est-à-dire par le moyen de communication le plus adapté, afin de faciliter sa compréhension. L'information comprend des aspects juridiques, qui peuvent s'avérer complexes pour un non spécialiste, au point de justifier l'intervention d'un avocat dès le début de la privation de liberté, pour clarifier son contenu. La Cour a déjà relié compréhension de la loi et intervention de l'avocat, dans son appréciation de la prévisibilité de la norme¹⁰²⁸, et le Conseil d'État a plus directement connecté le droit à l'information des raisons de l'arrestation, consacré par l'article 5 § 2 de la Convention, à l'intervention d'un tiers¹⁰²⁹, montrant la pertinence du raisonnement. Cette consécration indirecte, encore d'actualité au regard du refus de la Cour européenne des droits de l'Homme d'intégrer l'assistance d'un avocat dans l'article 5 § 1^{er}(1030), serait toutefois insuffisante, pour se limiter au seul début de la privation de liberté. L'accessibilité impose principalement de

¹⁰²⁶ V. *a contrario*, Cass. crim., 10 mai 2001, n° 01-81.353 : *inédit*.

¹⁰²⁷ CA Colmar, 19 déc. 2002, n° 2002/1310 : *Légifrance*. La Cour estime que « *la constatation par l'officier de police judiciaire dans un procès-verbal régulier de l'heure du dégrisement complet du gardé à vue est suffisante pour déterminer qu'on ne pouvait ni ne devait auparavant lui notifier ses droits* ». Le suspect avait pourtant bénéficié d'un examen médical avant cette notification qui ne mentionnait aucun trouble.

¹⁰²⁸ Une loi prévisible s'entend d'« *une norme énoncée avec assez de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite ; en s'entourant au besoin de conseils éclairés, il doit être à même de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé* » [v. par ex. pour la formulation constamment répétée depuis, dès que la Cour est amenée à contrôler la qualité d'une loi portant une ingérence aux droits de la Convention, CEDH, plén., 26 avr. 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni* (n° 1), req. n° 6538/74 : série A, n° 30 ; § 49].

¹⁰²⁹ CE, 3 oct. 1997, *Assoc. nat. d'assistance aux frontières pour les étrangers*, n° 170527 : *Rec. CE*. Le Conseil d'État y affirme, concernant les associations humanitaires agissant dans les centres de rétention administrative, que « *le respect des stipulations de l'article 5 n'impose pas une présence permanente de ces dernières mais la possibilité d'accéder à la zone d'attente* ».

¹⁰³⁰ V. *supra*, n° 185.

transmettre l'information dans une langue comprise par l'étranger, domaine dans lequel la jurisprudence judiciaire a développé un contrôle plutôt strict de la qualité de l'assistance par un interprète (2), qui apparaît en pointe dans la défense de la pertinence extrinsèque du droit à l'information de la personne arrêtée. En dehors de cette hypothèse, si la forme de l'information peut favoriser son accessibilité, le législateur bénéficie du choix du support (1).

1) La forme de l'information : le choix du support

242. **La permissivité de l'information simplement orale, lorsque l'information écrite assure une protection supérieure.** L'article 5 § 2 de la Convention européenne des droits de l'Homme impose que l'information des raisons de l'arrestation soit transmise à la personne privée de liberté « *dans une langue qu'elle comprend* », exigence que la Cour européenne des droits de l'Homme a interprété plus largement pour estimer qu'elle « *oblige à signaler à une [...] personne, dans un langage simple et accessible pour elle, les raisons juridiques et factuelles de sa privation de liberté* »¹⁰³¹, sans autre exigence sur le support de l'information¹⁰³². La Commission a très tôt décidé qu'il n'était pas nécessaire que l'information des raisons de l'arrestation soit donnée par écrit¹⁰³³, principe maintenu par la Cour¹⁰³⁴, qui admet l'information simplement orale du suspect¹⁰³⁵, alors pourtant que l'utilisation d'un support écrit, en plus de l'information orale, apparaît de meilleure qualité¹⁰³⁶ et compatible avec l'exigence de célérité de l'information¹⁰³⁷. À défaut d'un écrit,

¹⁰³¹ CEDH, 30 août 1990, *Fox, Campbell et Hartley c. Royaume-Uni*, req. n°s 12244/86, 12245/86 et 12383/86 : *Rec. CEDH*, série A, n° 182 ; § 40.

¹⁰³² Quant à l'article 9-2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, il distingue les notions d'information d'une part, qui concerne les raisons de l'arrestation, et de « *notification* » d'autre part, qui concerne l'inculpation, la dernière notion se référant sans doute à une exigence formelle plus stricte.

¹⁰³³ Elle ne nécessite aucune forme particulière et il n'est pas nécessaire que « *ces raisons soient exposées dans le texte de la décision autorisant la détention* » [Comm.EDH, 1^{er} avr. 1966, *X. c. Pays-Bas*, req. n° 2621/65 : *Rec.*, n° 19, p. 100].

¹⁰³⁴ CEDH, sect. III, 3 mai 2007, *Soysal c. Turquie*, req. n° 50091/99 ; § 68. – CEDH, sect. I, 13 sept. 2011, *Kane c. Chypre*, req. n° 33655/06, en angl., *déc.*

¹⁰³⁵ CEDH, sect. II, 5 avr. 2001, *H. B. c. Suisse*, req. n° 26899/95 ; § 49.

¹⁰³⁶ L'information des droits des suspects « *arrêtés* » ou « *détenus* » par « *une déclaration de droits écrite* » gardée en leur possession « *pendant toute la durée où ils sont privés de liberté* » est désormais garantie par une Directive [art. 4 § 1^{er} de la Directive n° 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales].

¹⁰³⁷ La célérité de l'information, « *dans les meilleurs délais* » et non « *immédiatement* », supporterait pourtant un formalisme plus sévère [v. *infra*, n° 264]. L'exigence d'un écrit faciliterait au surplus le contrôle de son contenu et de sa célérité.

l'information suppose au moins que l'État prenne un acte positif univoque, pour informer la personne privée de liberté¹⁰³⁸.

243. La permissivité de l'information simplement écrite, lorsque l'information orale assure une protection supérieure. L'information de l'étranger arrêté doit être réalisée « *dans une langue qu'il comprend* »¹⁰³⁹. La possibilité d'instaurer un dialogue apparaît indispensable à la précision de l'étendue de l'information et la transmission de l'information avec l'assistance d'un interprète assure la meilleure accessibilité de l'information. L'information par formulaire stéréotypé dégrade la qualité de l'information, en excluant tout élément extrinsèque pour faciliter son intelligibilité et limite même son étendue, en empêchant de développer les raisons de fait qui justifient l'information. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme semble admettre que l'information des raisons de l'arrestation de l'étranger soit réalisée uniquement par un formulaire écrit¹⁰⁴⁰. La législation française admet largement le procédé du formulaire écrit¹⁰⁴¹ pour la notification des droits et l'information des raisons de l'arrestation¹⁰⁴². Le juge judiciaire a toutefois

¹⁰³⁸ La jurisprudence européenne confirme cette analyse en rappelant par principe que l'article 5 § 2 de la Convention « *oblige à signaler à une [...] personne* » les raisons de l'arrestation [*H. B. c. Suisse : préc. ; § 40*]. La Cour européenne admet cependant que l'information du suspect soit déduite par la personne privée de liberté des questions qui lui sont posées par les autorités [v. *infra*, n° 254 et s.].

¹⁰³⁹ V. l'art. 5 § 2 de la Convention européenne des droits de l'Homme pour l'information des raisons de l'arrestation. V. pour la notification des droits de l'étranger placé en rétention administrative ou maintenu en zone d'attente, les art. L. 221-3 et L. 551-2 CESEDA. Rien n'est prévu pour la notification de la décision administrative plaçant en détention cependant, alors que sa notification réalise l'information des raisons de la privation de liberté. V. pour la garde à vue, l'art. 63-1 CPP, pour la notification des droits et l'information des raisons de l'arrestation. La loi prévoit même l'intervention d'un interprète en langue des signes au bénéfice du suspect sourd qui ne sait ni lire ni écrire [art. 63-1 CPP]. Dans ce dernier cas, l'assistance « *par un interprète en langue des signes ou par toute personne qualifiée maîtrisant un langage ou une méthode permettant de communiquer avec des sourds* » ou la mise en place d'un « *dispositif technique permettant de communiquer avec une personne atteinte de surdité* » sont prévues. En visant le « *langage* » accessible, la jurisprudence européenne, plus exigeante que le texte de la Convention, qui vise à l'article 5 § 2 la « *langue* » comprise par la personne privée de liberté, permet également d'imposer la communication de l'information des raisons de l'arrestation dans le langage des signes, pour la personne sourde.

¹⁰⁴⁰ CEDH, gde ch., 29 janv. 2008, *Saadi c. Royaume-Uni*, req. n° 13229/03 : *Rec. CEDH ; AJDA*, 2008, p. 978, chron. J.-F. FLAUSS ; § 82. Si la Cour développe une obligation positive pour les États d'informer le suspect des modalités de son droit à être assisté par un avocat durant son interrogatoire, qui lui sert à apprécier la validité du renoncement à l'assistance [*Panovits : préc. ; § 72*], elle a rejeté dans ce cadre, pour un mineur, la suffisance de l'information transmise par un formulaire écrit [*ibid.*]. Le rejet du formulaire écrit, dans le cadre de l'article 5 § 2, apparaît toutefois illusoire, tant que la Cour ne renforce pas ses exigences quant à son contenu [v. *infra*, n° 254].

¹⁰⁴¹ La qualité de la traduction écrite contenue dans le formulaire doit alors pouvoir être contestée. Le moyen a déjà été porté devant le juge de cassation qui n'a pas eu à s'en saisir, dès lors que l'étranger avait bénéficié d'une notification des droits en français en plus du formulaire, alors que les enquêteurs avaient noté qu'il maîtrisait suffisamment la langue française, puis d'une notification par un interprète dans sa langue maternelle [Cass. crim., 15 mars 2011, n° 10-88.767 : *inédit*].

¹⁰⁴² L'article L. 111-8 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile dispose, de manière générale, que lorsque la loi précise « *qu'une décision ou qu'une information doit être communiquée à un étranger dans une langue qu'il comprend, cette information peut se faire soit au moyen de formulaires écrits, soit par l'intermédiaire d'un interprète* ». Concernant la garde à vue, l'article 63-1 du Code de procédure pénale

formulé des exigences strictes en matière de garde à vue, en rappelant le caractère subsidiaire de l'information par formulaire écrit, utile en cas d'impossibilité de recourir immédiatement à l'interprète, l'intervention de celui-ci pour réaliser ultérieurement la notification étant obligatoire¹⁰⁴³ : le juge cumulait les deux procédés, celui rapide mais imparfait et celui lent mais de qualité optimale¹⁰⁴⁴. Cette solution montrait la défense par le juge judiciaire de l'intervention de l'interprète, poursuivie dans son contrôle strict de la qualité de l'intervention de l'interprète.

2) L'information de l'étranger dans une langue comprise par lui : le contrôle judiciaire strict de la qualité de l'intervention de l'interprète

244. **Le défaut du droit pour l'étranger d'être assisté par un interprète, lors de la transmission de l'information générée par l'arrestation.** La loi et la Convention européenne des droits de l'Homme se retrouvent et consacrent un droit pour l'étranger à recevoir l'information des raisons de son arrestation ou de ses droits dans « *une langue qu'il comprend* »¹⁰⁴⁵, si bien que, dans l'encadrement de l'arrestation, il ne bénéficie pas véritablement d'un droit à l'information transmise par l'assistance d'un interprète¹⁰⁴⁶, comme le montre la place laissée à l'information donnée par un formulaire écrit¹⁰⁴⁷. Le juge judiciaire opère cependant un contrôle juridictionnel strict de l'intervention de l'interprète à distance (a) et des diligences réalisées pour joindre l'interprète (b).

prévoit que les droits du suspect sont notifiés « *dans une langue qu'elle comprend, le cas échéant au moyen de formulaires écrits* », possibilité permise aussi pour l'information « *de la nature et de la date présumée de l'infraction qu'elle est soupçonnée d'avoir commise ou tenté de commettre* ».

¹⁰⁴³ Cass. civ. I, 10 mai 2006, n^{os} 04-50.171 et 04-50.172 : *Bull. civ. I*, n^o 203 : *AJP*, 2006, p. 414, obs. H. GACON. – Cass. civ. I, 21 nov. 2012, n^o 11-30.458 : *inédit* ; *Dr. pén.*, 2013, comm. n^o 11, obs. A. MARON et M. HAAS. La solution était particulièrement sévère, puisque l'information des droits avait été apportée en l'espèce deux heures après le début de la garde à vue à l'étranger, par un interprète. La loi a désormais validé cette jurisprudence en précisant que « *si la personne ne comprend pas le français, ses droits doivent lui être notifiés par un interprète, le cas échéant après qu'un formulaire lui a été remis pour son information immédiate* » [art. 63-1 al. 3 CPP].

¹⁰⁴⁴ Le droit des étrangers n'impose toutefois pas la couverture de l'information immédiate transmise à l'aide d'un formulaire par une notification réalisée à l'aide de l'assistance d'un interprète.

¹⁰⁴⁵ V. *infra*, note n^o 1039.

¹⁰⁴⁶ Le droit de l'étranger à l'assistance d'un interprète pendant sa privation de liberté de police s'applique en conséquence ultérieurement à l'information immédiate [v. pour le droit à l'assistance d'un interprète de l'étranger maintenu en zone d'attente ou placé en rétention administrative, reconnu par la loi et qui doit en conséquence lui être notifié dès le début de la détention, éventuellement par un formulaire écrit, les art. L. 221-3 et L. 551-2 CESEDA].

¹⁰⁴⁷ V. *supra*, n^o 243.

a. *Le contrôle juridictionnel strict de l'intervention de l'interprète à distance*

245. **L'opposition judiciaire au procédé pour la détention administrative de l'étranger.** En matière de placement en zone d'attente, la Cour de cassation a refusé par principe que la notification des droits se fasse par une liaison téléphonique avec un interprète¹⁰⁴⁸, malgré l'interprétation littérale du texte, qui semblait permettre un tel procédé¹⁰⁴⁹, défendant ainsi la qualité de l'intervention de l'interprète, au surplus sans démonstration de grief et sans prise en compte pour des circonstances insurmontables ou même particulières¹⁰⁵⁰. Désormais, la loi permet la notification des droits de l'étranger maintenu en zone d'attente ou placé en rétention administrative par l'assistance d'un interprète, intervenant par un moyen de télécommunication, en « *cas de nécessité* »¹⁰⁵¹. Afin de s'assurer de l'expertise de l'interprète et de son identité, la loi a cependant accru le formalisme de cette intervention à distance¹⁰⁵², formalisme que le juge contrôle strictement¹⁰⁵³.

¹⁰⁴⁸ Cass. civ. II, 7 oct. 1999, n° 98-50.038 : *Bull. civ. II*, n° 154. L'interprète « *doit nécessairement être présent aux côtés de l'étranger* ».

¹⁰⁴⁹ Le texte, alors non codifié, de l'article 35 *quater* de l'ordonnance n° 4526-58 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, exigeait uniquement que la notification soit réalisée « *s'il y a lieu par l'intermédiaire d'un interprète* ». Le droit de la rétention administrative des étrangers utilisait à l'époque une formulation similaire, quant à la notification des droits de l'étranger : elle était assurée « *par l'intermédiaire d'un interprète* » et le rejet de l'intervention de l'interprète à distance y était applicable. Cette solution était confirmée, en des termes similaires, dans le même domaine du maintien en zone d'attente [Cass. civ. II, 25 janv. 2001, 3 espèces, n°s 99-50.078, 99-50.079 et 99-50.080 : *Bull. civ. II*, n° 27].

¹⁰⁵⁰ Cass. civ. II, 25 janv. 2001, n° 99-50.078 : *Bull. civ. II*, n° 27. Le juge du fond, repris par la Cour de cassation, justifiait sa décision par la qualité de l'intervention de l'interprète, estimant alors que « *l'absence physique d'un interprète ne permet pas à l'intéressé de comprendre les raisons pour lesquelles une limite à sa liberté est organisée et que le grief est ainsi démontré* ». Le juge du fond, repris encore par la Cour de cassation, rappelait le principe « *quelles que soient les difficultés pour obtenir la présence physique d'un interprète* ».

¹⁰⁵¹ Art. L. 111-8 CESEDA, ancien art. 35 *sexies* de l'ordonnance de 1945. Cette disposition était créée par la loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité [*J. O.*, 27 nov. 2003, p. 20136 ; *Procédures*, chron. n° 3, comm. V. MOREL ; *RSC*, 2004, p. 434, obs. P. PONCELA ; *AJP*, 2004, p. 102, D. LIGER ; *JCP*, 2003, actu., n° 592, obs. N. GUIMEZANES ; *ibid.*, 2004, actu., n° 23, obs. N. GUIMEZANES ; *AJDA*, 2004, p. 1904, comm. H. MANCIAUX].

¹⁰⁵² Les coordonnées, le nom, la langue employée de l'interprète et la date de son intervention doivent être communiquées par écrit à l'étranger. L'interprète qui intervient doit être inscrit sur une liste ou appartenir à un organisme d'interprétariat ou de traduction agréé par l'administration.

¹⁰⁵³ Cass. civ. I, 30 oct. 2006, n° 04-50.162 : *Bull. civ. I*, n° 451. En conséquence, le nom, les coordonnées de l'interprète, la langue employée et la date de son intervention doivent figurer sur le procès-verbal de notification des droits. Le juge qui contrôle cette notification doit s'assurer que l'interprète figure sur une liste ou appartient à un organisme agréé. Ce n'était pas le cas en l'espèce et c'est à tort que le juge avait écarté l'irrégularité de la notification. En dehors de l'assistance à distance, le défaut d'indication du nom de l'interprète sur le procès-verbal de notification des droits accordés à l'étranger maintenu en zone d'attente ne porte pas atteinte aux intérêts de l'étranger lorsqu'il est démontré par ailleurs qu'il a bénéficié de cette assistance [Cass. civ. II, 7 oct. 2004, n° 02-50.049 : *Bull. civ. II*, n° 442].

246. **L'encadrement judiciaire du procédé pour la garde à vue de l'étranger.** La loi n'organise pas spécialement l'intervention de l'interprète en garde à vue à distance¹⁰⁵⁴. La Cour de cassation a cependant adopté une solution protectrice, en appliquant le droit commun de l'usage d'un moyen de télécommunication en procédure pénale¹⁰⁵⁵, qui prévoit l'intervention de l'interprète à distance uniquement « *en cas de nécessité, résultant de l'impossibilité [...] de se déplacer* », alors pourtant que l'interprétation littérale de la disposition semblait exclure son application à la notification des droits¹⁰⁵⁶. Cette condition doit en conséquence être contrôlée par le juge, sans que l'heure tardive ne suffise à caractériser l'impossibilité, qui doit être démontrée concrètement¹⁰⁵⁷. Cette considération judiciaire pour le contrôle de l'intervention de l'interprète se retrouve dans le contrôle des diligences réalisées pour le contacter.

b. Le contrôle juridictionnel strict des diligences réalisées pour contacter l'interprète

247. **Le contrôle strict des diligences réalisées par l'officier de police judiciaire pour la garde à vue.** La nécessité de recourir à un interprète pour informer le suspect de ses droits et des raisons de son arrestation justifie le report de l'information de la personne arrêtée et constitue une circonstance insurmontable, à condition que l'officier de police judiciaire ait réalisé toutes les diligences nécessaires¹⁰⁵⁸. D'abord, les diligences doivent être d'une ampleur suffisante, et plusieurs interprètes doivent être contactés¹⁰⁵⁹. Les diligences pour joindre un interprète doivent être entreprises dès le début de la garde à

¹⁰⁵⁴ CA Versailles, 3 mai 2000 : *Dr. pén.*, 2000, comm. n° 94, obs. A. MARON. Le juge d'appel acceptait le principe d'une telle intervention dans le silence de la loi dès lors que la sanction par le juge du premier degré du procédé revenait à ajouter une condition à la loi.

¹⁰⁵⁵ Cass. civ. I, 12 mai 2010, n° 09-12.923 : *Bull. civ. I*, n° 114 ; *Procédures*, 2010, comm. n° 289, obs. A.-S. CHAVENT-LECLÈRE ; *Dr. pén.*, 2010, comm. n° 101, obs. A. MARON et M. HAAS.

¹⁰⁵⁶ Art. 706-71 CPP. L'interprétation extensive de la loi résultait de la reconnaissance de l'application de ce principe à l'information des droits du détenu alors que le texte vise les hypothèses précises « *d'une audition, d'un interrogatoire ou d'une confrontation* » et apparaît comme une garantie visant à assurer au mieux les droits de la défense.

¹⁰⁵⁷ Cass. civ. I, 30 janv. 2013, n° 12-12.132 : *inédit*.

¹⁰⁵⁸ Cass. civ. I, 19 juin 2007, n° 06-19.153 : *inédit*. En l'espèce, la chambre civile a accepté un retard de huit heures. L'officier de police judiciaire, en province, avait contacté durant la nuit sept interprètes en anglais figurant sur la liste de la Cour d'appel, sans succès, laissant un message au seul qui possédait un répondant. La Cour de cassation estimait que les énonciations du juge du fond, qui décrivaient les diligences opérées par l'officier de police judiciaire, suffisaient à caractériser une circonstance insurmontable.

¹⁰⁵⁹ Cass. civ. I, 19 juin 2007, n° 06-19.153 : *inédit*. En l'espèce, l'information avait eu lieu plus de sept heures après le placement en garde à vue, mais l'officier de police judiciaire avait tenté de joindre près de sept interprètes en vain.

vue¹⁰⁶⁰. L'absence de carence dans les diligences permet alors de justifier un report de plusieurs heures¹⁰⁶¹. Un report inférieur à une heure apparaît comme un délai normal, validé sans contrôle du comportement des autorités¹⁰⁶². Une décision a même opéré un contrôle plus sévère encore des diligences, lorsque les officiers de police judiciaire, avant l'interpellation, disposaient d'informations laissant entrevoir le besoin de recourir à un interprète, et a rejeté que l'acte d'enquête justifie leur report¹⁰⁶³. Le modèle ainsi dessiné du contrôle des diligences réalisées pour joindre l'interprète apparaît bien supérieur à celui du contrôle des diligences réalisées pour joindre l'avocat¹⁰⁶⁴.

248. La relativité du droit à une information adaptée à son destinataire.

L'adaptabilité de l'information de la personne détenue souffre sans doute d'une protection insuffisante, y compris pour la garde à vue du suspect, sauf pour le contrôle judiciaire de la qualité de l'information transmise par un interprète, en partie neutralisée par le législateur. Sur ce point au moins, le contrôle juridictionnel recèle d'une volonté protectrice similaire dans la détention administrative de l'étranger ou dans celle du suspect, montrant une considération certaine pour l'intervention de l'interprète, même lorsqu'elle se détache pleinement de la défense pénale. Le droit à la qualité de l'information constitue l'autre versant du droit à l'information.

¹⁰⁶⁰ Cass. civ. II, 11 avr. 2002, n° 00-50.087 : *Bull. civ. II*, n° 75. Le report de la notification n'est pas validé lorsque l'officier de police judiciaire effectue les premières diligences pour joindre un interprète seulement trois heures après le début de la garde à vue. – Cass. civ. I, 18 mai 2005, n° 04-50.057 : *Bull. civ. I*, n° 214 ; *AJP*, 2006, p. 414, obs. H. GACON. L'absence de diligence durant quatre heures, pendant la nuit ne suffit pas à établir une circonstance insurmontable.

¹⁰⁶¹ Si un délai de près de huit heures a été admis, les officiers de police judiciaire avaient tenté de joindre en vain sept interprètes et la garde à vue se déroulait de nuit [Cass. civ. I, 19 juin 2007, n° 06-19.153]. Le retard dans la notification des droits qui n'a duré qu'une heure vingt alors que le suspect s'était d'abord présenté faussement comme de nationalité japonaise a aussi été validé [Cass. civ. II, 4 juil. 2002, n° 01-50.005 : *Bull. civ. II*, n° 154]. L'officier de police judiciaire avait dans un premier temps effectué des démarches pour saisir un interprète en japonais, avant de devoir effectuer des nouvelles diligences pour contacter un interprète en chinois, devant l'incapacité pour le suspect de comprendre le japonais.

¹⁰⁶² Cass. crim., 4 janv. 2005, n° 04-85.986 : *inédit*. Elle estimait en effet que « la notification des droits n'a pas été différée au-delà du temps nécessaire au transfert de la personne interpellée et à l'accomplissement de cette formalité dans des conditions lui permettant d'en comprendre la portée ». La décision de fond ne comportait aucune appréciation tenant au comportement de l'officier de police judiciaire.

¹⁰⁶³ Cass. civ. I, 26 avr. 2001, n° 00-50.011 : *inédit*. Alors que la notification avait été réalisée par un interprète chinois trois heures après le début de la garde à vue, le juge du fond, repris par la Cour de cassation, soulignait que les policiers « avaient été préalablement informés de la présence de ressortissants chinois dans les lieux contrôlés » pour exclure l'existence d'une circonstance insurmontable.

¹⁰⁶⁴ V. *infra*, n° 330.

§ 2./ LE DROIT À UNE INFORMATION DE QUALITÉ

249. **Le droit à une information complète : l'exemple de l'information des raisons de l'arrestation.** Le caractère complet de l'information des droits générés par l'arrestation ne pose guère de difficultés, si ce n'est qu'elle doit concerner l'ensemble du *paquet*¹⁰⁶⁵. L'information dépasse parfois les droits¹⁰⁶⁶, pour concerner aussi le déroulement de la privation de liberté¹⁰⁶⁷, contenu qu'il serait sans doute souhaitable d'étendre à toute privation de liberté, notamment au regard de la complexité croissante du droit de la privation de liberté¹⁰⁶⁸. La question du contenu de la privation de liberté intéresse plus fortement l'information des « *raisons de l'arrestation* »¹⁰⁶⁹, alors qu'il peut être tentant de la limiter pour entraver le recours juridictionnel ultérieur ou favoriser l'activité des autorités de police.

250. **Le droit à une information rapide : l'exemple de l'information des droits.** L'information des raisons de l'arrestation, pour assurer une efficacité maximale à la préparation de la contestation de la légalité de la privation de liberté, doit être apportée au plus près de l'arrestation. La Convention impose une information rapide, tout en laissant une certaine marge de manœuvre aux autorités : l'information des raisons de l'arrestation doit être donnée « *dans le plus court délai* »¹⁰⁷⁰ et non immédiatement¹⁰⁷¹. L'immédiateté de la rapidité de l'information des droits est indispensable, puisque son retard reporte l'exercice de l'ensemble du *paquet*. Les différents régimes de privation de liberté du droit français se réfèrent d'ailleurs plutôt à la notion d'immédiateté¹⁰⁷². Si l'exemple de l'information des

¹⁰⁶⁵ À ce titre, la jurisprudence organise une certaine effectivité aux droits générés par l'arrestation, en déduisant de leur existence l'obligation de les notifier même dans le silence de la loi [v. *supra*, n° 184, *in fine*].

¹⁰⁶⁶ L'information des droits diffère selon les cas de privation de liberté, du fait de l'existence de droits particuliers à certains régimes et qui n'intègrent pas le standard général du *paquet*, par exemple la notification du droit de se taire pour le suspect.

¹⁰⁶⁷ Ainsi, le suspect bénéficie de l'information « *de la durée de la mesure et de la ou des prolongations dont celle-ci peut faire l'objet* » [art. 63-1 CPP].

¹⁰⁶⁸ V. *infra*, n° 668.

¹⁰⁶⁹ Art. 5 § 2 Conv.EDH.

¹⁰⁷⁰ *Ibid.*

¹⁰⁷¹ *Fox, Campbell et Hartley : préc.* ; § 40. La Cour rappelle que la personne privée de liberté doit « *bénéficier de ces renseignements "dans le plus court délai" (en anglais : "promptly"), mais le policier qui l'arrête peut ne pas les lui fournir en entier sur-le-champ* ».

¹⁰⁷² L'information des droits du suspect comme des motifs de la privation de liberté est immédiate [art. 63-1 CPP]. L'information des droits de la personne internée contre sa volonté a lieu « *à son admission* » [art. L. 3211-3 CSP]. Quant à la personne subissant une rétention aux fins de vérification d'identité, elle est présentée « *sans délai* » à un officier de police judiciaire qui « *aussitôt* » l'informe [art. 78-3 CPP]. À l'inverse, l'information des droits de la personne en rétention administrative ou en zone d'attente est la moins rapide. Elle doit avoir lieu « *dans les meilleurs délais* » [art. L. 551-2 et L. 221-4 CESEDA]. À l'origine, dans les deux hypothèses, l'information devait être donnée « *immédiatement* » [v. pour la zone d'attente l'article premier de la loi n° 92-625 du 6 juil. 1992 sur la zone d'attente des ports et des aéroports et portant modification de

raisons de l'arrestation permet de caractériser une protection relative du droit à une information complète (A), l'exemple de l'information des droits générés par l'arrestation permet de caractériser une protection plus ferme du droit à une information rapide (B).

A) *La protection relative du droit à une information complète*

251. **Le principe : une information précise et complète des raisons en fait et en droit de l'arrestation.** Dans un premier temps, la Commission européenne n'imposait pas une information dépassant la simple transmission des fondements légaux abstraits¹⁰⁷³. La Cour européenne des droits de l'Homme s'est montrée plus exigeante : l'information des raisons de l'arrestation « *oblige à signaler à une [...] personne [...] les raisons juridiques et factuelles de sa privation de liberté, afin qu'elle puisse en discuter la légalité devant un tribunal en vertu du paragraphe 4* »¹⁰⁷⁴. L'information suppose en conséquence l'apport d'éléments concrets¹⁰⁷⁵, en plus des fondements légaux, qui doivent être précis¹⁰⁷⁶.

252. **Un principe virtuel.** La problématique de la matière concerne principalement le suspect, les nécessités de l'enquête entrant en contradiction avec les droits de la défense et la sûreté, concernant l'étendue de l'information. Dans une décision ancienne, la Commission avait estimé que l'arrestation du suspect n'impose pas l'obligation de

l'ord. n° 45-2658 du 2 nov. 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France : *J. O.*, 9 juil. 1992 ; *D.*, 1993 p. 225, comm. M.-C. ROUAULT ; *AJDA*, 1992, p. 656, comm. F. JULIEN-LAFERRIÈRE et v. pour la rétention administrative l'art. 7 de la loi n° 81-973 du 29 oct. 1981 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France : *J. O.*, 30 oct. 1981, p. 2970 ; *D.*, 1982, chron., n° 26, comm. N. GUIMEZANES]. C'est seulement en 2003 que la loi fut modifiée [v. la loi n° 2003-1119 du 26 nov. 2003 : *préc.*].

¹⁰⁷³ Comm.EDH, 5 juil. 1984, *K. c. Belgique*, req. n° 10819/84 : *D. R.*, n° 38, p. 232. Elle a ainsi appliqué en matière d'extradition une information moins détaillée, car elle n'appelle pas de décision sur le bien-fondé d'une accusation et n'interfère pas sur le procès équitable. En l'espèce, les autorités n'avaient pas informé précisément le requérant des faits qui lui étaient reprochés. En cette matière, la Commission se contentait de l'information du fondement légal de l'arrestation, sans précision concrète.

¹⁰⁷⁴ *Fox, Campbell et Hartley* : *préc.* ; § 40. – *Chamaïev* : *préc.* L'étendue de la garantie de l'article 5 § 2 concerne les « *informations suffisantes lui permettant d'exercer le recours prévu à l'article 5 § 4* ». Dès lors, l'élargissement de l'information aux modalités du recours en contestation de la légalité de la privation de liberté devrait logiquement s'imposer. Aucune décision jurisprudentielle ne va pour l'instant dans ce sens, même lorsque l'information donnée en l'espèce incluait des informations concernant le recours [*Conka* : *préc.*].

¹⁰⁷⁵ Des déclarations politiques générales et abstraites ne satisfont pas cette exigence dans le domaine de rétention des étrangers [CEDH, sect. IV, 11 juil. 2006, *Saadi c. Royaume-Uni*, req. n° 13229/03 ; § 53. – CEDH, sect. I, 2 oct. 2008, *Rusu c. Autriche*, req. n° 34082/02, en angl. ; § 32].

¹⁰⁷⁶ CEDH, gde ch., 29 janv. 2008, *Saadi c. Royaume-Uni*, req. n° 13229/03 : *Rec. CEDH* ; *AJDA*, 2008, p. 978, chron. J.-F. FLAUSS. Dans cette affaire, l'étranger était détenu dans un centre spécial, car réservé aux étrangers dont la demande d'asile pouvait être tranchée rapidement et au régime de détention plus souple. L'admission dans ce centre de détention permettait en conséquence un traitement plus rapide de la demande de l'étranger. Si ce dernier avait bien reçu un formulaire expliquant les raisons de sa détention, celui-ci visait le régime de droit commun de détention des étrangers et pas celui particulier de la procédure accélérée. La Cour estimait cette information insuffisante au regard de la Convention.

« *fournir une information de manière détaillée* »¹⁰⁷⁷. Toutefois, puisque l'arrestation du suspect est subordonnée par des indices de culpabilité de l'individu, condition posée par le texte même de la Convention européenne¹⁰⁷⁸, la teneur factuelle des principaux soupçons devrait être incluse dans l'information, notamment en vue de la contestation de la légalité de la privation de liberté.

253. L'absence de l'impératif de l'efficacité de l'enquête dans les autres cas d'arrestation devrait logiquement y imposer une information pleine, notamment dans ses éléments concrets. Pourtant, la Cour européenne des droits de l'Homme a maintenu le principe issu de la Commission d'une information simplifiée en matière de détention de l'étranger en vue de son éloignement¹⁰⁷⁹, permettant de valider sans doute l'information abstraite par formulaire écrit¹⁰⁸⁰. Cette jurisprudence aboutit à atténuer l'étendue de l'information uniquement due sur le fondement de la sûreté par rapport à celle reliée à la défense pénale¹⁰⁸¹, alors même que cette dernière n'apparaît déjà pas très large. Le principe de l'information complète, déjà virtuel, est en plus entièrement neutralisé en raison de l'établissement d'une présomption de connaissance du suspect des raisons factuelles de son arrestation (1). Le juge national ne dépasse pas le standard européen, notamment au regard de la réticence du juge administratif à imposer la pleine motivation de la décision administrative de placement en détention (2).

¹⁰⁷⁷ Comm.EDH, 12 oct. 1983, *G., S. et M. c. Autriche*, req. n° 9614/81 : *D. R.*, n° 34, p. 123. – CEDH, sect. I, 15 déc. 2005, *Georgiev c. Bulgarie*, req. n° 47823/99 : le droit de l'article 5 § 2 n'impose pas que l'ensemble des informations à la disposition du ministère public soit transmis au suspect dès son placement en garde à vue. – CEDH, 12 avr. 2005, *Chamaïev et autres c. Géorgie et Russie*, req. n° 36378/02 : *Rec. CEDH*, 2005-III ; § 427 : Le droit à l'information des raisons de l'arrestation n'impose pas non plus l'accès au plein dossier pénal.

¹⁰⁷⁸ L'article 5 § 1^{er}-c) de la Convention autorise l'arrestation et la détention d'un individu « *en vue d'être conduit devant l'autorité judiciaire compétente, lorsqu'il y a des raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis une infraction ou qu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir après l'accomplissement de celle-ci* ».

¹⁰⁷⁹ CEDH, 31 août 2006, *Vikulov et autres c. Lettonie*, req. n° 16870/03, *déc.* La Cour rappelait que l'information n'a « *pas à être aussi complète que lors d'une arrestation pour être jugé* ». Le principe a été dégagé par la Commission dans la décision précitée *K. c. Belgique*. Cette solution apparaît toutefois atténuée par la jurisprudence récente qui semble opérer un contrôle plus strict, même si la Cour continue à rappeler cette différence d'intensité dans ses raisonnements [v. par ex. concernant la détention administrative de l'étranger, *Saadi*, sect. IV : *préc.*].

¹⁰⁸⁰ V. *supra*, n° 243.

¹⁰⁸¹ Ce qui conforte l'idée d'un *paquet* supérieur en matière pénale.

1) La présomption de connaissance par le suspect des raisons factuelles de son arrestation

254. **La présomption dans la jurisprudence européenne.** La Cour a considéré très tôt que l'interrogatoire policier du suspect portant sur « [son] rôle présumé dans des actes criminels précis » pouvait lui permettre, par déduction, d'obtenir les raisons factuelles de son arrestation¹⁰⁸², dégageant l'État de l'obligation d'apporter l'information par un acte positif spécifiquement dédié à l'information. Dans une affaire ultérieure, alors que le requérant, prenant en compte cette jurisprudence, affirmait n'avoir pu déduire les motifs de son arrestation de son interrogatoire, la Cour vérifiait, dans une analyse *in concreto*, si le requérant avait pu ou non réaliser cette déduction, réduisant encore l'obligation d'information¹⁰⁸³ : l'élément déterminant permettant la déduction ne tenait plus à un élément objectif, les questions réellement posées par les autorités, mais à un élément subjectif, les connaissances de l'individu¹⁰⁸⁴. La Cour européenne des droits de l'Homme a poursuivi l'établissement de cette présomption en dehors du domaine du terrorisme, concerné par les deux affaires précédentes¹⁰⁸⁵. L'arrestation en flagrance semble dispenser de toute obligation

¹⁰⁸² *Fox, Campbell et Hartley* : préc. ; § 41. L'individu avait reçu en l'espèce information du seul fondement légal de son arrestation. La Commission, dans la même espèce, avait pourtant refusé que l'information puisse être obtenue par déduction et avait conclu à la violation de l'information. Elle estimait qu'« étant donné la nature élémentaire de la garantie, l'article 5 § 2 impose un devoir direct à l'autorité procédant à l'arrestation de fournir au détenu l'information adéquate relative aux motifs de son arrestation au moment même de son arrestation ou dès que cela devient possible par la suite ».

¹⁰⁸³ CEDH, gde ch., 28 oct. 1994, *Murray c. Royaume-Uni*, req. n° 14310/88 : *Rec. CEDH*, série A, n° 300-A ; *RSC*, 1995, p. 143, note L.-E. PETTITI. En l'espèce, l'État reprochait au requérant d'avoir collecté des fonds pour permettre à ses frères d'acheter des armes aux États-Unis. Le militaire qui avait supervisé l'interrogatoire, sans le mener directement, reconnaissait qu'il ne se souvenait pas précisément du contenu de l'interrogatoire. Une juridiction interne avait même reconnu que « l'intéressée ne fut jamais interrogée de manière insistante sur le point de savoir si elle collectait de l'argent ». En vertu de la jurisprudence précédente, l'information ne pouvait être déduite de l'interrogatoire policier et devait entraîner la violation de la Convention européenne. La Cour européenne admettait pourtant que l'information soit directement déduite par le suspect de sa connaissance de la récente condamnation de ses frères aux États-Unis pour des infractions en lien avec celle qu'on lui reprochait.

¹⁰⁸⁴ *Ibid.*, § 77.

¹⁰⁸⁵ CEDH, 11 juil. 2000, *Dikme c. Turquie*, req. n° 20869/92 : *Rec. CEDH*, 2000-VIII ; § 54. À propos d'un individu arrêté parce qu'il avait remis des faux papiers aux policiers, elle estimait que « compte tenu de la nature délictueuse et délibérée de son acte, le requérant ne saurait prétendre n'avoir pas compris pourquoi il fut appréhendé ». – CEDH, sect. II, 5 avr. 2001, *H. B. c. Suisse*, req. n° 26899/95. Le requérant critiquait directement l'insuffisance de l'information qu'il avait reçue, car celle-ci aurait résidé uniquement dans une information juridique abstraite, sans mention d'éléments concrets. La Cour se contentait de constater que le requérant avait été informé par écrit des infractions qu'on lui reprochait et avisé oralement des infractions reprochées à sa société, sans se pencher sur les éléments précis de l'information. Elle concluait pourtant à la suffisance de l'information, « étant donné que le requérant, membre du conseil d'administration et directeur de la société B., était particulièrement au fait de la situation financière de la société » [§ 49] sans avoir contrôlé que l'information donnée par les autorités contenait bien des éléments factuels. – CEDH, sect. III, 3 mai 2007,

d'informer, la présomption étant totale¹⁰⁸⁶. Cette jurisprudence, pourtant ancienne, apparaît désormais bien ancrée et a même été étendue à l'arrestation de l'étranger en situation irrégulière, alors même que l'arrestation était jugée illégale en droit interne, dès lors que les opérations de vérifications de sa situation lui permettaient de « *comprendre* »¹⁰⁸⁷ les motifs de son arrestation, ce qui semble alors dispenser l'État d'informer l'étranger de la base légale abstraite de la privation de liberté.

255. **La présomption dans le droit français.** La loi, en matière de garde à vue, s'est longtemps cantonnée à exiger la transmission au suspect de l'information de « *la nature* » de l'infraction reprochée¹⁰⁸⁸, sans élément concret, exigence appliquée à la lettre par la Chambre criminelle¹⁰⁸⁹. La réforme de la garde à vue a amélioré légèrement l'information des raisons de l'arrestation, en ménageant un accès minimum de l'avocat à certaines pièces de la procédure¹⁰⁹⁰. La Cour de cassation a appliqué une présomption totale des raisons de l'arrestation, à la manière de la Cour européenne des droits de l'Homme, dans le domaine de la rétention douanière, conditionnée à la flagrance, dans le silence de la loi¹⁰⁹¹. La dernière réforme de la garde à vue a amélioré l'information du suspect des raisons de

Soysal c. Turquie, req. n° 50091/99 ; § 69. De la même manière, le dirigeant d'une organisation illégale en droit interne, qui savait que des poursuites étaient diligentées contre lui, peut déduire de ses activités les raisons de son arrestation.

¹⁰⁸⁶ *Dikme* : préc. En l'espèce, l'individu avait été arrêté en flagrance, après avoir présenté de faux papiers aux forces de l'ordre.

¹⁰⁸⁷ CEDH, sect. IV, 23 juil. 2013, *M. A. c. Chypre*, req. n° 41872/10, en angl. ; § 234 : « *the Court has no reason to doubt, in the circumstances, that the applicant was informed at the time that he had been arrested on the ground of unlawful stay or that he at least understood, bearing in mind the nature of the identification process, that the reason for his arrest and detention related to his immigration status* ».

¹⁰⁸⁸ Art. 63-1 CPP.

¹⁰⁸⁹ Cass crim., 9 juil. 2003, n° 02-85.899 : *inédit*. – Cass. crim., 27 nov. 2012, n° 12-85.645 : *inédit*. La désignation des infractions poursuivies accompagnées de l'information « *qu'à ce stade des investigations, au vu des actes d'enquête déjà réalisés, il existait des raisons de penser que le requérant avait participé à la commission des infractions visées* » satisfait la loi. – Cass. civ. II, 22 mai 2003, n° 02-50.008 : *Bull. civ. II*, n° 152. La simple mention que le suspect fait l'objet d'une garde à vue « *en raison des indices faisant présumer qu'il a commis ou tenté de commettre une infraction* » ne saurait suffire.

¹⁰⁹⁰ Art. 63-4-1 tel que créé par la loi n° loi n° 2011-392 du 14 avr. 2011 relative à la garde à vue : *J. O.*, 15 avr. 2011, p. 6610 ; *JCP*, 2011, n° 542, comm. H. MATSOPOULOU ; *ibid.*, 2011, n° 665, comm. J. PRADEL ; *D.*, 2011, p. 1570, comm. G. ROUJOU DE BOUBÉE ; *ibid.*, p. 1699, comm. J. ALIX ; *Dr. pén.*, 2011, chron. n° 7, comm. V. LESCLOUS ; *Gaz. Pal.*, 8 nov. 2011, note L. BRUNEAU ; *Gaz. Pal.*, 30 juil. 2013, p. 4, comm. D. ROETS et V. TELLIER-CAYROL. L'avocat peut consulter les procès-verbaux des auditions réalisées en son absence, du procès-verbal de notification de droits, du procès-verbal de placement en garde à vue et du certificat médical.

¹⁰⁹¹ Cass. crim., 23 févr. 2005, n° 01-86.922 et 03-84.441 : *Bull. crim.*, n° 71. Si elle reconnaissait l'application de l'article 5 § 2 de la Convention à la retenue douanière, la Cour de cassation validait le raisonnement du juge du fond qui estimait que le suspect « *avait nécessairement connaissance des motifs de son arrestation* ». L'un des individus avait lui-même procédé au déchargement des marchandises litigieuses tandis que l'autre était présent sur les lieux. La Cour de cassation a d'ailleurs appliqué la même présomption dans la matière de l'arrestation en flagrance prévue à l'article 73 du Code de procédure pénale dans un raisonnement apparaissant artificiel dès lors que, de toute manière, le maintien en détention suppose de placer juridiquement dans le plus court délai la personne en garde à vue, faisant ainsi renaître l'information générée par l'arrestation [Cass. crim., 28 nov. 2007, n° 07-86.062 : *inédit*].

l'arrestation en ajoutant à « *la nature de l'infraction* » la mention de « *la date présumée de l'infraction* » et a importé cette information à la retenue douanière¹⁰⁹². Cette modification réalise une timide introduction de l'information des raisons factuelles, sans aller jusqu'à indiquer les éléments principaux de suspicion.

256. La condamnation de l'information limitée des raisons de l'arrestation du suspect. L'information limitée du suspect, qui aboutit même dans certaines hypothèses à établir une présomption de connaissance, viole la lettre de la Convention¹⁰⁹³. En cas de présomption, elle constitue pratiquement une atteinte à la présomption d'innocence, en partant du postulat que l'implication du suspect est établie. Elle résulte finalement du maintien d'une conception plus ancienne de la garde à vue, qui dégage une marge d'appréciation maximale aux enquêteurs pour ne pas entraver les investigations, marge qui a été réduite partout ailleurs¹⁰⁹⁴ et de manière spectaculaire par la consécration du droit à l'assistance d'un avocat lors des auditions du suspect¹⁰⁹⁵. Elle nuance directement l'efficacité de la défense de la privation de liberté lors du premier contrôle judiciaire de la privation de liberté. La Directive du 22 mai 2012 établit sans doute le principe d'une information plus large au profit du suspect arrêté ou détenu, même si l'obligation d'information des raisons de l'arrestation posée apparaît encore tenue¹⁰⁹⁶ et si l'accès aux pièces du dossier ménagé dès l'arrestation ou la

¹⁰⁹² V. l'art. 63-1 CPP et l'art. 323-6 du Code des douanes dans leur version modifiée par la loi n° 2011-392 du 14 avr. 2011 relative à la garde à vue [*J. O.*, 15 avr. 2011, p. 6610 ; *JCP*, 2011, n° 542, comm. H. MATSOPOULOU ; *ibid.*, 2011, n° 665, comm. J. PRADEL ; *D.*, 2011, p. 1570, comm. G. ROUJOU DE BOUBÉE ; *ibid.*, p. 1699, comm. J. ALIX ; *Dr. pén.*, 2011, chron. n° 7, comm. V. LESCLOUS ; *Gaz. Pal.*, 8 nov. 2011, note L. BRUNEAU ; *Gaz. Pal.*, 30 juil. 2013, p. 4, comm. D. ROETS et V. TELLIER-CAYROL].

¹⁰⁹³ Le texte de la Convention établit bien une obligation positive d'informer à la charge des autorités en précisant que « *toute personne arrêtée doit être informée [...] des raisons de son arrestation* », information large au regard de l'emploi du pluriel.

¹⁰⁹⁴ La Directive prise sur l'information du suspect rappelle de nouveau que celui-ci doit bénéficier de l'information « *de l'acte pénalement sanctionné qu'ils sont soupçonnés ou accusés d'avoir commis* » communiquée « *rapidement et de manière suffisamment détaillée pour garantir le caractère équitable de la procédure et permettre l'exercice effectif des droits de la défense* », ce qui condamne sans doute la présomption [art. 6 § 1^{er} de la Directive n° 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales]. Quant à l'accès aux pièces du dossier, s'il est reconnu plus largement dans le cas du suspect privé de liberté [art. 7 § 1^{er} de la Directive précitée] par rapport au suspect libre [art. 7 § 2 et 7 § 3 de la Directive précitée],

¹⁰⁹⁵ CEDH, gde ch., 27 nov. 2008, *Salduz c. Turquie*, req. n° 36391/02 : *Rec. CEDH*, 2008 ; *D.*, 2009, p. 2897, note J.-F. RENUCCI ; *AJDA*, 2009, p. 852, chron. J.-F. FLAUSS ; *JCP*, 2009, I, n° 104, chron. F. SUDRE ; *Dr. pénal*, 2009, n° 4, chron. E. DREYER. – Cass., ass. plén., 15 avr. 2011, 4 espèces, nos 10-30.316, 10-30.313, 10-30.242 et 10-17.049 : *Bull. crim., ass. plén.*, nos 1 à 4 ; *RTD civ.*, 2011, p. 725, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *AJP*, 2011, p. 311, obs. C. MAURO ; *Constitutions*, 2011, p. 326, obs. A. LEVADE ; *RSC*, 2011, p. 410, obs. A. GIUDICELLI.

¹⁰⁹⁶ L'information des suspects concerne les « *motifs de leur arrestation ou de leur détention, y compris de l'acte pénalement sanctionné qu'ils sont soupçonnés ou accusés d'avoir commis* » [art. 6 § 2 de la Directive n° 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales]. L'article ne pose pas les qualités de l'information, sauf à estimer que celles de

détention¹⁰⁹⁷ du suspect, posé sans exigence de célérité, n'est pas maximal¹⁰⁹⁸. Des exigences supérieures à ce standard minimum ne sont pas imposées par le juge administratif dans son contrôle de la décision administrative de placement en détention.

2) La réticence du juge administratif à imposer la pleine motivation de la décision administrative de placement en détention

257. **L'information des raisons de l'arrestation par la motivation de la décision administrative de placement.** La notification immédiate de la décision administrative de placement en détention, pleinement motivée, réalise l'information immédiate de la personne des raisons de sa privation de liberté. Les décisions de maintien en zone d'attente et de placement en rétention administrative donnent lieu à une décision écrite et motivée qui doit être notifiée à l'étranger¹⁰⁹⁹. Quant à l'internement d'office, la loi impose une décision motivée, sans prévoir sa notification¹¹⁰⁰. Le Conseil d'État a cependant rappelé que l'information de la personne hospitalisée contre sa volonté nécessitait de lui communiquer les motifs de la décision administrative¹¹⁰¹. De manière générale, la loi de 1979 relative à la motivation des actes administratifs¹¹⁰² impose, sans délai, l'information de la personne subissant une décision individuelle défavorable, la loi reliant directement l'exigence de motivation à l'information¹¹⁰³. La motivation de la décision administrative, à condition que

l'article 6 § 1^{er}, qui évoque une information communiquée « *rapidement et de manière suffisamment détaillée* » s'y applique aussi.

¹⁰⁹⁷ L'accès concerne « *les documents relatifs à l'affaire en question détenus par les autorités compétentes qui sont essentiels pour contester de manière effective conformément au droit national la légalité de l'arrestation ou de la détention* » [art. 7 § 1^{er} de la Directive].

¹⁰⁹⁸ Cet accès maximum, celui « *à toutes les preuves matérielles à charge ou à décharge des suspects ou des personnes poursuivies, qui sont détenues par les autorités compétentes* » [art. 7 § 2 de la Directive], est renvoyé « *en temps utile pour permettre l'exercice effectif des droits de la défense et, au plus tard, lorsqu'une juridiction est appelée à se prononcer sur le bien-fondé de l'accusation* » [art. 7 § 3 de la Directive].

¹⁰⁹⁹ V. les art. L. 221-3 et L. 551-2 CESEDA pour la décision de maintien en zone d'attente et pour le placement en rétention administrative.

¹¹⁰⁰ Les arrêtés préfectoraux « *sont motivés et énoncent avec précision les circonstances qui ont rendu l'admission en soins nécessaire* » [art. L. 3213-1 CSP].

¹¹⁰¹ CE, sect., 28 juil. 2000, *M. E. A.*, n° 151068 : *Rec. CE.*, p. 347 ; *RFDA*, 2001, p. 1239, concl. S. BOISSARD ; *JCP*, 2001, IV, n° 1368, obs. M.-CH. ROUAULT. Le Conseil d'État a lui-même rappelé que le Code de la santé publique, comme la Convention européenne, obligeaient l'autorité administrative « *d'une part, [à] indiquer dans sa décision les considérations de droit et les circonstances de fait qui justifient cette mesure, d'autre part, une fois la décision prise et sans préjudice des obligations lui incombant en application de l'article L. 347 précité, [à] informer le plus rapidement possible de ces motifs l'intéressé, d'une manière appropriée à son état* ».

¹¹⁰² Loi n° 79-587 du 11 juil. 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public : *J. O.*, 12 juil. 1979.

¹¹⁰³ Art. 1^{er} de la loi précitée : « *les personnes physiques ou morales ont le droit d'être informées sans délai des motifs des décisions administratives individuelles défavorables qui les concernent* ». L'information est alors

celle-ci soit complète et que la décision soit immédiatement notifiée, permet en conséquence l'information de la personne privée de liberté des raisons de son arrestation. La protection ainsi organisée est toutefois largement remise en cause par la réticence du juge administratif à imposer une motivation complète de la décision administrative d'internement (*b*) ou de la décision administrative de placement en rétention (*a*).

a. La réticence du juge administratif à imposer la motivation complète de la décision administrative de placement en rétention

258. L'acceptation de la motivation abstraite de la décision administrative du placement en rétention. Si le Conseil d'État a bien dégagé le principe d'une information complète, en imposant que l'arrêté de placement indique les « *considérations de fait de nature à justifier son placement en rétention administrative* »¹¹⁰⁴, celui-ci a admis, dans un premier temps, la motivation de l'arrêté de placement en rétention qui se contente de se référer à la simple existence de la décision administrative d'éloignement¹¹⁰⁵, ou se cantonne à la simple mention abstraite à l'un des critères posés par la loi¹¹⁰⁶. Aucune caractérisation concrète des deux conditions légales distinctes de l'existence de la décision d'éloignement, c'est-à-dire la nécessité de placer en rétention¹¹⁰⁷ et l'impossibilité pour l'étranger de quitter immédiatement le territoire¹¹⁰⁸, n'était exigée. Tout en rappelant l'exigence d'une motivation des éléments de fait justifiant le recours à la rétention¹¹⁰⁹, le principe n'était toujours pas contrôlé

large, puisque la loi impose que la motivation comprenne « *l'énoncé des considérations de droit et de fait qui constituent le fondement de la décision* » [art. 3 de la même loi].

¹¹⁰⁴ CE, 27 juil. 2001, *Konate*, n° 171760 : *inédit*. – CE, 3 avr. 2002, *Semedo Costa*, n° 239107 : *inédit*.

¹¹⁰⁵ CE, 12 déc. 2001, *M^{me} Mara ép. Diaby*, n° 223099 : *inédit*.

¹¹⁰⁶ CE, 6 mars 2002, *pft Bas-Rhin*, n° 226408 : *Rec. CE, T.*, p. 773. – CE, 28 avr. 2004, *pft Pyrénées-Orientales c. Bentaleb*, n° 256684 : *inédit*. – CE, 2 juin 2004, *pft Hérault c. Lambarki*, n° 250887 : *inédit*.

¹¹⁰⁷ La loi soumettait d'abord le placement en rétention administrative en cas de « *nécessité absolue* » : la formulation, consacrée par la loi n° 81-973 du 29 oct. 1981 [*préc.*], était conservée jusqu'à la loi n° 93-1027 du 24 août 1993 sur la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers [*J. O.*, 29 août 1993, p. 12196 ; *JCP*, 1993, actu., n° 100340, note N. GUIMEZANES ; *Rev. crit. DIP*, 1994, p. 1, comm. D. TURPIN ; *D.*, 1994, p. 101, comm. M.-C. ROUAULT ; *JCP*, 1994, I, n° 3728, comm. N. GUIMEZANES]. L'article faisait ensuite référence à la simple « *nécessité* », formulation consacrée par la loi précédente et maintenue jusqu'à la loi n° 2003-1119 du 26 nov. 2003 [*préc.*], avant que toute notion de nécessité ne disparaisse de la loi.

¹¹⁰⁸ Condition formulée dans l'art. 35 *bis* de l'ordonnance de 1945 jusqu'à aujourd'hui au sein de l'art. L. 551-1 CESEDA.

¹¹⁰⁹ Le Conseil d'État confirmait cette jurisprudence et jugeait comme insuffisamment motivé l'arrêté qui « *ne mentionne aucune considération de fait de nature à justifier la mesure de placement [...] en rétention administrative pour une durée de quarante-huit heures* » [CE, 27 févr. 2004, *pft Pyrénées-Orientales c. Abounkhila*, n° 252988 : *Rec. CE*, p. 94 et CE, 27 févr. 2004, *pft Pyrénées-Orientales c. Nebbab*, n° 253003 : *Rec. CE*, p. 94]. Le Conseil d'État maintenait cette position en

fermement¹¹¹⁰. Le Conseil d'État semblait hausser son contrôle de la motivation en exigeant que la nécessité de la rétention soit établie au regard de la situation personnelle de l'intéressé et de ses garanties de représentation¹¹¹¹.

259. Alors que le législateur supprimait l'exigence de nécessité du placement en rétention, le Conseil d'État hésitait entre le retour de sa solution antérieure, admettant que la seule référence abstraite à l'un des critères légaux suffise à la motivation¹¹¹², et le maintien de l'exigence de la motivation factuelle, s'attachant à démontrer l'impossibilité matérielle d'exécuter immédiatement la décision d'éloignement et l'absence de garanties effectives de représentation¹¹¹³. Si le principe d'une motivation compétente y compris de la nécessité se fixait enfin, le Conseil d'État se contentait d'éléments de motivation abstraits et généraux¹¹¹⁴, à l'image de nombreuses décisions du juge du fond¹¹¹⁵, dont seules quelques rares illustrations

cençant l'arrêté qui ne comporte « aucune des considérations de fait de nature à justifier le placement en rétention administrative » [CE, 10 nov. 2004, *pft Isère c. Kouri*, n° 260241 : *inédit*]. Le seul énoncé abstrait d'un des critères permettant la rétention ne suffit plus [CE, 11 mai 2005, *pft Tarn c. Mrabt*, n° 262214 : *inédit*].

¹¹¹⁰ CE, 10 mars 2003, *pft Haute-Garonne c. Djabali*, n° 249324 : *inédit*. – CE, 21 mars 2003, *pft de l'Isère c. Zemouli*, n° 236966 : *inédit*. La caractérisation de la simple impossibilité matérielle d'exécuter immédiatement la décision d'éloignement, comme par exemple l'absence de documents de voyage ou l'absence de moyens de transport, suffisait à établir la nécessité du placement en rétention indifféremment de la situation personnelle de l'intéressé.

¹¹¹¹ CE, 14 mars 2005, *pft Haute-Garonne c. M. Dalache*, n° 259881 : *inédit*. En l'espèce, la décision était « uniquement motivée par l'absence de moyen de transport permettant le départ immédiat de l'intéressé » alors pourtant que l'étranger était « titulaire d'un passeport en cours de validité et que sa domiciliation chez un compatriote était connue des services de la préfecture depuis plus de six mois », si bien que la rétention n'était pas « nécessaire » pour le juge administratif.

¹¹¹² CE, 26 oct. 2005, *pft Aveyron c. Djafer*, n° 264660 : *inédit*. En l'espèce, la motivation de l'arrêté contenait l'ébauche d'une motivation factuelle, puisqu'il se fondait sur le temps nécessaire « à l'obtention d'un laissez-passer consulaire et à l'organisation de son voyage ».

¹¹¹³ CE, 15 juin 2005, *M. Ben Daoud c. pft Hérault*, n° 272547 : *inédit*.

¹¹¹⁴ CE, 7 déc. 2005, *Gadalla*, n° 273862 : *inédit*. Le Conseil d'État vérifiait que l'arrêté de placement comprenne « l'énoncé des considérations de droit et de fait qui en sont le fondement ». L'application par le juge du principe posé se révélait pourtant décevante. La motivation validée se contentait d'affirmer, sans élément factuel précis, « qu'il convient d'organiser le départ de l'intéressé du territoire national, lequel ne pourra être effectif avant plusieurs jours, et [...] que l'intéressé ne présente aucune garantie sérieuse de représentation, qu'il est nécessaire de prendre toutes mesures utiles pour l'exécution de la décision prise à son encontre et assurer son départ du territoire national ».

¹¹¹⁵ V. par ex. CAA Versailles, 8 juin 2006, *pft Seine-Saint-Denis c. Nait Aissa*, n° 05VE01093 : *Légifrance* ; la motivation qui « vise le titre V du livre V du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile » et précise que l'intéressé « n'est pas en mesure de quitter immédiatement le territoire français » suffit à apporter « les considérations de droit et de fait sur lesquels elle se fonde ». – CAA Bordeaux, 10 avr. 2008, *pft Gironde c. Cetinkaya*, n° 07BX02088 : *Légifrance*. Satisfait « l'énoncé des considérations en droit et en fait » l'arrêté qui « vise les dispositions adéquates du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile et précise que l'intéressé a fait l'objet d'un arrêté de reconduite à la frontière, qu'il ne peut quitter immédiatement le territoire français et qu'il ne présente pas de garantie de représentation effective ». – CAA Paris, 2 juin 2008, *pft Seine-Saint-Denis c. Akcicek*, n° 07PA01829 : *Légifrance*. Pour la Cour d'appel administrative de Paris, la simple mention de « l'absence de moyen de transport disponible » suffit à ramener les raisons de fait du fondement de la décision. – Quant à la Cour administrative d'appel de Versailles, si dans un premier temps, elle s'était ralliée à l'exigence d'une motivation étendue reprenant les « considérations de faits et de droit » [CAA Versailles, 11 sept. 2007, *pft Hauts de Seine c. Stinca*, n° 06VE02233 : *Légifrance*], puis revenait finalement sur cette solution pour estimer que la simple mention d'un des six motifs légaux permettant la rétention

montrent un contrôle plus élevé¹¹¹⁶. Dans la position majoritaire, la motivation factuelle par des affirmations générales et stéréotypées était validée. Cette jurisprudence décevante revenait à considérer le placement en rétention comme l'accessoire logique de la décision d'éloignement¹¹¹⁷, sans finalement que le placement en rétention ne nécessite véritablement d'appréciation et d'explication supplémentaires.

260. La jurisprudence européenne *Popov*¹¹¹⁸ impose sans doute un contrôle de motivation plus ferme de la nécessité du placement en rétention, notamment au regard de l'insuffisance des alternatives¹¹¹⁹, faible progrès issu de l'arrêt concernant la rétention des mineurs accompagnant un parent. La même réticence du juge administratif à imposer une motivation complète des raisons de l'arrestation se retrouve dans le contrôle de la décision administrative de placement en internement d'office.

administrative des étrangers suffit [CAA Versailles, 11 oct. 2007, *pft Hauts de Seine c. Turan*, n° 06VE02279 : *Légifrance* ou CAA Versailles, 18 mars 2008, *Rotaru c. pft. Seine-Saint-Denis*, n° 07VE00071 : *Légifrance*. – La jurisprudence du fond même récente admet encore largement la motivation abstraite ou stéréotypée de l'absence de garanties de représentation [v. par ex. CAA Versailles, 24 avr. 2008, *pft Hauts de Seine c. Ait Ouslimane*, n° 07VE02557 : *Légifrance*, ou CAA Paris, 2 avr. 2013, *Hamidovic c. pft Haute-Garonne*, n° 12BX02497 : *Légifrance*, ou CAA Versailles, 19 févr. 2013, *Rahou c. pft Seine-Saint-Denis*, n° 12VE01363 : *Légifrance*, ou CAA Versailles, 20 déc. 2012, *pft Val d'Oise c. Rhabani*, n° 11VE03247 : *Légifrance*. – Pour un autre exemple acceptant la motivation abstraite réalisée à l'aide d'un formulaire, CAA Paris, 7 mars 2013, *pft Val de Marne c. Williams*, n° 12PA04414 : *Légifrance*. – V. aussi CAA Versailles, 18 déc. 2012, *Seva c. pft Hauts de Seine*, n° 11VE02221 : *Légifrance*. La Cour y estime que la seule mention de la soustraction de l'étranger à une obligation de quitter le territoire français suffit à motiver la décision, sans qu'il soit nécessaire de faire état de l'ancienneté sur le territoire de l'étranger ou de son état de santé.

¹¹¹⁶ CAA Nancy, 16 nov. 2006, *Traoré c. pft Marne*, n° 06NC01027 : *Légifrance*. Le requérant invoquait directement l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'Homme à l'appui de sa demande visant le défaut de motivation. Le juge du fond visait bien la Convention européenne des droits de l'Homme et estimait qu'une motivation fondée sur la simple mention d'un des critères légaux était « stéréotypée » et insatisfaisante. – V. pour d'autres sanctions de motivations stéréotypées et abstraites par la Cour d'appel administrative de Bordeaux, CAA Bordeaux, 21 déc. 2006, *pft Vaucluse c. Raducan*, n° 06BX02264 : *Légifrance*, ou encore CAA Bordeaux, 26 févr. 2008, *Bendriouch*, n° 07BX01561 : *Légifrance*. – V. aussi CAA Nantes, 24 mai 2012, *pft Loire-Atlantique c. Hyseni*, n° 11NT03207 : *Légifrance*. La juridiction censurait l'arrêt de placement en rétention administrative dès lors que celui-ci « ne comporte pas une motivation permettant de s'assurer que la situation de l'intéressé a bien été examinée au regard de sa situation familiale ». En l'espèce, l'étranger avait la garde d'enfants mineurs, circonstance devant être prise en compte pour le placement. – V. enfin pour la censure de la décision de placement qui se réfère à la seule nécessité sans autre explication, CAA Paris, 31 juil. 2012, *Fofana*, n° 11PA04368 : *Légifrance*.

¹¹¹⁷ L'obligation de quitter le territoire doit elle-même être motivée et se trouve soumise à la loi de 1979 [CE, avis, 19 oct. 2007, *Barjamaj*, n° 306821 : *Rec. CE*, p. 426 ; *AJDA*, 2008, p. 1082, chron. L. HELMLINGER]. L'expulsion est soumise à pareille exigence [CE, 12 janv. 1994, *Boutbila*, n° 136260 : *inédit*].

¹¹¹⁸ CEDH, sect. V, 19 janv. 2012, *Popov c. France*, req. n°s 39472/07 et 39474/07 : *JCP*, 2012, n° 221, obs. F. SUDRE ; *Dr. famille*, 2012, comm. n° 43, note M. BRUGGEMAN ; *AJDA*, 2012, p. 1726, chron. L. BURGORGUE-LARSEN ; *D.*, 2012, p. 363, obs. C. FLEURIOT ; *ibid.*, p. 864, entretien S. SLAMA ; *ibid.*, p. 2267, chron. A. GOUTTENOIRE ; *ibid.*, 2013, p. 324, chron. K. PARROT ; *AJP*, 2012, p. 281, note S. SLAMA ; *Rev. crit. DIP*, 2012, p. 826, comm. K. PARROT. V. *infra*, n° 519.

¹¹¹⁹ CAA Bordeaux, 15 nov. 2012, *Badalian c. pft Loiret*, n° 12BX01146 : *AJDA*, 2013, p. 269, note S. DEGOMMIER.

b. *La réticence du juge administratif à imposer la motivation complète de la décision administrative de placement en internement d'office*

261. Le cas particulier de l'hospitalisation à la demande d'un tiers : un titre pérenne de privation de liberté non-écrit. Si l'internement à la demande d'un tiers donne lieu à une « *décision d'admission* » du directeur de l'établissement sanitaire, qui doit vérifier la réunion des conditions légales de l'internement¹¹²⁰, la loi ne soumet pas la décision à un écrit, ce qui empêche toute motivation, situation admise par le juge administratif¹¹²¹. La souplesse ainsi accordée est d'autant plus critiquable que le juge administratif a admis une garde provisoire de l'aliéné au profit de l'autorité médicale pour préparer l'admission¹¹²², que l'internement peut être réalisé dans un établissement privé sans intervention positive de l'autorité publique¹¹²³, et que la première intervention du juge judiciaire pour contrôler la privation de liberté est reportée à douze jours¹¹²⁴. L'internement à la demande d'un tiers reste largement soumis à l'autorité médicale, et l'intérêt pour l'aliéné de bénéficier de l'internement apparaît comme la justification d'une protection moindre de la liberté individuelle¹¹²⁵. La disposition générale, qui organise les droits de tout aliéné privé de liberté, prévoit toutefois que celui-ci doit être informé « *le plus rapidement possible et d'une manière appropriée à son état, de la décision d'admission [...] ainsi que des raisons qui les motivent* »¹¹²⁶, sans organiser la remise d'une copie des pièces nécessaires à l'admission. L'information, déjà dégradée pour l'internement à la demande d'un tiers, ne doit en tout cas pas se communiquer à l'internement d'office, alors que la privation de liberté s'éloigne de la protection des intérêts de l'aliéné et concerne d'abord la protection de l'ordre public.

¹¹²⁰ Art. L. 3212-2 CSP. Le directeur, gardien de la légalité de la décision de l'hospitalisation sur la demande d'un tiers, ne dispose pas d'un pouvoir d'opportunité sur la demande.

¹¹²¹ CE, 16 avr. 2012, *Schnitzer c. Mgen*, n° 339110 : *inédit*. – CE, 13 mars 2013, *Segura c. CH Charles Perrens*, n° 348165 : *inédit*.

¹¹²² CE, 13 mars 2013, *Segura c. CH Charles Perrens*, n° 348165 : *inédit*. En l'espèce, la contrainte n'avait duré que deux heures.

¹¹²³ Le directeur de l'établissement doit cependant informer « *sans délai* » de l'admission le représentant de l'État et la Commission départementale des soins psychiatriques et leur communiquer les pièces légales [art. L. 3212-5 CSP], deux autorités qui peuvent mettre fin à l'internement dès qu'ils estiment les conditions de l'internement non remplies [art. L. 3212-8 CSP]. Si la Commission précédemment citée a dans l'obligation d'étudier l'admission des hospitalisés à la demande d'un tiers [art. L. 3223-1 CSP], celle-ci à un délai de trois mois pour le faire [art. R. 3223-8 CSP].

¹¹²⁴ Art. 3211-12-1 CSP.

¹¹²⁵ V. *infra*, n° 420 et s.

¹¹²⁶ Art. L. 3211-3 CSP.

262. La difficile admission de la pleine motivation de l'internement d'office.

L'internement d'office résulte d'une décision administrative motivée en vertu des dispositions du Code de la santé publique¹¹²⁷, garantie qui existait dès la loi *Esquirol* de 1838¹¹²⁸. À l'inverse, si la loi n'impose pas spécialement la garantie dans la procédure d'internement d'urgence¹¹²⁹, la décision doit être motivée malgré tout en vertu de la loi générale de 1979¹¹³⁰. Le Conseil d'État a validé dans un premier temps la motivation de l'internement d'office de droit commun par référence à un certificat médical, sans reprise dans l'arrêté des passages pertinents¹¹³¹, à condition que le certificat médical décrive avec suffisamment de précision l'état mental de l'individu¹¹³², sans exiger non plus son annexion à la décision administrative¹¹³³. Cette motivation revenait à abandonner au médecin la motivation des éléments matériels de l'acte administratif, sans réelle concertation avec l'autorité préfectorale,

¹¹²⁷ V. l'art. L. 3213-1 CSP : « les arrêtés préfectoraux sont motivés et énoncent avec précision les circonstances qui ont rendu l'admission en soins nécessaire ».

¹¹²⁸ L'article 18 de la loi de 1838 prévoyait déjà que « les ordres des préfets seront motivés et devront énoncer les circonstances qui les auront rendus nécessaires ».

¹¹²⁹ Art. L. 3213-2 CSP.

¹¹³⁰ Loi n° 79-587 du 11 juil. 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public : *J. O.*, 12 juil. 1979. Cette loi prévoit dans son article premier que doivent être motivées les décisions qui « restreignent l'exercice des libertés publiques ou, de manière générale, constituent une mesure de police ». La décision d'internement relève bien entendu de cette catégorie. La même loi consacre une motivation large puisque la décision doit « comporter l'énoncé des considérations de droit et de fait qui constituent le fondement de la décision » [art. 3 de la loi précitée]. Le Conseil d'État en a tiré les conséquences et exige la motivation de la décision de prendre des mesures provisoires, dans l'attente d'une future décision d'internement d'office [CE, sect., 31 mars 1989, *min. Intérieur et Monsieur Lambert*, n°s 69547 et 71747 : *Rec. CE*, p. 110 ; *AJDA*, 1989, p. 308, obs. E. HONORAT et É. BAPTISTE]. – CE, 2 mai 1990, *Ville de Gaillac c. M^{me} Migliore*, n° 87654 : *inédit*. – CE, 13 mars 2013, *pft police*, n° 354976 : *Rec. CE*, T. ; *JCP A*, 2013, actu., n° 291, obs. C.-A. DUBREUIL ; *AJDA*, 2013, p. 601, obs. C. BIGET]. Le juge administratif refusait de considérer par principe que l'internement provisoire rentre dans les exceptions prévues par la loi. L'article 4 de la loi précitée sur la motivation des actes administratifs prévoit d'ailleurs que « lorsque l'urgence absolue a empêché qu'une décision soit motivée, le défaut de motivation n'entache pas d'illégalité cette décision ». C'est concrètement que l'administration devra démontrer l'urgence absolue en cas de défaut de motivation.

¹¹³¹ CE, 21 juil. 1911, *Dame veuve Fervel et fils Fervel* : *Rec. CE*, p. 844. – CE, 16 nov. 1984, *Léoni*, n° 28208 : *Rec. CE*, T., p. 477. L'arrêté ne contenait qu'une motivation abstraite relative au critère légal, mais est validé car il « se réfère au certificat médical joint au rapport des services de police lequel décrit avec précision l'état mental [de l'aliéné] au moment des faits ». – CE, sect., 31 mars 1989, *min. Intérieur et Monsieur Lambert*, n°s 69547 et 71747 : *préc.* L'arrêté en cause se contentait d'affirmer abstraitement que l'individu était un danger pour lui-même et son entourage, mais se référait à un certificat médical qui décrivait avec précision l'état mental de l'interné au moment des faits. – CE, 25 mai 1994, *Maire de Saint-Chamond*, n°s 143702 et 143949 : *Rec. CE*, T., p. 1077 ; *RDSS*, 1995, p. 108, obs. J.-M. DE FORGES. Est validée la motivation qui mentionne « que l'intéressée a un comportement agressif et violent la rendant dangereuse pour elle-même et pour les autres » et se réfère à un certificat médical qui décrit avec précision son état mental. – V. pour l'internement d'urgence provisoire, CE, sect., 31 mars 1989, *min. Intérieur et Monsieur Lambert*, n°s 69547 et 71747 : *préc.* – CE, 11 mars 1996, *cne Saint-Herblain*, n° 164453 : *inédit* ; *JCP*, 1996, II, n° 22743, obs. F. MALLOL. Dans cette dernière espèce, l'internement, était fondé sur le critère du danger attesté par la notoriété publique, par référence à un procès-verbal signé par plusieurs habitants et qui attestait du comportement de l'individu.

¹¹³² V. pour une illustration ne remplissant pas cette condition, CE, 2 mai 1990, *Ville de Gaillac c. M^{me} Migliore*, n° 87654 : *inédit*. Le certificat médical se bornait de manière abstraite à constater « que l'état de santé [de l'aliéné] nécessite son placement d'office dans un centre psychiatrique spécialisé ».

¹¹³³ CE, 3 mars 1995, *min. Intérieur c. F. D.*, n° 112856 : *Rec. CE*.

à fragmenter la motivation et même à en cacher une partie à l'aliéné, sauf à ce que celui-ci conteste la décision devant le juge administratif¹¹³⁴. L'information de l'aliéné des raisons de sa privation de liberté faisait ainsi défaut¹¹³⁵, d'autant plus que la jurisprudence posait le principe de l'indifférence du défaut de notification¹¹³⁶ sur la légalité de l'acte¹¹³⁷, malgré la résistance de certains juges¹¹³⁸.

263. Le Conseil d'État, de nouveau saisi du problème juridique de la motivation par référence fondée sur un rapport d'expertise non-joint, haussait sa jurisprudence et sommait l'administration d'« *indiquer dans sa décision les considérations de droit et les circonstances de fait qui justifient cette mesure* »¹¹³⁹. Les juges du fond ont continué à admettre la motivation par référence, à condition que l'autorité publique « *s'en approprie le contenu et joigne le certificat ou le rapport à sa décision* »¹¹⁴⁰. Cette solution était finalement admise par le Conseil d'État, autant pour l'internement d'office de droit commun, que pour celui réalisé en urgence et provisoire¹¹⁴¹. Le renvoi au certificat médical n'est donc recevable qu'à ces conditions, indépendamment « *du contenu de ce certificat* »¹¹⁴², l'administration pouvant se passer d'annexer l'avis médical à la seule condition de décrire avec précision les troubles mentaux¹¹⁴³. La jonction de l'avis permet cependant à l'administration de se

¹¹³⁴ *Ibid.* La décision organisait les modalités du contrôle du juge administratif du certificat médical : il estimait ne pouvoir prendre connaissance du certificat lui-même en raison du secret médical, sauf autorisation de la personne internée. Dans ce cas, l'administration devait alors remettre au médecin désigné par l'interné le certificat litigieux, pour que le requérant autorise ou non le juge à le consulter.

¹¹³⁵ V. sur l'état précis du droit dans cette première phase, N. POULET-GIBOT LECLERC, « Le Conseil d'État et le contenu de la motivation des actes administratifs » ; *D.*, 1992, chron., p. 61

¹¹³⁶ Ce qui revenait sans doute implicitement à admettre le principe de la notification de la décision.

¹¹³⁷ CE, sect., 31 mars 1989, *min. Intérieur et Monsieur Lambert*, n^{os} 69547 et 71747 : *préc.* – CE, 3 nov. 1997, *min. Intérieur et sécurité publique c. G.*, n^o 146447 : *Rec. CE*, p. 409. La même solution était également rappelée sous le visa de l'article 5 § 2.

¹¹³⁸ CAA Marseille, 6 juil. 2000, n^o 99MA05524 : *AJDA*, 2000, p. 958, note L. BENOIT.

¹¹³⁹ CE, sect., 28 juil. 2000, *M. E. A.*, n^o 151068 : *préc.* Le Commissaire du gouvernement critiquait directement cette pratique qui « *aboutit en effet dans certains cas à ce que ni la personne internée, ni sa famille, pourtant directement concernée, ni même le juge de l'excès de pouvoir ne puissent savoir, à la seule lecture de l'arrêté, quel est le motif de l'internement* ». Il proposait en conséquence d'imposer que le préfet transpose dans son arrêté les éléments pertinents du certificat médical. En l'espèce, il estimait que c'était le cas puisque la décision reprenait les conclusions du rapport qui précisait que l'interné, « *inculpé d'assassinat, tentative d'assassinat, violences et voies de fait avec armes, était en état de démence au moment des faits qui lui sont reprochés* ».

¹¹⁴⁰ CAA Nancy, 23 oct. 2003, *Lutz*, n^o 98NC02129 : *Légifrance*. – CAA Nancy, 24 nov. 2003, *Roth*, n^o 98NC01616 : *Légifrance*. – CAA Marseille, 29 mars 2004, *cne Montpellier*, n^o 00MA01467 : *JCP A*, 2004, n^o 1391, obs. J. MOREAU. – CAA Paris, 4 nov. 2004, *min. Intérieur c. Pelletier*, n^o 03PA03424 : *Rec. CE*, T. – CAA Lyon, 28 avr. 2005, *Sopel*, n^o 99LY02786 : *Légifrance*.

¹¹⁴¹ CE, 12 oct. 2005, *Fedjidj*, n^o 270046 : *inédit*. V. pour le maintien de ces principes dans une illustration récente, CE, 13 mars 2013, *pft police*, n^o 354976 : *préc.*

¹¹⁴² CAA Versailles, 26 janv. 2006, *Duplan*, n^o 04VE03217 : *Légifrance*. – CAA Paris, 21 févr. 2006, *Stark*, n^o 02PA02087 : *Légifrance*. – CAA Marseille, 10 mai 2012, *pft Aude c. Garcia*, n^o 10MA02165 : *Légifrance*.

¹¹⁴³ CAA Nancy, 7 janv. 2008, *pft Meuse c. Lavallé*, n^o 06NC01639 : *AJDA*, 2008, p. 951. – CAA Bordeaux, 26 déc. 2006, *Benazet*, n^o 04BX01278 : *Légifrance*. – CAA Paris, 2 juin 2005, *So*, n^o 04PA03714 : *Légifrance*. –

contenter d'en reprendre les conclusions mêmes générales et d'en déduire, dans des considérations tout autant générales la nécessité de l'internement¹¹⁴⁴, montrant un contrôle de la qualité de la motivation qui demeure faible. La reprise par l'administration des éléments de faits pertinents devrait cependant être exigée, comme l'appréciation qu'il en tire, sans quoi l'aliéné ne peut établir de hiérarchie entre les différents éléments invoqués et sans quoi l'administration ne démontre pas le plein exercice de sa compétence, sans soumission à l'avis médical. Au défaut d'adaptation de l'information de la personne arrêtée s'ajoute finalement un défaut d'étendue, et seule la rapidité de l'information figure comme un élément du droit plus fermement défendu.

B) La protection plus ferme du droit à la rapidité de l'information

264. **La souplesse du contrôle européen de la célérité de l'information des raisons de l'arrestation.** Pour apprécier le délai dans lequel l'information des raisons de l'arrestation doit être donnée, la Cour utilise une appréciation *in concreto*¹¹⁴⁵, poursuivant l'admission d'un contrôle d'intensité variable selon les cas de privation de liberté. Auparavant, la Commission avait admis sans difficulté un délai de près de trente-deux heures entre l'arrestation et la transmission de l'information, dans une appréciation bien trop souple¹¹⁴⁶. Aujourd'hui, la jurisprudence de la Cour limite plus strictement le délai à quelques heures au maximum¹¹⁴⁷, mais les principes ne sont pas encore clairement posés, montrant le peu d'utilisation de la disposition, alors que les exemples de violations ont concerné principalement des espèces dans lesquelles l'information avait été dispensée au-delà de

CE, 27 mai 2011, *M^{me} Kupfersteinn*, n° 330267 : *Rec. CE*, T., p. 1056 ; *AJDA*, 2011, p. 1786, concl. C. LANDAIS ; *LPA*, 23 sept. 2011, p. 8, note R. BONNEFONT.

¹¹⁴⁴ CE, 13 mars 2013, *pft police*, n° 354976 : *préc.* En l'espèce, les conclusions de l'avis, repris dans la décision, mentionnaient que l'interné présentait un « *grave trouble de la personnalité qui altère son discernement et le contrôle de ses actes* » et qu'« *un suivi clinique psychiatrique est indispensable* ». L'autorité administrative s'était contenté, au-delà de ces conclusions, de noter « *qu'au regard de l'urgence et de l'état mental de l'interné qui tenait un discours incohérent, [il ne paraissait pas possible] de la laisser sans certitude d'un suivi psychiatrique, son état mental laissant positivement craindre qu'elle ne soit dangereuse pour elle ou pour autrui* ».

¹¹⁴⁵ *Fox, Campbell et Hartley* : *préc.* ; § 40 : « *pour déterminer si elle en a reçu assez et suffisamment tôt, il faut avoir égard aux particularités de l'espèce* ».

¹¹⁴⁶ *Comm.EDH*, 24 mai 1975, *X. c. Belgique*, req. n° 4502/70 : *Rec.*, n° 38, p. 82.

¹¹⁴⁷ Un délai de près d'une heure respecte bien entendu la Convention [CEDH, gde ch., 28 oct. 1994, *Murray c. Royaume-Uni*, req. n° 14310/88 : *Rec. CEDH*, série A, n° 300-A ; *RSC*, 1995, p. 143, note L.-E. PETTITI ; § 77]. Concernant la détention policière, la Cour a admis une information donnée près de quatre heures trente après l'arrestation [*Fox, Campbell et Hartley* : *préc.* ; § 42]. En revanche, elle s'est référée « *au contexte* » dans cette affaire pour accepter ce délai, les individus étant interrogés pour des faits de terrorisme.

plusieurs jours¹¹⁴⁸. De manière incidente, elle a même semblé admettre que l'appréciation de la célérité pouvait dépendre du comportement du suspect¹¹⁴⁹, alors pourtant que, contrairement au déroulement de la procédure pénale, son comportement n'a pas de prise sur l'information que l'État doit lui apporter. Le juge national s'est rarement prononcé sur le délai de l'information des raisons de l'arrestation, alors que la contestation de la rapidité de l'information des droits est préférée dans le contentieux de la garde à vue, et que le juge national ne s'est prononcé que sur quelques décisions d'espèces¹¹⁵⁰.

265. Le droit à être immédiatement¹¹⁵¹ informé des droits : la vigueur du modèle de la garde à vue¹¹⁵². Le contrôle de la célérité de l'information des droits du gardé à vue est un symbole exceptionnel, car il a fait naître la théorie de la présomption irréfragable du grief¹¹⁵³. Le contrôle de la garantie de la garde à vue est d'autant plus important que la

¹¹⁴⁸ Un délai de soixante-seize heures en matière de rétention des étrangers viole la Convention [CEDH, gde ch., 29 janv. 2008, *Saadi c. Royaume-Uni*, req. n° 13229/03 : *Rec. CEDH* ; *AJDA*, 2008, p. 978, chron. J.-F. FLAUSS]. Un délai de quatre jours concernant une détention extraterritoriale viole aussi la Convention [*Chamaïev et autres* : *préc.* ; § 416]. Un délai de dix jours viole aussi la Convention de manière évidente concernant la rétention de l'étranger dans l'attente de son expulsion [CEDH, sect. I, 2 oct. 2008, *Rusu c. Autriche*, req. n° 34082/02, en angl.].

¹¹⁴⁹ *Dikme* : *préc.* ; § 56. La Cour remarquait ainsi « *qu'en dissimulant son identité l'intéressé a – dans une certaine mesure – contribué à la prolongation du délai en question* ».

¹¹⁵⁰ V. par ex., concernant une garde à vue succédant à une retenue douanière, Cass. crim., 28 nov. 2007, n° 07-86.062 : *inédit*. V. pour la censure par le juge du fond de l'information donnée au bout de huit heures, alors que la Cour de cassation se prononçait seulement sur l'étendue de la nullité, Cass. crim., 28 mars 2000, n° 00-80.090 : *Bull. crim.*, n° 137. La Cour de cassation s'est principalement prononcée dans le cadre de l'article 60 *bis* des douanes, permettant une fouille *in corpore* pour rechercher des stupéfiants et une rétention pour réaliser l'opération [Cass. crim., 30 juin 1999, n° 98-86.791 : *Bull. crim.*, n° 169 ; *Dr. pén.*, 2000, comm. n° 11, obs. A. MARON ; *RSC*, 1999, p. 843, obs. D. N. COMMARET et Cass. crim., 24 mai 2000, n° 99-87.839 : *Bull. crim.*, n° 201 ; *Dr. pén.*, 2000, comm. n° 133, obs. A. MARON]. La Cour de cassation applique à cette retenue factuelle l'information des raisons de l'arrestation, dans le silence de la loi, sur le seul fondement de la Convention européenne des droits de l'Homme. La Cour de cassation impose au juge de fond de réaliser le contrôle du retard de l'information par des considérations concrètes, ouvrant le contrôle de la qualité de l'information, mais elle renvoie à l'appréciation souveraine du juge du fond. Dans la première affaire, le juge du fond avait justifié le report de l'information des raisons de l'arrestation trois heures après l'arrestation par « *les particularités de l'espèce* », motivation censurée pour être trop abstraite. Finalement, la Cour de renvoi avait estimé que l'information avait été donnée un quart d'heure seulement après l'arrestation, lorsque les forces de l'ordre avaient demandé à l'individu de se soumettre à l'examen médical, ce que la Cour de cassation validait au regard « *du pouvoir souverain d'apprécier les circonstances de l'espèce* ». Dans le domaine de la vérification d'identité, la Chambre criminelle saisie du problème juridique, fixait opportunément la fin de la privation de liberté précocement, évitant de se prononcer sur l'appréciation de la célérité de l'information des raisons de l'arrestation [Cass. crim., 16 déc. 2003, n° 03-84.746 : *inédit* ; *Dr. pén.*, 2004, comm. n° 57, 2^{ème} arrêt, obs. A. MARON].

¹¹⁵¹ Si l'information des droits est souvent évoquée à travers la notion de notification, l'article 63-1 du Code de procédure pénale se réfère bien à la notion d'information.

¹¹⁵² La vigueur du modèle est renforcée par son inscription désormais dans une Directive, même si celle-ci laisse une grande marge d'appréciation aux États, notamment pour viser une célérité moyenne, en visant que l'information soit donnée « *rapidement* » [art. 4 § 1^{er} de la Directive n° 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales].

¹¹⁵³ Cass. crim., 18 juin 1998, n° 98-81.369 : *Bull. crim.*, n° 200 ; *RSC*, 1998, p. 785, obs. J.-P. DINTILHAC : « *tout retard injustifié dans la mise en œuvre de [la notification de leurs droits aux intéressés] porte nécessairement atteinte aux intérêts des personnes concernées* ».

disposition qui l'organise s'applique par renvoi à d'autres cas de privation de liberté de police du suspect¹¹⁵⁴, sans consécration supra-légale¹¹⁵⁵. Son importance en garde à vue est telle qu'elle se confond pratiquement avec le titre de détention, pour constituer la formalisation juridique de la décision de placement en détention¹¹⁵⁶. La Cour de cassation a formulé un principe ferme : l'officier de police judiciaire « *a le devoir de notifier immédiatement les droits attachés au placement en garde à vue ; que tout retard injustifié dans la mise en œuvre de cette obligation porte nécessairement atteinte aux intérêts de la partie qu'elle concerne* »¹¹⁵⁷.

266. La transposition du modèle de la garde à vue aux autres cas de privation de liberté : la réintégration du droit à l'information de la personne arrêtée dans la sûreté. La législation a reculé la célérité de l'information des droits de l'étranger placé en rétention administrative ou maintenu en zone d'attente, qui doit être donnée « *dans les meilleurs délais* »¹¹⁵⁸, alors que depuis la création de ces régimes, la loi imposait que la transmission de l'information soit réalisée « *immédiatement* »¹¹⁵⁹. Un tel recul conforte l'analyse qui place la défense pénale comme la cause du déploiement du *paquet* le plus protecteur, tandis que la sûreté seule justifie un modèle moins vigoureux. Le Conseil constitutionnel a cependant borné le critère législatif, qui doit s'interpréter comme prescrivant une information « *dans le plus bref délai possible* »¹¹⁶⁰, dans une décision participant à la

¹¹⁵⁴ L'article 63-1 du Code de procédure pénale, qui organise l'information de la personne placée en garde à vue, est généré par renvoi à l'arrestation en vertu d'un mandat d'arrêt européen [art. 695-27 CPP], à l'arrestation en vue d'une remise à la Cour pénale internationale [art. 627-5 CPP], à l'arrestation en vertu d'une demande d'extradition [art. 696-10 CPP].

¹¹⁵⁵ La Cour européenne des droits de l'Homme sanctionne toutefois, sur le fondement de l'article 5 § 1^{er}, le retard de la formalisation administrative de l'arrestation du suspect, sans explication raisonnable [CEDH, sect. V, 7 nov. 2013, *Blousov c. Ukraine*, req. n° 4494/07, en angl. ; § 83 et s.]. La consécration du *paquet* dans la jurisprudence européenne n'est pas encore acquise [v. *supra*, n° 185]. En revanche, la Cour européenne des droits de l'Homme développe son contrôle de l'information donnée au suspect en garde à vue concernant son droit d'être assisté par un avocat [CEDH, sect. I, 11 déc. 2008, *Panovits c. Chypre*, req. n° 4268/04].

¹¹⁵⁶ Un juge du fond a ainsi estimé que les éléments constitutifs de l'évasion ne pouvaient être réunis qu'après l'information du placement en garde à vue et la notification des droits [CA Toulouse, 13 avr. 2006, n° 06/00093 : *Légifrance*]. En revanche, la notification des droits afférents à la garde à vue alors que la personne est détenue sous le régime du mandat d'amener, ne suffit pas à transformer la privation de liberté en garde à vue [Cass. crim., 4 avr. 2007, n° 07-80.266 : *inédit*]. La Cour conclut que « *le demandeur ne saurait se faire un grief d'une telle notification* ».

¹¹⁵⁷ Cass. crim., 29 avr. 1998, n° 98-80.121 : *Bull. crim.*, n° 145 ; *RSC*, 1998, p. 785, obs. J.-P. DINTILHAC.

¹¹⁵⁸ Art. L. 551-2 et L. 221-4 CESEDA.

¹¹⁵⁹ V. pour la zone d'attente l'art. 1^{er} de la loi n° 92-625 du 6 juil. 1992 sur la zone d'attente des ports et des aéroports et portant modification de l'ord. n° 45-2658 du 2 nov. 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France : *J. O.*, 9 juil. 1992 ; *D.*, 1993 p. 225, comm. M.-C. ROUAULT ; *AJDA*, 1992, p. 656, comm. F. JULIEN-LAFERRIÈRE. V. pour la rétention administrative, l'art. 50 de la loi n° 2003-1119 du 26 nov. 2003 : *préc.*

¹¹⁶⁰ Cons. const., déc. n° 2003-484 DC du 20 nov. 2003 portant sur la loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité : *J. O.*, 27 nov. 2003, p. 20154 : *Gaz. Pal.*, 2005, doct.,

construction de la théorie générale, même isolée, pour l'exiger immédiatement, indépendamment du cas d'arrestation. Les principes les plus protecteurs du contrôle de la célérité de l'information des droits en garde à vue ont été étendus par la jurisprudence judiciaire à la détention administrative de l'étranger. Le droit à la notification immédiate du *paquet* de droits généré par l'arrestation apparaît aussi important pour la privation de liberté du suspect qu'en dehors et doit s'inscrire pleinement dans la sûreté¹¹⁶¹.

267. Les deux principes protecteurs du contrôle de la célérité de l'information des droits. Souvent, l'arrestation permet une garde provisoire, qui servira à l'adoption d'un titre pérenne de privation de liberté, que celle-ci soit encadrée par la loi et le *paquet* de droits, ou que celle-ci reste purement factuelle, le principe de la légalité de la privation de liberté n'ayant jamais été interprété comme s'y opposant¹¹⁶². La première application de la contrainte, lorsque l'arrestation a lieu par capture, intervient alors en décalage de la décision juridique formalisant le placement en détention¹¹⁶³. Le premier principe protecteur tient à faire de l'arrestation le point de départ du délai servant à l'appréciation de la célérité de l'information, principe le plus fermement défendu (1). Le second principe protecteur tient dans le strict contrôle de son report par des circonstances factuelles, principe plus relatif (2).

p. 685, comm. J. BOYER ; consid. n° 51 ; *LPA*, 20 janv. (partie I) et 21 janv. (partie II) 2004, p. 10, comm. J.-É. SCHOETTL. Concernant l'information des droits de l'étranger, décalée par la loi « *aux meilleurs délais* », le Conseil constitutionnel rappelait que « *si elle ne peut être immédiate pour des raisons objectives, [elle] doit s'effectuer dans le plus bref délai possible* ».

¹¹⁶¹ La sanction du défaut de l'information est même supérieure pour la détention administrative de l'étranger, puisqu'elle autorise le juge judiciaire qui prolonge la détention de l'étranger à mettre un terme à la mesure privative de liberté sur le fondement de l'article 66 de la Constitution, qui impose que l'étranger soit « *au moment de la notification de la décision de placement en rétention, pleinement informé de ses droits et placé en mesure de les faire valoir* » [Cass. civ. I, 31 janv. 2006, 5 espèces, n°s 04-50.093, 04-50.121, 04-50.128, 04-50.129 et 04-50.157 : *Bull. civ. I*, n° 45 ; *AJP*, 2006, p. 165, obs. H. GACON ; *Rev. crit. DIP*, 2006 p. 369, obs. P. LAGARDE]. En matière de maintien en zone d'attente, la jurisprudence semble aussi refuser de prolonger la détention en cas de violation des règles de la notification des droits [CA Paris, 4 oct. 2000, n° 1107Q/00 : *Légifrance*] ou de défaut d'assistance d'un interprète lors de l'information des droits [v. pour l'assistance physique Cass. civ. II, 25 janv. 2001, 3 espèces, n°s 99-50.078, 99-50.079 et 99-50.080 : *Bull. civ. II*, n° 27 ou v. pour l'assistance à distance, Cass. civ. I, 30 oct. 2006, n° 04-50.162 : *Bull. civ. I*, n° 451].

¹¹⁶² V. *supra*, n° 152.

¹¹⁶³ V. *supra*, n° 172 et s.

1) Le principe ferme : l'arrestation comme point de départ du délai servant à l'appréciation de la célérité de l'information des droits

268. **La naissance du principe en matière de garde à vue.** L'opportunité du placement en garde à vue est laissée à l'appréciation de l'officier de police judiciaire, sous le contrôle en temps réel du magistrat de l'autorité judiciaire intéressé par la direction des investigations¹¹⁶⁴, sans que le juge de l'annulation ne puisse remettre en cause cette appréciation¹¹⁶⁵, pas plus que le juge judiciaire de la privation de liberté¹¹⁶⁶. Indépendamment de l'opportunité, le contrôle de la célérité de l'information des droits, dès lors qu'elle doit être immédiate après le placement en garde à vue, sert à la définition même de la notion juridique de privation de liberté, en déterminant son point de départ, justifiant un contrôle élevé, y compris de la Cour de cassation. De jurisprudence constante, la Cour de cassation fixe le départ de la garde à vue à « l'interpellation »¹¹⁶⁷ ou encore dès l'application de « la contrainte »¹¹⁶⁸, indépendamment du moment de la notification ultérieure des droits, tandis que la participation volontaire du suspect à l'enquête écarte l'existence de la garde à vue¹¹⁶⁹. Le juge du fond est directement investi du pouvoir de rechercher le début matériel de la contrainte¹¹⁷⁰, sans disposer en la matière d'un pouvoir souverain d'appréciation¹¹⁷¹.

¹¹⁶⁴ V. *infra*, n° 632 et s.

¹¹⁶⁵ Cass. mixte, 7 juil. 2000, n° 98-50.007 : *Bull. crim.*, n° 257 ; *JCP*, 2000, II, n° 10418, note O. GUÉRIN ; *Procédures*, 2001, comm. n° 17, note J. BUISSON ; *RSC*, 2001, p. 189, obs. A. GIUDICELLI.

¹¹⁶⁶ V. *infra*, note n° 3837.

¹¹⁶⁷ Cass. crim., 10 avr. 1996, n° 94-81.728 : *inédit*.

¹¹⁶⁸ Cass. crim., 4 mars 1998, n° 97-85.695 : *Bull. crim.*, n° 84 ; *Dr. pén.*, 1998, comm. n° 108, obs. A. MARON ; *Procédures*, 1998, comm. n° 180, obs. J. BUISSON ; *RSC*, 1998, p. 583, obs. J.-P. DINTILHAC.

¹¹⁶⁹ *Ibid.* Le suspect entendu avant d'être placé en garde à vue, s'était rendu sans contrainte au poste et avait été entendu librement. En conséquence, le placement juridique réalisé postérieurement à l'audition correspondait au moment effectif du début de la contrainte et l'information était immédiate. – Cass. crim., 2 déc. 1998, n° 98-84.016 : *inédit* ; *Dr. pén.*, 1999, comm. n° 94, obs. A. MARON. La même solution s'applique lorsque le suspect accepte de suivre volontairement les policiers au poste, quand bien même ceux-ci se seraient rendus au domicile du suspect pour lui demander de les suivre. – Cass. crim., 14 oct. 1998, n° 98-81.370 : *Bull. crim.*, n° 260 ; *Dr. pén.*, 1999, comm. n° 30, 2^e arrêt, obs. A. MARON ; *Procédures*, 1999, comm. n° 47, obs. J. BUISSON. La même solution s'applique pour la perquisition acceptée par l'intéressé. – Cass. crim., 28 juin 2000 : *Bull. crim.*, n° 251 ; *Dr. pén.*, 2001, comm. n° 25, 1^{er} arrêt, obs. A. MARON. Peu importe alors la durée de l'audition volontaire, même lorsque celle-ci dure cinq heures. – Cass. crim., 28 juin 2000, n° 99-81.688 : *Bull. crim.*, n° 251 ; *Dr. pén.*, 2001, comm. n° 25, 1^{er} arrêt, obs. A. MARON ; *Procédures*, 2001, comm. n° 16, obs. J. BUISSON ; *D.*, 2002, jur., p. 438, comm. F. LOMBARD et A. HAROUNE. La même solution s'applique même lorsque l'audition sans contrainte a eu lieu après une première garde à vue. La personne en cause dans cette affaire avait d'abord été entendue pendant une heure et demie sans être placée en garde à vue, puis placée huit mois plus tard, après convocation, en garde à vue. Le lendemain, après avoir été libérée, la personne est de nouveau entendue, sans être placée en garde à vue, pendant cinq heures, puis une dernière fois pendant une heure quinze, trois mois plus tard. – Cass. crim., 10 mai 2001, n° 01.81-762 : *Bull. crim.*, n° 118. Le suspect qui répond à une convocation n'a pas non plus à être placé en garde à vue, la convocation n'étant pas une mesure de contrainte.

¹¹⁷⁰ Cass. crim., 6 mai 2003, n° 02-87.567 : *Bull. crim.*, n° 93 ; *Procédures*, 2003, comm. n° 178, obs. J. BUISSON. Ainsi, c'est à raison que le juge du fond estime qu'après une arrestation, la conduite de

269. Le principe guidant la détermination du point de départ de la garde à vue est bien évidemment protecteur, puisqu'il permet d'éviter de consacrer une garde provisoire de pur fait entre l'arrestation factuelle et le placement juridique et assure au contraire le contrôle juridictionnel de cette période, imputée sur la durée légale de la garde à vue, sans retarder l'*Habeas corpus*. Derrière le principe ferme et visible, certaines décisions, ou anciennes ou d'opportunité, ont pourtant adopté des positions plus souples¹¹⁷². Plus gravement, la première chambre civile de la Cour de cassation a semblé dans une décision apprécier la célérité de l'information des droits au moment du placement juridique en garde à vue, sans s'intéresser à la contrainte antérieure¹¹⁷³. Ces quelques décisions altèrent la force du symbole de la notification immédiate, qui s'accommode parfois d'une certaine souplesse.

270. **L'indispensable extension du principe à la détention administrative de l'étranger.** Aucune garde provisoire n'existe pour le maintien en zone d'attente, alors qu'en pratique, l'étranger débarqué subit une détention factuelle, jusqu'à l'adoption de la décision de refus d'entrée sur le territoire et de maintien en zone d'attente, sans aucune garantie, au défaut du contrôle en temps réel de l'autorité judiciaire s'ajoutant le défaut du *paquet* des droits généré par l'arrestation¹¹⁷⁴. Le contrôle de la célérité de l'information des droits depuis l'arrestation factuelle est alors indispensable pour assurer le contrôle de cette rétention

l'individu au poste était sous la contrainte et justifiait le placement en garde à vue, ce qui n'avait pas été fait en l'espèce.

¹¹⁷¹ Cass. crim., 6 déc. 2000, n° 00-82.997 : *Bull. crim.*, n° 367 ; *Procédures*, 2001, comm. n° 69, obs. J. BUISSON. La Chambre criminelle approuvait la Cour d'appel qui annulait la garde à vue pour retard tardif de la notification des droits, mais elle appréciait elle-même le moment du début de la contrainte. – Cass. crim., 6 déc. 2000, n° 00-86.221 : *Bull. crim.*, n° 367. Elle estimait directement que l'individu étant placé sous contrainte, dès les actes d'enquête réalisés par les forces d'enquête. – Cass. civ. II, 9 déc. 2004, n° 03-50.116 : *Bull. civ. II*, n° 518. Cette même jurisprudence est appliquée par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, lorsqu'elle intervient dans le contentieux de la prolongation de la rétention administrative.

¹¹⁷² Dans deux affaires plus anciennes, la Cour de cassation semblait directement se désintéresser de la contrainte antérieure, pourtant indéniablement appliquée sur le vif, pour déterminer le début de la garde à vue au placement juridique réalisé au commissariat, entre une heure trente et deux heures plus tard, considérant que la fixation du départ de la garde à vue à l'arrestation n'était qu'une fiction juridique destinée à protéger les intérêts du suspect [Cass. crim., 19 mai 1999, n° 99-81.296 : *inédit*. – Cass. crim., 29 nov. 2000, n° 00-82.777 : *inédit*]. Dans une autre affaire, la Cour de cassation niait opportunément l'existence d'une contrainte avant le placement juridique, alors qu'avant la réalisation d'une perquisition au domicile du suspect, l'individu avait été maîtrisé par la force : la simple opération de « *sécurité* » n'était pas suffisante pour déclencher la garde à vue [Cass. crim., 15 sept. 2004, n° 04-84.012 : *inédit* ; *Dr. pén.*, 2004, comm. n° 185, obs. A. MARON].

¹¹⁷³ Cass. civ. I, 9 janv. 2008, n° 07-13.665 : *inédit* : alors que le suspect étranger avait été arrêté une heure et vingt-cinq minutes plus tôt, elle validait la procédure dès lors que « *le placement en garde à vue et la notification des droits sont intervenus dès l'arrivée de la personne dans les services de police* ».

¹¹⁷⁴ V. par ex., pour la description de la retenue de l'étranger, maintenu à disposition des autorités de police, allant du contrôle des documents des étrangers nécessaires à leur entrée sur le territoire, jusqu'à la notification de leur droit, après l'adoption des décisions administratives de refus d'entrée sur le territoire et de maintien en zone d'attente, le rapport de la visite du CGLPL sur la zone d'attente de l'aéroport de Lyon-Saint-Exupéry (Rhône) en date du 13 janv. 2011, disponible sur le site internet de l'institution.

factuelle¹¹⁷⁵, sans abandonner à l'autorité de police un large temps de privation de liberté pour réaliser les vérifications préalables au maintien en zone d'attente.

271. La Cour d'appel de Paris a d'abord adopté la solution la plus protectrice, en se référant à l'arrestation factuelle, pour contrôler la célérité de la notification des droits¹¹⁷⁶. Ce point de départ a été repris par la Cour de cassation, d'abord pour déterminer le délai dans lequel le juge judiciaire doit être saisi pour prolonger le maintien en zone d'attente¹¹⁷⁷, puis pour opérer le contrôle de la célérité de l'information des droits, dans un premier temps avec souplesse¹¹⁷⁸, ensuite plus fermement¹¹⁷⁹. La Cour de cassation a posé le même principe pour la rétention administrative de l'étranger¹¹⁸⁰. L'extension de la solution,

¹¹⁷⁵ La mise à disposition de l'étranger aux autorités, dans la zone de débarquement des passagers, ne saurait échapper à la qualification de privation de liberté, alors que la Cour de cassation a rappelé que « *la zone d'attente se trouve sous contrôle administratif et juridictionnel national* » [Cass. civ. I, 25 mars 2009, n° 08-14.125 : *Bull. civ. I*, n° 66 ; *D.*, 2009, p. 1793, avis J.-D. SARCELET ; *JCP*, 2009, actu., n° 294, obs. M. FARGE ; *AJF*, 2009, p. 225, obs. I. GALLMEISTER ; *RDSS*, 2009, p. 550, M. BRUGGEMAN].

¹¹⁷⁶ CA Paris, 4 oct. 2000, n° 1102Q/00 : *Légifrance*. Le délai est calculé à partir de l'arrivée de l'avion dans lequel se trouvait l'étranger. – CA Paris, 21 sept. 2000, n°s 1015Q/00 et 1015Q/00 : *Légifrance*. Le délai est calculé à partir du contrôle d'identité des étrangers, à leur sortie de l'avion.

¹¹⁷⁷ Cass. civ. II, 15 mars 2001, 7 espèces, n°s 99-50.097, 99-50.098, 99-50.100, 99-50.101, 99-50.102 et 99-50.103 : *inédits*. Dans ces différents cas, l'écart temporel entre l'interpellation et le placement juridique variait entre deux heures quarante-cinq et quatre heures quarante-cinq.

¹¹⁷⁸ Cass. civ. II, 14 mars 2002, n° 00-50.081 : *Bull. civ. II*, n° 43. La Cour de cassation détermine le point de départ de la détention à « *la fin des vérifications des passeports des passagers* », point de départ certes antérieur à l'adoption de la décision de maintien en zone d'attente, mais sans doute postérieur à l'arrestation, qui a permis les premières vérifications sur les passeports.

¹¹⁷⁹ Cass. civ. II, 5 juil. 2001, n° 99-50.072 : *Bull. civ. II*, n° 131. Au juge du fond qui avait estimé que la notification des droits devait être donnée immédiatement après le placement juridique en zone d'attente, la Cour de cassation, sur le fondement de l'article 66 de la Constitution, lui reprochait d'avoir statué « *sans vérifier la régularité de la privation de liberté de l'étranger pendant la période ayant précédé la notification de la décision de placement en zone d'attente alors que l'étranger critiquait les modalités de la notification de celle-ci et de ses droits, le premier président n'a pas donné de base légale à sa décision* ». – Cass. civ. II, 21 févr. 2002, n° 00-50.091 : *inédit*. La Cour de cassation reprochait ainsi au juge du fond d'avoir autorisé la prolongation du maintien en zone d'attente « *sans vérifier la régularité de la privation de liberté de l'étrangère pendant la période ayant précédé la notification de la décision de placement en zone d'attente, alors [qu'elle] critiquait les modalités de notification de ses droits en exposant que ceux-ci lui avaient été notifiés trois heures après sa "mise à disposition" du directeur de la Police de l'air et des frontières, sans que soit apportée la preuve de la moindre diligence* ». – Cass. civ. II, 22 mai 2003, n° 01-50.104 : *Bull. civ. II*, n° 151. La Cour de cassation sanctionnait fermement le juge du fond, qui avait refusé de contrôler la célérité de l'information, reportée de sept heures par rapport à l'arrestation factuelle, au motif que l'étranger ne pouvait être considéré comme privé de liberté, dès lors qu'il conservait la possibilité de quitter à tout moment la zone pour l'étranger. La Cour de cassation, sur le fondement de l'article 66 de la Constitution, rappelait de nouveau l'obligation pour le juge judiciaire de la prolongation du maintien en zone d'attente de « *vérifier la régularité de la privation de liberté de l'étranger pendant la période ayant précédé la notification de la décision de placement en zone d'attente* ».

¹¹⁸⁰ La rétention administrative peut désormais être prononcée à la suite d'une garde provisoire spécifique encadrée par le *paquet* de droits de l'arrestation, la nouvelle retenue pour vérification du droit au séjour de l'étranger [art. 611-1-1 CESEDA ; v. *supra*, n° 215 et s.]. Avant sa création et à défaut d'usage préalable d'un autre régime légal, comme la garde à vue ou la vérification d'identité, la Cour de cassation admettait une retenue factuelle dans l'attente de la décision d'éloignement et du placement en rétention administrative et estimait dans un premier temps que seul le placement juridique en rétention générait l'information des droits [Cass. civ. II, 24 févr. 2000, n° 98-50.036 : *inédit*. – Cass. civ. II, 9 mars 2000, n° 98-50.048 : *inédit*]. La Cour de cassation se révélait en revanche plus exigeante quant à la preuve de la notification [Cass. civ. II, 18 mai 2000, n° 99-50.015 : *Bull. civ. II*, n° 83]. Par une décision de principe, la Cour de cassation a rappelé que le juge du fond devait

même en dehors du cas du suspect, marquait son détachement des droits de la défense pénale et son rattachement à la sûreté.

272. Le chaînage de la privation de liberté de police : l'uniformisation de la détention, de l'arrestation factuelle à la première intervention judiciaire. La jurisprudence judiciaire du contrôle de la célérité de l'information des droits aboutit à consacrer l'arrestation factuelle comme le véritable point de départ en droit de la privation de liberté de police¹¹⁸¹, indifféremment du moment du placement juridique. Ce point de départ doit en conséquence servir aussi à calculer le délai dans lequel doit intervenir le premier contrôle judiciaire en *Habeas corpus*, indifféremment de la succession d'éventuels régimes divers de privation de liberté. Cette jurisprudence est fondatrice et participe à trois titres à la théorie générale, d'abord en rattachant le *paquet* à la sûreté, ensuite en reconnaissant le chaînage de la privation de liberté, au moins pour celle de police, enfin en participant à l'unification de la privation de liberté. Le second principe du contrôle de la célérité de l'information des droits, plus relatif, tient au contrôle des circonstances matérielles justifiant le report de l'information.

2) Le principe relatif : le contrôle des circonstances factuelles justifiant le report de l'information des droits

273. Le temps de transport, cause admissible du report de l'information des droits. Puisque l'information des droits est exigée dès l'arrestation, fixée à l'arrestation factuelle et non au placement juridique, une certaine souplesse doit être nécessairement accordée à l'autorité de police pour admettre, dans le cas de la capture, le report de

contrôler la détention préalable à la notification de la décision de placement en rétention administrative, même lorsque celle-ci ne ressortait pas d'un cadre légal précis [Cass. civ. I, 14 juin 2005, n° 04-50.063 : *Bull. civ. I*, n° 249]. En l'espèce, l'étranger avait été placé deux heures en rétention administrative deux heures après le contrôle d'identité, alors que durant cette période, il avait été retenu « à la disposition des autorités administratives compétentes pour examiner sa situation d'étranger ». Une telle position revenait de nouveau à admettre la validité d'une garde provisoire sans fondement légal en vue de l'adoption d'un titre pérenne de privation de liberté [v. *contra* CA Poitiers, 27 nov. 2003, n° 03/17 : *Légifrance* et v. *supra*, n° 152]. La même décision de la Cour de cassation posait le principe du contrôle du délai entre l'arrestation factuelle et la notification des droits, sans pour autant poser un principe ferme. Le juge du fond avait justifié le délai par la nécessité de rédiger le procès-verbal du contrôle et de recourir à un interprète, éléments suffisants pour la Cour de cassation à démontrer que le délai n'était pas excessif, sans contrôle plus précis des diligences.

¹¹⁸¹ Ce principe est désormais inscrit pour la garde à vue à l'article 63-III du Code de procédure pénale : « l'heure du début de la mesure est fixée, le cas échéant, à l'heure à laquelle la personne a été appréhendée ».

l'information des droits à l'arrivée au poste de police, sous peine d'altérer sa qualité¹¹⁸². Alors même que la Cour de cassation reconnaissait que tout retard dans la notification des droits du suspect lui portait nécessairement grief, elle admettait *a contrario* que cette obligation soit retardée par le temps de transport¹¹⁸³, refusant d'imposer systématiquement l'information orale des droits sur les lieux de l'arrestation. La première décision de la Cour de cassation apportait toutefois une condition protectrice en imposant que la notification soit réalisée immédiatement après l'arrivée au poste, sans dépasser le temps nécessaire au transport. Il revient en conséquence au juge du fond de contrôler strictement la nécessité du temps de transport, et de se justifier dans une motivation contrôlée par la Cour de cassation.

274. Un retard ne dépassant pas quelques minutes est validé logiquement, sans aucun contrôle¹¹⁸⁴. Un retard de trente à quarante minutes n'apparaît pas anormal, si bien que la motivation, même légère du juge du fond, satisfait la Cour de cassation¹¹⁸⁵. Au-delà, le juge du fond doit justifier le retard par des circonstances factuelles plus précises qui expliquent la durée exceptionnelle du transport, et la Cour de cassation contrôle la qualité de sa motivation plus fermement¹¹⁸⁶. Ce contrôle strict a été remis en cause par une décision admettant un

¹¹⁸² L'information des droits suppose sans doute d'être réalisée en dehors de l'agitation de l'arrestation, dans un moment d'apaisement et dans des locaux adaptés, pour une notification de qualité. En vertu l'article 63-1 du Code de procédure pénale, la « *mention de l'information* » doit donner lieu à l'émargement d'un procès-verbal, ce qui suppose de bénéficier d'un matériel d'édition et la réalisation de la mention, immédiatement après la transmission de l'information, assure la meilleure preuve de sa réalisation. On notera sur ce point que seule la mention de l'information doit être portée sur le procès-verbal, sans que la loi exige que le procès-verbal signé contienne cette information, ni même qu'un résumé écrit des droits soit remis au suspect.

¹¹⁸³ Cass. crim., 30 avr. 1996, n° 95-82.217 : *Bull. crim.* n° 182 ; *RSC*, 1996, p. 879, obs. J.-P. DINTILHAC. Elle validait le raisonnement du juge du fond qui avait estimé que la notification s'était déroulée « *au-delà du temps que justifiaient le transfert et l'accomplissement des diligences normales de mise à disposition de l'officier de police judiciaire* ». – Cass. crim., 23 mars 1999, n° 98-86.263 : *Bull. crim.*, n° 51 ; *D.*, 1999, p. 324, obs. J. PRADEL. Alors que la chambre d'accusation avait estimé que la notification des droits ne pouvait se faire décentement sur la voie publique et noté qu'elle avait été réalisé dès l'arrivée de l'individu dans les locaux de la gendarmerie, quarante-cinq minutes après, pour la valider, la Cour de cassation estimait que juge du fond « *a fait l'exacte application* » de l'article 63-1 du Code de procédure pénale.

¹¹⁸⁴ V. pour un retard de dix minutes, Cass. civ. I, 27 mai 2010, n° 09-12.397 : *Cass. civ. I*, n° 122, ou pour un retard de quinze minutes, Cass. crim., 27 juin 2000, n° 00-80.411 : *Bull. crim.*, n° 245.

¹¹⁸⁵ Cass. crim., 27 juin 2001, n° 00-83.918 : *inédit*. La Cour de cassation validait le raisonnement du juge du fond, dès lors que les énonciations du juge du fond lui permettaient de s'assurer que « *la notification des droits n'a pas été différée au-delà du temps imposé par le transfert de l'intéressé dans les locaux de police* ». En l'espèce, la motivation du juge du fond, en dehors d'une mention générale au temps de transport, ne comportait pourtant pas d'autres éléments concrets.

¹¹⁸⁶ Cass. crim., 19 déc. 2007, n° 07-83.340 : *inédit*. La Cour de cassation censurait un retard de près d'une heure dans la notification des droits, justifié par le transfert du mineur arrêté par la brigade anti criminalité vers la brigade des mineurs, alors que le juge du fond avait estimé que la notification n'était pas tardive, « *compte tenu du transfert nécessaire vers le service de police compétent* ». La Cour de cassation ne se satisfaisait pas de cette motivation, estimant que le juge s'était prononcé « *sans préciser les motifs ayant permis de différer le placement en garde à vue [du suspect] ainsi que la notification de ses droits* ». – Cass. crim., 22 sept. 1999, n° 99-84.706 : *inédit*. Un retard de près d'une heure était justifié par le temps de transport, alors que la chambre d'accusation, approuvée, avait pris le soin de préciser que la brigade de gendarmerie était éloignée d'environ soixante-dix kilomètres du lieu d'interpellation.

report de la notification de près de trois heures, principalement en raison du temps de transport et des circonstances de l'arrestation¹¹⁸⁷, montrant de nouveau que les principes fermes protecteurs du droit de la garde à vue peuvent supporter des altérations.

275. Les vérifications policières, cause inadmissible du report de l'information. À la différence du temps de transport, l'admission des vérifications policières, c'est-à-dire les actes d'enquêtes concernant le suspect et les vérifications de police administrative en dehors, constituent une cause de report qui dépasse le temps strictement nécessaire au truchement d'une information de qualité et elle doit être rejetée, sous peine de relativiser le principe de l'information immédiate¹¹⁸⁸. Le rejet a été consacré pour la garde à vue (a). En revanche, en matière de placement en zone d'attente, le report par cette cause est admis (b).

a. *Le rejet des vérifications policières comme cause de report de l'information des droits en garde à vue*

276. La ferme expression du principe du rejet. La garde à vue, privation de liberté *moyen* justifiée par « *les nécessités de l'enquête* »¹¹⁸⁹, ne permet pas seulement la traduction du suspect devant l'autorité judiciaire¹¹⁹⁰, mais sert aussi aux investigations policières¹¹⁹¹. Au regard de cette nature, l'efficacité de l'enquête pourrait justifier la capacité

¹¹⁸⁷ Cass. crim., 4 nov. 1999, n° 99-85.512 : *inédit*. La Cour de cassation s'appuyait sur les circonstances relevées par le juge du fond : l'individu avait été interpellé après six heures de négociations, les policiers avaient immédiatement procédé à des constatations matérielles et des saisies et le lieu de l'arrestation était distant de soixante kilomètres du commissariat. Pourtant, cette motivation du juge du fond est très contestable, alors que le juge du fond se référait à des faits antérieurs à l'arrestation et à la nécessité de mener des actes d'enquête, qui n'est en principe pas une cause admissible du report de l'information [v. *infra*, n° 276], seul le temps de transport étant une cause admissible du report, sans pour autant justifier à lui seul un retard de plusieurs heures.

¹¹⁸⁸ V. sur le caractère immédiat de l'information des droits, *supra*, n° 265 et s.

¹¹⁸⁹ Ancien art. 63-1 CPP.

¹¹⁹⁰ La Cour européenne des droits de l'Homme a rappelé que la transaction restait une des fonctions principales de la garde à vue [CEDH, 27 juin 2013, sect. V, 27 juin 2013, *Vassis et autres c. France*, req. n° 62736/09 ; *Gaz. Pal.*, 15 oct. 2013, p. 41, note F. FOURMENT ; *ibid.*, 4 juil. 2013, p. 3, obs. C. KLEITZ ; *AJP*, 2013, p. 549, obs. G. ROUSSEL ; *JCP*, 2013, n° 843, obs. L. MILANO ; *D.*, 2013, p. 1687, obs. O. BACHELET ; *RSC*, 2013, p. 656, note D. ROETS], annonçant sans doute un contrôle plus poussé de la durée de celle-ci [v. *infra*, n° 760 et s.].

¹¹⁹¹ Désormais, l'article 62-2 du même code a affiné les motifs de la garde à vue, liés à l'efficacité de l'enquête, pour « *permettre l'exécution des investigations impliquant la présence ou la participation de la personne* », sans définir véritablement précisément les actes permis. La Chambre criminelle avait d'abord estimé que la garde à vue avait « *pour objet le maintien à la disposition des enquêteurs de toute personne dont la présence ou l'audition est nécessaire à leurs investigations* » [Cass. crim., 28 janv. 1992, n° 91-86.119 : *Bull. crim.*, n° 32]. Si la Cour de cassation resserrait ultérieurement le motif de la garde à vue, en affirmant elle avait pour but « *l'audition de la personne retenue à la disposition d'un officier de police judiciaire* », ce raisonnement servait d'abord à refuser de qualifier une mesure de surveillance judiciaire en garde à vue, plutôt qu'à définir

de l'acte d'enquête à retarder la notification immédiate des droits, notamment dans le cas du suspect arrêté à domicile, qui, immédiatement placé en garde à vue, assiste à la perquisition, avant le retour au commissariat¹¹⁹². La Cour de cassation a clairement exclu que la perquisition justifie un report des droits de la personne gardée à vue¹¹⁹³, principe fermement fixé¹¹⁹⁴ et constamment maintenu depuis : ni l'ampleur des perquisitions, ni leur urgence, ou encore les conditions de leur exécution ne permettent de reporter l'information des droits¹¹⁹⁵. Même les investigations réalisées sur le lieu d'un crime en flagrance fondées sur l'article 54 du Code de procédure pénale¹¹⁹⁶ ne peuvent justifier un retard dans l'information des

précisément les actes qui peuvent être réalisés en garde à vue [Cass. crim., 11 juil. 1994, n° 94-82.220 : *Bull. crim.*, n° 273. Cette définition a été critiquée comme trop restrictive [v. A. MARON, obs. sous Cass. crim., 22 mai 2001, n° 00-87.932 : *inédit* ; *Dr. pén.*, 2001, comm. n° 122], mais elle a été confirmée, pour le même problème juridique [Cass. crim., 11 juil. 1994, n° 94-82.220 : *Bull. crim.*, n° 273 ; *D.*, 1995, p. 141, obs. J. PRADEL]. La garde à vue permet en pratique de réaliser plus largement des perquisitions, des confrontations, ou des reconnaissances [v. la liste dressée par A. MARON, obs. sous Cass. crim., 25 nov. 2003, n° 03-85.076 : *Bull. crim.*, n° 221 ; *Dr. pén.*, 2004, comm. n° 42].

¹¹⁹² En l'absence de toute contrainte, l'officier de police judiciaire n'est pas tenu de placer en garde à vue durant l'exécution d'une perquisition au domicile du suspect. – Cass. crim., 19 janv. 2000, n° 99-86.090 : *Bull. crim.*, n° 33 ; *Dr. pén.*, 2000, comm. n° 81, obs. A. MARON. – Cass. crim., 15 sept. 2004, n° 04-84.012 : *inédit* ; *Dr. pén.*, 2004, comm. n° 185, obs. A. MARON.

¹¹⁹³ Cass. crim., 10 mars 1999, n° 98-87.484 : *inédit*. L'individu était placé en garde à vue dès le début de la perquisition, l'officier judiciaire lui précisant que ses droits lui seraient notifiés ultérieurement, à la fin des opérations de perquisition et celle-ci avait eu lieu près de deux heures et quarante-cinq minutes plus tard. La Chambre criminelle jugeait que les droits dont bénéficie le suspect « devaient lui être notifiés dès le début de la perquisition, au moment où il a été effectivement placé en garde à vue ».

¹¹⁹⁴ Cass. crim., 14 déc. 1999, 2 espèces, n°s 99-82.855 et 99-84.148 : *Bull. crim.*, n°s 301 et 302. Dans la première espèce, la perquisition avait entraîné un retard dans la notification des droits de près de six heures pour un suspect et de trois heures pour un autre. Dans la seconde espèce, la perquisition de l'individu à son domicile, puis sur son lieu de travail, avait entraîné un retard dans la notification des droits de près de quatre heures trente. Dans l'une de ces espèces le juge du fond avait justifié le report des droits par les nécessités de l'enquête, qui devaient prévaloir sur la notification, dans un effort de motivation. La Cour de cassation, en réponse, adoptait une formulation de principe stricte en affirmant que les motifs du juge du fond ne caractérisent pas « l'impossibilité, pour l'officier de police judiciaire, de notifier immédiatement chacun de ses droits à la personne gardée à vue ».

¹¹⁹⁵ Cass. crim., 5 janv. 2000, 2 espèces, n°s 99-83.314 et 99-81.852 : *inédits*. Ainsi, la Cour de cassation censurait le retard de trois heures de l'information, alors que le juge du fond l'avait justifié par le caractère urgent de la perquisition et les conditions matérielles difficiles de son exécution, en raison du comportement des proches du suspect. – Cass. crim., 4 mai 2000, n° 00-80.398 : *inédit*. Le juge du fond avait justifié le retard dans l'information des droits de près de trois heures par la « nécessité de procéder immédiatement, en plusieurs lieux, à diverses perquisitions », sans éviter la cassation. – Cass. crim., 29 mars 2000, n° 00-80.189 : *inédit*. La Cour de cassation rejetait le retard de deux heures et vingt-cinq minutes, dû à une perquisition, alors que le juge du fond avait caractérisé une situation d'« urgence, pour éviter le dépérissement des preuves ». – Cass. crim., 2 mai 2002, n° 01-88.453 : *inédit*. La notification des droits intervenue une heure trente après l'arrestation du suspect, en raison de la réalisation d'une « perquisition urgente », est jugée tardive. – Cass. crim., 22 mars 2000, n° 99-87.922 : *inédit*. Le principe vaut même pour la perquisition réalisée en flagrance. – Cass. crim., 10 mai 2000, n° 00-81.201 : *Bull. crim.*, n° 182. En l'espèce, la perquisition avait entraîné un retard de près de deux heures et quarante-cinq minutes dans la notification des droits. – Cass. crim., 17 mai 2000, n° 00-80.244 : *inédit* ; *Procédures*, 2000, comm. n° 205, obs. J. BUISSON. Dans cette affaire, la notification écrite des droits avait été retardée de deux heures et vingt-cinq minutes par l'exécution d'une perquisition.

¹¹⁹⁶ L'officier de police judiciaire doit se rendre « sans délai » sur le lieu de commission afin notamment, de veiller « à la conservation des indices susceptibles de disparaître ».

droits¹¹⁹⁷. L'audition du témoin ne permet pas non plus le report de la notification, si bien que le principe s'applique pour tous les actes d'enquête¹¹⁹⁸. Seules de rares décisions ont admis que l'acte d'enquête puisse reporter l'information des droits¹¹⁹⁹, relativisant de nouveau un principe étandard des droits du suspect en garde à vue.

277. L'admission de la notification orale sur les lieux de l'arrestation, remède à l'interdiction du report de l'information par l'acte d'enquête. Afin de ne pas paralyser les enquêteurs, la Cour de cassation a admis l'efficacité de la notification orale¹²⁰⁰ des droits sur les lieux de l'arrestation¹²⁰¹, condition de la validité de la perquisition réalisée successivement à l'arrestation, sans retour au poste de police pour notification par procès-verbal¹²⁰² : l'information ressemble alors à l'avertissement américain, assure son immédiateté et permet la réalisation en urgence d'un acte d'enquête. La notification doit être

¹¹⁹⁷ Cass. crim., 5 janv. 2000, n° 99-81.852 : *inédit*. Alors que les officiers de police judiciaire menaient des investigations sur le lieu du crime, le suspect était interpellé par un témoin, puis remis aux forces de l'ordre, qui le plaçaient en garde à vue. Les policiers l'informaient que ses droits lui seraient notifiés ultérieurement et poursuivaient leurs investigations. La notification des droits était réalisée trois heures et dix minutes plus tard. La chambre d'accusation justifiait ce retard par les opérations d'investigation, qui ne pouvaient être différées. La Cour de cassation estimait toutefois que ces motifs ne caractérisent pas « l'impossibilité, par l'officier de police judiciaire, de notifier immédiatement chacun de ses droits à la personne gardée à vue ».

¹¹⁹⁸ Cass. crim., 31 mai 2007, n° 07-80.928 : *Bull. crim.*, n° 146 ; *Dr. pén.*, 2007, comm. n° 163, obs. A. MARON ; *RSC*, 2008, p. 651, obs. J. BUISSON ; *AJP*, 2007, p. 385, obs. G. ROUSSEL. En l'espèce, l'arrestation des suspects était intervenue après une course poursuite mouvementée, leur véhicule ayant renversé un policier et percuté une moto des forces de l'ordre. Au poste, l'officier de police judiciaire avait d'abord procédé à l'audition de trois policiers au sujet des circonstances de l'interpellation avant de procéder à la notification des droits, intervenue pour les deux suspects environ deux heures après leur placement en garde à vue.

¹¹⁹⁹ Cass. crim., 26 juil. 2000, n° 00-83.346 : *inédit*. La Cour de cassation estimait qu'un retard de quinze minutes entre l'arrestation du suspect à son domicile et la notification de ses droits au poste était valide. Pourtant, durant cette période, l'officier de police judiciaire avait opéré des recherches au domicile du suspect. La Cour de cassation estimait que cette notification réalisée « quelques minutes après son placement en garde à vue » était satisfaisante. Il est vrai que dans ce cas, le court report relativise l'atteinte au principe [v. *contra* CA Amiens, 7 juin 2001, n° 00/01264 : *Légifrance* : en l'espèce, la notification des droits, bien qu'en retard de seulement vingt-cinq minutes, en raison d'une perquisition, était jugée tardive]. – Cass. crim., 4 nov. 1999, n° 99-85.512 : *inédit*. La Chambre criminelle admettait un retard de trois heures dans la notification des droits, s'appuyant sur les circonstances relevées par le juge du fond, soit les particularités de l'interpellation intervenue après six heures de négociations, la nécessité de réaliser des actes d'enquête d'urgence et le temps de transport, alors que l'individu avait été transféré à près de soixante kilomètres du lieu de l'arrestation. Les nécessités de l'enquête étaient une cause du report, parmi d'autres. – Cass. crim., 3 mai 2001, n° 00-82.342 : *inédit*. La Cour de cassation admettait que le contrôle du taux d'alcoolémie, afin de prouver une conduite sous l'empire d'un état alcoolique, permette de retarder la notification des droits. Toutefois, là encore, cette situation est particulière puisque, de toute manière, la notification doit être reportée en attente du dégrisement.

¹²⁰⁰ Celle-ci se déroule en conséquence sur les lieux de l'arrestation et s'oppose à l'information donnée au commissariat, donnant lieu à réalisation d'un procès-verbal sur lequel figure les droits, que le suspect doit signer et à la possibilité de lire.

¹²⁰¹ Cass. crim., 4 mai 2000, n° 00-80.398 : *inédit*. Dans cette décision, un individu avait été informé de ses droits seulement après la perquisition. L'information était en conséquence tardive. En revanche, un autre suspect avait été informé oralement de ses droits en même temps qu'il était placé en garde à vue, avant la perquisition. L'information pour la Cour était « immédiate », pour ce dernier cas.

¹²⁰² Cass. crim., 12 juin 2013, n° 13-80.893 : à paraître au *Bulletin* ; *Gaz. Pal.*, 15 oct. 2013, p. 37, obs. F. FOURMENT.

complète¹²⁰³. La Cour de cassation établit son existence à partir de toute mention sur un procès-verbal de la procédure, soit un procès-verbal spécial¹²⁰⁴, le procès-verbal de perquisition¹²⁰⁵, ou même le procès-verbal de fin de garde à vue¹²⁰⁶, se montrant conciliante¹²⁰⁷, comme elle le fait pour la preuve d'autres garanties importantes de la garde à vue¹²⁰⁸. L'intérêt pratique de la notification orale sur les lieux de l'arrestation pourrait toutefois être relativisé par l'éventuelle consécration du droit à l'assistance d'un avocat en perquisition¹²⁰⁹.

278. La consécration de la couverture de l'information orale par l'information ultérieure par procès-verbal. Si la jurisprudence judiciaire a d'abord hésité concernant l'obligation de notifier de nouveau les droits au suspect par procès-verbal, une fois de retour au poste de police, pour couvrir l'information orale, certaines décisions semblent l'exclure¹²¹⁰, d'autres apparaissant plus nuancées¹²¹¹, elle a désormais opté pour la redondance

¹²⁰³ Le simple placement oral en garde à vue, accompagné de la mention que les droits seront mentionnés ultérieurement, ne suffit pas. Pour une perquisition, voir Cass. crim., 10 mars 1999, n° 98-87.484 : *inédit*. Pour les investigations réalisées sur le lieu d'un crime flagrant, voir Cass. crim., 5 janv. 2000, n° 99-81.852 : *inédit*.

¹²⁰⁴ Cass. crim., 29 juin 2005, n° 00-84.602 : *inédit*.

¹²⁰⁵ Cass. crim., 13 avr. 1999, n° 98-87.873 : *inédit*.

¹²⁰⁶ Cass. crim., 15 juin 1999, n° 99-82.149 : *inédit*. – Cass. crim., 9 févr. 2000, n° 99-87.659 : *Bull. crim.*, n° 64.

¹²⁰⁷ « *L'omission, dans le procès-verbal récapitulatif de garde à vue, de certaines des informations exigées par l'[ancien] article 64 dudit code* », qui ont été transmises oralement sur les lieux de l'arrestation, est une nullité soumise à grief [Cass. crim., 10 mai 2012, n° 12-81.274 : *inédit*].

¹²⁰⁸ V. par ex., pour la preuve de l'information du procureur de la République, *infra*, n° 625 et s.

¹²⁰⁹ La Chambre criminelle a, sur le fondement de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme, exclu que l'assistance d'un avocat profite au suspect subissant une perquisition, dès lors que la personne « *n'est ni privée de liberté ni entendue sur les faits qui lui sont reprochés* », ce qui, *a contrario*, pourrait éventuellement s'appliquer à la perquisition du suspect en garde à vue, notamment s'il est interrogé sur place, par exemple sur l'origine d'un objet saisi en lien avec les faits reprochés [Cass. crim., 3 avr. 2013, n° 12-88.428 : *à paraître au Bulletin ; D.*, 2013, p. 1940, note S. DETRAZ ; *AJP*, 2013, p. 420, obs. L. BELFANTI]. La perquisition ne figure pas parmi les actes d'enquêtes auxquels l'assistance de l'avocat est permise en vertu de la directive 2013/48/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013 relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et des procédures, relatives au mandat d'arrêt européen, au droit d'informer un tiers dès la privation de liberté et au droit des personnes privées de liberté de communiquer avec des tiers et avec les autorités consulaires [ADL, 27 nov. 2013, comm. K. GACHI]. Celle-ci prévoit l'assistance de l'avocat pour l'identification du suspect, les confrontations et les reconstitutions [art. 3 § c]. La réforme de la garde à vue ne semble pas de nature à condamner la notification orale réalisée sur les lieux de l'arrestation, alors que seule l'audition est gelée jusqu'à l'intervention de l'avocat [art. 63-4-2 CPP].

¹²¹⁰ Cass. crim., 16 déc. 1998, n° 98-86.166 : *inédit*. Alors que le juge du fond avait estimé que la notification orale devait être couverte ultérieurement par la notification par procès-verbal, dès que les circonstances matérielles le permettaient, avant toute audition du suspect, la Cour de cassation rejetait le pourvoi, « *dès lors qu'il est établi que les droits prévus par l'article 63-1 du Code de procédure pénale ont été immédiatement notifiés* », sans autre précision. – Cass. crim., 28 juin 2000, n° 00-81.065 : *inédit*. Le requérant se plaignait du laps de temps injustifié entre la notification orale, réalisée lors de l'interpellation, et la notification écrite, réalisée une heure trente plus tard au poste de police. La chambre d'accusation avait écarté toute nullité en estimant que le délai séparant les deux notifications était justifié par le transport du suspect au poste et l'installation du dispositif technique nécessaire à la transcription des procès-verbaux. La Cour de cassation constatait la validité de la notification orale des droits, immédiatement après le placement en garde à vue du suspect, lors de son interpellation. Elle estimait, pour le reste, les motifs du juge du fond « *erronés mais surabondants* ».

de la notification¹²¹², solution protectrice¹²¹³. Dans le même arrêt, la Cour de cassation a rajouté, au sujet de l'information orale, que « *l'intéressé a été ainsi en mesure de faire connaître immédiatement* »¹²¹⁴ les droits du *paquet* dont il souhaitait bénéficier : l'information orale conserve le même objectif que la notification par procès-verbal, assurer l'efficacité des autres droits du *paquet*, si bien que la demande du suspect à bénéficier d'un droit, même après la notification orale, doit déclencher les obligations auxquelles sont tenues les enquêteurs pour exécution du droit¹²¹⁵. Le rejet du report de l'information des droits par l'acte d'enquête est un principe dont la protection ferme n'est pas entachée par l'acceptation de l'information orale, qui permet de ménager les nécessités de l'enquête, sans neutraliser les droits du suspect. Pour l'étranger maintenu en zone d'attente, les vérifications policières permettent en revanche le report de l'information.

¹²¹¹ Cass. crim., 4 nov. 1999, n° 99-80.939 : *inédit*. Après avoir cité la motivation de la Cour d'appel, elle rejetait « *en l'état de ces énonciations* », sans apporter d'élément extrinsèque, le pourvoi qui critiquait le principe même de la notification orale, semblant faire sienne l'argumentation de la Cour d'appel, qui validait la procédure en raison de la notification par procès-verbal ultérieure, dès le retour au poste. – Cass. crim., 28 avr. 2004, n° 04-80.753 : *Bull. crim.*, n° 102. La Cour de cassation validait une procédure dans laquelle, après une notification orale effectuée sur le lieu de l'interpellation, l'officier de police judiciaire avait procédé à une notification écrite de retour au poste, puis avait opéré les premières diligences pour contacter un avocat, éléments figurant dans la motivation du juge du fond, sans qu'ils suscitent de reproches.

¹²¹² Cass. crim., 12 juin 2013, n° 13-80.893 : *à paraître au Bulletin ; Gaz. Pal.*, 15 oct. 2013, p. 37, obs. F. FOURMENT. La Cour de cassation, concernant il est vrai une notification orale sur les lieux de l'arrestation de très faible qualité, puisqu'elle résidait dans une traduction réalisée en langue étrangère par un autre suspect, a exigé une notification ultérieure par procès-verbal et par le truchement d'un interprète, au poste de la police. La Cour de cassation contrôlait que la notification ultérieure par un interprète avait été réalisée sans retard excessif [elle avait été réalisée en l'espèce entre 1 h et 1 h 50 plus tard], ce qu'elle validait en l'espèce compte-tenu de l'éloignement du lieu d'arrestation et de son heure tardive.

¹²¹³ La solution apparaît indispensable au regard de la consécration de la notification écrite des droits du suspect arrêté ou détenu [art. 4 § 1^{er} de la Directive n° 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales].

¹²¹⁴ Alors que la notification concernait un étranger, qui avait bénéficié de la traduction d'un suspect, une telle limite posée par la Cour de cassation pourrait empêcher la validation du report par un acte d'enquête de la notification des droits de l'étranger avec l'assistance d'un interprète, malgré l'information des droits transmise par un formulaire écrit en langue étrangère, dès lors que celui-ci ne permettrait pas à l'étranger de se positionner sur l'exercice de ses droits.

¹²¹⁵ Dans une jurisprudence plus ancienne, la Cour de cassation a admis que les diligences à la charge de l'officier de police judiciaire pour joindre l'avocat, alors que le suspect avait sollicité l'assistance d'un avocat dès la notification orale, débutent immédiatement après la notification par procès-verbal des droits, une fois de retour au poste [Cass. crim., 28 avr. 2004, n° 04-80.753 : *Bull. crim.*, n° 102].

b. *L'admission des vérifications policières comme cause de report de l'information des droits de l'étranger maintenu en zone d'attente*

279. La contrepartie néfaste de l'admission des arrestation et retenue factuelles dans l'attente de l'adoption du titre pérenne administratif de détention. L'histoire française de la privation de liberté reste marquée par des violations de la légalité et l'admission constante d'une garde provisoire pour vérifications policières, avant adoption du titre pérenne de privation de liberté, judiciaire ou administratif, dont la garde à vue a été une illustration¹²¹⁶. La rétention factuelle permettant la réalisation des vérifications nécessaires au prononcé des décisions administratives de refus d'entrée sur le territoire et de maintien en zone d'attente¹²¹⁷ demeure l'un des derniers exemples de cette violation de la légalité, tandis que le législateur a progressivement doté chaque titre pérenne de privation de liberté d'une garde provisoire soumise au *paquet*¹²¹⁸. L'acceptation de la garde provisoire factuelle aboutit forcément à retarder le *paquet* de droits, qui est alors légalement attaché au placement en détention décidé par l'autorité non juridictionnelle.

280. Le contrôle juridictionnel des diligences de l'autorité de police jusqu'à l'information des droits. En matière de maintien en zone d'attente, la Cour de cassation a d'abord prudemment consacré le contrôle de la durée séparant l'arrestation factuelle de la notification des droits postérieure à l'adoption du titre pérenne¹²¹⁹, à l'image des premières décisions du juge du fond opérant le contrôle¹²²⁰. La Cour de cassation a plus fermement rappelé le principe du contrôle des « diligences » réalisées par l'autorité de police, sanctionnant les juges du fond refusant de réaliser ce contrôle¹²²¹ : elle contrôle en

¹²¹⁶ V. *supra*, n° 152 et s.

¹²¹⁷ V. pour la présentation des grandes lignes du refoulement des étrangers à la frontière, autre droit instable, M. TOULLIER, « *Le refoulement des étrangers à la frontière : quoi de neuf ?* » ; *LPA*, 2005, p. 3.

¹²¹⁸ Le dernier exemple tient dans la retenue pour vérification du titre de séjour [art. 611-1-1 CESEDA].

¹²¹⁹ Cass. civ. II, 14 mars 2002, n° 00-50.081 : *Bull. civ. II*, n° 43 ; v. *infra*, note n° 1178.

¹²²⁰ CA Paris, 21 sept. 2000, n° 1015Q/00 : *Légifrance*. Il a été décidé qu'un retard de près de six heures dans la notification des droits, en matière de placement en zone d'attente, n'était pas « injustifié », compte tenu des difficultés pour mener les vérifications administratives. La motivation s'appuyait alors sur l'absence de pièce d'identité et de titre de transport de l'étrangère, ainsi que sur son anglais approximatif. – CA Paris, 4 oct. 2000, n° 1102Q/00 : *Légifrance*. La Cour d'appel de Paris justifiait également un retard de six heures dans la notification des droits, dès lors que l'étranger avait présenté des faux papiers, et que la procédure même du placement en zone d'attente suppose au préalable une décision de refus d'entrée sur le territoire, qui nécessite des investigations importantes. – CA Paris, 4 oct. 2000, n° 1107Q/00 : *Légifrance*. La Cour d'appel de Paris censurait en revanche un retard de six heures et quarante minutes. À la différence des autres hypothèses, l'étranger s'exprimait en français et possédait une pièce d'identité, en l'espèce un passeport comprenant un visa provenant du consulat français de Konacry.

¹²²¹ Cass. civ. II, 5 juil. 2001, n° 99-50.072 : *Bull. civ. II*, n° 131. – Cass. civ. II, 21 févr. 2002, n° 00-50.091 : *inédit*. – Cass. civ. II, 22 mai 2003, n° 01-50.104 : *Bull. civ. II*, n° 151. V. *infra*, note n° 1179.

conséquence la qualité de la motivation employée par le juge du fond qui estime cette durée nécessaire¹²²². La description factuelle par le juge du fond des diligences expliquant le report de la notification est de nature à justifier un délai de quatre à six heures de privation de liberté avant la décision de maintien en zone d'attente et les exemples de cassation se cantonnent à l'inexistence de la motivation¹²²³.

281. **La nécessaire extension du *paquet de droits de l'arrestation*.** La sûreté nécessite sans doute la création d'une nouvelle garde provisoire encadrée par le *paquet* de droits et le contrôle en temps réel de l'autorité judiciaire¹²²⁴, dans l'attente des décisions administratives, à l'image de la création de la retenue pour vérification du droit au séjour de l'étranger¹²²⁵.

282. **Le nécessaire accroissement du contrôle *a posteriori* de la durée de la privation de liberté de police.** Si la privation de liberté de police légale ne donne pas lieu à un contrôle de sa durée¹²²⁶, alors pourtant qu'elle ne doit pas dépasser en principe celle strictement nécessaire pour assurer la traduction de la personne devant l'autorité compétente pour adopter le titre pérenne de détention au regard des principes de nécessité et de proportionnalité¹²²⁷, la privation de liberté factuelle subit un tel contrôle, à travers le contrôle de la célérité de l'information des droits : soit le contrôle de nécessité compense le défaut de

¹²²² Cass. civ. II, 14 mars 2002, 2 espèces, n^{os} 00-50.080 et 00-50.081 : *Bull. civ. II*, n^o 43. La Cour de cassation validait les notifications des droits, opérées une heure et quart après le placement en zone d'attente dans une espèce et une heure et demie plus tard dans l'autre, en notant que « *par ces constatations et énonciations tirées des conditions spécifiques à l'affaire, le premier président a pu juger que le délai écoulé n'encourait pas de critique* » [Cass. civ. II, 14 mars 2002, 2 espèces, n^{os} 00-50.080 et 00-50.081 : *Bull. civ. II*, n^o 43]. Si la Cour de cassation rappelait le principe du contrôle des diligences, celles sur lesquelles le juge du fond s'était fondé n'apparaissent pas dans le contrôle de la cassation. – Cass. civ. II, 11 avr. 2002, n^o 00-50.112 : *inédit*. La Cour de cassation validait le retard de quatre heures et vingt minutes entre l'arrestation et l'information des droits dans un raisonnement plus strict. Elle jugeait en l'espèce satisfaisante la motivation du juge du fond, qui avait justifié le délai par « *l'affluence des demandeurs* » et l'absence de pièces authentiques permettant de déterminer le but du voyage de l'étranger, impliquant de nombreuses vérifications avant de prononcer le refus d'admission. – Cass. civ. I, 14 juin 2005, n^o 04-50.078 : *inédit*. La Cour de cassation validait un retard de près de deux heures et quarante-cinq minutes entre l'arrestation et l'information des droits, en raison de la motivation satisfaisante utilisée par le juge du fond, qui avait pris soin de relever « *les investigations précises et détaillées* » réalisées par l'autorité de police, alors que l'étranger se déclarait mineur et avait présenté des faux-papiers.

¹²²³ Cass. civ. II, 13 mai 2004, n^o 02-50.073 : *inédit*. Le juge du fond qui était sanctionné avait admis un retard de près de trois heures, en raison de la possession par l'étranger d'un faux-passeport, « *sans relever les investigations auxquelles il a été procédé* ».

¹²²⁴ Une telle garde n'existe pas non plus concernant l'arrestation de l'aliéné dangereux pour lui-même dans l'attente de la réunion des formalités permettant son placement en hospitalisation forcée à la demande d'un tiers.

¹²²⁵ Art. L. 611-1-1 CESEDA.

¹²²⁶ V. pour la solution concernant la garde à vue dans le contentieux de l'annulation, Cass. mixte, 7 juil. 2000, n^o 98-50.007 : *Bull. crim.*, n^o 257 ; *JCP*, 2000, II, n^o 10418, note O. GUÉRIN ; *Procédures*, 2001, comm. n^o 17, note J. BUISSON ; *RSC*, 2001, p. 189, obs. A. GIUDICELLI. Seul le contrôle en temps réel de l'autorité judiciaire s'applique en conséquence [v. *infra*, n^o 615 et s.].

¹²²⁷ Le droit positif tend à faire de la privation de liberté de police un temps propre aux autorités de police pour mener leur mission de protection de l'ordre public plutôt que pour assurer la présentation de l'individu au juge judiciaire [v. *infra*, n^o 724].

légalité, soit la légalité et l'encadrement par le *paquet* de droits dispensent du contrôle de nécessité. L'alternative n'assure pourtant, ni dans un cas, ni dans un autre, la sûreté, et c'est l'addition des deux garanties qu'il faut imposer pour encadrer définitivement la privation de liberté de police¹²²⁸.

283. **Le droit à l'information de la personne arrêtée : l'apport à la théorie générale.** L'intelligibilité de l'information, son accessibilité et son étendue montrent des faiblesses dans la loi et la jurisprudence, qui relativisent ce droit de la personne arrêtée, sans que le standard européen, concernant l'information des raisons de l'arrestation, n'impose de remise à niveau du droit français. Seule la célérité de l'information fait l'objet d'une protection forte, dans une jurisprudence pourtant ancienne, qui participe au dégagement de la théorie générale, pour étendre aux autres cas de privation de liberté les principes forts dégagés pour le suspect¹²²⁹, et qui rattache le droit à l'information de la personne arrêtée à la sûreté, pas seulement à la défense pénale. Même la vigueur de la célérité de l'information des droits en garde à vue s'accommode pourtant d'assouplissements commandés par l'opportunité. L'autre droit premier du *paquet* concerne le droit d'être assisté par un avocat, autre droit nécessitant une étude précise de sa nature, pour le détacher de la défense pénale et le rattacher à la sûreté.

¹²²⁸ L'évolution de la jurisprudence européenne pourrait aboutir, au moins pour le suspect, pour redonner à la privation de liberté le but de réaliser la présentation devant le juge judiciaire [v. *infra*, n° 760 et s.].

¹²²⁹ Pour comparaison avec la synthèse de la jurisprudence en la matière au début des années 2000, voir V. BÜCK, « Vers un contrôle plus étendu de la garde à vue : l'exemple du contentieux relatif à la notification immédiate des droits » ; *RSC*, 2001, p. 325, J. BUISSON, « Le placement en garde à vue » ; *RSC*, 2001, p. 671, et plus spéc. sur la notification des droits, D. KARSENTY, « L'article 63-1 du Code de procédure pénale dans la jurisprudence de la Chambre criminelle » ; *Dr. pén.*, 2000, chron. n° 21.

Section II./ LE DROIT À L'ASSISTANCE D'UN AVOCAT DE LA PERSONNE ARRÊTÉE : LA RECHERCHE DES LIMITES DES DROITS DE LA DÉFENSE CONTRE LA PRIVATION DE LIBERTÉ

284. **Le standard minimum des droits de la défense contre la privation de liberté.** L'article 5 § 4 impose un contrôle juridictionnel de la légalité de la privation de liberté à bref délai, auquel s'appliquent les droits de la défense : la disposition consacre les droits de la défense contre la privation de liberté, destinés à permettre l'efficacité de la contestation de la légalité de la privation de liberté. Le recours de l'article 5 § 4, qui reste à l'initiative de la personne privée de liberté, naît dès l'arrestation de police¹²³⁰ et aboutit à forcer le tribunal à adopter un titre de privation de liberté¹²³¹. Au-delà, l'article 5 § 3 de la Convention crée un contrôle juridictionnel « *immédiat* » de la privation de liberté du suspect dans le seul cas d'*Habeas corpus* européen, mais il est dépourvu du plein exercice des droits de la défense¹²³². Quant à l'*Habeas corpus* français dégagé sur le fondement de l'article 66 de la Constitution, l'émoussement progressif de sa célérité vient à le rapprocher du recours plus lent à bref délai¹²³³, et si la législation française lui applique souvent le plein exercice des droits de la défense, le Conseil constitutionnel ne les impose pas à ce stade, sur le fondement des principes cardinaux de l'encadrement de la privation de liberté¹²³⁴. Quant aux étapes intermédiaires qui servent à prolonger la privation de liberté de police, la législation n'impose pas toujours l'application des droits de la défense à la procédure d'adoption du titre administratif pérenne¹²³⁵ et jamais à la prolongation de la détention policière du suspect décidée par l'autorité judiciaire¹²³⁶. Dès lors, si les droits de la défense contre la privation de liberté impliquent sans doute que l'avocat ait accès à la personne privée de liberté et à son dossier suffisamment tôt avant la saisine du tribunal, ils n'impliquent pas un droit à l'assistance d'un avocat dès l'arrestation, ni même tout au long de la privation de liberté de

¹²³⁰ L'article 5 § 4 vise « *toute personne privée de sa liberté par arrestation ou détention* ». Lorsque l'arrestation résulte d'un titre juridictionnel pérenne de détention, adopté dans le respect des garanties du procès équitable, le contrôle de la légalité se trouve incorporé au titre et neutralise l'usage immédiat de l'article 5 § 4 [CEDH, plén., 18 juin 1971, *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique*, req. n^{os} 2832/66, 2835/66 et 2899/66 : *Rec. CEDH*, série A, n^o 12].

¹²³¹ V. *infra*, n^o 843.

¹²³² V. *infra*, n^o 828 et s.

¹²³³ V. *infra*, n^o 728 et s.

¹²³⁴ V. *infra*, n^o 817 et s.

¹²³⁵ V. *supra*, n^o 179 et s.

¹²³⁶ Le juge administratif dégage des solutions différentes concernant l'application des droits de la défense durant la procédure d'adoption de la décision administrative privative de liberté [v. *supra*, n^o 179].

police, ni durant les interrogatoires par les autorités de police. La consécration de l'application précoce des droits de la défense contre la privation de liberté doit être recherchée en dehors de l'article 5.

285. La recherche dans les fondements supra-légaux du droit à l'assistance d'un avocat dès l'arrestation. Les législations spéciales prévoient l'assistance d'un avocat dès l'arrestation, pour le suspect¹²³⁷ comme dans les autres cas¹²³⁸, en faisant un élément de la théorie générale par comparaison, sans appui dans le texte de l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'Homme. En revanche, la Cour européenne des droits de l'Homme a consacré le droit du suspect à l'assistance d'un avocat dès le début de la privation de liberté et au cours des interrogatoires policiers sur le fondement de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme : l'intervention de l'avocat se rattache directement à la défense pénale¹²³⁹. Une telle consécration spéciale menace encore de différencier entre les cas de privation de liberté et de consacrer un *paquet* de droits générés par l'arrestation plus vigoureux pour le suspect.

286. La recherche dans les modalités du droit à l'assistance d'un avocat au cours de la privation de liberté de police. Les modalités de l'intervention de l'avocat durant la privation de liberté de police renseignent sur sa nature, indépendamment des fondements sur lesquels ils sont reconnus. Trois modèles de l'assistance d'un avocat au cours de la privation de liberté de police peuvent être dégagés, au regard du droit de la garde à vue. Dans sa forme la plus légère, consacrée dans le droit ancien de la garde à vue, l'intervention de l'avocat se résume à des entretiens périodiques et limités, tout au cours de la privation de

¹²³⁷ Elle figure en matière de garde à vue : « dès le début de la garde à vue, la personne peut demander à être assistée par un avocat » et « si elle n'est pas en mesure d'en désigner un ou si l'avocat choisi ne peut être contacté, elle peut demander qu'il lui en soit commis un d'office par le Bâtonnier » [art. 63-3-1 CPP]. Ce modèle a été étendu par renvois à l'arrestation fondée sur une demande d'extradition [art. 696-10 CPP], à l'arrestation en exécution du mandat européen [art. 695-27 CPP], à l'arrestation pour remise à la Cour pénale internationale [art. 627-5 CPP], ou encore à la retenue aux fins de défèrement [art. 803-3 CPP].

¹²³⁸ Elle est prévue pour l'étranger en retenue pour vérification de son droit au séjour, selon un système qui se rapproche de l'assistance du suspect [art. 611-1-1 CESEDA]. Les modalités d'intervention de l'avocat diffèrent toutefois nettement concernant la rétention administrative [art. L. 551-2 CESEDA], le maintien en zone d'attente [art. L. 221-4 CESEDA] ou encore d'hospitalisation des aliénés contre leur volonté [art. L. 3211-3 3° CSP], puisqu'il appartient à la personne détenue de réaliser elle-même les diligences pour contacter un « conseil » [formulation employée pour le droit des étrangers] ou pour « prendre conseil [...] d'un avocat de son choix » [formulation employée pour le droit de l'internement]. À la différence du suspect, la loi ne fait plus référence à la désignation d'office rapide d'un avocat. La possibilité de communiquer avec un avocat n'est plus encadrée et s'exerce de manière diffuse durant la totalité de la privation de liberté, si bien qu'en l'absence de report spécialement prévu par la loi [ce que le législateur organise désormais pour la détention administrative de l'étranger], le droit doit être effectif, dès la notification des droits, au moment du placement en détention par la décision administrative.

¹²³⁹ CEDH, sect. II, 13 nov. 2009, *Dayanan c. Turquie*, req. n° 7377/03 : *AJP*, 2010, p. 27, note C. SAAS ; *D.*, 2009, p. 2897, note J.-F. RENUCCI ; *RSC*, 2010, p. 231, obs. D. ROETS ; *Gaz. Pal.*, 3 déc. 2009, note H. MATSOPOULOU ; *Dr. pénal*, 2010, n° 3, chron. V. LESCLOUS.

liberté policière. Cette forme ne saurait caractériser l'expression précoce des droits de la défense pénale, puisque l'avocat se trouve écarté de la recherche de la preuve. Elle doit être rattachée à la sûreté, à condition que l'entretien soit permis dès le début de la garde à vue : l'entretien sert alors à l'intelligibilité et à l'accessibilité de l'information de la personne arrêtée, au contrôle de l'exercice des droits du *paquet* et au soutien psychologique de la personne arrêtée. L'avocat agit comme le contrôleur privé de l'arrestation, et la périodicité de l'entretien lui permet d'assurer ce rôle tout au long de la privation de liberté de police. Pour autant, cette forme n'organise pas non plus de réelle défense contre la privation de liberté, faute de permettre une communication libre entre le suspect et son avocat. C'est un droit à l'accès à un avocat que cette forme assure, plutôt qu'un droit à l'assistance. Dans sa forme intermédiaire, consacrée par le droit nouveau de la garde à vue, l'assistance de l'avocat est autorisée lors des interrogatoires. Le droit à l'assistance d'un avocat constitue une manifestation évidente du droit de la défense pénale, appliqué dès l'arrestation, dans la perspective plus lointaine du procès, pour encadrer l'obtention de la preuve. Mais cette forme participe aussi directement de la défense contre la privation de liberté, puisqu'à plus court terme, elle encadre l'obtention des éléments qui serviront à l'autorité judiciaire compétente pour décider du maintien en privation de liberté, en *Habeas corpus* ou à bref délai. Dans ses modalités les plus fortes, l'assistance de l'avocat en garde à vue se caractérise par une « vaste gamme d'interventions »¹²⁴⁰, dépassant les seuls actes d'enquête. Elle constitue alors une manifestation forte de la défense pénale à coup sûr. Elle assure aussi une protection complète de la sûreté et la large communication entre l'avocat et le suspect favorise le rassemblement des éléments de personnalité servant à contredire le bien-fondé du maintien de la privation de liberté¹²⁴¹.

287. La recherche dans le contrôle des moyens mis en œuvre pour assurer les droits de la défense contre la privation de liberté. Le dégagement de l'application des droits de la défense contre la privation de liberté dès l'arrestation de police pose la question des moyens mis en œuvre pour en assurer l'effectivité, alors que la soumission de la personne aux autorités de police pourrait entraver leur exercice. L'efficiencia des droits du *paquet*, surtout pour l'assistance de l'avocat, impose un contrôle strict des diligences réalisées par les autorités pour assurer l'exercice de ces droits.

¹²⁴⁰ Dayanan : préc.

¹²⁴¹ V. *infra*, n° 960 et s.

288. **La recherche des limites des droits de la défense contre la privation de liberté.** La consécration d'une notion riche des droits de la défense contre la privation de liberté, applicable dès le début de la privation de liberté de police et tout au long de celle-ci, matérialisée par une large assistance de l'avocat, suppose d'identifier la nature du droit à l'assistance d'un avocat de la personne arrêtée (§1) et l'intensité du contrôle des moyens mis en œuvre pour assurer ce même droit (§2).

**§ 1./ L'IDENTIFICATION DE LA NATURE DU DROIT À L'ASSISTANCE D'UN AVOCAT
DE LA PERSONNE ARRÊTÉE**

289. **Le champ de la recherche.** Le moyen le plus évident d'identifier la nature du droit à l'assistance d'un avocat de la personne arrêtée, reconnu par la législation de manière générale¹²⁴², tient dans l'analyse des fondements supra-légaux sur lesquels il repose. Les modalités de l'intervention de l'avocat prévues par le législateur renseignent aussi directement sur cette nature¹²⁴³. L'étude de ces deux éléments permet d'établir pour la garde à vue le détachement du droit à l'assistance d'un avocat des droits de la défense contre la privation de liberté (A), alors que le droit à l'assistance d'un avocat dans les autres cas de privation de liberté de police tend à dégager un modèle vigoureux des droits de la défense contre la privation de liberté applicable dès l'arrestation (B).

A) Le droit à l'assistance d'un avocat en garde à vue¹²⁴⁴ : le détachement des droits de la défense contre la privation de liberté

290. **La transformation manquée de la nature du droit à l'assistance d'un avocat en garde à vue.** Le Conseil constitutionnel a imposé l'assistance de l'avocat au profit du suspect lors des interrogatoires policiers en garde à vue¹²⁴⁵, provoquant la consécration législative de la garantie¹²⁴⁶, tout en modifiant nécessairement la nature du droit à l'assistance d'un avocat. Malgré le changement, le droit nouveau de la garde à vue neutralise autant les droits de la défense contre la privation de liberté (2) que le droit ancien¹²⁴⁷, organisé autour d'entretiens avec l'avocat (I).

¹²⁴² V. *supra*, n° 285.

¹²⁴³ V. *supra*, n° 286.

¹²⁴⁴ V. pour un panorama de la question, J. LEROY, « Garde à vue : le droit à l'avocat » ; *Gaz. Pal.*, 30 juil. 2013, p. 19.

¹²⁴⁵ Cons. const., déc. n° 2010-14/22 QPC du 30 juil. 2010, [M. W.] : *J. O.*, 31 juil. 2010, p. 14198 ; *RTD civ.*, 2010 p. 513, obs. P. PUIG ; *RSC*, 2011, p. 139, obs. A. GIUDICELLI ; *D.*, 2010, p. 2254, obs. J. PRADEL ; *AJP*, 2010, p. 470, comm. J.-B. PERRIER ; *Constitutions*, 2010, p. 571, comm. E. DAOUD et E. MERCINIER ; *RSC*, 2011, p. 165, obs. B. DE LAMY.

¹²⁴⁶ Loi n° 2011-392 du 14 avr. 2011 relative à la garde à vue : *J. O.*, 15 avr. 2011, p. 6610 ; *JCP*, 2011, n° 542, comm. H. MATSOPOULOU ; *ibid.*, 2011, n° 665, comm. J. PRADEL ; *D.*, 2011, p. 1570, comm. G. ROUJOU DE BOUBÉE ; *ibid.*, p. 1699, comm. J. ALIX ; *Dr. pén.*, 2011, chron. n° 7, comm. V. LESCLOUS ; *Gaz. Pal.*, 8 nov. 2011, note L. BRUNEAU ; *Gaz. Pal.*, 30 juil. 2013, p. 4, comm. D. ROETS et V. TELLIER-CAYROL.

¹²⁴⁷ V. pour un point sur le droit à l'assistance d'un avocat durant la garde à vue, dans l'ancien système, A. TEISSIER, « Garde à vue et droits de la défense » ; *RPDP*, 2011, p. 30.

1) Le droit à des entretiens avec un avocat dans le droit ancien de la garde à vue : la neutralisation des droits de la défense contre la privation de liberté

291. **L'admission laborieuse en droit français de l'entretien avec un avocat sur le fondement de la défense pénale.** Contrairement à l'instruction¹²⁴⁸, le droit à l'assistance d'un avocat durant l'enquête et la garde à vue a été consacré tardivement en janvier 1993, sous la forme d'un entretien dès le début de la mesure de contrainte¹²⁴⁹. Une loi d'août 1993 a toutefois reporté l'entretien avec l'avocat à l'issue de la vingtième heure de contrainte, pour le droit commun¹²⁵⁰. Celle-ci organisait pour certaines infractions le report du premier entretien avec l'avocat à trente-six heures, et le projet prévoyait, pour les infractions terroristes ou liées aux produits stupéfiants, la mise à l'écart de tout entretien. Saisi, le Conseil constitutionnel estimait que « *le droit de la personne à s'entretenir avec un avocat au cours de la garde à vue, constitue un droit de la défense qui s'exerce durant la phase d'enquête de la procédure pénale* »¹²⁵¹, inscrivant le droit à l'entretien avec un avocat dans la défense pénale, sans pour autant donner de fondement textuel. En revanche, il censurait l'absence de l'avocat dans le régime le plus dérogatoire, sur le fondement de la rupture d'égalité¹²⁵², si bien que la mise à l'écart de l'avocat pour tout un ensemble d'infractions, de gravité et de complexité similaires, n'était pas véritablement inconstitutionnelle.

¹²⁴⁸ La loi du 8 décembre 1897 a posé le principe de l'assistance d'un avocat de l'inculpé et son rôle s'est progressivement étendu dans le cadre de l'instruction [loi du 8 déc. 1897 ayant pour objet de modifier certaines règles de l'instruction préalable en matière de crimes et de délits : *J. O.*, 10 déc. 1897, p. 6907]. La consécration de ce droit de la défense a même contribué au développement de la pratique de la garde à vue, pour contourner l'intervention de l'avocat, et celle-ci ne fut légalisée qu'à l'entrée en vigueur du nouveau Code de procédure pénale [loi n° 57-1426 du 31 déc. 1957 portant institution d'un Code de procédure pénale : *J. O.*, 8 janv. 1958], sans développement de l'assistance d'un avocat jusqu'en 1993.

¹²⁴⁹ Loi n° 93-2 du 4 janv. 1993 portant réforme de la procédure pénale : *J. O.*, 5 janv. 1993, p. 215 ; *JCP*, 1993, actu., n° 100067, note J. BOYER ; *D.*, 1993, p. 39, obs. J. PRADEL ; *RSC*, 1993, p. 238, chron. D. SALAS (spéc. sur le droit des mineurs). L'entretien avec un avocat devait alors s'appliquer dès le début de la garde à vue, sauf gardes à vue soumises à des prolongations dérogatoires, pour lesquelles l'entretien avec l'avocat était reporté après la première prolongation. Ces nouvelles dispositions devaient s'appliquer à partir du 1^{er} mars 1993, dans une forme transitoire, puis dans sa forme définitive en janvier 1994.

¹²⁵⁰ Loi n° 93-1013 du 24 août 1993 modifiant la loi n° 93-2 du 4 janv. 1993 portant réforme de la procédure pénale : *J. O.*, 25 août 1993, p. 10751 ; *Gaz. Pal.*, 1993, chron., p. 388, comm. V. TURCEY ; *JCP*, 1993, I, n° 3720, p. 490, comm. F. LE GUNEHÉC ; *D.*, 1993, p. 299, comm. J. PRADEL. Seul le régime transitoire prévu par la loi de janvier s'appliqua entre mars et août. Celui-ci se traduisait par un entretien avec l'avocat à l'issue de la vingtième heure de la garde à vue pour le droit commun et au-delà de la quarante-huitième heure, lorsque la garde à vue était soumise à des règles dérogatoires.

¹²⁵¹ Cons. const., déc. n° 93-326 DC du 11 août 1993 portant sur la loi modifiant la loi n° 93-2 du 4 janv. 1993 portant réforme du Code de procédure pénale : *J. O.*, 15 août 1993, p. 11599 ; *RFD const.*, 1993, p. 848, note TH. RENOUX ; consid. n° 12.

¹²⁵² *Ibid.*, consid. n° 15. Le Conseil constitutionnel constatait que le législateur avait maintenu l'entretien pour des infractions similaires à celles pour lesquelles il était totalement écarté, en fondant sa comparaison sur la gravité des peines et la complexité des infractions.

292. Le Conseil constitutionnel laissait pour le reste une large marge d'appréciation au législateur pour déterminer le report de l'entretien avec l'avocat dans le droit dérogatoire¹²⁵³. Si un auteur a évoqué, à la suite de cette décision, une « *promotion constitutionnelle de la fonction d'avocat* »¹²⁵⁴, les principes constitutionnels dégagés restaient incertains, sauf la reconnaissance d'un contrôle plus élevé sur le fondement de l'égalité de la loi en cas de mise à l'écart de toute intervention de l'avocat dans le droit dérogatoire de la garde à vue. L'intensité limitée de ce contrôle était confirmée par la suite¹²⁵⁵. La loi du 15 juin 2000 modifia de nouveau le droit à l'entretien avec un avocat, dans le sens d'une intervention plus large, notamment par la réintroduction de l'entretien dès le début de la garde à vue pour le droit commun¹²⁵⁶.

¹²⁵³ *Ibid.*, consid. n° 13. Le Conseil constitutionnel écartait toute critique concernant le principe d'égalité en se contentant d'affirmer que le système législatif « *ne met pas en cause le principe des droits de la défense mais seulement leurs modalités d'exercice, correspond à des différences de situations liées à la nature de ces infractions* ».

¹²⁵⁴ TH. RENOUX dans son commentaire de la décision précitée, *RFD const.*, 1993, p. 853.

¹²⁵⁵ Puisque le report de l'intervention de l'avocat était censuré en matière de stupéfiants et de terrorisme, la garde à vue dans ces domaines obéissait au régime de droit commun et l'intervention de l'avocat devait intervenir à l'issue de la vingtième heure. Le législateur adopta en conséquence une nouvelle loi spécifique à ces infractions, pour retarder l'intervention de l'avocat à la soixante-douzième heure [loi n° 94-89 du 1^{er} févr. 1994 instituant une peine incompressible et relative au nouveau Code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale : *J. O.*, 2 févr. 1994, p. 1803 ; *JCP*, 1994, actu., n° 100080, obs. F. LE GUNHEC ; *RSC*, 1994, p. 778, obs. M.-L. RASSAT ; *ibid.*, p. 356, note P. COUVROT ; *Gaz. Pal.*, 1994, doct., p. 968, obs. J. BRANDEAU]. Le Conseil constitutionnel effectuait le même examen que lors de sa décision précédente : l'entretien avec un avocat était qualifié de droit de la défense, et son report, selon les régimes dérogatoires, donnait lieu à un contrôle léger fondé sur le principe d'égalité [Cons. const., déc. n° 93-334 DC du 20 janv. 1994 relative à la loi instituant une peine incompressible et relative au nouveau Code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale : *J. O.*, 26 janv. 1994, p. 1380 ; *RFD const.*, 1994, p. 353, note TH. RENOUX ; *D.*, 1995, p. 340, obs. TH. RENOUX ; *ibid.*, p. 293, obs. É. OLIVA].

¹²⁵⁶ Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes : *J. O.*, 16 juin 2000, p. 9038 ; *RSC*, 2000, p. 753, comm. M. GUERRIN (spéc. sur les nullités) ; *ibid.*, p. 887, comm. P. PONCELA (spéc. sur l'aménagement des peines) ; *ibid.*, 2001, p. 7, comm. CH. LAZERGES ; *ibid.*, p. 25, comm. J. BUISSON (spéc. sur la garde à vue) ; *ibid.*, p. 51, comm. M. LEMONDE (spéc. sur le juge des libertés et de la détention) ; *ibid.*, p. 55, comm. B. BOULOC (spéc. sur les durées de procédure) ; *ibid.*, p. 43, comm. A. GIUDICELLI (spéc. sur le mis en examen et le témoin assisté) ; *ibid.*, p. 71, note B. ADER ; *ibid.*, p. 83, obs. H. TEMINE ; *ibid.*, p. 87, comm. M. É. CARTIER (spéc. sur la judiciarisation de l'aménagement des peines) ; *ibid.*, p. 107, comm. A. D'HAUTEVILLE (spéc. sur les droits des victimes) ; *ibid.*, p. 117, comm. D. N. COMMARET (spéc. sur l'indemnisation de la détention provisoire) ; *ibid.*, p. 123, comm. F. MASSIAS (spéc. sur le réexamen des condamnations pénales) ; *ibid.*, p. 193 et p. 619, chron. B. BOULOC (spéc. sur la détention provisoire) ; *D.*, 2000, p. 737, note S.-A. DUBERNAT (spéc. sur la présomption d'innocence) ; *D.*, 2001, p. 1039, comm. J. PRADEL ; *Dr. pén.*, 2000, chron. n° 39, comm. A. DORSNER-DOLIVET (spéc. sur la détention provisoire). Concernant le régime de droit commun, l'entretien peut avoir lieu dès le début de la garde à vue, puis à l'issue de la vingtième heure, ainsi qu'à l'issue de la douzième heure de la prolongation. Concernant le régime dérogatoire, l'entretien avec l'avocat était rapproché et permis à l'issue de la trente-sixième heure. Les dispositions applicables au régime le plus dérogatoire, c'est-à-dire les infractions en matière de terrorisme et de produits stupéfiants, étaient maintenues.

293. Les hésitations législatives aboutissaient à une nouvelle réforme du champ de l'intervention de l'avocat, cette fois dans le sens d'une restriction¹²⁵⁷, même si elle maintenait le principe de l'entretien dès le début pour le droit commun¹²⁵⁸, et le Conseil constitutionnel, une nouvelle fois saisi, maintenait son contrôle de faible intensité, malgré l'apport de quelques précisions¹²⁵⁹.

294. **Les timides fondations européennes de l'intervention de l'avocat en garde à vue sur le fondement de la défense pénale.** Quant à la Cour européenne des droits de l'Homme, elle a admis que la phase policière de la procédure pénale pouvait être soumise à l'article 6 de la Convention européenne¹²⁶⁰, et plus précisément, elle a même estimé que l'absence de l'assistance d'un avocat durant la garde à vue pouvait entraîner une violation de la disposition¹²⁶¹, dégageant dès 1993 un principe fort, dépassant le simple droit à un entretien avec l'avocat : « l'article 6 [...] exige normalement que le prévenu puisse bénéficier de l'assistance d'un avocat dès les premiers stades des interrogatoires de police »¹²⁶². La Cour prenait soin de relativiser d'emblée le principe¹²⁶³ : la possibilité octroyée par la

¹²⁵⁷ Les modifications aboutissaient à la suppression d'un entretien intermédiaire concernant le droit commun. Si le système soumis à son examen en 1993 consacrait un différentiel entre le régime de droit commun et le régime dérogatoire de seulement seize heures et si le système soumis à son examen en 1994 consacrait un différentiel entre le droit commun et le régime le plus dérogatoire de cinquante heures, le nouveau système créait un différentiel entre le droit commun et le droit le moins dérogatoire de quarante-huit heures et un différentiel de soixante-douze heures entre le droit commun et le régime le plus dérogatoire.

¹²⁵⁸ Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité : *J. O.*, 10 mars 2004, p. 4567 ; *D.*, 2004, p. 1910, comm. B. DE LAMY ; *JCP*, 2004, I, n° 132 et 134, comm. J. PRADEL ; *RSC*, 2004, p. 675, obs. B. BOULOC ; *AJP*, 2004, p. 235, note D. MIEN et J.-F. BARRE (spéc. sur les droits de la défense) ; *AJP*, 2004, p. 181, note É. VERGÈS (spéc. sur la notion de criminalité organisée) ; *AJP*, 2004, p. 261, comm. A. GIUDICELLI (spéc. sur la garde à vue) ; *AJP*, 2004, p. 228, note M. SCHWENDENER (spéc. sur les pouvoirs d'enquête) ; *D.*, 2004, p. 2589, M. GIACOPELLI (spéc. sur l'aménagement des peines) ; *JCP*, 2004, I, n° 140, note P. BONFILS (spéc. sur le droit des mineurs). Elle supprimait l'entretien intermédiaire du droit commun, celui-ci intervenant dès le début de la garde à vue, puis dès le début de la prolongation. Elle repoussait à la fin de la quarante-huitième heure l'entretien avec l'avocat dans le premier régime dérogatoire, tout en élargissant les infractions concernées. Les dispositions tenant aux infractions terroristes et celles liées aux produits stupéfiants étaient maintenues.

¹²⁵⁹ Cons. const., déc. n° 2004-492 DC du 2 mars 2004 relative à la loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité : *J. O.*, 10 mars 2004, p. 4637 ; *RSC*, 2005, p. 122, comm. V. BÜCK ; *D.*, 2004, p. 956, note M. DOBKINE ; *RSC*, 2004, p. 725, comm. CH. LAZERGES ; *JCP*, 2004, II, n° 10048, obs. J.-C. ZARKA. Plutôt que de se référer à la différence de « nature » des infractions pour justifier la différence de régime, au moins le Conseil constitutionnel se fondait-il dans cette décision sur « la gravité et la complexité des infractions », reprenant les éléments de sa seule censure [consid. n° 32], affichant une formulation plus stricte. Le Conseil constitutionnel rappelait que le nouveau dispositif, « s'il modifie les modalités d'exercice des droits de la défense, n'en met pas en cause le principe » [consid. n° 32], ce qui semblait exclure par principe que le législateur puisse, pour certaines infractions, rejeter l'entretien avec un avocat.

¹²⁶⁰ CEDH, 24 nov. 1993, *Imbrioscia c. Suisse*, req. n° 13972/88 : *Rec. CEDH*, série A, n° 275 ; *RSC*, 1994, p. 144, obs. L.-E. PETITTI.

¹²⁶¹ CEDH, gde ch., 8 févr. 1996, *John Murray c. Royaume-Uni*, req. n° 18731/91 : *Rec. CEDH*, 1996-I. V. également CEDH, sect. III, 6 juin 2000, *Magee c. Royaume-Uni*, req. n° 28135/95 : *Rec. CEDH*, 2000-VI.

¹²⁶² *John Murray*, gde ch. : *préc.* ; § 63.

¹²⁶³ *Ibid.*, § 63. La Cour admet que des restrictions à l'assistance de l'avocat en garde à vue puissent être prévues, sauf « si, à la lumière de l'ensemble de la procédure, la restriction a privé l'accusé d'un procès équitable ».

législation nationale au suspect de « *discuter du bien-fondé des dépositions et des preuves obtenues lors de sa garde à vue* »¹²⁶⁴ durant la procédure pénale suffisait à justifier l'absence d'intervention de l'avocat en garde à vue. La jurisprudence restait timide, sauf un arrêt qui semblait imposer le droit à l'assistance d'un avocat dès l'arrestation pour le mineur, sans reconnaissance nette¹²⁶⁵. Si les exigences restaient faibles, un consensus juridictionnel entre le juge européen, le juge constitutionnel et même le juge national¹²⁶⁶ faisait de l'intervention de l'avocat en garde à vue une expression de la défense pénale.

295. La véritable nature du droit à l'entretien avec un avocat : le contrôle extérieur privé du respect des droits du *paquet* généré par l'arrestation. Le droit ancien de la garde à vue n'octroyait pas, au bénéficiaire du suspect, l'assistance de l'avocat durant l'interrogatoire policier¹²⁶⁷, élément essentiel du rattachement de l'intervention de l'avocat en garde à vue à la défense pénale¹²⁶⁸. Le rôle mineur de l'entretien dans l'administration de la

En l'espèce, même dans une procédure dérogatoire visant la poursuite d'infractions terroristes, l'accès à un avocat était nécessaire, dès lors que le droit interne prévoyait que son silence durant l'interrogatoire pouvait servir à l'établissement de conclusions en sa défaveur.

¹²⁶⁴ CEDH, 22 avr. 2004, *Sarikaya c. Turquie*, req. n° 36115/97.

¹²⁶⁵ Si la Cour exige une protection renforcée pour le suspect mineur sur le fondement de l'article 6, elle a pu tenir compte de l'absence de l'assistance d'un avocat durant une très courte privation de liberté de police, qui n'avait duré qu'une heure trente, pour établir une violation de la Convention [CEDH, sect. II, 17 oct. 2006, *Okkali c. Turquie*, req. n° 52067/99 ; § 69 et s.].

¹²⁶⁶ Cass. civ. I, 24 juin 1997, n° 95-13.100 : *inédit*. – TGI Aix-en-Provence, 22 déc. 1993 ; *D.*, 1994, jur., p. 566, obs. D. VIRIOT-BARRIAL. La juridiction relève, à propos de l'absence de l'entretien avec l'avocat, que « *la violation de cette formalité substantielle porte atteinte aux intérêts de la personne qu'elle concerne et aux droits de la défense* ».

¹²⁶⁷ V. pour le droit existant avant 2011, les anciens art. 63-4 et 706-88 CPP.

¹²⁶⁸ C'est évidemment le cas de la procédure pénale américaine, la Cour suprême ayant consacré ce principe dans son célèbre arrêt *Escobedo v. Illinois* [Cour suprême des États-Unis, 1964, *Escobedo c. Illinois*, 378 US 478]. L'assistance juridique durant l'interrogatoire policier repose alors incontestablement sur les droits de la défense : « *where, as here, the investigation is no longer a general inquiry into an unsolved crime but has begun to focus on a particular suspect, the suspect [...] has been taken into police custody, the police carry out a process of interrogations that lends itself to eliciting incriminating statements, the suspect has requested and been denied an opportunity to consult with his lawyer, and the police have not effectively warned him of his absolute constitutional right to remain silent, the accused has been denied "the Assistance of Counsel" in violation of the Sixth Amendment to the Constitution as "made obligatory upon the States by the Fourteenth Amendment" [...] and that no statement elicited by the police during the interrogation may be used against him at a criminal trial* » traduit de la sorte par CH. RIVAUD, in « Le droit du prévenu au silence et son droit à être assisté par un défenseur au cours de, la phase préjudiciaire en Allemagne et aux États-Unis d'Amérique » ; A. ESER et C. ROBINSON, *RSC*, 1967, p. 567 : « *lorsque, comme ici, l'enquête n'est plus une enquête générale, faite sur un crime dont la solution n'a pas encore été trouvée, mais a convergé sur un suspect particulier, que le suspect a été incarcéré, que la police a procédé à une série d'interrogatoires qui avaient pour but d'obtenir des déclarations inculquant le suspect, que le suspect a demandé l'assistance d'un avocat et que cela lui a été refusé et que la police n'a pas averti le prévenu de son droit absolu au silence reconnu par la Constitution, on a refusé à l'accusé "l'assistance d'un conseil" en violation du sixième amendement de la Constitution [...] et aucune déclaration obtenue par la police durant l'interrogatoire ne peut être utilisée contre lui dans un procès pénal* ». Dans une décision ultérieure, *Miranda v. Arizona* [Cour suprême des États-Unis, 1966, *Miranda v. Arizona*, 384 US 436], la Cour précisait les modalités de l'intervention de l'avocat, énonçant « *virtuellement un Code de procédure réglementant l'interrogatoire effectué par la police* » [A. ESER et C. ROBINSON : *op. cit.*]. Le principe de son intervention est directement rattaché au privilège de *self incrimination*, dès lors que l'interrogatoire

preuve¹²⁶⁹ était d'ailleurs conforté par le peu d'éléments mis à la disposition de l'avocat, seulement informé de « *la nature* » de l'infraction¹²⁷⁰. L'intervention de l'avocat dans le droit ancien apparaissait plutôt « *abusivement [qualifié] d'assistance* »¹²⁷¹ et interrogeait « *sur la réelle efficacité d'une telle présence à cet instant précis de la garde à vue, du moins en ce qui concerne l'exercice des droits de la défense* »¹²⁷². À la marge, quelques éléments, comme le choix du défenseur laissé au suspect, la faculté de désignation d'office d'un avocat, ou encore la possibilité pour l'avocat de verser à la procédure des observations écrites, permettaient de mettre en évidence l'ébauche d'une défense pénale¹²⁷³, rôle forcément résiduel et *a minima*¹²⁷⁴.

296. Dès lors, l'entretien avec l'avocat dans l'ancien droit de la garde à vue servait d'abord à assurer la sûreté de la personne privée de liberté par un contrôle extérieur et privé de la détention, s'ajoutant aux droits de prévenir un tiers, ou de bénéficier d'un examen

policier est intimidant et empêche que la parole du suspect soit libre [« *the atmosphere and environment of incommunicado interrogation as it exists today is inherently intimidating and works to undermine the privilege against self-incrimination. Unless adequate preventive measures are taken to dispel the compulsion inherent in custodial surroundings, no statement obtained from the defendant can truly be the product of his free choice* »]. Si le suspect demande l'assistance de l'avocat, l'interrogatoire doit alors être suspendu jusqu'à son arrivée [« *if the individual indicates, prior to or during questioning, [...] that he wants an attorney, the questioning must cease until an attorney is present* »]. Si l'interrogatoire est mené sans la présence de l'avocat, il revient alors aux autorités de démontrer que le suspect a renoncé à son droit [« *where an interrogation is conducted without the presence of an attorney and a statement is taken, a heavy burden rests on the Government to demonstrate that the defendant knowingly and intelligently waived his right to counsel* »]. Pour assurer l'efficacité de ces différents principes, la personne arrêtée doit être informée, avant tout interrogatoire, du célèbre *warning* [« *the person in custody must, prior to interrogation, be clearly informed that he has the right to remain silent, and that anything he says will be used against him in court ; he must be clearly informed that he has the right to consult with a lawyer and to have the lawyer with him during interrogation, and that, if he is indigent, a lawyer will be appointed to represent him* »]. Certaines juridictions américaines ont même accordé ces droits, y compris l'information, au témoin libre devant le *Grand jury*, pour empêcher que son témoignage aboutisse à la preuve de sa culpabilité, les déconnectant de l'arrestation [voir M. KEBEICH, « L'assistance d'un conseil, comme moyen de la défense de l'inculpé, dans le droit français, le droit égyptien et le droit des États-Unis d'Amérique » ; *RSC*, 1985, p. 271]. Le droit anglais permet également l'assistance juridique durant l'interrogatoire policier depuis 1984 [v. la loi *Police and Criminal Evidence Act* de 1984]. Cette loi s'inspirait en partie des travaux de la *Royal Commission on Criminal Procedure* qui fondait d'abord le droit à l'assistance juridique sur les complexités juridiques du droit pénal, comme les concepts d'intention, de l'administration de la preuve, du droit au silence ou encore de la peine encourue [v. J. HODGSON et G. RICH, « L'avocat et la garde à vue : expérience anglaise et réflexions sur la situation actuelle en France » ; *RSC*, 1995, p. 319].

¹²⁶⁹ Voir J. BUISSON, « La garde à vue dans la loi du 15 juin 2000 » ; *RSC*, 2001, p. 25.

¹²⁷⁰ V. l'ancien art. 63-1 CPP.

¹²⁷¹ A. GIUDICELLI dans son commentaire des dispositions de la garde à vue dans la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 ; *AJP*, 2004, p. 261.

¹²⁷² C. VUILLEMIN-GONZALES, « La protection de la liberté pendant la phase préparatoire » ; *RPDP*, 2001, p. 101.

¹²⁷³ A. TEISSIER, *op. cit.*

¹²⁷⁴ L'avocat pouvait toujours rappeler au suspect son droit de se taire, dont la mention avait été supprimée de la notification des droits, ou lui conseiller de relire attentivement les procès-verbaux, ou encore demander éventuellement l'ajout de mentions. Voir B. DUMONTET, « L'avocat et la garde à vue : aspects pratiques et critiques » ; *AJP*, 2004, p. 275.

médical¹²⁷⁵. Il permettait de rompre l'isolement du gardé à vue¹²⁷⁶ et d'assurer un rôle « *d'assistance psychologique* »¹²⁷⁷. Il participait aussi du contrôle du respect des droits de la personne privée de liberté¹²⁷⁸. Il assurait enfin l'intelligibilité et l'accessibilité de l'information reçue par la personne arrêtée¹²⁷⁹. La jurisprudence elle-même a semblé lui attribuer ce rôle, dès lors qu'elle s'est parfois directement fondée sur l'absence du versement d'observations écrites de l'avocat à la procédure, pour en déduire le respect des règles procédurales organisant l'intervention de l'avocat¹²⁸⁰.

297. La protection de la sûreté, motif de sanctuarisation du premier entretien avec l'avocat dès le début de la privation de liberté de police. Dès lors que l'entretien limité avec un avocat apparaît inapte à assurer une défense pénale précoce, le report du premier entretien avec un avocat pour certaines infractions graves constitue surtout une atteinte disproportionnée à la sûreté, par rapport au gain obtenu quant à la protection de l'ordre public. Le rattachement de l'entretien au contrôle extérieur et privé de la privation de liberté de police doit aboutir à toujours rejeter son recul, y compris dans le droit dérogatoire¹²⁸¹. Même rattaché à la sûreté, l'accès de l'avocat en garde à vue, cantonné à de

¹²⁷⁵ À ce titre, il n'est pas neutre de constater que la réforme de janvier 1993, qui a admis la présence de l'avocat en garde à vue, succédait à la condamnation de la France pour traitement inhumain et dégradant, pour des faits de violences policières commis en garde à vue [CEDH, 27 août 1992, *Tomasi c. France*, req. n° 12850/87 : *Rec. CEDH*, série A, n° 241-A : *RSC*, 1993, p. 33, note F. SUDRE ; *ibid.*, p. 142, obs. L.-E. PETTITI ; *D.*, 1993, p. 383, obs. J.-F. RENUCCI]. La réforme précitée du 15 juin 2000, qui intensifia l'intervention de l'avocat en garde à vue, intervenait après la condamnation de la France pour tortures à raison de violences policières réalisées en garde à vue [CEDH, gde ch., 28 juil. 1999, *Selmouni c. France*, req. n° 25803/94 : *Rec. CEDH*, 1999-V ; *RTD civ.*, 1999, p. 911, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *RSC*, 1999, p. 891, comm. F. MASSIAS].

¹²⁷⁶ Voir B. DUMONTET : *op. cit.*

¹²⁷⁷ Rapport de la Commission de réflexion sur la justice, présidée par P. TRUCHE, 1997, *La Documentation française*, p. 58.

¹²⁷⁸ B. DUMONTET : *op. cit.*

¹²⁷⁹ A. TEISSIER : *op. cit.* Plus largement, l'entretien avec l'avocat permettait aussi de répondre à toute interrogation du suspect, y compris sur le régime de la détention subie.

¹²⁸⁰ Cass. crim., 12 mars 1997, n° 96-83.554 : *Bull. crim.*, n° 100. – Cass. crim., 16 sept. 2003, n° 03-82.918 : *Bull. crim.*, n° 160. L'espèce concernait la connaissance par l'avocat de la nature de l'infraction suspectée, déduite de son absence de jonction d'observations écrites. – Cass. crim., 13 sept. 2005, n° 05-83.027 : *inédit*. Allant plus loin encore, concernant le droit à demander un entretien avec un avocat, la Cour a estimé que « *la circonstance qu'à l'issue de l'entretien avec les personnes gardées à vue, leur avocat n'ait formulé aucune observation implique qu'il a été satisfait aux prescriptions du Code de procédure pénale relative à l'exercice de ce droit* ». En l'espèce, l'entretien avec l'avocat était intervenu près de quatre heures après l'interpellation des suspects, sans que les diligences de l'officier de police judiciaire pour joindre l'avocat n'apparaissent dans l'ensemble de la procédure.

¹²⁸¹ Si le Conseil constitutionnel a récemment reconnu le principe pour le droit commun [v. *infra*, n° 307], il avait refusé de réétudier le droit dérogatoire lors de son contrôle *a priori* de la garde à vue, validant la possibilité de reporter l'entretien à l'avocat, déjà admise par les décisions passées, sans véritable contrôle [déc. n° 2010-14/22 QPC du 30 juil. 2010 : *préc.* ; consid. n° 12 et s.]. Dans des décisions plus anciennes, la Cour de cassation, comme elle l'avait déjà jugé pour le droit dérogatoire s'appliquant aux infractions menaçant la sûreté de l'État [Cass. crim., 3 juil. 1980, n° 79-94.641 : *Bull. crim.*, n° 213 ; *Gaz. Pal.*, 1981, chron., p. 222, comm. G. JUNOSZA-ZDROJEWSKI], a décidé que les reports de l'entretien avec l'avocat en matière de criminalité organisée étaient conformes à la Convention européenne [Cass. crim., 20 mars 2007, n° 06-89.555 : *inédit*].

simples entretiens limités, ne constitue pas une expression précoce des droits de la défense contre la privation de liberté, que le nouveau droit de la garde à vue n'a pas proclamée non plus.

2) L'assistance de l'avocat durant les interrogatoires dans le droit nouveau de la garde à vue : le maintien de la neutralisation de la défense contre la privation de liberté

298. **Seulement la recherche de la nature du droit.** L'étendue de l'accès à un avocat en garde à vue a donné lieu à de nombreuses évolutions, largement commentées, principalement sous l'angle de la défense pénale¹²⁸². Seule l'analyse de la nature du droit à l'assistance par l'avocat du suspect durant les interrogatoires policiers nous intéresse, afin de déterminer si celui-ci peut être rattaché à la sûreté et servir à la caractérisation précoce des droits de la défense contre la privation de liberté. Le droit supra-légal (a) et la retranscription de ces solutions (b) rattachent cette extension à la seule défense pénale.

a. Le rattachement supra-légal de l'assistance de l'avocat à la défense pénale

299. **La déconnexion du droit à l'assistance d'un avocat en garde à vue des droits de la défense contre la privation de liberté dans la jurisprudence européenne : la mise à l'écart de la « digression »¹²⁸³ de l'arrêt *Dayanan*.** L'arrêt *Salduz*¹²⁸⁴ a consacré nettement le droit du suspect à l'assistance d'un avocat, lors des interrogatoires, pendant la privation de liberté de police, sur le fondement de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme. La Grande chambre était restée prudente en ménageant des exceptions – le droit s'applique « *en règle générale* » – et en limitant l'extension aux interrogatoires – ainsi reconnaissait-elle seulement le principe de « *l'accès à un avocat [...] consenti dès le premier*

¹²⁸² V. par ex., pour le résumé des différents épisodes, V. LESCLOUS, chron. « un an de droit de la garde à vue » ; *Dr. pén.*, 2011, n° 7.

¹²⁸³ F. FOURMENT, dans son comm. sur CEDH, sect. II, 28 août 2012, *Simons c. Belgique*, req. n° 71407/10, *déc. : D.*, 2012, p. 2644.

¹²⁸⁴ CEDH, gde ch., 27 nov. 2008, *Salduz c. Turquie*, req. n° 36391/02 : *Rec. CEDH*, 2008 ; *D.*, 2009, p. 2897, note J.-F. RENUCCI ; *AJDA*, 2009, p. 852, chron. J.-F. FLAUSS ; *JCP*, 2009, I, n° 104, chron. F. SUDRE ; *Dr. pénal*, 2009, n° 4, chron. E. DREYER.

interrogatoire d'un suspect par la police »¹²⁸⁵. L'ampleur de l'intervention de l'avocat semblait fixée ultérieurement par l'arrêt *Dayanan*¹²⁸⁶, toujours sur le même fondement, mais sous une forme dépassant la seule assistance durant les interrogatoires : « *un accusé doit, dès qu'il est privé de liberté, pouvoir bénéficier de l'assistance d'un avocat et cela indépendamment des interrogatoires qu'il subit* »¹²⁸⁷. La Cour reconnaissait dans cette décision le bénéfice pour le suspect de « *toute la vaste gamme d'interventions qui sont propres au conseil* », incorporant « *la discussion de l'affaire, l'organisation de la défense, la recherche des preuves favorables à l'accusé, la préparation des interrogatoires, le soutien de l'accusé en détresse et le contrôle des conditions de détention* »¹²⁸⁸. Une telle formulation déborde expressément de la défense pénale pour fonder aussi l'application des droits de la défense contre la privation de liberté, dès l'arrestation. Les décisions ultérieures, dont certaines issues d'autres sections, retenaient l'assistance large proclamée par l'arrêt *Dayanan*¹²⁸⁹.

300. Néanmoins, la jurisprudence la plus récente de la Cour européenne des droits de l'Homme paraît revenir à une vision plus stricte de l'étendue du droit à l'assistance d'un avocat en garde à vue, concentrée sur sa seule participation aux interrogatoires, sans droit de communication en dehors, notamment au cours d'un entretien, au début de la

¹²⁸⁵ *Ibid.*, § 55. Les principes issus de l'arrêt restaient toutefois relatifs, la Cour insistant sur la minorité du suspect pour justifier sa décision [§ 60], et recherchait *in concreto* l'atteinte au procès équitable, établie dès lors que la condamnation ultérieure s'était appuyée principalement sur les déclarations tenues en garde à vue et dont le suspect n'avait pu contester la recevabilité avant le jugement [§ 57].

¹²⁸⁶ CEDH, sect. II, 13 nov. 2009, *Dayanan c. Turquie*, req. n° 7377/03 : *AJP*, 2010, p. 27, note C. SAAS ; *D.*, 2009, p. 2897, note J.-F. RENUCCI ; *RSC*, 2010, p. 231, obs. D. ROETS ; *Gaz. Pal.*, 3 déc. 2009, note H. MATSOPOULOU ; *Dr. pénal*, 2010, n° 3, chron. V. LESCLOUS.

¹²⁸⁷ *Ibid.*, § 32. La force de l'arrêt ressortait aussi de la confirmation de l'arrêt *Salduz* en dehors du cas du mineur. De la même manière, la Cour ne recherchait plus concrètement l'atteinte au procès équitable et tirait la violation de la Convention du simple défaut législatif entraînant une mise à l'écart « *systématique* » du droit à l'assistance de l'avocat en garde à vue, posant une règle abstraite [§ 33].

¹²⁸⁸ *Ibid.*, § 32.

¹²⁸⁹ CEDH, sect. IV, 2 mars 2010, *Adamkiewicz c. Pologne*, req. n° 54729/00 : *RSC*, 2011, p. 687, note D. ROETS ; *D.*, 2010, p. 1324, comm. P. BONFILS ; § 84. – CEDH, sect. II, 29 juin 2010, *Karadag c. Turquie*, req. n° 12976/05 : *JCP*, 2010, doct. n° 859, chron. F. SUDRE ; *Dr. pénal*, 2011, n° 9, chron. V. LESCLOUS ; § 47. La Cour sanctionnait le défaut d'assistance durant une reconstitution, sur les lieux d'un assassinat, réalisé pendant la garde à vue, alors que l'avocat avait participé aux autres actes d'enquêtes. – CEDH, sect. V, 14 oct. 2010, *Brusco c. France*, req. n° 1466/07 ; *Dr. pén.*, 2010, ét. n° 29, comm. C. MAURO ; *D.*, 2010, p. 2950, obs. J.-F. RENUCCI ; *ibid.*, p. 2696, entretien Y. MAYAUD ; *ibid.*, p. 2783, chron. J. PRADEL ; *ibid.*, p. 2850, point de vue D. GUÉRIN ; *RSC*, 2011, p. 211, obs. D. ROETS ; *JCP*, 2010, n° 1064, obs. F. SUDRE ; *Gaz. Pal.*, 19 oct. 2010, p. 18, note M. BOUGAIN ; *Procédures*, 2010, comm. n° 419, note A.-S. CHAVENT-LECLÈRE ; § 45. La Cour indiquait que « *la personne placée en garde à vue a le droit d'être assistée d'un avocat dès le début de cette mesure ainsi que pendant les interrogatoires, et ce a fortiori lorsqu'elle n'a pas été informée par les autorités de son droit de se taire* ». – CEDH, sect. V, 21 déc. 2010, *Hovanesian c. Bulgarie*, req. n° 31814/03 ; § 34.

privation de liberté. Ainsi la Cour se réfère-t-elle plutôt à l'arrêt *Salduz*¹²⁹⁰, y compris la Deuxième section qui avait rendu l'arrêt *Dayanan*¹²⁹¹. Le droit à l'entretien avec un avocat au début de la garde à vue n'apparaît exigé qu'en cas de défaut de notification du droit de se taire¹²⁹². D'ailleurs, l'intervention tardive de l'avocat en garde à vue n'entraîne pas en soi une violation de la Convention, sauf si le suspect a fait pendant cette absence des déclarations incriminantes¹²⁹³. La Cour semble bien limiter l'assistance de l'avocat à l'interrogatoire policier, au poste de police¹²⁹⁴, reliant le droit à la prévention de l'intimidation du suspect, même psychologique, cause non acceptable de la rupture du droit au silence¹²⁹⁵. Le seul apport certain de l'arrêt *Dayanan* réside dans la sanction automatique du droit national, qui écarte, par principe, toute assistance de l'avocat en garde à vue, même pour un type d'infraction grave, cette exclusion n'étant possible qu'à la suite d'un examen concret de l'espèce par les autorités nationales¹²⁹⁶. L'étendue certaine de l'assistance de l'avocat en garde à vue tirée de l'arrêt *Salduz*, qui ne reconnaît même pas l'entretien avec l'avocat au début de la mesure¹²⁹⁷, n'est pas de nature à consacrer les droits de la défense contre la privation de la liberté dès la garde à vue et se rattache bien à la seule défense pénale, dans l'attente éventuelle de la consécration de la digression de l'arrêt *Danayan*.

¹²⁹⁰ CEDH, sect. V, 23 juin 2011, *Zdravko Petrov c. Bulgarie*, req. n° 20024/04, en angl. ; § 47. La décision relativisait d'emblée le principe de l'assistance à l'avocat dès le début de la garde à vue, indépendamment des interrogatoires policiers, au regard de l'ensemble des garanties reconnues tout au long de la procédure pénale. – CEDH, sect. I, *Huseyn et autres c. Azerbaïdjan*, 26 juil. 2011, req. n°s 35485/05, 35680/05, 36085/05 et autres, en angl. ; § 171 et s.

¹²⁹¹ CEDH, sect. II, 17 janv. 2012, *Fidanci c. Turquie*, n° 17730/07, en angl., § 38 : D., 2012, p. 361, obs. O. BACHELET. Le problème juridique portait toutefois sur l'absence législative de consécration de l'intervention de l'avocat en garde à vue, plutôt que sur l'étendue de l'assistance.

¹²⁹² CEDH, sect. I, 24 oct. 2013, *Navone et autres c. Monaco*, req. n°s 62880/11, 62892/11 et 62899/11 ; § 77 : « la Cour rappelle que la personne placée en garde à vue doit bénéficier du droit à l'assistance d'un avocat dès le début de cette mesure, ainsi que pendant les interrogatoires, et ce a fortiori, comme cela vient d'être rappelé, lorsqu'elle n'a pas été informée par les autorités de son droit de se taire ». – *Brusco* : préc. ; § 45.

¹²⁹³ CEDH, sect. III, 24 juil. 2012, *Stanca c. Roumanie*, req. n° 34116/04 ; § 62. L'intervention retardée de trois à cinq jours après l'arrestation, semble permettre de retenir la violation de la Convention, sans rechercher l'existence de déclarations incriminantes [*Huseyn* : préc.]. L'absence de notification du droit de se taire semble permettre aussi de retenir une violation de la Convention du seul fait de l'intervention tardive de l'avocat, même en l'absence de déclaration incriminante [*Brusco* : préc.]. En l'espèce, le suspect avait toutefois tenu des déclarations incriminantes avant son entretien avec un avocat, même s'il ne s'agissait pas d'aveu direct [§ 14].

¹²⁹⁴ CEDH, sect. I, 18 févr. 2010, *Aleksandr Zaichenko c. Russie*, req. n° 39660/02, en angl. Ainsi, l'interrogatoire du suspect, sur les lieux d'un contrôle routier, alors qu'il était soupçonné de voler du carburant à son employeur, en présence de deux témoins, bien qu'il s'était retrouvé, selon les termes de la Cour, privé de liberté pour ne pas pouvoir quitter les lieux librement [*ibid.*, § 48], ne nécessite pas l'assistance de l'avocat, parce que sa liberté d'action n'est pas suffisamment atteinte [*ibid.*, § 49 : « the circumstances of the case [...] disclose no significant curtailment of the applicant's freedom of action, which could be sufficient for activating a requirement for legal assistance already at this stage of the proceedings »].

¹²⁹⁵ CEDH, sect. I, 14 nov. 2013, *Blokhin c. Russie*, req. n° 47152/06, en angl. ; § 167.

¹²⁹⁶ V. *contra*, *Fidanci* : préc. ; § 38.

¹²⁹⁷ V. *supra*, n° 296 et s.

301. La déconnexion du droit à l'assistance d'un avocat en garde à vue des droits de la défense contre la privation de liberté dans la jurisprudence constitutionnelle.

À la suite des décisions *Dayanan* et *Salduz*, le Conseil constitutionnel reprenait à son compte le principe de l'assistance de l'avocat durant les interrogatoires de garde à vue pour le droit commun, dans une censure *a posteriori* de la garde à vue française, et dans une décision qui revendiquait sans doute une forte valeur symbolique¹²⁹⁸. La sanction du défaut d'assistance de l'avocat pendant les interrogatoires de garde à vue était rendue au motif « *qu'une telle restriction aux droits de la défense est imposée de façon générale, sans considération des circonstances particulières susceptibles de la justifier* »¹²⁹⁹, le fondement du « *respect des droits de la défense, qui découle de l'article 16 de la Déclaration de 1789* » étant rappelé dans l'énoncé des principes applicables¹³⁰⁰, celui-ci imposant « *une assistance effective* » du suspect en garde à vue.

302. En consacrant une étendue au droit à l'assistance d'un avocat proche de celle de l'arrêt *Salduz*, plutôt que celle consacrée par l'arrêt *Dayanan*, au surplus sans constitutionnalisation de l'entretien avec un avocat dès le début de la garde à vue, les principes directeurs encadrant la privation de liberté apparaissaient étrangers à la solution. De manière plus générale, la protection de la liberté individuelle se trouvait en retrait dans cette décision¹³⁰¹, d'autant plus que le Conseil constitutionnel validait le système du contrôle juridictionnel en temps réel de la garde à vue, alors pourtant que le raisonnement, au terme duquel elle justifiait son réexamen des dispositions de la garde à vue de droit commun, démontrait justement son échec.

303. Pour autant, la formulation choisie par le Conseil constitutionnel soulève une certaine ambiguïté. Les deux défauts du régime de droit commun de la garde à vue – le défaut d'assistance effective par un avocat, et la délimitation trop large du champ de la

¹²⁹⁸ Cons. const., déc. n° 2010-14/22 QPC du 30 juil. 2010, [M. W.] : *J. O.*, 31 juil. 2010, p. 14198 ; *RTD civ.*, 2010 p. 513, obs. P. PUIG ; *RSC*, 2011, p. 139, obs. A. GIUDICELLI ; *D.*, 2010, p. 2254, obs. J. PRADEL ; *AJP*, 2010, p. 470, comm. J.-B. PERRIER ; *Constitutions*, 2010, p. 571, comm. E. DAOUD et E. MERCIER ; *RSC*, 2011, p. 165, obs. B. DE LAMY.

¹²⁹⁹ *Ibid.*, cons. n° 28. Le Conseil constitutionnel ajoutait dans son raisonnement « *qu'au demeurant, la personne gardée à vue ne reçoit pas la notification de son droit de garder le silence* ».

¹³⁰⁰ L'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen figure bien dans l'énoncé des principes applicables et si le Conseil constitutionnel, dans sa conclusion, évoque une violation des articles 9 et 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, chacun des fondements semble s'appliquer distributivement aux deux causes de violation de la Constitution constatées par la décision : le premier principe à la sanction du champ trop étendu de la garde à vue [v. *infra*, n° 382 et s.], le second à la sanction du défaut d'effectivité de l'assistance juridique.

¹³⁰¹ Si le Conseil constitutionnel critiquait aussi la trop large étendue de la garde à vue, cet apport était finalement marginalisé, tant par sa jurisprudence ultérieure, que par la réforme réalisée par le législateur [v. *infra*, n° 383 et s.].

privation de liberté – sont sanctionnés dans un raisonnement groupé, sans distribution spécifiques des fondements juridiques utilisés pour chaque défaut¹³⁰². Littéralement, la formulation de la décision peut être interprétée comme fondant chacune des deux critiques sur la combinaison des deux mêmes fondements et par conséquent, comme reliant l'assistance de l'avocat durant les interrogatoires à la protection de la liberté individuelle. Dans ce sens, l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen visé par le Conseil constitutionnel, s'il est bien utilisé dans sa jurisprudence comme le pendant de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme¹³⁰³, n'est pas littéralement spécifique à la procédure pénale. La décision elle-même ne relie d'ailleurs jamais l'assistance effective en garde à vue à la matière pénale, la référence à celle-ci servant uniquement à déterminer l'étendue de l'exception¹³⁰⁴. Dans le même sens, la référence au droit de se taire, principe spécial à la procédure pénale, se situe dans le raisonnement du Conseil constitutionnel comme un élément secondaire confortant la censure, plutôt que comme un élément prédominant du constat du défaut de défense effective¹³⁰⁵. Au surplus, cette interprétation n'est pas totalement contredite par la censure de la retenue douanière fondée sur les mêmes défauts et soumise au même raisonnement groupé plutôt que distributif¹³⁰⁶. Ces différents éléments, qui s'appuient sur les imprécisions rédactionnelles de la décision, ne sauraient suffire à relier la protection de la liberté individuelle au développement de l'intervention de l'avocat en garde à vue.

¹³⁰² Le Conseil constitutionnel utilise trois principes dans son contrôle. Si l'article 66 de la Constitution est utilisé de manière isolée pour valider le contrôle de l'autorité judiciaire de la garde à vue, sans évolution de jurisprudence [cons. n° 26], en revanche la critique de l'étendue de la garde à vue [cons. n° 27] et celle de l'assistance effective par un avocat [cons. n° 28] aboutissent à une censure, dans une conclusion commune, fondée sur les articles 9 et 16 de la déclaration des droits de l'Homme, sans distribution plus précise des principes [cons. n° 29]. L'usage de l'article 9 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen ajoute à la confusion puisque dans les principes applicables, outre le rappel de cette disposition, le Conseil constitutionnel a aussi dégagé l'obligation pour le législateur de délimiter strictement la mesure de contrainte sur une combinaison spéciale des articles 34 et 66 de la Constitution.

¹³⁰³ V. par ex., pour l'utilisation du fondement pour justifier de l'indépendance juridictionnelle en général, Cons. const., déc. n° 2006-545 DC du 28 déc. 2006 portant sur la loi pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social : *J. O.*, 31 déc. 2006, p. 20320 ; consid. n° 3

¹³⁰⁴ Ainsi, le Conseil constitutionnel semble admettre la mise à l'écart entière de l'avocat des interrogatoires de police, à condition que cette restriction ne soit pas imposée « *de façon générale, sans considération des circonstances particulières susceptibles de la justifier, pour rassembler ou conserver les preuves ou assurer la protection des personnes* ».

¹³⁰⁵ Le défaut de la notification du droit de se taire est introduit par « *au demeurant* », si bien que la décision ne semble même pas constitutionnaliser l'obligation de notifier au suspect, dès le début de la garde à vue, ce droit.

¹³⁰⁶ Cons. const., déc. n° 2010-32 QPC du 22 sept. 2010, [M. Samir M. et autres] : *J. O.*, 23 sept. 2010, p. 17291 ; *RSC*, 2011, p. 139, obs. A. GIUDICELLI ; *RSC*, 2011, p. 165, obs. B. DE LAMY. Le Conseil constitutionnel relie toutefois dans cette décision plus directement l'assistance effective à la participation aux interrogatoires : ainsi sanctionne-t-il le régime juridique qui « *ne permet pas à la personne retenue contre sa volonté de bénéficier de l'assistance effective d'un avocat pendant la phase d'interrogatoire* » [consid. n° 7], consacrant plus clairement l'étendue de l'arrêt *Salduz*, plutôt que celle de l'arrêt *Dayanan*.

304. **La définition limitée de la fonction de l'assistance de l'avocat en garde à vue, déconnectée du contrôle judiciaire de la privation de liberté.** Le Conseil constitutionnel¹³⁰⁷, saisi directement de la réforme de la garde à vue prévoyant une assistance limitée de l'avocat durant les interrogatoires de garde à vue¹³⁰⁸, a validé les nouvelles dispositions, en limitant l'étendue du principe contradictoire durant la phase de l'enquête. Il a établi que l'assistance de l'avocat en garde à vue n'a pas pour fonction de discuter de « *la légalité des actes d'enquête ou du bien-fondé des éléments de preuve* », ces éléments ayant « *vocation, le cas échéant, à être discutés devant les juridictions d'instruction ou de jugement* », ni de « *permettre la discussion du bien-fondé de la mesure de garde à vue* »¹³⁰⁹, sans justifier sa solution pour cette dernière hypothèse par l'existence d'une possibilité de contestation ultérieure, comme si celle-ci n'était pas exigée par les principes constitutionnels.

305. Par cette dernière précision, le Conseil constitutionnel a validé le rejet judiciaire de tout contrôle *a posteriori* de la nécessité de la décision de placement en garde à vue et de la proportionnalité de la décision de prolongation, dans le contentieux de l'annulation¹³¹⁰, comme dans le contentieux de la critique de la détention provisoire¹³¹¹, confirmant que seule l'autorité judiciaire chargée du contrôle en temps réel de la garde à vue dispose du contrôle du bien-fondé de la garde à vue¹³¹². Par la même précision, le Conseil constitutionnel a aussi validé le rejet du contradictoire lors de la prolongation de garde à vue. La même décision a semblé réserver l'appréciation de « *la légalité des actes d'enquête* » au seul contentieux de l'annulation, validant la jurisprudence judiciaire constante, qui refuse au

¹³⁰⁷ Cons. const., déc. n° 2011-191/194/195/196/197 QPC du 18 nov. 2011, [Mme A.] : *J. O.*, 19 nov. 2011, p. 19480 ; *D.*, 2011, p. 3034, comm. H. MATSOPOULOU ; *Dr. pén.*, 2012, ét. n° 4, comm. J. LEROY ; *JCP*, 2011, n° 452, note J. PRADEL ; *Gaz. Pal.*, 22 nov. 2011, comm. O. BACHELET ; *Gaz. Pal.*, 7 juil. 2011, p. 12, comm. G. STRAEHLI ; *Gaz. Pal.*, 3 mai 2011, p. 12, obs. D. MARAIS ; *LPA*, 4 juin 2012, p. 8, chron. V. TELLIER-CAYROL.

¹³⁰⁸ Loi n° 2011-392 du 14 avr. 2011 relative à la garde à vue : *préc.*

¹³⁰⁹ Déc. n° 2011-191/194/195/196/197 QPC du 18 nov. 2011 : *préc.* ; consid. n° 28.

¹³¹⁰ Cass. mixte, 7 juil. 2000, n° 98-50.007 : *Bull. crim.*, n° 257 ; *JCP*, 2000, II, n° 10418, note O. GUÉRIN ; *Procédures*, 2001, comm. n° 17, note J. BUISSON ; *RSC*, 2001, p. 189, obs. A. GIUDICELLI : « *les personnes à l'encontre desquelles il existe des indices faisant présumer qu'elles ont commis ou tenté de commettre une infraction peuvent être gardées à vue pendant une durée n'excédant pas vingt-quatre heures* ». – Cass. crim., 4 janv. 2005, n° 04-84.876 : *Bull. crim.*, n° 3 ; *Dr. pén.*, 2005, comm. n° 49, obs. A. MARON ; *AJP*, 2005, p. 409, note M. HERZOG-EVANS ; *ibid.*, p. 160, obs. J. LEBLOIS-HAPPE : « *alors que la décision de placer en garde à vue une personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction relève d'une faculté que l'officier de police judiciaire tient de la loi et qu'il exerce, dans les conditions qu'elle définit, sous le seul contrôle du procureur de la République ou, le cas échéant, du juge d'instruction* ».

¹³¹¹ V. sur la limitation du contentieux de la contestation de la détention provisoire à la seule matière de la détention provisoire, *infra*, note n° 1313.

¹³¹² V. *infra*, n° 632 et s.

juge de la détention provisoire de tenir compte des vices procéduraux frappant la garde à vue¹³¹³, même si l'affirmation est moins nette.

306. La contestation du maintien en privation de liberté, notamment devant le juge des libertés et de la détention éventuellement saisi pour prononcer la détention provisoire, était écartée des fonctions attribuées à l'assistance de l'avocat en garde à vue. Plus gravement, le Conseil constitutionnel, en accord avec le juge judiciaire, semble rejeter pour le suspect la pleine consécration du chaînage entre la privation de liberté de police et sa prolongation dans sa forme judiciaire, l'irrégularité de la privation de liberté de police ne pouvant remettre en cause la privation de liberté judiciaire ultérieure, sauf à obtenir l'annulation¹³¹⁴, position d'autant plus décevante que le Conseil constitutionnel utilise l'approche globale pour apprécier la célérité de l'*Habeas corpus*¹³¹⁵.

307. La consécration constitutionnelle de la fonction du contrôleur extérieur privé de la privation de liberté de police du suspect sur les droits de la défense pénale.

Dans la même décision, le Conseil constitutionnel a consacré implicitement à deux titres le droit à un entretien avec un avocat dès le début de la privation de liberté pour la garde à vue de droit commun, d'abord en l'incluant dans sa description de ce qui apparaît comme le standard constitutionnel minimum de l'assistance d'un avocat en garde à vue¹³¹⁶, ensuite pour en faire une des conditions de la validité du report de l'assistance de l'avocat durant les interrogatoires policiers¹³¹⁷, sans pour autant évoquer la périodicité de l'entretien, ni lier le premier au début de la garde à vue. Finalement, seul le rôle de contrôleur extérieur et privé de la garde à vue de l'avocat, en lien avec la sûreté, apparaît reconnu au niveau supra-légal, sur le fondement erroné des droits de la défense pénale toutefois, ce qui interdit de l'étendre en dehors du cas du suspect.

¹³¹³ V. *infra*, note n° 3837.

¹³¹⁴ L'effet de l'annulation de la garde à vue sur la suite de la procédure est également appréciée très restrictivement [v. *infra*, n° 922 et s.].

¹³¹⁵ V. *infra*, n° 743.

¹³¹⁶ Déc. n° 2011-191/194/195/196/197 QPC du 18 nov. 2011 : *préc.* ; consid. n° 30 : « en prévoyant que la personne gardée à vue peut s'entretenir avec son avocat pendant trente minutes, qu'elle peut demander que l'avocat assiste à ses auditions et confrontations et que la première audition de la personne gardée à vue ne peut avoir lieu moins de deux heures après que l'avocat a été avisé, [les dispositions législatives] instituent des garanties de nature à assurer que la personne gardée à vue bénéficie de l'assistance effective d'un avocat ». Le Conseil constitutionnel validait aussi les exceptions permettant de se dispenser du délai d'attente, alors que celui-ci est autorisé par le magistrat du parquet dans le cadre de l'enquête.

¹³¹⁷ *Ibid.*, consid. n° 31. Le Conseil constitutionnel valide les modalités du report de l'assistance par l'avocat lors des interrogatoires policiers pour la garde à vue de droit commun, en précisant « que ces dispositions n'ont pas pour effet de permettre le report de l'entretien de trente minutes de l'avocat avec la personne gardée à vue ».

308. **La reconnaissance résiduelle de la défense contre la privation de liberté dans la directive du 22 mai 2012**¹³¹⁸. Si la directive vise d'abord à renforcer les droits de la défense pénale¹³¹⁹, l'étendue de l'information du suspect et de son accès au dossier y est modulée selon que la personne est privée de liberté ou non, modulation liée à l'objectif d'assurer l'efficacité de la contestation de la légalité de l'arrestation ou de la privation de liberté¹³²⁰. Si la Directive n'apporte pas plus d'enrichissement à la défense contre la privation de liberté, sauf l'étendue de l'information de la personne arrêtée, au moins reconnaît-elle son existence dès ce stade, même si elle reste résiduelle. Les principes supra-légaux ont été intégrés dans le droit national sans dépassement de ce standard minimum du droit à l'assistance de l'avocat, toujours par rattachement aux droits de la défense pénale.

b. La retranscription des solutions supra-légales par rattachement à la défense pénale

309. **La déconnexion du droit à l'assistance d'un avocat en garde à vue des droits de la défense contre la privation de liberté dans la réforme de la garde à vue.** Le principal apport de la réforme législative de la garde à vue¹³²¹, induite par les jurisprudences européennes et constitutionnelles, réside dans l'admission de l'avocat, commis d'office ou choisi, durant les interrogatoires de garde à vue¹³²², la loi établissant un modèle se rapprochant de celui consacré par l'arrêt *Salduz*, plutôt que celui consacré par l'arrêt *Dayanan*, son dépassement résidant surtout par la conservation du système des entretiens limités et périodiques avec l'avocat, notamment dès le placement, pour la garde à vue de droit

¹³¹⁸ Directive n° 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales.

¹³¹⁹ Les droits qui y sont reconnus s'y appliquent « dès le moment où des personnes sont informées par les autorités compétentes d'un État membre qu'elles sont soupçonnées d'avoir commis une infraction pénale ou qu'elles sont poursuivies à ce titre, et jusqu'au terme de la procédure » [art. 2]. La directive prévoit notamment la notification au suspect de ses droits, tout en laissant une grande marge d'appréciation aux États, séparant ceux liés à la défense pénale [art. 3 § 1], de ceux rattachés à la sûreté déclenchés par l'arrestation [art. 4 § 2].

¹³²⁰ Le suspect arrêté ou détenu, à n'importe quel stade de la procédure, bénéficie de l'accès aux « documents relatifs à l'affaire en question détenus par les autorités compétentes qui sont essentiels pour contester de manière effective conformément au droit national la légalité de l'arrestation ou de la détention » [art. 7 § 1^{er} de la Directive]. La notification des droits concerne également « des informations de base sur toute possibilité, prévue par le droit national, de contester la légalité de l'arrestation; d'obtenir un réexamen de la détention; ou de demander une mise en liberté provisoire » [art. 4 § 3 de la Directive].

¹³²¹ Loi n° 2011-392 du 14 avr. 2011 relative à la garde à vue : *préc.*

¹³²² Art. 63-4-2 CPP. La législation a prévu le report de la première audition du suspect pendant deux heures, lorsque le suspect a demandé à bénéficier de l'assistance d'un avocat, pour permettre son arrivée avant le début des interrogatoires, ce qui constitue un progrès par rapport aux solutions jurisprudentielles plus anciennes [v. *infra*, note n° 1395], même si des exceptions au principe sont admises.

commun, sans extension des possibilités de communication entre l'avocat et le suspect¹³²³. Si le droit dérogatoire a été modifié dans le sens d'une meilleure protection de l'entretien avec l'avocat, désormais possible, sauf décision contraire, dès le début de la garde à vue et non plus écarté systématiquement¹³²⁴, le dispositif de l'entretien avec l'avocat apparaît lié et finalement gouverné par celui de l'assistance aux interrogatoires policiers, dont il apparaît comme le préalable nécessaire, plutôt qu'une expression de la protection de la sûreté, découplée de la défense pénale. L'accès au dossier est toujours refusé à l'avocat¹³²⁵. L'avocat ne tient toujours aucun rôle dans les décisions de prolongation de la garde à vue prises par l'autorité judiciaire¹³²⁶ et plus généralement dans toutes les décisions de l'autorité judiciaire en lien avec le maintien de la privation de liberté au cours de la privation de liberté de police¹³²⁷. À la marge, la loi nouvelle rappelle que le premier entretien avec un avocat sert aussi à la sûreté et au contrôle du respect du *paquet* de droits généré par l'arrestation, puisqu'elle autorise l'avocat à consulter le procès-verbal de notification des droits et le certificat médical de compatibilité¹³²⁸. Enfin, la loi a entendu régler les effets de la violation du droit à l'assistance

¹³²³ Deux entretiens sont toujours consentis selon les mêmes modalités et la même durée : trente minutes pour le premier, dès l'arrivée de l'avocat au poste, puis trente minutes pour le second, au début de l'éventuelle prolongation [voir le nouvel et l'ancien article 63-4 CPP].

¹³²⁴ Dans l'ancien droit, la poursuite de certaines infractions entraînait systématiquement le report du premier entretien avec l'avocat à l'issue du délai de quarante-huit heures, et le système le plus sévère permettait même le report systématique du premier entretien à l'issue du délai de soixante-douze heures [voir l'anc. art. 63-4 CPP]. Désormais, si les mêmes infractions peuvent toujours reporter le premier entretien aux termes des mêmes délais, le report doit être apprécié « *en considération de raisons impérieuses tenant aux circonstances particulières de l'enquête ou de l'instruction, soit pour permettre le recueil ou la conservation des preuves, soit pour prévenir une atteinte aux personnes* » [art. 706-88 CPP]. L'appréciation du report de l'intervention appartient au procureur jusqu'à la fin de la vingt-quatrième heure, puis au-delà au juge d'instruction, en cas de garde à vue sur commission rogatoire, ou au juge des libertés et de la détention, en cas de garde à vue décidée dans le cadre de l'enquête. Si le recours à une décision du juge judiciaire est évidemment protectrice, la loi n'a pas non plus adopté le système le plus protecteur en confiant toujours cette décision au juge des libertés et de la détention, magistrat indépendant organiquement, qui présente au surplus une parfaite neutralité par rapport à la conduite des investigations [v. *infra*, n° 678 et s.].

¹³²⁵ Il a le droit d'accéder au certificat médical de compatibilité, au procès-verbal de placement, au procès-verbal de notification des droits et aux procès-verbaux des éventuelles auditions réalisées avant son arrivée [art. 63-4-1 CPP].

¹³²⁶ En cas de présentation du suspect à l'autorité judiciaire en vue de la prolongation de la garde à vue, l'interrogatoire du suspect par le magistrat sur les faits et même le recueil de ses déclarations spontanées supposent en tout cas la présence de son avocat, sur le fondement de la défense pénale et son absence entraîne l'annulation du procès-verbal de retranscription des déclarations, sans effet sur la prolongation [Cass. crim., 5 févr. 2013, n° 12-86.614 : *inédit* ; *Dr. pén.*, 2013, chron. n° 8, obs. V. LESCLOUS].

¹³²⁷ La seule exception réside dans la présence de l'avocat du suspect lors du défèrement réalisé devant le magistrat du parquet, après la garde à vue, lorsque l'enquête a été réalisée dans le cadre dérogatoire de la procédure contre la criminalité organisée [art. 706-106 CPP ; l'assistance de l'avocat dépend alors bien de l'usage des moyens dérogatoires, l'application du délai légal de droit commun de garde à vue, malgré la qualification retenue, neutralisant la garantie : v. Cass. crim., 3 nov. 2011, n° 10-87.502 : *Bull. crim.*, n° 226 : *AJP*, 2012, p. 99, obs. J. LASSERRE-CAPDEVILLE]. L'intervention de l'avocat apparaît alors justifiée par la défense pénale, alors qu'une procédure de jugement dérogatoire et rapide pourrait être utilisée, malgré l'usage des pouvoirs d'enquête dérogatoires, qui laisse présager d'une affaire complexe incompatible avec celle-ci.

¹³²⁸ Art. 63-4-1 CPP.

d'un avocat lors des interrogatoires sur la condamnation ultérieure¹³²⁹, sans modifier l'état du droit, rejetant toute influence de l'irrégularité de la garde à vue sur le contentieux de la détention provisoire¹³³⁰.

310. La déconnexion du droit à l'assistance d'un avocat en garde à vue des droits de la défense contre la privation de liberté dans la jurisprudence judiciaire. L'assistance de l'avocat en garde à vue, en plus des développements européens et constitutionnels, a donné lieu rapidement à une jurisprudence riche du juge judiciaire¹³³¹. La Cour de cassation a reconnu le 15 avril 2011 l'effectivité du droit de bénéficier de l'assistance d'un avocat durant les interrogatoires de garde à vue, même pour les procédures antérieures à l'entrée en vigueur de la réforme¹³³², en fondant cette solution sur l'article 6 de la Convention européenne et même, de manière plus novatrice, en visant les arrêts *Salduz* et *Dayanan*. À cette occasion, la Cour de cassation s'est approprié la formulation de l'arrêt *Salduz* plutôt que celle de l'arrêt *Dayanan* pour définir l'étendue de l'assistance de l'avocat, ne laissant aucun doute sur le rattachement de la garantie à la défense pénale.

¹³²⁹ Art. préliminaire CPP : « en matière criminelle et correctionnelle, aucune condamnation ne peut être prononcée contre une personne sur le seul fondement de déclarations qu'elle a faites sans avoir pu s'entretenir avec un avocat et être assistée par lui ». La disposition n'a pas que vocation à demeurer symbolique, puisque la nullité de la garde à vue pour défaut d'assistance de l'avocat reste soumise aux purges de la procédure pénale [Cass. crim., 27 sept. 2011, n° 11-81.458 : *Bull. crim.*, n° 186 ; *Gaz. Pal.*, 20 déc. 2011, p. 5, obs. O. BACHELET. – Cass. crim., 6 déc. 2011, n° 11-80.326 : *Bull. crim.*, n° 247 ; *Gaz. Pal.*, 24 janv. 2012, p. 7, comm. O. BACHELET ; *RSC*, 2012, p. 185, obs. J. DANET].

¹³³⁰ V. *infra*, note n° 1313.

¹³³¹ J. PRADEL, « Vers une métamorphose de la garde à vue : après la "décision pilote" du Conseil constitutionnel du 30 juil. 2010 et les arrêts de la Chambre criminelle du 19 oct. 2010 » ; *D.*, 2010, p. 2783.

¹³³² Cass., ass. plén., 15 avr. 2011, 4 espèces, n°s 10-17.049, 10-30.242, 10-30.313 et 10-30.316 : *Bull. crim.*, ass. plén., n°s 1 à 4 ; *RTD civ.*, 2011, p. 725, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *AJP*, 2011, p. 311, obs. C. MAURO ; *Constitutions*, 2011, p. 326, obs. A. LEVADE ; *RSC*, 2011, p. 410, obs. A. GIUDICELLI. À chaque fois, la Cour de cassation a posé le principe du refus de prolonger la rétention administrative de l'étranger qui n'avait pu bénéficier de l'assistance d'un avocat lors des interrogatoires de sa garde à vue qui précédait immédiatement la rétention. Ces décisions avaient toutefois nécessairement une portée relative, au regard de la durée limitée de la rétention. La Chambre criminelle, tout en notant le défaut du droit français sur le fondement de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme, avait d'abord exclu de sanctionner la garde à vue « conduite dans le respect des dispositions législatives en vigueur lors de sa mise en œuvre », solution érigée pour ne pas porter « atteinte au principe de sécurité juridique et à la bonne administration de la justice » [Cass. crim., 19 oct. 2010, n° 10-82.306 : *Bull. crim.*, n° 163 ; *Dr. pén.*, 2010, ét. n° 10, avis M. ROBERT ; *ibid.*, ét. n° 11, obs. A. MARON ; *ibid.*, ét. n° 12, obs. V. GEORGET]. La Chambre criminelle a adopté finalement la solution de l'Assemblée plénière, sanctionnant par la nullité, sauf en cas de purge [Cass. crim., 6 déc. 2011, n° 11-80.326 : *Bull. crim.*, n° 247 ; *Gaz. Pal.*, 24 janv. 2012, p. 7, comm. O. BACHELET ; *RSC*, 2012, p. 185, obs. J. DANET], la violation du principe, dégagé de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme, selon lequel « toute personne placée en garde à vue [ou en retenue douanière] doit, dès le début de cette mesure, être informée de son droit de se taire et sauf exceptions justifiées par des raisons impérieuses tenant aux circonstances particulières de l'espèce, pouvoir bénéficier, en l'absence de renonciation non équivoque, de l'assistance d'un avocat » [Cass. crim., 31 mai 2011, 4 arrêts, n°s 10-88.809, 10-80.034, 10-88.293 et 11-81.412 : *Bull. crim.*, n°s 113 à 116 ; *RSC*, 2011, p. 412, A. GIUDICELLI ; *D.*, 2011, p. 2084, obs. H. MATSOPOULOU]. V. sur ce point B. BOULOC, « Le sort des gardes à vue effectuées avant l'entrée en vigueur de la loi du 14 avril 2011 » ; *AJP*, 2012, p. 222.

311. **L'éclairage du droit de la privation de liberté : le nécessaire renforcement de l'intervention de l'avocat en garde à vue.** Si la réforme législative et les différentes solutions jurisprudentielles concernant l'étendue de l'assistance par l'avocat en garde à vue, sous l'angle de la défense pénale, ont été largement commentées, souvent défavorablement¹³³³, il convient de rajouter aux critiques que la protection de la liberté individuelle a été mise à l'écart des différentes solutions. Si le droit français se trouve au milieu du gué quant au dégagement d'une véritable assistance de l'avocat en garde à vue sur le fondement de la défense pénale, l'évolution ne fait que profiter par ricochet à la défense contre la privation de liberté, sans en être une des justifications de l'évolution. La consécration d'une nouvelle extension de l'intervention de l'avocat en garde à vue, conforme à la formulation de l'arrêt *Dayanan*¹³³⁴, ne doit pas s'appuyer sur le seul argument du développement de la défense pénale, dans une optique plus lointaine, mais aussi sur la consécration d'une véritable défense contre la privation de liberté, dans l'optique plus rapprochée de l'éventuelle prolongation de la privation de liberté dans sa forme judiciaire.

312. **La privatisation du contrôle de la garde à vue.** Un auteur avait déjà critiqué l'accroissement du rôle de l'avocat dans la garde à vue, dénonçant un « *transfert [à celui-ci] de certaines missions (de service public de la Justice) notamment dévolues expressément au parquet* »¹³³⁵. En réalité, la superposition de contrôles de natures différentes n'apparaît pas par principe de nature à altérer le contrôle de la privation de liberté. Néanmoins, en maintenant sa jurisprudence sur le contrôle en temps réel de l'autorité judiciaire de la garde à vue, alors que le recours excessif à la mesure, argument principal utilisé par le Conseil constitutionnel pour justifier de son réexamen de la législation, montrait son échec, l'admission du recours à l'avocat durant les interrogatoires policiers apparaît d'abord comme un moyen susceptible de remettre en cause les pratiques et de limiter le nombre de gardes à vues : l'avancée marque bien une privatisation du contrôle de la garde à vue, qui a empêché la refondation du contrôle judiciaire de la privation de liberté de police. L'extension de l'assistance de l'avocat en garde à vue, étrangère aux droits de la défense contre la privation de liberté dans les principes supra-légaux, n'est toutefois pas suffisante

¹³³³ V. par ex. pour la réfutation de la consécration par la loi nouvelle d'une véritable défense pénale, L.-F. LIÉNARD, « L'avocat et la garde à vue : le malaise » ; *Gaz. Pal.*, 20 mars 2012, p. 14. L'auteur relie la présence de l'avocat lors des interrogatoires en garde à vue à la prévention de la violence morale qui peut être appliquée durant ceux-ci.

¹³³⁴ Celle-ci comprendrait alors sûrement une liberté de communication entre l'avocat et le suspect plus importante, un accès au dossier pénal dès l'arrestation ou encore un véritable entretien avec l'avocat dès le début de la mesure sans possibilité de report.

¹³³⁵ B. DUMONTET, « L'avocat et la garde à vue : aspects pratiques et critiques » ; *AJP*, 2004, p. 275.

pour assurer ce rôle. Le modèle des droits de la défense contre la privation de liberté doit être recherché dans les autres privations de liberté de police.

B) Le droit à l'assistance d'un avocat dans les autres cas de privation de liberté de police : le dégagement d'un modèle vigoureux des droits de la défense contre la privation de liberté applicable dès l'arrestation

313. **Le standard minimum des droits de la défense contre la privation de liberté.** L'article 5 § 4 de la Convention européenne des droits de l'Homme impose un contrôle juridictionnel complet de la privation de liberté¹³³⁶, entouré par les garanties du procès équitable¹³³⁷ et généré par l'arrestation, sauf lorsque le contrôle juridictionnel, incorporé au titre pérenne de privation de liberté, précède l'arrestation de la personne qui a comparu libre devant le tribunal¹³³⁸. Les droits de la défense s'appliquent à ce recours, et l'avocat doit nécessairement avoir un accès aux éléments principaux du dossier en amont, pour assurer leur effectivité¹³³⁹. La caractérisation d'une défense contre la privation de liberté effective suppose le dépassement de ce standard et l'organisation, dès le début de la privation de liberté de police, d'une assistance complète de l'avocat au profit de la personne arrêtée¹³⁴⁰. Si la consécration supra-légale de l'assistance de l'avocat comporte des éléments à rattacher à la manifestation précoce des droits de la défense contre la privation de liberté, cette consécration s'est réalisée uniquement sur le fondement des droits de la défense pénale¹³⁴¹. Au-delà du standard minimum imposé par l'article 5 § 4, le droit de la personne arrêtée à l'assistance d'un avocat dès le début de la privation de liberté de police, en dehors du cas du suspect, ne bénéficie pas d'une protection supra-légale (1). Le droit de la personne arrêtée à l'assistance d'un avocat dans la législation nationale tend à consacrer un modèle vigoureux des droits de la défense contre la privation de liberté, dès le début de la privation de liberté de police (2).

¹³³⁶ V. *infra*, n° 842 et s.

¹³³⁷ V. *infra*, n° 836 et s.

¹³³⁸ CEDH, plén., 18 juin 1971, *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique*, req. n°s 2832/66, 2835/66 et 2899/66 : *Rec. CEDH*, série A, n° 12.

¹³³⁹ V. *supra*, n° 284.

¹³⁴⁰ Même si elle concerne l'assistance de l'avocat en garde à vue, sur le fondement de la défense pénale, celle-ci pourrait être trouvée dans la digression de l'arrêt *Dayanan* [préc. ; § 32] : l'assistance doit comprendre « toute la vaste gamme d'interventions qui sont propres au conseil », incorporant « la discussion de l'affaire, l'organisation de la défense, la recherche des preuves favorables à l'accusé, la préparation des interrogatoires, le soutien de l'accusé en détresse et le contrôle des conditions de détention ».

¹³⁴¹ V. *supra*, n° 290 et s.

1) Le défaut de protection supra-légale du droit de la personne arrêtée à l'assistance d'un avocat dès le début de la privation de liberté

314. **Le défaut de consécration du droit de la personne arrêtée à l'assistance de l'avocat, dès le début de la privation de liberté, sur le fondement de l'article 5 § 4.** Le texte de l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'Homme est muet concernant l'intervention de l'avocat durant la privation de liberté de police. La jurisprudence s'est orientée vers le développement de ce droit sur le fondement de l'article 5 § 4, en considérant que le droit à l'assistance d'un avocat, dès le début de la privation de liberté pouvait être nécessaire à l'efficacité du recours de l'article 5 § 4, la violation de la disposition nécessitant de démontrer concrètement l'atteinte¹³⁴². Si la perspective lointaine du procès pénal, auquel s'impose le cadre du procès équitable, suppose une application précoce des droits de la défense pénale dès le début de la procédure pénale, c'est même *a fortiori* que la perspective proche du procès de la privation de liberté, auquel s'impose le cadre du procès équitable¹³⁴³, devrait supposer une application précoce des droits de la défense contre la privation de liberté, dès le début de la privation de liberté de police. Cette jurisprudence n'a cependant pas prospéré.

315. **Le défaut de consécration du droit de la personne arrêtée à l'assistance de l'avocat, dès le début de la privation de liberté, sur le fondement de l'article 5 § 1^{er}.** Saisie plus directement de la question « *de savoir si la Convention implique un "principe général" selon lequel toute personne privée de liberté doit avoir la possibilité d'être assistée d'un avocat dès le début de sa détention* »¹³⁴⁴, la Cour l'excluait, en se

¹³⁴² CEDH, sect. III, 3 mai 2007, *Soysal c. Turquie*, req. n° 50091/99. En l'espèce, le droit national prévoyait la possibilité de contester la légalité de la garde à vue et sa prolongation devant le juge. La Cour constatait que l'individu « *n'avait pas la formation juridique nécessaire pour formuler convenablement un recours* » [§ 80]. Elle remarquait également que les avocats du gardé à vue ne pouvaient entreprendre efficacement l'action, sans entrevue préalable avec le suspect, puisqu'ils n'avaient pas connaissance des faits qui lui étaient reprochés. En conséquence, l'utilité du recours était entamée et il y avait violation de la Convention du fait de l'absence d'intervention de l'avocat durant la garde à vue. Cette timide consécration n'était pas sans rappeler l'état de la jurisprudence européenne sur l'assistance de l'avocat en garde à vue au visa de l'article 6 de la Convention jusqu'à l'arrêt *Salduz* [v. *supra*, n° 294].

¹³⁴³ Sur le fondement de l'article 5 § 4 [v. *infra*, n° 836 et s.].

¹³⁴⁴ CEDH, sect. II, 28 août 2012, *Simons c. Belgique*, req. n° 71407/10, *déc.* : D., 2012, p. 2644, comm. F. FOURMENT ; *JCP*, 2012, n° 1221, note K. BLAY-GRABARCZYK ; § 29. La Cour rappelait que sa jurisprudence sur l'assistance d'un avocat en garde à vue était développée sur le fondement de l'article 6 et tentait de résumer les principes directeurs guidant le développement de sa jurisprudence sur le fondement de l'article 5 § 1^{er} [§ 32 : « *la Cour rappelle au surplus que les principes généraux impliqués par la Convention auxquelles renvoie la jurisprudence relative à l'article 5 § 1 sont le principe de la prééminence du droit [...] et, lié au précédent, celui de la sécurité juridique [...], le principe de proportionnalité [...] et le principe de protection contre l'arbitraire* »], pour exclure l'intégration de l'assistance de l'avocat dans l'article 5, sans raisonnement plus abouti.

contentant de faire un état des lieux de la place de l'avocat dans sa jurisprudence¹³⁴⁵, dans un examen plutôt partial¹³⁴⁶, clôturant tout débat prospectif sur ce point et refermant la parenthèse ouverte par l'arrêt de chambre *Medvedyev*¹³⁴⁷.

316. La consécration partielle et ambiguë du Conseil constitutionnel du droit de la personne arrêtée à l'assistance de l'avocat. Concernant la rétention administrative des étrangers, le Conseil constitutionnel a semblé déduire des droits de la défense, sans autre précision, l'accès à un avocat dès l'arrestation¹³⁴⁸, dans une décision à la portée ambiguë, empêchant toute généralisation¹³⁴⁹.

317. La nécessaire distinction entre les droits de la défense pénale et les droits de la défense contre la privation de liberté. Un consensus fait de la privation de liberté une condition impérative du déclenchement de l'assistance de l'avocat pendant les interrogatoires policiers du suspect¹³⁵⁰. Le Conseil constitutionnel a même directement

¹³⁴⁵ Ainsi, la Cour rappelait que l'assistance de l'avocat en garde à vue ressortait d'abord du droit au procès équitable. Elle excluait aussi que l'assistance de l'avocat soit un principe général à toute la Convention, susceptible de s'imposer dans le silence du texte. Enfin, elle constatait qu'en l'état de sa jurisprudence sur l'article 5, l'assistance d'un avocat n'avait jamais été reconnue comme intégrant la disposition [§ 32 : « *la Cour rappelle au surplus que les principes généraux impliqués par la Convention auxquelles renvoie la jurisprudence relative à l'article 5 § 1 sont le principe de la prééminence du droit [...] et, lié au précédent, celui de la sécurité juridique [...], le principe de proportionnalité [...] et le principe de protection contre l'arbitraire* »].

¹³⁴⁶ La Cour oubliait ainsi l'arrêt *Soyal*, par lequel elle avait sanctionné le défaut de l'assistance en garde à vue du suspect, sur le fondement de l'article 5 § 4, et l'arrêt de Chambre *Medvedyev* [CEDH, sect. V, 10 juil. 2008, *Medvedyev et autres c. France*, req. n° 3394/03 ; D., 2008, p. 3055, note P. HENNIION-JACQUET ; *AJP*, 2008, p. 469, obs. C. SAAS], dans lequel elle avait entamé, sur le fondement de l'article 5 § 1^{er}, la consécration du *paquet* de droits généré par l'arrestation. Elle refermait aussi opportunément que l'objectif la lutte contre l'arbitraire puisse servir à consacrer l'assistance de l'avocat, principe pourtant général à la Convention et utilisé classiquement au sein de l'article 5 § 1^{er} pour combler les insuffisances textuelles de la disposition [v. *supra*, n° 71 et s.].

¹³⁴⁷ V. *supra*, n° 185.

¹³⁴⁸ Ainsi, le Conseil constitutionnel posait deux réserves d'interprétation pour conclure que la loi ne violait pas les droits de la défense [Cons. const., déc. n° 2003-484 DC du 20 nov. 2003 portant sur la loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité : *J. O.*, 27 nov. 2003, p. 20154 : *Gaz. Pal.*, 2005, doct., p. 685, comm. J. BOYER ; consid. n° 51 ; *LPA*, 20 janv. (partie I) et 21 janv. (partie II) 2004, p. 10, comm. J.-É. SCHOETTL]. Concernant l'information des droits de l'étranger, décalée par la loi « *aux meilleurs délais* », le Conseil constitutionnel rappelait que « *si elle ne peut être immédiate pour des raisons objectives, [elle] doit s'effectuer dans le plus bref délai possible* » [*ibid.*, § 51]. Concernant la possibilité de retarder l'intervention de l'avocat en cas de force majeure inscrite dans la loi, le Conseil constitutionnel rappelait que celle-ci ne pouvait concerner que son accueil au lieu de détention, la possibilité pour l'étranger de communiquer à distance avec lui ne pouvant être reporté [*ibid.*, § 52].

¹³⁴⁹ V. *supra*, n° 185.

¹³⁵⁰ Ainsi, le Conseil constitutionnel, évoquant la carence pour « *la personne ainsi interrogée, alors qu'elle est retenue contre sa volonté, de bénéficier de l'assistance effective d'un avocat* », relie l'application de la garantie à la privation de liberté [déc. n° 2010-14/22 QPC : *préc.* ; consid. n° 28.]. Quant à l'arrêt *Salduz*, la Cour justifiait aussi sa décision sur le risque de mauvais traitement policier et reliait l'assistance de l'avocat à la sûreté [*préc.* : § 53]. L'arrêt *Dayanan* établissait plus directement le lien, en proclamant qu'« *un accusé doit, dès qu'il est privé de liberté, pouvoir bénéficier de l'assistance d'un avocat et cela indépendamment des interrogatoires qu'il subit* » [*préc.* : § 32]. La Chambre criminelle a, sur le fondement de l'article 6, exclu que l'assistance d'un avocat profite au suspect subissant une perquisition dès lors que la personne « *n'est ni privée de liberté ni entendue sur*

rappelé que l'audition libre du suspect n'était pas soumise à l'exercice complet des droits de la défense du fait de l'absence de privation de liberté¹³⁵¹. Seule la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme semble dessiner une distinction entre l'application des droits de la défense pénale durant l'enquête et privation de liberté, dans une espèce très particulière cependant¹³⁵². Pour autant, la seule privation de liberté durant la privation de liberté de police, sans acte d'enquête, ne suffit pas non plus à déclencher les droits de la défense¹³⁵³. C'est la contrainte physique, indépendamment de toute contrainte morale, qui déclenche la protection de l'assistance d'un avocat, car les juridictions estiment que la pression à laquelle est soumis le suspect dans cette situation génère un risque trop élevé d'auto-incrimination. À défaut d'une telle contrainte physique, le Conseil constitutionnel ne reconnaît qu'une protection très allégée, l'apparition des soupçons au cours de l'audition devant entraîner l'information de la personne « *de la nature et de la date de l'infraction qu'on la soupçonne d'avoir commise et de son droit de quitter à tout moment les locaux de police ou de gendarmerie* »¹³⁵⁴.

318. Si une telle distinction entame à la fois la défense pénale et la défense contre la privation de liberté, il n'est pas non plus opportun d'exiger le placement en garde à vue de tout suspect, pour lui faire profiter du *paquet* de droits, notamment de l'assistance par l'avocat lors des interrogatoires, puisqu'une telle solution reviendrait à sacrifier le principe de

les faits qui lui sont reprochés » [Cass. crim., 3 avr. 2013, n° 12-88.428 : à paraître au *Bulletin* ; *D.*, 2013, p. 1940, note S. DETRAZ ; *AJP*, 2013, p. 420, obs. L. BELFANTI].

¹³⁵¹ Déc. n° 2011-191/194/195/196/197 QPC du 18 nov. 2011 : *préc.* ; consid. n° 19 : « *si 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, cette exigence constitutionnelle n'impose pas une telle assistance dès lors que la personne soupçonnée ne fait l'objet d'aucune mesure de contrainte et consent à être entendue librement* ».

¹³⁵² CEDH, sect. V, 27 oct. 2011, *Stojkovic c. France et Belgique*, req. n° 25303/08 : *RTDE*, 2012, p. 369, comm. E. PALVADEAU ; *RSC*, 2012, p. 241, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *AJP*, 2012, p. 93, note J.-R. DEMARCHI ; § 49 et s. En l'espèce, la Cour concluait à l'application des droits de la défense, bien que le requérant « *ne faisait l'objet d'aucune mesure restrictive ou privative de liberté au titre de la procédure en cause* ». La solution doit être relativisée, car le requérant était détenu pour une autre cause au moment de l'interrogatoire, et la Cour notait d'autres particularités justifiant l'intervention de l'avocat : l'audition réalisée par les policiers belges dans le cadre d'une commission rogatoire internationale avait donné lieu à la notification des droits en vertu du droit belge et du droit français, droits contradictoires quant à l'assistance d'un avocat, entraînant de l'aveu de la Cour une « *certaine confusion dans l'esprit du requérant* ». Enfin, le requérant devait être entendu, selon la commission rogatoire, au titre de témoin assisté, au sens de la législation française.

¹³⁵³ Ainsi, le déferement, considéré comme une phase d'aiguillage de la procédure et non d'enquête, ne nécessite pas l'assistance d'un avocat [Cons. const., déc. n° 2011-125 QPC du 6 mai 2011, [M. L.] : *J. O.*, 7 mai 2011, p. 7850 ; *AJP*, 2011, p. 471, obs. J.-B. PERRIER ; *Constitutions*, 2011, p. 525, note E. DAOUD et A. TALBOT ; *RSC*, 2011, 415, obs. J. DANET ; *Gaz. Pal.*, 24 mai 2011, p. 18, obs. S. DETRAZ]. V. pour les différentes solutions retenues par le Conseil constitutionnel sur l'exercice des droits de la défense durant l'enquête, G. ROUSSEL, « *Les garanties de la défense pénale dans les premières décisions rendues sur QPC* » ; *AJP*, 2011, p. 286.

¹³⁵⁴ Déc. n° 2011-191/194/195/196/197 QPC : *préc.* ; consid. n° 20. Une telle position française peut trouver des appuis dans un arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme [*Aleksandr Zaichenko* : *préc.* ; v. *supra*, note n° 1294].

nécessité de la privation de liberté, d'autant plus que le défaut de contrôle *a posteriori* du bien-fondé de la mesure¹³⁵⁵ n'assure pas suffisamment le contrôle de la durée de la mesure. Le paradoxe du recours à la privation de liberté, plutôt qu'à l'audition libre, pour mieux protéger l'individu, vient pourtant d'être consacré concernant le mineur accompagné au poste de police par les forces de l'ordre pour être entendu¹³⁵⁶. La consécration de l'assistance de l'avocat, au profit du suspect, lors de son interrogatoire policier, indépendamment de la privation de liberté, apparaît pourtant comme l'unique moyen de conciliation entre la nécessité de la privation de liberté et l'effectivité de la défense pénale.

319. Cette liaison entre privation de liberté et déclenchement de l'assistance de l'avocat au profit du suspect interrogé au cours de l'enquête, appelée à disparaître¹³⁵⁷ et appliquée parfois jusqu'à l'absurde¹³⁵⁸, maintient une certaine confusion entre les droits de la défense pénale et les droits de la défense contre la privation de liberté, non propice au développement de l'autonomie de la privation de liberté, alors déjà que les rares manifestations de ces derniers sont déjà consacrés sur les fondements supra-légaux des premiers¹³⁵⁹. Ces solutions aboutissent à une double discrimination : parmi les suspects, seul celui privé de liberté bénéficie de l'assistance de l'avocat durant les interrogatoires policiers, et parmi les personnes subissant une privation de liberté de police, seul le suspect bénéficie d'un droit supra-légal à l'assistance d'un avocat. La cohérence juridique et la pleine effectivité de la défense pénale, comme de la défense contre la privation de liberté, nécessitent non seulement d'imposer l'intervention large de l'avocat au cours de l'enquête, sous le visa de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme ou de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, indépendamment de la privation de liberté lorsque le suspect participe à l'acte d'enquête, mais aussi de l'intégrer dans l'article 5 § 1^{er} de

¹³⁵⁵ V. *infra*, note n° 1310.

¹³⁵⁶ Cass. crim., 6 nov. 2013, n° 13-84.320 : à paraître au *Bulletin* : « le mineur, conduit par les policiers auprès d'un officier de police judiciaire pour être entendu sur une infraction qu'il était soupçonné d'avoir commise, se trouvait nécessairement dans une situation de contrainte et devait bénéficier des droits attachés au placement en garde à vue ». V. sur ce point, pour une étude antérieure à l'arrêt, O. LAMBERT, « L'audition hors garde à vue des mineurs mis en cause » ; *JCP*, 2013, n° 821. Une telle solution ne saurait prospérer sans aboutir, en contrepartie, à contrôler *a posteriori* la durée de la garde à vue.

¹³⁵⁷ La directive 2013/48/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013 relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales dégage le droit à l'assistance d'un avocat au profit du suspect pour différents actes d'enquête, dont l'interrogatoire policier, indépendamment de l'existence d'une privation de liberté [art. 2].

¹³⁵⁸ V. Cass. crim., 23 janv. 2013, n° 12-83.798 : *inédit* ; *Dr. pén.*, 2013, chron. n° 8, obs. V. LESCLOUS. La Chambre criminelle autorisait le recours à l'audition « libre », pendant une garde à vue, concernant des faits distincts de ceux qui ont motivé la mesure de contrainte, au regard de l'absence de « mesure coercitive ».

¹³⁵⁹ Ainsi en est-il de la consécration, pour le droit commun, de l'entretien avec l'avocat dès le début de la garde à vue [v. *supra*, n° 307] ou encore de l'assistance large consacrée par l'arrêt *Dayanan* [v. *supra*, n° 299 et s.].

la Convention et l'article 66 de la Constitution, pour reconnaître l'application large des droits de la défense tout au long de la privation de liberté de police, au-delà de l'interrogatoire policier du suspect¹³⁶⁰. Même en l'absence de consécration supra-légale, le législateur tend à reconnaître le droit de la personne arrêtée à l'assistance d'un avocat.

¹³⁶⁰ Et l'intervention de l'avocat, durant l'interrogatoire policier du suspect en garde à vue, relèverait à la fois des droits de la défense pénale et des droits de la défense contre la privation de liberté.

2) Le droit de la personne arrêtée à l'assistance d'un avocat dans la législation nationale : la construction d'un modèle vigoureux des droits de la défense contre la privation de liberté applicable dès le début de la privation de liberté

320. **L'existence du contrôle extérieur privé de la privation de liberté de police.** En dehors du cas du suspect, aucune restriction légale ne limite la possibilité pour la personne en privation de liberté de police de rencontrer son avocat, si bien que le droit à l'assistance d'un avocat naît dès le début de la privation de liberté¹³⁶¹, et s'étend dans une forme diffuse jusqu'au premier plein contrôle judiciaire de la détention. Organisé de la sorte, le droit à l'assistance d'un avocat dès le début de la privation de liberté de police organise un contrôle extérieur et privé de celle-ci, de son début jusqu'à son terme, qui s'ajoute au contrôle extérieur étatique¹³⁶², au contrôle extérieur humanitaire¹³⁶³ et au contrôle extérieur par un

¹³⁶¹ L'intervention de l'avocat est d'ailleurs qualifiée d'« *assistance juridique* » dans les régimes de rétention administrative et de maintien en zone d'attente [art. L. 551-2 et L. 221-4 CESEDA]. Le placement en rétention administrative prévoyait la notification des droits « *dans les meilleurs délais* » [art. L. 551-2 CESEDA] et organisait jusqu'à récemment, le droit de bénéficier de l'assistance d'un avocat « *durant toute la rétention* » [ancien art. L. 551-2 CESEDA], si bien que le droit à l'assistance d'un avocat est ouvert dès le placement en rétention. Quant au maintien en zone d'attente, l'article L. 221-4 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers prévoit de la même manière la notification des droits « *dans les meilleurs délais* ». En l'absence d'autres précisions, le droit à l'assistance d'un avocat doit en conséquence être ménagé dès le placement. En matière d'internement des aliénés, la loi prévoit également, « *en tout état de cause* », le droit de l'interné « *de prendre conseil [...] d'un avocat de son choix* » [art. L. 3211-3 CSP]. La mention « *en tout état de cause* » sert à écarter le principe dégagé au premier alinéa de la disposition, qui permet de restreindre l'exercice des droits de l'interné, lorsque son état de santé, ou son traitement, le nécessite [CE, 6 avr. 2007, *Bernardet*, n° 280494 : *Rec. CE*, T., p. 847 ; *AJDA*, 2008, p. 47, note H. RIHAL ; *ibid.*, p. 416, concl. C. LANDAIS]. La loi doit aussi être interprétée comme ouvrant le droit à l'assistance de l'avocat dès le placement en détention. Pour ces cas de privation de liberté de police administrative, le principe du droit à l'assistance d'un avocat dès l'arrestation doit toutefois être relativisé au regard de l'admission d'une garde provisoire factuelle, dans l'attente de l'adoption du titre administratif de détention pérenne [v. *supra*, n° 280], sans exercice du *paquet* de droits.

¹³⁶² Celui-ci s'est renforcé avec l'instauration du Contrôleur général des lieux de privation de liberté [v. *infra*, n° 955].

¹³⁶³ L'étranger bénéficie de l'assistance d'associations au centre de rétention administrative [art. R. 553-14 CESEDA], comme au local de rétention [art. R. 553-14-2 CESEDA]. La personne morale a pour rôle de permettre l'effectivité des droits de l'étranger détenu. Cette assistance est protégée par le juge et n'est pas dépourvue de portée juridique. Ainsi, la création d'un local de rétention administrative doit être notifiée à la personne morale qui apporte l'assistance aux étrangers détenus, sans quoi, l'étranger détenu, privé de cette assistance, subit une atteinte à ses droits [Cass. civ. II, 14 juin 2005, n° 04-50.099 : *Bull. civ. II*, n° 247]. En l'espèce, l'étranger avait été placé en rétention administrative dans un local de rétention temporaire, spécialement créé pour lui, dans l'hôtel de police de Saint-Dizier, sans que l'association ait été informée de la création de ce nouveau lieu de privation de liberté. L'assistance de l'association se distingue de l'assistance de l'avocat, et elle ne vise pas à « *habiliter cette association à délivrer des consultations juridiques* » [CE, 30 juil. 2003, *Syndicat des avocats de France*, n° 247939 : *inédit*]. Voir L. GIOVANNONI, « La présence de la Cimade dans les centres de rétention administrative » ; *AJP*, 2004, p. 108.

tiers¹³⁶⁴. Cependant, ces diverses interventions ne retirent pas tout intérêt à celle de l'avocat, qui se différencie des autres par l'expertise juridique. En revanche, le droit à l'assistance d'un avocat dès le début de la privation de liberté de police administrative n'est pas exprimé parfaitement à chaque fois et la législation n'organise pas la désignation d'un avocat d'office, ni l'accès précoce de l'avocat aux pièces de la procédure privative de liberté.

321. **L'existence de la défense contre le bien-fondé du maintien en privation de liberté.** La libre communication ménagée à l'avocat permet aussi de préparer la contestation du bien-fondé du maintien en privation de liberté et le rassemblement des éléments personnels à la situation de la personne arrêtée, comme sa situation familiale, professionnelle, ou sa domiciliation, qui peuvent servir à démontrer la suffisance d'une mesure alternative à la privation de liberté : la législation consacre alors une étendue des droits de la défense contre la privation de liberté supérieure à l'assistance de l'avocat du gardé à vue, dont la faculté de communiquer librement avec le suspect est engoncée par les entretiens limités et périodiques.

322. **Le développement de l'assistance de l'avocat au cours des interrogatoires de police.** Sur le modèle du principe de l'obtention de la preuve de la culpabilité, la pleine efficience des droits de la défense contre la privation de liberté, dès le début de la privation de liberté de police, suppose sûrement de reconnaître l'existence d'équivalents, hors du droit pénal, au droit de se taire ou au droit d'être assisté au cours de l'interrogatoire policier, pour encadrer l'obtention de la preuve des éléments qui serviront à fonder la prolongation de la privation de liberté dans sa forme judiciaire. Une telle conception vient définitivement rompre la limitation de l'application des pleins droits de la défense à la sanction, pour l'appliquer aussi à l'adoption des mesures de police, notamment à celles privatives de liberté, au regard de sa sévérité, non plus pour prévenir l'atteinte injuste à la présomption d'innocence, mais pour prévenir l'usage injuste de la contrainte et la détention arbitraire, raisonnement qui n'a jamais prospéré¹³⁶⁵.

323. La Cour européenne des droits de l'Homme a une vision large de l'application des droits de la défense à l'interrogatoire policier, qui profite aussi à la personne arrêtée, en lien avec la commission d'une infraction pénale, sans pour autant viser la poursuite

¹³⁶⁴ L'information par un tiers constitue en effet une des garanties du *paquet* de droits générés par l'arrestation [v. *supra*, n° 225].

¹³⁶⁵ V. pour la limitation de l'application des droits de la défense à la procédure d'adoption de la décision administrative privative de liberté, *supra*, n° 179 et s. V. pour l'absence de consécration des droits de la défense dans l'article 66 de la Constitution, *infra*, n° 825.

de celle-ci¹³⁶⁶. De manière plus décisive, le législateur a introduit l'assistance de l'avocat désigné ou commis d'office durant l'interrogatoire de police dans la nouvelle retenue pour vérification du droit au séjour¹³⁶⁷. Cette introduction apparaît déconnectée des droits de la défense pénale¹³⁶⁸, pour consacrer un cas de pleine application des droits de la défense contre la privation de liberté, durant la détention de police¹³⁶⁹ : elle constitue une première expression du droit à ne pas contribuer, non pas à sa propre incrimination, mais à l'obtention de la preuve des conditions de régularité du maintien en privation de liberté.

324. La reconnaissance du chaînage de la privation de liberté de police.

De manière plus remarquable, à la différence de la privation de liberté de police du suspect¹³⁷⁰, la jurisprudence judiciaire donne son plein effet au chaînage de la détention : le défaut de validité de la privation de liberté de police, dont l'hypothèse principale tient dans la violation du *paquet* des droits générés par l'arrestation, autorise le juge judiciaire à mettre un terme à la privation de liberté¹³⁷¹. Ce raisonnement revient à adopter une vision uniforme de la privation de liberté : l'illégalité du maillon antérieur de la chaîne, la privation de liberté de police, dès lors qu'elle est le support indispensable à la traduction de la personne devant le juge judiciaire, qui dispose de la compétence pour prolonger la détention dans sa forme judiciaire, entraîne nécessairement l'impossibilité de la prolonger. Le rôle attribué à l'avocat est alors essentiel et justifie pleinement une application large des droits de la défense contre la privation de liberté dès son début.

325. Le modèle virtuel des droits de la défense contre la privation de liberté.

La protection de la sûreté, dans une approche globale de la privation de liberté,

¹³⁶⁶ *Blokhin* : préc. La Cour reconnaissait l'application de l'assistance de l'avocat au mineur arrêté en raison de la commission d'une infraction, alors qu'en vertu de son âge, il était irresponsable pénalement. La Cour insistait sur la vulnérabilité du mineur lors de son interrogatoire, alors qu'il avait avoué la commission de l'infraction, et notait que le placement du mineur en internement provisoire, le temps de trouver une place dans un établissement adapté pour réaliser son éducation surveillée, avait été justifié par la nécessité de prévenir une récidive, pour justifier l'exigence de l'assistance de l'avocat, dès les premiers interrogatoires, sur le fondement de l'article 6. Une telle solution relançait l'ambiguïté des fondements du droit à l'assistance d'un avocat au cours de la privation de liberté de police.

¹³⁶⁷ Art. 611-1-1 CESEDA.

¹³⁶⁸ La loi semble même exiger le placement en garde à vue de l'étranger, lorsque les soupçons de la commission d'une infraction apparaissent au cours de l'audition de l'étranger lors de la retenue [v. l'art. L. 611-1-1 *in fine* CESEDA : l'article évoque le cas où l'étranger « doit » être placé en garde à vue].

¹³⁶⁹ L'application pleine et entière des droits de la défense assure aussi la protection de la liberté d'aller et venir de l'étranger et de son droit d'entretenir une vie familiale normale, qui sont menacés par l'adoption éventuelle d'une décision d'éloignement, dont le maintien en privation de liberté assurera l'exécution forcée.

¹³⁷⁰ V. *infra*, n° 920 et s.

¹³⁷¹ Cass. civ. II, 28 juin 1995, *Behta et autres*, n°s 94-50.001, 94-50.002, 94-50.005 et 94-50.006 : *Bull. Civ. II*, n°s 216, 221, 211 et 212 ; *JCP*, 1995, II, n° 22504, avis J. SAINT-ROSE ; *D.*, 1996, p. 102, obs. F. JULIEN-LAFERRIÈRE ; *AJDA*, 1996, p. 72, A. LEGRAND ; *Rev. crit. DIP*, 1996, p. 275, N. GUIMEZANES ; *RTD civ.*, 1996, p. 235, comm. J. NORMAND ; *Gaz. Pal.*, 1995, doct., p. 1356, comm. J.-É. MALABRE. V. *infra*, n° 934 et s.

impose de consacrer, dès l'arrestation de police et tout au long de la détention de même type, les droits de la défense contre la privation de liberté. L'assistance large de l'avocat doit permettre à celui-ci, d'abord d'exercer un contrôle extérieur et privé de la privation de liberté de police, impératif justifiant son intervention dès le début de la contrainte, ensuite d'organiser la défense contre le bien-fondé de l'éventuel maintien en privation de liberté, impératif justifiant une large liberté de communication entre la personne arrêtée et l'avocat, enfin de participer à l'obtention de la preuve des éléments qui sont de nature à établir la régularité de la future prolongation de la détention, impératif justifiant l'assistance de l'avocat lors des interrogatoires de police. La défense contre la privation de liberté dès l'arrestation est d'autant plus essentielle que l'irrégularité de la privation de liberté de police devrait être une cause de refus de la prolongation de la détention¹³⁷². Cette expression forte des droits de la défense contre la privation de liberté ne figure pourtant pas dans le standard minimum, et des fractions de ce modèle bénéficient d'une protection fondamentale uniquement au suspect sur le fondement erroné des droits de défense pénale.

¹³⁷² Le droit positif ne consacre pas nettement cette dernière solution [v. *infra*, n° 914 et s.].

326. **Le droit de la personne arrêtée à l'assistance d'un avocat : la péremption du droit de la privation de liberté.** Si le législateur tend, pour la privation de liberté de police administrative de l'étranger, à reconnaître un large accès de l'avocat tendant à consacrer une manifestation précoce des droits de la défense contre la privation de liberté durant la privation de liberté de police, les principes supra-légaux n'imposent pas une telle assistance. Alors que l'accès à un avocat du suspect en garde à vue était très relativement reconnu par la Cour européenne des droits de l'Homme, autant sur le fondement de l'article 6¹³⁷³, que sur celui de l'article 5 § 4¹³⁷⁴, si bien que les deux fondements se trouvaient sur la même ligne, la jurisprudence européenne a directement refermé l'efficacité de l'article 5¹³⁷⁵, pour reconnaître celui de l'article 6¹³⁷⁶. Il en ressort une certaine péremption du droit de la privation de liberté, qui n'a pas réussi à se renouveler, à la différence de l'article 6, et qui tend à intensifier la fracture de la privation de liberté, entre celle qui repose sur une accusation en matière pénale, la privation de liberté de police se trouvant alors doté du plein *paquet* de droits, et les autres privation de liberté de police, assorties d'un *paquet* moins riche. Cette fracture du début de la privation de liberté, encore plus béante dans la Convention européenne des droits de l'Homme qui n'organise l'*Habeas corpus* que pour le seul suspect¹³⁷⁷, se retrouve dans l'émoussement de l'*Habeas corpus* dans la jurisprudence constitutionnelle, encore plus marquée pour la privation de liberté de police administrative¹³⁷⁸, et le défaut, pour cette dernière garantie, de consécration du contrôle en temps réel de l'autorité judiciaire¹³⁷⁹. Il demeure que le législateur développe dès l'arrestation cette défense contre la privation de liberté, et le droit de la personne arrêtée à l'assistance de l'avocat demeure un élément de la théorie générale horizontal, ou par comparaison¹³⁸⁰, et l'efficacité de celui-ci, même limité par un défaut de reconnaissance supra-légal, suppose un contrôle strict des moyens mis en œuvre pour assurer sa réalisation.

¹³⁷³ CEDH, 24 nov. 1993, *Imbrioscia c. Suisse*, req. n° 13972/88 : *Rec. CEDH*, série A, n° 275 ; *RSC*, 1994, p. 144, obs. L.-E. PETTITI.

¹³⁷⁴ *Soysal* : *préc.*

¹³⁷⁵ *Simons*, déc. : *préc.*

¹³⁷⁶ *Salduz* : *préc.* – *Dayanan* : *préc.*

¹³⁷⁷ *V. infra*, n° 644 et s.

¹³⁷⁸ *V. infra*, n° 733 et s.

¹³⁷⁹ *V. infra*, n° 634 et s.

¹³⁸⁰ La dimension verticale des droits de la défense contre la privation de liberté se cantonne en conséquence à l'article 5 § 4, et si celui-ci impose sans doute un accès de l'avocat à la personne détenue et au dossier, l'aménagement de cet accès à la fin de la privation de liberté de police apparaît satisfaisant.

§ 2./ L'INTENSITÉ DU CONTRÔLE DES MOYENS MIS EN ŒUVRE POUR ASSURER LE DROIT À L'ASSISTANCE D'UN AVOCAT DE LA PERSONNE ARRÊTÉE

327. **L'obligation de moyens de rendre effectif le droit à l'assistance d'un avocat.** Le droit à l'assistance d'un avocat, indépendamment de ses modalités, est pratiquement toujours laissé à l'initiative de la personne arrêtée¹³⁸¹, qui peut décider de ne pas en profiter¹³⁸². Une fois qu'elle décide d'y recourir, les autorités n'ont qu'une obligation de moyens à rendre effectif l'assistance de l'avocat, principe posé en matière de garde à vue¹³⁸³ et repris dans le domaine de la rétention administrative des étrangers¹³⁸⁴. Une telle souplesse relativise d'emblée le droit de la personne arrêtée à l'assistance d'un avocat : le défaut d'assistance imputable uniquement à l'avocat, ou même au Bâtonnier, dans son rôle de désignation de l'avocat d'office, n'a pas d'effet sur la validité de la procédure¹³⁸⁵. L'accroissement du rôle de l'avocat en garde à vue s'est réalisé sans modification

¹³⁸¹ V. par ex., pour de la garde à vue, CA Versailles, 30 août 1994 : *Gaz. Pal.*, 1995, jur., p. 230, obs. J. MONTELS : seule la personne placée en garde à vue peut demander l'entretien avec l'avocat, à la différence de l'examen médical, qui, même pour le droit commun, peut être demandé par la famille du suspect [art. 63-3 CPP]. Elle n'est obligatoire que pour la retenue du mineur de dix à treize ans [art. 4-I^{er} de l'ord. n° 45-174 du 2 févr. 1945 relative à l'enfance délinquante]. Lorsque la personne ne bénéficie pas de son plein discernement, l'intervention de l'avocat peut être sollicitée au profit de la personne privée de liberté par une personne agissant dans son intérêt [lorsque le mineur ne sollicite pas l'intervention de l'avocat, elle peut être demandée par « *les parents, le tuteur, la personne ou le service auquel est confié le mineur* » selon l'art. 4-V° de l'ordonnance précitée], ou transférée directement au profit de la personne habilitée à agir [à leur demande, « *les parents ou les personnes susceptibles d'agir dans l'intérêt du malade* » peuvent bénéficier du droit de prendre conseil auprès avocat, selon l'art. L. 3211-3 CSP, qui reconnaît ce droit à l'interné].

¹³⁸² La Cour européenne des droits de l'Homme tend à encadrer la validité de la renonciation du suspect à son droit de se taire et de bénéficier de l'assistance d'un avocat, lorsqu'il décide seul de faire des déclarations [v. *Stojkovic* : préc., ou CEDH, sect. I, 11 déc. 2008, *Panovits c. Chypre*, req. n° 4268/04].

¹³⁸³ Cass. crim., 9 mai 1994, n° 94-80.802 : *Bull. crim.*, n° 174 ; *D.*, 1995, p. 145, obs. J. PRADEL. L'assistance d'un avocat « *impose seulement à l'officier de police judiciaire [...] de prendre contact avec l'avocat désigné ou d'informer par tous moyens et sans délai le Bâtonnier de l'Ordre de la demande de commission d'un avocat d'office, sans obligation de rendre effectif l'entretien avec cet avocat* ». La Cour de cassation a aussi déterminé que l'obligation de joindre l'avocat désigné par le suspect doit opérée par « *tous moyens* » [Cass. crim., 4 mai 2000, n° 99-86.924 : *inédit*].

¹³⁸⁴ V. les conclusions de M. GUYOMAR sur CE, 30 déc. 2002, *Ordre des avocats à la Cour de Paris*, n° 234415 : *Rec. CE*, p. 487 ; *AJDA*, 2003, p. 239. Il qualifiait l'obligation prévue par la loi comme « *une obligation de moyens et non une obligation de résultats* » et se référait même expressément aux solutions dégagées en matière de garde à vue.

¹³⁸⁵ Cass. crim., 12 sept. 2000, n° 00-83.539 : *inédit*. Le suspect ne peut se plaindre de l'absence d'entretien lorsque son avocat personnel, qui a d'abord annoncé se rendre au poste en fin d'après-midi, mais qui s'y était présenté finalement tôt le matin, s'éclipse, refusant d'attendre quelques minutes l'arrivée de l'officier de police judiciaire, le défaut d'entretien se trouvant du à des « *circonstances imputables à son avocat* ». – Cass. crim., 28 janv. 2004, n° 03-84.989 : *inédit*. C'est également le cas lorsque, l'avocat joint convenablement par l'officier de police judiciaire, affirme qu'il se présentera dès que possible, sans concrétiser cette affirmation. – Cass. crim., 3 oct. 2007, n° 00-84.985 : *inédit*. De la même manière, le suspect ne peut se plaindre de l'absence d'entretien lorsque, transféré de Bobigny à Nice, il demande à ce que soit joint son avocat de Versailles, qui indique qu'il désignera un représentant, le cas échéant.

substantielle des diligences¹³⁸⁶ mises par la loi à la charge de l'officier de police judiciaire, si bien que la qualification de l'obligation de moyens doit logiquement perdurer, nuancé par forcément l'extension de l'assistance.

328. Le contrôle de la qualité du local dans lequel se réalise l'entretien confidentiel avec l'avocat. La qualité du droit à l'assistance d'un avocat suppose d'abord que le lieu de détention soit doté d'un local adapté aux fins de réalisation des entretiens confidentiels. En matière de garde à vue, si la Cour de cassation a assez tôt admis la pertinence de la critique du défaut de confidentialité de l'entretien, ses formulations ne permettent pas d'établir si la nullité est soumise à la démonstration concrète de l'atteinte à la confidentialité, ou à la simple démonstration de l'insuffisance du local, par nature, à garantir la confidentialité¹³⁸⁷. La libre communication permise entre l'avocat et la personne privée de liberté dans un régime de police administrative implique sans doute des exigences supérieures quant à la qualité du local¹³⁸⁸, tandis que l'accès de l'avocat au local et à la personne retenue doit pouvoir être large dans les faits, ce que le juge administratif a en partie assuré¹³⁸⁹.

¹³⁸⁶ L'ancien article 63-4, comme le nouvel article 63-3-1 du Code de procédure pénale, disposent que « *dès le début de la garde à vue, la personne peut demander à être assistée par un avocat* » et que « *si elle n'est pas en mesure d'en désigner un ou si l'avocat choisi ne peut être contacté, elle peut demander qu'il lui en soit commis un d'office par le Bâtonnier* ». Les deux articles définissaient de manière similaire les diligences naissant de la sollicitation du suspect de bénéficier de l'assistance d'un avocat commis d'office : « *le Bâtonnier est informé de cette demande par tous moyens et sans délai* », la nouvelle loi se contentant d'ajouter la possibilité de joindre, plutôt que le Bâtonnier, « *l'avocat de permanence commis d'office par le Bâtonnier* ».

¹³⁸⁷ Cass. crim., 12 sept. 2000, n° 00-83.545 : *inédit*. En l'espèce, la communication entre l'avocat et le gardé à vue, séparés par une cloison vitrée, s'effectuait par le truchement d'un microphone. Si le pourvoi visait directement l'absence de confidentialité, la Cour de cassation écartait le moyen dès lors que « *l'absence des conditions garantissant la confidentialité de l'entretien demeurait à l'état de simple allégation* ». – Cass. crim., 3 avr. 2001, n° 00-86.234 : *inédit*. En l'absence de local approprié et spécifique, l'entretien s'était déroulé dans la geôle, séparée du couloir par une simple paroi de verre. Le juge du fond relevait que la confidentialité était assurée dès lors que « *la paroi de verre permettait de contrôler la présence éventuelle de tiers à proximité de la geôle et d'adapter en conséquence le niveau sonore de l'entretien* ». La Cour de cassation validait le raisonnement du juge du fond « *dès lors que l'absence des conditions garantissant la confidentialité de l'entretien est demeurée à l'état de simple allégation* ».

¹³⁸⁸ La contestation de la qualité de la communication avec l'avocat apparaît soumise au grief [Cass. civ. II, 25 nov. 1999, n° 98-50.016 : *inédit* ; *Rev. crit. DIP*, 2000, p. 697, obs. N. GUIMEZANES]. L'étranger se plaignait de n'avoir pu bénéficier d'une assistance juridique dans le centre de rétention, l'entretien avec son avocat n'ayant pu avoir lieu qu'au tribunal. La Cour de cassation approuvait le juge du fond, investi en la matière d'un pouvoir souverain d'appréciation, qui estimait que les droits de la défense n'avaient pas été atteints, dès lors que l'étranger ne démontrait pas l'impossibilité de préparer sa défense et avait été assisté d'un avocat pendant les phases judiciaires de la procédure.

¹³⁸⁹ CE, 30 déc. 2002, *Ordre des avocats à la Cour de Paris*, n° 234415 : *préc.* Le Conseil d'État a imposé que « *l'administration mette à la disposition des avocats un local permettant la confidentialité de leurs échanges avec les personnes en rétention et équipé des moyens adéquats pour faire usage des voies de recours ouvertes aux intéressés* ». – CE, 30 juil. 2003, *Syndicat des avocats de France*, n° 247939 : *inédit*. Le Conseil d'État ajoutait à ses premières exigences l'obligation d'organiser un « *accès à tout moment aux centres de rétention administrative lorsqu'un étranger en formule la demande* » de l'avocat comme de l'interprète. Il rappelait l'obligation pour l'administration de prendre « *toutes dispositions, de nature notamment réglementaire, pour garantir l'exercice effectif de ces droits sur l'ensemble du territoire* ». Le juge administratif annulait les dispositions relatives à l'assistance de l'avocat et l'interprète, dès lors qu'elles ne prévoyaient pas « *que les*

329. **Le contrôle des moyens utilisés pour joindre l'avocat.** L'obligation de moyens, notion civiliste, connaît, dans cette matière, des variations d'intensité. Sans exiger l'obtention du résultat, des exigences fortes doivent être posées concernant les moyens employés pour joindre l'avocat, ceux-ci visant directement à assurer l'exercice d'un droit relevant de la sûreté : le contrôle des moyens utilisés pour joindre l'avocat renseigne directement sur l'intensité du droit de la personne arrêtée à l'assistance d'un avocat. Pour la garde à vue, le contrôle porte sur les diligences opérées par l'officier de police judiciaire pour joindre l'avocat¹³⁹⁰ (A). Pour la détention de l'étranger, le contrôle porte sur la mise à disposition immédiate à l'étranger d'un moyen de communication pour joindre l'avocat¹³⁹¹ (B).

A) Le contrôle des diligences opérées par l'officier de police judiciaire pour joindre l'avocat

330. **Le choix du suspect, fait générateur des diligences.** Un choix est laissé au suspect : il peut désigner un avocat, ou demander à ce qu'un avocat d'office lui soit désigné¹³⁹². Cette option, déjà prévue par le droit ancien de la garde à vue, rattache l'assistance de l'avocat en garde à vue à la défense pénale et au droit de choisir son défenseur¹³⁹³. Le choix du suspect de bénéficier de l'assistance de l'avocat¹³⁹⁴ fait naître

avocats et les interprètes ont accès à tout moment aux centres de rétention administrative lorsqu'un étranger en formule la demande, et qu'un local adapté, équipé notamment d'une ligne téléphonique et d'un télécopieur, y permet la confidentialité des échanges entre les personnes placées en rétention et leurs avocats ». Le Conseil d'État, par voie d'injonction, imposait au pouvoir réglementaire de prendre ces mesures. – CE, 30 juil. 2003, *Ordre des avocats à la Cour de Paris*, n° 248084 : inédit ; JCP A, 2003, actu., n° 1908, obs. V. TCHEN. Les mêmes exigences étaient imposées pour le maintien en zone d'attente. La loi a consacré les exigences du juge administrative en matière de rétention administrative, sans les dépasser : « dans chaque lieu de rétention, un espace permettant aux avocats de s'entretenir confidentiellement avec les étrangers retenus est prévu. À cette fin, sauf en cas de force majeure, il est accessible en toutes circonstances sur demande de l'avocat » [art. L. 553-4 CESEDA]. La disposition réglementaire autorise l'accès « sur simple requête de l'avocat auprès du service en charge de l'accueil des étrangers retenus et avec l'accord de la personne intéressée » [art. R. 553-7 CESEDA]. Elle les a même réduites en partie, en prévoyant la possibilité de rejeter l'accès de l'avocat au local et à la personne retenue, en cas de force majeure [art. L. 553-4 CESEDA].

¹³⁹⁰ Alors que le suspect est placé sous la mainmise des autorités de police et soumis à une restriction importante de sa liberté de communication, les officiers de police judiciaire sont chargés de la réalisation des diligences pour joindre l'avocat.

¹³⁹¹ La personne bénéficiant d'une liberté plus grande de communication, elle est chargée de joindre l'avocat.

¹³⁹² Art. 63-3-1 CPP. Si celui désigné ne peut être joint, il peut bénéficier de l'assistance d'un avocat commis d'office, selon la disposition législative. La jurisprudence rappelle également que si l'avocat commis d'office ne peut être joint, le suspect peut alors demander l'assistance d'un avocat désigné par ses soins [Cass. crim., 12 mars 1997, n° 96-86.596 : *Bull. crim.*, n° 99 ; RSC, 1997, p. 859, obs. J.-P. DINTILHAC].

¹³⁹³ La Cour de cassation a estimé que le non-respect du choix du suspect, concernant l'avocat à contacter, restait une cause de nullité soumise à la démonstration du grief [Cass. crim., 3 juin 2008, n° 08-81.771 : *Bull. crim.*,

l'obligation pour l'officier de police judiciaire de réaliser « *sans délai* » les diligences pour joindre l'avocat¹³⁹⁵.

331. **La souplesse de l'appréciation de l'ampleur des diligences.** En même temps que la Cour de cassation mettait à la charge des officiers de police judiciaire une obligation de moyen, elle instaurait au surplus un contrôle faible de l'ampleur des diligences à la charge de ceux-ci pour joindre l'avocat : plusieurs appels téléphoniques au seul numéro répertorié comme celui de la permanence du Barreau, déchargeaient les enquêteurs de leur obligation de moyens¹³⁹⁶. Dans une espèce dans laquelle les officiers de police judiciaire avaient multiplié les diligences pour compenser le dysfonctionnement du système de permanence mis en place par le Barreau, la Cour de cassation confirmait la qualification

n° 138 ; *AJP*, 2008, p. 379, obs. G. ROYER ; *Dr. pén.*, 2008, comm. n° 137, obs. A. MARON]. Cette solution semblait surtout justifiée par les particularités de l'espèce, plus que par le retour du grief dans les droits premiers du *paquet* : le suspect avait demandé à bénéficier de l'assistance d'un avocat sur lequel portaient des charges dans la même instruction. Désormais, la mise à l'écart de l'avocat en raison du risque de collusion est organisée par la loi [art. 63-3-1 CPP], et l'extension de l'assistance de l'avocat la relie plus nettement aux droits de la défense pénale, si bien que cette solution ancienne doit être rejetée.

¹³⁹⁴ Le choix du suspect de bénéficier de l'assistance de l'avocat au cours de la garde à vue, sans l'avoir exprimé au moment de la notification des droits, est efficace et impose à l'officier de police judiciaire de réaliser les diligences pour joindre l'avocat [Cass. crim., 5 nov. 2013, n° 13-82.682 : à paraître au *Bulletin*].

¹³⁹⁵ La loi prévoit désormais le gel des actes d'enquête jusqu'à l'arrivée de l'avocat, pendant un délai maximal de deux heures à partir de la demande, sauf audition immédiate autorisée par le procureur [art. 63-4-2 CPP]. La jurisprudence n'imposait pas antérieurement à l'officier de police judiciaire d'interrompre ses activités d'enquête, dans l'attente de l'arrivée de l'avocat. Sur l'ancien état du droit, v. Cass. crim., 28 avr. 2004, n° 04-80.753 : *Bull. crim.*, n° 102, ou Cass. crim., 4 nov. 2004, n° 00-81.652 : *inédit* [l'absence de l'entretien, due à la réalisation d'une perquisition en présence de l'inculpé, en même temps que l'avocat se présente au poste de police, n'entachait pas la procédure], ou Cass. crim., 13 déc. 2006, n° 05-87.606 : *Bull. crim.*, n° 312 [la solution a même été confirmée, pour l'interrogatoire policier : l'officier de police judiciaire n'a pas à différer l'audition du suspect dans l'attente de l'arrivée de l'avocat].

¹³⁹⁶ Cass. crim., 9 mai 1994, n° 94-80.802 : *Bull. crim.*, n° 174 ; *D.*, 1995, p. 145, obs. J. PRADEL. En l'espèce, le suspect n'avait pu bénéficier de l'entretien avec un avocat du fait d'une grève, qualifiée par la Cour de cassation de circonstance insurmontable. Même si, de fait, la grève empêchait tout entretien, la Cour les contrôlait malgré tout la suffisance des diligences. En l'espèce, l'officier de police judiciaire avait appelé à plusieurs reprises le numéro de téléphone indiqué comme celui de la permanence, organisée par le Bâtonnier. Cette première décision avait toutefois le mérite de ne pas se contenter de la grève des avocats, pour écarter l'irrégularité, et contrôlait réellement les diligences, cause de nullité sans démonstration du grief. Une décision ultérieure consacra cependant la position inverse, estimant que l'impossibilité de réaliser l'intervention de l'avocat du fait de la grève purgeait le vice des diligences [Cass. crim., 15 févr. 1995, n° 94-85.251 : *inédit*]. En l'espèce, les officiers de police judiciaire avaient estimé, par erreur, que le suspect ne pouvait demander l'assistance d'un avocat qu'à la fin de la quarante-huitième heure de garde à vue, alors que la correcte interprétation du droit positif lui permettait de bénéficier du droit dès la vingt-et-unième heure. Les officiers de police judiciaire n'avaient accompli aucune diligence pour contacter un avocat, du fait de leur erreur, malgré la demande du suspect. Désormais et alors que la nullité soumise au grief a disparu de la matière des droits premiers de la garde à vue, l'impossibilité de rendre effectif le droit à l'assistance d'un avocat, à cause de la grève du Barreau, n'excuse plus le défaut de diligences [Cass. crim., 17 oct. 2001, n° 01-85.043 : *inédit*].

d'obligation de moyens, sans que les diligences réalisées au-delà du simple appel du numéro de permanence, n'apparaissent comme une condition de la validité de la procédure¹³⁹⁷.

332. L'officier de police judiciaire, en cas d'impossibilité de joindre l'avocat désigné d'office, n'a pas à prendre d'initiative pour provoquer la désignation par le suspect d'un avocat, sauf à le prévenir de l'échec de ses tentatives¹³⁹⁸. En sens inverse, l'officier de police judiciaire n'a pas à prendre l'initiative de solliciter la désignation d'un avocat d'office, en cas d'échec dans ses tentatives pour joindre l'avocat désigné¹³⁹⁹. Ces faibles exigences s'appliquent également à la garde à vue du mineur : l'officier de police judiciaire, qui joint une première fois le numéro de l'avocat de permanence, puis effectue par la suite trois autres tentatives, a accompli les diligences nécessaires¹⁴⁰⁰. L'officier de police judiciaire n'a pas à prendre d'initiative, l'échec ne faisant naître que l'obligation d'en informer le suspect et celui-ci devra seul en tirer les conséquences.

333. Il suffit que « le Bâtonnier [ait] été informé de la demande de désignation d'un avocat d'office, selon les modalités fixées par le Barreau »¹⁴⁰¹ ou que l'avocat désigné « [ait] été avisé »¹⁴⁰², pour libérer l'officier de police judiciaire de toute diligence supplémentaire, sans avoir à assurer le suivi de l'information¹⁴⁰³. Seule une décision de la Cour de cassation opérait un contrôle strict de l'ampleur des diligences, en sanctionnant l'officier de police judiciaire qui n'avait pas essayé de joindre l'avocat désigné sur l'ensemble

¹³⁹⁷ Cass. crim., 13 févr. 1996, n° 95-85.676 : *Bull. crim.*, n° 73. En l'espèce, les officiers de police judiciaire avaient essayé de joindre à deux reprises le numéro donné par le Barreau, de nuit, sans succès, avant de rappeler le lendemain le même numéro, puis l'ordre des avocats.

¹³⁹⁸ Cass. crim., 12 mars 1997, n° 96-86.596 : *Bull. crim.*, n° 99 ; *RSC*, 1997, p. 859, obs. J.-P. DINTILHAC. Le pourvoi reprochait au juge de ne pas avoir sanctionné l'insuffisance des diligences réalisées par l'officier de police judiciaire, qui aurait dû, une fois informé de la grève des commissions d'office, présenter au suspect le tableau de l'ordre des avocats afin que le suspect en désigne un. L'arrêt de la Cour de cassation se contenta de noter qu'« il ne résulte d'aucune pièce de la procédure que [le suspect], averti de l'impossibilité d'être pourvu d'un avocat d'office, ait manifesté la volonté de désigner un avocat personnel ». Au moins la jurisprudence reconnaissait au suspect la possibilité de désigner un avocat en cas d'impossibilité de désigner un avocat d'office, la loi ne prévoyant que la possibilité pour le suspect de demander à bénéficier d'un avocat d'office en cas d'impossibilité de contacter l'avocat désigné [art. 63-3-1 CPP].

¹³⁹⁹ Cass. crim., 4 mai 2000, n° 99-86.924 : *inédit*. L'initiative prise par l'officier de police judiciaire de joindre l'avocat de permanence n'était pas un élément employé pour valider la procédure, la simple tentative de rentrer en contact avec l'avocat désigné suffisait à combler l'obligation, à moins que le suspect demande expressément à bénéficier de l'assistance d'un avocat commis d'office.

¹⁴⁰⁰ Cass. crim., 25 oct. 2000, n° 00-84.875 : *inédit*. – Cass. crim., 25 oct. 2000, n° 00-84.874 : *inédit*. Dans le même domaine, l'officier de police judiciaire, qui tente de joindre les avocats de permanence, réitère, puis tente de joindre le Conseil de l'ordre, satisfait à son obligation. Au regard de la jurisprudence, il semble même que l'officier de police judiciaire ait fait du zèle.

¹⁴⁰¹ Cass. crim., 17 mai 2000, n° 00-81.149 : *inédit*.

¹⁴⁰² Cass. crim., 7 févr. 2012, n° 11-83.676 : *Bull. crim.*, n° 37 ; *Gaz. Pal.*, 21 févr. 2012, p. 17, comm. O. BACHELET ; *RSC*, 2012, p. 925, obs. J.-F. RENUCCI.

¹⁴⁰³ Cass. crim., 20 déc. 2000, n° 00-86.499 : *Bull. crim.*, n° 386 ; *RSC*, 2001, p. 407, obs. D. N. COMMARET. Il ne peut être reproché à l'officier de police judiciaire de ne pas avoir prévenu l'avocat du transfert du mineur dans un autre lieu de détention.

de ses numéros professionnels identifiés sur l'annuaire¹⁴⁰⁴. L'accroissement du droit à l'assistance de l'avocat en garde à vue nécessite la consécration d'exigences plus sévères.

334. **La souplesse de l'appréciation de la célérité des diligences.** Le suspect peut demander à s'entretenir avec un avocat « *dès le début de la garde à vue* »¹⁴⁰⁵, et la loi impose à l'officier de police judiciaire de réaliser les premières diligences pour joindre l'avocat « *sans délai* », dès que le suspect a exprimé sa volonté de bénéficier de l'assistance¹⁴⁰⁶, à la différence de l'examen médical ou du droit de prévenir un tiers, garanties pour lesquelles le législateur a retardé le moment des diligences¹⁴⁰⁷. Même après y avoir renoncé dans un premier temps, l'obligation de moyen renaît si le suspect se ravise, et l'officier de police judiciaire doit « *immédiatement* » procéder aux diligences¹⁴⁰⁸.

335. Le retard dans la réalisation des diligences est une cause de nullité au grief présumé¹⁴⁰⁹, et un retard de près d'une heure après la demande du suspect de bénéficier de l'assistance de l'avocat, en dehors d'une circonstance insurmontable¹⁴¹⁰, n'est pas satisfaisant¹⁴¹¹. Néanmoins, cette jurisprudence a été tempérée par la première chambre civile de la Cour de cassation qui a admis que les diligences pouvaient être retardées par « *des circonstances particulières* »¹⁴¹², sans préciser le contenu de cette notion, plus large que la « *circonstance insurmontable* », fait justificatif classique, dans le droit de la garde à vue, de la violation des droits du *paquet*. Dans une autre décision du même jour¹⁴¹³, elle a admis que la réalisation de divers actes par l'officier de police judiciaire, reconnus en conséquence

¹⁴⁰⁴ Cass. crim., 23 juin 2004, n° 04-80.225 : *inédit*. En l'espèce, les enquêteurs avaient essayé de joindre l'avocat sur une seule de ses deux lignes professionnelles. Au regard des décisions jurisprudentielles précédentes, cette solution, pourtant de bon sens, apparaîtrait presque comme une hausse significative du contrôle de la Chambre criminelle.

¹⁴⁰⁵ Art. 63-3-1 CPP.

¹⁴⁰⁶ Cass. crim., 9 mai 1994, n° 94-80.802 : *Bull. crim.*, n° 174 ; *D.*, 1995, p. 145, obs. J. PRADEL.

¹⁴⁰⁷ Art. 63-2 et 63-3 CPP. La réalisation des diligences doit intervenir dans un délai de trois heures au maximum.

¹⁴⁰⁸ Cass. crim., 4 janv. 1994, n° 93-84.793 : *Bull. crim.*, n° 1. – Cass. crim., 9 mai 1994, n° 94-80.802 : *Bull. crim.*, n° 174 ; *D.*, 1995, p. 145, obs. J. PRADEL. Lorsque la loi reportait le premier entretien à la vingt-et-unième heure, la jurisprudence avait précisé que l'officier de police judiciaire devait réaliser les diligences une fois le délai échu, sans avoir à l'anticiper, lorsque le suspect avait exprimé par avance sa volonté de bénéficier de l'assistance de l'avocat.

¹⁴⁰⁹ Cass. crim., 14 avr. 1999, n° 97-86.331 : *inédit*. Un retard de deux heures était sanctionné.

¹⁴¹⁰ Par ex., en présence d'un suspect ivre, dans l'attente de son dégrisement [Cass. crim., 9 juin 2004, n° 03-84.887 : *inédit*].

¹⁴¹¹ Cass. civ. I, 28 juin 2005, n° 04-50.050 : *Bull. civ. I*, n° 281. – Cass. civ. I, 6 déc. 2005, n° 04-50.139 : *Bull. civ. I*, n° 473 ; *JCP*, 2006, II, n° 10125, obs. H. GARÇON. – Cass. crim., 29 nov. 2006, n° 06-82.699 : *inédit*. – CA Paris, 3 déc. 2007, n° 07/03538 : *Légifrance*.

¹⁴¹² Cass. civ. I, 28 juin 2005, n° 04-50.050 : *Bull. civ. I*, n° 281.

¹⁴¹³ Cass. civ. I, 28 juin 2005, n° 03-50.109 : *Bull. civ. I*, n° 282.

prioritaires¹⁴¹⁴, permette de reporter la célérité des diligences pour joindre l'avocat, sans opérer le tri entre les actes participant à la protection de la sûreté et ceux n'assurant pas cette fonction, la Cour s'intéressant seulement à leur continuité.

336. **La preuve des diligences.** Logiquement, l'officier de police judiciaire a l'obligation de mentionner sur procès-verbal les diligences qu'il a réalisées pour joindre l'avocat après la demande du suspect de bénéficier de l'assistance¹⁴¹⁵, leur absence suffisant à justifier de la nullité¹⁴¹⁶, tandis que la preuve de la réalisation de l'entretien avec l'avocat peut résulter de tout acte de procédure¹⁴¹⁷.

337. **Le maintien du faible contrôle des diligences, malgré la réforme.** Les faibles exigences du contrôle des diligences à la charge de l'officier de police judiciaire pour joindre l'avocat, issues du droit ancien de la garde à vue, ont été maintenues dans des décisions postérieures à la réforme¹⁴¹⁸, et bien que celles-ci concernent l'application du droit antérieur de la garde à vue, elles annoncent le gel des solutions anciennes : la Chambre criminelle a rappelé que l'officier de police judiciaire est déchargé de toute obligation une fois l'avocat désigné avisé, même lorsque celui-ci se montre défaillant¹⁴¹⁹. La jurisprudence légère du contrôle de l'assistance de l'avocat en garde à vue a même été appliquée au nouvel accès

¹⁴¹⁴ En l'espèce, les forces de l'ordre avaient procédé à l'information du procureur, à la fouille au corps du suspect et à la consultation de trois fichiers, entraînant un décalage de près de trente minutes entre la demande du suspect à bénéficier de l'entretien avec un avocat et la réalisation des premières diligences. La Cour de cassation posait toutefois une condition à la validation de ce retard : les actes doivent être réalisés « *sans désespérer* ».

¹⁴¹⁵ Celles-ci serviront à apprécier leur célérité et leur étendue.

¹⁴¹⁶ Cass. crim., 8 mars 2000, n° 99-87.319 : *Bull. crim.*, n° 109 ; *Procédures*, 2000, comm. n° 176, obs. J. BUISSON : « *doivent être mentionnées par procès-verbal les diligences accomplies par l'officier de police judiciaire, dès la demande à s'entretenir avec un avocat, formulée par un mineur de 16 ans, gardé à vue* ». – Cass. civ. II, 23 janv. 2003, n° 01-50.066 : *Bull. civ. II*, n° 13. – Cass. civ. II, 24 avr. 2003, n° 01-50.019 : *Bull. civ. II*, n° 108. – Cass. civ. I, 31 mai 2005, n° 04-50.035 : *inédit*. – Cass. civ. I, 14 juin 2005, n° 04-50.068 : *Bull. civ. I*, n° 248. – Cass. civ. I, 6 déc. 2005, n° 04-50.139 : *Bull. civ. I*, n° 473 ; *JCP*, 2006, II, n° 10125, obs. H. GARÇON.

¹⁴¹⁷ Cass. crim., 28 sept. 2005, n° 05-84.480 : *inédit*. En l'espèce, le procès-verbal de notification de fin de garde à vue suffisait à montrer que l'individu avait bénéficié d'un entretien avec un avocat à la vingt-et-unième heure, début du délai légal ouvrant le droit à l'entretien dans le droit positif, l'absence de report entre la demande du suspect de bénéficier de l'assistance et sa réalisation, du fait de son anticipation, n'imposant pas que l'officier de police judiciaire justifie des diligences qu'il a réalisées.

¹⁴¹⁸ Loi n° 2011-392 du 14 avr. 2011 relative à la garde à vue : *J. O.*, 15 avr. 2011, p. 6610 ; *JCP*, 2011, n° 542, comm. H. MATSOPOULOU ; *ibid.*, 2011, n° 665, comm. J. PRADEL ; *D.*, 2011, p. 1570, comm. G. ROUJOU DE BOUBÉE ; *ibid.*, p. 1699, comm. J. ALIX ; *Dr. pén.*, 2011, chron. n° 7, comm. V. LESCLOUS ; *Gaz. Pal.*, 8 nov. 2011, note L. BRUNEAU ; *Gaz. Pal.*, 30 juil. 2013, p. 4, comm. D. ROETS et V. TELLIER-CAYROL.

¹⁴¹⁹ Cass. crim., 7 févr. 2012, n° 11-83.676 : *Bull. crim.*, n° 37 ; *Gaz. Pal.*, 21 févr. 2012, p. 17, comm. O. BACHELET ; *RSC*, 2012, p. 925, obs. J.-F. RENUCCI. – Cass. crim., 6 mars 2012, n° 11-84.711, *Bull. crim.*, n° 60 ; *RSC*, 2012, p. 925, obs. J.-F. RENUCCI ; *D.*, 2012, p. 1656, note A. GALLOIS ; *RSC*, 2012, p. 400, obs. X. SALVAT.

aménagé à l'avocat pour certaines pièces du dossier¹⁴²⁰. La neutralisation par la Cour de cassation de la sanction du défaut d'assistance de l'avocat pendant les interrogatoires, pour les espèces soumises au droit ancien de la garde à vue, a même abouti à ce qu'elle réintroduise le grief, dans une jurisprudence qui apparaît toutefois transitoire¹⁴²¹. Plus gravement encore, ce retour du grief a été étendu pour écarter, non plus seulement le moyen de la nullité des déclarations incriminantes, mais celui du défaut de célérité des diligences, alors pourtant que la loi nouvelle n'a rien modifié sur ce point¹⁴²². Dans une autre affaire, la Cour découvrait une nouvelle cause justifiant le report des diligences pour joindre l'avocat, la « *raison impérieuse de retarder l'intervention de [l'] avocat* », apparaissant plus large que la notion classique de circonstance insurmontable, même si les faits particuliers de l'espèce limitent sa portée¹⁴²³.

338. La poursuite de l'atténuation du symbole. Comme pour la sanction de la notification des droits du suspect¹⁴²⁴, l'insuffisance des diligences opérées par l'officier judiciaire pour joindre l'avocat¹⁴²⁵ ou leur tardiveté¹⁴²⁶, est une cause de nullité au grief neutralisé, sauf existence d'une circonstance insurmontable. L'étude de la jurisprudence montre pourtant un contrôle juridictionnel faible des moyens mis en œuvre par l'officier de police judiciaire pour joindre l'avocat, qui finit par émousser l'ensemble du contrôle juridictionnel de la garde à vue. Dans le domaine de la détention administrative de l'étranger,

¹⁴²⁰ Ainsi, les officiers de police judiciaire sont tenus de lui transmettre les pièces uniquement en cas de « *demande expresse* » de l'avocat, et la demande de consulter l'entier dossier pénal n'est pas suffisamment précise [Cass. crim., 18 déc. 2012, n° 12-85.735 : *Bull. crim.*, n° 281 ; *AJP*, 2013, p. 283, obs. C. PORTERON ; *Gaz. Pal.*, 11 mai 2013, n° 131, p. 36, obs. F. FOURMENT].

¹⁴²¹ Cass. crim., 7 févr. 2012, n° 11-83.676 : *Bull. crim.*, n° 37 ; *Gaz. Pal.*, 21 févr. 2012, p. 17, comm. O. BACHELET ; *RSC*, 2012, p. 925, obs. J.-F. RENUCCI : le suspect « *ne saurait se faire un grief de ce que les procès-verbaux de ses auditions n'aient pas été annulés, dès lors que la Cour de cassation est en mesure de s'assurer que, pour le déclarer coupable des faits visés à la prévention, la cour d'appel ne s'est pas fondée sur ses déclarations recueillies en garde à vue* » réalisées sans l'assistance de l'avocat.

¹⁴²² Cass. crim., 6 mars 2012, n° 11-84.711, *Bull. crim.*, n° 60 ; *RSC*, 2012, p. 925, obs. J.-F. RENUCCI ; *D.*, 2012, p. 1656, note A. GALLOIS ; *RSC*, 2012, p. 400, obs. X. SALVAT. Outre la critique de la réalisation du premier interrogatoire de garde à vue sans bénéfice de l'assistance d'un avocat, était aussi critiqué le retard des diligences réalisées pour contacter l'avocat désigné par le suspect, entamées seulement une heure après sa demande à bénéficier de l'assistance, exprimée dès la notification des droits. Au regard de la jurisprudence plus ancienne, un tel retard des diligences, sauf justification particulière, entraînait une nullité au grief présumé [v. Cass. civ. I, 28 juin 2005, n° 04-50.050 : *Bull. civ. I*, n° 281, ou Cass. civ. I, 6 déc. 2005, n° 04-50.139 : *Bull. civ. I*, n° 473 ; *JCP*, 2006, II, n° 10125, obs. H. GARÇON, ou Cass. crim., 29 nov. 2006, n° 06-82.699 : *inédit*, ou CA Paris, 3 déc. 2007, n° 07/03538 : *Légifrance*]. Pourtant et sans autre analyse, la Cour de cassation a renvoyé à l'absence de grief, dès lors qu'elle se trouve « *en mesure de s'assurer que, pour le déclarer coupable des faits visés à la prévention, la cour d'appel ne s'est pas fondée sur ses déclarations recueillies en garde à vue* ».

¹⁴²³ Cass. crim., 17 janv. 2012, n° 11-86.471 : *inédit* ; *Dr. pén.*, 2012, comm. n° 44, obs. A. MARON et M. HAAS. L'hypothèse était toutefois exceptionnelle et le report logique, puisqu'il était rendu nécessaire par des recherches réalisées par les enquêteurs, en présence du suspect, afin de retrouver une personne en péril.

¹⁴²⁴ Cass. crim., 29 avr. 1998, n° 98-80.121 : *Bull. crim.*, n° 145 ; *RSC*, 1998, p. 785, obs. J.-P. DINTILHAC.

¹⁴²⁵ Cass. crim., 10 mai 2001, n° 01-81.762 : *Bull. crim.*, n° 118. Pour comparaison, ce principe similaire pour la violation des dispositions de la notification des droits était posé en 1998 [v. Cass. crim., 29 avr. 1998, n° 98-80.121 : *Bull. crim.*, n° 145 ; *RSC*, 1998, p. 785, obs. J.-P. DINTILHAC].

¹⁴²⁶ Cass. crim., 29 nov. 2006, n° 06-82.699 : *inédit*.

le même émoussement du contrôle des moyens mis à disposition à l'étranger pour joindre l'avocat peut être constaté.

B) Le contrôle de la mise à disposition immédiate à l'étranger d'un moyen de communication pour joindre l'avocat

339. **La protection exceptionnelle du *paquet* : le droit de l'étranger à l'exercer immédiatement.** Le placement en rétention administrative impose la notification des droits de l'étranger « *dans les meilleurs délais* »¹⁴²⁷ et prévoyait, à l'origine, le droit à bénéficier « *durant toute la rétention* »¹⁴²⁸ de l'assistance d'un « *conseil* ». Dans des décisions remarquables, la Cour de cassation a rappelé que le juge judiciaire de la prolongation de la rétention administrative devait « *s'assurer que l'intéressé avait été, au moment de la notification de la décision de placement en rétention, mis en mesure d'exercer effectivement les droits qui lui sont reconnus* »¹⁴²⁹, rappelant le principe du droit immédiat pour l'étranger de bénéficier de l'assistance juridique et des autres droits du *paquet*. Toutes les décisions, rendues le même jour, venaient sanctionner une pratique consistant à notifier à l'étranger son placement en rétention administrative et ses droits dans les locaux de garde à vue, avant de réaliser plus tard le transfert en centre de rétention administrative, dans lequel l'étranger pouvait seulement exercer ses droits¹⁴³⁰. Après l'exemple de la transposition du modèle de la garde à vue à la notification des droits de l'étranger en détention administrative¹⁴³¹, cette jurisprudence, participant à la construction de la théorie générale, revenait de nouveau à étendre une solution découverte en garde à vue, à savoir la sanction de la mise à exécution défectueuse d'un droit du *paquet* par la nullité sans grief¹⁴³², à la rétention administrative de l'étranger et même à l'appliquer avec plus de rigueur¹⁴³³. Un tel phénomène venait consolider

¹⁴²⁷ Art. L. 551-2 CESEDA.

¹⁴²⁸ Ancien art. L. 551-2 CESEDA.

¹⁴²⁹ Cass. civ. I, 31 janv. 2006, 5 espèces, n^{os} 04-50.093, 04-50.121, 04-50.128, 04-50.129 et 04-50.157 : *Bull. civ. I*, n^o 45 : *AJP*, 2006, p. 165, obs. H. GACON ; *Rev. crit. DIP*, 2006 p. 369, obs. P. LAGARDE.

¹⁴³⁰ Le délai entre la notification des droits et la possibilité de les exercer approchait quatre heures dans toutes les affaires, sauf pour une, dans laquelle le report n'avait pu être quantifié.

¹⁴³¹ *V. supra*, n^o 270.

¹⁴³² *V.* pour la nullité sans grief causée par le défaut de célérité ou d'ampleur des célérités mises à la charge de l'officier de police judiciaire pour joindre l'avocat, Cass. crim., 10 mai 2001, n^o 01-81.762 : *Bull. crim.*, n^o 118 et Cass. crim., 29 nov. 2006, n^o 06-82.699 : *inédit*.

¹⁴³³ Par principe, l'irrégularité de la procédure dans la rétention administrative permet alors au juge du fond de la prolongation de la rétention de libérer. Plus qu'une nullité sans grief, le vice de procédure pour la rétention administrative ne concernait pas la mauvaise exécution du droit sollicité par la personne arrêtée, mais l'impossibilité de l'exécution immédiate, indépendamment de la volonté de l'étranger d'en bénéficier. Enfin, la

le rattachement du *paquet* à la protection de la sûreté et faire finalement du *paquet* du suspect un *paquet* de moindre vigueur, sur ce point au moins.

340. **L'atténuation jurisprudentielle : le droit de l'étranger à bénéficier de la mise à disposition immédiate d'un moyen de communication.** La jurisprudence judiciaire a largement atténué le principe, en estimant que la mise à disposition d'un téléphone, y compris celui personnel de l'étranger, dès la notification des droits et pendant le transfert, suffisait à le mettre en mesure d'exercer ses droits au moment de celle-ci, sans qu'il soit nécessaire de contrôler le délai de son transfert entre le poste de police et le centre de rétention, rejetant par principe l'existence dans ce cas d'un grief, alors pourtant que ce délai aboutit nécessairement à retarder l'assistance effective du médecin¹⁴³⁴. L'absence de contrôle de la durée du transfert entre le local de police et le centre de rétention apparaît désormais bien ancrée dans la jurisprudence judiciaire¹⁴³⁵.

341. **La neutralisation législative : le droit de l'étranger à l'exercice des droits du *paquet* « à compter de son arrivée au lieu de détention ».** Le législateur a plus franchement neutralisé cette jurisprudence protectrice, en reportant l'exercice des droits du *paquet* accordés à l'étranger en rétention, au moment « de son arrivée au lieu de rétention »¹⁴³⁶, et le juge judiciaire a dû logiquement s'incliner¹⁴³⁷. Un tel recul entre la notification des droits et leur exercice, notamment pour le droit à l'assistance d'un avocat, alors que celui-ci ne fait pas l'objet de recul pour la garde à vue de droit commun, affaiblit le *paquet* de droits généré par l'arrestation, d'autant plus que la possibilité de recourir à une

nullité concerne tous les éléments du *paquet*, y compris le droit à un examen médical et le droit de prévenir un tiers, droits dont le défaut d'exécution reste soumis au grief dans la garde à vue [v. *supra*, n° 225 et s.].

¹⁴³⁴ Cass. civ. I, 4 nov. 2010, n° 09-14.150 : *inédit*. Le temps de transport avait duré près de 2 h 30. *A contrario*, l'impossibilité de contacter par téléphone un avocat dès la notification des droits [Cass. civ. I, 31 mars 2010, n° 09-14.491 : *inédit*] et pendant le transfert [Cass. civ. I, 1^{er} juin 2011, n° 10-14.415 : *inédit*] autorise le juge à refuser la prolongation de la rétention administrative.

¹⁴³⁵ Cass. civ. I, 27 mai 2010 : 09-12.739 : *inédit*. – Cass. civ. I, 26 janv. 2011, n° 09-12.665 : *Bull. civ. I*, n° 16 ; *Dr. adm.*, 2011, comm. n° 39, obs. V. TCHEN. L'étranger évoquait un choix délibéré de l'autorité de police portant sur un centre plus éloigné, afin d'échapper à la compétence d'un juge judiciaire dont la jurisprudence serait jugée trop libérale. – Cass. civ. I, 26 oct. 2011, n° 10-30.778 : *inédit*. En l'espèce, le transport avait pourtant duré de 18 h 30 à 23 h 50.

¹⁴³⁶ Art. L. 551-2 CESEDA tel qu'issu de la loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité : *J. O.*, 17 juin 2011, p. 10290 ; *Rev. crit. DIP*, 2011, p. 499, comm. D. TURPIN ; *RFDA*, 2011, p. 934, comm. H. LABEYLE ; *AJDA*, 2011, p. 1936, comm. O. LECUCQ ; *RDSS*, 2011, p. 940, note F. MANANGA (spéc. sur les mineurs isolés) ; *Dr. admin.*, 2001, étu. n° 17, comm. V. TCHEN ; *JCP A*, 2011, n° 2243, comm. V. BARBÉ ; *JCP A*, 2011, n° 2304, comm. L. DOMINGO. La même loi a aussi altéré l'exercice des mêmes droits octroyés à l'étranger maintenu en zone d'attente. Ainsi, la loi prévoit désormais qu'« en cas de maintien simultané en zone d'attente d'un nombre important d'étrangers, la notification des droits mentionnés au premier alinéa s'effectue dans les meilleurs délais, compte tenu du nombre d'agents de l'autorité administrative et d'interprètes disponibles », ces mêmes circonstances permettant de reporter l'exercice de ces droits « dans les meilleurs délais » [art. L. 221-4 CESEDA].

¹⁴³⁷ Cass. civ. I, 15 mai 2013, n° 12-14.566 : à paraître au *Bulletin*.

retenue factuelle préalable à la décision de placement en rétention administrative reste d'actualité¹⁴³⁸, et son utilisation aboutit à accroître encore le temps de privation de liberté de police sans protection du *paquet* : dans ce cas, le droit à l'assistance de l'avocat n'est pas assuré dès le début de la privation de liberté, et son défaut de reconnaissance supra-légale empêche de remettre en cause la disposition législative. Au moins le juge judiciaire devrait-il désormais développer son contrôle de la durée du transport de l'étranger jusqu'au lieu de privation de liberté.

342. **Le refus juridictionnel de forcer l'organisation d'une permanence des avocats.** Le droit de la garde à vue impose au Bâtonnier de procéder à la désignation d'un avocat commis d'office, si bien que l'organisation d'une permanence apparaît implicitement consacrée par la loi¹⁴³⁹. Un tel mécanisme n'existe pas pour la détention administrative de l'étranger, et le juge administratif a même expressément réfuté, pour la rétention administrative de l'étranger, l'existence d'une obligation légale permettant de forcer l'organisation d'une permanence¹⁴⁴⁰. Le commissaire du Gouvernement¹⁴⁴¹ avait estimé que la création des permanences dépassait la lettre de la loi qui formulait une simple « *obligation de moyens et non une obligation de résultats* »¹⁴⁴², en se référant notamment aux solutions

¹⁴³⁸ La retenue pour vérification du droit au séjour, dotée d'un *paquet*, s'applique en principe à l'étranger qui refuse de présenter son titre de séjour ou n'arrive pas à le justifier [v. les art. 611-1 et 611-1-1 CESEDA]. L'étranger qui lors du contrôle avouerait spontanément son défaut de titre ne doit donc pas être retenu sur ce cadre de privation de liberté, mais la procédure d'éloignement devrait être directement déclenchée à l'aide d'une retenue factuelle admise en jurisprudence [v. *supra*, n° 152].

¹⁴³⁹ Le Bâtonnier, chargé de l'organisation de la désignation des avocats commis d'office est libre d'organiser un roulement fixé par avance, dont se trouvent exclues certaines catégories d'avocats, à condition de distinguer « *des situations qui ne sont pas identiques* » [Cass. civ. I, 24 juin 1997, n° 95-13.100 : *inédit*]. Le même arrêt, qui validait la légalité de la sanction disciplinaire de l'avocat défaillant à la permanence, excluait la qualification de travail forcé et obligatoire ou de réquisition, dès lors que la permanence de l'avocat permet l'exercice d'un « *droit de la défense* ». La Cour européenne des droits de l'Homme a aussi exclu la qualification de travail forcé, dans le cas particulier d'un avocat stagiaire obligé d'assurer gratuitement la défense d'un suspect [CEDH, plén., 23 nov. 1983, *Van der Musselle c. Belgique*, req. n° 8919/80 : *Rec. CEDH*, série A, n° 70].

¹⁴⁴⁰ CE, 30 déc. 2002, *Ordre des avocats à la Cour de Paris*, n° 234415 ; *AJDA*, 2003, p. 239, concl. M. GUYOMAR. Le Conseil de l'Ordre des avocats à la Cour de Paris demandait au préfet l'installation d'une permanence journalière d'avocats, au centre de rétention. Le préfet refusait de satisfaire cette demande, estimant la pratique d'alors satisfaisante. Celle-ci se limitait à la remise d'un numéro de téléphone et de télécopie à l'étranger lui permettant d'entrer en contact avec un Conseil. Le tribunal administratif avait annulé la décision, dès lors que les dispositions législatives alors en vigueur « *impliquent que les étrangers placés en rétention administrative disposent de toutes les facilités nécessaires à la défense effective de leurs droits et, notamment, puissent demander l'assistance d'un conseil dès leur arrivée au centre de rétention* » [TA Paris, 21 juin 2000 : cité par M. GUYOMAR dans ses conclusions précitées]. À l'inverse, la Cour d'appel administrative de Paris estimait que « *si la mise en œuvre de ce droit à l'assistance d'un conseil peut, avec l'accord des autorités administratives compétentes, prendre la forme d'une permanence d'avocats située au sein des centres de rétention, ni l'article 35 bis ni aucune autre disposition n'impose de telles modalités* » [CAA Paris, 3 avr. 2001, *min. Intérieur*, n° 00PA02584 : *Légifrance*].

¹⁴⁴¹ V. les conclusions de M. Guyomar précitées.

¹⁴⁴² V. les conclusions de M. Guyomar précitées.

dégagées en matière de garde à vue. Le même rejet de la création de permanences d'avocats était étendu au maintien en zone d'attente¹⁴⁴³.

343. **Les conséquences dommageables du défaut de consécration supra-légale du droit à l'assistance de l'avocat dès l'arrestation.** À défaut de consécration supra-légale du droit à l'assistance de l'avocat dans la privation de liberté de police, le législateur se retrouve libre d'organiser comme il l'entend l'assistance de l'avocat, sous la seule limite de respecter le standard minimum de l'article 5 § 4. Si le juge administratif a cherché à donner une certaine efficience à l'étendue législative des droits de la défense contre la privation de liberté dans le domaine de la détention de l'étranger, en imposant dans les lieux de détention un local adapté à l'entretien entre l'avocat et le détenu¹⁴⁴⁴, il ne peut aller non plus au-delà de la lettre de la loi. Par comparaison, le rattachement de l'assistance de l'avocat aux droits de la défense pénale permet, à deux titres sur le fondement de l'article 34 de la Constitution¹⁴⁴⁵, d'opérer un contrôle de la qualité de la loi organisant son intervention¹⁴⁴⁶.

¹⁴⁴³ CE, 30 juil. 2003, *Ordre des avocats à la Cour de Paris*, n° 248084 : inédit ; *JCP A*, 2003, actu., n° 1908, obs. V. TCHEN.

¹⁴⁴⁴ V. *supra*, n° 328.

¹⁴⁴⁵ L'article attribue la définition de l'assistance de l'avocat en garde à vue à la compétence du législateur au titre de la définition des règles de « la procédure pénale », mais aussi au titre de la définition des règles concernant « les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ».

¹⁴⁴⁶ Cons. const., déc. n° 2011-223 QPC du 17 févr. 2012, [*Ordre des avocats au Barreau de Bastia*] : *J. O.*, p. 2846 : *AJP*, 2012, p. 342, J.-B. PERRIER ; *Constitutions*, 2012, p. 316, A. DARSONVILLE ; *Gaz. Pal.*, 25-27 mars 2012, p. 14, obs. V. NIORE et R. SOFFER ; *LPA*, 1^{er} oct. 2012, chron. V. TELLIER-CAYROL. L'ancien art. 706-88-2 du Code de procédure pénale prévoyait que « le juge des libertés et de la détention, saisi par le procureur de la République à la demande de l'officier de police judiciaire, ou le juge d'instruction lorsque la garde à vue intervient au cours d'une instruction, peut décider que la personne sera assistée par un avocat désigné par le Bâtonnier sur une liste d'avocats habilités, établie par le bureau du Conseil national des Barreaux sur propositions des conseils de l'ordre de chaque Barreau ». Le Conseil constitutionnel, qui intégrait le choix du défenseur dans sa définition de l'assistance effective en garde à vue [cons. n° 7], reprochait à la loi de ne pas obliger le juge « à motiver la décision » et de ne pas définir « les circonstances particulières de l'enquête ou de l'instruction et les raisons permettant d'imposer une telle restriction aux droits de la défense » [*ibid.*]. Sur le fondement de l'article 34 de la Constitution, le Conseil constitutionnel sanctionnait le défaut de la loi, incapable d'« encadrer le pouvoir donné au juge de priver la personne gardée à vue du libre choix de son avocat » [*ibid.*].

344. **Le défaut d'efficience du droit à l'assistance d'un avocat de la personne arrêtée : le révélateur du confinement des droits de la défense contre la privation de liberté.** En dehors du suspect, le droit à l'assistance d'un avocat de la personne arrêtée souffre d'un défaut de valeur supra-légale, et son étendue est dépendante de la volonté législative, empêchant d'en faire une manifestation précoce des droits de la défense contre la privation de liberté, notion elle-même réduite au seul périmètre de l'article 5 § 4. Même lorsque le législateur a organisé une intervention large de l'avocat dans la privation de liberté de police, la faible intensité du contrôle des moyens mis en œuvre pour assurer son exécution la nuance encore. Quant au droit du suspect à l'assistance d'un avocat pendant la privation de liberté de police, sa consécration supra-légale sur les droits de la défense pénale n'aboutit pas non plus à lui assurer une franche étendue, alors qu'il profite déjà d'une confusion lui permettant d'englober des éléments qui concernent plutôt les droits de la défense contre la privation de liberté : le développement des droits de la défense dans la privation de liberté se fait au détriment du développement des droits de la défense contre la privation de liberté.

345. Plus spécialement concernant le droit de la garde à vue, l'étude du droit à l'assistance de l'avocat¹⁴⁴⁷ montre que les principes protecteurs exprimés avec force par la jurisprudence judiciaire, notamment quant à l'importance du *paquet* de droits, subissent en réalité de nombreux aménagements. La légèreté des exigences, concernant les diligences mises à la charge de l'officier de police judiciaire pour joindre l'avocat, menace de relativiser l'effet de la réforme de la garde à vue.

346. La critique majoritaire de l'insuffisance de l'étendue de l'assistance de l'avocat, dans le nouveau droit de la garde à vue, ne doit en tout cas plus être formulée en considération des seuls droits de la défense, mais doit s'étoffer du défaut à assurer une pleine défense contre la privation de liberté.

¹⁴⁴⁷ Comme celle de la notification des droits [v. *supra*, n° 230 et s.], celle du droit à l'examen médical [v. *supra*, n° 226], celle du droit de prévenir un tiers [v. *supra*, n° 225], ou celle de l'information immédiate du magistrat de l'autorité judiciaire [v. *infra*, n° 625 et s.].

347. **Le droit à la sûreté subjective : le défaut.** En incorporant le même *paquet* de droits généré par l'arrestation dans les différents cas de privation de liberté de police, qu'ils concernent le suspect, l'étranger ou l'aliéné, le législateur a défendu une vision uniforme de la privation de liberté, indépendamment de son domaine ou de sa nature. Ce phénomène est un élément essentiel de la construction de la théorie générale. La jurisprudence judiciaire a amplifié le mouvement, en étendant les principes découverts en matière de garde à vue aux autres cas de privation de liberté de police : le droit de la garde à vue a servi de modèle, tant pour l'unification législative, que pour l'unification jurisprudentielle.

348. À ce titre, il est paradoxal que le modèle de la garde à vue apparaisse à la traîne, notamment du fait du défaut de la pleine consécration du chaînage de la privation de liberté en ce domaine, l'invalidité de la phase policière, notamment à cause de l'irrespect du *paquet*, n'étant pas de nature à empêcher la prolongation de la privation de liberté dans sa forme judiciaire, à l'inverse de la détention de l'étranger. Une telle fracture dans les effets de la sanction du *paquet* montre que celui du suspect n'a jamais été véritablement détaché des droits de la défense : il ne s'intègre pas parfaitement dans l'approche globale de la privation de liberté et concerne plus la régularité de la procédure pénale que la régularité de la détention.

349. De manière plus générale, l'efficacité relative du droit à l'assistance par un avocat et l'étendue limitée du droit à l'information des raisons de l'arrestation, éléments pourtant de premier ordre du *paquet*, bénéficient d'une protection imparfaite, et si le droit à la notification des droits reste sans doute l'élément du *paquet* le plus en pointe, il ne saurait suffire à caractériser l'existence d'un véritable droit à la sûreté subjective.

350. **Le droit à la sûreté : le défaut.** Finalement, ni la sûreté objective, étudiée surtout à travers le principe de la légalité, ni la sûreté subjective, étudiée surtout à travers le *paquet* de droits généré par l'arrestation, n'apparaissent comme des digues suffisantes pour borner l'arbitraire. L'étude de la légalité montre même un défaut culturel du droit français à protéger la liberté individuelle. Quant à la Cour européenne des droits de l'Homme, ses hésitations à la consécration du *paquet* de droits, sous l'angle de l'article 5, nuancent forcément ses affirmations, qui font de la lutte contre l'arbitraire le principe directeur de sa jurisprudence. Cette intégration apparaît pourtant comme le moyen le plus naturel pour lui donner une protection supra-légale, avancée indispensable à la consécration de la sûreté subjective. Dans ces conditions, le droit à la sûreté ne peut être caractérisé, et l'encadrement abstrait de la privation de liberté rejoint souvent le droit commun de l'atteinte à la liberté fondamentale. Le développement du contrôle de l'égalité devant la privative de liberté et surtout l'intensité élevée du contrôle de la délimitation de la privation de liberté, afin d'assurer le respect du droit de ne pas subir une rigueur non nécessaire, deviennent plus indispensables encore, au regard du défaut du droit à la sûreté.

351. **Le droit à l'égalité devant la loi privative de liberté, trait d'union entre le droit à la sûreté et le droit de ne pas subir une rigueur non nécessaire.** Sans constituer un droit encore riche, l'égalité devant la loi privative de liberté, en développement dans le contrôle supra-légal, pourrait devenir le troisième grand principe d'encadrement abstrait de la norme privative de liberté. Il se retrouve à la croisée du droit à la sûreté et du droit de ne pas subir une rigueur non nécessaire, pour lutter contre l'arbitraire législatif, résidant dans le traitement plus sévère d'une catégorie de personnes, sans justification légitime. De manière classique, l'égalité n'est pas absolue et tolère des discriminations justifiées, si bien que le principe n'a pas vocation, en principe, à assurer l'égalité des droits des personnes privées de liberté dans tous les cas, mais dans ceux similaires.

352. Ainsi le Conseil constitutionnel a-t-il fait une application du principe de l'égalité, sur le fondement de l'article 66, pour censurer un régime privatif de liberté similaire à la détention provisoire, sans consacrer des garanties similaires¹⁴⁴⁸, dans un raisonnement qui pourrait empêcher le législateur de réduire l'étendue d'un *paquet* de droits, par rapport à celui consacré au profit de la personne arrêtée pour une cause approachante. Sa réserve du mandat d'amener, dans le silence de la loi, au suspect d'une infraction punie d'emprisonnement¹⁴⁴⁹, en se référant à cette même limite, consacrée par la loi pour le mandat d'arrêt¹⁴⁵⁰, apparaît comme une application implicite du principe d'égalité. La Cour européenne des droits de l'Homme s'est également servie du principe d'égalité¹⁴⁵¹, pour contrôler abstraitement des conditions d'obtention de l'aménagement des peines¹⁴⁵², pour un contentieux pourtant écarté

¹⁴⁴⁸ Cons. const., déc. n° 93-325 DC du 13 août 1993 portant sur la loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France : *J. O.*, 18 août 1993, p. 11722 ; *RFDA*, 1993, p. 871, comm. B. GENEVOIS ; consid. n° 111 et s. Le Conseil constitutionnel qualifiait le cas soumis à son examen de privation de liberté s'exerçant « dans le cours d'un procès pénal », pour estimer qu'« elle ne saurait être assortie de garanties moindres que celles assurées aux personnes placées en détention provisoire ».

¹⁴⁴⁹ Cons. const., déc. n° 2011-133 QPC du 24 juin 2011, [M. Z.] : *J. O.*, 25 juin 2011, p. 10840 ; *AJP*, 2011, p. 602, obs. J.-B. PERRIER ; *Procédures*, n° 8, 2011, comm. 276, note A. S. CHAVENT-LECLÈRE.

¹⁴⁵⁰ Art. 133 CPP.

¹⁴⁵¹ Le contrôle européen est alors réalisé sur la combinaison des articles 5 et 14, ce dernier prohibant la discrimination injustifiée dans les droits protégés par la Convention.

¹⁴⁵² CEDH, sect. IV, 13 juil. 2010, *Clift c. Royaume-Uni*, req. n° 7205/07, en angl. En l'espèce, le requérant, condamné à dix-huit ans d'emprisonnement, devait, pour obtenir sa libération conditionnelle, recueillir l'approbation du ministre et de la Commission de libération conditionnelle. Pour les détenus condamnés à perpétuité ou à une peine à temps de moins de quinze ans, seule l'approbation de la Commission de libération conditionnelle était nécessaire. La Cour étudiait les conditions classiques de la caractérisation de la discrimination. Le critère de discrimination, le *quantum* de la peine en l'espèce, n'est pas expressément interdit par l'article 14 de la Convention qui contient une liste des critères de discrimination interdits, mais celle-ci reste ouverte, visant finalement « toute autre situation ». Si sa jurisprudence a exclu de considérer comme critère de discrimination prohibé la gravité des infractions dans le domaine de la libération conditionnelle [CEDH, gde ch., 8 juil. 1999, *Gerger c. Turquie*, req. n° 24919/94 ; § 69], la cour considère en l'espèce que le *quantum* de la peine prononcée ne dépend pas uniquement de la gravité de l'infraction [§ 61]. La Cour se fonde sur le but même de l'article 5, éviter les détentions arbitraires, sortant du droit de la discrimination, pour établir que des

de l'article 5 en principe¹⁴⁵³. La Cour a même appliqué son contrôle de l'égalité dans la privation de liberté, dans une dimension plus concrète, à des décisions juridictionnelles, concernant l'aménagement de la rétention de sûreté allemande, et plus précisément des demandes pour bénéficier de conditions de détention plus libérales¹⁴⁵⁴, autre domaine dans lequel l'article 5 est inopérant en principe¹⁴⁵⁵. Ce contrôle en accroissement touche aussi les restrictions aux autres libertés fondamentales générées par la privation de liberté¹⁴⁵⁶. Le développement du droit à l'égalité devant la norme privative de liberté et même, plus largement pour inclure une dimension concrète, du droit à l'égalité dans la privation de liberté, pourrait mettre à jour un nouveau moteur de la construction de la théorie générale. En l'état, le contrôle de l'égalité n'est pas de nature à compenser le défaut du droit à la sûreté, et seule la défense ferme du droit de ne pas subir une rigueur non nécessaire est de nature à rehausser l'encadrement abstrait de la norme privative de liberté.

distinctions injustifiées fondées sur le *quantum* de la peine prononcée peuvent être constitutives de détentions arbitraires, pour faire du *quantum* un critère de discrimination soumis au contrôle de la disposition [§ 62]. La discrimination inconvictionnelle suppose de caractériser une différence de traitement dans une situation analogue. Pour la Cour, quel que soit le *quantum* de la peine prononcée, la demande de libération conditionnelle repose toujours sur l'évaluation des risques à libérer le détenu [« *The decision whether to allow early release is a risk-assessment exercise : failure to approve early release is not intended to constitute further punishment but to reflect the assessment of those qualified to conduct it that the prisoner in question poses an unacceptable risk upon release* » ; § 67]. Elle estime en conséquence que les détenus demandant une libération conditionnelle se trouvent dans la même situation. Le troisième critère réside dans l'absence de justification raisonnable et objective à la discrimination. En l'espèce, le système critiqué posait des conditions plus strictes à la libération des condamnés à moins de quinze ans de privation de liberté, qu'à la libération des condamnés perpétuellement. Cette discrimination ne peut logiquement se fonder sur l'objectif légitime d'assurer une meilleure sécurité publique [§ 75]. Quant à la distinction entre les condamnés à temps, la Cour admet que des conditions plus restrictives pour la libération des condamnés à plus de quinze ans peuvent se justifier, au regard de l'objectif de sécurité publique, par rapport aux condamnés à une peine à temps moindre [§ 76]. Cependant, la Cour estime que l'avis du ministre ne garantit pas une meilleure sécurité publique [§ 77]. Finalement, l'ensemble du système était qualifié de discriminatoire et contraire à la Convention : le contrôle opéré par la Cour se rapprochait d'un contrôle abstrait des conditions juridiques d'octroi de la libération conditionnelle, lorsque le mécanisme repose sur des distinctions de *quantum* de la peine prononcée, système classique en matière d'aménagement de peine, si bien qu'un tel contrôle est sûrement appelé à se développer. Néanmoins, l'espèce apprenait peu sur ses potentiels apports, la violation étant évidente pour un système archaïque et incohérent.

¹⁴⁵³ V. *infra*, n° 492 et les renvois réalisés.

¹⁴⁵⁴ CEDH, sect. V, 22 mars 2012, *Rangelov c. Allemagne*, req. n° 5123/07, en angl. La Cour censurait le refus d'accorder à la personne privée de liberté des conditions de détention plus souples, qui lui auraient permis de suivre une thérapie susceptible d'établir la disparition de sa dangerosité et donc d'obtenir la levée de la mesure de sûreté, en raison de la crainte que l'étranger en profite, pour se soustraire à la procédure d'expulsion menée contre lui. – CEDH, sect. II, 1^{er} juin 2010, *Celikkaya c. Turquie*, req. n° 34026/03, *déc.* En revanche, la discrimination ne peut être soulevée concernant le rejet, par rapport à d'autres détenus, d'une demande de libération conditionnelle facultative, dès lors que l'article 5 n'intègre pas le contrôle de ces décisions.

¹⁴⁵⁵ V. *infra*, n° 476 et s.

¹⁴⁵⁶ V. par ex., concernant la sanction des différences d'accès aux visites familiales et à un poste de télévision, plus sévères pour le détenu en détention provisoire, que celui purgeant sa peine, fondée sur la combinaison des articles 8 et 14 de la Convention, CEDH, sect. III, 13 déc. 2011, *Laduna c. Slovaquie*, req. n° 31827/02 : *Rec. CEDH*, 2011. V. pour la sanction sur la même combinaison de la distinction entre couple marié et couple non marié, quant à l'étendue du droit de téléphoner, CEDH, sect. V, 22 mai 2008, *Petrov c. Bulgarie*, req. n° 15197/02, en angl.

Titre II./ LE DROIT DE NE PAS SUBIR UNE RIGUEUR NON NÉCESSAIRE

353. **La délimitation de la privation de liberté.** La sûreté objective, qui impose au législateur d'adopter une loi de qualité, dans sa rédaction et dans son contenu¹⁴⁵⁷, n'oblige pas le législateur, quant à la délimitation qu'il entend opérer de la privation de liberté¹⁴⁵⁸, et n'atteint pas le cœur de la compétence législative¹⁴⁵⁹. L'encadrement de la délimitation de la privation de liberté constitue une mise sous tutelle plus sévère du législateur, de nature à se prémunir de ses excès, en réduisant sa marge d'appréciation.

354. **La protection de l'ordre public : bien juridique de la privation de liberté**¹⁴⁶⁰. La privation de liberté est par nature un moyen abouti de contrôle, de surveillance ou de coercition et un outil privilégié d'oppression. Si la privation de liberté a pour conséquence la suppression d'une liberté fondamentale, elle ne peut en revanche servir à sanctionner le seul usage d'une liberté fondamentale, sans perdre toute légitimité¹⁴⁶¹, premier principe restreignant le champ de la privation de liberté. Au-delà, la détermination des biens juridiques¹⁴⁶² de la privation de liberté permet une première délimitation.

¹⁴⁵⁷ V. *supra*, n° 140 et s.

¹⁴⁵⁸ Ce qui milite pour sa consécration pleine et entière.

¹⁴⁵⁹ V. sur la compétence législative pour délimiter la privation de liberté, *supra*, n° 155 et s.

¹⁴⁶⁰ Si la protection de l'ordre public subit parfois la concurrence d'un autre bien juridique, celui de la protection de la personne privée de liberté [v. *infra*, n° 402 et s.], il reste présent pour chaque cas de privation de liberté.

¹⁴⁶¹ V. par ex. CEDH, sect. III, 2 oct. 2012, *Kakabadze et autres c. Géorgie*, req. n° 1484/07, en angl. ; § 64 et s. Les requérants avaient été condamnés à trente jours de privation de liberté, pour avoir manifesté dans la rue, avant un procès. La condamnation du juge reposait sur une base légale spéciale, visant à réprimer les perturbations à l'intérieur d'un Palais de justice et des rapports d'huissiers de justice, manifestement falsifiés. La Cour européenne des droits de l'Homme sanctionnait, sur le fondement de l'article 5 § 1^{er} et de la lutte contre les détentions arbitraires, la négligence du juge et la mauvaise foi des autorités, dans le recours à la privation de liberté. – CEDH, sect. III, 10 avr. 2012, *Hakyobyan et autres c. Arménie*, req. n° 34320/04, en angl. Les requérants avaient fait l'objet d'une arrestation sur des éléments fabriqués, la réelle motivation de leur privation de liberté tenant à leur appartenance politique. La Cour estimait que les autorités nationales avaient agi de mauvaise foi et le juge avec négligence. – CEDH, sect. V, 3 juil. 2012, *Lutsenko c. Ukraine*, req. n° 6492/11, en angl. ; § 70. La détention provisoire d'un homme politique ne saurait servir à l'empêcher de s'exprimer ou se fonder sur son refus de reconnaître les faits.

¹⁴⁶² La notion de bien juridique, qui fonde l'incrimination en droit italien [E. DOLCINI et G. MARINUCCI, « La Constitution et le droit pénal en Italie : structure de l'infraction et contraintes pour le législateur dans le choix des biens juridiques » ; *RSC*, 1996, p. 317] et en droit allemand [X. PIN, « La théorie du consentement de la victime en droit pénal allemand » ; *RSC*, 2003, p. 259], correspond à des valeurs, que le législateur a l'obligation de protéger par l'adoption d'incriminations et qui limitent sa compétence pénale : la notion a « *une consistance plus concrète, qui commande la structure même des infractions* » [X. PIN, *op. cit.*].

355. De manière pragmatique, la Convention européenne des droits de l'Homme contient une liste exhaustive des cas de la privation de liberté, définis de manière concrète, faisant de la Cour européenne des droits de l'Homme l'un des juges de la norme nationale privative de liberté¹⁴⁶³. La privation de liberté, insusceptible d'être rattachée à un cas défini par la liste de l'article 5 § 1^{er}, reçoit la qualification de détention arbitraire¹⁴⁶⁴. Les différents cas retenus dans la liste ont pour point commun d'assurer la protection de l'ordre public¹⁴⁶⁵ sauf le cas de la privation de liberté pour exécution d'une obligation¹⁴⁶⁶, la nature de celle-ci n'étant pas définie, et le cas de la privation de liberté du mineur pour son éducation surveillée¹⁴⁶⁷, l'objectif de protection de l'ordre public étant plus éloigné, celui prioritaire tenant dans le relèvement du mineur. Quant au droit français, à titre de sanction, de mesure de sûreté, de mesure de police administrative, ou de mesure de police judiciaire, le recours à la privation de liberté a toujours été justifié par le Conseil constitutionnel sur le fondement de la protection de l'ordre public, ou par l'utilisation d'une de ses composantes¹⁴⁶⁸. Bien juridique

¹⁴⁶³ Alors que la Cour européenne des droits de l'Homme est saisie en principe d'un cas concret d'ingérence, elle se retrouve investie du pouvoir de qualification du cas de privation de liberté national, pour apprécier si celui-ci est couvert par la liste de l'article 5 § 1^{er}, lui conférant ainsi le contrôle abstrait de la délimitation de la privation de liberté. De la même manière, alors que la Convention renvoie directement au respect du droit national, la Cour en a tiré compétence pour apprécier elle-même la violation du droit national. La Cour a aussi accru son contrôle concret de la privation de liberté, par la découverte de principes inclus dans l'article 5 § 1^{er}, sur le fondement de la lutte contre l'arbitraire, dont l'appréciation de la proportionnalité [CEDH, gde ch., 29 janv. 2008, *Saadi c. Royaume-Uni*, req. n° 13229/03 : *Rec. CEDH* ; *AJDA*, 2008, p. 978, chron. J.-F. FLAUS]. La Cour européenne des droits de l'Homme dispose en conséquence de tous les outils nécessaires au contrôle poussé de la privation de liberté.

¹⁴⁶⁴ CEDH, sect. V, 21 déc. 2012, *Ichin et autres c. Ukraine*, req. n°s 28189/04 et 28192/04 ; § 40.

¹⁴⁶⁵ L'article 5 § 1^{er}-a) permet la privation de liberté punitive en visant la détention « *après condamnation par un tribunal compétent* ». L'article 5 § 1^{er}-c) concerne la détention du suspect « *arrêté et détenu en vue d'être conduit devant l'autorité judiciaire compétente, lorsqu'il y a des raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis une infraction ou qu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir après l'accomplissement de celle-ci* ». L'article 5 § 1^{er}-f) concerne la détention de l'étranger « *pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou contre [lequel] une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours* ». L'article 5 § 1^{er}-e) vise la détention préventive de la personne dangereuse pour l'ordre public soit « *d'une personne susceptible de propager une maladie contagieuse, d'un aliéné, d'un alcoolique, d'un toxicomane ou d'un vagabond* ».

¹⁴⁶⁶ La Convention vise la détention « *pour insoumission à une ordonnance rendue, conformément à la loi, par un tribunal ou en vue de garantir l'exécution d'une obligation prescrite par la loi* ».

¹⁴⁶⁷ Art. 5 § 1^{er}-d).

¹⁴⁶⁸ Concernant la peine, le Conseil constitutionnel note que la mesure est « *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* » [déc. n° 93-334 DC du 20 janv. 1994 : préc. ; consid. n° 13]. Concernant la détention pénale de sûreté, le Conseil constitutionnel a admis le principe de la rétention de sûreté, en vérifiant que le législateur a assuré « *la conciliation qui lui incombe entre, d'une part, la liberté individuelle dont l'article 66 de la Constitution confie la protection à l'autorité judiciaire et, d'autre part, l'objectif de prévention de la récidive poursuivi* » [déc. n° 2008-562 DC du 21 févr. 2008 : préc.]. Quant à la mesure de sûreté de police administrative, le Conseil constitutionnel valide le placement en cellule de dégrisement, en retenant que la détention vise à « *prévenir les atteintes à l'ordre public et [à] protéger la personne* » [déc. n° 2012-253 QPC du 8 juin 2012 : préc.]. Le principe de la vérification d'identité, prise dans un cadre de police judiciaire ou un cadre de police administrative, est justifié par « *la conciliation qui doit être opérée entre l'exercice des libertés constitutionnellement reconnues et les besoins de la recherche des auteurs d'infractions et de la prévention* ».

certain autorisant le recours à la privation de liberté, la meilleure définition de l'ordre public reste l'énumération de ses composantes, dégagées par le droit administratif et consacrées dans la loi¹⁴⁶⁹ : le « *bon ordre* », la « *sûreté* »¹⁴⁷⁰, la « *sécurité* »¹⁴⁷¹ et la « *salubrité publique* ».

356. Même utile à la délimitation de la privation de liberté, l'ordre public demeure une notion délicate à manier et forcément dangereuse pour les libertés : « *à l'impossible définition, le Conseil constitutionnel ajoute [...] l'origine mystérieuse de l'ordre public qui relativise pourtant toutes les normes, quelle que soit leur valeur* »¹⁴⁷². Son usage par le Conseil constitutionnel lui permet d'ajuster opportunément l'intensité de son contrôle sur les libertés fondamentales¹⁴⁷³ et mécaniquement, de faire varier la largesse de la marge d'appréciation dégagée au profit du législateur. Au moins peut-on affirmer que l'intérêt privé ne permet pas le recours à la privation de liberté¹⁴⁷⁴. Classiquement, le Conseil constitutionnel assure le contrôle de la conciliation réalisée par le législateur entre la protection de l'ordre public et l'atteinte à la liberté individuelle¹⁴⁷⁵, en se référant à la trilogie de l'interdiction de l'application de toute rigueur non nécessaire.

d'atteintes à l'ordre public, notamment à la sécurité des personnes et des biens, nécessaires, l'une et l'autre, à la sauvegarde de droits de valeur constitutionnelle ».

¹⁴⁶⁹ Art. L. 2212-2 du Code général des collectivités territoriales. Il est regrettable que la définition d'une notion aussi importante ne soit pas clairement posée par le Conseil constitutionnel. Le bloc de constitutionnalité ne fait référence à l'ordre public qu'à l'article 11 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, évoqué comme une limite à la liberté d'opinion : « *nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi* ».

¹⁴⁷⁰ La sûreté est alors utilisée dans son sens qui se rapproche de la sécurité et justifie des ingérences aux libertés fondamentales [voir P. DELVOLVÉ, « Sécurité et sûreté » ; *RFDA*, 2012, p. 1085].

¹⁴⁷¹ La notion, qui commande directement la privation de liberté des personnes dangereuses, est un élément de l'ordre public [Cons. const., déc. n° 94-352 DC du 18 janv. 1995 portant sur la loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité : *J. O.*, 21 janv. 1995, p. 1154], qualifiée tantôt de principe à valeur constitutionnelle [Cons. const., déc. n° 80-117 DC du 22 juil. 1980 relative à l'examen de la loi sur la protection et le contrôle en matière nucléaire : *J. O.*, 24 juil. 1980, p. 1867 : « *la reconnaissance du droit de grève ne saurait avoir pour effet de faire obstacle au pouvoir du législateur d'apporter à ce droit les limitations nécessaires en vue d'assurer la protection de la santé et de la sécurité des personnes et des biens, protection qui, tout comme le droit de grève, a le caractère d'un principe de valeur constitutionnelle* »], tantôt d'objectif à valeur constitutionnelle [Déc. n° 94-352 DC du 18 janv. 1995 : *préc.*], tantôt de condition préalable à l'exercice des droits de l'Homme [Cons. const., déc. n° 80-127 DC des 19 et 20 janv. 1981 relative à la loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes : *J. O.*, 22 janv. 1981, p. 308].

¹⁴⁷² CH. VIMBERT, « Ordre public et conseil constitutionnel » ; *RDP*, 1994, p. 693.

¹⁴⁷³ CH. VIMBERT, *op. cit.* : l'auteur estimait que la jurisprudence constitutionnelle sur l'ordre public « *prouve [que] le Conseil finit par définir lui-même, presque souverainement, le contenu et les limites de son contrôle* ».

¹⁴⁷⁴ V. sur la réduction du champ de la contrainte par corps, *infra*, note n° 1583.

¹⁴⁷⁵ Pour un exemple de la formulation typique employée par le Conseil constitutionnel, v. déc. n° 2003-467 DC du 13 mars 2003 : *préc.* ; consid. n° 8 : « *considérant qu'il appartient au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions, toutes deux nécessaires à la sauvegarde de droits et de principes de valeur constitutionnelle, et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties, au nombre desquelles figurent la liberté d'aller et venir et le respect de la vie privée, protégés par les articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ainsi que la liberté individuelle, que l'article 66 de la Constitution place sous la surveillance de l'autorité judiciaire* ».

357. **La trilogie de l'interdiction de toute rigueur non nécessaire.** À établir la borne de l'ordre public, celle-ci reste large et insuffisante pour, prévenir les excès du législateur, d'autant plus que la protection de ce bien juridique est une cause générale d'atteinte aux libertés fondamentales, alors que la gravité de la privation de liberté implique nécessairement un contrôle plus sévère de son découpage, par rapport aux atteintes moins graves à d'autres libertés fondamentales¹⁴⁷⁶ : « *le principe selon lequel nul ne doit être soumis à une rigueur qui ne soit nécessaire* »¹⁴⁷⁷, qui a connu des variations de formulations et de fondements¹⁴⁷⁸ n'aidant pas à la vision uniforme de la privation de liberté¹⁴⁷⁹, permet d'affiner la délimitation de la privation de liberté. Le Conseil constitutionnel a précisé les éléments du contrôle abstrait de l'interdiction de toute rigueur non nécessaire, en établissant une trilogie, fondée sur l'article 66 de la Constitution, et en conséquence applicable à toute privation de

¹⁴⁷⁶ L'examen de la sûreté objective a toutefois montré que la privation de liberté ne faisait pas l'objet, dans ce domaine, d'un contrôle abstrait supérieur au droit commun de l'atteinte à la liberté fondamentale [v. *supra*, n° 140 et s.].

¹⁴⁷⁷ Cons. const., déc. n° 2010-80 QPC du 17 déc. 2010, [M. F.] : *J. O.*, 19 déc. 2010, p. 22374 ; *Constitutions*, 2011, p. 525, note E. DAOUD et A. TALBOT ; *Procédures*, 2011, comm. n° 73, obs. J. BUISSON ; consid. n° 8.

¹⁴⁷⁸ Le contrôle de l'étendue abstraite de la privation de liberté est d'abord apparu sur le fondement de l'article 9 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, cité alors *in extenso* [« *Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi* »], pour le contrôle de la garde à vue du mineur [Cons. const., déc. n° 93-326 DC du 11 août 1993 portant sur la loi modifiant la loi n° 93-2 du 4 janv. 1993 portant réforme du Code de procédure pénale : *J. O.*, 15 août 1993, p. 11599 ; *RFD const.*, 1993, p. 848, note TH. RENOUX ; consid. n° 28, ou déc. n° 93-334 DC du 20 janv. 1994 : *préc.* ; consid. n° 13] et sert sur le même fondement au contrôle de la détention provisoire [Cons. const., déc. n° 2002 461 DC du 29 août 2002 relative à la loi d'orientation et de programmation pour la justice : *J. O.*, 10 sept. 2002, p. 14953 ; consid. n° 72]. Le fondement de l'article 9 sert au contrôle de l'étendue de la privation de liberté de police judiciaire, avant jugement, en vertu du principe, en découlant, « *selon lequel nul ne doit être soumis à une rigueur qui ne soit nécessaire* » [v. pour la rétention aux fins de défèrement, déc. n° 2010-80 QPC du 17 déc. 2010 : *préc.*]. De manière plus énigmatique, le Conseil constitutionnel a déduit de l'article 34 de la Constitution que la compétence législative pour fixer le champ de la procédure pénale s'imposait « *pour éviter une rigueur non nécessaire lors de la recherche des auteurs d'infractions* » [Cons. const., déc. n° 2010-14/22 QPC du 30 juil. 2010, [M. W.] : *J. O.*, 31 juil. 2010, p. 14198 ; *RTD civ.*, 2010 p. 513, obs. P. PUIG ; *RSC*, 2011, p. 139, obs. A. GIUDICELLI ; *D.*, 2010, p. 2254, obs. J. PRADEL ; *AJP*, 2010, p. 470, comm. J.-B. PERRIER ; *Constitutions*, 2010, p. 571, comm. E. DAOUD et E. MERCINIER ; *RSC*, 2011, p. 165, obs. B. DE LAMY ; consid. n° 23]. Le Conseil constitutionnel a généralisé l'application du principe à toute privation de liberté, d'abord sur la combinaison de l'article 66 de la Constitution et l'article 9 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, pour établir le principe selon lequel « *la liberté individuelle ne saurait être entravée par une rigueur qui ne soit nécessaire* » [déc. n° 2008-562 DC du 21 févr. 2008 : *préc.* ; consid. n° 13]. Il a aussi appliqué ce principe, sur le seul fondement de l'article 66, à l'internement de l'aliéné [Cons. const., déc. n° 2010-71 QPC du 26 nov. 2010, [M^{me} S.] : *J. O.*, 27 nov. 2010, p. 21119 ; *Dr. Famille*, 2011, comm. n° 11, note I. MARIA ; *RFDA*, 2011, p. 951, chron. A. PENA ; *JCP*, 2011, n° 189, note K. GRABARCZYK ; *AJDA*, 2011, p. 174, X. BIOY] et à la détention administrative de l'étranger [déc. n° 2011-631 DC du 9 juin 2011 : *préc.*].

¹⁴⁷⁹ Si les différentes formulations utilisées se rejoignent sur la prohibition de la rigueur non nécessaire, principe justifiant le contrôle de la délimitation de la privation de liberté réalisée par le législateur, le contrôle de la privation de liberté pénale avant jugement est fondé sur l'article 9 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, celui de la privation de liberté de police administrative sur l'article 66 de la Constitution et celui de la détention pénale de sûreté sur la combinaison des articles précédents, le maintien de la variété des fondements laissant au Conseil constitutionnel la possibilité de différencier l'intensité de son contrôle.

liberté¹⁴⁸⁰ : « les atteintes portées à l'exercice de [la liberté individuelle] doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées aux objectifs poursuivis »¹⁴⁸¹.

358. Le contrôle de la privation de liberté dans son approche fractionnée.

Le contrôle constitutionnel de la délimitation abstraite de la privation de liberté par le modèle de la trilogie¹⁴⁸² s'applique à un titre de privation isolé, nouvellement créé, ou réformé par le législateur, indépendamment de son positionnement dans une éventuelle succession de titres de détention différents, formant une privation de liberté plus large dans l'approche globale¹⁴⁸³. C'est dans cette approche fractionnée de la privation de liberté, que les éléments de la trilogie, nécessité, proportionnalité et adaptation, doivent être définis.

359. **L'interdiction de la rigueur non nécessaire : le filtre statique de la délimitation du cas de privation de liberté.** La nécessité abstraite, au sens strict, revient à s'assurer que la mise en péril de l'ordre public visée par le législateur soit suffisamment grave pour rendre le recours à la privation de liberté indispensable à sa préservation, ou que celle-ci constitue le seul moyen d'y mettre un terme¹⁴⁸⁴. L'interdiction de la rigueur non nécessaire permet le contrôle supra-légal de l'étendue des conditions définies par le législateur permettant la première application du cas de privation de liberté étudié et s'intéresse à son origine : le filtre restrictif¹⁴⁸⁵ de l'interdiction de la rigueur non nécessaire est statique¹⁴⁸⁶.

¹⁴⁸⁰ La trilogie n'est toutefois pas réservée qu'à la privation de liberté, mais s'applique aussi aux anciennes composantes de la liberté individuelle [v. pour l'applicabilité de la trilogie à la liberté d'aller et venir et au respect de la vie privée, Cons. const., déc. n° 2012-235 QPC du 20 avr. 2012, [*Association cercle de réflexion et de proposition d'actions sur la psychiatrie*]: *J. O.*, 21 avr. 2012, p. 7194 ; *RFDA*, 2012, p. 629, note K. BLAY-GRABARCZYK ; *Dr. adm.*, 2012, comm. n° 61, note C. CASTAING ; consid. n° 8], désormais retirées du champ de l'article 66 de la Constitution [v. sur la restriction de la définition de la liberté individuelle, *supra*, n° 101]. Seule la réserve de compétence du juge judiciaire pour l'appréciation du bien-fondé de la privation de liberté apparaît comme une véritable spécificité du contrôle constitutionnel de la privation de liberté.

¹⁴⁸¹ Déc. n° 2008-562 DC du 21 févr. 2008 : *préc.* V. sur les origines et les fondements de cette trilogie, G. CHETARD, « La proportionnalité de la répression dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel » ; *RSC*, 2013, p. 51.

¹⁴⁸² Ce modèle posé par le Conseil constitutionnel servira en conséquence de guide à notre étude du contrôle supra-légal de la délimitation abstraite de la privation de liberté, dans lequel nous intégrerons les apports de la jurisprudence européenne à la matière.

¹⁴⁸³ Le Conseil constitutionnel réalise un contrôle plus global de la privation de liberté et du chaînage des différents titres de privation de liberté, lorsqu'il vérifie la célérité de la première intervention du juge judiciaire [v. *infra*, n° 743].

¹⁴⁸⁴ V. *supra*, n° 91 et s.

¹⁴⁸⁵ Au sens où il limite la compétence législative.

¹⁴⁸⁶ Le contrôle de l'interdiction de la rigueur non nécessaire s'intéresse en conséquence à la délimitation des cas d'arrestation, lorsque le cas de privation de liberté permet une première application de la contrainte à la personne libre [v. pour la définition de l'arrestation, *supra*, n° 29 et s.], mais également au placement en détention.

360. **L'interdiction de la rigueur non proportionnée : le filtre dynamique de la délimitation du cas de privation de liberté.** La proportionnalité abstraite de la privation de liberté impose au législateur d'adopter des garanties suffisantes pour s'assurer que son intensité ne dépasse pas celle suffisante pour assurer la sauvegarde de l'ordre public, au cours de l'exécution de celle-ci¹⁴⁸⁷. L'interdiction de la rigueur non proportionnée permet le contrôle supra-légal des mécanismes et conditions définis par le législateur pour maintenir le cas de privation de liberté, au long de son cours et s'intéresse à sa prolongation : le filtre restrictif de l'interdiction de la rigueur non proportionnée est dynamique.

361. **L'interdiction de la rigueur non adaptée : adéquation et personnalisation de la privation de liberté.** L'adaptation, dans un premier sens tenant à l'adéquation, permet d'assurer un contrôle supra-légal plus strict de la nécessité ou de la proportionnalité du cas de privation de liberté, en permettant de vérifier que les conditions du placement et de la prolongation, définis par le législateur, demeurent en conformité avec l'objectif qu'il a lui-même fixé à la privation de liberté. L'adaptation, dans un second sens tenant à la personnalisation, permet aussi ce contrôle supra-légal plus poussé, en vérifiant que la catégorie de personnes visées par la privation de liberté possède bien la capacité de la supporter et en permettant de vérifier que le législateur, en plus du critère objectif évident de la mise en péril de l'ordre public, a permis la modulation de l'application de la privation de liberté en considération de la situation personnelle de l'individu. Les différents apports de l'adaptation se répartissent soit dans la notion de nécessité, soit dans celle de proportionnalité.

362. **Le dépassement du droit commun.** Nécessité et proportionnalité sont devenues les notions directrices de la contrainte¹⁴⁸⁸ et même de l'atteinte à la liberté fondamentale¹⁴⁸⁹. Dans chacune des décisions où le Conseil constitutionnel s'est livré à l'appréciation de la nécessité, de la proportionnalité et de l'adéquation de la norme abstraite privative de liberté¹⁴⁹⁰, il ne s'est jamais référé au contrôle de l'erreur manifeste, y compris

¹⁴⁸⁷ V. *supra*, n° 93 et s.

¹⁴⁸⁸ V. par ex. l'art. préliminaire CPP : « [les mesures de contraintes] doivent être strictement limitées aux nécessités de la procédure, proportionnées à la gravité de l'infraction reprochée et ne pas porter atteinte à la dignité de la personne ».

¹⁴⁸⁹ V. par ex., les art. 8, 9, 10 et 11 de la Convention européenne des droits de l'Homme, qui admettent les ingérences « nécessaires », en plus d'être « prévues par la loi ».

¹⁴⁹⁰ Déc. n° 2008-562 DC du 21 févr. 2008 : *préc.* – Déc. n° 2010-71 QPC du 26 nov. 2010 : *préc.* ; consid. n° 16. – Cons. const., déc. n° 2010-31 QPC du 22 sept. 2010, [M. A. et autres] : *J. O.*, 23 sept. 2010, p. 17290 ; *RSC*, 2011, p. 139, obs. A. GIUDICELLI ; *RSC*, 2011, p. 165, obs. B. DE LAMY ; consid. n° 5. — Cons. const., déc. n° 2011-135/140 QPC du 9 juin 2011, [M. B. et autre] : *J. O.*, 10 juin 2011, p. 9892 ; *Constitutions*, 2011, p. 400, obs. X. BIOY ; *RFDA*, 2012, p. 629, K. BLAY-GRABARCZYK. – Cons. const., déc. n° 2011-202 QPC du 2 déc. 2011, [M^{me} Q.] : *J. O.*, 3 déc. 2011, p. 20498 ; *Constitutions*, 2012, p. 140, obs. D. FALLON ; *RFDA*, 2012, p. 629, note K. BLAY-GRABARCZYK. – déc. n° 2011-631 DC du 9 juin 2011 :

lorsqu'il a sanctionné la loi, alors pourtant qu'il se réfère systématiquement à cette erreur manifeste lors de son contrôle de la simple atteinte à la liberté d'aller et venir¹⁴⁹¹, ou lors de son contrôle de la proportionnalité de l'ingérence à une liberté fondamentale justifiée par les sujétions de la privation de liberté¹⁴⁹². C'est en apparence un contrôle élevé de la délimitation de la privation de liberté que le Conseil entend livrer. Le mécanisme de la liste de l'article 5 § 1^{er} aboutit nécessairement à réduire aussi la marge d'appréciation du législateur national et démontre la volonté d'un encadrement plus fort de la privation de liberté par rapport à d'autres libertés que la Convention protège¹⁴⁹³. Dans les principes affichés en tout cas, la mise sous tutelle du législateur dans sa délimitation de la privation de liberté est sévère, et sa marge d'appréciation limitée¹⁴⁹⁴.

363. Les filtres de la délimitation abstraite de la détention : le droit de ne pas subir une rigueur non nécessaire et le droit de ne pas subir une rigueur disproportionnée. Pour chaque cas de privation de liberté, le modèle abstrait efficace réside dans l'édification d'un premier contrôle supra-légal sévère suffisant à réserver le placement en privation de liberté aux seuls cas de mise en péril de l'ordre public les plus élevés : le filtre statique doit rester exigeant, sous peine de banaliser le début de la privation de liberté. Mais le champ de la privation de liberté doit progressivement se réduire au fil de son maintien, pour ne la réserver qu'aux mises en péril exceptionnelles de l'ordre public, en raison de la croissance constante de l'affliction portée. Le contrôle supra-légal des conditions du maintien

préc. ; consid. n° 72 : la Cour notait particulièrement « une conciliation qui n'est pas déséquilibrée » concernant la prolongation de la durée de la rétention administrative.

¹⁴⁹¹ Déc. n° 2011-631 DC du 9 juin 2011 : *préc.* ; consid. n° 79. – Cons. const., déc. n° 2011-625 DC du 10 mars 2011 relative à la loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure : *J. O.*, 15 mars 2011, p. 4630 ; consid. n° 50. – Déc. n° 2010-71 QPC du 26 nov. 2010 : *préc.* ; consid. n° 32. – Cons. const., déc. n° 2012-235 QPC du 20 avr. 2012, [*Association cercle de réflexion et de proposition d'actions sur la psychiatrie* : *J. O.*, 21 avr. 2012, p. 7194 ; *RFDA*, 2012, p. 629, note K. BLAY-GRABARCZYK ; *Dr. adm.*, 2012, comm. n° 61, note C. CASTAING. La même recherche du déséquilibre manifeste existe plus largement pour l'atteinte à la liberté personnelle, qui résidait en l'espèce dans l'obligation de suivre des soins psychiatriques.

¹⁴⁹² Déc. n° 2010-71 QPC du 26 nov. 2010 : *préc.* ; consid. n° 30.

¹⁴⁹³ Le droit à la vie protégé par l'article 2 de la Convention et l'interdiction du travail forcé et de l'esclavage prévue à l'article 4 contiennent une liste d'exception, avec un degré de précision similaire. Quant à l'article 3, il ne contient aucune exception conventionnelle, mais la Cour européenne des droits de l'Homme interprète la disposition avec une certaine souplesse, comme le montre d'ailleurs la privation de liberté et l'admission parfois de l'exception de dangerosité pour maintenir une privation de liberté pourtant contraire à l'article 3 [v. *infra*, n°s 582 et 499].

¹⁴⁹⁴ Le Conseil constitutionnel laisse toutefois au législateur la possibilité d'aggraver la délimitation de la privation de liberté et ne dresse pas pour cette matière de cliquet anti-retour [v. pour l'allongement de la durée de la rétention, déc. n° 2011-631 DC du 9 juin 2011 : *préc.* ; consid. n° 67 : « qu'il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine de sa compétence, d'adopter des dispositions nouvelles dont il lui appartient d'apprécier l'opportunité et de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions, dès lors que, dans l'exercice de ce pouvoir, il ne prive pas de garanties légales des exigences constitutionnelles »].

en détention doit être plus élevé au fil du cas de privation de liberté : le filtre dynamique doit être de plus en plus exigeant. L'existence d'un contrôle d'une telle intensité doit être caractérisée pour une délimitation efficace de la privation de liberté réduisant nécessairement la marge d'appréciation du législateur. Le principe de l'interdiction de toute rigueur non nécessaire, dégagé dans l'optique classique de protection objective contre la privation de liberté, a bénéficié de la subjectivisation¹⁴⁹⁵, à l'image des autres éléments du contrôle abstrait de la norme privative de liberté et deux droits doivent en être tirés pour la personne de privée de liberté : celui de ne pas subir une rigueur non nécessaire et celui de ne pas subir une rigueur non proportionnée. Pourtant, le contrôle de la délimitation de la privation de liberté est insuffisant, dès le filtre statique, relativisant le droit de ne pas subir de rigueur non nécessaire (*Chapitre I*), mais aussi dans le filtre dynamique, relativisant le droit de ne pas subir de rigueur non proportionnée (*Chapitre II*).

¹⁴⁹⁵ V. *supra*, n° 35 et s.

Chapitre I./LE DROIT DE NE PAS SUBIR UNE RIGUEUR NON NÉCESSAIRE :

L'INSUFFISANCE DU FILTRE STATIQUE

364. Autonomie de la détention *sanction* dans la théorie générale.

La détention *sanction*, sauf son prononcé, encadré par le procès équitable, est soumise à un contrôle supra-légal atténué : le contrôle juridictionnel périodique de son bien-fondé n'intègre pas le standard supra-légal¹⁴⁹⁶, et elle n'est soumise qu'au standard minimum des conditions matérielles de détention indignes¹⁴⁹⁷, sans être concernée par une exigence d'adéquation matérielle¹⁴⁹⁸. C'est qu'il y a un paradoxe à encadrer l'établissement de la culpabilité par l'application du procès équitable, en raison, au moins en partie, de la gravité de la sanction qui peut en découler, mais de soumettre la sanction la plus grave au contrôle le plus faible de la matière de la privation de liberté, sur le fondement d'un dogme illusoire, conférant à la peine la fonction unique de la punition¹⁴⁹⁹.

365. Autonomie du contrôle de la nécessité abstraite de la détention *sanction*. Le contrôle abstrait de la détention *sanction* repose aussi sur la nécessité et la proportionnalité dans les principes fondamentaux, dont seuls les fondements sont différents des autres cas de privation de liberté¹⁵⁰⁰. Le propre de la privation de liberté *sanction* tient à ce que sa délimitation abstraite soumise au contrôle supra-légal est déterminée par la simple définition de l'incrimination et la fixation de la peine maximale, si bien qu'elle n'est soumise qu'au filtre originel et statique¹⁵⁰¹, le législateur bénéficiant d'une marge presque totale pour commander son aménagement au fil du temps, principe reconnu par le Conseil

¹⁴⁹⁶ Puisque l'autorité juridictionnelle a nécessairement réalisé le contrôle de la proportionnalité concrète de celle-ci en fixant le *quantum* lors de la condamnation, le contrôle périodique de celle-ci, organisé par l'article 5 § 4, n'a pas de raison de s'appliquer, la condamnation conservant tout son long son objectif initial, indépendamment de toute évolution. Cette présentation traditionnelle s'érousse toutefois dans une remise en cause de la distinction entre la mesure de sûreté et la peine, notamment dans le domaine de la peine perpétuelle [v. *infra*, n° 766 et s.].

¹⁴⁹⁷ V. *infra*, n° 517 et s.

¹⁴⁹⁸ V. *infra*, n° 492 et s.

¹⁴⁹⁹ V. pour la montée en puissance de la dangerosité dans la peine privative de liberté, *infra*, n° 512 et s.

¹⁵⁰⁰ Pour la peine, les principes reposent sur un fondement exprès et spécial prévu par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen : « la Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires ». Le Conseil constitutionnel en a tiré le principe de la proportionnalité des peines [v. pour un exemple récent, Cons. const., déc. n° 2012-266 QPC du 20 juil. 2012, [M. Georges R.] : *J. O.*, 21 juil. 2012, p. 12001.

¹⁵⁰¹ Si un rapport de proportionnalité oblige évidemment le législateur à respecter une mesure entre la gravité de l'infraction commise et la durée maximale de la peine encourue, celui-ci ne concerne que le prononcé de la peine et le placement en détention.

constitutionnel¹⁵⁰² comme par la jurisprudence européenne¹⁵⁰³ : lorsqu'il l'organise, par exemple en généralisant la libération conditionnelle¹⁵⁰⁴, il se trouve au-delà du standard minimum européen et constitutionnel.

366. La légèreté du contrôle de la nécessité abstraite de la détention sanction par le Conseil constitutionnel. Si l'effort de délimitation de la détention *sanction* demandé au législateur est par principe minimal, celui-ci s'étiole d'autant plus que le contrôle constitutionnel de la nécessité abstraite de cette privation de liberté est léger. Le Conseil constitutionnel ne sanctionne que l'erreur manifeste d'appréciation, autant pour le choix du recours à la peine privative de liberté, que pour la détermination de son *quantum*, principe ancien, édicté dès 1981 et constamment répété depuis¹⁵⁰⁵, au nom de la marge d'appréciation dont bénéficie le législateur. La peine privative de liberté est soumise au contrôle identique que celui exercé sur les peines de nature moins sévère¹⁵⁰⁶. La nécessité de l'infraction fait aussi l'objet d'un contrôle constitutionnel limité à l'erreur d'appréciation, fondée sur le même article 8 de la Déclaration. Après des premières décisions elliptiques, une censure de l'erreur manifeste d'appréciation du législateur, concernant une infraction punie par la peine privative de liberté, annonçait un contrôle plus important¹⁵⁰⁷. D'autres décisions ont d'ailleurs validé la

¹⁵⁰² Cons. const., déc. n° 78-98 DC du 22 nov. 1978 portant sur la loi modifiant certaines dispositions du Code de procédure pénale en matière d'exécution des peines privatives de liberté : *J. O.*, 23 nov. 1978 ; consid. n° 6 : « *considérant, d'une part, que si la loi prévoit l'application d'une "période de sûreté" à certains condamnés frappés d'une peine de longue durée, elle en définit le contenu comme une exclusion pour le condamné de la faculté de bénéficier de modalités particulières d'exécution de la peine privative de liberté qui a été prononcée ; qu'une telle mesure, qui ne concerne que l'exécution d'une peine, ne peut donc être regardée comme constituant elle-même une peine ; que, dès lors, les décisions relatives à son application ne sont pas soumises aux règles qui régissent le prononcé des peines* ». V. *infra*, n° 794 et s., pour la remise en cause légère de ce principe et les obligations législatives en matière d'aménagement des peines.

¹⁵⁰³ CEDH, gde ch., 29 mars 2006, *Achour c. France*, req. n° 67335/01 : *Rec. CEDH*, 2006-IV ; *JCP*, 2007, II, n° 10092, comm. D. ZEROUKI-COTTIN ; § 51.

¹⁵⁰⁴ La libération conditionnelle apparaît comme le moyen législatif, assurant le contrôle périodique du bien-fondé du maintien en privation de liberté [v. *infra*, n° 661].

¹⁵⁰⁵ Déc. n° 80-127 DC des 19 et 20 janv. 1981 : *préc.* ; consid. n° 13 : « *il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer sa propre appréciation à celle du législateur en ce qui concerne la nécessité des peines attachées aux infractions définies par celui-ci, alors qu'aucune disposition du titre premier de la loi n'est manifestement contraire au principe posé par l'article 8 de la Déclaration de 1789* ». – V. pour une autre application à la peine privative de liberté, Cons. const., déc. n° 86-215 DC du 3 sept. 1986 portant sur la loi relative à la lutte contre la criminalité et la délinquance : *J. O.*, 5 sept. 1986, p. 10788 ; consid. n° 7. Les peines privatives de liberté étaient validées sans aucun raisonnement.

¹⁵⁰⁶ L'apport du principe de nécessité et de proportionnalité des peines a finalement profité principalement à l'amende, notamment par des décisions limitant le cumul entre l'amende pénale et les amendes d'autres natures, pour des faits identiques.

¹⁵⁰⁷ Déc. n° 96-377 DC du 16 juil. 1996 : *préc.* C'est en l'espèce tout autant la nécessité de l'infraction, d'autres permettant de sanctionner le même comportement, que la disproportion de la peine, qui justifiait la censure. Sur ce dernier point, le Conseil constitutionnel remarquait que la gravité de la peine, en l'espèce soumise aux aggravations communes des infractions terroristes, était disproportionnée, concernant le délit qui incriminait « *non pas des actes matériels directement attentatoires à la sécurité des biens ou des personnes mais un simple*

proportionnalité des peines privatives de liberté en prenant soin d'étoffer le raisonnement¹⁵⁰⁸, sauf pour celles de faible *quantum*¹⁵⁰⁹. Pourtant, même pour les mécanismes limitant l'individualisation¹⁵¹⁰ ou l'aménagement¹⁵¹¹ des peines, mécanismes dérogatoires et plus sévères inclus dans l'examen de la proportionnalité, le Conseil constitutionnel maintient un contrôle de la disproportion manifeste¹⁵¹². Finalement, aucune nouvelle censure de peine privative de liberté n'intervenait, à la différence des peines d'autres natures¹⁵¹³, si bien que le principe le plus fermement posé par le Conseil constitutionnel, concernant la délimitation la

comportement d'aide directe ou indirecte à des personnes en situation irrégulière » et donc un comportement qui « *n'est pas en relation immédiate avec la commission de l'acte terroriste* ».

¹⁵⁰⁸ V. par ex. Cons. const., déc. n° 2008-564 DC du 19 juin 2008 portant sur la loi relative aux organismes génétiquement modifiés : *J. O.*, 26 juin 2008, p. 10228 ; consid. n° 33 et s. : le Conseil constitutionnel prenait soin de noter que la peine d'emprisonnement prévue était la même que celles existant pour des faits approchants. – V. aussi Cons. const., déc. n° 99-411 DC du 16 juin 1999 relative à la loi portant diverses mesures relatives à la sécurité routière et aux infractions sur les agents des exploitants de réseau de transport public de voyageurs : *J. O.*, 19 juin 1999, p. 9018 : le Conseil constitutionnel validait une amende compte-tenu notamment de l'exclusion de la contrainte par corps. Pour les peines d'autres natures, le Conseil constitutionnel se contentait d'un raisonnement lapidaire encore [v. par ex. Cons. const., déc. n° 2009-590 DC du 22 oct. 2009 portant sur la loi relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet : *J. O.*, 29 oct. 2009, p. 18292 ; consid. n° 10].

¹⁵⁰⁹ V. par ex. pour un délit puni seulement d'un an d'emprisonnement, Cons. const., déc. n° 2010-604 DC du 25 févr. 2010 portant sur la loi renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public : *J. O.*, 3 mars 2010, p. 4312.

¹⁵¹⁰ V. pour son application à la peine minimale, Cons. const., déc. n° 2007-554 DC du 9 août 2007 portant sur la loi renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs : *J. O.*, 11 août 2007, p. 13478, ou Cons. const., déc. n° 2011-625 DC du 10 mars 2011 relative à la loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure : *J. O.*, 15 mars 2011, p. 4630 ; consid. n° 22.

¹⁵¹¹ Cons. const., déc. n° 86-215 DC du 3 sept. 1986 portant sur la loi relative à la lutte contre la criminalité et la délinquance : *J. O.*, 5 sept. 1986, p. 10788 ; consid. n° 3 : le principe de la nécessité de la peine « *s'étend à la période de sûreté qui, bien que relative à l'exécution de la peine, n'en relève pas moins de la décision de la juridiction de jugement qui, dans les conditions déterminées par la loi, peut en faire varier la durée en même temps qu'elle se prononce sur la culpabilité du prévenu ou de l'accusé* ». – Déc. n° 93-334 DC du 20 janv. 1994 : *préc.* ; consid. n° 10 : « *considérant que les principes ainsi énoncés ne concernent pas seulement les peines prononcées par les juridictions répressives mais s'étendent au régime des mesures de sûreté qui les assortissent ; qu'en l'absence de disproportion manifeste avec l'infraction commise, il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer sa propre appréciation à celle du législateur* ».

¹⁵¹² Le Conseil constitutionnel prend toutefois soin dans ces hypothèses d'adopter un contrôle plus précis, ne se contentant pas d'affirmations lapidaires, mais mettant en exergue la gravité de l'infraction, par exemple du fait de son atteinte à la sécurité des personnes [v. par ex. pour la peine minimale, déc. n° 2011-625 DC du 10 mars 2011 : *préc.*]. De même, la peine d'amende particulièrement importante donne lieu à un contrôle plus précis, la gravité de l'infraction notamment au regard de l'activité économique touchée, justifie là encore suffisamment l'ampleur de la sanction [Cons. const., déc. n° 92-316 DC du 20 janv. 1993 portant sur la loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques : *J. O.*, 22 janv. 1993, p. 1118 ; consid. n° 31].

¹⁵¹³ Cons. const., déc. n° 87-237 DC du 30 déc. 1987 relative à la loi de finances pour 1988 : *J. O.*, 31 déc. 1987, p. 15761, concernant les peines d'autres natures, l'amende fiscale du montant des revenus dévoilés publiquement était censurée. – Cons. const., déc. n° 93-321 DC du 20 juil. 1993 portant sur la loi réformant le code de la nationalité : *J. O.*, 23 juil. 1993, p. 10391, concernant la censure de la perte du droit à l'acquisition de la nationalité française par l'effet de la naissance sur le sol français. – Cons. const., déc. n° 97-395 DC du 30 déc. 1997 portant sur la loi de finances pour 1998 : *J. O.*, 31 déc. 1997, p. 19313 ; consid. n° 37 et s., concernant une amende de 10.000 F par document non fourni pour l'établissement de la TVA.

peine privative de liberté, demeure l'interdiction de l'emprisonnement contraventionnel¹⁵¹⁴. La dernière solution la plus intéressante de la matière concernait d'ailleurs une infraction punie uniquement de l'amende à titre de peine principale, même si elle augure d'un contrôle plus intense qui pourrait profiter à la peine privative de liberté¹⁵¹⁵.

367. L'absence de contrôle européen de la nécessité¹⁵¹⁶ de la peine d'emprisonnement. La Cour européenne des droits de l'Homme ne réalise par principe aucun contrôle du *quantum* d'une peine privative de liberté¹⁵¹⁷, ni de son aménagement¹⁵¹⁸, ou de l'affectation pénitentiaire¹⁵¹⁹, n'apportant aucun élément à la délimitation abstraite de la détention *sanction*, sauf pour des hypothèses exceptionnelles, comme en matière d'infraction commise par un usage excessif de la liberté d'expression¹⁵²⁰, ou encore pour caractériser une sanction inefficace à la violation d'un droit protégé par la Convention¹⁵²¹. Elle s'est réservée dernièrement dans sa jurisprudence la possibilité de censurer, sur le fondement de l'article 3,

¹⁵¹⁴ Cons. const., déc. n° 73-80 L du 28 nov. 1973 relative à la nature juridique de certaines dispositions du Code rural, de la loi du 5 août 1960 d'orientation agricole, de la loi du 8 août 1962 relative aux groupements agricoles d'exploitation en commun et de la loi du 17 déc. 1963 relative au bail à ferme dans les départements de la Guadeloupe, de la Guyane, de la Martinique et de la Réunion : *J. O.*, 6 déc. 1973, p. 12949 ; *RDP*, 1974, p. 899, obs. J. DE SOTO ; *AJDA*, 1974, p. 229, obs. J. RIVERO. V. *supra*, n° 143 et 148.

¹⁵¹⁵ Déc. n° 2011-625 DC du 10 mars 2011 : *préc.* ; consid. n° 41 et s. Le Conseil constitutionnel réalisait le contrôle de l'adéquation entre la définition de l'incrimination et l'objectif du législateur : « *le législateur s'est fondé sur des critères manifestement inappropriés à l'objet poursuivi* ».

¹⁵¹⁶ Ni la nécessité abstraite du maximum encouru, ni la nécessité concrète du *quantum* prononcé ne donnent lieu à un contrôle dans la jurisprudence européenne.

¹⁵¹⁷ CEDH, sect. II, 11 avr. 2006, *Léger c. France*, req. n° 19324/02 : *RSC*, 2007, p. 134, comm. F. MASSIAS ; *D.*, 2006, p. 1800, note J.-P. CÉRÉ ; *AJP*, 2006, p. 258, note S. ENDERLIN ; § 72. La Cour y résume ses principes. L'article 5 de la Convention ne permet pas de « *contrôler le bien-fondé de la condamnation initiale* », ni du « *bien-fondé de la durée d'une détention* », tandis que « *les questions se rapportant au caractère approprié de la peine sortent en général du champ d'application de la Convention* » : elle refuse « *de décider quelle est la durée de détention qui convient pour une infraction donnée* ».

¹⁵¹⁸ CEDH, sect. III, 17 juil. 2012, *Iorgoiu c. Roumanie*, req. n° 1831/02.

¹⁵¹⁹ CEDH, sect. II, 2 août 2001, *Mancini c. Italie*, req. n° 44955/98 : *Rec. CEDH*, 2001-IX.

¹⁵²⁰ CEDH, gde ch., 17 déc. 2004, *Cumpăna et Mazare c. Roumanie*, req. n° 33348/96 : *Rec. CEDH*, 2000-IV ; § 115. Le recours à la peine privative de liberté est exclue par principe en cette matière : « *une peine de prison infligée pour une infraction commise dans le domaine de la presse n'est compatible avec la liberté d'expression journalistique garantie par l'article 10 de la Convention que dans des circonstances exceptionnelles, notamment lorsque d'autres droits fondamentaux ont été gravement atteints, comme dans l'hypothèse, par exemple, de la diffusion d'un discours de haine ou d'incitation à la violence* ». La violation de la Convention est alors opportunément fondée sur l'article 10, empêchant tout développement du contrôle de la proportionnalité de la détention *sanction* dans le cadre de l'article 5. – CEDH, sect. I, 22 avr. 2010, *Fatullayev c. Azerbaïdjan*, req. n° 40984/07, en angl. : *D.*, 2011, p. 193, chron. J.-F. RENUCCI. – CEDH, sect. III, 15 mars 2011, *Otegi Mondragon c. Espagne*, req. n° 2034/07 : *Rec. CEDH*, 2011 ; § 54. Même les restrictions à la liberté d'expression protégeant les plus hautes autorités d'un pays ne permettent pas le recours à la peine privative de liberté, sauf à caractériser un discours de haine. – CEDH, sect. III, 21 févr. 2008, *Yalciner c. Turquie*, req. n° 64116/00. Le discours de haine s'entend strictement, la simple estime pour la lutte armée n'étant pas suffisante à le caractériser. – CEDH, sect. III, 22 nov. 2007, *Voskuil c. Pays-Bas*, req. n° 64752/01, en angl. Plus largement, la contrainte du journaliste avant jugement donne également lieu à un contrôle sous l'article 10.

¹⁵²¹ Dans cette hypothèse, la Cour sanctionne la légèreté de la peine au regard de la gravité de l'atteinte à un droit de la Convention, que l'État a l'obligation positive de protéger. V. par ex., pour l'insuffisance d'une peine de trois ans d'emprisonnement avec sursis prononcée pour des brutalités policières ayant entraîné la mort, CEDH, sect. V, 20 déc. 2007, *Nikolova et Velichkova c. Bulgarie*, req. n° 7888/03, en angl.

le prononcé éventuel d'une peine manifestement disproportionnée¹⁵²², faible progrès certes, mais constituant une nouvelle brèche dans le refus dogmatique de la Cour de contrôler la peine privative de liberté, au-delà de sa régularité¹⁵²³.

368. **La réserve française de la détention *sanction* au juge pénal.** Plutôt que de réaliser un contrôle poussé de la délimitation de la détention *sanction*, le droit français la cantonne aux infractions pénales et la réserve au juge pénal, en raison de son exclusion constitutionnelle expresse du pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes¹⁵²⁴ et de son exclusion législative progressive du droit disciplinaire¹⁵²⁵,

¹⁵²² CEDH, sect. IV, 10 avr. 2012, *Babar Ahmad et autres c. Royaume-Uni*, req. n^{os} 24027/07, 11949/08, 36742/08, 66911/09 et 67354/09, en angl. ; § 237. La Cour utilise l'expression de « *gross disproportionality* ». – CEDH, sect. IV, 17 janv. 2012, *Harkins et Edwards c. Royaume-Uni*, req. n^{os} 9146/07, 32650/07 et 17/01/2012 ; *RDP*, 2013, chron., p. 725, obs. B. PASTRE-BELDA ; *D.*, actu., 6 févr. 2012, obs. O. BACHELET. En l'espèce, la Cour vérifiait le discernement de l'extradé et sa majorité au moment des faits. Dès lors, la gravité de l'infraction poursuivie, un meurtre aggravé, suffisait à exclure la disproportion manifeste de la peine perpétuelle obligatoire sans possibilité de libération conditionnelle encourue. Dans la même affaire, la Cour indiquait que le contrôle de la disproportion devait être plus souple en cas de peine perpétuelle discrétionnaire, du fait du contrôle juridictionnel initial à laquelle elle est soumise. Au regard de l'arrêt, la gravité de l'infraction suffit à valider la conventionnalité de l'infliction de la peine perpétuelle dans sa conception la plus lourde, sauf pour un mineur ou le délinquant atteint, au moment des faits, d'une altération du discernement. Si la Grande chambre a validé le principe du contrôle, permettant de sanctionner la peine en cas de « *nette disproportion* », elle a rappelé le caractère exceptionnel de sa caractérisation [CEDH, gde ch., 9 oct. 2013, *Vinter et autres c. Royaume-Uni*, req. n^{os} 66069/09, 130/10 et 3896/10 : *Rec. CEDH*, 2013 ; § 102].

¹⁵²³ V. *infra*, n^o 853.

¹⁵²⁴ Le Conseil constitutionnel a exclu qu'une autorité administrative indépendante puisse prononcer à titre de sanction une privation de liberté : « *le principe de la séparation des pouvoirs, non plus qu'aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle ne fait obstacle à ce qu'une autorité administrative, agissant dans le cadre de prérogatives de puissances publiques, puisse exercer un pouvoir de sanction dès lors, d'une part, que la sanction susceptible d'être infligée est exclusive de toute privation de liberté et d'autre part, que l'exercice du pouvoir de sanction est assorti par la loi des mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis* » [Cons. const., déc. n^o 89-260 DC du 28 juil. 1989 portant sur la loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier : *J. O.*, 1^{er} août 1989, p. 9676 ; *RFDA*, 1989, p. 671, comm. B. GENEVOIS ; consid. n^o 6]. Cette affirmation était formulée dans un *obiter dictum*, l'autorité administrative en cause ne disposant pas du pouvoir de sanctionner par la privation de liberté. De plus, le Conseil constitutionnel ne donne aucun fondement à ce principe, sauf à considérer, *a contrario*, que l'affirmation se fonde dans la séparation des pouvoirs. En tout cas, cette solution ne se fonde pas sur l'absence de garanties présentées par les autorités administratives indépendantes, dès lors que le Conseil constitutionnel exige qu'elles respectent plusieurs principes du droit de la peine, notamment de la légalité des délits et des peines, le principe de nécessité des peines, le principe de non-rétroactivité de la loi pénale d'incrimination plus sévère, ainsi que le principe du respect des droits de la défense [Cons. const., déc. n^o 88-248 DC du 17 janv. 1989 portant sur la loi modifiant la loi n^o 86-1067 du 30 sept. 1986 relative à la liberté de communication : *J. O.*, 18 janv. 1989, p. 754 ; consid. n^o 36 et s.]. D'ailleurs, la sanction privative de liberté se situe d'ailleurs toujours en matière pénale et impose l'application des garanties du procès équitable contenues dans l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme [v. *infra*, n^o 834].

¹⁵²⁵ Le droit français a connu des sanctions disciplinaires, affectant la liberté individuelle, en dehors du domaine militaire, par exemple dans le domaine particulier de la marine marchande, qui instituait des arrêts [loi du 17 déc. 1926 portant code disciplinaire et pénal de la marine marchande : *J. O.*, 19 déc. 1926, p. 13252]. Ceux-ci imposaient aux maîtres, officiers et passagers de chambre, de « *demeurer dans leur chambre, sans y être enfermés* » ou, en l'absence de chambre personnelle pour les maîtres, « *de demeurer dans le poste de discipline, sans y être enfermés* ». Certains arrêts, au regard de la jurisprudence de la Cour, pouvaient être qualifiés de privation de liberté [V. CEDH, plén., 8 juin 1976, *Engel et autres c. Pays-Bas*, req. n^o 5100/71 : *Rec. CEDH*, série A, n^o 22 et *supra*, n^o 5].

y compris en matière militaire¹⁵²⁶. Au final, seule la privation de liberté sanctionnant les violations des obligations de contrôle posées par le juge judiciaire contre le condamné, qui se rajoute à la peine initiale¹⁵²⁷, apparaît comme un cas de privation de liberté *sanction* extérieur à la répression d'une infraction, même si elle s'en approche. La jurisprudence européenne admet largement le recours à la détention disciplinaire, sans établir de limitation de son champ¹⁵²⁸, même si elle a été principalement saisie de la détention disciplinaire militaire¹⁵²⁹, et qu'elle l'a admise en matière de discipline judiciaire¹⁵³⁰ ou pénitentiaire¹⁵³¹, soit des

¹⁵²⁶ Le statut général des militaires a été modifié par la loi n° 2005-270 du 24 mars 2005 portant statut général des militaires [*J. O.*, 26 mars 2005, p. 5098 ; *RDP*, 2006, p. 313, comm. R. DE BELLESCIZE ; *Dr. admin.*, 2005, étu. n° 15, comm. J.-L. PISSALOUX ; *RFDA*, 2005, p. 778, comm. G. BOSSIS (spéc. sur les évolutions du droit disciplinaire)], notamment pour rénover les sanctions disciplinaires. Cette loi permet de prononcer contre un militaire les sanctions des arrêts et de la consigne [art. 41 de la loi précitée], qui concerne uniquement les militaires de carrière. La consigne « *prive le militaire des sorties et autorisations d'absence auxquelles il pouvait prétendre* » [art. 7 du décret n° 2005-794 du 15 juil. 2005 relatif aux sanctions disciplinaires et à la suspension de fonctions applicables aux militaires : *J. O.*, 17 juil. 2005]. Si la mesure touche sa liberté individuelle, elle ne fait que la restreindre, sans atteindre le seuil suffisant de contrainte permettant de qualifier la mesure de privation de liberté. Quant aux arrêts, ils emportent pour le militaire l'interdiction « *en dehors du service, de quitter sa formation ou le lieu désigné par l'autorité militaire de premier niveau dont il relève* », selon la même disposition. Que les arrêts se déroulent chez le militaire ou dans un quartier disciplinaire spécialement destiné à cet effet, ils s'assimilent alors à des mesures jugées simplement restrictives de liberté par la Cour européenne des droits de l'Homme dans son arrêt *Engel* [préc.]. En revanche, dans l'hypothèse où la faute commise révèle un danger pour autrui ou pour lui-même, la sanction de mise aux arrêts peut s'accompagner d'une mesure d'isolement, qui consiste au placement du militaire « *dans un local fermé* », toujours selon la même disposition. Cette mesure correspond aux arrêts aggravés jugés comme privatifs de liberté dans la décision *Engel*. Cette privation de liberté conservée dans le droit disciplinaire tient toutefois de la mesure de sûreté puisqu'elle est liée à la dangerosité du détenu, la mesure devant d'ailleurs cesser « *dès que les conditions qui l'ont justifiée ne sont plus réunies* ». Pour autant, l'isolement ne demeure qu'une modalité de la sanction militaire de mise aux arrêts qui trouve son origine dans la commission d'une faute disciplinaire, et la privation de liberté n'a pas été totalement écartée du droit disciplinaire, même si elle est en nette retrait. Ce cas particulier constitue une nouvelle illustration du défaut de légalité.

¹⁵²⁷ Tel est le cas par exemple de l'emprisonnement prononcé par la juridiction d'application des peines, dans le maximum fixé par la juridiction de jugement pour violation des obligations du suivi socio-judiciaire [art. 131-36-1 CP et s.]. Concernant la transformation du contrôle judiciaire en détention provisoire pour violation des obligations, celle-ci a une nature hybride et se rapproche de la détention *sanction*, en étant conditionnée par le seul « *manquement* » [Cass. crim., 13 oct. 1998, n° 98-84.260 : *Bull. crim.*, n° 258].

¹⁵²⁸ La Cour rappelle que la privation de liberté après condamnation provient de « *l'établissement légal d'une infraction pénale, ou le cas échéant, disciplinaire* », sans autre limite [CEDH, plén. 6 nov. 1980, *Guzzardi c. Italie*, req. n° 7367/76 : *Rec. CEDH*, série A, n° 39 ; § 100].

¹⁵²⁹ L'article 5 § 1^{er}-a) « *s'applique à toute "condamnation" privative de liberté prononcée par un "tribunal", que le droit interne de l'État en cause la qualifie de pénale ou de disciplinaire* » [*Engel* : préc. ; § 68]. Le même arrêt admettait même la privation de liberté pour la recherche et la poursuite des manquements à la discipline sur le fondement de l'article 5 § 1^{er}-c). Le particularisme militaire sert alors à fonder l'appréciation plus sévère de la qualification de privation de liberté en la matière, mais pas à légitimer le principe du recours à la sanction disciplinaire privative de liberté. – CEDH, sect. III, 22 déc. 2005, *A. D. c. Turquie*, req. n° 29986/96. – CEDH, sect. III, 2 nov. 2006, *Dacosta Silva c. Espagne*, req. n° 69966/01 : *Rec. CEDH*, 2006-XIII.

¹⁵³⁰ CEDH, ch., 2 mars 1987, *Monnell et Morris c. Royaume-Uni*, req. n° 9562/81 et 9818/81 : *Rec. CEDH*, série A, n° 115. Il s'agissait en l'espèce d'une privation de liberté issue de la non imputation sur la peine, déjà commencée, du délai d'attente du résultat d'un appel, devant une juridiction supérieure, visant à dissuader les demandes d'appel injustifiées pour désencombrer les tribunaux. – CEDH, sect. III, 31 juil. 2007, *Zaicevs c. Lettonie*, req. n° 65022/01. Dans une autre affaire, le requérant avait été condamné à une privation de liberté de trois jours, alors qu'il encourait un emprisonnement maximal de quinze jours, pour outrage à un tribunal.

domaines dans lesquels l'impératif disciplinaire est fort. Pour la Convention européenne des droits de l'Homme, tout tribunal au sens matériel peut en conséquence être doté du pouvoir de prononcer la privation de liberté à titre de sanction¹⁵³².

369. Le nécessaire dépassement du contre-exemple de la détention *sanction*.

La détermination de la peine privative de liberté et la définition des infractions restent soumises à la marge d'appréciation maximale du législateur, pris comme un élément déterminant de la souveraineté nationale pour la Cour européenne des droits de l'Homme et comme un élément déterminant de la politique nationale pour le Conseil constitutionnel. La privation de liberté, mise au même rang que les peines d'autres natures, ne permet pas de déroger à cette marge de manœuvre, malgré l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, qui vise expressément les peines « *strictement et évidemment* » nécessaires. Le contrôle *a priori* n'a pas permis d'accroître le contrôle de la nécessité de la peine¹⁵³³. Le législateur s'est en tout cas saisi de sa marge d'appréciation pour étendre régulièrement la délimitation de la détention *sanction*, notamment en réduisant le champ de l'atténuation de peine du mineur¹⁵³⁴ et en développant les peines minimales¹⁵³⁵, souvent pour lutter contre la récidive.

¹⁵³¹ CEDH, gde ch., 9 oct. 2003, *Ezeh et Connors c. Royaume-Uni*, req. n^{os} 39665/98 et 40086/98 : *Rec. CEDH*, 2003-X ; *Dr. pénal*, 2004, ét. n^o 7, comm. É. VERGES ; *RSC*, 2004, p. 173, note F. MASSIAS.

¹⁵³² Le tribunal doit être investi d'un pouvoir juridictionnel, être indépendant et impartial et décider selon une procédure équitable [v. *infra*, n^o 663 et s.]. Le principal contrôle par la Cour européenne des droits de l'Homme de la peine privative de liberté concerne alors sur la notion de tribunal compétent, ce qui lui permet, par exemple, de contrôler la procédure de contumace [CEDH, sect. I, 24 mars 2005, *Stoichkov c. Bulgarie*, req. n^o 9808/02, en angl.], ou de vérifier en droit la compétence de la juridiction [CEDH, gde ch., 8 juil. 2004, *Ilaşcu et autres c. Moldavie et Russie*, req. n^o 48787/99 : *Rec. CEDH*, 2004-VII].

¹⁵³³ E. DREYER, « Le Conseil constitutionnel et la "matière" pénale : la QPC et les attentes déçues... » ; *JCP*, 2011, doctr., n^o 976.

¹⁵³⁴ « *L'atténuation de la responsabilité pénale des mineurs en fonction de l'âge* » est un des trois Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République qui servent de principes directeurs du droit pénal des mineurs [Cons. const., déc. n^o 2002-461 DC du 29 août 2002 relative à la loi d'orientation et de programmation pour la justice : *J. O.*, 10 sept. 2002, p. 14953 ; *RSC*, 2003, p. 606 et p. 612, comm. V. BÜCK ; *D.*, 2003, p. 1127, obs. L. DOMINGO et S. NICOT ; consid. n^o 26]. Ce principe reste relatif et le Conseil constitutionnel tolère les atteintes à l'atténuation de la moitié de la peine privative de liberté encourue pour le mineur de plus de seize ans : il a admis l'extension des conditions permettent de faire céder l'atténuation [Cons. const., déc. n^o 2007-553 DC du 3 mars 2007 portant sur la loi relative à la prévention de la délinquance : *J. O.*, 7 mars 2007, p. 4356 ; *RSC*, 2008, p. 133 et p. 136, obs. B. DE LAMY ; consid. n^o 24], accepte, pour certaines infractions, en nouvel état de récidive légale, le renversement du principe et faire de l'application de l'atténuation de la peine une décision exceptionnelle [déc. n^o 2007-554 DC du 9 août 2007 : *préc.* ; consid. n^o 24] et valide l'application de la peine minimale, certes atténuée, au mineur [*ibid.*], même si le Conseil constitutionnel a, à la différence du majeur, limité son application en cas de simple récidive [déc. n^o 2011-625 DC : *préc.* ; consid. n^o 26]. V. pour l'application au mineur des peines minimales, *infra*, n^o 1025.

¹⁵³⁵ V. *infra*, n^o 1022 et s.

370. À admettre que le modèle abstrait de la détention *sanction* soit soumis à une large marge d'appréciation, pour figurer comme un élément essentiel de la politique législative, ou comme un élément essentiel de la souveraineté nationale, on voit mal comment les autres cas de privation de liberté pourraient donner lieu à un contrôle supérieur, alors qu'ils ne sont pas déconnectés des mêmes considérations¹⁵³⁶. Pourtant, la délimitation stricte des privations de liberté d'autres natures est encore plus impérieuse. La Convention européenne des droits de l'Homme ne précise pas la nature de l'obligation dont l'exécution permet la détention¹⁵³⁷, mais celle-ci doit forcément être raccrochée à la protection de l'ordre public, sous peine d'anéantir tout effort de délimitation auquel prétend la liste de l'article 5 § 1^{er}, en admettant que l'exécution d'une obligation de n'importe quelle nature fonde la privation de liberté. La détention *sûreté* mérite aussi une délimitation stricte, dès lors qu'elle vise à empêcher une atteinte à l'ordre public, qui reste potentielle. C'est l'ajout d'un deuxième bien juridique à la privation de liberté, celui de la protection de la personne privée de liberté, et l'instauration d'une concurrence, qui permet de mieux la délimiter. Pourtant, même pour ces deux cas de privation de liberté qui menacent d'élargir considérablement le champ de la privation de liberté, le contrôle de la nécessité abstraite de la privation de liberté apparaît minimal, du fait du rattachement imparfait de la détention *moyen* à une obligation

¹⁵³⁶ Inversement, le constat dans ces autres domaines d'un contrôle plus élevé de la délimitation abstraite relativise la justification de maintenir un aussi contrôle faible en matière de détention *sanction*.

¹⁵³⁷ La Cour européenne des droits de l'Homme comprend plusieurs types de détention *moyen*. Celle de l'article 5 § 1^{er}-b) est une détention *moyen* ouverte, qui pourrait constituer le fondement de la privation de liberté découplée de l'ordre public, justifiant particulièrement son étude dans la délimitation de la privation de liberté. La Convention comprend aussi des cas spéciaux de détention « *moyen* », isolés de la disposition générale, dans des paragraphes spécifiques, reliés directement à la protection de l'ordre public. C'est le cas de la garde à vue et de la détention provisoire, isolés à l'article 5 § 1^{er}-c), procédé finalement logique puisque la Convention organise des droits spécifiques pour ces cas de privation de liberté. C'est également les cas de la détention de l'étranger en instance d'expulsion ou dont l'entrée sur le territoire a été refusée, isolés à l'article 5 § 1^{er}-f). Ces cas spécifiques de détention n'en restent pas moins des privations de liberté « *moyen* » au regard du texte de la Convention, soit pour permettre l'exécution de la décision administrative de police frappant l'étranger, soit pour assurer la conduite du suspect devant l'autorité judiciaire compétente, ou pour empêcher le suspect de s'enfuir et garantir sa représentation devant la juridiction de jugement. Plus largement, la Cour européenne des droits de l'Homme admet que la garde à vue serve aussi à l'accomplissement d'actes d'enquêtes et à sa bonne marche et pas seulement à la traduction du suspect, conformément au droit français [art. 62-2 CPP], même si l'évolution de sa jurisprudence tend à revenir à une définition plus conforme au texte de la Convention [v. CEDH, 27 juin 2013, sect. V, 27 juin 2013, *Vassis et autres c. France*, req. n° 62736/09 ; *Gaz. Pal.*, 15 oct. 2013, p. 41, note F. FOURMENT ; *ibid.*, 4 juil. 2013, p. 3, obs. C. KLEITZ ; *AJP*, 2013, p. 549, obs. G. ROUSSEL ; *JCP*, 2013, n° 843, obs. L. MILANO ; *D.*, 2013, p. 1687, obs. O. BACHELET ; *RSC*, 2013, p. 656, note D. ROETS]. De même, la Cour européenne des droits de l'Homme admet que la détention provisoire soit prise pour d'autres motifs, comme la conservation des preuves, le risque de pression sur les témoins, l'empêchement de la concertation des suspects ou encore l'apaisement de l'ordre public, la détention demeurant dans ces hypothèses liée à l'exécution d'une obligation. La Convention autorise aussi le recours à la détention provisoire lorsqu'« *il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction* », la détention provisoire s'approchant alors d'une mesure de sûreté. Ces motifs classiques de la détention provisoire figurent dans la législation française [art. 144 CPP].

protégeant l'ordre public (*Section I*) et de l'efficacité relative de la concurrence des biens juridiques pour borner le recours à la détention *sûreté* (*Section II*).

Section I./ LE RATTACHEMENT IMPARFAIT DE LA DÉTENTION MOYEN À UNE OBLIGATION PROTÉGEANT L'ORDRE PUBLIC

371. **La détention moyen ouverte : les sources de l'obligation, seule limitation expresse du texte de la Convention.** L'article 5 § 1^{er}-b) de la Convention européenne des droits de l'Homme autorise « *la détention pour insoumission à une ordonnance rendue, conformément à la loi, par un tribunal ou en vue de garantir l'exécution d'une obligation prescrite par la loi* ». La formulation utilisée par la Convention ne doit être interprétée comme reconnaissant au juge le pouvoir de garantir l'exécution de sa décision par la privation de liberté, indépendamment de tout cadre normatif, ni même comme permettant à l'État d'ériger l'exécution d'une décision de justice en une obligation générale pouvant être garantie de la privation de liberté¹⁵³⁸, dès lors que même ce cas de privation de liberté est soumis au principe de la légalité et de la qualité de la loi¹⁵³⁹. Si l'obligation préalable posée par la loi est formulée par nature en des termes abstraits et généraux, le contrôle de sa précision, de sa clarté et de son périmètre, est indispensable pour éviter l'arbitraire¹⁵⁴⁰, risque sans doute moins élevé en cas d'obligation posée par l'ordonnance du tribunal, dès lors que l'opposabilité de l'obligation a fait l'objet d'un contrôle juridictionnel, qui a nécessairement rendu l'obligation personnelle et concrète.

372. **Le nécessaire cantonnement de la détention moyen à l'exécution d'une obligation personnelle, précise et concrète.** Le premier moyen minimal de délimitation de la privation de liberté *moyen* réside dans la limitation de l'étendue de l'obligation, pour exiger qu'elle soit précise et concrète¹⁵⁴¹. La soumission de la privation de liberté à l'obligation, son seul objectif, permet aussi de la circonscrire : le débiteur de l'obligation doit en principe avoir

¹⁵³⁸ Une telle interprétation pourrait pourtant s'appuyer sur la jurisprudence de la Cour qui rappelle que ce cas de privation de liberté vise à « *assurer le respect des ordonnances rendues conformément à la loi par un tribunal* » [CEDH, sect. IV, 27 juil. 2010, *Gatt c. Malte*, req. n° 28221/08 : *Rec. CEDH*, 2010 ; *Dr. pénal*, n° 4, chron. E. DREYER].

¹⁵³⁹ Le respect des « *voies légales* », principe placé au début de l'article 5 § 1^{er}, est exprimé en termes généraux. L'application de la légalité se trouve même spécialement rappelée pour ce cas de privation de liberté qui vise l'ordonnance rendue « *conformément à la loi* ». Dès lors, la distinction entre les deux hypothèses de l'article 5 § 1^{er}-b) n'apparaît pas fondamentale, la privation de liberté trouvant, au moins en partie, sa source dans la loi, même si dans une hypothèse, c'est uniquement l'ordonnance d'un tribunal qui rend l'obligation opposable.

¹⁵⁴⁰ Elle doit être « *spécifique et concrète* », ne pas permettre « *un internement administratif tendant à contraindre un citoyen à s'acquitter, sur un point quelconque, de son devoir général d'obéissance à la loi* » [Engel : *préc.*] ni « *revêtir un caractère punitif* » [CEDH, 24 mars 2005, *Epple c. Allemagne*, req. n° 77909/01 : *RSC*, 2006, p. 431, chron. F. MASSIAS ; § 37].

¹⁵⁴¹ *Engel : préc.* ; § 69. En réalité, ces exigences ont été vidées de leur substance [v. *infra*, n° 375 et s.].

été mis en mesure de l'exécuter avant de recourir à la privation de liberté¹⁵⁴², elle ne peut être punitive et elle doit cesser dès l'exécution de l'obligation¹⁵⁴³. La Cour autorise toutefois la détention *pression*, qui se rapproche de la détention punitive et permet de détenir jusqu'à ce que le débiteur exécute *volontairement* l'obligation¹⁵⁴⁴. C'est en principe une obligation de « *faire* » qui est concernée par l'article 5 § 1^{er}-b), alors que la sanction de l'obligation « *de ne pas faire* » relève en principe de l'article 5 § 1^{er}-a).

373. L'obligation *moyen* doit aussi être limitée à la personne débitrice de l'obligation, puisque seule la contrainte de sa personne est de nature à permettre l'exécution forcée¹⁵⁴⁵, si bien qu'au final le principe de la personnalité de la privation de liberté est général aux différents cas¹⁵⁴⁶ et apparaît comme un élément de la théorie générale, relativisé cependant par la censure de la rétention de l'étranger mineur, sans utilisation du fondement¹⁵⁴⁷. Même ces premières exigences naturelles de la détention *moyen* subissent des altérations pour privilégier l'efficacité de l'exécution.

¹⁵⁴² La privation de liberté n'est possible qu'après le constat du refus exprès ou tacite de la personne, mise en mesure d'exécuter volontairement l'obligation [CEDH, sect. V, 2 mai 2013, *Petukhova c. Russie*, req. n° 28796/07, en angl.]. L'obligation doit en conséquence être matériellement réalisable, sans quoi l'inexécution ne peut être reprochée à son débiteur [v. concernant le montant d'une caution manifestement disproportionnée, au regard des moyens financiers de l'individu, *Gatt : préc.*].

¹⁵⁴³ Par exemple, le maintien en détention prise pour exécution d'un examen psychiatrique dans le cadre d'un procès pénal, une fois celui-ci réalisé, pendant un jour et huit heures viole la Convention [CEDH, sect. II, 3 déc. 2002, *Nowicka c. Pologne*, req. n° 30218/96, en angl.]. De même, la contrainte par corps doit cesser lorsque l'amende a été recouvrée [CEDH, sect. I, 19 sept. 2013, *Velinov c. « L'Ex-République Yougoslave de Macédoine »*, req. n° 16880/08, en angl.].

¹⁵⁴⁴ La contrainte par corps relève de cette nature. Dans une décision ancienne, la Commission avait également admis qu'une détention de seize mois, prise à l'encontre de la personne refusant d'exécuter le service civil, auquel il était astreint, relève de l'article 5 § 1^{er}-b) [Comm.EDH, 14 oct. 1985, *Johansen c. Norvège*, req. n° 10600/83 : *D. R.*, n° 44, p. 155]. La qualification de détention *moyen* dépend alors de l'arrêt de la privation de liberté à l'exécution *volontaire* de l'obligation.

¹⁵⁴⁵ L'article 1845 du Code général des impôts autorisait à contraindre par corps non seulement l'auteur d'une fraude fiscale, mais également son complice. La Cour de cassation elle-même reconnaissait que cette privation de liberté du complice était exécutée « *pour assurer le recouvrement sur ses biens personnels d'une dette qui dans son fondement lui est étrangère* » [Cass. crim., 30 juin 1960 ; *D.*, 1960, jur., p. 706]. Elle la qualifiait de peine complémentaire personnelle au complice, alors qu'elle a toujours qualifié la contrainte par corps de mesure d'exécution, la novation de la mesure en peine permettant de rattacher la privation de liberté au fait commis par le complice [par ex. Cass. crim., 29 mai 2003, n° 02-81.988 : *Bull. crim.*, n° 20]. Ce raisonnement témoignait toutefois des réserves de la Cour de cassation à reconnaître une privation de liberté attachée à un motif extérieur à la personne en cause. Cette hypothèse particulière de contrainte par corps n'est plus de droit positif.

¹⁵⁴⁶ La peine privative de liberté et la détention *sûreté* sont toujours appliquées à l'auteur de la mise en péril de l'ordre public.

¹⁵⁴⁷ Le mineur étranger ne peut légalement faire l'objet d'une mesure d'éloignement et par ricochet ne peut être placé en rétention, si bien qu'il ne se retrouve en détention que pour accompagner ses parents [v. pour l'expulsion, l'art. L. 521-4 CESEDA et v. pour l'obligation de quitter le territoire, l'art. L. 511-4 CESEDA]. La Cour européenne des droits de l'Homme a reconnu que le mineur se trouvait détenu personnellement et distinctement de sa parents, sans cadre légal, mais a sanctionné cette détention sur le fondement de l'article 5 § 4 et de l'impossibilité pour le mineur de contester la légalité de sa privation de liberté, sans consacrer la personnalité de la privation de liberté sur le fondement de l'article 5 § 1^{er} [CEDH, sect. V, 19 janv. 2012, *Popov c. France*, req. n°s 39472/07 et 39474/07 : *JCP*, 2012, n° 221, obs. F. SUDRE ; *Dr. famille*, 2012, comm. n° 43, note M. BRUGGEMAN ; *AJDA*, 2012, p. 1726, chron. L. BURGORGUE-LARSEN ; *D.*, 2012, p. 363,

374. Le nécessaire rattachement de l'obligation à l'ordre public.

La détention *moyen* ouverte doit surtout être rattachée à la protection de l'ordre public, pour éviter son irruption en toute matière et assurer la lutte contre l'arbitraire. Pourtant, le rattachement n'apparaît pas dans la jurisprudence européenne, qui abandonne tout contrôle de la nécessité abstraite, en la matière (§1). Le droit français à l'inverse reconnaît ce rattachement, dans une expression minimale : il admet pratiquement toute obligation assurant la protection de l'ordre public, sans distinction (§2).

obs. C. FLEURIOT ; *ibid.*, p. 864, entretien S. SLAMA ; *ibid.*, p. 2267, chron. A. GOUTTENOIRE ; *ibid.*, 2013, p. 324, chron. K. PARROT ; *AJP*, 2012, p. 281, note S. SLAMA ; *Rev. crit. DIP*, 2012, p. 826, comm. K. PARROT]. Un juge du fond avait recouru à la notion de décision administrative « *non formalisée* », pour accepter la contestation du mineur de sa rétention [TA Melun, 29 oct. 2011, n° 1108027 ; *AJDA*, 2011, p. 2268]. Il était désavoué par la Cour d'appel, qui réfutait l'existence de toute décision administrative de placement [CAA Paris, 31 déc. 2012, *pft Meurthe-et-Moselle c. Mouslimov*, n° 11PA04917 ; *AJDA*, 2013, p. 920, obs. M. SIRINELLI]. La décision *Popov* a entraîné l'adoption d'une circulaire du 6 juil. 2012 du ministère de l'Intérieur norINTK1207283C privilégiant le recours à l'assignation à résidence de la famille, sauf soustraction volontaire à une obligation de quitter le territoire.

§ 1./ L'ACCEPTATION EUROPÉENNE D'OBLIGATIONS DE TOUTE NATURE

375. **Le contrôle léger de l'obligation précise et concrète.** Les obligations fixées par l'ordonnance d'un tribunal, pour lesquelles la jurisprudence européenne a admis le recours à la privation de liberté pour forcer leur exécution, ont concerné la réalisation d'un examen psychiatrique¹⁵⁴⁸, la réalisation d'une analyse de sang aux fins de recherche de paternité¹⁵⁴⁹, la comparution devant le juge d'instruction¹⁵⁵⁰, ou encore, pour une hypothèse exceptionnelle, la révélation d'informations aux autorités judiciaires¹⁵⁵¹. En cette matière, la Cour¹⁵⁵² a toléré que l'obtention du consentement à l'obligation « *de bien se conduire* » puisse justifier une privation de liberté de vingt-huit jours¹⁵⁵³, alors pourtant que la Cour rappelait dans la même décision l'exigence de précision de l'obligation, y compris pour celle fixée par le tribunal¹⁵⁵⁴. L'obligation en cause était pourtant équivoque¹⁵⁵⁵, et la Cour ne s'intéressait finalement pas tellement à la nature de l'engagement que la privation de liberté servait à forcer¹⁵⁵⁶.

376. Les obligations législatives, pour lesquelles la jurisprudence européenne a admis le recours à la privation de liberté pour forcer leur exécution, ont concerné la comparution devant le tribunal de l'accusé¹⁵⁵⁷, l'audition du témoin en procédure pénale¹⁵⁵⁸,

¹⁵⁴⁸ Pour le suspect, v. CEDH, 27 nov. 2003, *Worwa c. Pologne*, req. n° 26624/95 : *Rec. CEDH*, 2003-XI, ou encore CEDH, sect. III, 29 nov. 2011, *Beiere c. Lettonie*, n° 30954/05, en angl., ou encore *Nowicka : préc.* Pour l'aliéné dangereux, v. *Petukhova : préc.* Pour le majeur incapable, v. CEDH, sect. II, 20 mai 2003, *Sobek c. la République tchèque*, req. n° 48282/99, *déc.*, ou encore Comm.EDH, 10 déc. 1975, *X. c. RFA*, req. n° 6659/74 : *D. R.*, n° 3, p. 92.

¹⁵⁴⁹ Comm.EDH, 13 déc. 1979, *X. c. Autriche*, req. n° 8278/78 : *D. R.*, n° 18, p. 157.

¹⁵⁵⁰ Comm.EDH, 7 oct. 1980, *Freda c. Italie*, req. n° 8916/80 : *D. R.*, n° 21, p. 250.

¹⁵⁵¹ CEDH, sect. V, 4 sept. 2007, *Paradis et autres c. Allemagne*, req. n° 4065/04, *déc.*, en angl. Il s'agissait de l'obligation pour la mère de révéler la localisation d'enfants, soustraits à la garde de leur père et résidant dans un État étranger.

¹⁵⁵² CEDH, ch., 23 sept. 1998, *Steel et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 24838/94 : *Rec. CEDH*, 1998-VII ; *RSC*, 1999, p. 384, obs. R. KOERING-JOULIN.

¹⁵⁵³ *Ibid.* La procédure exigeait d'obtenir le consentement du perturbateur pour que l'obligation s'applique et c'est en l'espèce le refus du perturbateur de consentir qui avait entraîné sa privation de liberté, afin de faire pression sur lui et obtenir son acceptation, celle-ci mettant un terme à la détention. En revanche, la privation de liberté ultérieure, en cas de violation directe de l'obligation de bien se comporter, relève sans doute plus directement de l'article 5 § 1^{er}-a), car elle vient sanctionner un comportement interdit.

¹⁵⁵⁴ *Ibid.* La requérante avait gêné délibérément le passage d'un participant à la chasse, en se plaçant devant lui, dès qu'il levait son fusil pour viser, l'empêchant ainsi de tirer.

¹⁵⁵⁵ *Ibid.* La Cour estimait la condition remplie, dès lors que la personne pouvait elle-même apprécier son sens du fait de l'atteinte à l'ordre public qu'elle avait commise au préalable et dont le risque de récidive avait motivé la sommation.

¹⁵⁵⁶ *Ibid.* Son acceptation de la sommation l'aurait placé dans un régime pouvant entraîner six mois de détention en cas de mauvais comportement dans une période de douze mois.

¹⁵⁵⁷ CEDH, sect. V, 27 mars 2012, *Lolova-Kradzhova c. Bulgarie*, req. n° 17835/07, en angl. – CEDH, sect. V, 9 nov. 2010, *Osypenko c. Ukraine*, req. n° 4634/04, en angl. – CEDH, sect. IV, 11 juil. 2006,

la fourniture de la preuve de l'identité¹⁵⁵⁹, et le paiement d'une dette en matière fiscale¹⁵⁶⁰. La Cour dans les principes se réfère seulement à l'exigence d'une obligation « *spécifique et concrète* », ce qui vise principalement à interdire l'utilisation du cas de privation de liberté comme une mesure de sûreté, qui reposerait sur un devoir général d'obéissance à la loi¹⁵⁶¹. Cette limite a été largement remise en cause par une décision de la Cour européenne qui a admis que l'obligation légale générale de ne pas commettre une infraction imminente justifie la privation de liberté de police de l'individu¹⁵⁶² qui, par un comportement qui lui était spécialement interdit par une notification préalable des autorités¹⁵⁶³, a montré qu'il était sur le point de passer à l'acte¹⁵⁶⁴, à condition que la privation de liberté ne soit pas maintenue au-delà de la disparition des conditions qui rendaient l'infraction imminente. Une telle

Harkmann c. Estonie, req. n° 2192/03, en angl. Une telle privation de liberté, pour relever de l'article 5 § 1^{er}-b), doit toutefois être limitée à la conduite de l'individu devant la juridiction et s'interrompre à la fin de l'audience, sans quoi, la privation de liberté de quelques jours, même après un premier défaut de comparution devant la juridiction, constitue une détention provisoire au sens de l'article 5 § 1^{er}-c).

¹⁵⁵⁸ CEDH, sect. I, 31 mai 2011, *Khodorkovskiy c. Russie*, req. n° 5829/04, en angl. – CEDH, sect. III, 22 févr. 2011, *Soare et autres c. Roumanie*, req. n° 24329/02. – CEDH sect. V, 22 mai 2008, *Iliya Stefanov c. Bulgarie*, req. n° 65755/01, en angl.

¹⁵⁵⁹ Pour le cadre de la police judiciaire, v. CEDH, sect. II, 5 avr. 2011, *Sarigiannis c. Italie*, req. n° 14569/05 ou encore Comm.EDH, 9 sept. 1992, *Reyntjens c. Belgique*, req. n° 16810/96. Pour le cadre de la police administrative, v. Comm.EDH, 13 mai 1987, *B. c. France*, req. n° 10179/82 : *D. R.*, n° 52, p. 111.

¹⁵⁶⁰ CEDH, sect. V, 1^{er} mars 2005, *Lloyds et autres c. Royaume-Uni*, req. n°s 29798/96, 30395/96, 34327/96 et autres. – CEDH, gde ch., 10 juin 1996, *Benham c. Royaume-Uni*, req. n° 19380/92 : *Rec. CEDH*, 1996-III. – CEDH, sect. III, 12 oct. 1999, *Perks et autres c. Royaume-Uni*, req. n°s 25277/94, 25279/94, 25280/94 et autres, en angl. – CEDH, ch., 8 juin 1995, *Jamil c. France*, req. n° 15917/89 : *Rec. CEDH*, série A, n° 317-B ; *RSC*, 1995, p. 855, obs. L.-E. PETTITI ; *ibid.*, 1996, p. 471, obs. R. KOERING-JOULIN ; *AJDA*, 1995, p. 719, chron. J.-F. FLAUS ; *D.*, 1996, p. 197, obs. J.-F. RENUCCI. La contrainte par corps engendrée par le non-paiement d'une amende douanière, « *dans un contexte pénal* » pour concerner le trafic de stupéfiants, a cependant été qualifiée de peine par la Cour européenne des droits de l'Homme au sens de l'article 7, impliquant sans doute le rattachement de la mesure à l'article 5 § 1^{er}-a) de la Convention. Si la Cour s'était fondée notamment sur le caractère plus sévère de la contrainte par corps douanière au regard de la contrainte par corps pénale, le raisonnement tenu par la Cour apparaît pour le reste transposable à cette dernière.

¹⁵⁶¹ En principe, le cas de détention de l'article 5 § 1^{er}-b) ne saurait permettre « *un internement administratif tendant à contraindre un citoyen à s'acquitter, sur un point quelconque, de son devoir général d'obéissance à la loi* » [*Engel* : *préc.* ; § 69] ou encore résider dans une obligation générale de s'abstenir de commettre une infraction dans un avenir proche [CEDH, sect. V, 7 mars 2013, *Ostendorf c. Allemagne*, req. n° 15598/08, en angl. : *RSC*, 2013, p. 653, note J.-P. MARGUÉNAUD ; *D.*, actu., 13 mars 2013, obs. O. BACHELET : « *the duty not to commit a criminal offence in the imminent future cannot be considered sufficiently concrete and specific* »].

¹⁵⁶² *Ostendorf* : *préc.* La Cour se livrait toutefois à un examen plus complet de l'obligation, en considérant que son contrôle devait être accru pour les obligations de ne pas faire, par rapport aux obligations de faire. La loi prévoyait une rétention, lorsque celle-ci était indispensable à l'empêchement de la commission imminente d'une infraction pénale d'une gravité importante.

¹⁵⁶³ *Ibid.*, § 94. La Cour indiquait toutefois qu'une telle obligation ne pouvait être admise, sous le visa de l'article 5 § 1^{er}-b), qu'à la condition que les autorités aient au préalable prévenu l'individu qu'il serait arrêté en cas de violation de l'ordre donné. En l'espèce l'individu, supporter de football, dont les autorités craignaient qu'il ne provoque des violences avec des supporters adverses, aux abords d'une rencontre, avait été informé de son obligation de rester avec son groupe.

¹⁵⁶⁴ *Ibid.*, § 96. La Cour vérifiait que des actes clairs et positifs [« *clear and positive steps* »] ou des actes préparatoires montraient l'imminence de la commission de l'infraction. En l'espèce, la Cour constatait que l'individu avait commencé à discuter avec un groupe adverse.

jurisprudence revient finalement à transposer l'économie de l'obligation fixée par l'ordonnance d'un tribunal, à l'obligation posée par la loi, et à admettre la même efficacité à la notification de l'obligation à son débiteur, qu'elle soit judiciaire ou policière, celle-ci transformant pareillement l'obligation législative pourtant générale et abstraite, en une obligation précise et concrète. La Cour européenne des droits de l'Homme a ainsi consacré une détention policière de sûreté¹⁵⁶⁵, alors pourtant qu'elle avait toujours rappelé son opposition à une telle mesure¹⁵⁶⁶.

377. L'absence du contrôle de la nature de l'obligation. Dans les deux cas de l'article 5 § 1^{er}-b), le bilan de la jurisprudence européenne montre que celle-ci a principalement admis comme obligations celles visant directement la protection de l'ordre public¹⁵⁶⁷. Quelques hypothèses seulement s'en éloignent strictement, même si elles demeurent dans les domaines régaliens de l'État¹⁵⁶⁸ et ne servent pas des intérêts privés. Il est cependant regrettable que la jurisprudence européenne, en dehors de la casuistique, n'ait consacré aucune véritable limitation sur la nature de l'obligation dont l'exécution forcée permet le recours à la privation de liberté.

378. La découverte d'un nouveau cas de mesure de sûreté fondée uniquement sur la mise en péril de l'ordre public : la contention des foules. La particulière largesse de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme a permis de découvrir un nouveau cas de privation de liberté, la détention policière de sûreté, permise en dehors de la commission d'une infraction et détachée de l'exécution d'une obligation précise et concrète, pendant policier de la découverte de la détention pénale de

¹⁵⁶⁵ Au moins la Cour réfutait fermement que l'article 5 § 1^{er}-c) serve de fondement à la privation de liberté de police préventive, alors pourtant que le texte de la Convention ouvre ce cas de détention en cas de « *motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction* » [*Ibid.*, § 85 et s.]. Elle indiquait que ce fondement ne s'appliquait qu'au suspect d'une infraction pénale en vue de le traduire devant l'autorité judiciaire et rappelait que ce fragment du texte de la Convention incluait l'arrestation du suspect sur le fondement d'une tentative. L'acceptation du fondement de l'article 5 § 1^{er}-c) aurait compromis la condition du commandement préalable des autorités dérogée sur le fondement de l'article 5 § 1^{er}-b).

¹⁵⁶⁶ La Cour entretient toutefois une ambiguïté certaine en cette matière puisque, concernant le mécanisme de l'article 44 du *Terrorism act* britannique qui permet l'arrestation et la fouille d'une personne indépendamment de toute existence d'un soupçon raisonnable et sans contrôle judiciaire dans le but de prévenir toute action terroriste, elle s'est réfugiée derrière la violation de l'article 8 pour ne pas trancher la conventionnalité du mécanisme sous l'angle de l'article 5 § 1^{er}-b), alors que la fouille avait en l'espèce entraîné une rétention de près d'une demi-heure [CEDH, sect. V, 12 janv. 2012, *Gillan et Quinton c. Royaume-Uni*, req. n° 4158/05, en angl.].

¹⁵⁶⁷ Les obligations validées concernent principalement le domaine de la recherche et de la poursuite des auteurs d'infractions ou le domaine de la police administrative.

¹⁵⁶⁸ Soit le recouvrement des impôts, les obligations militaires, la protection des incapables majeurs, ou la protection des mineurs, en imposant le respect des droits de garde, ou en établissant un lien de filiation.

sûreté¹⁵⁶⁹, montrant que la Cour n'a jamais véritablement utilisé la liste de l'article 5 § 1^{er} pour écarter un cas de privation de liberté répandu dans la tradition juridique des États¹⁵⁷⁰. Une telle privation de liberté extrêmement dangereuse pour la liberté individuelle doit en conséquence être strictement limitée et ne doit pas déborder du domaine dans lequel il a été découvert, à savoir la maîtrise de la foule au cours de manifestations d'ampleurs.

379. Une telle jurisprudence a au moins le mérite de ramener dans le champ de la Convention ce domaine souvent abandonné à la simple pratique¹⁵⁷¹, et il est de ce point de vue regrettable que la Cour ait reculé dans cette construction, en rejetant opportunément la qualification de la privation de liberté, concernant l'usage de cordons pour contenir une foule de manifestants, se limitant à l'examen de la nécessité de la mesure pour protéger l'ordre public, dans un contrôle au surplus léger¹⁵⁷². Au moins la Cour a-t-elle justement rappelé que l'absence d'élément démontrant la commission imminente d'une infraction, condition à l'échelle de l'individu pour autoriser la détention de sûreté de police¹⁵⁷³, et l'absence d'élément démontrant le danger pour l'ordre public, condition à l'échelle de la foule pour autoriser le même cas de privation de liberté¹⁵⁷⁴, interdisait l'usage de la privation de liberté contre des manifestants, celle-ci violant à la fois l'article 5 et l'article 11 de la Convention¹⁵⁷⁵.

380. **Le correctif de la proportionnalité concrète.** Consciente, sans doute, du défaut global de la délimitation de la détention *moyen* ouverte, la Cour a développé un contrôle plus intense des autres éléments de la conventionnalité de la privation de liberté comme correctif¹⁵⁷⁶, notamment celui de sa proportionnalité concrète¹⁵⁷⁷, appréciée

¹⁵⁶⁹ V. *infra*, n° 437 et s. Leur lien avec la matière pénale leur permet alors d'échapper au principe de la concurrence, qui encadre la mesure de sûreté de droit commun [v. *infra*, n° 396 et s.].

¹⁵⁷⁰ V. *supra*, n° 212.

¹⁵⁷¹ L'arrêt *Friedel* [Cass. crim., 5 janv. 1973, *Friedel*, n° 72-90.278 : *Bull. crim.*, n° 7] montrait l'existence de la pratique des retenues pour vérification d'identité afin de contrôler les participants des manifestations sans fondement légal. V. sur la pratique française J.-P. FRÉDÉRIC, « La judiciarisation du maintien de l'ordre public : des maux... aux actes ! » ; *AJP*, 2013, p. 208.

¹⁵⁷² La contention avait pourtant duré plusieurs heures [CEDH, gde ch., 15 mars 2012, *Austin et autres c. Royaume-Uni*, req. n°s 39692/09, 40713/09 et 41008/09 : *Rec. CEDH* ; *Gaz. Pal.*, 29 mars 2012, p. 30, obs. C. BERLAUD ; *JCP*, 2012, actu., n° 455, obs. F. SUDRE ; *AJDA*, 2012, p. 1726, chron. L. BURGORGUE-LARSEN ; v. *supra*, n° 22].

¹⁵⁷³ La Cour a toutefois appliqué la jurisprudence *Austin* à la détention d'un seul individu, en dehors toutefois de la maîtrise des manifestants, mais concernant des contrôles de sécurité réalisés à l'aéroport, alors que l'individu apparaissait dans les bases de données de la police aux frontières [CEDH, sect. I, 15 oct. 2013, *Gahramanov c. Azerbaïdjan*, req. n° 26291/06, *déc.*, en angl.].

¹⁵⁷⁴ Même si la Cour écarte alors opportunément la privation de liberté du champ de l'article 5 [v. *Austin* : *préc.*].

¹⁵⁷⁵ CEDH, sect. V, 1^{er} déc. 2011, *Schwabe et M. G. c. Allemagne*, req. n°s 8080/08 et 8577/08.

¹⁵⁷⁶ Ainsi, elle vérifie strictement que la procédure juridictionnelle, au terme de laquelle l'ordonnance fixant l'obligation a été prise, qui doit apporter une protection suffisante à l'individu [*Beiere* : *préc.*]. Le contrôle de la Cour du respect des voies légales et donc du respect du droit interne apparaît particulièrement rigoureux pour ce cas de privation de liberté. [*Lloyds* : précité – *Epplé* : *préc.*].

principalement au regard de la durée de la privation de liberté¹⁵⁷⁸, contrôle marqué par une hausse d'intensité notamment en matière de la rétention pour vérification d'identité¹⁵⁷⁹ ou de la rétention du témoin pour audition¹⁵⁸⁰. Le droit français quant à lui consacre l'attachement de la détention *moyen* à l'ordre public, sans pour autant se montrer exigeant quant à la gravité de la mise en péril de l'ordre public provoquée par le défaut d'exécution.

¹⁵⁷⁷ La proportionnalité doit être appréciée au regard « *du but de l'ordonnance, de la possibilité matérielle de s'y conformer et de la durée de la détention* » [Gatt : *préc.*] ou encore doit résulter d'« *un juste équilibre entre la nécessité de garantir cette exécution et le droit à la liberté* » [Comm.EDH, 13 mai 1987, *B. c. France*, req. n° 10179/82 : *D. R.*, n° 52, p. 111. – *Epple* : *préc.* ; § 37]. « *La nature de l'obligation, y compris son objet et son but sous-jacents* » est un critère de cette appréciation [*Epple* : *préc.*]. Les autres critères tiennent à « *la personne détenue et les circonstances particulières ayant abouti à sa détention et, finalement, [à] la durée de celle-ci* ».

¹⁵⁷⁸ Ainsi, une durée de près de trente heures de privation de liberté, réalisée pour assurer la comparution de l'accusé d'une infraction de faible gravité devant la juridiction, est disproportionnée dans sa durée [*Lolova-Kradzhova* : *préc.*]. De la même manière, la détention de dix-heures, prise pour exécution forcée d'une obligation de ne pas participer à un rassemblement interdit, est disproportionnée, alors que la violation de l'interdiction était sanctionnée d'une simple amende de 250 € [*Epple* : *préc.*].

¹⁵⁷⁹ Si une détention de douze heures aux fins de vérification d'identité a été validée [*Reyntjens* : *préc.*] et même une détention de même type de quarante-cinq heures, dans une décision ancienne concernant un contexte terroriste [Comm.EDH, 18 mars 1981, *McVeigh et autres c. Royaume-Uni*, req. n°s 8022/77, 8025/77 et 8027/77, *rap.*], une même rétention de près de treize heures a été censurée, compte-tenu de l'état de santé de la personne privée de liberté et de la faible gravité de l'infraction poursuivie [CEDH, sect. I, 25 sept. 2003, *Vasileva c. Danemark*, req. n° 52792/99].

¹⁵⁸⁰ La rétention du témoin le temps de son audition de nuit, pendant sept heures et demie pour l'un et huit heures et demie pour l'autre, ne dépasse pas la stricte proportionnalité [*Soare* : *préc.*]. Pour cette obligation, une rétention de cinq heures, sauf à caractériser une circonstance particulière, est manifestement fondée au regard de la Convention [*Iliya Stefanov* : *préc.*]. En revanche, une rétention de huit heures, réalisée de nuit, alors que le requérant, une victime, souffrait de blessures nécessitant une assistance médicale, n'est pas proportionnée, à défaut d'urgence [*Ospyenko* : *préc.*].

§ 2./ L'ACCEPTION CONSTITUTIONNELLE DE TOUTE OBLIGATION ASSURANT LA PROTECTION DE L'ORDRE PUBLIC

381. **Le rattachement français de la détention *moyen* à la seule garantie des obligations servant la protection de l'ordre public.** La procédure pénale demeure la matière naturelle de la détention *moyen*¹⁵⁸¹, leur rattachement à la matière établissant de manière évidente leur lien avec l'ordre public. Les autres hypothèses principales de détention *moyen* concernent la matière de la police administrative, dont la capacité à supporter la privation de liberté a été consacrée plus tard¹⁵⁸² et dont le rattachement à la protection de l'ordre public est

¹⁵⁸¹ La rétention aux fins de vérification d'identité, la rétention du témoin, les mandats d'amener et d'arrêt, comme le déferement avant comparution relèvent de cette catégorie et plus encore les régimes d'arrestations et de retenues en vue de la remise du suspect à un État étranger, ou à une Organisation internationale, ou encore la vérification de la situation pénale, ou encore l'arrestation du suspect ou du condamné ne respectant pas les obligations judiciaires de contrôle mises à sa charge. Ces régimes visent le plus souvent à assurer la traduction des individus devant l'autorité judiciaire indépendante, qui est compétente pour prononcer le titre judiciaire pérenne de détention, transformant la privation de liberté de police en privation de liberté judiciaire. Le Conseil constitutionnel a toujours admis les détentions *moyen* de procédure pénale, sur le fondement de la recherche et de la poursuite des auteurs d'infractions, au regard de « *la conciliation qui doit être opérée entre l'exercice des libertés constitutionnellement reconnues et les besoins de la recherche des auteurs d'infractions et de la prévention d'atteintes à l'ordre public, notamment à la sécurité des personnes et des biens, nécessaires, l'une et l'autre, à la sauvegarde de droits de valeur constitutionnelle* » [Cons. const., déc. n° 80-127 DC des 19 et 20 janv. 1981 relative à la loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes : *J. O.*, 22 janv. 1981, p. 308]. C'est avec cette même formule générale que le Conseil constitutionnel valide les atteintes aux autres composantes à la liberté individuelle réalisées par les opérations de police judiciaire [v. par ex. pour des visites domiciliaires Cons. const., déc. n° 97-389 DC du 22 avr. 1997 relative à la loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration : *J. O.*, 27 avr. 1997, p. 6432 ; *AJDA*, 1997, p. 524, comm. F. JULIEN-LAFERRIÈRE ; *JCP*, 1997, II, n° 22890, obs. J.-C. ZARKA ; *RDP*, 1997, p. 931, comm. F. LUCHAIRE ; consid. n° 73 et s.] : la création d'une nouvelle détention *moyen* ne semble pas, dans cette matière, faire l'objet d'un contrôle beaucoup plus strict que des atteintes moins graves aux libertés individuelles.

¹⁵⁸² La Cour de cassation dans la décision *Friedel* semblait même exclure cette possibilité [Cass. crim., 5 janv. 1973, *Friedel*, n° 72-90.278 : *Bull. crim.*, n° 7 : « *les pouvoirs de police administrative, s'ils permettent, quand des circonstances particulières l'exigent, de procéder à des vérifications d'identité, n'autorisent pas à retenir, fût-ce provisoirement, des personnes qui n'ont commis aucune infraction ou qui ne sont pas soupçonnées d'en avoir commis* »]. C'est une loi de 1980 qui introduisit la privation de liberté des étrangers, dont l'entrée était refusée sur le territoire, ou en instance d'expulsion [loi n° 80-9 du 10 janv. 1980 relative à la prévention de l'immigration clandestine et portant modification de l'ord. n° 45-2658 du 2 nov. 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers et portant création de l'Office national d'immigration : *J. O.*, 11 janv. 1980]. Les parlementaires contestaient directement le principe de ces « *mesures d'internement arbitraire* » devant le Conseil constitutionnel. Si celui-ci censurait en partie cette loi au motif de l'intervention tardive du juge judiciaire, elle n'en rejetait pas pour autant le principe [Cons. const., déc. n° 79-109 DC du 9 janv. 1980 portant sur la loi relative à la prévention de l'immigration clandestine et portant modification de l'ord. n° 45-2658 du 2 nov. 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers et portant création de l'Office national d'immigration : *J. O.*, 11 janv. 1980, p. 84]. Le Conseil constitutionnel relie désormais clairement détention de l'étranger et protection de l'ordre public : « *si le législateur peut prendre à l'égard des étrangers des dispositions spécifiques, il lui appartient de respecter les libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnellement reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République ; que s'ils doivent être conciliés avec la sauvegarde de l'ordre public qui constitue un objectif de valeur constitutionnelle, figurent parmi ces droits et libertés, la liberté individuelle et la sûreté, notamment la liberté d'aller et venir, la liberté du mariage, le droit de mener une vie familiale normale* » [Cons. const., déc. n° 93-325 DC du 13 août 1993 portant sur la loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions

tout autant patent. L'exclusion de la contrainte par corps pour des dettes privées semble avoir mis fin à la principale hypothèse de détention *moyen* détachée de l'ordre public en droit français¹⁵⁸³. Si l'usage de la force publique est souvent permis pour défendre des intérêts privés dans les législations spéciales, celle-ci autorisant la prise de corps de l'individu, la courte durée de la contrainte empêche de la qualifier de privation de liberté¹⁵⁸⁴. Malgré cet effort de rattachement par le droit français de la détention *moyen* à la protection de l'ordre public, la délimitation efficace réside dans l'autorisation du recours à la privation de liberté pour les seules mises en péril de l'ordre public les plus lourdes. Le contrôle constitutionnel de la nécessité abstraite de la détention *moyen* reste faible en matière pénale, pour aboutir à une modulation insuffisante du champ de la détention *moyen* (A), et en dehors, pour tolérer, une présomption de nécessité pour la rétention administrative de l'étranger (B).

d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France : *J. O.*, 18 août 1993, p. 11722 ; *RFDA*, 1993, p. 871, comm. B. GENEVOIS ; v. aussi déc. n° 97-389 DC du 22 avr. 1997 : *préc.*], alors que plus précocement, il n'avait pas spécialement recherché la justification d'une telle privation de liberté [Cons. const., déc. n° 86-216 DC du 3 sept. 1986 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France : *J. O.*, 5 sept. 1986, p. 10790]. L'examen de la loi *Sécurité et liberté* [loi n° 81-82 du 2 févr. 1981 renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes : *J. O.*, 3 févr. 1981], avait déjà permis au Conseil constitutionnel de valider la création de la vérification d'identité, détention *moyen* de police administrative ou judiciaire, sans contrôle poussé, au regard de l'objectif de « *prévention d'atteintes à l'ordre public* » de la mesure, plaçant au surplus sur un même plan la rétention utilisée à des fins de police judiciaire et celle utilisée à des fins de police administrative [Cons. const., déc. n° 80-127 DC des 19 et 20 janv. 1981 relative à la loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes : *J. O.*, 22 janv. 1981, p. 308]. Les parlementaires avaient encore contesté directement le principe de la nouvelle privation de liberté.

¹⁵⁸³ La loi du 22 juillet 1867 supprima définitivement et de manière absolue la contrainte par corps, en matière commerciale et civile [loi du 22 juil. 1867 relative à la contrainte par corps : *J. O.*, 20 août 1944, p. 165]. La contrainte par corps n'était plus admise qu'en matière pénale, douanière et fiscale. Subsistait alors un seul intérêt privé permettant la contrainte par corps, celui de la partie civile. Cette possibilité était supprimée par l'entrée en vigueur du nouveau Code de procédure pénale en 1958. La contrainte par corps était alors uniquement admise pour des créances étatiques. Le droit français allait déjà plus loin que le quatrième protocole à la Convention européenne des droits de l'Homme prohibant dans son article premier la privation de liberté « *pour la seule raison qu'il n'est pas en mesure d'exécuter une obligation contractuelle* ». La contrainte par corps a été encore réformée en 2004, au point d'ailleurs de changer d'appellation et de devenir la contrainte judiciaire. La nature de l'obligation permettant la privation de liberté a encore été restreinte [Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité : *J. O.*, 10 mars 2004, p. 4567 ; *D.*, 2004, p. 1910, comm. B. DE LAMY ; *JCP*, 2004, I, n° 132 et 134, comm. J. PRADEL ; *RSC*, 2004, p. 675, obs. B. BOULOC ; *AJP*, 2004, p. 235, note D. MIEN et J.-F. BARRE (spéc. sur les droits de la défense) ; *AJP*, 2004, p. 181, note É. VERGÈS (spéc. sur la notion de criminalité organisée) ; *AJP*, 2004, p. 261, comm. A. GIUDICELLI (spéc. sur la garde à vue) ; *AJP*, 2004, p. 228, note M. SCHWENDENER (spéc. sur les pouvoirs d'enquête) ; *D.*, 2004, p. 2589, M. GIACOPELLI (spéc. sur l'aménagement des peines) ; *JCP*, 2004, I, n° 140, note P. BONFILS (spéc. sur le droit des mineurs)]. Elle n'est désormais possible que pour garantir le paiement de l'amende pénale, fiscale ou douanière, et sa nature se rapproche sans doute plus désormais de la peine que d'une détention pour exécution d'une obligation [v. *Jamil* : *préc.*].

¹⁵⁸⁴ V. *supra*, n° 21.

A) *L'insuffisante modulation de la détention moyen en matière pénale*

382. **Les critères de la nécessité abstraite de la détention *moyen* en matière pénale : gravité de l'infraction et minorité.** En matière pénale, la garde à vue et la détention provisoire constitue les deux principales illustrations¹⁵⁸⁵ de détention *moyen*¹⁵⁸⁶. La modulation du champ de la détention *moyen*, au regard de la gravité de la mise en péril de l'ordre public, y dépend évidemment de la gravité de l'infraction concernée. La législation française a largement ouvert le recours à ce type de privation de liberté, notamment pour la courte privation de liberté¹⁵⁸⁷, sans la limiter au suspect¹⁵⁸⁸, ni toujours au reproche d'une infraction punie d'emprisonnement¹⁵⁸⁹, indépendamment du cadre des investigations¹⁵⁹⁰, et seule la détention provisoire constitue une privation de liberté suffisamment grave pour être plus limitée¹⁵⁹¹. Le critère de la gravité de la mise en péril de l'ordre public, qui apparaît déjà défectueux, ne saurait suffire à régler la modulation de l'étendue de la privation de liberté, et

¹⁵⁸⁵ V. *infra*, note n° 1537.

¹⁵⁸⁶ D'autres cas de détention *moyen* sont admis en matière pénale, comme les retenues pour vérification d'identité, ou les retenues pour audition des témoins [v. *supra*, n° 375 et s.]

¹⁵⁸⁷ La vérification d'identité est permise à l'encontre de toute personne qui « a commis ou tenté de commettre une infraction » [art. 78-1 CPP], si elle refuse ou n'arrive pas à justifier de son identité [art. 78-4 CPP].

¹⁵⁸⁸ Le témoin dans le cadre de l'enquête de flagrance et de l'enquête préliminaire, peuvent être retenus aux fins d'auditions pendant quatre heures, sans distinction selon la gravité des infractions [art. 62 et 78 CPP]. Dans le cadre de l'instruction, le témoin peut également être contraint de comparaître par la force devant le juge d'instruction, ou dans le cadre d'une commission rogatoire, sans toutefois cette fois-ci que la durée de l'audition en résultant ne soit réglementée, sauf à ne pas dépasser le temps nécessaire à l'audition [art. 110 et 153 CPP]. Si l'article 5 § 1^{er}-c) de la Convention limite expressément la rétention policière au suspect, celle du témoin repose sur l'article 5 § 1^{er}-b) [v. *supra*, n° 375 et s.].

¹⁵⁸⁹ Le placement en garde à vue est expressément limité aux crimes et délits punis d'une peine d'emprisonnement uniquement depuis la réforme de 2011 [art. 62, 62-2, 77 et 154 CPP], si bien qu'auparavant, sans que la loi ne limite expressément la garde à vue à certaines infractions, elle semblait permise pour toutes les infractions pouvant être poursuivies dans le cadre utilisé – soit pour l'enquête préliminaire et l'instruction, l'ensemble des infractions sans restriction [v. respectivement les art. 75 et 79 CPP], soit pour l'enquête de flagrance, dans sa période initiale, l'ensemble des délits et des crimes [art. 53 CPP], et dans sa prolongation, les crimes et délits punis au moins de cinq ans d'emprisonnement [*ibid.*] – et posait même, au moins théoriquement, la question de la garde à vue pour une contravention. De même, si le mandat d'arrêt est limité aux infractions punies au moins d'emprisonnement correctionnel [art. 131 CPP], la législation n'a pas prévu la même limite pour le mandat d'amener [art. 122 CPP].

¹⁵⁹⁰ L'arrestation au sens strict de capture, ouverte à toute personne, reste limitée au cadre de la flagrance et au surplus pour les crimes et délits punis d'une peine d'emprisonnement [art. 73 CPP]. Le placement en garde à vue de droit commun est possible dans les mêmes conditions, dans les différents cadres [art. 62-2 CPP]. L'arrestation et la retenue douanières restent limitées à la flagrance, pour une infraction punie au moins d'une peine d'emprisonnement [art. 323-1 du Code des douanes]. L'ouverture des possibilités de capture policière en enquête préliminaire, même pour le témoin, sous la validation du Conseil constitutionnel, a largement atteint la distinction en droit français, entre les deux cadres d'enquête [v. *supra*, n° 172 et s.].

¹⁵⁹¹ Celle-ci reste en effet limitée à la poursuite d'une infraction punie au minimum de trois ans d'emprisonnement [art. 143-1 CPP].

son adaptation impose de tenir compte de la capacité des personnes à la supporter¹⁵⁹². La minorité constitue l'hypothèse principale de capacité amoindrie nécessitant une délimitation plus sévère de la privation de liberté, à réaliser dès le stade abstrait. Ce contrôle supra-légal minimum de la nécessité abstraite de la détention *moyen* en matière pénale ressort de l'admission de la garde à vue du droit commun dans la seule limite du reproche d'une infraction punie au moins d'une peine d'emprisonnement (1). Ce contrôle minimal résulte aussi de l'insuffisante prise en compte de la minorité du suspect, aboutissant même à la remise en cause des principes plus anciens (2).

1) La garde à vue de droit commun de l'adulte : la limite du reproche d'une infraction punie au moins d'une peine d'emprisonnement

383. **La censure de la délimitation trop étendue de la garde à vue de droit commun.** Le Conseil constitutionnel a justifié la censure de la garde à vue dans son contrôle *a posteriori* de la mesure, non pas seulement sur l'atteinte aux droits de la défense¹⁵⁹³, mais également sur l'étendue de la garde à vue, jugée trop générale, pour le placement et sa prolongation de droit commun¹⁵⁹⁴. Le principe de l'appréciation plus sévère de sa nécessité

¹⁵⁹² V. *supra*, n° 361.

¹⁵⁹³ L'interprétation des fondements du défaut de l'intervention de l'avocat en garde à vue pouvait déjà donner lieu à interprétation [v. *supra*, n° 303].

¹⁵⁹⁴ Cons. const., déc. n° 2010-14/22 QPC du 30 juil. 2010, [M. W.] : *J. O.*, 31 juil. 2010, p. 14198 ; *RTD civ.*, 2010 p. 513, obs. P. PUIG ; *RSC*, 2011, p. 139, obs. A. GIUDICELLI ; *D.*, 2010, p. 2254, obs. J. PRADEL ; *AJP*, 2010, p. 470, comm. J.-B. PERRIER ; *Constitutions*, 2010, p. 571, comm. E. DAOUD et E. MERCIER ; *RSC*, 2011, p. 165, obs. B. DE LAMY. Le Conseil constitutionnel a noté que la garde à vue restait possible « *quelle que soit la gravité des faits qui motivent une telle mesure* » et pouvait être prolongée « *sans que cette faculté soit réservée à des infractions présentant une certaine gravité* ». Finalement, le Conseil constitutionnel constatait le défaut des « *garanties* » du droit de la garde à vue à assurer « *la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties* », violant les articles 9 et 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen. Le Conseil constitutionnel, dans sa conclusion, se contentait de citer les articles violés de manière groupée, sans les distribuer plus précisément à chaque défaut relevé, ne reliant pas expressément, ni l'article 16 à la violation du droit à l'assistance de l'avocat, ni l'article 9 à la violation du droit à ne pas subir de rigueur non nécessaire. Si dans l'énoncé des principes applicables, le Conseil constitutionnel reliait nettement droits de la défense à l'article 16 [consid. n° 24], l'usage de l'article 9 apparaissait plus obscur, et s'il était cité *in extenso* dans les mêmes principes applicables [consid. n° 21], c'est de l'article 34 de la Constitution que le Conseil constitutionnel déduisait l'obligation pour le législateur de délimiter la privation de liberté en évitant d'infliger « *une rigueur non nécessaire lors de la recherche des auteurs d'infractions* » dans la même partie de son raisonnement [consid. 22], article 34 qui disparaissait de sa conclusion. Au regard de l'usage régulier de l'article 9 pour fonder le droit de ne pas subir une rigueur non nécessaire concernant la détention *moyen* avant jugement [v. *supra*, n° 357], la simplicité commande d'interpréter la décision comme censurant la trop large étendue de la garde à vue sur le fondement de l'article 9, celui-ci servant à souligner cette violation distincte de celle des droits de la défense. La censure des articles 62 et 63 du Code de procédure pénale finit de démontrer que la trop large étendue de la garde à vue était bien sanctionnée, puisque ces dispositions la définissaient justement, sans concerner le droit à l'assistance de l'avocat.

abstraite de la détention *moyen* de police judiciaire apparaissait même renforcé par le rappel de ces principes concernant la retenue douanière, alors pourtant que la privation de liberté était limitée à la flagrance¹⁵⁹⁵.

384. **La révolution manquée.** La réforme législative apparaît plus que décevante et se contente du strict minimum, en limitant le placement de la garde à vue aux infractions punies au moins d'une peine d'emprisonnement, sans aucune autre restriction¹⁵⁹⁶. En conditionnant postérieurement, dans le silence de la loi, la constitutionnalité de la privation de liberté de quatre jours du mandat d'amener à la poursuite des délits punis d'une peine d'emprisonnement au moins¹⁵⁹⁷, cette dernière décision pourrait apparaître¹⁵⁹⁸ comme

¹⁵⁹⁵ Cons. const., déc. n° 2010-32 QPC du 22 sept. 2010, [M. Samir M. et autres] : *J. O.*, 23 sept. 2010, p. 17291 ; *RSC*, 2011, p. 139, obs. A. GIUDICELLI ; *RSC*, 2011, p. 165, obs. B. DE LAMY.

¹⁵⁹⁶ V. les nouv. art. 62-2 et 63 CPP issus de la loi n° 2011-392 du 14 avr. 2011 relative à la garde à vue : *J. O.*, 15 avr. 2011, p. 6610 ; *JCP*, 2011, n° 542, comm. H. MATSOPOULOU ; *ibid.*, 2011, n° 665, comm. J. PRADEL ; *D.*, 2011, p. 1570, comm. G. ROUJOU DE BOUBÉE ; *ibid.*, p. 1699, comm. J. ALIX ; *Dr. pén.*, 2011, chron. n° 7, comm. V. LESCLOUS ; *Gaz. Pal.*, 8 nov. 2011, note L. BRUNEAU ; *Gaz. Pal.*, 30 juil. 2013, p. 4, comm. D. ROETS et V. TELLIER-CAYROL. Une telle modification, à ce point décevante, pose directement la question de sa constitutionnalité, d'autant plus que les deux questions prioritaires de constitutionnalité posées sur la nouvelle loi ne concernent pas directement la question de la délimitation de la garde à vue [Cons. const., déc. n° 2011-191/194/195/196/197 QPC du 18 nov. 2011, [Mme A.] : *J. O.*, 19 nov. 2011, p. 19480 ; *D.*, 2011, p. 3034, comm. H. MATSOPOULOU ; *Dr. pén.*, 2012, ét. n° 4, comm. J. LEROY ; *JCP*, 2011, n° 452, note J. PRADEL ; *Gaz. Pal.*, 22 nov. 2011, comm. O. BACHELET ; *Gaz. Pal.*, 7 juil. 2011, p. 12, comm. G. STRAEHLI ; *Gaz. Pal.*, 3 mai 2011, p. 12, obs. D. MARAIS ; *LPA*, 4 juin 2012, p. 8, chron. V. TELLIER-CAYROL : si un requérant avait visé une violation par les dispositions nouvelles du « principe de rigueur nécessaire des mesures de contrainte mises en œuvre au cours de la procédure pénale », lui-même repris par le Conseil au titre des principes applicables, ce dernier principe est aussi de nature à être employé pour régler la question de l'audition libre ; Cons. const., déc. n° 2011-223 QPC du 17 févr. 2012, [*Ordre des avocats au Barreau de Bastia*] : *J. O.*, p. 2846 ; *AJP*, 2012, p. 342, J.-B. PERRIER ; *Constitutions*, 2012, p. 316, note A. DARSONVILLE ; *Gaz. Pal.*, 25-27 mars 2012, p. 14, obs. V. NIORÉ et R. SOFFER ; *LPA*, 1^{er} oct. 2012, chron. V. TELLIER-CAYROL]. Si le Conseil constitutionnel a pu se saisir d'office d'une violation de la Constitution, concernant la composition du Tribunal pour enfants, du fait de l'impartialité de son Président, alors même que la Cour de cassation avait refusé de transmettre cette question, la violation résultait de la même disposition renvoyée devant lui pour un autre grief [Cons. const., déc. n° 2011-147 QPC du 8 juil. 2011 [M. J.] : *J. O.*, 9 juil. 2011, p. 11979 ; *RTD civ.*, 2011, p. 756, obs. J. HAUSER ; *AJP*, 2011, p. 596, obs. J.-B. PERRIER ; *Dr. pén.*, 2012, ét. n° 8, comm. C. CLAVERIE-ROUSSET]. Les décisions sur la garde à vue ne peuvent passer pour une validation, même tacite, de la nouvelle délimitation de la garde à vue, réalisée par le législateur.

¹⁵⁹⁷ Cons. const., déc. n° 2011-133 QPC du 24 juin 2011, [M. Z.] : *J. O.*, 25 juin 2011, p. 10840 ; *AJP*, 2011, p. 602, obs. J.-B. PERRIER ; *Procédures*, n° 8, 2011, comm. 276, note A.-S. CHAVENT-LECLÈRE. Le Conseil constitutionnel limite la privation de liberté de quatre jours et même six jours « en cas de transfèrement d'un département d'outre-mer vers un autre département ou de la France métropolitaine vers un département d'outre-mer », au suspect qui encourt « une peine d'emprisonnement correctionnelle ou une peine plus grave », sans fondement, si ce n'est « la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties ». Sa référence au mandat d'arrêt, limité par la loi au reproche d'une infraction punie d'emprisonnement, montre toutefois que le Conseil constitutionnel a réalisé une application implicite du principe d'égalité devant la loi privative de liberté [v. sur le développement du principe, *supra*, n° 351 et s.].

¹⁵⁹⁸ Le mandat d'amener concerne toutefois le suspect qualifié, contre lequel il existe « une ou plusieurs raisons plausibles raisons » de soupçonner qu'il a commis une infraction [art. 122 CPP], alors que la garde à vue concerne le simple suspect, contre lequel il existe simplement « une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'[il] a commis ou tenté de commettre un crime ou un délit puni d'une peine d'emprisonnement ». Le caractère plus coercitif de la garde à vue, parce qu'elle concerne l'individu contre lequel le niveau de suspicion est moins élevé, et aussi en ce qu'elle n'est que rarement décidée au préalable par le juge judiciaire, et

validant implicitement la nouvelle délimitation législative du placement en garde à vue. Le large recours à la garde à vue n'est en tout cas pas remis en cause profondément et sur ce point, la décision hautement symbolique de la censure de la garde à vue de 2010 n'a guère eu d'effet : en dehors de la déclaration d'intention¹⁵⁹⁹, les progrès restent faibles¹⁶⁰⁰. Au-delà de la garde à vue, le reproche d'une infraction punie d'emprisonnement apparaît comme la principale limite de l'admission de la privation de liberté de police¹⁶⁰¹ du suspect¹⁶⁰², sauf pour les cas ne dépassant pas quelques heures¹⁶⁰³, et la vision la plus minimale de la nécessité abstraite s'applique. De manière similaire et plus contestable encore, le contrôle de la nécessité abstraite de la détention *moyen* du suspect mineur en matière pénale est faible.

2) L'insuffisante prise en compte de la minorité du suspect : l'altération des principes anciens

385. **La large tolérance du mineur de moins de treize ans à la retenue.** Dès 1993, le Conseil constitutionnel a posé fermement l'interdiction de recourir à la garde à vue du mineur de moins de 13 ans¹⁶⁰⁴, tout en relativisant lui-même sa décision en admettant, par

en ce qu'elle ne sert pas qu'à la traduction devant le juge judiciaire, mais également à la réalisation d'actes d'enquêtes, justifie une délimitation plus sévère.

¹⁵⁹⁹ Si la Cour européenne des droits de l'Homme tolère encore largement la garde à vue pour n'exiger pratiquement que celle-ci ne dépasse pas une durée abstraite de quatre jours [v. *infra*, n° 751 et s.], celle-ci vient de rappeler une certaine hostilité à la garde à vue et a rappelé que la traduction prévue par l'article 5 § 3 vise à assurer un contrôle automatique et immédiat de la privation de liberté plutôt que de permettre à l'accusation de compléter ses éléments en vue d'une future mise en examen [v. *infra*, n° 756 et s.]. La jurisprudence évolue prudemment vers un contrôle *in concreto* de la durée de la garde à vue, si bien que la révolution, manquée en droit français, pourrait venir une nouvelle fois de la Cour européenne des droits de l'Homme, mais sur le fondement de l'article 5 cette fois et non de l'article 6, comme pour la reconnaissance du droit à l'assistance d'un avocat, en garde à vue, lors des interrogatoires policiers [v. *supra*, n° 298 et s.].

¹⁶⁰⁰ V. pour comparaison avec le champ antérieur de la garde à vue, *infra*, note n° 1589.

¹⁶⁰¹ Prise au sens de la privation de liberté réalisée avant la première intervention du juge judiciaire indépendant, nécessaire à sa prolongation, qu'elle subisse le contrôle en temps réel de l'autorité judiciaire, ou même qu'elle soit autorisée en préalable par l'autorité judiciaire [v. *supra*, n° 65].

¹⁶⁰² Ce même seuil concerne les mandats d'amener [v. déc. n° 2011-133 QPC du 24 juin 2011 : *préc.*] et d'arrêt [art. 133 CPP], l'arrestation en flagrance par toute personne [art. 73 CPP], l'arrestation et la retenue douanières [art. 323-2 du Code des douanes].

¹⁶⁰³ La vérification d'identité reste possible pour le suspect d'une « *infraction* », qui refuse ou n'arrive pas à justifier de son identité [v. la combinaison des art. 78-2 et 78-3 CPP].

¹⁶⁰⁴ Cons. const., déc. n° 93-326 DC du 11 août 1993 portant sur la loi modifiant la loi n° 93-2 du 4 janv. 1993 portant réforme du Code de procédure pénale : *J. O.*, 15 août 1993, p. 11599 ; *RFD const.*, 1993, p. 848, note TH. RENOUX ; consid. n° 26 et s. Le Conseil constitutionnel s'était appuyé sur le fondement de l'article 9 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen. Le législateur avait pourtant pris soin de prévoir des garanties supérieures au droit commun. La garde à vue était limitée à vingt-quatre heures sans possibilité de prolongation, devait être autorisée au préalable selon le cadre par le procureur de la République ou le juge d'instruction ou le juge des enfants et elle n'était possible que pour un crime ou délit puni de cinq ans d'emprisonnement.

avance, dans un *obiter dictum*, que le législateur puisse adopter une retenue pour ce jeune mineur, en définissant les garanties protectrices minimales et nécessaires à sa validité¹⁶⁰⁵, qui laissaient malgré tout une large marge d'appréciation au législateur quant à la délimitation de la retenue¹⁶⁰⁶. Finalement, la distinction entre la retenue et la garde à vue apparaissait plus sémantique que fonctionnelle¹⁶⁰⁷, si ce n'est l'octroi des garanties procédurales supérieures. Le législateur sautait sur l'occasion pour adopter une telle mesure¹⁶⁰⁸, et le contrôle constitutionnel s'affaiblissait même en 2002, par une décision du Conseil dans laquelle il validait l'allongement de la durée de la retenue¹⁶⁰⁹ et l'assouplissement des conditions tenant à la gravité des infractions¹⁶¹⁰ : le législateur conserve bien une large marge d'appréciation dans l'appréciation de la nécessité abstraite de la détention *moyen*, même pour une mesure particulièrement attentatoire à la liberté individuelle. Cette marge apparaît d'autant plus large que le Conseil constitutionnel ne semble établir aucune exigence constitutionnelle restrictive

¹⁶⁰⁵ Déc. n° 93-326 DC du 11 août 1993 : *préc.* ; consid. n° 29 : « si le législateur peut prévoir une procédure appropriée permettant de retenir au-dessus d'un âge minimum les enfants de moins de treize ans pour les nécessités d'une enquête, il ne peut être recouru à une telle mesure que dans des cas exceptionnels et s'agissant d'infractions graves ; que la mise en œuvre de cette procédure qui doit être subordonnée à la décision et soumise au contrôle d'un magistrat spécialisé dans la protection de l'enfance, nécessite des garanties particulières ».

¹⁶⁰⁶ Le Conseil constitutionnel ne s'intéressait ni à la durée maximale de la retenue, ni à l'âge minimal du mineur la rendant possible.

¹⁶⁰⁷ Le législateur a distingué la retenue de la garde à vue, en rappelant que seule la déposition du mineur justifie la première, tandis que la garde à vue s'applique plus largement pour les nécessités de l'enquête, sans différencier les actes d'enquête concernés [art. 4-I de l'ord. n° 45-174 du 2 févr. 1945 : *préc.*]. Cette différenciation aurait sans doute mérité d'être consacrée par le Conseil constitutionnel, permettant ainsi de mieux limiter son étendue tout comme sa durée. La durée légale maximale légale de vingt-quatre heures, en cas de prolongation de la mesure, est toutefois bien trop longue à la réalisation de ce seul acte et à la traduction immédiate du mineur à l'autorité judiciaire.

¹⁶⁰⁸ Elle était permise pour les infractions punies au moins de sept ans d'emprisonnement, pour une durée maximale de dix heures, pouvant être prolongée une fois pour la même durée. À titre de comparaison, le modèle de garde à vue du mineur de moins de treize ans censuré par le Conseil constitutionnel prévoyait une durée de vingt-quatre heures non renouvelable, pour des crimes ou délits punis de cinq ans d'emprisonnement au moins : la différence d'étendue entre la privation de liberté censurée et celle nouvellement créée par le législateur restait ténue. La nouvelle loi entourait la retenue de garanties dérogatoires, principalement de l'accord préalable d'un magistrat de l'autorité judiciaire et de l'assistance effective d'un avocat dès son début. La nouvelle retenue était validée par le Conseil constitutionnel [Cons. const., déc. n° 93-334 DC du 20 janv. 1994 relative à la loi instituant une peine incompressible et relative au nouveau Code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale : *J. O.*, 26 janv. 1994, p. 1380 ; *RFD const.*, 1994, p. 353, note TH. RENOUX ; *D.*, 1995, p. 340, obs. TH. RENOUX ; *ibid.*, p. 293, obs. É. OLIVA ; consid. n° 24 et s.].

¹⁶⁰⁹ Le Conseil constitutionnel se montre toutefois relativement peu intéressé par la durée de cette privation de liberté et a validé ultérieurement sans difficulté sa hausse, celle-ci passant à douze heures pour la période initiale et douze heures pour la prolongation [Cons. const., déc. n° 2002-461 DC du 29 août 2002 relative à la loi d'orientation et de programmation pour la justice : *J. O.*, 10 sept. 2002, p. 14953 ; *RSC*, 2003, p. 606 et p. 612, comm. V. BÜCK ; *D.*, 2003, p. 1127, obs. L. DOMINGO et S. NICOT ; consid. n° 36]. Si le seuil de vingt-quatre heures peut apparaître comme un maximal revenant à simplement diviser par deux la durée de droit commun de la garde à vue de l'adulte, le Conseil constitutionnel ne l'affirmait pas.

¹⁶¹⁰ Le législateur baissait le seuil à tout crime ou délit puni de cinq ans d'emprisonnement, revenant au seuil identique à celui qu'il avait fixé en 1993 pour la garde à vue du mineur de moins de treize ans qui avait été censuré par le Conseil constitutionnel.

concernant la garde à vue de droit commun du mineur de plus de treize ans¹⁶¹¹ au-delà de celle établie pour l'adulte. Celle-ci relativise la puissance de la constitutionnalisation des principes généraux du droit pénal des mineurs, dont l'apport à la délimitation de la détention pénale du mineur reste relatif¹⁶¹².

¹⁶¹¹ déc. n° 2004-492 DC du 2 mars 2004 : *préc.* La décision rappelait toutefois l'impératif pour le législateur de conserver les garanties spécifiques à la garde à vue du mineur, à savoir que « *que le mineur placé en garde à vue fait l'objet d'un examen médical, a le droit de demander à s'entretenir avec un avocat à la première heure de sa garde à vue et ne peut voir celle-ci prolongée sans présentation préalable au procureur de la République ou au juge chargé de l'instruction ; que, par ailleurs, ses interrogatoires font l'objet d'un enregistrement audiovisuel* », le Conseil constitutionnel semblant ainsi indirectement constitutionnaliser les garanties. Si le droit de la garde à vue du mineur consacrait un *paquet* de droits supérieur, cette spécificité tend à s'estomper [v. *supra*, n° 236].

¹⁶¹² Déc. n° 2002-461 DC du 29 août 2002 : *préc.* ; consid. n° 26 : le Conseil constitutionnel consacrait ces principes en tant que Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République : « *considérant que l'atténuation de la responsabilité pénale des mineurs en fonction de l'âge, comme la nécessité de rechercher le relèvement éducatif et moral des enfants délinquants par des mesures adaptées à leur âge et à leur personnalité, prononcées par une juridiction spécialisée ou selon des procédures appropriées, ont été constamment reconnues par les lois de la République depuis le début du vingtième siècle* ». Le premier principe concerne directement la peine privative de liberté en reconnaissant l'exigence d'adaptation pour les différentes catégories de mineurs du maximum encouru. Ce premier principe reste relatif [v. *infra*, note n° 1534] Le Conseil constitutionnel ne semblait pas à l'origine incorporer le contrôle de la détention *moyen* pénale du mineur, dans le champ d'application de ces dispositions [déc. n° 2002-461 DC du 29 août 2002 : *préc.* ; consid. n° 34 et s. : la décision contrôlait l'extension de la retenue du mineur de moins de treize ans et la détention provisoire du mineur sur les fondements classiques de l'interdiction de toute rigueur nécessaire]. La même décision reconnaissait toutefois l'adaptation du régime pénitentiaire au mineur en détention provisoire [consid. n° 43 : « *que la détention doit être effectuée soit dans un établissement pénitentiaire spécialisé, soit dans un établissement garantissant la séparation entre détenus mineurs et majeurs ; que les dispositions contestées prévoient de plus la présence d'éducateurs dans des conditions à fixer par décret en Conseil d'État et un accompagnement éducatif au fin de détention* »], mais le Conseil constitutionnel se contentait de valider les garanties prévues par le législateur, sans poser d'exigences précises, ni de fondement spécial. Pour valider l'extension au mineur de plus de seize ans de la prolongation de garde à vue, jusqu'à quatre jours en cas de criminalité organisée [v. *infra*, n° 469], le Conseil constitutionnel réintérait le contrôle de la détention du mineur aux Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République [déc. n° 2004-492 DC du 2 mars 2004 : *préc.* ; consid. n° 37]. Au total, ces principes fondamentaux n'ont pas empêché l'extension importante de la détention pénale du mineur, qui revient de plus en plus à aligner la délimitation de la détention du mineur de plus de seize ans à celle de l'adulte. Finalement, l'apport principal de ces principes concerne l'impartialité du juge des enfants [déc. n° 2011-147 QPC du 8 juil. 2011 : *préc.* ; Cons. const., déc. n° 2011-635 DC du 4 août 2011 relative à la loi sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs : *J. O.*, 11 août 2011, p. 13763 ; *RSC*, 2011, p. 728, chron. CH. LAZERGES (spéc. I) ; *AJFP*, 2012, p. 121, note J. WOLIKOW ; *D.*, 2012, p. 1638, chron. V. BERNAUD et N. JACQUINOT ; v. *infra*, n° 682 et s.]. La relativisation des principes quant à la privation de liberté du mineur figure désormais directement dans ceux-ci : « *la législation républicaine antérieure à l'entrée en vigueur de la Constitution de 1946 ne consacre pas de règle selon laquelle les mesures contraignantes ou les sanctions devraient toujours être évitées au profit de mesures purement éducatives ; qu'en particulier, les dispositions originelles de l'ordonnance du 2 février 1945 n'écartaient pas la responsabilité pénale des mineurs et n'excluaient pas, en cas de nécessité, que fussent prononcées à leur égard des mesures telles que le placement, la surveillance, la retenue ou, pour les mineurs de plus de treize ans, la détention ; que telle est la portée du principe fondamental reconnu par les lois de la République en matière de justice des mineurs* » [v. par ex. déc. n° 2011-635 DC du 4 août 2011 : *préc.*], la formule permettant au moins de constitutionnaliser l'interdiction de prononcer la détention provisoire contre le mineur de moins de treize ans. Ce recours aux Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République pour encadrer la privation de liberté du mineur interroge, alors que le principe de l'interdiction de toute rigueur non nécessaire pourrait fonder le contrôle, sans considérations historiques, si ce n'est que celles-ci servent peut-être justement à justifier du maintien d'une grande marge d'appréciation au législateur.

386. Le placement en centre éducatif fermé : un cas de détention provisoire

du mineur de moins de seize ans soumis à la seule condition de la gravité de l'infraction.

L'étendue de la détention provisoire du mineur, ouverte seulement pour le mineur de plus de treize ans, varie selon son âge et la gravité de l'infraction poursuivie¹⁶¹³. Finalement, c'est essentiellement par la modulation de la durée que le législateur a restreint la détention provisoire du mineur, plutôt que par celle des conditions de placement, privilégiant la notion de la proportionnalité abstraite à celle de nécessité¹⁶¹⁴. C'est uniquement concernant le mineur âgé de moins de seize ans en matière correctionnelle que la nécessité abstraite de la détention provisoire est entendue plus restrictivement par rapport à l'adulte, du fait de l'exigence d'infractions plus graves, mais surtout d'une condition supplémentaire, résidant dans la violation des conditions de son placement en centre éducatif fermé¹⁶¹⁵. Le Conseil constitutionnel, saisi en 2002 du rétablissement de la détention provisoire correctionnelle du mineur de moins de seize ans, la validait au regard de l'ensemble des garanties procédurales

¹⁶¹³ Art. 10-2, 10-3 et 11 de l'ord. n° 45-174 du 2 févr. 1945 : *préc.* La violation par le mineur des autres conditions de son placement sous contrôle judiciaire peut entraîner son placement en centre éducatif fermé. Le placement du mineur de moins de seize ans sous contrôle judiciaire, toujours possible en matière criminelle, n'est possible en matière correctionnelle que pour les infractions punies au moins de sept ans d'emprisonnement dans le droit commun et de cinq ans d'emprisonnement au moins, lorsque le mineur a déjà fait l'objet d'une ou plusieurs mesures éducatives, ou d'une condamnation à une sanction éducative, ou lorsque l'infraction poursuivie est un délit de violences volontaires, d'agression sexuelle ou un délit commis avec la circonstance aggravante de violences. Concernant le mineur de plus de seize ans enfin, la détention provisoire est possible en matière criminelle et en matière correctionnelle pour des infractions punies au moins de trois ans d'emprisonnement, en cas de violation des obligations de son contrôle judiciaire [le placement sous contrôle judiciaire est autorisé selon les mêmes conditions que l'adulte, soit pour toute infraction punie au moins d'une peine d'emprisonnement correctionnel], ou en cas de violation des conditions de son placement à assignation à domicile sous surveillance électronique [ce placement n'est possible pour le mineur de moins de dix-huit ans que pour des infractions punies au moins de deux ans d'emprisonnement].

¹⁶¹⁴ En matière criminelle, la détention provisoire est toujours possible pour le mineur âgé de treize à dix-huit ans, seule la durée maximale étant abrégée par rapport à l'adulte. Selon les mêmes dispositions précitées, la détention provisoire criminelle du mineur âgé de plus de seize ans est limitée à deux ans, sans aucune possibilité de prolongation au-delà, à la différence du cas de l'adulte [art. 145-2 CPP]. Il faut noter toutefois que même pour l'adulte, la durée de deux ans reste le maximum pour les crimes les moins lourdement punis et simples à instruire. La détention criminelle du mineur âgé de plus de treize ans et de moins de seize ans est limitée à un an. En matière correctionnelle, la détention provisoire du mineur âgé de plus de seize ans est également soumise à des conditions identiques à celles prévues pour le majeur, seule la durée étant abrégée. Pour les infractions punies de moins de sept ans d'emprisonnement, la détention provisoire est limitée au maximum à deux mois, alors que la limite de droit commun pour l'adulte est de quatre mois, maximum qui peut être porté à deux ans et quatre mois selon les infractions poursuivies ou encore les antécédents judiciaires [v. l'art. 145-1 CPP]. La détention provisoire correctionnelle pour les infractions punies de plus de sept ans d'emprisonnement suit cette fois les mêmes distinctions que celles de l'adulte, sans toutefois pouvoir dépasser un an.

¹⁶¹⁵ La détention provisoire du mineur de moins de seize ans suppose au préalable son placement sous contrôle judiciaire [v. *supra*, note n° 1613]. Elle est possible pour l'adulte en matière correctionnelle pour une infraction punie au moins de trois ans d'emprisonnement. Cette détention provisoire s'exerce au maximum selon une durée très abrégée au regard de l'adulte puisque qu'elle ne peut dépasser un mois ou deux pour un délit puni de dix ans d'emprisonnement.

accordées par le législateur, sans formuler de principes généraux¹⁶¹⁶, reconnaissant de nouveau au législateur une large marge d'appréciation¹⁶¹⁷.

387. La détermination de la nature même du placement en centre éducatif fermé dans le cadre du contrôle judiciaire pose question. Indépendamment de la qualification retenue par le législateur¹⁶¹⁸, le Conseil s'est référé principalement aux travaux parlementaires et à l'objectif éducatif de la mesure, pour exclure prudemment la qualification de privation de liberté¹⁶¹⁹. Ces deux arguments sont pourtant relatifs. Même si le contrôle constitutionnel demeure abstrait, l'appréciation du degré de contrainte indispensable à la caractérisation de la privation de liberté suppose au moins l'étude des conditions de détention décrites par la loi¹⁶²⁰, au-delà de l'intention législative¹⁶²¹, considération qui milite de nouveau pour l'élargissement de la compétence législative pour définir les conditions matérielles de détention¹⁶²². De même, l'objectif éducatif par principe ne suffit pas à exclure la qualification de la privation de liberté¹⁶²³.

388. En plus de reposer sur un raisonnement léger, le rejet de la nature privative de liberté du placement en centre éducatif fermé apparaît en contradiction avec la jurisprudence européenne. Celle-ci reconnaît que le placement dans un établissement fermé, même pour des motifs exclusivement éducatifs¹⁶²⁴, lorsqu'elle relève d'une autorité judiciaire

¹⁶¹⁶ Déc. n° 2002-461 DC du 29 août 2002 : *préc.* Le Conseil constitutionnel retenait, sans hiérarchisation, les garanties prévues par le droit de l'adulte et celles applicables au mineur, le régime de détention dans des lieux spécialisés avec des éducateurs et la courte durée de la privation de liberté.

¹⁶¹⁷ Il se contentait de la même manière d'une appréciation générale du contrôle judiciaire, sans porter d'intérêt supérieur à la seule obligation dont la violation pouvait entraîner la détention provisoire.

¹⁶¹⁸ Le Conseil constitutionnel a estimé opportunément et de manière artificielle, que le terme « *fermé* » était utilisé pour signifier que la violation des obligations du placement était de nature à entraîner la détention provisoire, plutôt que pour décrire la contrainte de la mesure. Au moins le Conseil constitutionnel revendique-t-il son pouvoir de qualification de la privation de liberté, y compris pour renier la qualification de privation de liberté choisie par le législateur, alors que le défaut de la légalité en la matière handicapé nécessairement son appréciation.

¹⁶¹⁹ Si cette conclusion n'est pas clairement énoncée par le Conseil constitutionnel, montrant un certain embarras, elle ressort pourtant implicitement de la décision, dès lors qu'il la qualifie d'« *alternative à la détention* », interprète le terme de « *fermé* » comme inopérant et rejette toute compétence législative supplémentaire.

¹⁶²⁰ Celles-ci restaient sommaires, pour renvoyer au pouvoir réglementaire.

¹⁶²¹ En l'espèce, la loi se contentait de définir la direction générale de celle-ci, le mineur devant faire l'objet « *de mesures de surveillance et de contrôle permettant d'assurer un suivi éducatif et pédagogique renforcé et adapté à [sa] personnalité* ». Cet exemple venait conforter la nécessité pour le législateur de fixer lui-même le régime de la privation de liberté sous peine d'interdire au Conseil constitutionnel d'apprécier suffisamment le degré de contrainte du régime créé.

¹⁶²² V. *supra*, n° 192.

¹⁶²³ La Convention européenne des droits de l'Homme elle-même prévoit la privation de liberté du mineur en vue de son éducation surveillée.

¹⁶²⁴ À l'inverse, si le placement est réalisé avec l'accord de la personne titulaire de l'autorité parentale, l'article 5 est en principe écarté [CEDH, plén., 28 nov. 1988, *Nielsen c. Danemark*, req. n° 10929/84 : *Rec. CEDH*, série A, n° 144]. Cette solution de principe apparaît de plus en plus fragile. Dans le domaine proche de la privation de

qui ne bénéficie pas de l'autorité parentale, peut être qualifié de privation de liberté, dès lors que la contrainte appliquée au mineur est forte, la Cour exerçant un contrôle *in concreto*¹⁶²⁵. Au regard du régime du placement en centre éducatif fermé¹⁶²⁶, notamment de l'encadrement constant du mineur à l'intérieur comme à l'extérieur du centre¹⁶²⁷, de la limitation des sorties autonomes¹⁶²⁸, de l'accès continu de l'encadrement aux chambres des mineurs¹⁶²⁹ et de leur contrôle permanent des différents espaces du centre¹⁶³⁰, ainsi que des limitations des liens familiaux¹⁶³¹, le degré de contrainte¹⁶³² d'un tel placement est manifestement élevé. Outre ces conditions matérielles de confinement sévères, la durée maximale du placement est également

liberté du majeur protégé, la Cour a progressivement exclu que le seul consentement du tuteur légal suffise à établir de manière irréfragable le consentement au traitement, qu'il soit membre de la famille ou fonctionnaire d'État, jurisprudence reprise par la Grande chambre [CEDH, sect. I, 27 mars 2008, *Choukatourov c. Russie*, req. n° 44009/05 : *Rec. CEDH*, 2008, ou CEDH, gde ch., 17 janv. 2012, *Stanev c. Bulgarie*, req. n° 36760/06 : *Rec. CEDH*, 2012 ; *RDSS*, 2012, p. 863, note K. LUCAS ; *JDI*, 2013, chron. n° 8, obs. X. AUREY, ou encore CEDH, sect. IV, 16 nov. 2012, *Kedzior c. Pologne*, req. n° 45026/07, en angl.]. V. *infra*, n° 424 et s.

¹⁶²⁵ Voir *D. G. c. Irlande : préc.* Dans cet arrêt comme dans d'autres, la Cour semble retenir un degré de contrainte plus élevé par rapport aux autres cas pour caractériser l'existence d'une privation de liberté [*Nielsen : préc.* : l'internement d'un mineur à des fins thérapeutiques qui a duré cinq mois et demi n'a pas été considéré comme une privation de liberté, malgré l'enfermement en pavillon du mineur, dès lors que celui-ci pouvait régulièrement voir ses parents et bénéficiait d'activités récréatives ou éducatives].

¹⁶²⁶ Celles-ci ressortent uniquement de circulaires, posant une nouvelle fois le problème de la qualité des sources de la privation de liberté.

¹⁶²⁷ La circulaire en date du 28 mars 2003 de la direction de la protection judiciaire de la jeunesse concernant la mise en œuvre du programme des centres éducatifs fermés : cadre juridique, prise en charge éducative et politique pénale [*B. O. J.*, n° 89 ; § 3.1] préconise ainsi « une prise en charge éducative intensive et stricte [qui] implique, au moins dans les premiers temps du placement, un contrôle permanent du mineur, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur de l'établissement ». La circulaire du 13 novembre 2008 de la direction de la protection judiciaire de la jeunesse du 13 novembre 2008 visant à améliorer la prise en charge des mineurs placés en centre éducatif fermé [Nor : JUSF0850013C : *B. O. J.*, 2009/1, Texte 28/36] rappelle également dans son article 7 que « les premiers temps du placement impliqueront un contrôle constant du mineur à l'intérieur et à l'extérieur du centre. Si la circulaire rappelle que le mineur au fil du temps peut gagner en autonomie, c'est seulement « avec l'accord du magistrat » que « des déplacements autonomes dans le cadre de la scolarité, de la formation ou des actions d'insertion sociales et professionnelles pourront intervenir ».

¹⁶²⁸ La circulaire précitée du 13 novembre 2008 prévoit que « les mineurs ne pourront sortir du centre que pour les besoins de l'action éducative et d'insertion entreprise, ou pour répondre aux convocations des autorités administratives ou judiciaires » et qu'« aucune sortie, qu'elle soit individuelle ou collective, ni aucun hébergement en dehors du centre ne pourra intervenir sans l'accompagnement d'un ou plusieurs encadrants », sauf autorisation judiciaire.

¹⁶²⁹ La circulaire précitée du 13 novembre 2008 prévoit que « les personnels du centre devront avoir en permanence un libre accès à l'ensemble des locaux, et notamment aux chambres des mineurs ».

¹⁶³⁰ La circulaire précitée du 13 novembre 2008 prévoit l'architecture des centres, notamment pour empêcher les fugues, en préconisant une clôture, un accès unique actionnable par télécommande, des grillages de clôture avec un retour et un doublage à l'intérieur composé d'une haie vive, un système de barrière infrarouge, ou encore des dispositifs de contrôle des mouvements. La circulaire ajoute que « les accès aux différents espaces devront pouvoir être maîtrisés par les encadrants en toute circonstance ».

¹⁶³¹ La circulaire précitée du 13 novembre 2008 rappelle que, si des retours au sein de la famille doivent en principe être organisés, « le directeur ne pourra toutefois les mettre en œuvre sans que le magistrat ne les ait traduites dans les obligations imposées au mineur ».

¹⁶³² Si l'organisation d'une prise en charge sanitaire médicale et psychologique du mineur, l'organisation d'activités sportives, ainsi que l'organisation d'un enseignement et d'une formation professionnelle est de nature à amoindrir le degré de contrainte, les mesures restent envisagées à l'intérieur du centre et maintiennent le contrôle plein et effectif du mineur [v. la circulaire préc. du 13 nov. 2008].

importante¹⁶³³ : la contrainte appliquée sur le mineur apparaît telle qu'elle dépasse le seuil nécessaire à la qualification de la privation de liberté¹⁶³⁴. Et puisque cette privation de liberté a une prédominance pénale¹⁶³⁵, le placement en centre éducatif fermé constitue en lui-même une détention provisoire du suspect de moins de seize ans en matière correctionnelle, limitée par les seules conditions tenant à la gravité de l'infraction – les mêmes que celles du contrôle judiciaire – sans violation préalable du contrôle judiciaire¹⁶³⁶, atténuant de nouveau la spécificité du droit des mineurs¹⁶³⁷ dans la délimitation de la privation de liberté.

389. La hausse du contrôle constitutionnel de la détention provisoire correctionnelle du mineur de moins de seize ans. Entrevue dans une première décision¹⁶³⁸, la hausse du contrôle du Conseil constitutionnel a abouti à sanctionner l'application au mineur de moins de seize ans de l'assignation à résidence sous surveillance électronique¹⁶³⁹, possible aux mêmes conditions que le placement sous contrôle judiciaire, les mêmes donc que le

¹⁶³³ La durée initiale au maximum de six mois peut être renouvelée une seule fois pour la même période [art. 10-2 de l'ord. n° 45-174 du 2 févr. 1945 : *préc.*].

¹⁶³⁴ V. pour comparaison, CEDH, sect. IV, 29 nov. 2011, *A. et autres c. Bulgarie*, req. n° 51776/08. Le placement de sept mois a été qualifié de privation de liberté, dès lors que le temps passé à l'extérieur de la structure était toujours limité et contrôlé, par exemple par la présence constante d'un éducateur.

¹⁶³⁵ Si le placement en centre éducatif fermé a une dimension éducative forte, il serait tentant de l'incorporer dans le cas de l'éducation surveillée du mineur prévu par l'article 5 § 1^{er}-d), plutôt qu'à la détention provisoire du suspect. Toutefois, celui-ci reste conditionné à la commission d'une infraction et se déroule dans l'attente du jugement. De plus, le législateur n'a pas soumis ce placement à des conditions spécifiques liées au relèvement éducatif, si bien que les conditions classiques du placement sous contrôle judiciaire de l'adulte prévues à l'article 137 du Code de procédure pénale [« *en raison des nécessités de l'instruction ou à titre de mesure de sûreté* »] s'appliquent [l'article 10-2 de l'ordonnance précitée du 2 février 1945 renvoie, sauf disposition contraire spéciale prévue par le droit des mineurs, à l'application du droit des majeurs]. Surtout, en faisant de la violation des obligations du placement en centre éducatif fermé la condition nécessaire à la détention provisoire, détention qui se détache alors clairement de l'éducation surveillée, c'est nécessairement le caractère pénal de la privation de liberté qui l'emporte sur son caractère éducatif. Même si le législateur a pris le soin de rappeler que la détention provisoire devait respecter un régime spécial [celle-ci doit être effectuée « *soit dans un quartier spécial de la maison d'arrêt, soit dans un établissement pénitentiaire spécialisé pour mineurs* », les mineurs doivent se trouver « *à l'isolement de nuit* », les mineurs âgés de treize à seize ans ne peuvent être placés en détention que « *dans les seuls établissements garantissant un isolement complet d'avec les détenus majeurs ainsi que la présence en détention d'éducateurs* » ; art. 11 de l'ord. n° 45-174 du 2 févr. 1945 : *préc.*], elles ne sont pas suffisantes pour caractériser une éducation surveillée au sens de l'article 5 § 1^{er}-d) [v. *infra*, n° 433 et s.]. La possibilité de prononcer le placement en centre éducatif fermé à titre d'obligation du sursis confirme sa nature pénale, plutôt qu'éducative [art. 20-10 de l'ord. n° 45-174 du 2 févr. 1945 : *préc.*]. Dès lors que la Cour européenne des droits de l'Homme a déjà admis qu'une privation de liberté relève de deux cas de l'article 5 § 1^{er}, on pourrait, au mieux, considérer que le placement en centre éducatif fermé relève à la fois de la privation de liberté du suspect dans l'attente du jugement et à la fois de celle pour son éducation surveillée.

¹⁶³⁶ Le législateur a pourtant parfois exclu le recours à la détention provisoire pour le mineur de moins de seize ans [voir D. THOMAS, « La détention des mineurs » ; *RSC*, 1990, p. 417].

¹⁶³⁷ Voir CH. LAZERGES, « La démolition méthodique de la justice des mineurs devant le Conseil constitutionnel » ; *RSC*, 2011, p. 728 et PH. BONFILS, « L'autonomie du droit pénal des mineurs, entre consécration et affaiblissement » ; *AJP*, 2012, p. 312.

¹⁶³⁸ Déc. n° 2007-553 DC du 3 mars 2007 : *préc.* ; consid. n°s 18 et s. Le Conseil constitutionnel réalisait d'abord un examen plus strict du contrôle judiciaire, en raison de sa possible transformation en détention provisoire, rappelant que celui-ci devait être limité aux infractions les plus graves et contenir une dimension éducative indispensable.

¹⁶³⁹ Déc. n° 2011-635 DC du 4 août 2011 : *préc.* ; consid. n° 37.

placement en centre éducatif fermé¹⁶⁴⁰, mais à des conditions moins sévères que celles de la détention provisoire. Le Conseil constitutionnel a censuré la disposition, en estimant que l'assignation devait être soumise à la même délimitation que celle de la détention provisoire, exerçant un contrôle strict de la nécessité abstraite de la première mesure. Si le Conseil constitutionnel refusait de se prononcer nettement sur sa nature, il la considérerait implicitement comme une contrainte au moins approchant de la privation de liberté, voire même équivalente à la détention provisoire¹⁶⁴¹, en tout cas supérieure au placement au centre éducatif fermé¹⁶⁴².

390. Finalement, si le mineur bénéficie bien d'une capacité moindre à subir une détention *moyen* judiciaire, celle-ci concerne au stade du placement uniquement le jeune mineur, le moyen le plus utilisé par le législateur restant l'adaptation de la durée pour les mineurs plus âgés. Le Conseil constitutionnel n'a en tout cas pas véritablement profité des Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République¹⁶⁴³ pour assurer un contrôle supérieur de la détention *moyen* pénale, au regard du contrôle réalisé sur la même privation de liberté pour l'adulte, même s'il a développé, pour la privation de liberté de police du mineur, un *paquet* de droits généré par l'arrestation¹⁶⁴⁴.

391. **L'absence de modulation de la nécessité abstraite de la détention du mineur dans les autres cas de privation de liberté.** Si le contrôle de la nécessité abstraite du mineur subissant une détention *moyen* en matière pénale reste faible, elle semble encore plus ouverte en dehors. La Cour européenne des droits de l'Homme a admis par principe le maintien en zones d'attente d'un enfant de cinq ans, non accompagné¹⁶⁴⁵, et même la rétention administrative d'enfants plus jeunes encore, accompagnés de leurs représentants légaux, en centre de rétention administrative¹⁶⁴⁶, malgré leur particulière vulnérabilité¹⁶⁴⁷.

¹⁶⁴⁰ V. *supra*, note n° 1613.

¹⁶⁴¹ C'est bien la mesure d'assignation seule, indépendamment de sa possibilité de déclencher la détention provisoire en cas de violation de ses obligations, qui était étudiée.

¹⁶⁴² En relevant particulièrement la possibilité de prononcer l'assignation à résidence en dehors du domicile familial et contre l'avis du mineur, on peut même se demander, si le Conseil constitutionnel ne distinguait pas l'assignation à résidence au domicile des parents, mesure de contrainte supérieure à un contrôle judiciaire mais pas encore suffisamment contraignante pour constituer une mesure privative de liberté, de l'assignation à résidence à l'extérieur du domicile familial, mesure cette fois-ci suffisamment contraignante pour être définie comme une privation de liberté.

¹⁶⁴³ V. *infra*, note n° 1612.

¹⁶⁴⁴ V. pour la garde à vue du mineur de moins de seize ans, *infra*, note n° 1611 et pour la rétention du mineur de moins de treize ans, *infra*, note n° 1605.

¹⁶⁴⁵ CEDH, sect. I, 12 oct. 2006, *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, req. n° 13178/03 : *Rec. CEDH*, 2006-XI ; *D.*, 2007 p. 771, comm. P. MUZNY.

¹⁶⁴⁶ CEDH, sect. V, 19 janv. 2012, *Popov c. France*, req. n°s 39472/07 et 39474/07 : *JCP*, 2012, n° 221, obs. F. SUDRE ; *Dr. famille*, 2012, comm. n° 43, note M. BRUGGEMAN ; *AJDA*, 2012, p. 1726, chron. L. BURGORGUE-LARSEN ; *D.*, 2012, p. 363, obs. C. FLEURIOT ; *ibid.*, p. 864, entretien S. SLAMA ; *ibid.*,

Quant à l'internement de l'aliéné, un certain flou existe sur la situation du mineur : son hospitalisation forcée, à la demande d'un tiers ou d'office, semble possible selon le droit commun¹⁶⁴⁸. Son hospitalisation peut aussi être décidée par le juge des enfants dans le cadre du droit de l'assistance éducative, mesure dont la qualification apparaît incertaine¹⁶⁴⁹, sans grande adaptation législative. Finalement, la construction d'une véritable notion de capacité apparaît relative au regard du champ de la détention *moyen* du mineur, dont la nécessité abstraite de la privation de liberté fait l'objet d'un contrôle faible, à l'image de celui réalisé sur la détention administrative de l'étranger.

B) La présomption de la nécessité abstraite de la rétention administrative de l'étranger

392. **L'établissement de la présomption.** Le droit français autorise la rétention administrative de l'étranger, dès lors que celui-ci est frappé par une mesure d'éloignement¹⁶⁵⁰, que celle-ci soit en lien direct avec une menace précise contre l'ordre public¹⁶⁵¹, ou soit prise en raison du simple séjour irrégulier de l'étranger¹⁶⁵², alors que la mise en péril de l'ordre

p. 2267, chron. A. GOUTTENOIRE ; *ibid.*, 2013, p. 324, chron. K. PARROT ; *AJP*, 2012, p. 281, note S. SLAMA ; *Rev. crit. DIP*, 2012, p. 826, comm. K. PARROT. Si le droit français interdit de prendre une décision d'expulsion ou d'obligation de quitter le territoire contre le mineur, il n'empêche pas par principe que le jeune enfant accompagne son représentant légal en rétention administrative [v. *supra*, n° 373].

¹⁶⁴⁷ V. sur l'appréciation plus souple du franchissement du seuil, caractérisant le traitement inhumain et dégradant, *infra*, n° 535. Dans aucune espèce soumise à son examen la Cour n'a sanctionné, par principe, l'utilisation de la privation de liberté.

¹⁶⁴⁸ L'article L. 3211-12 du Code de la santé publique rappelle que les détenteurs de l'autorité parentale ou le tuteur du mineur peuvent demander au juge des libertés et de la détention la libération du mineur interné.

¹⁶⁴⁹ L'article L. 375-9 du Code civil permet au juge de confier le mineur en danger « à un établissement recevant des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux », mesure « ordonnée après avis médical circonstancié d'un médecin extérieur à l'établissement, pour une durée ne pouvant excéder quinze jours », puis renouvelable sans limitation chaque mois toujours, « après avis médical conforme d'un psychiatre de l'établissement d'accueil ».

¹⁶⁵⁰ L'article L. 551-1 CESEDA décrit huit hypothèses permettant le placement en rétention administrative, afin de réaliser l'éloignement forcé de l'étranger.

¹⁶⁵¹ L'expulsion n'est ainsi permise que pour « une menace grave pour l'ordre public » [art. L. 521-1 CESEDA]. Selon l'importance des liens de l'étranger avec la France ou selon la qualité de membre de l'Union européenne de l'étranger, la gravité de la menace à l'ordre public exigée pour procéder à l'expulsion fluctue, étant exigés tantôt « une nécessité impérieuse pour la sûreté de l'État ou la sécurité publique », tantôt un comportement « de nature à porter atteinte aux intérêts fondamentaux de l'État, ou liés à des activités à caractère terroriste, ou constituant des actes de provocation explicite et délibérée à la discrimination, à la haine ou à la violence contre une personne déterminée ou un groupe de personnes », ou tantôt un comportement représentant « une menace réelle, actuelle et suffisamment grave pour un intérêt fondamental de la société » [art. L. 521-2 et L. 521-4 CESEDA].

¹⁶⁵² V. l'art. L. 511-1 CESEDA, qui vise les différentes hypothèses du séjour irrégulier.

public est moins forte dans ce dernier cas¹⁶⁵³ et devrait justifier, à tout le moins, un contrôle supra-légal maximum de la nécessité abstraite de la rétention. Le législateur a longtemps précisé que la rétention administrative devait s'appliquer en cas de « *nécessité absolue* »¹⁶⁵⁴, puis de simple « *nécessité* »¹⁶⁵⁵, avant de supprimer directement la notion¹⁶⁵⁶, de même que la loi n'impose pas à l'administration de motiver l'insuffisance des alternatives à la rétention¹⁶⁵⁷. Le juge administratif, dans son contrôle de la légalité de l'arrêté de placement, a réintroduit la condition de nécessité, qu'il apprécie au regard de l'existence de gages sérieux de représentation, son contrôle dépassant celui de la simple qualité de la motivation de l'autorité administrative¹⁶⁵⁸, pour porter sur l'appréciation du bien-fondé¹⁶⁵⁹, tout en laissant cependant une grande marge d'appréciation à l'autorité administrative. Dès lors, les conditions des décisions d'éloignement déterminaient jusqu'à récemment le champ de la privation de liberté¹⁶⁶⁰, et la nécessité abstraite de la privation de liberté de l'étranger se confondait avec la nécessité abstraite des décisions d'éloignement déterminées par le législateur¹⁶⁶¹, domaine

¹⁶⁵³ Si le maintien de l'étranger en situation irrégulière sur le territoire porte atteinte à l'ordre public en violant la législation régissant son entrée et son séjour sur le territoire, celle-ci reste mesurée, d'autant plus depuis que la Cour de justice de l'Union européenne interprète la directive *retour* [directive n° 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier] comme s'opposant « à une réglementation d'un État membre [...] qui prévoit l'infliction d'une peine d'emprisonnement à un ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier pour le seul motif que celui-ci demeure, en violation d'un ordre de quitter le territoire de cet État dans un délai déterminé, sur ledit territoire sans motif justifié » [CJUE, 28 avr. 2011, *El Dridi*, n° C-61/11 PPU]. V. *supra*, n° 215 et s.

¹⁶⁵⁴ De la loi n° 81-973 du 29 oct. 1981 [*préc.*], jusqu'à la loi n° 93-1027 du 24 août 1993 sur la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers [*J. O.*, 29 août 1993, p. 12196 ; *JCP*, 1993, actu., n° 100340, note N. GUIMEZANES ; *Rev. crit. DIP*, 1994, p. 1, comm. D. TURPIN ; *D.*, 1994, p. 101, comm. M.-C. ROUALT ; *JCP*, 1994, I, n° 3728, comm. N. GUIMEZANES].

¹⁶⁵⁵ De la loi n° 93-1027 du 24 août 1993 [*préc.*], jusqu'à la loi n° 2003-1119 du 26 nov. 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité [*J. O.*, 27 nov. 2003, p. 20136 ; *Procédures*, chron. n° 3, comm. V. MOREL ; *RSC*, 2004, p. 434, obs. P. PONCELA ; *AJP*, 2004, p. 102, D. LIGER ; *JCP*, 2003, actu., n° 592, obs. N. GUIMEZANES ; *ibid.*, 2004, actu., n° 23, obs. N. GUIMEZANES ; *AJDA*, 2004, p. 1904, comm. H. MANCIAUX].

¹⁶⁵⁶ Loi n° 2003-1119 du 26 nov. 2003 : *préc.* Seule la caractérisation de l'impossibilité pour l'étranger de quitter immédiatement le territoire apparaît désormais dans la législation [art. L. 551-1 CESEDA].

¹⁶⁵⁷ Art. L. 561-2 et L. 551-1 CESEDA.

¹⁶⁵⁸ V. *supra*, n° 258 et s.

¹⁶⁵⁹ V. *infra*, n° 896 et s.

¹⁶⁶⁰ C'est donc à juste titre que le juge administratif a au moins rappelé que l'autorité compétente pour adopter la mesure d'éloignement devait tenir compte de la situation personnelle de l'étranger [CE, avis, 4 juin 2012, *Ghevondyan*, n° 356505 : *Rec. CE*, T. ; *AJDA*, 2012, p. 1134, obs. M.-CH. DE MONTECLER : « le prononcé des décisions de retour ne saurait ainsi avoir un caractère automatique, alors qu'il appartient à l'autorité administrative de se livrer à un examen de la situation personnelle et familiale de l'étranger et de prendre en compte les éventuelles circonstances faisant obstacle à l'adoption d'une mesure d'éloignement à son encontre », au sein desquelles figurent « l'intérêt supérieur de l'enfant, [...] la vie familiale et [...] l'état de santé du ressortissant concerné »].

¹⁶⁶¹ La loi exclut certaines catégories d'étrangers, des différentes décisions, les préservant par ricochet de la privation de liberté [v. pour l'expulsion les art. L. 521-2 à L. 521-5 CESEDA, v. pour les obligations de quitter le territoire et la reconduite à la frontière, l'art. L. 511-4 CESEDA, v. pour la peine d'interdiction du territoire, les art. 131-30-1 et 131-30-2 CP].

dans lequel le Conseil constitutionnel lui octroie une marge d'appréciation maximale¹⁶⁶². Ce dernier, saisi de nombreuses fois du contrôle des conditions de la privation de liberté de l'étranger, n'a jamais remis en cause cette liaison proche de la présomption, s'attachant plutôt au contrôle judiciaire de la privation de liberté¹⁶⁶³ ou aux garanties procédurales profitant à l'étranger¹⁶⁶⁴.

393. La mise en échec du départ volontaire : la survivance de la présomption. La législation française a resserré la rétention administrative de l'étranger en situation irrégulière, du fait de la transposition en droit français de la Directive *retour*¹⁶⁶⁵, qui établit le principe de solliciter le départ volontaire de l'étranger, en lui accordant un délai compris entre sept et trente jours pour s'exécuter, avant de procéder à l'exécution forcée de l'obligation par le recours aux mesures coercitives¹⁶⁶⁶. Une telle position revient à rétablir

¹⁶⁶² Cette large marge d'appréciation concerne l'éloignement décidé en raison de la menace directe pour l'ordre public et celui décidé en raison de sa situation irrégulière. Par exemple, concernant l'expulsion, le Conseil constitutionnel admettait la modification du critère législatif de l'expulsion, passant de « *menace grave pour l'ordre public* », à simple « *menace pour l'ordre public* », rappelant la capacité du législateur de limiter la liberté de l'étranger au regard de l'intérêt public, sur le fondement de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen et de la clause générale de la limite aux libertés qu'il comporte [Cons. const., déc. n° 86-216 DC du 3 sept. 1986 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France : *J. O.*, 5 sept. 1986, p. 10790 ; consid. n° 12 et s.]. Si le Conseil constitutionnel a reconnu le conflit éventuel entre l'expulsion et le droit au respect de la vie familiale de l'étranger, fondé sur le préambule de la Constitution de 1946, c'était pour affirmer que le législateur « *ne transgresse aucune disposition constitutionnelle en faisant prévaloir les nécessités de l'ordre public* » [déc. n° 86-216 DC du 3 sept. 1986 : *préc.* ; consid. n° 18]. Plus tard, le Conseil constitutionnel modérait légèrement sa formulation en autorisant toujours le législateur à faire prévaloir l'ordre public sur la situation personnelle et familiale de l'étranger, en cas de « *menace grave pour l'ordre public* » [Cons. const., déc. n° 93-325 DC du 13 août 1993 portant sur la loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France : *J. O.*, 18 août 1993, p. 11722 ; consid. n° 56]. Le Conseil constitutionnel utilise une formulation plus restreinte pour l'éloignement de l'étranger, tout en reconnaissant une marge d'appréciation confortable au législateur : « *il appartient au législateur d'apprécier les conditions dans lesquelles les droits de la famille peuvent être conciliés avec les impératifs d'intérêt public s'agissant d'étrangers entrés irrégulièrement sur le territoire français* » [*ibid.*, consid. n° 21]. Il apparaît en tout cas que le degré de la contrainte élevé de la mesure d'éloignement justifie l'interdiction constitutionnelle d'y soumettre le mineur, y compris en cas de menace pour l'ordre public [Cons. const., déc. n° 93-325 DC du 13 août 1993 : *préc.* ; consid. n° 28]. Voir V. TCHEN, « Recherche sur les droits fondamentaux de l'étranger » ; *LPA*, 22 mai 1995, p. 4.

¹⁶⁶³ Cons. const., déc. n° 86-216 DC du 3 sept. 1986 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France : *J. O.*, 5 sept. 1986, p. 10790 ; consid. n° 22].

¹⁶⁶⁴ Déc. n° 93-325 DC du 13 août 1993 : *préc.* ; consid. n° 98.

¹⁶⁶⁵ Avant même la transposition de la directive, le législateur français avait développé un système similaire, pour quelques cas seulement d'étrangers en situation irrégulière, parallèlement à la reconduite à la frontière, en créant l'obligation de quitter le territoire. Celle-ci pouvait s'accompagner d'un délai de départ volontaire d'un mois, dont le non-respect seulement pouvait entraîner l'exécution forcée de l'obligation [v. l'art. L. 511-1 CESEDA tel qu'issu de la loi n° 2006-911 du 24 juil. 2006 relative à l'immigration et à l'intégration : *J. O.*, 25 juil. 2006, p. 11047 ; *RTD civ.*, 2006, p. 837, obs. A.-M. LEROYER ; *Rev. crit. DIP*, 2007, p. 1, comm. D. TURPIN ; *JCP*, 13 sept. 2006, I, n° 167, comm. N. GUIMEZANES ; *Dr. admin.*, 2008, étu. n° 3, comm. M. MERINO].

¹⁶⁶⁶ V. le principe n° 10 du préambule de la directive n° 2008/115/CE précitée : « *lorsqu'il n'y a pas de raison de croire que l'effet utile d'une procédure de retour s'en trouve compromis, il convient de privilégier le retour volontaire par rapport au retour forcé et d'accorder un délai de départ volontaire* ». V. l'art. 7 du chap. II de la directive précitée pour les dispositions spéciales sur le départ volontaire. Si la directive dans son art. 15 § 1^{er}

l'autonomie de la privation de liberté de l'étranger, en reprenant un élément de la théorie générale de la détention *moyen*¹⁶⁶⁷. Elle revient aussi à raccrocher la privation de liberté de l'étranger aux mises en péril plus lourdes de l'ordre public, puisque le refus de l'étranger d'exécuter l'obligation qui lui a été notifiée caractérise une violation plus grave encore de la législation sur les étrangers. La directive fixe elle-même les hypothèses dans lesquelles l'État peut se dispenser du délai de départ volontaire et recourir d'emblée à l'exécution forcée de l'éloignement, hypothèses qui caractérisent en majorité une mise en péril de l'ordre public plus grave que le simple séjour irrégulier¹⁶⁶⁸, sauf une¹⁶⁶⁹.

394. La nouvelle loi de 2011 du droit des étrangers¹⁶⁷⁰, réalisant la transposition de la directive, a logiquement fait de l'obligation de quitter le territoire, accompagnée du délai de départ volontaire, la principale mesure d'éloignement de l'étranger en situation irrégulière. En revanche, le législateur a défini plusieurs situations dans lesquelles le simple séjour irrégulier de l'étranger caractérise par nature un risque de fuite, exception de la directive autorisant l'administration à se passer de l'octroi d'un délai de départ volontaire et à recourir d'emblée à la rétention administrative. Ces présomptions sont larges¹⁶⁷¹, au point de rétablir dans de nombreux cas la présomption de la nécessité abstraite de la privation de liberté. Le Conseil constitutionnel, saisi de la critique de cette transposition, s'est contenté d'exercer son contrôle classique de l'erreur manifeste de la transposition pour valider¹⁶⁷².

rappelle que la rétention doit être réservée aux seuls cas dans lesquels elle est strictement nécessaire et en vise précisément deux – le risque de fuite ou l'empêchement de la réussite de la procédure d'éloignement à cause du comportement de l'étranger –, cette liste n'est pas exhaustive et la directive laisse sur ce point une marge d'appréciation aux États.

¹⁶⁶⁷ Concernant le cas général de la détention « *moyen* » prévu à l'article 5 § 1^{er}-b), la détention n'est possible qu'après le constat du refus exprès ou tacite de la personne, mise en mesure pourtant de le faire, d'exécuter volontairement l'obligation [CEDH, sect. V, 2 mai 2013, *Petukhova c. Russie*, req. n° 28796/07, en angl.]. V. *supra*, n° 371.

¹⁶⁶⁸ Art. 7 § 4 de la directive : « *si la personne concernée constitue un danger pour l'ordre public, la sécurité publique ou la sécurité nationale* » ou « *s'il existe un risque de fuite, ou si une demande de séjour régulier a été rejetée comme étant [...] frauduleuse* ».

¹⁶⁶⁹ *Ibid.* : « *si une demande de séjour régulier a été rejetée comme étant manifestement non fondée* ».

¹⁶⁷⁰ Loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité : *J. O.*, 17 juin 2011, p. 10290 ; *Rev. crit. DIP*, 2011, p. 499, comm. D. TURPIN ; *RFDA*, 2011, p. 934, comm. H. LABEYLE ; *AJDA*, 2011, p. 1936, comm. O. LECUCQ ; *RDSS*, 2011, p. 940, note F. MANANGA (spéc. sur les mineurs isolés) ; *Dr. admin.*, 2001, étu. n° 17, comm. V. TCHEN ; *JCP A*, 2011, n° 2243, comm. V. BARBÉ ; *JCP A*, 2011, n° 2304, comm. L. DOMINGO.

¹⁶⁷¹ V. l'art. 511-1 CESEDA.

¹⁶⁷² Cons. const., déc. n° 2011-631 DC du 9 juin 2011 portant sur la loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité : *J. O.*, 17 juin 2011, p. 10306 ; *AJDA*, 2011, p. 1174, obs. M.-C. DE MONTECLER ; *Constitutions*, 2012, p. 597, obs. V. TCHEN ; consid. n° 42 et s.

395. **L'abandon de la nécessité abstraite de la détention *moyen* à la politique législative.** Le contrôle supra-légal de la nécessité abstraite de la détention *moyen* révèle une intensité minimale, similaire au contrôle de la nécessité abstraite de la détention *sanction*¹⁶⁷³, dégageant au législateur une marge maximale : la détention *moyen* touche principalement deux politiques nationales sensibles, le droit répressif et le droit des étrangers, deux domaines juridiques devenus aussi instables l'un que l'autre, au regard de réformes quasi annuelles¹⁶⁷⁴, à la recherche d'une efficacité croissante. Le recours à la privation de liberté apparaît comme un outil banalisé de ces politiques. Un tel contrôle minimum n'est toutefois pas admissible pour la détention *sûreté*, alors que pour celle-ci l'atteinte à l'ordre public n'a pas encore eu lieu. La délimitation de la matière se fait par l'application d'une concurrence de biens juridiques.

¹⁶⁷³ V. *supra*, n° 364 et s.

¹⁶⁷⁴ V. *infra*, n° 668.

Section II./ L'EFFICACITÉ RELATIVE DE LA CONCURRENCE DES BIENS JURIDIQUES POUR DÉLIMITER LA NÉCESSITÉ ABSTRAITE DE LA DÉTENTION SÛRETÉ

396. **La dangereuse notion de dangerosité.** Si un accord existe sur la notion de dangerosité, il concerne la difficulté à la définir, la notion ayant un sens multiple, départagé selon des distinctions imparfaites¹⁶⁷⁵. Trois composantes semblent s'en dégager, et même si ces classifications ne trouvent pas consensus, au moins permettent-elles d'organiser la matière, même présentés grossièrement : la dangerosité pénitentiaire sert au choix des mesures de sécurité à adopter à l'encontre d'un détenu pour préserver l'ordre des établissements privés de liberté¹⁶⁷⁶ ; la dangerosité criminologique sert à l'évaluation de la propension de l'individu à la délinquance, organisée autour de l'étude des troubles de la personnalité et d'autres facteurs sociaux ou médicaux, et est utile au choix du recours à une mesure de sûreté pénale¹⁶⁷⁷ ; la dangerosité psychiatrique vise à déterminer la capacité de l'aliéné au passage à l'acte, en lien avec des troubles mentaux délirants¹⁶⁷⁸, et sert au choix du recours à la mesure de sûreté traditionnelle de l'internement forcé¹⁶⁷⁹. La dangerosité est une notion fondamentale de la privation de liberté, d'autant plus que sa prise en compte dans la peine est de plus en plus importante¹⁶⁸⁰, et la dangerosité criminologique et celle psychiatrique, dont le cloisonnement n'apparaît pas étanche, sont particulièrement importantes pour délimiter la détention sûreté. Puisque « *personne ne contestera la difficulté qu'il y a à prédire l'avenir* »¹⁶⁸¹, la notion, déjà floue, est au surplus délicate à apprécier. Le traitement de la dangerosité reste toutefois indispensable à la protection de l'ordre public,

¹⁶⁷⁵ P. MBANZOULOU, « La dangerosité des détenus : un concept flou aux conséquences bien visibles : le PSEM et la rétention de sûreté » ; *AJP*, 2008, p. 171. – F. FIECHTER-BOULVARD, « La dangerosité : encore et toujours... » ; *AJP*, 2012, p. 67. – CH. LAZERGES, « Le choix de la fuite en avant au nom de la dangerosité : les lois 1, 2, 3, 4, 5, etc. sur la prévention et la répression de la récidive » ; *RSC*, 2012, p. 274.

¹⁶⁷⁶ V. *infra*, n° 539 et s.

¹⁶⁷⁷ V. *infra*, n° 433 et s.

¹⁶⁷⁸ Sur la délicate distinction entre dangerosité criminologique et dangerosité psychiatrique, v. J.-L. SENON et C. MANZANERA, « Psychiatrie et justice : de nécessaires clarifications à l'occasion de la loi relative à la rétention de sûreté » ; *AJP*, 2008, p. 176.

¹⁶⁷⁹ V. *infra*, n° 412 et s.

¹⁶⁸⁰ V. *infra*, n° 512 et s.

¹⁶⁸¹ J. LEBLOIS-HAPPE, « Rétention de sûreté vs *Unterbringung in die Sicherungsverwahrung* : les enseignements d'une comparaison franco-allemande » ; *AJP*, 2008, p. 209. Voir sur les théories plus modernes d'appréciation de la récidive et leurs faiblesses, A. AUBERT et É. COUDRET, « Prédicibilité du comportement : neuro-sciences et neuro-mythes » ; *AJP*, 2012, p. 80, ou sur les limites de l'expertise psychiatrique, PH. JUSSEAUME, « L'expertise psychiatrique, ses pièges, ses limites... » ; *AJP*, 2012, p. 70, ou sur les limites des méthodes actuarielles et d'évaluation clinique, M. HERZOG-EVANS, « Outils d'évaluation : sortir des fantasmes et de l'aveuglement idéologique » ; *AJP*, 2012, p. 75.

mais le potentiel d'arbitraire, particulièrement fort en la matière, impose une délimitation rigoureuse de la détention *sûreté*.

397. **La formulation supra-légale du principe de la concurrence, utile à la délimitation de l'état dangereux justifiant le recours à la détention *sûreté*.** La Cour européenne des droits de l'Homme et le Conseil constitutionnel relie l'autorisation du recours à la détention *sûreté*¹⁶⁸², à la condition que la privation de liberté poursuive le double objectif de protection de l'ordre public et de protection de la personne privée de liberté¹⁶⁸³, dans des formulations qui semblent imposer une concurrence et non une simple alternative¹⁶⁸⁴. La lettre de la Convention consacre la concurrence, dès lors qu'elle a exclu à la fois la détention *sûreté* pour la seule protection de l'ordre public, tenant dans la relégation de la personne présentant une forte propension à la délinquance, et à la fois la détention *sûreté* pour la seule protection de la personne, tenant dans le traitement sanitaire forcé de la personne consciente, dont le refus de se soigner met son état de santé en péril. La nécessité abstraite de la détention de *sûreté* est en principe bornée par la concurrence : celle-ci, pour être admise, doit servir à contenir les états dangereux à la fois pour l'ordre public et à la fois pour la personne elle-même, ou, formulé différemment, doit viser conjointement les objectifs de protection de l'ordre public et de protection de la personne détenue.

398. **Le bien juridique de la protection de la personne, ou l'intérêt de la personne à être détenu**¹⁶⁸⁵. Le premier intérêt de la personne à être privée de liberté réside dans la protection directe de son intégrité : la détention sert à la préserver de son propre

¹⁶⁸² Sur la notion, v. *supra*, n° 52.

¹⁶⁸³ Les deux objectifs sont les deux biens juridiques de la détention *sûreté* [v. *supra*, n° 354].

¹⁶⁸⁴ La Cour européenne concernant les cas visés à l'article 5 § 1^{er}-e) de la Convention [les aliénés, les personnes atteintes de maladies contagieuses, les vagabonds, les toxicomanes et les alcooliques], a rappelé que la privation de liberté des personnes visées ne se justifie pas « *pour le seul motif qu'il faut les considérer comme parfois dangereuses pour la sécurité publique, mais aussi parce que leur propre intérêt peut nécessiter leur internement* » [CEDH, plén., 6 nov. 1980, *Guzzardi c. Italie*, req. n° 7367/76 : *Rec. CEDH*, série A, n° 39 ; § 98]. Quant au Conseil constitutionnel, il a justifié le placement en cellule de dégrisement, opération de police administrative, dès lors que la privation de liberté vise à « *prévenir les atteintes à l'ordre public et [à] protéger la personne* » [Cons. const., déc. n° 2012-253 QPC du 8 juin 2012, [M. D.] : *J. O.*, 9 juin 2012, p. 9796 ; *Gaz. Pal.*, 5 juil. 2012, p. 11, comm. S. DETRAZ ; *Constitutions*, 2012, p. 479, obs. X. BIOY ; *LPA*, 25 mars 2013, p. 4, chron. V. TELLIER-CAYROL]. Si la Cour européenne des droits de l'Homme formule plutôt une alternative pour la privation de liberté de l'alcoolique [« *les personnes dont la conduite et le comportement sous l'influence de l'alcool constituent une menace pour l'ordre public ou pour elles-mêmes, même si aucun diagnostic d'"alcoolisme" n'a été posé les concernant, peuvent être détenues à des fins de protection du public ou dans leur propre intérêt, par exemple leur santé ou leur sécurité personnelle* » même s'« *il ne faut pas en déduire que l'article 5 § 1^{er}-e) de la Convention peut être interprété comme autorisant la détention d'un individu simplement parce qu'il consomme de l'alcool* » ; CEDH, sect. II, 4 avr. 2000, *Witold Litwa c. Pologne*, req. n° 26629/95 ; § 60 et s.], l'existence d'un comportement menaçant l'ordre public reste un critère central pour apprécier la conventionnalité du dégrisement [CEDH, sect. V, 8 juin 2004, *Himda Hafsteinsdottir c. Irlande*, req. n° 40905/98, en angl. ; § 42, ou CEDH, sect. I, 3 févr. 2011, *Kharin c. Russie*, req. n° 37345/03, en angl.].

¹⁶⁸⁵ La Cour européenne des droits de l'Homme se réfère bien à la notion de la privation de liberté pour l'« *intérêt* » de la personne [v. *infra*, note n° 1684].

comportement, dangereux pour elle-même¹⁶⁸⁶. De manière plus lointaine et plus large, l'intérêt à la privation de liberté peut résulter du bénéfice d'un traitement prodigué au cours de celle-ci¹⁶⁸⁷, dont la réussite permettra l'extinction de la dangerosité et l'obtention de la libération, cas qui autorise également le recours à la détention *sûreté*¹⁶⁸⁸. L'intérêt de la personne à être détenu, bien juridique conjoint à la protection de l'ordre public de la détention *sûreté*, permet à la fois de restreindre son champ et d'être la source de l'adaptation de la privation de liberté, qu'il s'agisse de son adéquation juridique¹⁶⁸⁹ ou matérielle¹⁶⁹⁰. La notion de l'intérêt à être détenu est également floue : si elle est indispensable à limiter le champ de la détention *sûreté*, qui serait trop largement ouvert si la seule prévention de l'atteinte à l'ordre public pouvait la justifier, ce dernier bien juridique est tout autant indispensable, puisque le champ de la détention *sûreté* serait également trop large si l'intérêt à être détenu suffisait à la justifier.

399. **Le sens supra-légal de la détention *sûreté*.** La consécration de la concurrence aboutit à fixer dans les principes supra-légaux le sens de la détention *sûreté*, et le législateur n'est plus libre du motif de celle-ci. Le bien juridique de la protection de la personne privée de liberté aboutit à préserver de l'intervention législative l'objectif du traitement de la dangerosité par la privation de liberté.

400. **La Cour européenne des droits de l'Homme : la modératrice des politiques nationales excessives de sécurité.** Si la mesure de *sûreté* dans son principe est difficilement contestable et apparaît indispensable pour assurer la protection de la société, la tentation est grande d'accroître constamment son étendue, au détriment de la liberté individuelle, en réaction aux faits divers dramatiques et sous la pression de l'opinion publique, y compris parfois dans la recherche d'un effet plutôt déclaratif que normatif. Ce mouvement est particulièrement visible en droit pénal français, qui a multiplié dans le Code de procédure pénale les mesures de *sûreté*¹⁶⁹¹, aboutissant à un essor de cette catégorie,

¹⁶⁸⁶ Ce qui concerne l'internement de l'aliéné à titre sanitaire.

¹⁶⁸⁷ Ce qui concerne l'internement de l'aliéné au titre de protection de l'ordre public.

¹⁶⁸⁸ En évoquant le bien juridique de la protection de la personne privée de liberté, nous viserons en conséquence à la fois la protection immédiate, visant à préserver l'intégrité de la personne et la protection plus lointaine, visant à permettre le traitement de la personne.

¹⁶⁸⁹ V. *infra*, n° 412 et s.

¹⁶⁹⁰ V. *infra*, n° 476 et s.

¹⁶⁹¹ C'est le cas de la « *surveillance judiciaire de personnes dangereuses* » organisée aux articles 723-29 et suivants du Code de procédure pénale, ou encore du « *placement sous surveillance électronique mobile à titre de sûreté* » figurant aux articles 763-10 et suivants du même Code.

afin de lutter contre la récidive¹⁶⁹² et trouvant son expression la plus haute dans la création de la rétention de sûreté¹⁶⁹³, inspirée du mécanisme allemand¹⁶⁹⁴. Cette tentation s'est exprimée aussi concernant l'internement des aliénés, à travers la tentative de soumission du pouvoir de libération du juge de la privation de liberté à l'autorité médicale¹⁶⁹⁵. La Cour européenne des droits de l'Homme apparaît comme une institution disposant d'une distance utile, du recul nécessaire, d'un contexte dépassionné, pour freiner ce mouvement dépassant le droit français¹⁶⁹⁶, et l'étude de sa jurisprudence apparaît particulièrement essentielle, notamment quant à l'efficacité de la concurrence à délimiter la détention *sûreté*.

401. **L'effet restrictif de la concurrence.** La concurrence, l'exigence conjointe de l'objectif de protection de l'ordre public et de celui de protection de la personne pour admettre un cas de détention *sûreté*, aboutit par définition à restreindre son champ, dès lors que chaque bien juridique pris seul est insuffisant à fonder la privation de liberté. Le principe reste relatif (§1). Certains cas de détention *sûreté* qui échappent à la concurrence font en plus l'objet d'une interprétation large qui conforte la relativisation du principe (§2).

¹⁶⁹² Voir H. MATSOPOULOU, « Le renouveau des mesures de sûreté » ; *D.*, 2007, chron., p. 1607 ou CH. LAZERGES, « La tentation du bilan 2002-2009 : une politique criminelle du risque au gré des vents » ; *RSC*, 2009, p. 689.

¹⁶⁹³ Loi n° 2008-174 du 25 févr. 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental : *J. O.*, 26 févr. 2008, p. 3266 ; *D.*, 2008, chron., p. 1000, comm. J. PRADEL ; *ibid.*, p. 873, obs. E. ALLAIN ; *AJP*, 2008, p. 161, comm. M. HERZOG-EVANS ; *ibid.*, p. 223, obs. É. SENNA ; *RSC*, 2008, p. 392, comm. PH. BONFILS ; *ibid.*, p. 873, comm. S. DETRAZ ; *AJDA*, 2008, p. 714, obs. P. JAN ; *AJP*, 2008, p. 176, comm. J.-L. SENON et C. MANZANERA ; *Gaz. Pal.*, 4 avr. 2009, comm. S. DE BENALCAZAR (spéc. sur le pan de l'irresponsabilité pénale) ; *ibid.*, 4 mars 2008, p. 2, comm. B. LAVIELLE ; *ibid.*, p. 10, comm. J. DANET ; *ibid.*, 7 juin 2008, p. 20, comm. G. CASILE-HUGUES ; *Procédures*, 2008, ét. n° 4, comm. J. BUISSON (spéc. sur le pan de l'irresponsabilité pénale) ; *Dr. pénal*, 2008, ét. n° 5, comm. H. MATSOPOULOU.

¹⁶⁹⁴ Voir J. LEBLOIS-HAPPE, « Rétention de sûreté vs *Unterbringung in die Sicherungsverwahrung* : les enseignements d'une comparaison franco-allemande » ; *AJP*, 2008, p. 209.

¹⁶⁹⁵ V. *infra*, n° 696 et s.

¹⁶⁹⁶ Le contrôle européen de la mesure de sûreté allemande, ou de la peine perpétuelle anglaise, dont le maintien en détention, après une période répressive, constitue une détention *sûreté*, montre que ce mouvement dépasse la France [v. *infra* et les différents arrêts cités].

§ 1./ LA RELATIVITÉ DU PRINCIPE DE LA CONCURRENCE

402. **Le dévoiement de la concurrence.** Le principe de la concurrence permet de restreindre l'étendue de la détention *sûreté*, en écartant que la détention *sûreté* s'applique soit pour la seule protection de l'ordre public, soit pour la seule protection de la personne privée de liberté. Elle permet de définir le type de mis en péril de l'ordre public que la mesure de *sûreté* peut prévenir. Cet effet restrictif de la concurrence (A) est dévoyé, puisque le bien juridique de la protection de la personne privée de liberté apparaît comme la justification de l'extension du champ de la détention *sûreté* (B).

A) *L'effet restrictif de la concurrence*

403. **L'autorité médicale, autre gardien de la liberté individuelle.** La concurrence a pour principale conséquence de n'autoriser le placement en détention *sûreté* uniquement dans la zone de croisement entre la protection de l'ordre public et la protection de la personne détenue. La concurrence a pour effet de l'écarter pour la simple protection de l'ordre public, si bien que l'objectif de protection de la personne privée de liberté, particulier à ce type de détention, justifie son adaptation, notamment par l'association d'un expert médical, chargé de la protection de la personne, à l'action de l'autorité de police, chargée de la protection de l'ordre public, et au contrôle de l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle. Dans la détention *sûreté*, l'expert médical doit participer à l'établissement de la preuve de la dangerosité en vertu du principe de l'adéquation juridique de la privation de liberté¹⁶⁹⁷, assurer le traitement curateur au cours de la privation de liberté imposé dans l'intérêt de la personne détenue en vertu du principe de l'adéquation matérielle de la privation de liberté¹⁶⁹⁸ et provoquer la libération en cas de guérison en vertu du principe de l'interdiction du maintien en détention au-delà de la durée strictement nécessaire¹⁶⁹⁹. Au-delà de la détention *sûreté*, le rôle du médecin a été accru lors de la garde à vue, puisque le certificat d'incompatibilité doit entraîner la levée de la mesure¹⁷⁰⁰. Même plus largement, le

¹⁶⁹⁷ V. *infra*, n° 412 et s.

¹⁶⁹⁸ V. *infra*, n° 476 et s.

¹⁶⁹⁹ V. *infra*, n° 459 et s.

¹⁷⁰⁰ Cass. crim., 27 oct. 2009, n° 09-82.505 : *Bull. crim.*, n° 176 ; *JCP*, 2010, n° 85, note M.-C. GUÉRIN ; *D.*, 2010, p. 245, obs. C. GIRAULT. La Chambre criminelle rappelait que « la poursuite de la garde à vue d'une

développement du droit à la libération en cas d'état de santé incompatible place l'expert médical au centre de la protection de la liberté individuelle¹⁷⁰¹. Finalement, l'expert médical apparaît régulièrement comme une partie prenante des décisions de placement ou de maintien en détention, au point de devenir une nouvelle autorité, gardienne pour partie, de la liberté individuelle, comme le montre les implications du principe de la concurrence à la détention *sûreté*. Comme toute autorité importante de la privation de liberté, la loi doit se prémunir de son arbitraire. La concurrence est directement une cause de restriction du champ de la détention *sûreté* (1), champ qu'elle participe aussi à délimiter en étant la source du principe d'adéquation juridique (2).

1) La concurrence : cause de restriction du champ de la mesure de sûreté

404. **L'insuffisance de la seule protection de l'ordre public à fonder la détention sûreté.** De manière pragmatique, plutôt que de renvoyer de manière générale à la dangerosité, la Convention a le mérite de cloisonner la détention *sûreté* en identifiant pragmatiquement les états dangereux pour l'ordre public autorisant la détention *sûreté*, dans une liste à l'article 5 § 1^{er}-e)¹⁷⁰². Sans originalité, la Convention reprend les hypothèses classiques de dangerosité trouvant leur source dans un état mental ou sociétal menaçant la sécurité des personnes¹⁷⁰³ ou des biens¹⁷⁰⁴, si ce n'est qu'elle écarte la détention du récidiviste du seul fait de sa propension à la délinquance ou en raison de ses seuls « *troubles de la personnalité* »¹⁷⁰⁵. Ces différents cas se rejoignent en visant à la fois la protection de l'ordre public et la protection de la personne privée de liberté¹⁷⁰⁶, établissant la concurrence¹⁷⁰⁷. Même la privation de liberté de l'aliéné impossible à soigner en l'état actuel des connaissances scientifiques doit avoir lieu dans un hôpital psychiatrique, l'État n'étant jamais

personne dans des conditions qui sont, selon le constat médical, incompatibles avec son état de santé, porte nécessairement atteinte à ses intérêts ». V. *supra*, n° 226.

¹⁷⁰¹ V. *infra*, n° 564 et s.

¹⁷⁰² « S'il s'agit de la détention régulière d'une personne susceptible de propager une maladie contagieuse, d'un aliéné, d'un alcoolique, d'un toxicomane ou d'un vagabond ».

¹⁷⁰³ Caricaturalement, l'aliéné et le malade contagieux.

¹⁷⁰⁴ Caricaturalement, l'alcoolique et le toxicomane.

¹⁷⁰⁵ La dangerosité « *criminologique* » [v. *supra*, n° 396] n'est donc pas un cas exprès de détention *sûreté*. La Convention ne vise pas non plus « *les débilés mentaux, les caractériels et les pervers* » [J. PRADEL, « Le droit pénal de la santé à travers la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme » ; *RDSS*, 2008, p. 7], même si la Cour européenne des droits de l'Homme admet une définition large de l'aliéné pouvant incorporer tous ces états [v. *infra*, note n° 1713].

¹⁷⁰⁶ V. sur la définition de ce bien juridique de la détention *sûreté*, *supra*, n° 398.

¹⁷⁰⁷ V. sur les formulations jurisprudentielles établissant cette concurrence, *supra*, n° 397.

dégagé de son obligation de tenter de soigner¹⁷⁰⁸ et de poursuivre le bien juridique de la protection de la personne privée de liberté.

405. La liste de la disposition peut apparaître archaïque¹⁷⁰⁹, notamment au regard de l'inclusion du vagabondage¹⁷¹⁰, cas de privation de liberté que le droit français a écarté¹⁷¹¹. Le caractère restrictif de la liste fermée de l'article 5 § 1^{er}-e) est d'emblée relativisé du fait de la définition large de la qualification de l'alcoolique¹⁷¹² et de celle de l'aliéné¹⁷¹³,

¹⁷⁰⁸ CEDH, sect. III, 20 févr. 2003, *Hutchinson Reid c. Royaume-Uni*, req. n° 50272/99 : *Rec. CEDH*, 2003-IV.

¹⁷⁰⁹ Si le texte de la Convention n'écarte pas par principe le cas de la contrainte par corps, la Cour a directement émis des réserves à son sujet, « *considérant qu'il s'agissait d'une mesure privative de liberté archaïque jouant au seul profit du Trésor public* » [Gatt : préc.], cas de privation de liberté déjà réduit par un protocole additionnel [art. 1^{er} du Protocole additionnel n° 4 : « *Nul ne peut être privé de sa liberté pour la seule raison qu'il n'est pas en mesure d'exécuter une obligation contractuelle.* »]. L'un des moyens pour la Cour de limiter l'impact de la contrainte par corps a été de la qualifier de peine [CEDH, ch., 8 juin 1995, *Jamil c. France*, req. n° 15917/89 : *Rec. CEDH*, série A, n° 317-B ; RSC, 1995, p. 855, obs. L.-E. PETTITI ; *ibid.*, 1996, p. 471, obs. R. KOERING-JOULIN ; AJDA, 1995, p. 719, chron. J.-F. FLAUSS ; D., 1996, p. 197, obs. J.-F. RENUCCI].

¹⁷¹⁰ Le contentieux est d'ailleurs pauvre et n'a donné lieu qu'à deux arrêts significatifs, l'un ancien [CEDH, plén., 18 juin 1971, *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique*, req. n°s 2832/66, 2835/66 et 2899/66 : *Rec. CEDH*, série A, n° 12] et l'autre rejetant la qualification pour la détention d'un mafieux [*Guzzardi* : préc.].

¹⁷¹¹ Le vagabondage en lui-même n'est plus une infraction et le recours à la mesure de sûreté n'est pas permis en la matière. V. sur l'évolution du droit français J. SAYAH, « Le vagabondage et la mendicité : un délit périmé » ; RSC, 1997, p. 45 ou D. ROMAN, « Les sans-abri et l'ordre public » ; RDSS, 2007 p. 952, ou J. DAMON, « La prise en charge des vagabonds, des mendiants et des clochards : une histoire en mouvement » ; RDSS, 2007 p. 933. Dans le premier article, l'auteure rappelle la survivance pour Paris de l'article 5 de l'arrêté du 12 messidor an VIII de la police des mendiants donnant pouvoir au préfet de police pour « *envoyer les mendiants, vagabonds et gens sans aveu aux maisons de détention, même à celles qui sont en dehors de Paris* », texte qui ajoute que « *les individus détenus par ordre du préfet de police ne pourront être mis en liberté que d'après son autorisation* ». Certains auteurs n'excluent pas l'opportunité d'héberger de force le sans-abri l'hiver en cas de danger vital, admettant plus largement la notion de privation de liberté dans le seul intérêt de la personne [par ex. J. DAMON, « *Zéro SDF : un objectif souhaitable et atteignable* » ; Dr. Soc., 2008, p. 349].

¹⁷¹² CEDH, 4 avr. 2000, *Witold Litwa c. Pologne*, req. n° 26629/95 : *Rec. CEDH*, 2000-III ; § 60. La Cour, après avoir recherché sa *ratio legis*, étend son champ d'application aux personnes « *dont la conduite et le comportement sous l'influence de l'alcool constituent une menace pour l'ordre public ou pour elles-mêmes, même si aucun diagnostic d'alcoolisme n'a été posé les concernant* ».

¹⁷¹³ La Cour refuse de définir précisément la notion d'aliéné, dès lors que « *son sens ne cesse d'évoluer avec les progrès de la recherche psychiatrique, la souplesse croissante du traitement et les changements d'attitude de la communauté envers les maladies mentales, notamment dans la mesure où se répand une plus grande compréhension des problèmes des patients* » [CEDH, ch., 24 oct. 1979, *Winterwerp c. Pays-Bas*, req. n° 6301/73 : *Rec. CEDH*, série A, n° 33 ; § 37]. L'internement visé à l'article 5 § 1^{er}-e) est permis tout autant pour la protection de l'ordre public, qu'à titre sanitaire, pour le traitement de la personne présentant un risque pour elle-même [CEDH, 5 oct. 2004, *H. L. c. Royaume-Uni*, req. n° 45508/99 : *Rec. CEDH*, 2004-IX]. La Cour incorpore toute personne ne bénéficiant pas de son plein discernement mental, au-delà de la simple pathologie psychiatrique « *délinquante* », dans la notion d'aliéné, permettant la privation de liberté sur le fondement de l'article 5 § 1^{er}-e) de la personne souffrant de troubles de personnalités au terme de sa peine, rendant probable sa récidive [CEDH, sect. V, 10 janv. 2013, *Dufoort c. Belgique*, req. n° 43653/09, ou encore CEDH, sect. V, 28 juin 2012, *S. c. Allemagne*, req. n° 3300/10, en angl.], le handicapé mental [CEDH, sect. V, 10 janv. 2013, *Claes c. Belgique*, req. n° 43418/09], l'auteur d'une infraction reconnu irresponsable pénalement [CEDH, ch., 5 nov. 1981, *X. c. Royaume-Uni*, req. n° 7215/75 : *Rec. CEDH*, série A, n° 46], ou encore la personne atteinte de démence sénile [CEDH, 26 févr. 2002, *H. M. c. Suisse*, req. n° 39187/98 : *Rec. CEDH*, 2002-II]. Il est vrai que la version anglaise de la Convention utilise une expression large [« *the lawfull detention [...] of persons of unsound mind* »]. La jurisprudence de la Cour pourrait toutefois revenir à une définition plus stricte de l'aliéné, notamment pour la distinguer de la dangerosité criminologique [v. *infra*, note n° 1891].

tandis que le cas du vagabond¹⁷¹⁴ et celui du malade contagieux¹⁷¹⁵ font l'objet d'une définition plus sévère. Le droit français, mis à part le cas particulier du dégrisement¹⁷¹⁶, ne recourt pas à la mesure de sûreté ni pour le traitement de l'alcoolique¹⁷¹⁷, ni du toxicomane¹⁷¹⁸ et consacre principalement le cas de l'aliéné parmi la liste de l'article 5 § 1^{er}-e), sans que son principe ne soit contestable : le droit français par principe se montre réticent au déploiement de la mesure de sûreté de longue durée¹⁷¹⁹.

406. L'insuffisance de la seule protection de la personne privée de liberté.

Justifier la privation de liberté, mesure profondément défavorable, par la protection de la personne privée de liberté, apparaît en soi contradictoire. La tolérer sur ce seul motif, en dehors de l'atteinte à l'ordre public, revient à réduire les domaines qui sont par nature laissés à la libre disposition de la personne, d'autant plus que le fondement d'une telle privation de liberté apparaît incertain, même si celui de la dignité pourrait être employé¹⁷²⁰. Le champ de la privation de liberté ainsi ouvert inclurait alors la protection de la personne contre le péril vital induit par son propre comportement, mais aussi la protection des intérêts patrimoniaux de la personne, de ses intérêts sociaux, de sa santé, ou encore de son bien-être.

¹⁷¹⁴ La définition retenue du vagabond est celle « usuelle », et la définition nationale qui vise « ceux qui n'ont ni domicile certain, ni moyens de subsistance, et qui n'exercent habituellement ni métier ni profession » respecte la Convention [De Wilde, Ooms et Versyp : préc. ; § 68].

¹⁷¹⁵ La Cour n'autorise la privation de liberté du contagieux que « si la propagation de la maladie est dangereuse pour la santé ou la sécurité publiques et, d'autre part, si la détention de la personne contaminée constitue le moyen de dernier recours d'empêcher la propagation de la maladie, d'autres mesures, moins sévères, ayant déjà été envisagées et jugées insuffisantes pour sauvegarder l'intérêt public » [CEDH, 25 janv. 2005, *Enhorm c. Suède*, req. n° 56529/00 : *Rec. CEDH*, 2005-I ; *RSC*, 2006, p. 431, chron. F. MASSIAS]. En l'espèce, il s'agissait d'un malade atteint du sida dépisté en 1994 et dont le comportement faisait craindre d'éventuelles contaminations. Son isolement sanitaire dans un hôpital avait duré un an et demi.

¹⁷¹⁶ Art. L. 3341-1 CSP.

¹⁷¹⁷ Un tel régime était organisé par la loi n° 54-439 du 15 avr. 1954 sur le traitement des alcooliques dangereux pour autrui : *J. O.*, 21 avr. 1954, p. 3827. Ce régime autorisait la privation de liberté de « tout alcoolique » constituant « un danger pour [lui-même] ou pour autrui ».

¹⁷¹⁸ Si l'injonction thérapeutique permet de contraindre le toxicomane à se soigner [art. L. 3412-2 CSP], elle n'entraîne pas de privation de liberté durant le traitement. L'autorité sanitaire peut également enjoindre au toxicomane de suivre une cure de désintoxication [art. L. 3413-1 CSP et s.], sans qu'elle n'entraîne de détention. Toutefois, l'addiction est parfois traitée par l'internement des aliénés en pratique, et l'usage de produits stupéfiants demeure en droit français un délit puni d'emprisonnement [art. L. 3421-1 CSP].

¹⁷¹⁹ L'adoption de la rétention de sûreté évidemment cette affirmation, même si la mesure a fédéré contre elle de nombreuses critiques [v. *infra*, n° 430].

¹⁷²⁰ V. pour un essai de refondation et de défense de l'autonomie personnelle face aux nouveaux principes qui s'y opposent, D. ROMAN, « À corps défendant : la protection de l'individu contre lui-même » ; *D.*, 2007, p. 1284. V. aussi pour la défense de la liberté individuelle par opposition à une certaine vision de la dignité, E. DREYER, « La dignité opposée à la personne » ; *D.*, 2008, p. 2730. V. inversement, dans un sens plus critique de la suprématie de l'autonomie personnelle, M. FABRE-MAGNAN, « Le domaine de l'autonomie personnelle : indisponibilité du corps humain et justice sociale » ; *D.*, 2008, p. 31.

407. En l'absence de considération d'ordre public¹⁷²¹, la restriction de la liberté individuelle pour protéger les intérêts de la personne détenue est déjà contestée, lorsque celle-ci dispose de son entier discernement, même s'il n'existe pas de consensus doctrinal¹⁷²², et le développement de la notion d'autonomie personnelle par la Cour européenne des droits de l'Homme, concernant l'admission du refus de soins pour la personne saine d'esprit, y compris dans les situations désespérées¹⁷²³, s'y oppose frontalement. La liste de l'article 5 § 1^{er}-e) apporte une réponse pragmatique, en ne consacrant aucun cas de privation de liberté uniquement justifié par la protection de la personne¹⁷²⁴, et la vision alternative des biens juridiques de la détention *sûreté* doit être rejetée¹⁷²⁵.

408. **L'inclusion dans la concurrence de la privation de liberté pour protection de l'aliéné en cas de péril vital pour sa seule personne.** Le Conseil constitutionnel a lui-même admis que l'internement de l'aliéné pouvait se fonder sur son seul état de santé¹⁷²⁶, et la Cour européenne des droits de l'Homme a reconnu le caractère

¹⁷²¹ On comprend dès lors l'incidence potentielle de l'intégration de la dignité dans l'ordre public, qui pourrait permettre d'élargir le champ de la privation de liberté [CE, *ass.*, 27 oct. 1995, *cne Morsang sur Orge*, req. n° 136727 : *Rec. CE*, p. 275 ; *AJDA*, 1995, p. 878, chron. J.-H. STAHL et D. CHAUVAUX ; *GAJA*, 19^e éd., 2013, n° 95 ; *RFDA*, 1995, p. 1204, concl. P. FRYDMAN].

¹⁷²² V. les articles précités de D. ROMAN, E. DREYER et M. FABRE-MAGNAN, note n° 1720.

¹⁷²³ CEDH, sect. IV, 29 avr. 2002, *Pretty c. Royaume-Uni*, req. n° 2346/02 : *AJDA*, 2003, p. 1383, note B. LE BAUT-FERRARÈSE ; *RDSS*, 2002, p. 475, note P. PEDROT ; *RSC*, 2002, p. 645, obs. F. MASSIAS ; *RTD civ.*, 2002, p. 482, obs. J. HAUSER ; *RTD civ.*, p. 858, obs. J.-P. MARGUÉNAUD. Les derniers développements de la Cour en la matière tendent même, prudemment, à intégrer la notion de suicide assisté dans la jurisprudence européenne [CEDH, sect. I, 20 janv. 2011, *Haas c. Suisse*, req. n° 31322/07 : *Rec. CEDH*, 2011 : *RTD civ.*, 2011, p. 311, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *JCP*, 2011, actu., n° 122, obs. C. BYK, *JCP*, 2011, doct., n° 878, chron. C. BYK ; *D.*, 2011, p. 925, comm. É. MARTINENT, M. REYNIER et F. VIALLA, ou encore CEDH, sect. V, 19 juil. 2012, *Koch c. Allemagne*, req. n° 497/09 : *RTD civ.*, 2012, p. 700, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *JCP*, 2012, actu., n° 915, obs. M. AFROUKH ; *JCP*, 2013, doct., n° 64, chron. F. SUDRE, ou encore dernièrement, CEDH, sect. II, 14 mai 2013, *Gross c. Suisse*, req. n° 67810/10 : *JCP*, 2013, actu., n° 650, obs. G. GONZALEZ ; *JCP*, 2013, doct., n° 855, chron. F. SUDRE ; *D.*, 2013, p. 1277, obs. G. PUPPINCK]. Le juge national a pu défendre une solution moins nette et faire prévaloir la dignité à la liberté, notamment concernant la transfusion contre sa volonté du témoin de Jéhovah [v. par ex. S. HENNETTE-VAUCHEZ, « Kant contre Jéhovah ? : refus de soin et dignité de la personne humaine » ; *D.*, 2004, p. 3154 ; v. quant aux derniers développements du contentieux, B. PY, « Urgence médicale, état de nécessité et personne en péril » ; *AJP*, 2012, p. 384].

¹⁷²⁴ La Cour a rappelé concernant la détention du malade contagieux que celle-ci se rattachait à la protection de l'ordre public et vise même finalement un grave danger pour celui-ci et non pas uniquement pour protéger la santé du détenu [*Enhorm : préc.*, v. *infra*, note n° 1715]. En l'espèce, il s'agissait d'un malade atteint du sida dépisté en 1994 et dont le comportement faisait craindre d'éventuelles contaminations dont l'isolement sanitaire dans un hôpital avait duré un an et demi. Au mieux, certains cas de la liste de l'article 5 peuvent alternativement concerner ou la protection de l'ordre public ou la protection de la personne détenue concernant l'internement des aliénés ou celui du vagabond.

¹⁷²⁵ La détention du vagabond pour sa seule protection y compris en cas de péril grave ne pourrait en conséquence être admise.

¹⁷²⁶ Cons. const., déc. n° 2010-71 QPC du 26 nov. 2010, [Mme S.] : *J. O.*, 27 nov. 2010, p. 21119 ; *Dr. Famille*, 2011, comm. n° 11, note I. MARIA ; *RFDA*, 2011, p. 951, chron. A. PENA ; *JCP*, 2011, n° 189, note K. GRABARCZYK ; *AJDA*, 2011, p. 174, X. BIOY. Le Conseil constitutionnel rappelait que le législateur devait réserver la privation de liberté au « cas où elle est adaptée, nécessaire et proportionnée à l'état du malade ». Le Conseil constitutionnel validait la condition législative de droit commun de la nécessité de « soins

alternatif des deux biens juridiques pour ce même cas de privation de liberté¹⁷²⁷. Il serait tentant d'y déceler un cas de détention pris pour la seule protection de l'aliéné, surtout que l'atteinte au discernement de l'aliéné éteint la notion d'autonomie personnelle. L'ordre public au sens strict, qui concerne la dangerosité pour autrui, n'est, il est vrai, plus concerné par l'internement de l'aliéné sanitaire¹⁷²⁸. Même à admettre que la protection de la personne soit le bien juridique exclusif de cette détention, l'étendue de la privation de liberté doit de toute manière être strictement définie, dès lors que celle-ci constitue une exception au principe général de la concurrence : elle ne peut qu'être résiduelle et concerner uniquement le péril vital. La Grande chambre a rappelé timidement dans l'arrêt *Stanev*, qui concernait la privation de liberté du majeur protégé, qui ne présente ni une menace grave pour l'ordre public, ni pour la personne de l'aliéné, mais permet la sauvegarde de ses intérêts civils et sociaux¹⁷²⁹, que la privation de liberté devait « être dûment justifiée par la gravité de l'état de santé de l'intéressé afin d'assurer sa propre protection ou la protection d'autrui ». Un arrêt ultérieur de la Cour a posé une formulation plus restrictive encore¹⁷³⁰.

immédiats assortis soit d'une surveillance médicale constante justifiant une hospitalisation complète » et la condition législative du droit dérogatoire de « péril imminent pour la santé de la personne ».

¹⁷²⁷ CEDH, gde ch., 17 janv. 2012, *Stanev c. Bulgarie*, req. n° 36760/06 : *Rec. CEDH*, 2012 ; *RDSS*, 2012, p. 863, note K. LUCAS ; *JDI*, 2013, chron. n° 8, obs. X. AUREY : la privation de liberté de l'aliéné doit « être dûment justifiée par la gravité de l'état de santé de l'intéressé afin d'assurer sa propre protection ou la protection d'autrui ».

¹⁷²⁸ Un tel cas de privation de liberté est prévu en droit français par l'internement à la demande d'un tiers. L'article 8 de la loi n° 7443 du 30 juin 1838 sur les aliénés [*Rec. Duvergier*, p. 490] qualifiait d'ailleurs l'internement de « placement volontaire » comme s'il ne constituait pas de véritable de privation de liberté, alors que la loi évoquait bien l'enfermement. Elle était permise à la demande d'un tiers et à l'appui d'un certificat médical, sans que la loi ne définisse des conditions de fond particulières, faisant simplement référence à « un certificat de médecin constatant l'état mental de la personne à placer, et indiquant les particularités de sa maladie et la nécessité de faire traiter la personne désignée dans un établissement d'aliénés, et de l'y tenir renfermée ». La réforme de la loi de 1990 fixait un critère de fond [« son état impose des soins immédiats assortis d'une surveillance constante en milieu hospitalier »] ainsi que l'exigence de deux certificats médicaux [loi n° 90-527 du 27 juin 1990 relative aux droits et à la protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux et à leurs conditions d'hospitalisation : *J. O.*, 30 juin 1990 ; *AJDA*, 1990, comm. M. DEBÈNE, p. 871 ; *D.*, 1991, chron. n° 7, comm. G. NICOLAU ; *ibid.*, comm. M.-P. CHAMPENOIS-MARMIER et J. SANSOT ; *JCP*, 1991, I, n° 3463, comm. J.-M. AUBY ; *RTD civ.*, 1990, p. 704, obs. A. COEURET]. Les commentateurs notaient l'opposition de la pratique médicale à cette modification. La réforme de 2011 reprenait le critère posé en 1990 [« l'état mental impose des soins immédiats assortis [...] d'une surveillance médicale constante justifiant une hospitalisation complète »] et maintenait le double certificat médical remis en cause lors des travaux parlementaires, la pratique trouvant la condition redondante [v. le commentaire de la loi par C. CASTAING ; *AJDA*, 2011, p. 2055]. Outre le critère médical, la mise à l'écart depuis toujours de l'autorité de police confirme le caractère sanitaire de la mesure indépendamment de toute atteinte à l'ordre public.

¹⁷²⁹ *Stanev*, gde ch. : *préc.*

¹⁷³⁰ CEDH, sect. II, 2 oct. 2012, *Pleso c. Hongrie*, req. n° 41242/08, en angl. : la Cour notait en l'espèce que la privation de liberté, justifiée par la protection de l'aliéné, qui refusait tout traitement, ne reposait ni sur un danger imminent pour sa propre vie, ni même son intégrité physique [§ 65 : « the applicant in no way represented imminent danger to others or to his own life or limb, and only the medically predicted deterioration of his own health was at stake »]. La Cour renvoyait dans cette affaire à l'autonomie personnelle [« self-determination » ; *ibid.*, § 66] pour rappeler le droit des personnes de refuser une hospitalisation ou un traitement, évoquant le droit d'être malade [« right to be ill » ; *ibid.*]

409. Le droit français de l'internement sanitaire se rapproche du péril vital, tout en laissant une certaine souplesse qu'il conviendrait sûrement de délimiter plus fermement¹⁷³¹. En réalité, malgré la fermeté des principes posés¹⁷³², la Cour européenne elle-même se montre souple, en rappelant que la protection de l'aliéné, même en dehors du péril vital et sans mise en péril de l'ordre public, peut participer à l'appréciation du critère de la gravité des troubles mentaux justifiant la privation de liberté¹⁷³³, ce qu'elle a réalisé dans une affaire au moins¹⁷³⁴.

410. En admettant que seul le péril vital de la personne au discernement limité justifie la privation de liberté, celle-ci constitue en réalité l'expression maximale de l'obligation positive de l'État de protéger la vie, sur le fondement de l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'Homme¹⁷³⁵, admissible seulement parce que l'atteinte du discernement neutralise l'autonomie personnelle. Un des éléments impérieux de l'ordre public réside dans la sécurité des personnes¹⁷³⁶, au point que la notion de l'ordre public, en la matière, peut recevoir un champ d'application maximal et inclure autant la sécurité d'autrui que la sécurité de la personne dangereuse pour elle-même, lorsqu'elle est incapable de discernement. Si bien qu'à condition de concerner uniquement le péril vital de l'aliéné, la

¹⁷³¹ En visant la « *surveillance constante* », le législateur a entendu permettre cette internement sanitaire pour les cas d'aliénation les plus graves, qui, par définition, génèrent un péril grave pour la personne privée de liberté. La procédure d'urgence prévue par l'article L. 3212-3 du même Code vise cependant, plus restrictivement encore, le « *péril imminent pour la santé du malade* », montrant qu'une certaine souplesse est permise par le critère de droit commun. Le Conseil d'État a rappelé que le péril imminent s'appréciait distinctement du trouble à l'ordre public proprement dit, relevant de l'hospitalisation d'office [CE, 13 mars 2013, *Segura c. CH Charles Perrens*, n° 348165 : *inédit*].

¹⁷³² Confronté au cas de l'internement sanitaire pour un aliéné, dont le comportement faisait peser une menace importante sur sa vie, la Cour n'avait pas posé de formulation stricte [*H. L. c. Royaume-Uni : préc.*].

¹⁷³³ *Mihailovs : préc.* ; § 145 : « *the Court has already noted that in certain circumstances the welfare of a person with mental disorders might be a further factor to take into account, in addition to medical evidence, in assessing whether it is necessary to place the person in an institution* ».

¹⁷³⁴ CEDH, sect. II, 14 févr. 2012, *D. D. c. Lituanie*, req. n° 13469/06, en angl. ; § 154 et s. En l'espèce, le dénuement de l'aliéné était employé pour caractériser l'ampleur suffisante des troubles mentaux, à côté de ses antécédents anciens et graves et de l'impossibilité pour l'État de procéder à des mesures moins sévères. L'arrêt dégageait donc la possibilité de priver de liberté l'aliéné en dernier recours, pour le protéger contre lui-même, en dehors du péril vital, sans exiger que l'État de se dote d'un système efficace d'accompagnement social permettant de se passer de la détention. La jurisprudence de la Cour qui restreint sa définition de la privation de liberté, concernant le placement de la personne dépourvue de son entier discernement en établissement médico-social, relativise plus largement encore la délimitation stricte de la privation de liberté de l'aliéné [*v. infra*, n° 421 et s.].

¹⁷³⁵ CEDH, sect. III, 3 avr. 2001, *Keenan c. Royaume-Uni*, req. n° 27229/95 : *Rec. CEDH*, 2001-III ; *AJDA*, 2001, p. 1060, chron. J.-F. FLAUSS. – CEDH, sect. V, 19 juil. 2012, *Ketreb c. France*, req. n° 38447/09 : *AJP*, 2012, p. 609, obs. J.-P. CÉRÉ. L'obligation positive de l'État a des conséquences importantes en matière pénitentiaire [*v. M. AFROUKH*, « *L'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme dans la jurisprudence administrative* » ; *RFDA*, 2012, p. 1153, ou encore L. DE GRAÈVE, « *Le droit à la vie et l'administration pénitentiaire : soumission du monde carcéral aux exigences du principe de prévention* » ; *RFDA*, 2009, p. 947].

¹⁷³⁶ *V.* pour l'établissement de la nécessité de la privation de liberté, en raison de sa participation à la protection de l'ordre public, notamment de la sécurité des personnes, *supra*, n° 354 et s.

privation de liberté de la personne dangereuse pour elle-même rejoint finalement la concurrence, plutôt que de concerner strictement la protection de la personne détenue.

411. **Les conséquences de la concurrence : le rejet de la détention relégation.** La consécration de la concurrence, au-delà de la délimitation abstraite opérée, impose logiquement que le contenu de la privation de liberté soit profitable, utile à la personne détenue, et vise en tout cas la résorption de la dangerosité, afin de favoriser la libération¹⁷³⁷ : la pure détention *relégation*, celle visant uniquement la neutralisation de la personne dangereuse, sans traitement visant à obtenir sa réadaptation, est exclue¹⁷³⁸. La concurrence permet aussi d'assurer un meilleur contrôle abstrait de la privation de liberté *sûreté* en étant la source de l'exigence d'adéquation juridique du placement en détention.

2) La concurrence : cause de l'adéquation juridique du placement en détention

412. **Le dépassement du contrôle limité de la nécessité abstraite de la détention sûreté.** Le contrôle classique de la nécessité abstraite s'applique à la détention *sûreté*, et celle-ci devrait être réservée aux menaces les plus graves pour l'ordre public¹⁷³⁹. Le Conseil constitutionnel n'a pour l'instant pas véritablement adopté de contrôle poussé¹⁷⁴⁰ : le législateur bénéficie d'une large marge d'appréciation, même pour la détention *sûreté*¹⁷⁴¹. Seuls les cas de détention *sûreté* exceptionnellement graves¹⁷⁴² font l'objet d'un véritable

¹⁷³⁷ V. *infra*, n° 476 et s.

¹⁷³⁸ Quant à la peine perpétuelle, si elle reste admise, sous réserve de permettre un réexamen au bout d'une certaine durée [v. *infra*, n° 786 et s.], ou bien la partie ultime de la peine sera requalifiée en peine de sûreté, et l'adéquation matérielle doit y être appliquée, ou bien celle-ci sera considérée comme poursuivant en entier la sanction de l'individu et non sa neutralisation au sens strict [v. *infra*, n° 770 et s.].

¹⁷³⁹ Ou au péril vital lorsque la détention *sûreté* est prise sur des fondements sanitaires uniquement.

¹⁷⁴⁰ Le Conseil a validé les critères de l'ancienne législation sur l'hospitalisation forcée de l'aliéné, sans pour autant préciser ses exigences [Cons. const., déc. n° 2011-135/140 QPC du 9 juin 2011, [*M. B. et autre*] : *J. O.*, 10 juin 2011, p. 9892 ; *Constitutions*, 2011, p. 400, obs. X. BIOY ; *RFDA*, 2012, p. 629, K. BLAY-GRABARCZYK]. La loi prévoyait l'internement d'office pour « *des personnes dont les troubles mentaux nécessitent des soins et compromettent la sûreté des personnes ou portent atteinte, de façon grave, à l'ordre public* », critère repris dans la réforme. Il a aussi validé la législation du dégrèvement, qui vise toute « *personne trouvée en état d'ivresse dans les lieux publics* » [art. L. 3341-1 CSP], sans s'intéresser à sa délimitation [déc. n° 2012-253 QPC du 8 juin 2012 : *préc.*]. Le Conseil constitutionnel a enfin validé les critères de l'internement à la demande d'un tiers de manière lapidaire sans démonstration [déc. n° 2010-71 QPC du 26 nov. 2010 : *préc.*].

¹⁷⁴¹ V. pour la marge d'appréciation du législateur pour la détention *sanction*, *supra*, n° 365 et s. et pour la marge d'appréciation du législateur pour la détention *moyen*, *supra*, n° 395.

¹⁷⁴² Ceux-ci se caractérisent par un régime dérogatoire établissant des conditions plus restrictives à la libération, par comparaison au droit commun, et le droit français en a connu pour l'aliéné exceptionnellement dangereux. De tels mécanismes sont justifiés pour le Conseil constitutionnel « *en raison de la spécificité de la situation des personnes ayant commis des infractions pénales en état de trouble mental ou qui présentent, au cours de leur hospitalisation, une particulière dangerosité* » [Cons. const., déc. n° 2012-235 QPC du 20 avr. 2012, [*Association cercle de réflexion et de proposition d'actions sur la psychiatrie*] : *J. O.*, 21 avr. 2012, p. 7194 ;

contrôle de leur nécessité abstraite¹⁷⁴³ : le Conseil constitutionnel a censuré, en partie, les conditions de placement dans les régimes dérogatoires de l'internement des aliénés exceptionnellement dangereux¹⁷⁴⁴, critiquant son application à l'aliéné placé en Unité pour malades difficiles, cas insuffisamment délimité au regard des conditions de fond et de forme de placement dans l'institution spécialisée¹⁷⁴⁵, et critiquant son application à l'auteur matériel d'une infraction irresponsable pénalement, sur transmission judiciaire, insuffisamment délimitée selon « *la gravité et la nature de l'infraction commise en état de trouble mental* »¹⁷⁴⁶.

413. En matière d'internement de l'aliéné, la Cour européenne a établi sa propre trilogie qui se rapproche des composantes constitutionnelles de l'interdiction de toute rigueur non nécessaire¹⁷⁴⁷ dans une dimension plus concrète¹⁷⁴⁸ et s'étend sans doute à tous les cas de privation de liberté de l'article 5 § 1^{er}-e), par analogie : le recours à l'internement forcé nécessite d'« *avoir établi [l'] aliénation* » de manière probante » au moyen d'une expertise

RFDA, 2012, p. 629, note K. BLAY-GRABARCZYK ; *Dr. adm.*, 2012, comm. n° 61, note C. CASTAING ; consid. n° 25]. Les restrictions pour la sortie s'expriment d'abord par l'obligation pour le juge judiciaire de recourir à des expertises ou des avis médicaux lorsqu'il envisage de libérer [art. 3211-12 et 3211-12-1 du CSP]. Elles s'expriment aussi par l'exigence d'une preuve médicale renforcée, par rapport au droit commun, pour contraindre le préfet à lever l'internement [art. L. 3213-8 CSP]. Ce régime dérogatoire concernait l'aliéné faisant l'objet d'un jugement ou d'un arrêt d'irresponsabilité pénale, dont le placement en internement d'office résulte directement d'une décision judiciaire [art. 706-135 CPP], l'aliéné placé en Unité pour malades difficiles [art. L. 3222-3 CSP], ou l'aliéné dont l'internement d'office a été décidé après signalement par l'autorité judiciaire, à la suite d'un classement sans suite, d'une décision d'irresponsabilité pénale ou d'un jugement ou arrêt de déclaration d'irresponsabilité pénale [art. L. 3213-7 CSP].

¹⁷⁴³ Inversement, la sévérité des conditions de levée de la mesure, qui méritait un examen approfondi de leur pertinence au regard du principe de la proportionnalité abstraite de la privation de liberté, n'a pas été étudiée par le Conseil constitutionnel lors de sa censure des conditions de placement dans le régime dérogatoire [déc. n° 2012-235 QPC du 20 avr. 2012 : *préc.*].

¹⁷⁴⁴ Déc. n° 2012-235 QPC du 20 avr. 2012 : *préc.* ; consid. n° 26 et s. La décision est remarquable dès lors qu'elle fait finalement d'un régime de détention dérogatoire au droit commun, un régime privatif de liberté en lui-même soumis au même contrôle constitutionnel que la privation de liberté de droit commun, dont elle n'est plus une simple modalité d'exercice que le pouvoir réglementaire peut organiser.

¹⁷⁴⁵ Le placement était possible pour l'aliéné qui présentait « *pour autrui un danger tel que les soins, la surveillance et les mesures de sûreté nécessaires ne peuvent être mis en œuvre que dans une unité spécifique* ».

¹⁷⁴⁶ En réaction à cette censure, le législateur a restreint l'étendue du régime dérogatoire de l'aliéné exceptionnellement dangereux : son application à l'internement d'office sur transmission judiciaire ne concerne plus que les « *faits punis d'au moins cinq ans d'emprisonnement en cas d'atteinte aux personnes ou d'au moins dix ans d'emprisonnement en cas d'atteinte aux biens* », et le législateur a supprimé le statut légal de l'Unité pour malades difficiles [art. L. 3211-12 II° CPP tel qu'issu de la loi n° 2013-869 du 27 sept. 2013 modifiant certaines dispositions issues de la loi n° 2011-803 du 5 juil. 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge : *J. O.*, 29 sept. 2013, p. 16230 ; *Procédures*, 2013, comm. n° 320 ; obs. J. BUISSON ; *JCP*, 2013, n° 1065, note M. PRIMEVERT ; *Dr. famille*, 2013, comm. n° 156, obs. I. MARIA].

¹⁷⁴⁷ *Winterwerp* : *préc.* Le contrôle opéré par la Cour était particulièrement faible, puisqu'un premier internement en urgence était admis sur décision du maire pendant six semaines, seul le placement judiciaire ultérieur se fondant sur un premier avis médical.

¹⁷⁴⁸ V. *supra*, n° 357.

médicale objective¹⁷⁴⁹, « *le trouble doit revêtir un caractère ou une ampleur légitimant l'internement* »¹⁷⁵⁰, et l'internement « *ne peut se prolonger valablement sans la persistance de pareil trouble* »¹⁷⁵¹. La Cour laisse cependant une large marge d'appréciation aux autorités concernant l'appréciation de l'ampleur du trouble, notion qui se rapproche de l'appréciation concrète du bien-fondé du placement¹⁷⁵², même si son contrôle est plus sévère pour l'internement sanitaire¹⁷⁵³, par comparaison au même contrôle réalisé sur l'internement destiné à protéger l'ordre public¹⁷⁵⁴, contrôle plus faible encore en cas d'urgence, dans ce dernier cas¹⁷⁵⁵. L'adéquation juridique permet de dépasser ce contrôle de droit commun de la nécessité abstraite du placement en privation de liberté, limité souvent à l'erreur manifeste d'appréciation, en imposant au législateur d'encadrer le placement en privation de liberté par des garanties suffisantes pour écarter l'arbitraire¹⁷⁵⁶, notamment au regard du bien juridique particulier de la détention *sûreté*, celui de la protection de la personne privée de liberté¹⁷⁵⁷.

414. **L'adéquation juridique de la privation de liberté.** Le Conseil constitutionnel a consacré la notion d'adéquation de manière générale dans le domaine des atteintes aux libertés fondamentales¹⁷⁵⁸ et l'a étendu spécialement à la liberté individuelle, au

¹⁷⁴⁹ Cette exigence renvoie directement à l'adéquation juridique : elle impose au législateur d'adopter des règles de forme permettant d'amener une preuve suffisante de la dangerosité. Appliquée aux autres cas de privation de liberté de l'article 5 § 1^{er}-e), la notion pourrait imposer un avis médical pour la détention du toxicomane, de l'alcoolique, ou encore du malade contagieux. La Cour a opéré l'ébauche du contrôle de l'existence de preuve médicale objective concernant la détention de l'alcoolique [CEDH, sect. I, 3 févr. 2011, *Kharin c. Russie*, req. n° 37345/03, en angl. ; § 38 : « *objective medical evidence* »], utilisant un vocable similaire à celui utilisé pour l'expertise de l'aliéné. Appliquée au vagabond, elle pourrait imposer un avis de l'autorité sociale.

¹⁷⁵⁰ Cet élément renvoie directement à la nécessité : la Cour se reconnaît ainsi compétente pour apprécier la nécessité concrète de l'internement au regard de la gravité des troubles mentaux.

¹⁷⁵¹ Cet élément renvoie directement à la proportionnalité de l'internement forcé : comme la nécessité, la Cour se reconnaît ainsi compétente pour apprécier la proportionnalité concrète de la privation de liberté.

¹⁷⁵² La Cour reconnaît « *un certain pouvoir discrétionnaire* » [*Winterwerp* : préc. : § 40] ou « *une grande latitude* » [*X. c. Royaume-Uni* : préc. ; § 41] aux autorités nationales pour apprécier le bien-fondé de l'internement forcé. Par exemple, dans l'arrêt *Herz* [préc.], la Cour renvoyait aux autorités nationales le pouvoir d'appréciation du bien-fondé de la privation de liberté en cas d'expertises discordantes, sans interférer.

¹⁷⁵³ Par ex., v. *Pleso* : préc.

¹⁷⁵⁴ V. par ex. *Hutchison Reid* : préc. ; § 53. La Cour indiquait que « *les éléments médicaux indiquent tous que celui-ci souffrait d'un trouble mental de type psychopathique qui se manifestait par un comportement anormalement agressif* » et qu'« *il existait un risque élevé que l'intéressé, s'il était libéré, commît de nouvelles infractions, probablement à caractère sexuel* » pour « *considérer que la décision de le maintenir en détention était légitime au regard de l'article 5 § 1^{er}-e)* ».

¹⁷⁵⁵ CEDH, sect. II, 28 oct. 2003, *Rakevich c. Russie*, req. n° 58973/00, en angl. : la désorientation de l'aliéné et son agitation émotionnelle provoquées par une nuit entière à étudier la bible justifient l'internement en urgence. – CEDH, sect. I, 11 déc. 2008, *Shulepova c. Russie*, req. n° 34449/03, en angl. : l'attitude agressive de l'aliéné notamment du fait des menaces proférées contre ses voisins justifie l'internement.

¹⁷⁵⁶ Cet élément, à raccrocher à la légalité matérielle, se trouve en pointe dans ce domaine [v. *supra*, n° 161 et s.].

¹⁷⁵⁷ V. *supra*, n° 398.

¹⁷⁵⁸ Cette notion est apparue d'abord à propos d'une loi électorale en 1990, le Conseil constitutionnel s'assurant que « *les modalités retenues par la loi ne sont pas manifestement inappropriées à ces objectifs* » [Cons. const., déc. n° 90-280 DC du 6 déc. 1990 relative à la loi organisant la concomitance des renouvellements des conseils généraux et des conseils régionaux : *J. O.*, 8 déc. 1990, p. 15086 ; consid. n° 13]. Il s'agissait de « *l'apparition*

sein de la trilogie de l'interdiction de la rigueur non nécessaire, sur le fondement de l'article 66 de la Constitution¹⁷⁵⁹, dans un glissement sémantique annonçant l'enrichissement probable de la matière¹⁷⁶⁰ : le Conseil constitutionnel y abandonne toute mention à un contrôle restreint, qu'elle vise dans d'autres matières¹⁷⁶¹. Le contrôle de l'adéquation permet de confronter l'ensemble de la norme privative de liberté à son objectif législatif, sa *ratio legis*, pour vérifier non seulement que l'étendue de la privation de liberté ne déborde pas au-delà, en usant de la dimension juridique de la notion, mais aussi pour vérifier que le régime d'exécution adopté est bien efficace à assurer cet objectif, en usant de sa dimension matérielle¹⁷⁶². Dès lors que la concurrence bénéficie d'une reconnaissance supra-légale¹⁷⁶³, le sens de la détention de *sûreté* est fixé par des principes supra-légaux, et le contrôle de l'adéquation juridique se réfère à ce sens, sans besoin de rechercher la volonté du législateur, celle-ci se trouvant neutralisée. Pour la détention *sûreté* de l'aliéné, l'adéquation juridique comporte le plus d'utilité, notamment pour vérifier que le législateur a suffisamment encadré l'établissement de l'état de dangerosité au stade du placement, mais aussi l'établissement du maintien de la dangerosité au stade de la prolongation.

pour la première fois dans la jurisprudence du Conseil d'un contrôle de l'aptitude d'une loi à réaliser les objectifs que le législateur s'est librement fixé lors de la mise en œuvre d'un droit constitutionnel ». L'adéquation apparaît comme « un succédané objectif du contrôle du détournement de pouvoir » ou comme l'« inaptitude grossière [de la loi] à réaliser l'objectif affiché serait en quelque sorte l'indice objectif qui permettrait de sanctionner, non seulement les erreurs involontaires du législateur, mais surtout ses "erreurs" volontaires » [V. GOESEL-LEBIHAN, « Réflexion iconoclaste sur le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel » ; *RFD const.*, 1997, p. 227].

¹⁷⁵⁹ Cons. const., déc. n° 2008-562 DC du 21 févr. 2008 portant sur la loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental : *J. O.*, 26 févr. 2008, p. 3272 ; *RSC*, 2008, p. 731, comm. CH. LAZERGES ; *D.*, 2008, p. 1359, comm. Y. MAYAUD ; *JCP*, 2008, actu., n° 166, obs. B. MATHIEU ; *JCP*, 2008, II, n° 10077, comm. J.-PH. FELDMAN : les atteintes à la liberté individuelle « doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées à l'objectif [...] poursuivi [par le législateur] ». Le Conseil constitutionnel consacrait dans la décision précitée une partie de son raisonnement intitulée « quant à l'adéquation ».

¹⁷⁶⁰ Le Conseil constitutionnel se référait d'abord à l'« adaptation », puis à l'« adéquation » dans la décision, la dernière notion étant prise comme un élément de l'adaptation. Une fois la trilogie énoncée, « nécessité », « proportionnalité » et « adaptation », le Conseil constitutionnel reprenait dans des paragraphes isolés et titrés les études de la nécessité [consid. n° 17] et de la proportionnalité [consid. n° 22], si bien qu'en visant ultérieurement l'adéquation [consid. n° 14], il rattachait la notion à l'adaptation. Le Conseil constitutionnel se réservait la possibilité de consacrer dans l'adaptation d'autres composantes, sûrement celles liées à la personnalisation de la privation de liberté du détenu ou à la capacité à la détention [v. *supra*, n° 361]. Le maintien par le Conseil constitutionnel de l'utilisation de la terminologie d'adaptation, plutôt que celle plus précise d'adéquation, confirme que le glissement sémantique ne constitue pas une maladresse [v. par ex. Cons. const., déc. n° 2011-174 QPC du 6 oct. 2011, [Mme P.] : *J. O.*, 8 oct. 2011, p. 17017 ; *Dr. admin.*, 2011, comm. n° 99, comm. C. LANTERO ; *JCP A*, 2012, n° 2040, comm. É. PÉCHILLON ; consid. n° 10].

¹⁷⁶¹ Voir R. FRAISSE, « Le Conseil constitutionnel exerce un contrôle conditionné, diversifié et modulé de la proportionnalité » ; *LPA*, 5 mars 2009, p. 74.

¹⁷⁶² Pour la dimension matérielle de l'adéquation, v. *infra*, n° 476 et s.

¹⁷⁶³ V. *supra*, n° 397.

415. La Cour européenne des droits de l'Homme, en recherchant si l'autorité de placement « *avait à sa disposition des éléments suffisants pour justifier l'internement provisoire du requérant* »¹⁷⁶⁴, au regard de l'existence de la preuve médicale¹⁷⁶⁵ et du contrôle de l'existence d'une procédure de placement dénuée d'arbitraire¹⁷⁶⁶, tend à imposer un modèle abstrait spécifique à l'internement de l'aliéné¹⁷⁶⁷, en adéquation avec les objectifs de celui-ci définis par la concurrence, la protection de l'ordre public et la protection de l'aliéné.

416. **La nécessité supra-légale d'un avis médical pour priver de liberté : la lutte contre l'arbitraire de l'autorité de placement.** L'apport principal de l'adéquation juridique réside dans la place laissée à l'autorité médicale dans la détention *sûreté* de l'aliéné, dès le placement, décidé par l'autorité de police ou par une autorité juridictionnelle, nécessaire à l'obtention de la preuve de la dangerosité, elle-même délimitée par la concurrence. La Cour européenne des droits de l'Homme a imposé, comme condition à l'internement de l'aliéné, l'obtention d'une expertise médicale démontrant l'existence des troubles mentaux d'une ampleur rendant nécessaire la privation de liberté : l'expertise doit être préalable¹⁷⁶⁸, actuelle¹⁷⁶⁹, indépendante et impartiale, y compris de l'établissement de soins dans lequel l'internement a lieu¹⁷⁷⁰, de qualité¹⁷⁷¹ et réalisée par un spécialiste¹⁷⁷². Seule

¹⁷⁶⁴ CEDH, sect. III, 12 juin 2003, *Herz c. Allemagne*, req. n° 44672/98 ; § 51.

¹⁷⁶⁵ L'absence d'établissement par l'expert médical de la dangerosité suffit en général pour caractériser une violation de la Convention, dès le placement [CEDH, sect. V, 26 mai 2011, *Tupa c. République Tchèque*, req. n° 39822/07 ; § 45 et s., ou CEDH, sect. III, 20 avr. 2010, *C. B. c. Roumanie*, req. n° 21207/03, ou CEDH, sect. II, 3 oct. 2006, *Gajcsi c. Hongrie*, req. n° 34503/03, en angl. ; § 21] comme au cours du maintien [CEDH, sect. V, 22 oct. 2009, *Trajce Stojanovski c. « L'Ex-République Yougoslave de Macédoine »*, req. n° 1431/03, ou CEDH, ch., 27 sept. 1990, *Wassink c. Pays-Bas*, req. n° 12535/86 : *Rec. CEDH*, série A, n° 185-A].

¹⁷⁶⁶ V. *infra*, note n° 591.

¹⁷⁶⁷ L'aboutissement de cette jurisprudence pourrait aboutir à consacrer la compétence juridictionnelle préalable pour placer en internement, sauf le cas de l'urgence.

¹⁷⁶⁸ CEDH, sect. IV, 5 oct. 2000, *Varbanov c. Bulgarie*, req. n° 31365/96. – CEDH, 14 déc. 2006, *Filip c. Roumanie*, req. n° 41124/02. La Cour sanctionne l'internement réalisé « *sans qu'un médecin eût été consulté au préalable et donc l'aliénation du requérant n'avait pas été établie de manière probante* ». – CEDH, sect. V, 28 sept. 2006, *Kayadjieva c. Bulgarie*, req. n° 56272/00.

¹⁷⁶⁹ L'expertise ne saurait se référer qu'à des éléments anciens [*Varbanov* : *préc.* ; § 47]. De même, le placement en internement ne saurait se fonder exclusivement sur des éléments médicaux établis un an auparavant [CEDH, sect. IV, 17 janv. 2012, *Biziuk c. Pologne (n° 2)*, req. n° 24580/06].

¹⁷⁷⁰ L'indépendance implique notamment que l'expertise médicale émane d'un médecin extérieur à l'établissement de soins et que les expertises psychiatriques suivantes, destinées à apprécier la proportionnalité du maintien en internement, impliquent d'autres experts que celui qui prodigue le traitement [CEDH, sect. III, 19 juil. 2011, *L. M. c. Lettonie*, req. n° 26000/02, en angl.]. Dans une autre affaire, concernant cette fois l'examen médical permettant le maintien en détention, la Cour fondait même sa condamnation principalement sur l'absence de possibilité d'obtenir un examen médical d'un expert n'exerçant pas dans l'établissement de l'internement [CEDH, sect. IV, 3 juil. 2012, *X c. Finlande*, req. n° 34806/04 : *Rec. CEDH*, 2012 : *JCP*, 2013, doctr. n° 64, chron. F. SUDRE ; § 169]. En droit français, l'hospitalisation à la demande d'un tiers de droit commun impose un certificat médical provenant d'un médecin étranger à l'établissement de soins [art. L. 3212-1 CSP]. Si la loi prévoit que le second certificat peut résulter d'un expert de l'établissement, celui-ci doit être postérieur au certificat de l'expert tiers. Quant au cas du péril imminent, qui permet de se passer de la demande d'un tiers, il nécessite aussi un certificat médical d'un expert indépendant, s'ajoutant aux deux autres expertises

l'urgence permet de se dispenser de l'avis médical préalable, mais celui-ci doit avoir lieu « *immédiatement* » après l'arrestation¹⁷⁷³. L'expertise suppose un examen personnel de l'aliéné par l'autorité médicale¹⁷⁷⁴, et son refus de participer à l'expertise, sauf urgence, impose au moins un examen sur dossier avant de priver de liberté¹⁷⁷⁵. Ces mêmes conditions quant à l'avis médical dépassent la procédure de placement et concernent toute la durée de l'internement, notamment pour justifier du maintien en privation de liberté¹⁷⁷⁶.

du droit commun [art. L. 3212-1 2° CSP]. En revanche, « *en cas d'urgence, lorsqu'il existe un risque grave d'atteinte à l'intégrité du malade* », l'internement à la demande d'un tiers peut être prononcé en présence d'un seul avis médical, pouvant provenir d'un professionnel exerçant dans l'établissement, et si la loi précise la nécessité pour les avis ultérieurs de recourir à des experts différents, elle ne prévoit pas de recours à un expert tiers à l'établissement [art. L. 3212-3 CSP]. Ce dispositif pourrait être sanctionné, au regard de la jurisprudence naissante de l'indépendance de l'avis médical. L'indépendance apparaît en revanche assurée pour l'internement d'office, puisque le placement suppose en principe l'obtention d'un certificat provenant d'un médecin n'exerçant pas dans l'établissement de soins [art. L. 3213-1 CSP]. Quant à l'internement d'office en urgence, celui-ci ne peut se prolonger, au-delà de quarante-huit heures, que par une décision de l'autorité de police, prise « *selon les formes* » de l'internement de droit commun [art. L. 3213-2 CSP].

¹⁷⁷¹ L'État ne peut ainsi se fonder sur l'opinion d'un expert rédigée au cours de l'audience, pendant une pause de celle-ci, d'une durée de quarante minutes [*Pleso : préc.*].

¹⁷⁷² La Cour a reconnu l'insuffisance de l'avis médical d'un médecin généraliste, pour exiger, en l'absence d'antécédent, une expertise psychiatrique [*C. B. c. Roumanie : préc.* ; § 56].

¹⁷⁷³ CEDH, sect. III, 19 mai 2004, *R. L. et M.-J. D. c. France*, req. n° 44568/98 : RSC, 2005, p. 630, chron. F. MASSIAS ; § 117. En l'espèce, le requérant avait été arrêté vers 23 h et le véritable examen médical, pris en compte par la Cour, avait eu lieu à 4 h 15, alors qu'un premier examen médical antérieur avait conclu à l'impossibilité de se prononcer à cause de l'agitation du malade. L'examen réalisé à 4 h 15 semblait suffisamment rapide. La violation de la Convention était due en l'espèce à la poursuite de l'internement après l'examen de 4 h 15, alors que celui-ci n'avait pas retenu d'élément en faveur du maintien en privation de liberté. Cette jurisprudence venait restreindre la large marge d'appréciation que la Cour accordait aux États en cas d'urgence [v pour comparaison CEDH, ch., 5 nov. 1981, *X. c. Royaume-Uni*, req. n° 7215/75 : *Rec. CEDH*, série A, n° 46].

¹⁷⁷⁴ CEDH, sect. III, 11 oct. 2011, *Gorobet c. Moldavie*, req. n° 30951/10, en angl.

¹⁷⁷⁵ *Varbanov : préc.* Un tel refus pourrait cependant permettre la privation de liberté pour exécution d'une obligation fixée par l'ordonnance d'un tribunal, à condition de respecter l'ensemble du régime de l'article 5 § 1^{er}-b).

¹⁷⁷⁶ V. pour l'application des conditions durant le maintien en internement, *M. c. Ukraine : préc.*

417. Le droit français respecte l'exigence d'un avis médical préalable au placement en internement, y compris lorsque le juge judiciaire le prononce directement¹⁷⁷⁷. Il connaissait en revanche d'un cas d'internement en urgence, qui était autorisé, notamment lorsque la dangerosité était attestée par « *la notoriété publique* »¹⁷⁷⁸, sans avis médical immédiat. Le Conseil constitutionnel a censuré la disposition, en raison de son défaut

¹⁷⁷⁷ L'article 18 de la loi n° 7443 du 30 juin 1838 sur les aliénés [*préc.*] n'imposait pas au préfet de recourir à une expertise médicale, avant de placer l'aliéné en hospitalisation d'office. En revanche, le placement à la demande d'un tiers était soumis à l'obtention d'« *un certificat de médecin constatant l'état mental de la personne à placer* » [art. 8 de la même loi]. La réforme de l'internement des aliénés en 1990 a remédié à cette insuffisance, et dorénavant, l'hospitalisation d'office est prononcée « *au vu d'un certificat médical circonstancié* » [art. L. 3213-1 CSP]. Quant à l'internement à la demande d'un tiers, il n'est désormais possible qu'avec la fourniture de « *deux certificats médicaux datant de moins de quinze jours et circonstanciés* » [art. L. 3212-1 CSP]. En cas de « *péril imminent* », l'article L. 3212-3 du même Code prévoit seulement l'exigence « *d'un seul certificat médical* ». Le droit français connaît désormais un autre cas d'hospitalisation d'office à l'occasion d'une déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental [v. la loi n° 2008-174 du 25 févr. 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental : *J. O.*, 26 févr. 2008, p. 3266 ; *D.*, 2008, chron., p. 1000, comm. J. PRADEL ; *ibid.*, p. 873, obs. E. ALLAIN ; *AJP*, 2008, p. 161, comm. M. HERZOG-EVANS ; *ibid.*, p. 223, obs. É. SENNA ; *RSC*, 2008, p. 392, comm. PH. BONFILS ; *ibid.*, p. 873, comm. S. DETRAZ ; *AJDA*, 2008, p. 714, obs. P. JAN ; *AJP*, 2008, p. 176, comm. J.-L. SENON et C. MANZANERA ; *Gaz. Pal.*, 4 avr. 2009, comm. S. DE BENALCAZAR (spéc. sur le pan de l'irresponsabilité pénale) ; *ibid.*, 4 mars 2008, p. 2, comm. B. LAVIELLE ; *ibid.*, p. 10, comm. J. DANET ; *ibid.*, 7 juin 2008, p. 20, comm. G. CASILE-HUGUES ; *Procédures*, 2008, ét. n° 4, comm. J. BUISSON (spéc. sur le pan de l'irresponsabilité pénale) ; *Dr. pénal*, 2008, ét. n° 5, comm. H. MATSOPOULOU]. L'article 706-135 du Code de procédure pénale autorise la juridiction de jugement ou la chambre de l'instruction, qui s'est prononcée sur l'irresponsabilité pénale, de décider de l'hospitalisation d'office, à condition qu'il soit établi « *par une expertise psychiatrique figurant au dossier de la procédure que les troubles mentaux de l'intéressé nécessitent des soins et compromettent la sûreté des personnes ou portent atteinte, de façon grave, à l'ordre public* » [art. 706-135 CPP]. La loi sur le traitement des alcooliques dangereux autorisait leur privation de liberté, décidée par le juge civil, « *sur requête d'une commission médicale* » [art. 4 de la loi n° 54-439 du 15 avr. 1954 sur le traitement des alcooliques dangereux pour autrui : *J. O.*, 21 avr. 1954, p. 3827].

¹⁷⁷⁸ Visant l'aliéné « *dont le comportement révèle des troubles mentaux manifestes* », la preuve par « *notoriété publique* » permettait de prendre toute mesure nécessaire, dont la privation de liberté provisoire, pendant deux jours au maximum, sauf à ce que le représentant de l'État décide de recourir à l'internement forcé selon la procédure de droit commun. La décision de placement est prise par les maires ou, à Paris, par les commissaires de Police. À Paris, le régime d'urgence aboutit à la conduite de l'aliéné à l'infirmerie psychiatrique de la préfecture de Paris, structure unique en France et située à proximité de l'hôpital psychiatrique de Sainte-Anne, établissement critiqué pour sa nature sécuritaire, plus que médicale [S. THÉRON, « *Réflexions autour d'une institution singulière : l'infirmerie psychiatrique de la Préfecture de police de Paris* » ; *RDSS*, 2009, p. 1061]. Selon le rapport n° 04-023-01 des inspections générales de l'administration, de la police nationale et de la gendarmerie nationale de 2004 sur les problèmes de sécurité liés aux régimes d'hospitalisation sans consentement, 65 % des hospitalisations d'office sont précédées de mesures provisoires. Le même rapport rappelait aussi le recours fréquent à l'hospitalisation à la demande d'un tiers à la suite des mesures provisoires. Le rapport évoquait la difficulté pratique d'obtenir rapidement l'avis médical prévu par la loi, une fois la maîtrise de l'aliéné réalisée par les services d'urgence et que le transport de l'aliéné vers la structure médicale d'urgence pouvait fréquemment dépasser deux heures. Le rapport affirmait que l'internement provisoire fondé sur la « *notoriété publique* », pas complètement tombé en désuétude, n'était que très rarement utilisé. V. pour le contentieux, peu développé, de l'internement provisoire pris sur la seule foi de la notoriété publique, le commentaire de la loi du 5 juil. 2011 modifiant l'internement de l'aliéné par C. CASTAING ; *AJDA*, 2011, p. 2055].

d'adéquation, consacrant, même en urgence, l'exigence de l'intervention immédiate de l'autorité médicale pour maintenir la détention de l'aliéné¹⁷⁷⁹.

418. **L'insuffisance de l'avis médical pour priver de liberté : la lutte contre l'arbitraire médical.** Mais l'avis médical ne saurait fonder à lui-seul la privation de liberté, y compris le placement avant la première intervention du juge judiciaire¹⁷⁸⁰, sans générer un nouveau risque d'arbitraire et sans étendre le champ de la privation de liberté, prise pour la seule protection de la personne détenue¹⁷⁸¹. Pour l'internement sanitaire, la collaboration du tiers¹⁷⁸² et plus largement celle de la famille¹⁷⁸³, s'ajoutent à l'intervention de l'autorité médicale¹⁷⁸⁴, et le juge administratif a d'ailleurs justement défendu cette exigence¹⁷⁸⁵. Par exception, en cas de péril imminent, l'admission peut se passer de la demande d'un tiers, et seul l'avis médical préside¹⁷⁸⁶, jusqu'au contrôle judiciaire, tellement retardé désormais, que celui-ci intervient à bref délai plutôt qu'immédiatement¹⁷⁸⁷. Même si cette hypothèse reste limitée aux cas où l'état de santé est le plus gravement atteint, le droit français de l'internement reste marqué par la dominance du bien juridique de la protection de la personne détenue, au point de laisser place à l'arbitraire médical. Pourtant, le risque de détention

¹⁷⁷⁹ Déc. n° 2011-174 QPC du 6 oct. 2011 : *préc.* ; consid. n° 10 : « *les dispositions de cet article n'assurent pas qu'une telle mesure est réservée aux cas dans lesquels elle est adaptée, nécessaire et proportionnée à l'état du malade ainsi qu'à la sûreté des personnes ou la préservation de l'ordre public* ». Toutefois, le Conseil constitutionnel ne posait pas explicitement l'exigence d'une preuve médicale de la dangerosité, de la même manière qu'elle ne l'avait pas fait, préalablement, pour la rétention de sûreté [déc. n° 2008-562 DC du 21 févr. 2008 : *préc.*].

¹⁷⁸⁰ L'avis médical est par principe insuffisant pour interdire au juge de la privation de liberté de libérer [v. *infra*, n° 696 et s.].

¹⁷⁸¹ V. *supra*, n° 406 et s.

¹⁷⁸² Si l'admission est prononcée par le directeur de l'établissement, la loi ne semble pas vraiment lui laisser le pouvoir d'apprécier le bien-fondé de l'internement et sa compétence apparaît plutôt liée une fois la validité des pièces vérifiée.

¹⁷⁸³ Par principe, les membres de la famille peuvent obtenir sur simple demande la libération de l'aliéné [art. L. 3212-9 CSP].

¹⁷⁸⁴ Le risque est d'autant plus élevé pour l'internement à la demande d'un tiers qu'il peut être réalisé dans un établissement privé, ce qu'a validé le Conseil constitutionnel [déc. n° 2010-71 QPC du 26 nov. 2010 : *préc.* ; consid. n° 21].

¹⁷⁸⁵ CE, 3 déc. 2003, *CHS Caen c. Perche*, n° 244867 : *Rec. CE*. La largesse des critères légaux définissant les personnes pouvant formuler la demande de l'internement à la demande d'un tiers a permis le développement d'une pratique développée par les Directeurs des établissements hospitaliers qui réalisaient eux-mêmes la demande d'internement. La pratique revenait à abandonner la privation de liberté à la seule autorité médicale dès placement. La jurisprudence administrative mit fin justement à cette pratique en rappelant que le tiers, « *à défaut de pouvoir faire état d'un lien de parenté avec le malade, [doit être] en mesure de justifier de l'existence de relations antérieures à la demande lui donnant qualité pour agir dans l'intérêt de celui-ci* », jurisprudence désormais consacrée par la loi.

¹⁷⁸⁶ De la même manière, si l'opposition d'un tiers, qui présente la qualité pour formuler la demande d'internement, met fin en principe à la privation de liberté, l'existence d'un « *péril imminent* » en cas d'arrêt des soins, constaté médicalement, permet de maintenir l'internement sur des motifs uniquement médicaux, sans autre précaution [art. L. 3212-9 CSP].

¹⁷⁸⁷ Le Conseil constitutionnel admet que l'intervention judiciaire puisse être reportée à quinze jours [v. *infra*, n° 740 et s.]. La législation actuelle situe à douze jours l'intervention judiciaire [art. L. 3211-12-1 CSP].

arbitraire doit, dans ce cas au moins, provoquer l'intervention immédiate de l'autorité judiciaire.

419. **La découverte de l'internement provisoire pour observation.** La Cour européenne des droits de l'Homme a dernièrement largement relativisé sa jurisprudence sur son contrôle de l'adéquation juridique de l'internement de l'aliéné, en admettant que l'article 5 § 1^{er}-e) autorise l'internement provisoire de l'aliéné, prononcé par une juridiction, le temps d'instruire sur son état mental, dans une mesure d'observation¹⁷⁸⁸, permise, selon les termes utilisés par la Cour, en cas de « *véritables inquiétudes* »¹⁷⁸⁹. En l'espèce, l'internement provisoire avait duré trois semaines¹⁷⁹⁰. La Cour, conciliante déjà sur le motif autorisant le recours à la privation de liberté et sur sa durée, n'adoptait en plus pas d'analyse rétrospective pour apprécier la nécessité du recours à la privation de liberté¹⁷⁹¹ et se contentait d'une preuve assouplie de l'existence des « *véritables inquiétudes* »¹⁷⁹². L'acceptation d'une telle privation de liberté sur le fondement de l'article 5 § 1^{er}-e), plutôt que sur le fondement de l'article 5 § 1^{er}-b)¹⁷⁹³, finissait de caractériser la souplesse dégagée par la Cour, alors que l'usage du second fondement aurait imposé un examen plus strict de la nécessité concrète de la mesure, notamment par la démonstration de l'impossibilité d'exécuter l'obligation sans recourir à la contrainte, mais aussi de sa proportionnalité concrète, en appréciant plus fermement la durée¹⁷⁹⁴. Au moins, la conventionnalité de l'existence de cet internement provisoire semble liée à l'existence d'une décision juridictionnelle préalable¹⁷⁹⁵, montrant la valeur que la Cour

¹⁷⁸⁸ CEDH, sect. III, 18 sept. 2012, *S. R. c. Pays-Bas*, req. n° 13837/07, *déc.*, en angl.

¹⁷⁸⁹ *Ibid.*, § 34 : « *genuine concerns that the applicant's mental state was such as to justify at least her detention for a limited period so as to make sure* ».

¹⁷⁹⁰ Si la Cour insistait sur la courte durée de l'internement, de nombreux internements, pour des cas d'aliénation établie, durent moins longtemps en pratique, notamment pour l'internement sanitaire.

¹⁷⁹¹ Le requérant avait été libéré au bout de trois semaines, sans que la mesure provisoire ne révèle d'élément de nature à caractériser sa dangerosité. Par comparaison, la Cour s'est déjà appuyée sur la remise en liberté du suspect à un stade ultérieur de la procédure pour étayer le défaut de nécessité du placement en détention provisoire [CEDH, sect. I, 18 déc. 2008, *Nerratini c. Grèce*, req. n° 43529/07, en angl.].

¹⁷⁹² L'expertise médicale n'avait pas été jointe à la Cour européenne des droits de l'Homme, qui s'était appuyée sur la synthèse opérée par la juridiction nationale pour réaliser son contrôle. La Cour européenne des droits de l'Homme validait la décision nationale, qui s'appuyait sur des témoignages du voisinage, au-delà de l'avis médical, malgré des éléments contradictoires. La Cour européenne des droits de l'Homme notait également que le requérant n'avait pas apporté des éléments de preuve permettant de contester la sincérité des éléments retenus par la juridiction nationale.

¹⁷⁹³ La disposition autorise l'« *arrestation ou [la] détention régulières pour insoumission à une ordonnance rendue, conformément à la loi, par un tribunal ou en vue de garantir l'exécution d'une obligation prescrite par la loi* ».

¹⁷⁹⁴ V. *supra*, n° 375 et s.

¹⁷⁹⁵ Pour le cas d'un internement provisoire décidé par le magistrat du parquet, qui n'avait entraîné aucun contrôle juridictionnel de sa nécessité et n'avait duré que quatorze jours, ordonné pour évaluer précisément l'état mental de l'aliéné, qui présentait, pour reprendre le critère de l'arrêt *S. R.*, de « *véritables inquiétudes* » [des policiers et un médecin généraliste avaient décelé des signes évocateurs de schizophrénie], la Cour a conclu à la violation de la Convention, en raison du défaut de nécessité de la mesure [*C. B. c. Roumanie* : *prés.*].

européenne des droits de l'Homme accorde à l'internement de l'aliéné issu d'une décision juridictionnelle préalable, qui dégage au profit de l'État une marge d'appréciation maximale. Néanmoins, cette dernière décision rappelle l'existence d'une souplesse dans le contrôle de l'internement de l'aliéné, que partage le Conseil constitutionnel¹⁷⁹⁶, et qui s'inscrit dans un mouvement plus général facilitant le recours à la privation de liberté *sûreté*, justifié par le gain que peut en tirer la personne privée de liberté.

¹⁷⁹⁶ Celui-ci admet le recul de l'*Habeas corpus* à quinze jours pour l'internement de l'aliéné [v. *infra*, n° 740 et s.]. La législation actuelle le repousse à douze jours [v. l'art. 3211-12-1 CSP].

B) L'effet extensif de la concurrence : la tentation de faciliter le recours à la privation de liberté sûreté

420. **Le mirage du bénéfice de la détention sûreté.** Si le caractère afflictif de la privation de liberté justifie l'ensemble des droits dont bénéficie la personne détenue¹⁷⁹⁷, il serait tentant à l'inverse de faciliter le recours à la privation de liberté sûreté, du fait du bénéfice qu'elle peut apporter, celle-ci visant aussi à protéger ses intérêts¹⁷⁹⁸ et pas seulement l'ordre public. Une telle différenciation viendrait menacer l'établissement d'une théorie générale homogène et distinguer un ensemble de droits s'appliquant à la privation de liberté défavorable et un autre, moins protecteur, s'appliquant à la privation de liberté bénéfique ou favorable. Cependant, cette vision apparaît erronée, dès lors que la privation de liberté, par principe, emporte toujours une affliction suffisamment sévère, liée à la contrainte et au défaut de consentement, qui n'est pas atténuée par le résultat final, en plus incertain. Cette conception réduit forcément la capacité de l'individu à mener sa propre vie comme il l'entend, sans justification pour la protection de l'ordre public et est, par nature, attentatoire aux libertés. Elle est enfin commode, car elle évite de contraindre les États à développer les mesures alternatives en milieu ouvert. Certains aspects de la jurisprudence constitutionnelle sont marqués par cette vision, facilitant le recours de la privation de liberté sûreté, soit par un contrôle plus faible de sa délimitation abstraite¹⁷⁹⁹, ou même par l'assouplissement de la célérité de la première intervention judiciaire¹⁸⁰⁰. Cette conception se retrouve, plus développée encore, dans la jurisprudence européenne, qui se montre tolérante dans son contrôle de la régularité de la détention sûreté¹⁸⁰¹, ou qui interprète largement le cas de la privation de liberté de l'alcoolique¹⁸⁰².

¹⁷⁹⁷ V. *supra*, n° 1.

¹⁷⁹⁸ V. *supra*, n° 398.

¹⁷⁹⁹ V. pour le contrôle lapidaire des conditions législatives de l'internement à la demande d'un tiers, *infra*, note n° 1740. Cette considération a même servi à l'extension de la privation de liberté en dehors de la détention sûreté. Au milieu d'autres critères, concernant la validation de la garde à vue au-delà de quarante-huit heures pour le mineur de plus de seize ans, le Conseil constitutionnel se référait au but du législateur, « protéger les mineurs de tout risque de représailles susceptibles d'émaner des adultes impliqués », pour l'admettre [Cons. const., déc. n° 2004-492 DC du 2 mars 2004 relative à la loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité : *J. O.*, 10 mars 2004, p. 4637 ; *RSC*, 2005, p. 122, comm. V. BÜCK ; *D.*, 2004, p. 956, note M. DOBKINE ; *RSC*, 2004, p. 725, comm. CH. LAZERGES ; *JCP*, 2004, II, n° 10048, obs. J.-C. ZARKA ; consid. n° 38].

¹⁸⁰⁰ V. pour le recul de l'intervention judiciaire en matière d'internement des aliénés, spécifiquement fondée sur le but thérapeutique de la privation de liberté, *infra*, n° 740 et s.

¹⁸⁰¹ Ainsi, la Cour a validé la privation de liberté de deux semaines de l'aliéné, réalisée sans titre, entre l'extinction d'un premier titre arrivé au terme de sa période de validité et l'adoption d'un nouveau [Winterwerp : *préc.*]. Si la Cour refusait ultérieurement de couvrir une privation de liberté de près de deux mois entre deux titres valides, elle maintenait la possibilité de valider une telle privation de liberté factuelle transitoire par

421. **Le placement médico-social ou les problématiques de la détention sociale.** Même si la Cour européenne des droits de l'Homme retient une définition large de l'aliéné¹⁸⁰³, la concurrence¹⁸⁰⁴ exclut que la seule protection des intérêts civils, sociaux, ou même sanitaires de l'adulte, sauf à caractériser le péril vital, permette le recours à la privation de liberté¹⁸⁰⁵. Leur placement en foyer médico-social, à condition de le qualifier de privation de liberté en raison de l'intensité de la contrainte subie, revient en conséquence à caractériser une violation de la Convention. À l'inverse, l'article 5 § 1^{er}-d) permet la privation de liberté médico-sociale du mineur en danger¹⁸⁰⁶, sous réserve de respecter les garanties de la disposition. Le contrôle par la Cour de l'existence d'une privation de liberté, pour les placements qualifiés en droit interne de volontaires, même ceux réalisés dans des établissements privés du fait de la dimension horizontale de l'article 5¹⁸⁰⁷, permet de censurer

principe, pour une durée moindre que celle de l'espèce [CEDH, ch., 2 sept. 1998, *Erkalo c. Pays-Bas*, req. n° 23807/94 : *Rec. CEDH*, 1998-VI]. Si l'arrêt *Baudoin* apparaissait comme un retour au droit commun du contrôle de la régularité de la détention *sûreté* [CEDH, sect. V, 18 nov. 2010, *Baudoin c. France*, req. n° 35935/03 ; *RTD civ.*, 2011, p. 101, obs. J. HAUSER ; *AJDA*, 2010, p. 2239, obs. R. GRAND ; *AJP*, 2011, p. 144, obs. É. PÉCHILLON ; *JCP*, 2011, n° 189, note K. GRABARCZYK], la Cour refuse toujours de censurer par principe une telle privation de liberté [CEDH, sect. V, 19 sept. 2013, *H. W. c. Allemagne*, n° 17167/11, en angl. : concernant la rétention de sûreté allemande, maintenue malgré le retard de sa prolongation juridictionnelle, à l'échéance de la période légale, la Cour constatait son irrégularité pour être imputable au comportement fautif des autorités].

¹⁸⁰² CEDH, 4 avr. 2000, *Witold Litwa c. Pologne*, req. n° 26629/95 : *Rec. CEDH*, 2000-III ; § 60. La Cour a admis que la privation de liberté de l'« alcoolique », terme visé par la Convention, intègre le dégrisement de la personne temporairement ivre : la privation de liberté concerne aussi les personnes « dont la conduite et le comportement sous l'influence de l'alcool constituent une menace pour l'ordre public ou pour elles-mêmes, même si aucun diagnostic d'alcoolisme n'a été posé les concernant ». L'extension de la privation de liberté, par cette interprétation large, reste rattachée au trouble à l'ordre public [*Witold Litwa* : *préc.* ; § 60 et s. : « il ne faut pas en déduire que l'article 5 § 1^{er}-e) de la Convention peut être interprété comme autorisant la détention d'un individu simplement parce qu'il consomme de l'alcool »]. Concernant le dégrisement, le critère principal de sa validité réside dans l'existence d'un comportement menaçant l'ordre public [CEDH, sect. V, 8 juin 2004, *Himda Hafsteinsdottir c. Irlande*, req. n° 40905/98, en angl. ; § 42, ou CEDH, sect. I, 3 févr. 2011, *Kharin c. Russie*, req. n° 37345/03, en angl.]. L'application du principe de l'interprétation stricte doit aboutir à rejeter cette interprétation large sur le fondement de l'article 5 § 1^{er}-e) et de le réserver aux alcooliques dépendants. En revanche, le dégrisement pourrait se fonder sur l'article 5 § 1^{er}-b) et le cas de privation de liberté en vue de garantir l'exécution d'une obligation prévue par la loi, sans qu'il soit nécessaire de sacrifier le principe de l'interprétation stricte, tout en la soumettant au contrôle concret plutôt strict imposé en cette matière par la Cour européenne des droits de l'Homme [v. *supra*, n° 380].

¹⁸⁰³ V. *infra*, note n° 1713.

¹⁸⁰⁴ V. *supra*, n° 406.

¹⁸⁰⁵ Si l'État a sûrement l'obligation de protéger ces personnes, il ne peut en principe recourir à la privation de liberté et doit recourir à des mesures de contrainte d'intensité inférieure [CEDH, gde ch., 17 janv. 2012, *Stanev c. Bulgarie*, req. n° 36760/06 : *Rec. CEDH*, 2012 ; *RDSS*, 2012, p. 863, note K. LUCAS ; *JDI*, 2013, chron. n° 8, obs. X. AUREY], même si la jurisprudence européenne a parfois pris en compte le péril des intérêts sociaux ou civils de l'aliéné, dans l'appréciation de l'ampleur du trouble mental justifiant l'internement [*Mihailovs* : *préc.*].

¹⁸⁰⁶ L'article de la Convention vise uniquement l'« éducation surveillée » et figure en dehors de la liste de l'article 5 § 1^{er}-d), démontrant son autonomie des autres cas de détention *sûreté* [v. *infra*, n° 433 et s.].

¹⁸⁰⁷ V. *supra*, n° 8.

par principe la détention *sociale* de l'adulte¹⁸⁰⁸, ou de vérifier le respect des principes de l'article 5, pour la détention *sociale* du mineur¹⁸⁰⁹. En cette matière, la Cour européenne des droits de l'Homme manie avec souplesse la qualification de la privation de liberté¹⁸¹⁰, afin de dégager une marge d'appréciation maximale aux autorités. Les altérations de la définition de la privation de liberté ressortent de l'appréciation plus sévère du niveau de contrainte nécessaire à la qualification de la privation de liberté (1) et de l'efficacité du consentement au placement de la personne au discernement atteint (2).

1) L'appréciation plus sévère du niveau de contrainte nécessaire à la qualification de la privation de liberté pour le placement médico-social

422. **La tentation du retour à la définition de l'encellulement.** La Cour européenne des droits de l'Homme, dans une affaire particulière, a estimé que le placement d'une personne âgée contre sa volonté dans un foyer, sans péril vital, mais en raison de son dénuement, ne constituait pas une privation de liberté, en insistant dans son raisonnement sur la situation précaire de la requérante¹⁸¹¹. Si la Cour rejetait la qualification de privation de liberté, au motif que « *la requérante ne se trouvait pas dans un pavillon fermé du foyer* » et restait « *en mesure d'entretenir des relations sociales avec le monde extérieur* », elle ne se prononçait pas sur la possibilité de la requérante de quitter librement l'établissement, critère classique de l'établissement d'une privation de liberté¹⁸¹². Cette jurisprudence revenait pratiquement à limiter la prohibition de la détention *sociale* au seul enfermement cellulaire, en tout cas à une contrainte supérieure à celle nécessaire dans les autres cas pour déclencher la qualification de privation de liberté, appréciation reliée directement à l'intérêt pour la personne à bénéficier d'une prise en charge sociale¹⁸¹³. La Cour européenne des droits de l'Homme n'a toutefois pas entièrement confirmé cette jurisprudence, en matière d'internement de l'aliéné, alors que l'État défendeur invoquait directement la décision *H. M.* et invoquait son obligation de « *prendre des décisions dans [l'] intérêt supérieur* » du

¹⁸⁰⁸ *V. Stanev* : préc.

¹⁸⁰⁹ Voir *D. G. c. Irlande* : préc.

¹⁸¹⁰ La définition de la privation de liberté subit ainsi une seconde altération, en plus de celle concernant l'admission des courtes détentions nécessaires au maintien de l'ordre public [v. *supra*, n° 22].

¹⁸¹¹ CEDH, 26 févr. 2002, *H. M. c. Suisse*, req. n° 39187/98 : *Rec. CEDH*, 2002-II ; § 44 et s. V. sur cet arrêt, l'opinion concordante du juge GAUKUR JÖRUNDSSON et l'opinion dissidente du juge LOUCAIDES, qui concluent toutes les deux à l'existence d'une privation de liberté.

¹⁸¹² *V. supra*, n° 14.

¹⁸¹³ *H. M. c. Suisse* : § 44.

requérant¹⁸¹⁴. La Cour revenait ultérieurement à une définition plus large de la privation de liberté et plus conforme au droit commun¹⁸¹⁵. Une définition plus resserrée de la privation de liberté s'est également appliquée dans le domaine de la contrainte du mineur en vue de son éducation surveillée, et apparaît même dans la jurisprudence constitutionnelle, compte-tenu sans doute de la soumission du mineur par nature à une contrainte importante, et justifiée en temps normal par l'autorité parentale¹⁸¹⁶. Comme pour l'aliéné, la Cour semble revenir à une définition plus conforme au droit commun¹⁸¹⁷.

423. Malgré tout, les principes de la décision *H. M.*, figurent dans les principes généraux utilisés par la Cour, non plus concernant la définition de la détention, mais comme un élément de l'appréciation du critère de la gravité des troubles mentaux justifiant la privation de liberté¹⁸¹⁸. Cette position, si elle vient élargir le champ de la détention *sûreté* sur le fondement du seul bien juridique des intérêts de la personne privée de liberté, au détriment de la concurrence, a au moins le mérite d'appliquer à la mesure de contrainte la totalité des garanties de l'article 5, plutôt que de les éluder, en rejetant la qualification. L'autre altération de la définition de la privation de liberté réside dans la pleine efficacité donnée au consentement au placement de la personne au discernement diminué, efficacité qui se développe en revanche dans la jurisprudence européenne.

¹⁸¹⁴ *H. L. c. Royaume-Uni : préc.* ; § 84 et s. Le requérant, à l'inverse, se référait à la même décision pour rejeter son application, estimant qu'il ne se trouvait pas « *avant son admission dans un état déplorable* ».

¹⁸¹⁵ *H. L. c. Royaume-Uni : préc.* ; § 92 : « *il n'est pas décisif de savoir si le service était fermé à clé ou susceptible de l'être* » pour déterminer l'existence d'une privation de liberté, établie en l'espèce par le « *contrôle complet et effectif* » exercé sur la personne, La Cour européenne des droits de l'Homme expliquait même *a posteriori* sa décision *H. M.* par la simple insuffisance du degré de contrainte subi, indépendamment de toute prise en considération de l'intérêt de la personne. V. aussi pour un retour à une définition plus stricte de la privation de liberté concernant l'aliéné, CEDH, sect. IV, 22 janv. 2013, *Mihailovs c. Lettonie*, req. n° 35939/10, en angl.

¹⁸¹⁶ V. CEDH, plén., 28 nov. 1988, *Nielsen c. Danemark*, req. n° 10929/84 : *Rec. CEDH*, série A, n° 144. Elle a estimé que le placement d'un mineur pendant cinq mois et demi ne constituait pas une privation de liberté malgré l'enfermement du pavillon du mineur, dès lors que celui-ci pouvait régulièrement voir ses parents et bénéficier d'activités récréatives ou éducatives. V. concernant le rejet constitutionnel de la qualification de privation de liberté, au placement en centre éducatif fermé, dans le cadre d'un contrôle judiciaire, *supra*, n° 386 et s.

¹⁸¹⁷ CEDH, sect. IV, 29 nov. 2011, *A. et autres c. Bulgarie*, req. n° 51776/08. Le placement de sept mois a été qualifié de privation de liberté, dès lors que le temps passé à l'extérieur de la structure était toujours limité et contrôlé, par exemple par la présence constante d'un éducateur.

¹⁸¹⁸ *Mihailovs : préc.* ; § 145 : « *the Court has already noted that in certain circumstances the welfare of a person with mental disorders might be a further factor to take into account, in addition to medical evidence, in assessing whether it is necessary to place the person in an institution* ». V. *supra*, n° 406.

2) La pleine efficacité du consentement de la personne au discernement diminué à son placement médico-social

424. **L'efficacité du consentement tacite, ou du consentement du représentant légal, au placement médico-social.** La qualification de la privation de liberté du placement médico-social se heurte souvent aux affirmations des États, qui arguent du consentement de la personne concernée, pour dénier l'application de l'article 5. La Grande Chambre, s'appuyant sur la décision *H. M.*, a validé l'efficacité du consentement du majeur protégé qui se soumet au placement socio-médical, l'incorporant même dans l'énoncé des principes généraux applicables, dans sa décision *Stanev*¹⁸¹⁹. Refusant de considérer par principe inopérant le consentement de la personne incapable juridiquement, la Cour aurait au moins dû soumettre la validité du consentement à des conditions strictes. La Cour annonçait pourtant dès la décision *Stanev* un contrôle léger du consentement, acceptant par principe la validité de celui tacite, sans exiger la constatation médicale du maintien du discernement, y compris lorsque le placement succède à une longue période d'internement qualifié de privation de liberté dans le droit national¹⁸²⁰.

425. La personne reste libre cependant de rétracter à tout moment son consentement¹⁸²¹, dès lors qu'elle bénéficie de la capacité minimale lui permettant de « *comprendre quelle était sa situation* », capacité pouvant subsister, même en cas de privation de la capacité juridique¹⁸²². À défaut de cette capacité minimale, la Cour rappelle qu'on ne peut considérer la personne comme consentante au placement¹⁸²³, mais le consentement du représentant légal pourrait alors être efficace¹⁸²⁴. C'est pratiquement une présomption de

¹⁸¹⁹ *Stanev*, gde ch. : *préc.* ; § 115 et s. Le consentement apparaît même comme un élément fondamental de la qualification de la privation de liberté, érigé comme son élément subjectif, à côté de son élément objectif classique, résidant dans le degré de contrainte exercé. – CEDH, sect. V, 19 avr. 2012, *M. c. Ukraine*, req. n° 2452/04, en angl. ; § 75 : la Cour y recherche l'existence du consentement à l'admission [*The consent to admission*].

¹⁸²⁰ *Mihailovs* : *préc.* La Cour reconnaissait l'efficacité du consentement tacite de la personne souffrant d'un handicap mental, en tenant compte de l'absence de protestation de l'aliéné, alors que celui-ci s'était au contraire opposé à un transfert dans un autre centre d'internement. La période étudiée succédait à huit années d'internement forcé, en vertu de la qualification interne.

¹⁸²¹ CEDH, sect. III, 16 juin 2005, *Storck c. Allemagne*, req. n° 61603/00 : *Rec. CEDH*, 2005-V ; *RSC*, 2006, p. 431, chron. F. MASSIAS ; § 73.

¹⁸²² *Mihailovs* : *préc.* La Cour vérifiait d'abord que la personne reconnue incapable civilement disposait bien de sa capacité de comprendre sa situation, pour reconnaître l'efficacité de son rejet du placement. – CEDH, sect. I, 27 mars 2008, *Chtoukatourov c. Russie*, req. n° 44009/05 : *Rec. CEDH*, 2008 ; § 108.

¹⁸²³ La Cour rappelle dans ses principes généraux formulés dans l'arrêt *Stanev* que le consentement doit être écarté « *lorsque nul ne conteste que cette personne est juridiquement incapable de consentir ou de s'opposer à la mesure proposée* ». Elle a aussi posé ce principe, de manière subsidiaire, dans son arrêt *Storck* [*préc.* : § 76].

¹⁸²⁴ Dans son arrêt *Stanev* [*préc.*], la Cour reconnaissait « *qu'il existe des situations dans lesquelles la volonté d'une personne dont les capacités mentales sont altérées peut être valablement remplacée par celle d'un tiers* ».

consentement qui est établie, présomption que seule une manifestation expresse de volonté contraire de l'aliéné permet de renverser¹⁸²⁵ et qui figurait finalement dès l'arrêt *Storck*¹⁸²⁶ dans la jurisprudence européenne. Si, au moins, la Cour avait conclu dans l'arrêt *Stanev* à l'existence de la privation de liberté par une étude détaillée de la contrainte subie¹⁸²⁷, même si cela ne l'empêchait pas d'étudier dans un raisonnement ambigu la question du consentement¹⁸²⁸, la jurisprudence ultérieure s'est orientée vers la recherche prioritaire du consentement, l'établissement de celui-ci, y compris tacite, lui permettant de ne pas étudier la sévérité de la contrainte¹⁸²⁹.

426. L'extension de l'efficacité du consentement de la personne dépourvue d'un entier discernement. La Cour a même reconnu l'efficacité du consentement dans le cas de l'aliéné dangereux pour l'ordre public, alors que celui-ci avait précédemment fait l'objet d'un internement forcé d'après la législation nationale pour protéger la société, même si la Cour se montrait plus stricte quant à la démonstration du consentement¹⁸³⁰. Ces exigences plus élevées devraient au moins être transposées à chaque fois que la Cour recherche le consentement de l'incapable. Concernant le mineur en danger, la jurisprudence *Nielsen*¹⁸³¹ a permis d'écarter la qualification de privation de liberté, en considération du consentement au

agissant dans le cadre d'une mesure de protection et qu'il est parfois difficile de connaître la véritable volonté ou les préférences d'une telle personne » [§ 130]. Le droit français considère pour sa part que l'hospitalisation de l'adulte protégé, en raison de ses troubles mentaux, avec l'accord de son tuteur ou de son curateur, est constitutif d'une privation de liberté, puisqu'elle inclut cette hypothèse spécialement dans la législation sur l'internement réalisé à la demande d'un tiers [v. l'art. L. 3212-2 CSP].

¹⁸²⁵ *Chtoukatourov* : préc. La rétractation du consentement peut se déduire des tentatives de fuites de la personne privée de liberté, ou de ses plaintes formulées aux autorités, y compris lorsque le placement a été accepté par le tuteur, que ce dernier soit un membre de la famille ou un fonctionnaire d'État. L'admission de la rétractation était d'autant plus ferme dans cette décision que le privé de liberté était un majeur placé avec l'accord de sa mère, qui avait été désignée son curateur. – *Stanev*, gde ch. : préc. – CEDH, sect. IV, 16 nov. 2012, *Kedzior c. Pologne*, req. n° 45026/07, en angl. Le majeur protégé avait exprimé la rétractation de son consentement devant les autorités judiciaires.

¹⁸²⁶ *Storck* : préc. ; § 77. La Cour, évoquant les précédents, indiquait que les autorités, du fait de l'indécision de la personne placée, avaient pu légitimement considérer qu'elle était d'accord pour le placement.

¹⁸²⁷ *Stanev*, gde ch. : préc. ; § 124 et s. : la Cour notait que l'individu pouvait quitter le foyer uniquement sur autorisation discrétionnaire des dirigeants du foyer, que ses papiers d'identité avaient été confisqués, que l'encadrement du foyer avait requis l'intervention des forces de l'ordre, alors que l'individu n'était pas rentré à l'établissement au terme de sa permission de sortie, et que le requérant avait ensuite été interné de nouveau, sans considération pour sa volonté.

¹⁸²⁸ CEDH, sect. III, 19 juin 2012, *Cristian Teodorescu c. Roumanie*, req. n° 22883/05. La Cour étudiait malgré tout l'existence du consentement, alors que la contrainte objective était claire : la Cour notait que le requérant « a été enfermé dans une pièce avec des fenêtres grillagées et s'est vu administrer des sédatifs contre sa volonté » [§ 56]. Si en l'espèce, elle concluait à l'existence d'une privation de liberté, son raisonnement ambigu était de nature à laisser penser que l'aliéné pouvait renoncer à sa liberté d'aller et venir.

¹⁸²⁹ CEDH, sect. III, 4 juin 2013, *Stelian Rosca c. Roumanie*, req. n° 5543/06.

¹⁸³⁰ CEDH, *M. c. Ukraine* : préc. La Cour posait nettement l'exigence d'une attestation médicale détaillée prouvant que l'individu était en capacité de consentir et de la preuve que l'aliéné était suffisamment informé pour bénéficier d'un choix éclairé.

¹⁸³¹ *Nielsen* : préc.

placement de la mère encore dotée de l'autorité parentale, malgré l'existence d'une contrainte élevée¹⁸³², consacrant l'efficacité du consentement du représentant légal. Cette jurisprudence doit cependant être relativisée, au-delà de son ancienneté, du fait de son manque d'adhésion¹⁸³³. Les développements récents sur l'efficacité de la rétractation du consentement dans le domaine du majeur protégé militent pour considérer l'opposition du mineur suffisamment âgé¹⁸³⁴ comme une rétractation du consentement émis par le dépositaire de l'autorité parentale ou de tout autre représentant légal¹⁸³⁵, d'autant plus que la Cour a déjà séparé autorité parentale et privation de liberté, en considérant que le très jeune mineur accompagnant en privation de liberté son représentant légal subissait lui-même une détention distincte¹⁸³⁶.

427. **La nécessité de renverser la présomption : pour une définition plus objective de la privation de liberté.** Si la prise en compte du consentement reste indispensable, sous peine de dénaturer la notion même de privation de liberté, ou d'empêcher l'initiative privée pour protéger les intérêts des personnes vulnérables, elle doit être cantonnée aux cas dans lesquels le consentement ne fait aucun doute, et les précautions pour l'établir son indispensables pour la personne dont le discernement n'est pas entier¹⁸³⁷. La jurisprudence européenne admet pourtant sans précaution l'existence de ce consentement, qu'il soit tacite, ou qu'il émane du représentant légal.

428. C'est la présomption qui doit être renversée pour considérer le placement de la personne au discernement atteint par principe contre sa volonté, sauf à ce que l'État démontre l'existence d'un consentement valable, recueilli dans des conditions assurant sa sincérité. L'attribution de la charge de la preuve du consentement aux autorités viendrait en

¹⁸³² La jurisprudence ultérieure de la Cour retient d'ailleurs l'efficacité du consentement du représentant légal du mineur comme le principal enseignement de la décision *Nielsen* [v. par ex. CEDH, sect. III, 16 mai 2002, *D. G. c. Irlande*, req. n° 39474/98 : *Rec. CEDH*, 2002-III]. Pour comparaison, la mesure éducative prononcée par le juge français n'entraîne pas la perte de l'autorité parentale. Dans ces conditions, le placement administratif d'un mineur, qui nécessite l'accord des titulaires de l'autorité parental du mineur, ne pourrait constituer une privation de liberté [v. l'art. L. 226-4 du Code de l'action sociale et des familles].

¹⁸³³ La commission avait pourtant conclu à l'existence en l'espèce d'une privation de liberté tandis que plusieurs opinions divergentes avaient été exprimées.

¹⁸³⁴ Ce qui étoufferait la notion de capacité minimale de compréhension de la situation subie, développée par la Cour pour le majeur incapable [v. *supra*, n° 425]

¹⁸³⁵ À ce titre, la décision *Chtoukatourov c. Russie* [préc.], est intéressante puisque la rétractation du majeur incapable a été validée alors même que sa tutrice, sa mère, avait consenti au placement.

¹⁸³⁶ CEDH, sect. V, 19 janv. 2012, *Popov c. France*, req. n°s 39472/07 et 39474/07 : *JCP*, 2012, n° 221, obs. F. SUDRE ; *Dr. famille*, 2012, comm. n° 43, note M. BRUGGEMAN ; *AJDA*, 2012, p. 1726, chron. L. BURGORGUE-LARSEN ; *D.*, 2012, p. 363, obs. C. FLEURIOT ; *ibid.*, p. 864, entretien S. SLAMA ; *ibid.*, p. 2267, chron. A. GOUTTENOIRE ; *ibid.*, 2013, p. 324, chron. K. PARROT ; *AJP*, 2012, p. 281, note S. SLAMA ; *Rev. crit. DIP*, 2012, p. 826, comm. K. PARROT.

¹⁸³⁷ Cette appréciation stricte du consentement doit servir, même pour la personne dotée de son plein discernement, à cantonner rigoureusement l'audition libre.

plus aligner la jurisprudence de la Cour concernant l'internement de l'aliéné sur celle, développée récemment, sur la participation volontaire du suspect à l'enquête¹⁸³⁸. De même, l'accord du représentant légal dans l'appréciation de l'existence de la privation de liberté, qui vient rompre, par une fiction juridique, l'appréciation concrète de l'existence d'une privation de liberté, devrait être écarté. Une telle conception revient finalement à prolonger la jurisprudence de la Cour, qui a admis que l'expression directe de la volonté de l'aliéné puisse dépasser l'accord du représentant pour le majeur protégé, minorant l'effet de la représentation civile, lorsqu'elle expose le représenté à la détention arbitraire.

429. Une telle appréciation plus objective de la privation de liberté ne modifierait pas la possibilité de détenir le mineur en danger, permise par la Convention, mais obligerait l'État à toujours respecter les principes de l'article 5. Elle reviendrait à limiter le recours à une contrainte élevée pour le majeur protégé, uniquement lorsque ses troubles mentaux lui font subir un péril grave, et obligerait pour un danger moindre à protéger la personne par des mesures moins attentatoires à la liberté individuelle. Cette conception permettrait enfin de rétablir fermement la concurrence. Elle reviendrait à une vision plus homogène de la privation de liberté, ne serait-ce que dans sa définition, sans distinction selon les cas. La facilitation de la détention *sociale* aboutit à amoindrir la protection contre l'arbitraire pour des personnes pourtant vulnérables, qu'il s'agisse des personnes âgées séniles¹⁸³⁹, ou des majeurs protégés¹⁸⁴⁰. Le mirage de la détention *bénéfique* relativise l'effet restrictif de la concurrence, encore plus atteint par l'interprétation large du champ de la détention *sûreté* y faisant exception.

¹⁸³⁸ CEDH, gde ch., 23 févr. 2012, *Creanga c. Roumanie*, req. n° 29226/03 : *Dr. pénal*, 2013, n° 4, chron. E. DREYER ; *Gaz. Pal.*, 15 mars 2012, p. 31, obs. C. BERLAUD ; § 90 : « la Cour estime que ces principes s'appliquent également au cas d'espèce, à la condition que le requérant produise des indices *prima facie* concordants de nature à démontrer qu'il se trouvait bien sous le contrôle exclusif des autorités le jour des faits, à savoir qu'il a été convoqué officiellement par les autorités et est entré dans un lieu sous leur contrôle. Si cette condition est remplie, la Cour pourra considérer que l'intéressé n'était pas libre de partir, en particulier lorsque des mesures d'enquête étaient en cours d'exécution. Elle pourra en conséquence attribuer au Gouvernement la responsabilité de livrer un compte rendu horaire précis de ce qui s'est passé dans les locaux concernés et de s'expliquer quant au temps que le requérant y a passé. Le Gouvernement devra alors fournir des pièces satisfaisantes et convaincantes à l'appui de sa version des faits, faute de quoi elle pourra tirer des conclusions quant au bien-fondé des allégations du requérant ». V. *supra*, n° 16.

¹⁸³⁹ V. de manière plus générale D. ROMAN, « Vieillesse et droits fondamentaux : l'apport de la construction européenne » ; *RDSS*, 2008, p. 267.

¹⁸⁴⁰ V. de manière plus générale, F. VASSEUR-LAMBRY, « le statut civil du majeur protégé et le droit supranational des droits de l'homme » ; *Dr. famille*, 2011, n° 2, doss. n° 3.

§ 2./ L'INTERPRÉTATION LARGE DES CAS DE DÉTENTION SÛRETÉ FAISANT EXCEPTION À LA CONCURRENCE

430. **L'exception contestable : la détention pénale de sûreté.** La détention pénale de sûreté, celle qui vise la neutralisation du délinquant déjà condamné et dangereux du fait de sa propension à récidiver¹⁸⁴¹, ne figure pas expressément dans la liste de l'article 5, et c'est par une contorsion lexicale que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme l'a découverte au sein de l'article 5 § 1^{er}-a)¹⁸⁴². Sa nature hybride complique forcément la distinction entre la peine et la mesure de sûreté¹⁸⁴³ et relativise d'emblée la pertinence des fractures de la privation de liberté causées par celle-ci¹⁸⁴⁴. Le droit français connaît une telle mesure depuis la création la rétention de sûreté¹⁸⁴⁵, qui a donné lieu majoritairement à de sévères critiques, en raison du risque d'erreur que le mécanisme génère¹⁸⁴⁶, en raison de son inscription dans « *la religion du soin* » comme traitement de la récidive¹⁸⁴⁷, en raison de son atteinte aux principes de nécessité ou de proportionnalité du fait de son caractère perpétuel¹⁸⁴⁸, en raison de son ancrage dans une politique criminelle démagogique et confuse¹⁸⁴⁹, en raison de la confusion qu'elle emporte dans la définition des

¹⁸⁴¹ Ces deux éléments la rattachent au droit pénal.

¹⁸⁴² CEDH, plén., 24 juin 1982, *Van Droogenbroeck c. Belgique*, req. n° 7906/77 : *Rec. CEDH*, série A, n° 50 ; § 35. La Cour faisait naître sa théorie de la causalité permettant d'admettre la détention pénale de sûreté : « *quant au mot "après", il n'implique pas un simple ordre chronologique de succession entre "condamnation" et "détention": la seconde doit en outre résulter de la première, se produire, "à la suite et par suite" – ou "en vertu" – "de celle-ci" ».*

¹⁸⁴³ La Cour européenne des droits de l'Homme la relie d'ailleurs nécessairement à la commission d'une infraction, dès lors qu'elle exige l'existence d'un lien de causalité entre la condamnation initiale et le maintien en détention au terme de la peine [v. *infra*, n° 445 et s.]. Son particularisme s'exprime pleinement à travers sa soumission à la non-rétroactivité inconditionnelle pour le Conseil constitutionnel et conditionnelle pour la Cour européenne des droits de l'Homme, à la différence des autres mesures de sûreté [v. *supra*, n° 204 et s.].

¹⁸⁴⁴ V. *supra*, n° 52 et s.

¹⁸⁴⁵ Loi n° 2008-174 du 25 févr. 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental : *J. O.*, 26 févr. 2008, p. 3266 ; *D.*, 2008, chron., p. 1000, comm. J. PRADEL ; *ibid.*, p. 873, obs. E. ALLAIN ; *AJP*, 2008, p. 161, comm. M. HERZOG-EVANS ; *ibid.*, p. 223, obs. É. SENNA ; *RSC*, 2008, p. 392, comm. PH. BONFILS ; *ibid.*, p. 873, comm. S. DETRAZ ; *AJDA*, 2008, p. 714, obs. P. JAN ; *AJP*, 2008, p. 176, comm. J.-L. SENON et C. MANZANERA ; *Gaz. Pal.*, 4 avr. 2009, comm. S. DE BENALCAZAR (spéc. sur le pan de l'irresponsabilité pénale) ; *ibid.*, 4 mars 2008, p. 2, comm. B. LAVIELLE ; *ibid.*, p. 10, comm. J. DANET ; *ibid.*, 7 juin 2008, p. 20, comm. G. CASILE-HUGUES ; *Procédures*, 2008, ét. n° 4, comm. J. BUISSON (spéc. sur le pan de l'irresponsabilité pénale) ; *Dr. pénal*, 2008, ét. n° 5, comm. H. MATSOPOULOU.

¹⁸⁴⁶ C. SÉVELY-FOURNIÉ, « La rétention de sûreté à l'origine d'un nouveau risque d'erreur judiciaire ? » ; *AJP*, 2011, p. 334.

¹⁸⁴⁷ M. HERZOG-EVANS, *op. cit.* Voir J.-L. SENON et C. MANZANERA, « Psychiatrie et justice : de nécessaires clarifications à l'occasion de la loi relative à la rétention de sûreté » ; *AJP*, 2008, p. 176.

¹⁸⁴⁸ M. HERZOG-EVANS, *op. cit.*

¹⁸⁴⁹ CH. LAZERGES, « Le choix de la fuite en avant au nom de la dangerosité : les lois 1, 2, 3, 4, 5, etc. sur la prévention et la répression de la récidive » ; *RSC*, 2012, p. 274.

notions de peine et de mesure de sûreté, ou encore dans les concepts de la responsabilité pénale¹⁸⁵⁰, en raison du retour à la doctrine des positivistes et de la défense sociale¹⁸⁵¹, ou encore en raison de la réduction de la vision de la personne humaine qu'elle suggère¹⁸⁵². Seulement de rares auteurs défendaient l'institution au regard de son utilité ou des garanties apportées¹⁸⁵³, et d'autres tenaient une analyse plus partagée¹⁸⁵⁴. Ce débat initial est désormais dépassé, alors que la mesure a été neutralisée¹⁸⁵⁵, et que la doctrine s'intéresse plus largement à la théorie du droit pénal de l'ennemi¹⁸⁵⁶, dont la rétention de sûreté serait une illustration. À l'ensemble de ces critiques, sans doute peut-on ajouter que la rétention de sûreté trouve sa source dans une interprétation large de la liste de l'article 5 § 1^{er}, de sorte que la répétition constante par la Cour européenne des droits de l'Homme du caractère exhaustif de celle-ci et de son interprétation étroite est en trompe-l'œil¹⁸⁵⁷. La détention pénale de sûreté échappe en tout cas à la concurrence, pour assurer principalement la protection de l'ordre public, dès lors que la détention pénale de sûreté vise d'abord la prévention de la récidive, par le prolongement de la privation de liberté au terme de la peine¹⁸⁵⁸.

¹⁸⁵⁰ P. BRUSTON, « La rétention de sûreté est-elle une modalité d'application des peines » ; *AJP*, 2008, p. 403. – PH. BONFILS, *op. cit.*

¹⁸⁵¹ CH. LAZERGES, « La tentation du bilan 2002-2009 : une politique criminelle du risque au gré des vents » ; *RSC*, 2009, p. 689.

¹⁸⁵² Voir P.-J. DELAGE, « La dangerosité comme éclipse de l'imputabilité et de la dignité » ; *RSC*, 2007, p. 797. V. aussi M. DELMAS-MARTY, « Sécurité et dangerosité » ; *RFDA*, 2011, p. 1096.

¹⁸⁵³ J. PRADEL, « Les recommandations de la conférence de consensus sur la prévention de la récidive » ; *RSC*, 2013, p. 725, spéc. § 16.

¹⁸⁵⁴ PH. BONFILS, *op. cit.* – É. SENNA, « Premières réflexions sur les adaptations du régime de sûreté des condamnés criminels dangereux » ; *AJP*, 2008, p. 223.

¹⁸⁵⁵ V. *supra*, n° 204 et s. La surveillance de sûreté, mesure restrictive de liberté, est toutefois de droit positif et a connu une première application [CA Paris, JRRS, 6 avr. 2009, n° 09/02963 : *D.*, 2009, p. 2146, note M. HERZOG-EVANS].

¹⁸⁵⁶ V. pour le concepteur de la théorie, G. JAKOBS, « Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi » ; *RSC*, 2009, p. 7. – G. GIUDICELLI-DELAGE, « Droit pénal de la dangerosité : droit pénal de l'ennemi » ; *RSC*, 2010, p. 69.

¹⁸⁵⁷ V. par ex. pour une répétition récente de ces principes, CEDH, gde ch., 13 déc. 2012, *El-Masri c. « L'Ex-République Yougoslave de Macédoine »*, req. n° 39630/09 : *Rec. CEDH*, 2012 ; *RFDA*, 2013, p. 576, chron., obs. H. LABAYLE et F. SUDRE ; *AJDA*, 2013, p. 165, chron. L. BURGORGUE-LARSEN ; *JCP*, 2013, doctr. n° 64, chron. F. SUDRE ; *ibid.*, 2013, n° 58, obs. G. GONZALES ; § 230 : « *Atteste de l'importance de la protection accordée à l'individu contre l'arbitraire le fait que l'article 5 § 1 dresse la liste exhaustive des circonstances dans lesquelles un individu peut être légalement privé de sa liberté, étant bien entendu que ces circonstances appellent une interprétation étroite puisqu'il s'agit d'exceptions à une garantie fondamentale de la liberté individuelle* ».

¹⁸⁵⁸ Cette affirmation doit cependant être relativisée par le développement de l'adéquation matérielle de ce cas de privation de liberté qui tend à lui conférer l'objectif de préparer la réhabilitation de la personne dangereuse [v. *infra*, n° 494 et s.

431. **L'exception justifiée : l'éducation surveillée du mineur.** Quant à la détention pour l'éducation surveillée du mineur, celle-ci figure expressément dans la liste de l'article 5 § 1^{er}, dans une partie isolée des autres mesures de sûreté¹⁸⁵⁹, choix rédactionnel montrant d'emblée sa spécialité. Cette mesure de sûreté est justifiée par la seule protection du mineur et échappe à la concurrence, la Convention ne la rattachant pas à la protection de l'ordre public¹⁸⁶⁰, mais à la simple « *éducation* ». Elle représente le seul cas dans lequel la menace pour les intérêts de la personne privée de liberté justifie la privation de liberté, sans péril vital, car le mineur en danger voit ses intérêts gravement engagés, non seulement du fait de son manque de discernement et de sa propre vulnérabilité, mais aussi en raison de la nécessité de préserver son avenir.

432. **Droit dérogatoire.** La détention pénale de sûreté et la privation de liberté du mineur pour son éducation surveillée constituent des exceptions au principe de la concurrence, un droit dérogatoire de la détention *sûreté*, si bien qu'elles doivent recevoir une interprétation plus étroite encore que celle appliquée dans le droit commun, et la délimitation supra-légale de ces cas doit être d'une sévérité exceptionnelle. Pourtant, la Cour européenne des droits de l'Homme interprète largement aussi bien la *détention* sûreté abandonnée à la simple protection de la personne privée de liberté, l'éducation surveillée du mineur¹⁸⁶¹ (A), que la détention *sûreté* abandonnée à la simple protection de l'ordre public, la détention pénale de sûreté (B).

¹⁸⁵⁹ Art. 5 § 1^{er}-d).

¹⁸⁶⁰ Ou du moins le risque pour l'ordre public est plus éloigné que pour les autres cas classiques de détention *sûreté*. L'article 375 du Code civil est détaché de la protection de l'ordre public, en autorisant l'adoption de mesures d'assistances éducatives pour le mineur « *si la santé, la sécurité ou la moralité d'un mineur non émancipé sont en danger, ou si les conditions de son éducation ou de son développement physique, affectif, intellectuel et social sont gravement compromises* ».

¹⁸⁶¹ Ce cas de privation de liberté subit déjà les altérations de la définition de la privation de liberté [v. *supra*, n° 420 et s.].

A) L'interprétation large de la mesure de sûreté abandonnée à la seule protection de la personne privée de liberté : l'éducation surveillée du mineur

433. **L'exigence forte d'adéquation de la privation de liberté : l'éducation surveillée.** Prise uniquement pour assurer l'éducation surveillée du mineur¹⁸⁶², la privation de liberté se trouve déconnectée de la menace pour l'ordre public¹⁸⁶³ : seule la compromission de l'éducation du mineur la justifie, en dehors du péril grave. Le contenu éducatif de la privation de liberté, imposé par la notion d'adéquation¹⁸⁶⁴, juridique ou matérielle, doit s'appliquer dès le placement, puisqu'au contraire, sans ce contenu, l'effet afflictif de la privation de liberté met en péril directement l'éducation du mineur. La notion d'éducation surveillée, telle que définie par la Cour, est une notion riche, qui ne se confond pas au simple enseignement scolaire, le contenu pédagogique n'étant qu'un de ses éléments¹⁸⁶⁵ : le contenu doit « englober de nombreux aspects de l'exercice, par cette autorité locale, de droits parentaux au bénéfice et pour la protection de l'intéressé »¹⁸⁶⁶. La nécessité abstraite de la détention sûreté pour l'éducation surveillée du mineur s'apprécie d'abord à l'étendue du contenu éducatif¹⁸⁶⁷ organisé par la norme privative de liberté dès le placement¹⁸⁶⁸ et devrait aboutir au rejet de tout placement provisoire en établissement pénitentiaire, même dans un établissement pénitentiaire spécialement aménagé pour les mineurs¹⁸⁶⁹, dans l'attente de trouver une place dans un établissement adapté.

¹⁸⁶² Le mineur s'entend de la personne qui a moins de dix-huit ans, et la privation de liberté peut être prononcée même contre le mineur non soumis à la scolarité obligatoire en raison de son âge [CEDH, sect. II, 12 oct. 2000, *Koniarska c. Royaume-Uni*, req. n° 33670/96, *déc.*, en angl.].

¹⁸⁶³ La Cour ne soumet pas la privation de liberté à l'établissement de la dangerosité du mineur [v. par ex. *D. G. c. Irlande : préc.*].

¹⁸⁶⁴ V. *infra*, n° 476 et s.

¹⁸⁶⁵ Ainsi, la privation de liberté du mineur destinée en priorité à assurer la prévention d'un avortement n'assure pas cette finalité [CEDH, sect. IV, 30 oct. 2012, *P. et S. c. Pologne*, req. n° 57375/08, en angl.].

¹⁸⁶⁶ *D. G. c. Irlande : préc. – Koniarska, déc. : préc.* : une vaste gamme de programmes éducatifs, dans une approche multidisciplinaire, permettant la prise en charge des mineurs par petits groupes, apparaît satisfaisante.

¹⁸⁶⁷ La faible qualité des sources du droit de l'assistance éducative, notamment quant aux lieux des différents placements, complique la détermination de l'existence de la privation de liberté et l'appréciation du contenu éducatif fourni en droit français.

¹⁸⁶⁸ Ce qui milite, en particulier pour ce cas de privation de liberté, pour une compétence législative étendue, y compris pour l'exécution de la détention [v. *supra*, n° 187 et s.], alors que le maintien des sources de rang inférieur [v. par ex., pour le placement en centre éducatif fermé, *supra*, n° 386 et s.] empêche le Conseil constitutionnel de réaliser un contrôle poussé de l'adéquation de la privation du mineur [v. *infra*, note n° 1612].

¹⁸⁶⁹ Ce type d'établissement est en principe impropre à l'éducation surveillée du mineur [CEDH, ch., 21 déc. 2012, *Ichin et autres c. Ukraine*, req. n°s 28189/04 et 28192/04].

434. **La privation de liberté provisoire du mineur, dans l'attente de sa traduction devant l'autorité compétente : l'altération textuelle.** L'article 5 § 1^{er}-d) autorise la privation de liberté du mineur « *afin de le traduire devant l'autorité compétente* », ce qui consacre une privation de liberté provisoire, destinée à assurer la traduction du mineur devant l'organe décisionnaire du placement éducatif privatif de liberté : la privation de liberté du mineur pour son éducation surveillée est dotée d'une détention *moyen*, qui ne semble pas soumise au contenu éducatif et n'est pas limitée, dans le texte de la Convention, par une exigence de célérité¹⁸⁷⁰. En visant l'« *autorité compétente* », plutôt que l'« *autorité judiciaire compétente* » de l'article 5 § 3, ou le « *tribunal* » de l'article 5 § 4, le texte de la Convention ne soumet pas le placement en privation de liberté à un titre judiciaire, ni n'impose un véritable *Habeas corpus*, l'État étant libre d'organiser l'entrée en privation de liberté par une privation de liberté de police. La Convention ne reconnaît pas une protection judiciaire supérieure au mineur par rapport à l'adulte dans le placement¹⁸⁷¹.

435. **La garde provisoire¹⁸⁷² du mineur dans l'attente de son placement dans un lieu permettant son éducation surveillée : l'altération jurisprudentielle.** La Cour européenne des droits de l'Homme autorise aussi, après la traduction devant l'autorité compétente, permise déjà par une détention *moyen* spécifique au mineur¹⁸⁷³, que la privation de liberté du mineur pour son éducation surveillée dans un lieu adapté soit retardée et exécutée de manière provisoire dans un lieu impropre¹⁸⁷⁴, si bien que c'est en réalité trois régimes de privation de liberté qui sont contenus dans l'article 5 § 1^{er}-d), dont deux échappent au plein régime éducatif, ceux-ci pouvant se succéder au début de la privation de liberté : à la

¹⁸⁷⁰ Le texte de la Convention évoque uniquement la traduction devant l'autorité compétente [art. 5 § 1^{er}-d) CEDH], tandis que le texte de la Convention, pour le suspect, pose le droit de la personne d'« *être aussitôt traduite* » [art. 5 § 3 CEDH].

¹⁸⁷¹ À ce titre, le droit français apparaît plus protecteur, puisque la mesure éducative du mineur en danger appliquée, prononcée sans l'accord des représentants légaux, est toujours décidée en préalable par le juge judiciaire, pour la procédure de droit commun [art. 375-2 du Code civil] et même pour la procédure d'urgence [art. 375-5 du Code civil]. Une exception réside dans le placement décidé en urgence par le magistrat du parquet, et le juge judiciaire devra être saisi au plus tard huit jours après, pour se prononcer sur le bien-fondé du placement [art. 375-5 du Code civil].

¹⁸⁷² L'expression est directement reprise de la jurisprudence européenne en la matière.

¹⁸⁷³ V. *supra*, n° 424.

¹⁸⁷⁴ CEDH, ch., 29 févr. 1988, *Bouamar c. Belgique*, req. n° 9106/80 : *Rec. CEDH*, série A, n° 129 ; *RSC*, 1988, p. 567, obs. L.-E. PETTITI et F. TEITGEN. Le mineur de 17 ans avait été placé en maison d'arrêt pendant au total 119 jours, au cours de neuf séjours, sur une période de 291 jours, allant du 18 janvier au 4 novembre 1980, compte-tenu de l'absence de place en structure spécialisée. Si la Cour admettait un placement provisoire en maison d'arrêt par principe, elle censurerait en l'espèce la durée excessive de cette solution provisoire. La Cour dégageait la possibilité pour l'État d'adopter « *une mesure provisoire de garde qui serve de préliminaire à un régime d'éducation surveillée sans en revêtir elle-même le caractère* » à la seule condition « *que l'emprisonnement débouche à bref délai sur l'application effective d'un tel régime dans un milieu spécialisé – ouvert ou fermé – qui jouisse de ressources suffisantes correspondant à sa finalité* ».

détention *moyen* pour traduction devant l'autorité compétente succède la garde provisoire, permise même en établissement pénitentiaire¹⁸⁷⁵. Le régime intermédiaire de la garde provisoire est particulièrement attentatoire aux libertés individuelles car il constitue un cas de privation de liberté *moyen*¹⁸⁷⁶ déconnecté de la protection de l'ordre public¹⁸⁷⁷ et de la protection de la personne détenue¹⁸⁷⁸. Depuis la jurisprudence *Bouamar*, la Cour a haussé son contrôle de la durée de la garde provisoire, en censurant une telle privation de liberté qui n'avait duré que deux mois¹⁸⁷⁹ et même une autre d'un mois, pour de jeunes mineurs âgés de douze à treize ans dans un établissement pénitentiaire¹⁸⁸⁰, sans interdire toutefois à chaque fois le procédé, possible dès qu'une perspective d'obtenir rapidement une place adaptée existe¹⁸⁸¹. Désormais, la Cour paraît même exiger que le régime la garde provisoire contienne déjà un contenu éducatif minimum¹⁸⁸².

436. La délimitation stricte de la privation de liberté du mineur pour son éducation surveillée, qui échappe à la concurrence, devrait pourtant interdire cette garde provisoire. Au moins la Cour devrait-elle la relier à l'existence d'une menace effective pour l'ordre public et mieux la délimiter. Le droit français de l'assistance éducative apparaît de nouveau au-delà du standard minimum¹⁸⁸³. L'interprétation large du champ de la détention *sûreté* dérogatoire se retrouve aussi pour la détention pénale de *sûreté*, de manière plus grave

¹⁸⁷⁵ *D. G. c. Irlande : préc.*

¹⁸⁷⁶ La garde provisoire ne sert plus à la traduction du mineur devant l'autorité compétente, mais à sa mise à disposition des autorités, le temps de trouver un lieu de détention adapté.

¹⁸⁷⁷ Il convient de noter cependant que la Cour a découvert cette garde provisoire dans le cas d'un mineur suspecté de la commission de plusieurs infractions, sans pour autant en faire une condition de la mesure [*Bouamar : préc.*].

¹⁸⁷⁸ Puisque le mineur ne bénéficie pas de l'éducation surveillée.

¹⁸⁷⁹ *D. G. c. Irlande : préc.*

¹⁸⁸⁰ *Ichin et autres : préc.*

¹⁸⁸¹ *D. G. c. Irlande : préc.*

¹⁸⁸² *Ichin et autres : préc.* ; § 39. La Cour notait qu'en l'espèce le contenu de la privation de liberté ne contenait que « des tâches de nature purement investigative consistant à recueillir des éléments d'information sur l'implication éventuelle de mineurs dans des faits délictueux ». – CEDH, sect. I, 14 nov. 2013, *Blokhin c. Russie*, req. n° 47152/06, en angl. La Cour censurait de nouveau l'internement provisoire pour une durée de trente jours, en droit russe des mineurs, dans l'attente de trouver un établissement adapté pour réaliser l'éducation surveillée, concernant cette fois-ci un mineur de douze ans, détenu à la suite de la commission d'infractions, alors qu'il était irresponsable pénalement au regard de son jeune âge. La Cour notait de nouveau que la principale activité proposée au mineur tenait dans des investigations de nature à obtenir des informations sur la commission des infractions.

¹⁸⁸³ Le droit français soumet toujours le placement éducatif forcé du mineur en danger à une décision de l'autorité judiciaire, entourée de nombreuses garanties procédurales [art. 375 et s. du Code civil]. Quant à la procédure administrative subordonnée à l'accord du titulaire de l'autorité parentale, ce dernier point semble empêcher de caractériser une privation de liberté [v. l'art. L. 226-4 du Code de l'action sociale et des familles et *supra*, n° 426]. Le droit français ne connaît pas non plus de régime de placement provisoire du mineur en danger en établissement pénitentiaire, celui-ci devant être réalisé, d'emblée, dans une structure éducative.

encore au regard de l'atteinte sévère portée au droit de ne pas subir une rigueur non nécessaire.

B) L'interprétation large de la détention sûreté abandonnée à la seule protection de l'ordre public : la détention pénale de sûreté

437. **La découverte ancienne de la détention pénale de sûreté.** Dès 1982, la Cour européenne des droits de l'Homme validait le principe du recours à la détention pénale de sûreté¹⁸⁸⁴, à condition de constater l'existence d'un lien de causalité entre la condamnation pénale initiale et la poursuite de la détention au-delà du terme de la peine¹⁸⁸⁵. En conséquence, le principe même de la rétention de sûreté française ne soulève aucune difficulté au regard de la jurisprudence européenne¹⁸⁸⁶, sauf à la requalifier en peine¹⁸⁸⁷. La Cour européenne des droits de l'Homme, souvent saisie de mesures similaires, admet une délimitation large de la détention pénale de sûreté. En réalité, ses formes ont un large champ d'application (1), accru par le contrôle léger du lien de causalité nécessaire à leur conventionnalité (2).

1) Le large champ de la détention pénale de sûreté : les formes de la privation de liberté

438. **La découverte de la détention sûreté par nature : l'extension du champ de la privation de liberté.** La distinction de la détention pénale de sûreté par nature, des autres mesures de détention sûreté¹⁸⁸⁸, réside dans le fait que celle-ci est conditionnée par une condamnation pénale préalable : c'est le maintien de la dangerosité « *criminologique* » élevée¹⁸⁸⁹ au terme de la peine, qui justifie la poursuite de la privation de liberté, afin de neutraliser le risque de la récidive. Le droit national distingue alors clairement les deux

¹⁸⁸⁴ Van Droogenbroeck : préc.

¹⁸⁸⁵ CEDH, sect. V, 17 déc. 2009, *M. c. Allemagne*, req. n° 19359/04 : *Rec. CEDH* ; *AJP*, 2010, p. 129, comm. J. LEBLOIS-HAPPE ; *RSC*, 2010, p. 236 [sur l'art. 7] et p. 228 [sur l'art. 5], obs. D. ROETS ; *D.*, 2010, p. 737, note J. PRADEL ; *JCP*, 2010, n° 334, note M. GIACOPELLI ; *Dr. pén.*, 2010, ét. n° 9, note L. GRÉGOIRE et F. BOULAN ; *AJP*, 2010, p. 389, obs. É. PÉCHILLON ; § 88 : « le mot "après" figurant à l'alinéa a) n'implique pas un simple ordre chronologique de succession entre "condamnation" et "détention" : la seconde doit en outre résulter de la première, se produire, "à la suite et par suite" – ou "en vertu" – "de celle-ci" ».

¹⁸⁸⁶ V. aussi J.-P. CÉRÉ, « La rétention de sûreté à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'Homme » ; *AJP*, 2008, p. 220.

¹⁸⁸⁷ V. *supra*, n° 204 et s.

¹⁸⁸⁸ V. la liste de l'art. 5 § 1^{er}-e) CEDH.

¹⁸⁸⁹ V. *supra*, n° 396.

périodes de privation de liberté, qui s'appuient sur des titres différents et sont soumises à un régime juridique distinct : la première période constitue une peine à temps et la seconde période une mesure de sûreté qualifiée comme telle dans le droit interne. La rétention de sûreté française relève de cette catégorie¹⁸⁹⁰.

439. Lorsque la détention pénale de sûreté concerne de graves troubles mentaux, son champ se recoupe avec l'internement des aliénés, les deux mesures permettant la détention *sûreté* de la personne lourdement dangereuse, du fait de graves troubles de la personnalité¹⁸⁹¹. L'extension du champ de la privation de liberté est alors limitée¹⁸⁹². Son utilité réside alors dans l'étendue différente de l'exigence de l'adéquation matérielle¹⁸⁹³, la détention de sûreté pénale permettant d'adopter un régime moins tourné vers le traitement du délinquant et sa réadaptation, et plus tourné vers la sécurité¹⁸⁹⁴, éventuellement dans un établissement pénitentiaire¹⁸⁹⁵, même si le régime de privation de liberté doit nécessairement se distinguer de la peine, sous peine de requalifier la mesure de sûreté en peine¹⁸⁹⁶.

¹⁸⁹⁰ Art. 706-53-13 CPP et s. La rétention de sûreté n'est possible que lorsque la Cour d'assises a réservé, lors de la condamnation initiale, la possibilité d'y recourir ultérieurement, et suppose une décision juridictionnelle au terme de la peine, qui se prononce sur le bien-fondé de la prolongation de la privation de liberté.

¹⁸⁹¹ La Cour européenne des droits de l'Homme permet l'internement en hôpital psychiatrique de la personne dangereuse en raison de ses troubles de la personnalité, faisant craindre une récurrence, sur le fondement de l'article 5 § 1^{er}-e), sans que la réserve de la détention pénale de sûreté n'ait été prononcée lors de la décision de condamnation [v. par ex. CEDH, sect. II, 2 oct. 2012, *L. B. c. Belgique*, req. n° 22831/08 : *RDSS*, 2013, p. 245, note C. MARGAINE ; *Dr. pénal*, 2013, n° 4, chron. E. DREYER]. Néanmoins, la jurisprudence européenne pourrait revenir à une définition plus stricte de l'aliéné, liée aux troubles mentaux psychiatriques [CEDH, sect. V, 28 nov. 2013, *Glien c. Allemagne*, req. n° 7345/12, en angl.]. L'affaire concernait une personne internée au terme de la limite maximale de sa détention pénale de sûreté par nature [prévue pour dix ans à l'époque de sa condamnation, la Cour européenne des droits de l'Homme a refusé d'admettre la prolongation rétroactive de la mesure au-delà de cette période ; v. *supra*, n° 204 et s.], et diagnostiquée par des experts comme étant « *pédophile* » et ayant une « *personnalité asociale* » [§ 86]. La Cour semblait en tout cas exclure que le trouble de la personnalité seul soit suffisamment grave pour justifier l'internement, mais refusait de trancher si l'association du trouble à la pédophilie permettait de qualifier la personne d'aliéné, profitant du défaut d'adéquation matérielle, pour constater une violation de la Convention [§ 88].

¹⁸⁹² Le retour à une définition plus sévère de l'aliéné est sans doute souhaitable, pour n'admettre la détention préventive de l'individu souffrant de troubles de la personnalité que sur le fondement de la détention pénale de sûreté, permettant une meilleure délimitation des deux cas de privation de liberté, comme de l'internement de la personne dangereuse du fait de graves troubles de la personnalité, en la reliant à une condamnation pénale.

¹⁸⁹³ V. *infra*, n° 496 et s.

¹⁸⁹⁴ La rétention de sûreté doit en principe se dérouler dans un « *centre socio-médico-judiciaire de sûreté* » [art. 706-53-13 CPP], dont l'intitulé reste ambigu, mais rappelle au moins la nécessité d'apporter un traitement curateur. Les dispositions réglementaires prévoient d'ailleurs expressément le contenu de la privation de liberté qui doit « *proposer à ces personnes, de façon permanente, une prise en charge médicale, psychologique et sociale destinée à réduire leur dangerosité et à permettre la fin de la mesure de rétention* » [art. R. 53-8-55 CPP]. Pour autant, la sécurité de l'établissement est confiée au service public pénitentiaire [art. R. 53-8-56 CPP] et la réglementation prévoit d'ores et déjà d'en installer un au sein de l'hôpital pénitentiaire de Fresnes [art. R. 53-8-75 et s. CPP], si bien que la nature pénitentiaire du lieu de détention ne laisse pas de doute.

¹⁸⁹⁵ En tout cas, le rejet de la qualification de détention pénale de sûreté pour la privation de liberté exécutée en annexe pénitentiaire psychiatrique, ou en établissement ordinaire, concernant la personne dangereuse en raison de ses troubles mentaux, entraîne une violation de la Convention [CEDH, sect. V, 13 janv. 2011, *Haidn c. Allemagne*, req. n° 6587/04, en angl., ou encore CEDH, sect. V, 28 juin 2012, *S. c. Allemagne*,

440. La détention pénale de sûreté par nature peut toutefois viser le délinquant d'habitude, y compris pour une propension à la délinquance plus ordinaire¹⁸⁹⁷ et même dans le domaine des atteintes aux biens¹⁸⁹⁸. L'existence d'un véritable trouble mental peut s'avérer moindre que dans le premier cas, au point en tout cas que l'internement serait impossible, et la notion sert alors à étendre le champ de la détention *sûreté*¹⁸⁹⁹. Au moins, la détention préventive de longue durée du délinquant potentiel se limite-t-elle à l'individu déjà condamné pour une infraction, sauf à ce que les conditions de l'internement de l'aliéné soient remplies¹⁹⁰⁰.

441. La jurisprudence européenne n'a pas pour l'instant opéré de contrôle de la gravité de l'infraction permettant à la juridiction de condamnation de réserver l'usage éventuel de la détention pénale de sûreté¹⁹⁰¹, et elle admet même que sa réserve, lors de la condamnation initiale, résulte de présomptions légales¹⁹⁰². Par comparaison à la détention de l'aliéné, la Cour européenne n'a pas encore développé, ni l'exigence d'une procédure dénuée d'arbitraire¹⁹⁰³, ni même la condition de l'avis médical obligatoire¹⁹⁰⁴, pour la décision de placement en détention pénale de sûreté, prononcée au terme de la peine, même si le développement de sa jurisprudence devrait aboutir à leur consécration¹⁹⁰⁵. La rétention de

req. n° 3300/10, en angl., ou encore CEDH, sect. V, 13 janv. 2011, *Schummer c. Allemagne* (n° 1), req. n°s 27360/04 et 42225/07, en angl.].

¹⁸⁹⁶ *M. c. Allemagne* : préc.

¹⁸⁹⁷ *Van Droogenbroeck* : préc. La détention de sûreté pénale s'appliquait à la suite de la répression de violences légères, soit des menaces et des voies de fait.

¹⁸⁹⁸ CEDH, sect. V, 21 oct. 2010, *Grosskopf c. Allemagne*, req. n° 24478/03 : *AJP*, 2011, p. 45, obs. J.-P. CÉRÉ ; *D.*, actu., 10 nov. 2010, obs. O. BACHELET.

¹⁸⁹⁹ À ce titre, le critère législatif français, même s'il empile les termes à la définition délicate, vise uniquement l'hypothèse des graves troubles de la personnalité, à savoir la « particulière dangerosité caractérisée par une probabilité très élevée de récidive parce qu'elles souffrent d'un trouble grave de la personnalité » [art. 706-53-13 CPP].

¹⁹⁰⁰ À ce titre la définition européenne de l'aliéné devrait être resserrée [v. *supra*, note n° 1891]

¹⁹⁰¹ La rétention de sûreté française reste limitée aux infractions les plus graves contre les personnes et suppose une condamnation à au moins quinze ans de réclusion criminelle [art. 706-53-13 CPP].

¹⁹⁰² CEDH, sect. IV, 18 sept. 2012, *James, Wells et Lee c. Royaume-Uni*, req. n°s 25119/09, 57715/09, 57877/09 et 18/09/2012, en angl. : *D.*, actu., 8 oct. 2012, obs. O. BACHELET ; *Dr. pénal*, 2013, n° 4, chron. E. DREYER.

¹⁹⁰³ V. *infra*, note n° 591. Le placement en rétention de sûreté au terme de la peine est réservé en droit français au juge judiciaire selon une procédure respectant les grandes garanties du procès équitable [contradictoire, publicité, voies de recours, motivation], la personne dangereuse pouvant même de droit obtenir une contre-expertise [art. 706-53-14 et 706-53-15 CPP].

¹⁹⁰⁴ V. *supra*, n° 416. La preuve de la dangerosité concernant la rétention de sûreté appartient à la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté, après une période d'observation d'au moins six semaines à proximité de l'échéance de la peine [art. 706-53-14 CPP], son appréciation de l'existence de la dangerosité étant nécessaire à la décision de placement puisque seule la commission peut saisir la juridiction compétente pour placer, celle-ci restant libre du choix de placer.

¹⁹⁰⁵ La Cour européenne des droits de l'Homme a commencé à contrôler la preuve médicale de la dangerosité à travers le maintien du lien de causalité [v. *supra*, n° 447]

sûreté française, au regard de la large ouverture permise par la Cour européenne des droits de l'Homme, apparaît au moins cantonnée à des hypothèses exceptionnelles.

442. **La découverte de la privation de liberté pénale de sûreté par destination : la restriction du champ de la privation de liberté.** Le second cas de détention pénale de sûreté ne respecte pas la qualification nationale, mais ressort de la requalification directe d'une partie de la peine perpétuelle, lorsque la Cour constate le maintien de la privation de liberté au-delà du terme de sa période punitive, hypothèse qui concerne aussi le droit français¹⁹⁰⁶. La notion de la détention pénale de sûreté est alors protectrice puisque, sans ajouter à la durée de la privation de liberté, elle impose un contrôle périodique judiciaire de la proportionnalité de la privation de liberté, en faisant céder la théorie du contrôle incorporé.

443. **L'accroissement du contrôle de la peine par le recours à la notion de détention pénale de sûreté et le contrôle de la détention pénale de sûreté par le recours à la notion de peine.** Finalement, la notion de détention pénale de sûreté par destination sert à la Cour européenne des droits de l'Homme à assurer un meilleur contrôle de la peine perpétuelle. Mais la requalification de la détention pénale de sûreté en peine, permise lorsque la première mesure ne se différencie pas du régime pénitentiaire classique¹⁹⁰⁷, doit lui permettre aussi d'assurer un meilleur contrôle de la détention pénale de sûreté. Le *quantum* de la durée de la peine ainsi mise à jour, susceptible d'entraîner une violation de l'article 3 en cas de disproportion manifeste, doit s'entendre alors du cumul entre la durée de la peine par nature, exécutée en vertu de la condamnation initiale, et la durée maximale de privation de liberté supplémentaire permise par la mesure de sûreté¹⁹⁰⁸. Un tel *quantum*, pour le délinquant

¹⁹⁰⁶ V. *infra*, n° 771 et s.

¹⁹⁰⁷ *M. c. Allemagne* : *préc.* ; § 127 : « il est frappant de constater que les personnes en détention de sûreté sont incarcérées dans des prisons ordinaires, même si elles le sont dans des ailes séparées. Les modifications minimales dont elles bénéficient par rapport au régime de détention des détenus ordinaires purgeant leur peine, comme des privilèges tels que le droit de porter leurs propres vêtements et d'aménager leurs cellules plus confortables, ne sauraient cacher qu'il n'existe aucune différence fondamentale entre l'exécution d'une peine d'emprisonnement et celle d'une ordonnance de placement en détention de sûreté. En témoigne aussi le fait que la loi sur l'exécution des peines contient très peu de dispositions consacrées expressément à l'exécution des ordonnances de placement en détention de sûreté et que, en dehors de celles-ci, ce sont celles relatives à l'exécution des peines d'emprisonnement qui s'appliquent mutatis mutandis ». – CEDH, sect. V, 24 nov. 2011, *O. H. c. Allemagne*, req. n° 4646/08, en angl. : *D.*, actu., 9 déc. 2011, obs. O. BACHELET. – *S. c. Allemagne* : *préc.* – *Schummer* (n° 1) : *préc.*

¹⁹⁰⁸ Dans le contentieux de la violation de la Convention par ricochet du fait de l'extradition, la Cour a bien dégagé une hypothèse de violation de l'article 3 du fait du prononcé d'une sanction manifestement disproportionnée et se réfère en la matière au maximum théorique encouru. V. CEDH, sect. IV, 10 avr. 2012, *Babar Ahmad et autres c. Royaume-Uni*, req. n°s 24027/07, 11949/08, 36742/08, 66911/09 et 67354/09, en angl. ; § 237. La Cour utilise l'expression de « *gross disproportionality* ». V. pour les mêmes principes CEDH, sect. IV, 17 janv. 2012, *Harkins et Edwards c. Royaume-Uni*, req. n°s 9146/07, 32650/07 et 17/01/2012 ; *RDP*, 2013, chron., p. 725, obs. B. PASTRE-BELDA ; *D.*, actu., 6 févr. 2012, obs. O. BACHELET. V. *infra*, note n° 1522.

d'habitude dans un domaine de gravité relative, pourrait être sanctionné par la disproportion, et oblige sans doute à ce que l'État développe un véritable régime de détention pour la mesure de sûreté bien distinct¹⁹⁰⁹, empêchant la requalification, ce qui apparaît incompatible, en pratique, avec son utilisation à grande échelle.

444. **La détention pénale provisoire de sûreté : l'achèvement de l'arsenal conventionnel de la détention pénale de sûreté.** L'article 5 § 1^{er}-c) vise l'arrestation ou la détention de la personne, « *s'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction* », dans une formulation qui apparaît concerner le suspect¹⁹¹⁰. Pourtant, la Cour a interprété cette disposition indépendamment de son contexte, pour estimer qu'elle pouvait s'appliquer au condamné détenu, au terme de sa peine, dans une détention pénale provisoire de sûreté, afin de préparer l'éventuel placement pérenne en détention de sûreté pénale, à condition d'établir un risque élevé de récidive¹⁹¹¹. La solution caractérisait un nouvel exemple d'interprétation large des cas de la liste de l'article 5 § 1^{er}(¹⁹¹²). Si la solution est désormais ancienne, elle a trouvé un prolongement dans une décision récente, qui a admis par principe la validité de la privation de liberté, sur le fondement de l'article 5 § 1^{er}-a), entre l'échéance d'une première période de détention pénale de sûreté et sa prolongation adoptée en retard par la juridiction compétente¹⁹¹³. Cette admission d'une période privation de liberté sans titre, entre deux renouvellements du titre, ne résultait plus d'une interprétation erronée de l'article 5 § 1^{er}-c)¹⁹¹⁴, mais de

¹⁹⁰⁹ La Cour semble s'orienter vers l'usage du défaut d'adéquation matérielle pour censurer une privation de liberté de ce type [v. *infra*, n° 492 et s.].

¹⁹¹⁰ Les trois situations décrites à l'article 5 § 1^{er}-c) sont expressément soumises à l'article 5 § 3, qui organise l'*Habeas corpus* du suspect et l'encadrement de sa la détention provisoire, après traduction du suspect devant le juge judiciaire.

¹⁹¹¹ CEDH, ch., 27 mai 1997, *Eriksen c. Norvège*, req. n° 17391/90 : *Rec. CEDH*, 1997-III ; *RSC*, 1998, p. 172, obs. L.-E. PETTITI ; *ibid.*, p. 382, obs. R. KOERING-JOULIN. Cette privation de liberté avait duré un peu moins de trois mois dans le même établissement pénitentiaire. La Cour la justifiait « *eu égard à l'altération des facultés mentales de l'intéressé, à ses antécédents ainsi qu'à sa propension établie et prévisible à la violence* » [§ 38]. Cette interprétation de l'article 5 § 1^{er}-c) découplée du cas du suspect apparaissait déjà dans la jurisprudence européenne, pour servir à valider la privation de liberté servant à « *empêcher une infraction concrète et déterminée* » [CEDH, plén., 6 nov. 1980, *Guzzardi c. Italie*, req. n° 7367/76 : *Rec. CEDH*, série A, n° 39 ; § 102], hypothèse se rapprochant plus de la jurisprudence *Ostendorf* [CEDH, sect. V, 7 mars 2013, *Ostendorf c. Allemagne*, req. n° 15598/08, en angl. : *RSC*, 2013, p. 653, note J.-P. MARGUÉNAUD ; *D.*, actu., 13 mars 2013, obs. O. BACHELET ; v. *supra*, n° 378]. L'hypothèse *Eriksen* l'étendait dans sa durée comme dans son champ, se passant de la caractérisation d'une infraction particulière, pour viser une dangerosité plus générale.

¹⁹¹² V. *supra*, n° 212.

¹⁹¹³ CEDH, sect. V, 19 sept. 2013, *H. W. c. Allemagne*, n° 17167/11, en angl. En l'espèce, la poursuite de la détention au-delà de la limite légale, pendant un mois, était permise par la jurisprudence interne. La Cour censurait toutefois la privation de liberté, dès lors qu'elle établissait que le dépassement de la durée légale était dû à des fautes des autorités internes, sans non plus admettre par principe une telle privation de liberté.

¹⁹¹⁴ La jurisprudence revient à une vision plus stricte de l'article 5 § 1^{er}-c) limitée au suspect d'une infraction [CEDH, sect. I, 14 nov. 2013, *Blokhin c. Russie*, req. n° 47152/06, en angl.].

l'extension à la détention pénale de sûreté d'une jurisprudence ancienne et tout autant contestable, découverte pour l'internement de l'aliéné¹⁹¹⁵. Pour un cas de privation de liberté absent strictement de la liste de l'article 5, la détention pénale de sûreté se trouve dotée d'un arsenal complet, qu'il s'agisse de la détention préventive de police de quelques heures pour empêcher la commission imminente d'une infraction¹⁹¹⁶, de la détention provisoire factuelle pour quelques jours assurant la mise à disposition de l'individu jusqu'à l'adoption du titre de privation de liberté et de la détention pérenne, potentiellement perpétuelle. Cette délimitation large de la détention pénale de sûreté se trouve accrue par le contrôle européen léger du lien de causalité.

2) La légèreté du contrôle européen du lien de causalité

445. **L'exigence du lien de causalité.** Le maintien en privation de liberté au terme de la peine¹⁹¹⁷, ou alors au terme de sa partie répressive¹⁹¹⁸, ne peut se justifier que s'il existe un lien de causalité entre la décision initiale de condamnation et la prolongation de la détention, sous la forme d'une mesure de sûreté¹⁹¹⁹. C'est la condition principale qui permet de délimiter la détention de sûreté pénale dans la jurisprudence européenne.

446. **La dimension juridique de la causalité.** L'appréciation du lien de causalité porte d'abord sur sa dimension juridique et concerne uniquement la détention pénale de sûreté par nature¹⁹²⁰. La possibilité ultérieure de maintenir en détention au terme de la peine doit impérativement être réservée par la décision initiale de condamnation¹⁹²¹. L'élément le plus protecteur de ce contrôle réside dans l'interdiction d'appliquer à la

¹⁹¹⁵ V. *infra*, note n° 1801.

¹⁹¹⁶ V. CEDH, sect. V, 7 mars 2013, *Ostendorf c. Allemagne*, req. n° 15598/08, en angl. : RSC, 2013, p. 653, note J.-P. MARGUÉNAUD ; D., actu., 13 mars 2013, obs. O. BACHELET et *supra*, n° 378.

¹⁹¹⁷ Pour la détention pénale de sûreté par nature [v. *supra*, n° 438 et s.]

¹⁹¹⁸ Pour la détention pénale de sûreté par destination [v. *supra*, n° 442].

¹⁹¹⁹ CEDH, plén., 24 juin 1982, *Van Droogenbroeck c. Belgique*, req. n° 7906/77 : Rec. CEDH, série A, n° 50 ; § 35 : « quant au mot "après", il n'implique pas un simple ordre chronologique de succession entre "condamnation" et "détention" : la seconde doit en outre résulter de la première, se produire, "à la suite et par suite" – ou "en vertu" – "de celle-ci" ». La formulation a été constamment répétée depuis [v. CEDH, sect. V, 17 déc. 2009, *M. c. Allemagne*, req. n° 19359/04 : Rec. CEDH ; AJP, 2010, p. 129, comm. J. LEBLOIS-HAPPE ; RSC, 2010, p. 236 [sur l'art. 7] et p. 228 [sur l'art. 5], obs. D. ROETS ; D., 2010, p. 737, note J. PRADEL ; JCP, 2010, n° 334, note M. GIACOPELLI ; Dr. pén., 2010, ét. n° 9, note L. GRÉGOIRE et F. BOULAN ; AJP, 2010, p. 389, obs. É. PÉCHILLON ; § 129].

¹⁹²⁰ Par définition, cette condition est toujours remplie dans l'hypothèse de la requalification de la peine perpétuelle [v. par ex. *James, Wells et Lee* : préc.]

¹⁹²¹ *L. B. c. Belgique* : préc. – *Haidn* : préc. Une juridiction d'aménagement des peines ne peut réserver le recours à la mesure de sûreté au terme de la peine. – *O. H. c. Allemagne* : préc. – *S. c. Allemagne* : préc.

détention pénale de sûreté une durée supérieure à celle prévue au maximum par la législation au moment de la condamnation initiale, sous peine de rompre le lien de causalité¹⁹²².

447. **La dimension matérielle de la causalité.** Le maintien du lien de causalité, sans sa dimension matérielle, suppose la persistance d'une dangerosité similaire au terme de la peine¹⁹²³ à celle qui a motivé la condamnation, celle-ci seulement pouvant justifier le maintien en détention¹⁹²⁴. En réalité, cette condition n'a pratiquement aucune incidence lorsque le condamné n'a pas été libéré, puisque seule l'appréciation « *déraisonnable* »¹⁹²⁵ du risque de récidive viole la Convention, et la preuve médicale de la persistance de la dangerosité¹⁹²⁶, même résiduelle¹⁹²⁷, y compris en l'absence de consensus des autorités à ce sujet¹⁹²⁸, suffit à valider l'appréciation nationale : seule la preuve de l'extinction de la dangerosité « *avec certitude [...] compte tenu de ses traits de caractère et de sa personnalité* » permet d'établir une violation de la Convention¹⁹²⁹. Finalement, ce contrôle minimum, posé déjà trente ans auparavant dans la décision *Van Droogenbroeck*¹⁹³⁰, persiste, malgré l'important risque d'arbitraire, généré par ce genre de privation de liberté.

448. L'intérêt du contrôle se résume pratiquement à l'interruption, à titre probatoire, de la détention pénale de sûreté et sert à empêcher que n'importe quelle infraction, commise durant le temps de liberté, ne justifie la renaissance de la mesure de sûreté, notamment lorsque la nouvelle infraction est d'une gravité bien inférieure à celle ayant justifié la condamnation¹⁹³¹. Au moins la Cour rappelle-t-elle l'exigence d'actualiser régulièrement l'appréciation de la dangerosité de la personne subissant la détention pénale de sûreté, à l'aide d'un expert médical, au cours de sa prolongation¹⁹³².

¹⁹²² *M. c. Allemagne* : préc. En revanche, la mesure de rétention allemande a été validée par la Cour lorsque, réservée par la juridiction de jugement, sa durée n'a pas dépassé le maximum prévu par la loi à ce moment [*Grosskopf* : préc. ; § 45 et s.].

¹⁹²³ Ou de sa partie répressive, pour la détention pénale de sûreté par destination.

¹⁹²⁴ CEDH, sect. II, 11 avr. 2006, *Léger c. France*, req. n° 19324/02 : RSC, 2007, p. 134, comm. F. MASSIAS ; *D.*, 2006, p. 1800, note J.-P. CÉRÉ ; *AJP*, 2006, p. 258, note S. ENDERLIN.

¹⁹²⁵ *Léger* : précité ; § 76. – CEDH, sect. V, 16 mai 2013, *Radu c. Allemagne*, req. n° 20084/07, en angl. ; § 107 : « *an assessment which was unreasonable in terms of the objectives of the sentencing court's judgment* ».

¹⁹²⁶ *Grosskopf* : préc. ; § 49 : l'absence d'évolution positive, notamment à cause du refus du condamné de suivre une thérapie et de réévaluer son passé criminel, justifie le maintien en détention, au-delà de la peine.

¹⁹²⁷ *Radu* : préc. ; § 86 et s.

¹⁹²⁸ *Léger* : précité ; § 76.

¹⁹²⁹ *Ibid.*

¹⁹³⁰ *Van Droogenbroeck* : préc. ; § 40. Ce premier arrêt se référant déjà à l'« *appréciation déraisonnable* ».

¹⁹³¹ CEDH, gde ch., 28 mai 2002, *Stafford c. Royaume-Uni*, req. n° 46295/99 : *Rec. CEDH*, 2002-IV ; *D.*, 2003, p. 919, chron. J.-P. CÉRÉ, M. HERZOG-EVANS, É. PÉCHILLON ; § 81 et s. Ainsi, une infraction contre les biens ne peut justifier le rétablissement de la peine perpétuelle après obtention d'une libération conditionnelle, alors que la condamnation initiale était justifiée par une grave infraction contre les personnes.

¹⁹³² *H. W. c. Allemagne* : préc. ; § 103 et s. La dernière intervention d'un expert pour apprécier la dangerosité du détenu avait eu lieu douze ans auparavant, entraînant la violation de la Convention.

449. **Le contrôle constitutionnel, remède incertain à la large ouverture européenne de la détention pénale de sûreté.** Le Conseil constitutionnel, saisi du contrôle de la rétention de sûreté¹⁹³³, a forgé au cours de cet examen la trilogie de l'interdiction de toute rigueur nécessaire¹⁹³⁴, composée de la nécessité, de la proportionnalité et de l'adaptation de la privation de liberté, servant au crible abstrait de la délimitation de celle-ci. Cette formalisation des principes applicables marquait son intention de réaliser un contrôle poussé de la détention pénale de sûreté, de nature à la borner strictement, solution indispensable au regard de sa large admission dans la jurisprudence européenne. L'examen du Conseil constitutionnel reste toutefois peu éclairant, au regard de la méthodologie globale employée, le Conseil constitutionnel accumulant, le plus souvent, sans distinction, ni hiérarchie, les protections législatives¹⁹³⁵, tout en prenant soin de ne pas généraliser son raisonnement. Au-delà des évidences¹⁹³⁶, seuls quelques éléments du contrôle apparaissent en pointe¹⁹³⁷. Quant à l'étendue *stricto sensu* de la privation de liberté, si la décision semblait conditionner à deux reprises l'usage de la détention pénale de sûreté aux seules personnes particulièrement

¹⁹³³ Cons. const., déc. n° 2008-562 DC du 21 févr. 2008 portant sur la loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental : *J. O.*, 26 févr. 2008, p. 3272 ; *RSC*, 2008, p. 731, comm. CH. LAZERGES ; *D.*, 2008, p. 1359, comm. Y. MAYAUD ; *JCP*, 2008, actu., n° 166, obs. B. MATHIEU ; *JCP*, 2008, II, n° 10077, comm. J.-PH. FELDMAN.

¹⁹³⁴ V. *supra*, n° 356 et s.

¹⁹³⁵ Cette méthodologie est particulièrement visible pour le contrôle de l'adéquation : le Conseil constitutionnel s'est contenté de décrire le mécanisme législatif prévu pour obtenir la preuve médicale, pour en déduire sobrement que « *ces dispositions constituent des garanties adaptées pour réserver la rétention de sûreté aux seules personnes particulièrement dangereuses parce qu'elles souffrent d'un trouble grave de la personnalité* » [déc. n° 2008-562 DC du 21 févr. 2008 : *préc.* ; consid. n° 14 et s.]. Cette méthodologie a été aussi employée pour valider l'entier contrôle judiciaire de la rétention de sûreté, placée dans la rubrique du contrôle de proportionnalité, l'accumulation des éléments législatifs permettant au Conseil constitutionnel de conclure que « *le législateur a assorti la procédure de placement en rétention de sûreté de garanties propres à assurer la conciliation qui lui incombe entre, d'une part, la liberté individuelle dont l'article 66 de la Constitution confie la protection à l'autorité judiciaire et, d'autre part, l'objectif de prévention de la récidive poursuivi* » [*ibid.*, consid. n° 22 et s.].

¹⁹³⁶ Ainsi le Conseil constitutionnel a rappelé le nécessaire contrôle juridictionnel périodique du maintien de la nécessité de la détention durant son cours [*ibid.*, consid. n° 22 : « *l'autorité judiciaire conserve la possibilité d'interrompre à tout moment la prolongation du maintien en rétention, de sa propre initiative ou à la demande de la personne retenue, lorsque les circonstances de droit ou de fait le justifient* »], apprécié au regard du maintien de la dangerosité [*ibid.*, consid. n° 23 : « *le législateur a entendu qu'il soit régulièrement tenu compte de l'évolution de la personne et du fait qu'elle se soumet durablement aux soins qui lui sont proposés* »], ou encore que la nécessité du placement s'apprécie au regard de l'impossibilité d'obtenir le résultat escompté au moyen d'une autre mesure moins attentatoire [*ibid.*, consid. n° 17 : « *la rétention de sûreté ne saurait constituer une mesure nécessaire que si aucune mesure moins attentatoire à cette liberté ne peut suffisamment prévenir la commission d'actes portant gravement atteinte à l'intégrité des personnes* »].

¹⁹³⁷ En étudiant dans la rubrique de la proportionnalité le contrôle judiciaire réalisé sur la privation de liberté dès la décision juridictionnelle de placement, l'usage de la proportionnalité semble viser l'étendue de ce contrôle, que le Conseil constitutionnel impose ainsi large [*ibid.*, consid. n° 22]. En chargeant, dans l'étude de la nécessité, la juridiction, prononçant la rétention de sûreté, de « *vérifier que la personne condamnée a effectivement été mise en mesure de bénéficier, pendant l'exécution de sa peine, de la prise en charge et des soins adaptés au trouble de la personnalité dont elle souffre* », le Conseil constitutionnel a défendu strictement l'efficacité du principe de l'adéquation matérielle de la privation de liberté.

dangereuses, les formulations en cause restaient ambiguës, au sein du contrôle de l'adéquation¹⁹³⁸ et au sein du contrôle de la nécessité¹⁹³⁹, et leur portée restait incertaine¹⁹⁴⁰ : au moins le Conseil constitutionnel a-t-il posé un outil de nature à s'opposer au trop large déploiement de ce cas de privation de liberté.

450. **L'efficacité relative de la concurrence : la participation de la Cour européenne au recours croissant de la détention sûreté.** La large admission par la Cour européenne des droits de l'Homme de la détention pénale de sûreté par nature appelle les mêmes critiques que celles formulées contre la rétention de sûreté française¹⁹⁴¹ et apparaissent plus justifiées encore, dès lors que la délimitation qu'elle établit est plus large encore. Au-delà du dégagement d'un pouvoir discrétionnaire des autorités nationales concernant l'appréciation de la dangerosité concrète, admissible à la rigueur pour une juridiction internationale, c'est plus largement la délimitation abstraite de la privation de liberté qui est abandonnée au pouvoir discrétionnaire des États, en négation du mécanisme de la liste de l'article 5 § 1^{er} et du principe d'interprétation stricte, qui devrait s'appliquer à la détention pénale de sûreté à deux titres, d'abord pour ne pas être consacrée clairement dans le texte de la Convention, ensuite pour constituer une exception à la concurrence. Finalement, la seule borne sûre de la détention *sûreté* réside dans l'interdiction du pur internement administratif¹⁹⁴², tenant dans la détention de longue durée de la personne menaçant l'ordre public, sans que sa dangerosité ne trouve sa source dans des troubles mentaux, ou dans une condamnation pénale précédente¹⁹⁴³.

¹⁹³⁸ Si le Conseil constitutionnel a vérifié que le législateur avait réservé « *la rétention de sûreté aux seules personnes particulièrement dangereuses parce qu'elles souffrent d'un trouble grave de la personnalité* » [*ibid.*, consid. n° 16], c'est pour vérifier que le législateur n'a pas dépassé les propres bornes qu'il s'était fixé à travers son objectif, et non pour vérifier que le législateur n'avait pas dépassé les bornes constitutionnelles.

¹⁹³⁹ Si le Conseil constitutionnel a vérifié que « *la rétention de sûreté ne saurait constituer une mesure nécessaire que si aucune mesure moins attentatoire à cette liberté ne peut suffisamment prévenir la commission d'actes portant gravement atteinte à l'intégrité des personnes* », la description du trouble à l'ordre public ne sert pas non plus à délimiter l'usage de la détention pénale de sûreté, mais à établir le résultat servant la comparaison entre le recours à la privation de liberté et les autres mesures moins attentatoires et établissant la nécessité du placement.

¹⁹⁴⁰ Quant au contrôle de proportionnalité, le Conseil constitutionnel se réfère d'ailleurs au simple « *objectif de prévention de la récidive* », sans le qualifier plus [*ibid.*, consid. n° 22].

¹⁹⁴¹ V. *supra*, n° 430.

¹⁹⁴² V. pour les derniers cas d'internement administratif en France, ceux en lien avec les événements d'Algérie, L. PHILIP, « Les internements administratifs » ; *D.*, 1962, chron., n° 22.

¹⁹⁴³ Cette interdiction ressort implicitement du rejet du maintien en détention de l'étranger dangereux, malgré la compromission de son éloignement [v. *infra*, n°1010 et s.].

451. **L'insuffisance du filtre statique : la privation de liberté, outil commun de la politique législative de protection de l'ordre public.** Si la nécessité abstraite de la peine privative de liberté fait l'objet d'un contrôle supra-légal faible, plusieurs justifications sérieuses l'expliquent. La commission d'une infraction consomme l'atteinte à l'ordre public et légitime, de manière évidente, la réaction de l'État. La souveraineté des États et la liberté du choix de la politique criminelle seraient des obstacles à un contrôle supra-légal plus poussé de la délimitation de la privation de liberté. Ni la détention *moyen* ni la détention *sûreté* ne font pourtant l'objet d'un contrôle plus élevé, malgré la mise en péril de l'ordre public plus évanescence. C'est finalement le domaine entier de la nécessité abstraite de la privation de liberté qui se trouve laissé à la politique législative de la protection de l'ordre public, sans modération stricte, et seuls les excès les plus lourds se trouvent sanctionnés. La privation de liberté reste un instrument commun de cette politique, alors pourtant que les principes mêmes de nécessité et de proportionnalité dans leur dimension abstraite ont justement comme essence d'en réserver un usage exceptionnel. Un contrôle minimal du filtre dynamique n'est dans tous les cas pas admissible dès lors que la prolongation de la privation de liberté hausse son caractère afflictif.

Chapitre II./ LE DROIT DE NE PAS SUBIR UNE RIGUEUR NON PROPORTIONNÉE : L'INSUFFISANCE DU FILTRE DYNAMIQUE

452. Le filtre dynamique et l'approche globale de la privation de liberté.

L'approche globale, celle qui s'intéresse au chaînage successif de la privation de liberté, indépendamment de l'existence de plusieurs titres distincts, illustre bien l'image du filtre de la proportionnalité abstraite, tandis que la poursuite de la détention, de l'arrestation au titre le plus pérenne de la privation de liberté, est soumise à des conditions de plus en plus restrictives, la mise en péril de l'ordre public devant être plus fermement démontrée à chaque maillon¹⁹⁴⁴. Le contrôle sévère de la délimitation de la privation de liberté nécessite d'appliquer la même progression, y compris à l'intérieur du même titre de détention, dans l'approche fractionnée du contrôle supra-légal de la délimitation de la privation de liberté.

453. La proportionnalité abstraite de la privation de liberté : la fixation législative des conditions de la prolongation. La durée de la privation de liberté peut être fixée à l'avance dès le placement, et au sens strict, sa fixation intègre le filtre statique. Elle peut être au contraire indéterminée au moment du placement, même lorsqu'une durée indépassable est établie, et le filtre dynamique, qu'il revient au législateur d'établir sous le contrôle supra-légal, est alors indispensable pour s'assurer que le maintien en privation de liberté reste proportionné¹⁹⁴⁵. La disproportion de la privation de liberté peut résulter d'abord de sa prolongation au-delà de la durée strictement nécessaire, alors que celle-ci n'a plus d'intérêt ou que sa *ratio legis* s'est éteinte. Dans une dimension plus moderne, la disproportion peut résulter aussi, malgré le maintien de la pertinence de la privation de liberté, du fait de l'affliction trop sévère qu'elle génère. L'investissement par le législateur de sa compétence pour délimiter la privation de liberté suppose qu'il organise l'exécution de la privation de liberté, pour prévenir ces deux cas de disproportion.

¹⁹⁴⁴ Si le Conseil constitutionnel recourt à l'appréciation globale pour apprécier la célérité de la première intervention judiciaire [v. *infra*, n° 743], il ne semble pas utiliser celle-ci pour apprécier l'étendue de la privation de liberté, validant, par exemple, la rétention aux fins de défèrement, sans exiger des conditions plus strictes que celles du placement et de la prolongation de la garde à vue de droit commun, alors que ces privations de liberté se succèdent nécessairement, si bien que la durée déjà écoulée de privation de liberté renforce l'effet afflictif de la rétention [v. *supra*, n° 384].

¹⁹⁴⁵ V. *supra*, n° 93 et s.

454. **La proportionnalité abstraite de la durée de la privation de liberté : le maintien de la *ratio legis*¹⁹⁴⁶ au cours de son exécution.** Dès lors que la détention *moyen* a pour objectif l'exécution d'une obligation et s'achève à l'accomplissement de celle-ci¹⁹⁴⁷, une durée prévisible normale est aisément déterminable. La proportionnalité abstraite de la détention s'exprime par la fixation d'une durée maximale, dont l'épuisement revient à caractériser l'impossibilité d'exécuter l'obligation et doit entraîner la libération, alors que la *ratio legis* de la privation de liberté a disparu. Le raffinement suppose même que le législateur fixe une durée normale à l'exécution de l'obligation, au-delà de laquelle seules des hypothèses exceptionnelles justifient une période de prolongation de privation de liberté supplémentaire.

455. La mesure de sûreté n'a pas à être enserrée ni par une durée maximale¹⁹⁴⁸, ni par la fixation de conditions plus restrictives au fil de sa durée, car tant que la dangerosité perdure, sa *ration legis* n'est pas éteinte. Cependant, l'adéquation matérielle de la privation de liberté, en lien avec la protection de la personne détenue, propre à ce cas de privation de liberté¹⁹⁴⁹, impose de lui apporter un contenu de nature à assurer la résorption de sa dangerosité, et la privation de liberté ne peut servir seulement à le reléguer. Dès lors, l'absence de ce traitement adapté ou son retard ont pour effet de reporter la réadaptation¹⁹⁵⁰ et de prolonger la privation de liberté au-delà de la durée strictement nécessaire à son acquisition. Cette exigence, qui bouscule de nouveau la conception traditionnelle reléguant l'exécution de la privation de liberté en dehors du domaine des droits fondamentaux¹⁹⁵¹, impose en conséquence au législateur d'organiser cette adéquation matérielle, qui se fonde dans la proportionnalité.

¹⁹⁴⁶ Si nous avons évoqué la notion de bien juridique de la privation de liberté, c'est-à-dire la valeur protégée par elle, qui justifie le principe même du recours à celle-ci, au niveau supra-légal [v. *supra*, n° 354 et s.], la notion de *ratio legis* s'intéresse au motif de la privation de liberté, fixée par le législateur et qui sert au contrôle supra-légal pour s'assurer que celui-ci n'est pas dévoyé. Le respect de la *ratio legis* justifie la sanction du détournement de la privation de liberté par l'autorité d'application [v. *supra*, n° 214 et s.]. Le respect de la *ratio legis* justifie la sanction de la transposition défectueuse du législateur de sa propre intention, justifiant le contrôle supra-légal de l'adéquation juridique [pour le placement, v. *supra*, n° 412 et s. et pour le maintien, v. *infra*, n° 459] ou même de l'adéquation matérielle [v. *infra*, n° 476 et s.]. En revanche, la fixation supra-légale du sens de la privation de liberté empêche le législateur de s'en écarter et le contrôle de l'adéquation ne s'opère plus véritablement par rapport à l'intention législative, mais au regard de ce sens fixé dans les principes supra-légaux. La concurrence des biens juridiques de protection de la personne privation de liberté et de protection de l'ordre public aboutit à fixer le sens de la détention *sûreté* dans les principes supra-légaux [v. *supra*, n° 397 et s.], interdisant au législateur d'y déroger, par exemple en adoptant une détention *sûreté* de pure relégation [v. *supra*, n° 411].

¹⁹⁴⁷ V. *supra*, n° 375 et s.

¹⁹⁴⁸ Même si la poursuite de la détention au-delà d'une durée appréciée comme normale devrait impérativement entraîner un examen encore plus approfondi du maintien du motif de privation de liberté.

¹⁹⁴⁹ V. *supra*, n° 396 et s.

¹⁹⁵⁰ Ou constitue plus précisément une perte de chance de l'obtenir plus rapidement.

¹⁹⁵¹ V. pour l'extension de la légalité dans la matière de la privation de liberté, *supra*, n° 187 et s.

456. La détention *sanction* se caractérise, dans sa présentation classique, par la poursuite du seul objectif de punition, constamment maintenu durant son exécution, sauf à dépasser la durée de la peine, fixée à l'origine par la juridiction. En conséquence, seul le filtre originel de la nécessité abstraite sert à encadrer la norme privative de liberté, en intégrant le rapport de proportion entre la gravité de l'infraction et la peine encourue¹⁹⁵², si bien qu'aucun contrôle juridictionnel périodique n'est imposé durant son cours, ni aucun contenu visant à obtenir la réadaptation. Une rupture dans la privation de liberté apparaît entre la détention *sanction*, dépourvue de filtre dynamique, et les autres, pourvues d'une telle délimitation, au cours de leur exécution. La remise en cause de cette solution dans les principes supra-légaux est indispensable à l'unification de la privation de liberté, celle-ci passant par la fixation supra-légale d'un sens à la peine enrichi par rapport à son sens univoque, le dépassement de la simple punition nécessitant d'y appliquer, au cours de son exécution, le contrôle de la proportionnalité de la durée.

457. **La proportionnalité abstraite de l'affliction de la privation de liberté : la prévention du traitement inhumain et dégradant.** La Cour européenne des droits de l'Homme a développé les apports les plus novateurs du contrôle de l'exécution de la détention, sur le fondement de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme et de l'interdiction du traitement inhumain et dégradant, faisant de la dignité un nouveau principe directeur d'encadrement de la privation de liberté¹⁹⁵³. Si elle n'est saisie que d'un cas concret de la violation de la Convention en principe, sa jurisprudence a une portée plus importante : la Cour européenne des droits de l'Homme tend à s'exonérer de l'appréciation *in concreto*, dans une appréciation de plus en plus objective du traitement inhumain et dégradant, aboutissant à forger un standard abstrait, pratiquement normatif, encadrant la proportionnalité de la privation de liberté¹⁹⁵⁴, dans une dimension nouvelle, régulant sa sévérité. Une telle évolution milite une nouvelle fois pour une extension de la légalité dans le domaine de la privation de liberté.

¹⁹⁵² V. *supra*, n° 365 et s.

¹⁹⁵³ V. *supra*, n° 108 et s.

¹⁹⁵⁴ Les apports du standard européen s'appliquent principalement dans le cours de la privation de liberté, soit à cause de la survenue d'un événement particulier pendant celle-ci, modifiant brutalement l'affliction générée par la privation de liberté, soit par la croissance progressive de l'affliction au fil du temps.

458. **L'insuffisance du filtre dynamique.** Ce renouvellement du contrôle de la proportionnalité abstraite de la privation de liberté¹⁹⁵⁵ aboutit à accroître son contrôle et les droits de la personne privée de liberté, dans un mouvement qui n'a pas d'équivalent d'ailleurs pour le contrôle de la nécessité abstraite¹⁹⁵⁶. L'insuffisance du contrôle de la proportionnalité abstraite ressort toutefois de la relativité du droit à ne pas être privé de liberté au-delà de la durée strictement nécessaire (*Section I*) et de la relativité du droit à ne pas être privé de liberté au-delà de l'affliction strictement nécessaire (*Section II*).

¹⁹⁵⁵ Et du renforcement du droit de ne pas subir une rigueur non proportionnée, du fait de la subjectivisation de la protection objective contre la privation de liberté [v. *supra*, n° 37 et s.].

¹⁹⁵⁶ V. *supra*, n° 364 et s.

Section I./ LA RELATIVITÉ DU DROIT DE NE PAS ÊTRE PRIVÉ DE LIBERTÉ AU-DELÀ DE LA DURÉE STRICTEMENT NÉCESSAIRE

459. **L'adéquation juridique de la privation de liberté au cours du maintien : l'organisation du droit à la libération immédiate, en cas du constat de l'extinction de la *ratio legis* de la privation de liberté.** Comme une évidence, la détention *sanction* ne peut se prolonger au-delà de sa durée fixée par la juridiction¹⁹⁵⁷, la privation de liberté *moyen* ne peut se prolonger au-delà de l'exécution de l'obligation¹⁹⁵⁸, et la privation de liberté *sûreté* ne peut se prolonger au-delà de la disparition de l'état dangereux¹⁹⁵⁹, sous peine de caractériser à chaque fois une privation de liberté arbitraire, pour être détournée de l'objectif initial de celle-ci¹⁹⁶⁰. Cette expression minimale du droit de ne pas être privé de liberté au-delà de la durée strictement nécessaire est primordiale pour la détention *sûreté*, puisqu'à la différence de la détention *sanction* et de la détention *moyen*, aucune durée maximale abstraite n'est obligatoirement fixée. Il revient en conséquence au législateur d'établir les modalités du contrôle du maintien de la *ratio legis* et celles de la libération une fois le constat de l'extinction obtenu, indépendamment de l'organisation du contrôle judiciaire périodique, sous le contrôle supra-légal de l'adéquation juridique, appliquée au maintien en privation de liberté¹⁹⁶¹. La notion concerne principalement la détention *sûreté*, et impose au

¹⁹⁵⁷ La poursuite de l'exécution d'une peine privative de liberté au-delà du *quantum*, en raison de la non prise en compte d'une remise de peine automatique, [CEDH, sect. III, 2 mars 2006, *Pilla c. Italie*, req. n° 64088/00] ou en raison de la mauvaise imputation d'une durée de détention antérieure [CEDH, sect. IV, 26 mars 2013, *Barborski c. Bulgarie*, req. n° 12811/07, en angl.], viole la Convention et ne relève plus de l'article 5 § 1^{er}-a).

¹⁹⁵⁸ La privation de liberté afin de garantir une obligation, prévue par l'article 5 § 1^{er}-b), doit cesser « *dès qu'il est satisfait à l'obligation visée* » [CEDH, 24 mars 2005, *Epplé c. Allemagne*, req. n° 77909/01 : RSC, 2006, p. 431, chron. F. MASSIAS ; § 37]. Puisque « *seul le déroulement de la procédure d'expulsion* » justifie la privation de liberté fondée sur l'alinéa 5 § 1^{er}-f), le terme de la procédure d'expulsion met fin à la privation de liberté [CEDH, gde ch., 15 nov. 1996, *Chahal c. Royaume-Uni*, req. n° 22414/93 : Rec. CEDH, 1996-V ; RSC, 1997, p. 452, p. 458, p. 462 et p. 485, obs. R. KOERING-JOULIN ; *ibid.*, p. 687, obs. L.-E. PETTITI ; AJDA, 1997, p. 977, chron. J.-F. FLAUSS ; § 113]. En revanche, la mesure provisoire de la Cour européenne des droits de l'Homme empêchant l'éloignement de l'étranger n'impose pas la libération de l'étranger en rétention administrative, dès lors que rien n'empêche la Cour de statuer au fond, en théorie du moins, avant le terme de la durée de détention [Cass. civ. I, 19 déc. 2012, n° 11-24.750 : *inédit*]. Une décision interne rappelle que l'obtention de la justification de l'identité doit entraîner le terme de la vérification [Cass. crim., 16 déc. 2003, n° 03-84.746 : *inédit* ; Dr. pén., 2004, comm. n° 57, 2^{ème} arrêt, obs. A. MARON].

¹⁹⁵⁹ C'est ainsi que l'internement des aliénés ne peut se prolonger qu'avec la persistance des troubles mentaux [CEDH, ch., 24 oct. 1979, *Winterwerp c. Pays-Bas*, req. n° 6301/73 : Rec. CEDH, série A, n° 33 ; § 39].

¹⁹⁶⁰ Une première atteinte à ce principe, générale à la privation de liberté, réside dans l'admission que les formalités administratives nécessaires à l'exécution du titre de libération justifient une prolongation de la privation de liberté de quelques heures. À la condition que la Cour européenne exerce un contrôle particulièrement élevé de cette détention pour exécution de la libération, celle-ci ne reste qu'une atteinte légère au principe. [v. *infra*, note n° 3590].

¹⁹⁶¹ V. pour l'adéquation juridique lors du maintien, *supra*, n° 412 et s.

législateur d'organiser le contrôle régulier, notamment médical, de la persistance de la dangerosité¹⁹⁶².

460. **Le droit des autorités à la prudence lors du constat de l'extinction de la *ratio legis*.** Dans le domaine de la détention *sûreté*, la jurisprudence européenne accorde une souplesse aux autorités, pour maintenir en détention au-delà des premières appréciations médicales¹⁹⁶³ constatant la fin de l'état dangereux, dans l'attente de l'obtention d'une conviction plus forte¹⁹⁶⁴. Cette jurisprudence doit nécessairement être limitée aux hypothèses d'exceptionnelle dangerosité, et la Cour ne l'admet d'ailleurs pas sans motif légitime¹⁹⁶⁵.

461. Pour l'internement d'office et à la différence de l'internement à la demande d'un tiers¹⁹⁶⁶, le Conseil constitutionnel a aussi consacré ce droit à la prudence, en validant que l'autorité administrative ne soit pas tenue de lever l'internement d'office en présence d'un avis médical concluant à son absence de nécessité, à la condition de prévoir « un réexamen à bref délai de la situation de la personne hospitalisée permettant d'assurer que son hospitalisation est nécessaire »¹⁹⁶⁷, ce que le législateur a organisé¹⁹⁶⁸. Le droit

¹⁹⁶² La Cour européenne des droits de l'Homme rappelle que la législation nationale doit organiser le contrôle médical périodique de l'ampleur des troubles mentaux de l'aliéné [v. *supra*, n° 412 et s.]. Le Conseil constitutionnel, lors de son examen de la rétention de sûreté, vérifiait que « le législateur a entendu qu'il soit régulièrement tenu compte de l'évolution de la personne et du fait qu'elle se soumet durablement aux soins qui lui sont proposés » [déc. n° 2008-562 DC du 21 févr. 2008 : *préc.* ; consid. n° 23]

¹⁹⁶³ Pour être prise en cause, les constatations doivent bien provenir de l'autorité médicale compétente pour poser un diagnostic [CEDH, 5 oct. 2004, *H. L. c. Royaume-Uni*, req. n° 45508/99 : *Rec. CEDH*, 2004-IX ; § 100].

¹⁹⁶⁴ CEDH, 24 nov. 1997, *Johnson c. Royaume-Uni*, req. n° 22520/93 : *Rec. CEDH*, 1997-VII ; § 61 : « ce n'est pas parce que des institutions spécialisées ont constaté la disparition du trouble mental qui a motivé l'hospitalisation forcée d'un patient que celui-ci doit être automatiquement élargi sur-le-champ et sans conditions pour reprendre une vie normale dans la société ». La Cour fonde cette solution sur les particularités de la maladie mentale, dès lors qu'« il est impossible d'établir sans aucun risque d'erreur si la disparition des symptômes d'une maladie vaut confirmation d'une guérison totale » [Johnson : *préc.* ; § 61], justifiant ainsi une certaine « prudence » des autorités [CEDH, ch., 23 févr. 1984, *Luberti c. Italie*, req. n° 9019/80 : *Rec. CEDH*, série A, n° 75 ; § 29]. Ces deux affaires concernaient des aliénés particulièrement dangereux, l'un ayant commis un homicide pour lequel il avait été jugé irresponsable, l'autre ayant commis plusieurs violences sur les passants.

¹⁹⁶⁵ CEDH, sect. V, 22 oct. 2009, *Trajce Stojanovski c. « L'Ex-République Yougoslave de Macédoine »*, req. n° 1431/03. En l'espèce, seules les craintes du voisinage suscitées par une éventuelle libération avaient justifié le maintien en détention.

¹⁹⁶⁶ Pour l'internement à la demande d'un tiers, l'autorité médicale autorise seule la libération, par un certificat médical émis par un psychiatre de l'établissement, que cet avis soit obligatoire ou spontané [art. L. 3212-8 CSP], cette particularité constituant une des distinctions fondamentales entre les deux modes d'hospitalisation forcée.

¹⁹⁶⁷ Cons. const., déc. n° 2011-135/140 QPC du 9 juin 2011, [*M. B. et autre*] : *J. O.*, 10 juin 2011, p. 9892 ; *Constitutions*, 2011, p. 400, obs. X. BIOY ; *RFDA*, 2012, p. 629, K. BLAY-GRABARCZYK ; consid. n° 10.

¹⁹⁶⁸ Dans le cas d'un premier avis réfutant la nécessité du maintien en internement, le législateur exige désormais un deuxième avis rapide, entraînant ou la libération si le deuxième avis médical est concordant, ou la saisine du juge des libertés et de la détention si celui-ci est discordant [art. L. 3213-5 et L. 3213-9-1 CSP]. Au regard de la jurisprudence de la Cour, le juge des libertés et de la détention, en présence du second avis contradictoire, est donc libre de prolonger la privation de liberté, par prudence. On peut regretter toutefois que la loi n'impose pas dans ce cas un contrôle plus intensif de la nécessité médicale de la privation de liberté, validée par le juge, mais sur laquelle un doute pèse désormais, par une nouvelle saisine obligatoire du juge dans un délai proche [celle-ci doit toujours intervenir au plus tard six mois après la précédente décision selon l'art. L. 3211-12-1 CSP] et par

commun de l'internement d'office oblige toutefois à la libération, lorsque deux certificats médicaux consécutifs concluent au défaut de nécessité médicale de l'hospitalisation forcée. La prudence accordée pour maintenir en détention, malgré le constat médical de la guérison, est largement plus forte pour l'aliéné exceptionnellement dangereux¹⁹⁶⁹, tant la preuve médicale de la guérison obligatoire pour permettre à l'autorité administrative de libérer est sévère¹⁹⁷⁰, et si le Conseil constitutionnel a refusé de subordonner le pouvoir de libération du juge judiciaire à l'autorité médicale¹⁹⁷¹ à la différence de l'autorité de police, il a admis son obligation de diligenter les mêmes avis et expertises, avant de libérer¹⁹⁷².

462. À juste titre, le Conseil constitutionnel a censuré l'étendue des régimes dérogatoires s'appliquant à l'aliéné exceptionnellement dangereux, sans pour autant remettre en cause les conditions plus sévères à la mainlevée¹⁹⁷³. Plus largement, le développement généralisé du référé-détention aboutit à reporter l'efficacité du constat judiciaire de l'extinction des motifs de la privation de liberté à la décision du juge de second degré¹⁹⁷⁴. S'il est sûrement justifié dans des hypothèses exceptionnelles d'admettre que les autorités nationales ou judiciaires usent d'une certaine prudence, le droit national tend progressivement à l'étendre, même en dehors de la mesure de sûreté, contribuant aussi à l'accroissement de la privation de liberté, dont l'entrée est facilitée et la sortie compliquée.

463. **Le défaut du contrôle supra-légal de la libération sous condition.** En rognant toujours sur le pouvoir de libération au nom de la prudence, le développement dans la législation moderne de la libération sous condition¹⁹⁷⁵ apparaît essentiel pour permettre de soumettre la personne détenue à une période probatoire et obtenir la conviction de l'extinction du motif de la privation de liberté. Pour autant, la libération sous condition reste une atteinte aux libertés fondamentales, souvent à la liberté d'aller et venir, et doit obéir également aux principes de nécessité et de proportionnalité, sans devenir une condition

un avis médical obligatoire rapproché [celui-ci doit intervenir obligatoirement tous les mois, en vertu de l'art. L. 3213-3 du Code de la santé publique].

¹⁹⁶⁹ V. *supra*, n° 412.

¹⁹⁷⁰ Le terme de la dangerosité doit être constaté par deux psychiatres n'exerçant pas dans l'établissement de soins et par le collège de trois psychiatres exerçant dans l'établissement et réuni par le directeur de l'établissement [art. L. 3213-9-1 CSP].

¹⁹⁷¹ V. *infra*, n° 698 et s.

¹⁹⁷² Art. L. 3211-12 CSP.

¹⁹⁷³ Cons. const., déc. n° 2012-235 QPC du 20 avr. 2012, [*Association cercle de réflexion et de proposition d'actions sur la psychiatrie*] : *J. O.*, 21 avr. 2012, p. 7194 ; *RFDA*, 2012, p. 629, note K. BLAY-GRABARCZYK ; *Dr. adm.*, 2012, comm. n° 61, note C. CASTAING. Le Conseil constitutionnel n'est pas revenu sur les mécanismes en eux-mêmes restreignant ou alourdissant la décision de libération, exigeant simplement une meilleure délimitation des aliénés exceptionnellement dangereux, soumis à ce régime dérogatoire [v. *supra*, n° 412].

¹⁹⁷⁴ V. *infra*, n° 705 et s.

¹⁹⁷⁵ Au-delà même du mécanisme de la libération conditionnelle, particulier à la peine.

automatique de la libération définitive¹⁹⁷⁶. La libération sous condition n'intègre pas le standard minimum européen, ni pour la peine privative de liberté¹⁹⁷⁷, ni pour l'internement de l'aliéné¹⁹⁷⁸.

464. L'altération du droit de ne pas être privé de liberté au-delà de la durée strictement nécessaire. Même dans son expression minimale, tenant dans le droit d'être libéré en cas du constat de l'extinction de la *ratio legis*, le droit de ne pas être privé de liberté au-delà de la durée strictement nécessaire est déjà altéré. Son altération résulte plus lourdement du défaut de réserve du maintien de la privation de liberté aux hypothèses les plus graves de mise en péril de l'ordre public (§1) et à l'insuffisance du contrôle supra-légal de l'adéquation matérielle de la privation de liberté, ce dernier élément aboutissant à la consécration relative du droit d'être détenu dans un lieu assurant un contenu adapté au motif de la privation de liberté (§2).

¹⁹⁷⁶ Le législateur, dans cet esprit, soumet en matière pénale, pour des condamnations très lourdes, l'obtention de la libération conditionnelle à l'obtention préalable d'autres aménagements de peine, à titre probatoire [v. l'art. 730-2 CPP].

¹⁹⁷⁷ La Cour européenne des droits de l'Homme a toutefois tiré toutes les conséquences du choix de l'État de dépasser le standard en estimant que la libération conditionnelle de la peine, lorsqu'elle interrompt le cours de la peine perpétuelle, marque la fin de la partie répressive et ouvre le droit à un contrôle périodique de la privation de liberté, en cas de réincarcération [v. *infra*, n° 771 et s.]. Même les décisions internes de rejet de libération conditionnelle servent parfois à requalifier la peine perpétuelle en dehors de l'hypothèse de la réincarcération, si bien que la mesure se trouve au cœur des critères utilisés pour requalifier.

¹⁹⁷⁸ S'agissant de l'internement de l'aliéné, la Cour n'intègre pas dans son contrôle de la proportionnalité concrète de la privation de liberté l'obligation pour les autorités nationales d'étudier les mesures alternatives, comme elle le développe pour la détention provisoire [v. *infra*, n° 986], ou comme elle tend à l'exiger pour le placement [v. *supra*, n° 167]. La Cour européenne des droits de l'Homme reconnaît toutefois la conventionnalité de la libération sous condition, pour « *conserver un certain contrôle sur les progrès de cette personne après son retour à la vie dans la communauté et donc assortir sa libération de certaines conditions* » [Johnson : *préc.* ; § 63]. Lorsque la libération est subordonnée à l'admission de l'aliéné dans un établissement spécialisé non privatif de liberté et seulement si l'aliéné ne présente plus de symptômes, la Cour opère le contrôle du délai raisonnable de la réalisation de la condition et sanctionne le retard imputable aux autorités [Johnson : *préc.* ; § 63]. La Cour délègue même à la charge de l'autorité qui a accordé la libération l'obligation de « *surveiller à intervalles réguliers* » l'exécution de la condition [Johnson : *préc.* ; § 66]. En revanche, ce contrôle de la Cour ne s'applique pas lorsque des symptômes persistent, et que la décision de libération impose aussi un traitement et un suivi médical [CEDH, sect. IV, 21 juin 2005, *Kolanis c. Royaume-Uni*, req. n° 517/02 : *Rec. CEDH*, 2005-V ; § 7 et s.]. Aucun médecin n'avait accepté en l'espèce d'opérer le suivi médical en milieu ambulatoire, désapprouvant que l'aliéné retourne vivre au domicile parental, si bien que la décision n'avait pu être exécutée, et la Cour estimait que la régularité de la détention de l'aliéné se maintenait, sans avoir à prendre en compte la décision de libération hypothétique : la Cour refusait de tirer toutes les conséquences du choix des autorités de libérer sous condition l'aliéné, dans un cas pour lequel sa jurisprudence aurait permis sans doute le maintien en privation de liberté, refusant le contrôle de l'usage libéral de la libération sous condition.

**§ 1./ L'INSUFFISANTE RÉSERVE DU MAINTIEN DE LA PRIVATION DE LIBERTÉ AUX
HYPOTHÈSES LES PLUS GRAVES DE MISES EN PÉRIL DE L'ORDRE PUBLIC**

465. La réduction progressive de la délimitation de la détention *moyen*.

Le filtre progressif de la proportionnalité abstraite de la privation de liberté impose de soumettre la prolongation de la détention *moyen*, au-delà de la durée normale nécessaire à l'exécution¹⁹⁷⁹, à des conditions restrictives, et de réserver les durées extrêmes aux hypothèses dans lesquelles la mise en péril de l'ordre public est grave¹⁹⁸⁰. L'exemple de la détention provisoire, détention *moyen* la plus longue, illustre bien le mécanisme de la réduction progressive de son champ¹⁹⁸¹. Il reste cependant insuffisant dans les autres cas de détention *moyen*, tant concernant celle de police administrative, dont le maintien se détache de la mise en péril de l'ordre public (A), que concernant celle de police judiciaire, qui se détache de la gravité de l'infraction (B).

¹⁹⁷⁹ En reculant progressivement le délai de la première intervention judiciaire, le législateur avec l'aval du Conseil constitutionnel transforme progressivement le sens de cette intervention, qui vient en quelque sorte autoriser la détention au-delà de la période normale de détention, plutôt que servir à apprécier le plus rapidement possible la légalité de la privation de liberté dès son début et permet, en cas d'exécution rapide de l'obligation, ou même de résorption rapide de la dangerosité pour la détention *sureté*, de se passer du contrôle du juge de la privation de liberté. La privation de liberté de police devient ainsi un temps propre aux autorités de police pour réaliser leurs missions [v. *infra*, n° 724].

¹⁹⁸⁰ V. *supra*, n° 454.

¹⁹⁸¹ En matière correctionnelle, la détention provisoire est limitée à quatre mois, « si la personne mise en examen n'a pas déjà été condamnée pour crime ou délit de droit commun soit à une peine criminelle, soit à une peine d'emprisonnement sans sursis d'une durée supérieure à un an et lorsqu'elle encourt une peine inférieure ou égale à cinq ans » [art. 145-1 CPP]. Dans les autres cas, elle peut être prolongée par période de quatre mois, dans la limite d'un an, ou plus exceptionnellement dans la limite de deux ans, « lorsqu'un des faits constitutifs de l'infraction a été commis hors du territoire national ou lorsque la personne est poursuivie pour trafic de stupéfiants, terrorisme, association de malfaiteurs, proxénétisme, extorsion de fonds ou pour une infraction commise en bande organisée et qu'elle encourt une peine égale à dix ans d'emprisonnement » [*ibid.*]. De manière plus exceptionnelle, la durée limite de deux ans peut-être dépassée par une prolongation de quatre mois, décidée directement par la chambre de l'instruction, « lorsque les investigations du juge d'instruction doivent être poursuivies et que la mise en liberté de la personne mise en examen causerait pour la sécurité des personnes et des biens un risque d'une particulière gravité » [*ibid.*]. La détention provisoire après renvoi suit la même restriction progressive [art. 179 CPP].

A) Le détachement du contrôle de la proportionnalité de la détention moyen de police administrative à la mise en péril de l'ordre public

466. La décision d'éloignement, seule condition de la première prolongation de la rétention de l'étranger. La durée initiale de la rétention administrative, avant sa première prolongation judiciaire, est contrôlée par le biais de la célérité de celle-ci¹⁹⁸², le Conseil constitutionnel, dans sa jurisprudence la plus récente, dégageant au législateur une marge de plusieurs jours. L'intervention du juge judiciaire est donc nécessaire pour maintenir au-delà, sans que cette première prolongation n'ait jamais été subordonnée par le législateur à des conditions plus strictes que celles du placement¹⁹⁸³, sans remise en cause constitutionnelle¹⁹⁸⁴. La présomption de la nécessité abstraite de la privation de liberté de

¹⁹⁸² V. *infra*, n° 738 et s.

¹⁹⁸³ Il faut dire que l'esprit originel de la rétention administrative était d'organiser le contrôle judiciaire le plus rapidement possible, si bien que le temps de privation de liberté initial, sans contrôle judiciaire, restait mesuré, tandis la prolongation initiale apparaissait comme la continuation normale et nécessaire de la privation de liberté, pour permettre l'éloignement de l'étranger. Ainsi, la première mouture de la rétention administrative organisait la saisine du juge judiciaire au bout de vingt-quatre heures, celui-ci pouvant prolonger pour six jours [loi n° 81-973 du 29 oct. 1981 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France : *J. O.*, 30 oct. 1981, p. 2970 ; *D.*, 1982, chron., n° 26, comm. N. GUIMEZANES]. Le législateur avait précisé ultérieurement que le juge judiciaire, saisi au bout de vingt-quatre heures, bénéficiait de vingt-quatre heures pour se prononcer sur la prolongation, les six jours de détention supplémentaires ainsi obtenus débutant à partir de la prise de l'ordonnance [loi n° 89-548 du 2 août 1989 relative aux conditions de séjour et d'entrée des étrangers en France : *J. O.*, 8 août 1989, p. 9952 ; *JCP*, 1990, I, n° 3424, comm. N. GUIMEZANES ; *AJDA*, 1989, p. 586, comm. D. LOCHAK ; *D.*, 1990, p. 17, comm. F. JULIEN-LAFERRIÈRE]. Le législateur avait ensuite retardé la saisine du juge judiciaire au bout de quarante-huit heures de rétention, et la durée de la première prolongation de détention était portée à cinq jours, à partir de l'expiration du délai de quarante-huit heures [loi n° 97-396 du 24 avr. 1997 portant diverses dispositions relatives à l'immigration : *J. O.*, 25 avr. 1997, p. 6268 ; *JCP*, 1997, I, n° 4040, comm. N. Guimezanes]. Puis le législateur, tout en conservant la saisie du juge judiciaire au bout de quarante-huit heures, portait la durée de la première prolongation judiciaire à quinze jours [loi n° 2003-1119 du 26 nov. 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité : *J. O.*, 27 nov. 2003, p. 20136 ; *Procédures*, chron. n° 3, comm. V. MOREL ; *RSC*, 2004, p. 434, obs. P. PONCELA ; *AJP*, 2004, p. 102, D. LIGER ; *JCP*, 2003, actu., n° 592, obs. N. GUIMEZANES ; *ibid.*, 2004, actu., n° 23, obs. N. GUIMEZANES ; *AJDA*, 2004, p. 1904, comm. H. MANCIAUX]. Le système de droit positif retarde la saisine du juge judiciaire à cinq jours de rétention, celui-ci devant statuer dans les vingt-quatre heures de celle-ci. Le juge peut alors prolonger la rétention administrative pour une durée de vingt jours, le début de la prolongation étant placée rétroactivement au terme du premier délai de cinq jours [loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité : *J. O.*, 17 juin 2011, p. 10290 ; *Rev. crit. DIP*, 2011, p. 499, comm. D. TURPIN ; *RFDA*, 2011, p. 934, comm. H. LABEYLE ; *AJDA*, 2011, p. 1936, comm. O. LECUCQ ; *RDSS*, 2011, p. 940, note F. MANANGA (spéc. sur les mineurs isolés) ; *Dr. admin.*, 2001, étu. n° 17, comm. V. TCHEN ; *JCP A*, 2011, n° 2243, comm. V. BARBÉ ; *JCP A*, 2011, n° 2304, comm. L. DOMINGO]. Un tel report, accentué par l'éventuel placement antérieur en retenue pour vérification du droit au séjour, laisse la possibilité pour les autorités d'exécuter l'éloignement sans contrôle du juge de la privation de liberté [v ; *infra*, n° 902 et s.].

¹⁹⁸⁴ Celui-ci s'est principalement occupé des garanties accordées par la procédure à l'étranger. V. par ex. pour l'allongement de la durée de la première prolongation judiciaire de 5 à 15 jours, Cons. const., déc. n° 2003-484 DC du 20 nov. 2003 portant sur la loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité : *J. O.*, 27 nov. 2003, p. 20154 ; *Gaz. Pal.*, 2005, doct., p. 685, comm. J. BOYER ; consid. n° 51 ; *LPA*, 20 janv. (partie I) et 21 janv. (partie II) 2004, p. 10, comm. J.-É. SCHOETTL ; consid. n° 62 et s. Les auteurs

l'étranger¹⁹⁸⁵ se propage à la première prolongation de rétention, même pour l'étranger simplement en situation irrégulière, et déborde sur la proportionnalité abstraite. L'agrandissement constant de la durée de la période initiale de privation de liberté sans contrôle judiciaire, comme de la première prolongation judiciaire, implique sans doute de soumettre la première prolongation judiciaire à des conditions plus sévères de régularité, dès lors qu'en l'état de la législation, la simple situation irrégulière¹⁹⁸⁶ permet de retenir l'étranger jusqu'à vingt-cinq jours.

467. **L'abandon constitutionnel de la condition de menace qualifiée à l'ordre public pour la seconde prolongation judiciaire de rétention.** Seule l'hypothèse de la deuxième prolongation judiciaire exceptionnelle a fait l'objet d'un véritable contrôle constitutionnel de son étendue. Dès sa première confrontation à la rétention, le Conseil constitutionnel affirmait qu'une telle prolongation ne pouvait être admise qu'en cas « [d'] *urgence absolue et [de] menace de particulière gravité pour l'ordre public* »¹⁹⁸⁷. Le Conseil constitutionnel reprenait la même formulation en 1997, pour censurer le législateur, qui avait tenté une nouvelle fois d'instaurer une seconde prolongation judiciaire, cette fois-ci limitée, mais encore trop large par rapport à l'exigence de menace qualifiée pour l'ordre public¹⁹⁸⁸. Le législateur adoptait finalement par une loi, non soumise au Conseil constitutionnel, une seconde prolongation judiciaire, échappant, pour partie, à la menace qualifiée pour l'ordre public, en contradiction directe avec la jurisprudence constitutionnelle¹⁹⁸⁹. Le Conseil constitutionnel reculait et abandonnait finalement la

de la saisine avaient critiqué l'impact de la durée de la rétention sur le contrôle judiciaire plutôt que la durée en elle-même sur le fondement de la rigueur non nécessaire.

¹⁹⁸⁵ V. *supra*, n° 392 et s.

¹⁹⁸⁶ Sous réserve de l'appréciation juridictionnelle du bien-fondé de la privation de liberté.

¹⁹⁸⁷ Cons. const., déc. n° 86-216 DC du 3 sept. 1986 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France : *J. O.*, 5 sept. 1986, p. 10790 ; consid. n° 22. La seconde prolongation s'appliquait au-delà de six jours et seulement pour trois jours supplémentaires, pour tous les étrangers, y compris ceux dont l'éloignement était justifié uniquement par le séjour irrégulier.

¹⁹⁸⁸ Cons. const., déc. n° 93-325 DC du 13 août 1993 portant sur la loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France : *J. O.*, 18 août 1993, p. 11722 ; *RFDA*, 1993, p. 871, comm. B. GENEVOIS ; consid. n° 96 et s. La seconde prolongation judiciaire, d'une durée de trois jours, était circonscrite à l'hypothèse où l'étranger n'avait pas encore « *présenté de documents de voyage* ».

¹⁹⁸⁹ La seconde prolongation de trois jours était permise « *en cas d'urgence absolue et de menace d'une particulière gravité pour l'ordre public* » ou « *lorsque l'étranger n'a pas présenté à l'autorité administrative compétente de document de voyage permettant l'exécution [de la mesure d'éloignement] et que des éléments de fait montrent que ce délai supplémentaire est de nature à permettre l'obtention de ce document* » [loi n° 93-1417 du 30 décembre 1993 portant diverses dispositions relatives à la maîtrise de l'immigration et modifiant le Code civil : *J. O.*, 1^{er} janv. 1994, p. 11 ; *Rev. crit. DIP*, 1994, p. 1, comm. D. TURPIN ; *JCP*, 1994, actu., n° 100034, obs. N. GUIMEZANES].

condition, d'abord implicitement¹⁹⁹⁰, puis expressément en 2003¹⁹⁹¹. Le Conseil constitutionnel admettait même que des motifs ne pouvant être imputés au comportement de l'étranger justifient cette deuxième prolongation¹⁹⁹². Finalement, le caractère exceptionnel de la deuxième prolongation judiciaire tombait, seul le manque de diligences de l'administration semblant impropre à la fonder¹⁹⁹³. En conséquence, c'est presque la totalité de la rétention de l'étranger, désormais possible pour quarante-cinq jours, alors que le maximum originel en 1981 était de sept jours, et que la durée moyenne de rétention est de 10 jours¹⁹⁹⁴, qui échappe à tout contrôle des nécessité et proportionnalité abstraites de la privation de liberté¹⁹⁹⁵.

468. **La limite de l'internement administratif.** Dernièrement, seule la possibilité de détenir en rétention administrative durant dix-huit mois¹⁹⁹⁶ un étranger, en raison de ses liens avec des activités terroristes¹⁹⁹⁷ était censurée par le Conseil constitutionnel¹⁹⁹⁸. Une telle durée interrogeait sur la nature même d'une telle privation de

¹⁹⁹⁰ V. Cons. const., déc. n° 98-399 DC du 5 mai 1998 portant sur la loi relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile : *J. O.*, 12 mai 1998, p. 7092 ; *AJDA*, 1998, p. 489, comm. J.-E. SCHOETTL ; *RDSS*, 1998, p. 863, obs. É. ALFANDARI.

¹⁹⁹¹ Déc. n° 2003-484 DC du 20 nov. 2003 : *préc.* ; consid. n° 62 et s. Le Conseil validait directement la seconde prolongation judiciaire de rétention, pour quinze jours supplémentaires, « en cas d'urgence absolue ou de menace d'une particulière gravité pour l'ordre public, ou lorsque l'impossibilité d'exécuter la mesure d'éloignement résulte de la perte ou de la destruction des documents de voyage de l'intéressé, de la dissimulation par celui-ci de son identité ou de l'obstruction volontaire faite à son éloignement », ou pour cinq jours supplémentaires, lorsque « la mesure d'éloignement n'a pu être exécutée en raison du défaut de délivrance des documents de voyage par le consulat dont relève l'intéressé ou de l'absence de moyens de transport, et qu'il est établi [...] que l'une ou l'autre de ces circonstances doit intervenir à bref délai », ou lorsque « la délivrance des documents de voyage est intervenue trop tardivement, malgré les diligences de l'administration ».

¹⁹⁹² Si la seconde prolongation, dans une première branche, pour une durée de quinze jours, vise bien l'hypothèse du défaut de collaboration de l'étranger, la seconde branche, pour une durée de cinq jours, vise plus spécialement le défaut de collaboration de l'État dans lequel l'éloignement est réalisé.

¹⁹⁹³ Sans non plus que la loi n'en fasse une condition, notamment depuis la suppression dans la norme de la condition de nécessité [V. *supra*, n° 392 et s.].

¹⁹⁹⁴ Selon le rapport émanant des associations intervenant en centres et locaux de rétention administrative pour l'année 2011, la durée moyenne de la rétention était de 9,7 jours et seulement 9 % des étrangers subissent une rétention supérieure à vingt-cinq jours.

¹⁹⁹⁵ La dernière décision constitutionnelle sur le droit des étrangers ne modifiait aucunement ce contrôle faible de la seconde prolongation judiciaire [Cons. const., déc. n° 2011-631 DC du 9 juin 2011 portant sur la loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité : *J. O.*, 17 juin 2011, p. 10306 ; *AJDA*, 2011, p. 1174, obs. M.-C. DE MONTECLER ; *Constitutions*, 2012, p. 597, obs. V. TCHEN ; consid. n° 74 et s.].

¹⁹⁹⁶ Limitée d'abord à six mois, elle pouvait être renouvelée, en cas de perspective raisonnable d'exécution de la mesure d'éloignement pour douze mois lorsque, malgré les diligences de l'administration, l'éloignement ne pouvait être exécuté, en raison du manque de coopération de l'étranger, ou des retards subis pour obtenir du consulat concerné les documents de voyage nécessaires.

¹⁹⁹⁷ Soit ceux condamnés à une peine d'interdiction du territoire pour des actes de terrorisme ou ceux à l'encontre desquels une mesure d'expulsion a été prononcée pour un comportement lié à des activités à caractère terroriste pénalement constatées.

¹⁹⁹⁸ La disposition prévoyait des délais conformes à ceux de la directive *retour*, dont l'article 5 fixe une limite maximale à la rétention de l'étranger de six mois, tandis que son article 6 permet une prolongation supplémentaire de douze mois, en cas « du manque de coopération du ressortissant concerné d'un pays tiers », ou « des retards subis pour obtenir de pays tiers les documents nécessaires » [directive n° 2008/115/CE du

liberté, non plus justifiée par un éloignement, devenu impossible, mais uniquement par la volonté de se prémunir contre une menace exceptionnelle à l'ordre public, la détention devenant une pure mesure de sûreté, un internement administratif, déconnectée des troubles mentaux ou d'une condamnation pénale antérieure¹⁹⁹⁹, spéciale en plus à l'étranger, que le Conseil constitutionnel refusait de reconnaître, comme la Cour européenne des droits de l'Homme d'ailleurs²⁰⁰⁰. Ce faible contrôle constitutionnel de l'étendue de la détention *moyen* de l'étranger rejoint le faible contrôle européen concret de la même privation de liberté²⁰⁰¹, si bien le droit de l'Union européenne apparaîtrait presque comme le plus en pointe dans la protection de la liberté individuelle de l'étranger²⁰⁰². Le même défaut du contrôle de la proportionnalité abstraite se retrouve pour la détention *moyen* de police judiciaire.

B) Le détachement du contrôle de la proportionnalité de la détention moyen de police judiciaire de la gravité de l'infraction

469. **La faible restriction de la délimitation de la prolongation de droit commun.** La censure *a posteriori* de la garde à vue par le Conseil constitutionnel²⁰⁰³ concernait autant le défaut du droit à l'assistance de l'avocat, que l'étendue trop large de la garde à vue, des conditions de placement et de sa prolongation de droit commun²⁰⁰⁴. Le législateur les a restreintes dans sa réforme de sa garde à vue²⁰⁰⁵, sans progrès significatif : le placement en garde à vue est limité au suspect d'une infraction punie au moins d'une peine

Parlement européen et du Conseil du 16 déc. 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier].

¹⁹⁹⁹ La détention de sûreté pénale, celle visant la prévention de la récidive, suppose de caractériser l'existence d'un lien de causalité entre la condamnation initiale et le maintien en privation de liberté au terme de la peine [v. *supra*, n° 445 et s.].

²⁰⁰⁰ CEDH, gde ch., 19 févr. 2009, *A. et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 3455/05 : *Rec. CEDH* ; *RSC*, 2009, p. 672, obs. J.-P. MARGUÉNAUD.

²⁰⁰¹ V. *infra*, n° 1008 et s.

²⁰⁰² V. pour la fin de la pratique de la garde à vue destinée à la préparation de l'éloignement forcé, sur le fondement du droit communautaire, *supra*, n° 215 et s.

²⁰⁰³ Cons. const., déc. n° 2010-14/22 QPC du 30 juil. 2010, [M. W.] : *J. O.*, 31 juil. 2010, p. 14198 ; *RTD civ.*, 2010 p. 513, obs. P. PUIG ; *RSC*, 2011, p. 139, obs. A. GIUDICELLI ; *D.*, 2010, p. 2254, obs. J. PRADEL ; *AJP*, 2010, p. 470, comm. J.-B. PERRIER ; *Constitutions*, 2010, p. 571, comm. E. DAOUD et E. MERCINIER ; *RSC*, 2011, p. 165, obs. B. DE LAMY.

²⁰⁰⁴ V. *supra*, n° 383.

²⁰⁰⁵ Loi n° 2011-392 du 14 avr. 2011 relative à la garde à vue : *J. O.*, 15 avr. 2011, p. 6610 ; *JCP*, 2011, n° 542, comm. H. MATSOPOULOU ; *ibid.*, 2011, n° 665, comm. J. PRADEL ; *D.*, 2011, p. 1570, comm. G. ROUJOU DE BOUBÉE ; *ibid.*, p. 1699, comm. J. ALIX ; *Dr. pén.*, 2011, chron. n° 7, comm. V. LESCLOUS ; *Gaz. Pal.*, 8 nov. 2011, note L. BRUNEAU ; *Gaz. Pal.*, 30 juil. 2013, p. 4, comm. D. ROETS et V. TELLIER-CAYROL.

d'emprisonnement²⁰⁰⁶, et la prolongation de droit commun, au-delà de vingt-quatre heures, ne concerne que le suspect d'une infraction punie d'un an d'emprisonnement au moins²⁰⁰⁷. L'admission par le Conseil constitutionnel de la rétention aux fins de défèrement²⁰⁰⁸, qui permet de maintenir en privation de liberté le suspect vingt heures de plus, à l'issue de la garde à vue de droit commun, sans aucune condition supplémentaire par rapport au champ de celle-ci, si ce n'est la « *nécessité* », pour la retenue maintenue jusqu'au jour suivant la garde à vue²⁰⁰⁹, aboutit désormais à ce que le simple suspect, pour le moindre délit puni au moins d'un an d'emprisonnement, puisse subir une privation de liberté de soixante-huit heures, jusqu'à la première intervention du juge judiciaire indépendant²⁰¹⁰. L'admission constitutionnelle de la retenue pour défèrement, en plus de démontrer encore la faiblesse de son contrôle de la proportionnalité abstraite de la privation de liberté, rejetait en plus l'analyse globale de la privation de liberté quant à l'appréciation de son étendue. Finalement l'admission de l'avocat en garde à vue a presque vampirisé le domaine de la protection du suspect, au détriment et non à concurrence des autres garanties, dont le droit de ne pas subir une contrainte non nécessaire, le droit français ne réglant qu'un seul « *des désordres* »²⁰¹¹ de la garde à vue, et le contrôle en temps réel de l'autorité judiciaire, même pas remis en cause dans la censure constitutionnelle²⁰¹².

470. **La souplesse du contrôle des conditions de complexité et de gravité des infractions ouvrant la prolongation de la garde à vue au-delà de quarante-huit heures.**

La première confrontation du Conseil constitutionnel à une prolongation de garde à vue supérieure à quarante-huit heures aboutissait à un contrôle léger, imposant seulement de la

²⁰⁰⁶ Art. 62-2 CPP. V. *supra*, n° 384.

²⁰⁰⁷ Art. 63 CPP.

²⁰⁰⁸ Cons. const., déc. n° 2010-80 QPC du 17 déc. 2010, [M. F.] : *J. O.*, 19 déc. 2010, p. 22374 ; *Constitutions*, 2011, p. 525, note E. DAOUD et A. TALBOT ; *Procédures*, 2011, comm. n° 73, obs. J. BUISSON. La nouvelle privation de liberté était admise notamment par la « *bonne administration de la justice* » et plus précisément « [les] *contraintes matérielles résultant notamment de l'heure à laquelle la garde à vue prend fin ou du nombre des personnes déférées* ».

²⁰⁰⁹ Art. 803-2 [celui-ci prévoit la retenue du suspect de la fin de la garde à vue jusqu'au défèrement le même jour, devant le magistrat du parquet ou le juge d'instruction] et 803-3 CPP [celui-ci prévoit la retenue du suspect de la fin de la garde à vue au défèrement, lorsque celui-ci a lieu le jour suivant, dans la limite de vingt-heures depuis la levée de la garde à vue et est doté d'un *paquet* de droits]. En conséquence, la retenue, y compris dans sa forme la plus longue [« *en cas de nécessité* », précise la loi pour cette dernière] peut en conséquence s'appliquer au bout de vingt-quatre heures pour le suspect d'une infraction punie au moins d'emprisonnement et au bout de quarante-huit heures pour le suspect d'une infraction punie au moins d'un an d'emprisonnement, sans autre restriction.

²⁰¹⁰ V. *infra*, n° 728 et s.

²⁰¹¹ Voir CH. LAZERGES, « Les désordres de la garde à vue » ; *RSC*, 2010, p. 275.

²⁰¹² V. *infra*, n° 615 et s.

limiter aux infractions présentant un degré de complexité suffisant²⁰¹³. Le Conseil constitutionnel ajoutait ultérieurement, à la condition de complexité, celle de gravité des infractions, deux conditions cumulatives²⁰¹⁴, et leur caractérisation apparaissait stricte dans les premières formulations constitutionnelles²⁰¹⁵.

471. L'examen de la loi *Perben II* marquait un assouplissement notable du contrôle de la prolongation de garde à vue au-delà de quarante-heures²⁰¹⁶, pour admettre de soumettre à la prolongation dérogatoire²⁰¹⁷, des infractions en dehors des domaines du terrorisme et du trafic de stupéfiants, infractions visées par les législations plus anciennes, et

²⁰¹³ Une prolongation exceptionnelle de garde à vue de vingt-quatre heures, au bout de quarante-huit heures, était possible pour des atteintes à la liberté individuelle, y compris celles délictuelles, et des vols criminels, aggravés par la réunion et l'usage d'une arme [Cons. const., déc. n° 80-127 DC des 19 et 20 janv. 1981 portant sur la loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes : *J. O.*, 22 janv. 1981, p. 308 ; consid. n° 23 et s.]. Le Conseil constitutionnel notait que « *le champ d'application des dispositions critiquées, concerne des enquêtes portant sur des infractions déterminées appelant des recherches particulières* ».

²⁰¹⁴ Le Conseil constatait que la prolongation concerne « *des enquêtes portant sur des infractions déterminées appelant, en raison de leur rapport avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur, des recherches particulières* », pour écarter toute violation de l'article 66 [Cons. const., déc. n° 86-213 DC du 3 sept. 1986 portant sur la loi relative à la lutte contre le terrorisme et aux atteintes à la sûreté de l'État : *J. O.*, 5 sept. 1986, p. 10786 ; consid. n° 14 et s.]. Le Conseil constitutionnel, dans la même décision, censurait d'ailleurs l'extension des pouvoirs dérogatoires à d'autres infractions, sans lien avec le terrorisme, sur le fondement de l'égalité devant la loi pénale [*ibid.*, consid. n° 24]. La création d'une nouvelle prolongation de garde à vue au-delà de quarante-huit heures, visant la participation à une association de malfaiteurs ou à une bande organisée, le proxénétisme aggravé et l'extorsion de fonds, n'était pas contestée devant le Conseil constitutionnel, qui ne s'en saisissait pas d'office [Cons. const., déc. n° 93-326 DC du 11 août 1993 portant sur la loi modifiant la loi n° 93-2 du 4 janv. 1993 portant réforme du Code de procédure pénale : *J. O.*, 15 août 1993, p. 11599 ; *RFD const.*, 1993, p. 848, note TH. RENOUX]. Dans une décision ultérieure, le Conseil validait la prolongation de garde à vue jusqu'à quatre jours, qui concernait « *des enquêtes portant sur des infractions déterminées appelant, en raison de leur gravité et de leur complexité, des investigations particulières* », pour exclure toute « *atteinte excessive à la liberté individuelle* » [Cons. const., déc. n° 2004-492 DC du 2 mars 2004 relative à la loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité : *J. O.*, 10 mars 2004, p. 4637 ; *RSC*, 2005, p. 122, comm. V. BÜCK ; *D.*, 2004, p. 956, note M. DOBKINE ; *RSC*, 2004, p. 725, comm. CH. LAZERGES ; *JCP*, 2004, II, n° 10048, obs. J.-C. ZARKA ; consid. n° 23 et s.].

²⁰¹⁵ Déc. n° 2004-492 DC du 2 mars 2004 : *préc.* ; consid. n° 15 et s. Quant à la gravité, le Conseil constitutionnel a remarqué que les infractions visées portent « *une atteinte grave à la sécurité, à la dignité ou à la vie des personnes* ». Quant à la complexité, dans la même décision, le Conseil constitutionnel a noté l'existence « *d'un groupement ou d'un réseau dont l'identification, la connaissance et le démantèlement posent des problèmes complexes* ».

²⁰¹⁶ Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité : *J. O.*, 10 mars 2004, p. 4567 ; *D.*, 2004, p. 1910, comm. B. DE LAMY ; *JCP*, 2004, I, n° 132 et 134, comm. J. PRADEL ; *RSC*, 2004, p. 675, obs. B. BOULOC ; *AJP*, 2004, p. 235, note D. MIEN et J.-F. BARRE (spéc. sur les droits de la défense) ; *AJP*, 2004, p. 181, note E. VERGES (spéc. sur la notion de criminalité organisée) ; *AJP*, 2004, p. 261, comm. A. GIUDICELLI (spéc. sur la garde à vue) ; *AJP*, 2004, p. 228, note M. SCHWENDENER (spéc. sur les pouvoirs d'enquête) ; *D.*, 2004, p. 2589 M. GIACOPELLI (spéc. sur l'aménagement des peines) ; *JCP*, 2004, I, n° 140, note P. BONFILS (spéc. sur le droit des mineurs).

²⁰¹⁷ La loi prévoyait, pour la liste des infractions visées à l'article 1^{er} de la loi, la possibilité de prolonger la garde à vue de quarante-huit heures à quatre-vingt-seize heures, soit par une tranche de deux jours, soit par une tranche d'un jour, pouvant être renouvelée pour la même durée au bout de trois jours [voir l'art. 706-88 CPP tel que créé par la loi].

même du domaine classique de la criminalité organisée²⁰¹⁸, principalement visée par la législation plus récente, de même qu'il ne se limitait pas aux infractions menaçant directement la sécurité des personnes²⁰¹⁹ ou aux qualifications criminelles²⁰²⁰, le tout indifféremment du cadre juridique des investigations. Le Conseil constitutionnel ne posait que des réserves d'interprétation pour les cas les plus critiquables²⁰²¹. La décision admettait plutôt le caractère alternatif des conditions de gravité et de complexité, dans un contrôle léger, sans distinction de domaine de délinquance. La faiblesse du contrôle était d'autant plus critiquable, que le Conseil reconnaissait une capacité identique du mineur âgé de plus de seize ans, par rapport à celle de l'adulte, à supporter la garde à vue jusqu'à quatre jours²⁰²². Implicitement, le Conseil constitutionnel semblait en revanche consacrer la durée de quarante-huit heures comme la limite maximale de garde à vue pour le mineur de moins de seize ans, sans pour autant l'affirmer nettement²⁰²³.

²⁰¹⁸ Par exemple le crime de tortures et d'actes de barbarie commis en bande organisée ou le crime de destruction, dégradation et détérioration d'un bien commis en bande organisée.

²⁰¹⁹ Par exemple les crimes en matière de fausse monnaie, ou les délits de blanchiment, ou de recel, des infractions visées à la liste.

²⁰²⁰ Il admettait parmi d'autres délits celui d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irrégulier d'un étranger en France commis en bande organisée.

²⁰²¹ Le Conseil constitutionnel indiquait, concernant le crime de vol en bande organisée, que l'usage de la procédure pénale devait se limiter à ceux présentant concrètement des éléments de « gravité », sous le contrôle de l'autorité judiciaire, et concernant le délit d'aide au séjour irrégulier d'un étranger en France en bande organisée, que l'usage de la procédure dérogatoire ne pouvait concerner les associations humanitaires [déc. n° 2004-492 DC du 2 mars 2004 : *préc.* ; consid. n° 15 et s.].

²⁰²² Déc. n° 2004-492 DC du 2 mars 2004 : *préc.* La décision admettait l'application au mineur de plus de seize ans la garde à vue dérogatoire de quatre jours et rappelait l'impératif pour le législateur de conserver des garanties spécifiques. Ses exigences se limitaient à ce « *que le mineur placé en garde à vue [fasse] l'objet d'un examen médical, [ait] le droit de demander à s'entretenir avec un avocat à la première heure de sa garde à vue et ne [puisse] voir celle-ci prolongée sans présentation préalable au procureur de la République ou au juge chargé de l'instruction ; que, par ailleurs, ses interrogatoires font l'objet d'un enregistrement audiovisuel* », le Conseil constitutionnel semblant indirectement constitutionnaliser pour le mineur certaines garanties du *paquet* de droits de l'arrestation [v. *supra*, n° 222 et s.]. Si la garde à vue restait soumise à une condition supplémentaire pour le mineur, en l'espèce celle de l'implication d'un majeur dans l'affaire, qui réduisait légèrement son étendue par rapport au majeur, le Conseil constitutionnel ne s'y référait même pas pour valider, si bien qu'un régime rigoureusement identique apparaissait valide. Il est à noter que la législation, dès sa création, portait un vice de rédaction, concernant la possibilité de reporter l'entretien avec l'avocat du suspect mineur [voir F. DESPREZ, « De la garde à vue du mineur de moins de seize ans dans le cadre de l'enquête pour criminalité organisée » ; *D.*, 2007, p. 2679].

²⁰²³ Celui-ci prenait soin de préciser, dans son raisonnement, que la prolongation de deux à quatre jours, validée pour le mineur de moins de dix-huit ans, ne concernait pas le mineur de moins de seize ans [déc. n° 2004-492 DC du 2 mars 2004 : *préc.*]. Le législateur a réservé la possibilité de prolonger la garde à vue du mineur de moins de seize ans de vingt-quatre à quarante-huit heures pour les seules infractions punies au moins de cinq ans d'emprisonnement [art. 4-V^e de l'ord. n° 45-174 du 2 févr. 1945 relative à l'enfance délinquante précitée].

472. **La portée incertaine du resserrement du contrôle de l'étendue de la prolongation de la garde à vue au-delà de quarante-huit heures.** La nouvelle loi contre la fraude fiscale²⁰²⁴ a donné l'occasion au Conseil constitutionnel²⁰²⁵ de revenir à un contrôle plus strict de l'étendue de la prolongation de garde à vue supérieure à quarante-huit heures²⁰²⁶. La censure de l'ensemble du dispositif de la garde à vue dérogatoire reposait sur le même défaut de la condition de gravité de la plupart des infractions visées par le projet²⁰²⁷. Dès lors que celles-ci remplissaient sans doute le critère de complexité, soit à cause du moyen utilisé²⁰²⁸, soit à cause de leur dimension internationale²⁰²⁹, soit pour se rapprocher d'un cas de prolongation validé par le Conseil constitutionnel dans son examen de la loi *Perben II*²⁰³⁰, le Conseil constitutionnel est revenu à une vision stricte du caractère cumulatif des conditions de complexité et de gravité²⁰³¹.

473. La portée de sa définition du critère de gravité, celle des délits « susceptibles de porter atteinte en eux-mêmes à la sécurité, à la dignité ou à la vie des personnes », interroge toutefois, alors que le Conseil constitutionnel avait utilisé la même formulation dans son examen de la loi *Perben II*²⁰³². En conséquence, son interprétation la plus restrictive, celle limitant la possibilité de recourir à la prolongation dérogatoire de garde à

²⁰²⁴ Loi n° 2013-1117 du 6 déc. 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière : *J. O.*, 7 déc. 2013, p. 19941 ; *AJP*, 2013, p. 638, obs. CH. CUTAJAR.

²⁰²⁵ Cons. const., déc. n° 2013-679 DC du 4 déc. 2013 portant sur la loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière : *J. O.*, 7 déc. 2013, p. 19958.

²⁰²⁶ Le projet de loi prévoyait une prolongation supplémentaire de deux jours, applicable par tranche de vingt-quatre heures.

²⁰²⁷ Le Conseil constitutionnel critiquait le défaut de gravité de la corruption, du trafic d'influence, de la fraude fiscale et d'une partie des délits douaniers [déc. n° 2013-679 DC du 4 déc. 2013 : *préc.* ; *consid.*, n° 76]. Si le Conseil constitutionnel sauvait le délit de contrebande, dans son hypothèse la plus sévèrement réprimandée [art. 414 du Code des douanes, *in fine*], au regard du critère de gravité de l'infraction, sans remettre en cause par ailleurs sa complexité, l'effet de l'inconstitutionnalité se communiquait à lui. En revanche, le Conseil constitutionnel n'étudiait pas la gravité de l'infraction de blanchiment des autres infractions visées au projet, même si logiquement, le rejet de la gravité des autres infractions visées [sauf le délit de contrebande décrit plus haut] se communique à leur blanchiment.

²⁰²⁸ La loi visait la fraude fiscale commise en bande organisée ou commise selon un procédé complexe [v. les hypothèses de l'art. L. 228 du Livre des procédures fiscales].

²⁰²⁹ La loi visait les fraudes douanières aggravées.

²⁰³⁰ La loi visait le délit de blanchiment des autres délits cités, de la même manière que la loi *Perben II*, sans avoir été censurée, visait le blanchiment des autres infractions de criminalité organisée [v. *supra*, n° 471]. Le projet de loi étendait aussi la prolongation dérogatoire aux infractions de corruption et de trafic d'influence, dont la complexité ne résulte pas assurément de leur nature, mais dépendent des faits. Cependant, l'examen du Conseil constitutionnel de la *Perben II* a montré que le recours à la prolongation dérogatoire ne concernait pas seulement les infractions graves et complexes par nature, mais aussi celles susceptibles de l'être, selon les faits, sous réserve pour l'autorité judiciaire de bien apprécier concrètement l'existence de ces éléments avant de recourir à la procédure dérogatoire [v. sur la réserve d'interprétation permettant l'inclusion du vol commis en bande organisée, *supra*, n° 471].

²⁰³¹ Le Conseil constitutionnel ne se réfère pourtant pas expressément aux conditions de gravité et de complexité.

²⁰³² Déc. n° 2004-492 DC du 2 mars 2004 : *préc.* ; *consid.* n° 15 et s.

vue pour les seules infractions contre les personnes²⁰³³, doit être écartée, sous peine de remettre en cause une partie de l'étendue de la garde à vue dérogatoire, dans le domaine de la criminalité organisée²⁰³⁴. L'interprétation la plus large déconnecte la « *sécurité* » du domaine des personnes et pourrait incorporer la sécurité des biens²⁰³⁵ et la sûreté de l'État²⁰³⁶ et correspond à la large admission de la garde à vue dérogatoire dans la loi *Perben II*. Cette dernière interprétation ne sied pourtant pas à l'analyse du Conseil constitutionnel dans sa dernière décision, qui écarte par nature la gravité des infractions visées par le projet de loi, sans raisonner plus précisément sur le critère, par exemple par l'étude de leur *quantum*. Sauf à considérer que les infractions visées par la loi sont étrangères à toute notion de sécurité, cette analyse doit aussi être rejetée. L'interprétation médiane, plus littérale, milite pour limiter la notion de gravité aux infractions qui ne répriment pas par nature les atteintes à la personne, mais qui sont « *susceptibles* » de les occasionner, au cours de leur commission. Cette interprétation, strictement appliquée dans la lutte contre la fraude fiscale, n'est pas non plus totalement compatible avec le champ de la garde à vue dérogatoire dans la matière de la criminalité organisée²⁰³⁷ et peut même être contredite par la formulation employée, qui relie l'atteinte décrite et la nature de l'infraction : les délits doivent être « *susceptibles* » de porter atteinte « *en eux-mêmes* » aux intérêts décrits. Finalement, les fluctuations du contrôle constitutionnel laissent entrevoir une part d'opportunité dans les solutions, et le resserrement du contrôle de la prolongation dérogatoire, s'il est souhaitable, nécessite confirmation pour être acquis.

²⁰³³ Au sens du Livre II du Code pénal.

²⁰³⁴ V. la liste de l'art. 706-73 CPP.

²⁰³⁵ Incluant les infractions du Livre III du Code pénal.

²⁰³⁶ Dans un sens large, incluant les infractions du Livre IV du Code pénal.

²⁰³⁷ Notamment de l'inclusion à l'article 706-73 du délit d'escroquerie en bande organisée. Introduit par la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale [*J. O.*, 6 mars 2007, p. 4206 ; *AJP*, 2007, p. 105, comm. CH. GUÉRY (spéc. sur l'instruction) ; *ibid.*, p. 117, comm. PH. VOULAND ; *ibid.*, p. 113, note M. NORD-WAGNER (spéc. sur la détention provisoire) ; *ibid.*, p. 357, comm. M. HERZOG-EVANS (spéc. sur la lutte contre la récidive) ; *ibid.*, p. 363, comm. PH. BONFILS (spéc. sur le droit des mineurs) ; *ibid.*, p. 351, comm. D. BLANC (spéc. sur les peines minimales) ; *ibid.*, p. 367, comm. J.-L. SENON et C. MANZANERA (spéc. sur l'obligation de soins) ; *RSC*, 2007, p. 573, chron. B. BOULOC ; *JCP*, 2007, I, n° 138, comm. J. PRADEL ; *Procédures*, 2007, ét. n° 4, comm. n°s 118, 149 et 170, comm. J. BUISSON ; *Dr. pénal*, 2007, étu. n° 6, comm. H. MATSOPOULOU], ce nouveau cas de prolongation dérogatoire n'a pas fait l'objet d'un examen constitutionnel lors de sa saisine [Cons. const., déc. n° 2007-553 DC du 3 mars 2007 portant sur la loi relative à la prévention de la délinquance : *J. O.*, 7 mars 2007, p. 4356 ; *RSC*, 2008, p. 133 et p. 136, obs. B. DE LAMY]. Les infractions de blanchiment et de recel des autres infractions visées par la criminalité organisée n'apparaissent pas non plus susceptibles de porter atteinte aux personnes.

474. Le contrôle renforcé de la garde à vue de quatre à six jours.

À contre-courant, lors de son étude de la prolongation exceptionnelle de la garde à vue en matière terroriste²⁰³⁸ de quatre à six jours²⁰³⁹, permise par la loi en cas « *de risque sérieux de l'imminence d'une action terroriste en France ou à l'étranger* » ou lorsque « *les nécessités de la coopération internationale le requièrent impérativement* »²⁰⁴⁰, le Conseil constitutionnel a haussé son contrôle, sur le fondement de l'interdiction de la rigueur non nécessaire, en interprétant restrictivement les conditions de celle-ci au regard des travaux préparatoires. Il a établi que cette prolongation n'était possible « *qu'à titre exceptionnel pour protéger la sécurité des personnes et des biens contre une menace terroriste imminente et précisément identifiée* », alors pourtant que l'interprétation littérale de la disposition lui conférait un champ d'application bien plus large, la loi semblant additionner les deux hypothèses, fusionnées par le Conseil constitutionnel en une seule, en lien direct avec la protection de l'ordre public²⁰⁴¹. Si la hausse du contrôle constitutionnel dans cette décision est à souligner, il est regrettable qu'elle n'intervienne que pour la prolongation ultime de la garde à vue, le reste de la matière restant soumis à un contrôle faible, sans gradation satisfaisante en fonction de la gravité de l'infraction, dans l'attente de la confirmation du contrôle plus sévère de la prolongation dérogatoire au-delà de quarante-huit heures. Si le Conseil constitutionnel avait pratiquement accepté de soumettre le mineur de plus de seize ans à la prolongation de garde à vue dérogatoire, au-delà de quarante-huit heures, aux mêmes conditions que l'adulte²⁰⁴², le

²⁰³⁸ Cons. const., déc. n° 2010-31 QPC du 22 sept. 2010, [M. A. et autres] : *J. O.*, 23 sept. 2010, p. 17290 ; *RSC*, 2011, p. 139, obs. A. GIUDICELLI ; *RSC*, 2011, p. 165, obs. B. DE LAMY ; consid. n° 5.

²⁰³⁹ Le droit français a connu des durées de gardes à vue plus longues. Une garde à vue de quinze jours a ainsi été créée au sortir des événements en Algérie, tandis que le droit de la sûreté de l'État prévoyait une garde à vue de six jours en temps normal et de douze jours en cas d'état d'urgence [v. J. PRADEL, « Les dispositions de la loi n° 70-643 du 17 juillet 1970 sur la garde à vue en matière de sûreté de l'État » ; *D.*, 1972, chron., n° 21.].

²⁰⁴⁰ Le dispositif avait été créé par la loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers [*J. O.*, 24 janv. 2006, p. 1129 ; *Gaz. Pal.*, 18 mai 2006, p. 4, obs. V. BIANCHI ; *AJDA*, 2006, p. 975, comm. F. ROLIN et S. SLAMA]. Le législateur l'avait inséré dans le même article 706-88 du Code de procédure pénale qui, depuis la loi *Perben II*, organisait la prolongation de deux jours à quatre jours pour les infractions de stupéfiants, de terrorisme et celles liées à la criminalité organisée. Si certaines dispositions de la loi avaient fait l'objet du contrôle de constitutionnalité *a priori*, la saisine ne concernait pas la prolongation exceptionnelle de garde à vue et le Conseil constitutionnel ne s'était pas saisi d'office de cette question [Cons. const., déc. n° 2005-532 DC du 19 janv. 2006 portant sur la loi relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers : *J. O.*, 24 janv. 2006, p. 1138]. Par la réforme de la garde à vue [loi n° 2011-392 du 14 avr. 2011 : *préc.*], le Conseil constitutionnel isolait à l'article 706-88-1 le dispositif.

²⁰⁴¹ Le Conseil constitutionnel neutralisait une interprétation de la loi, faisant des nécessités de la coopération internationale, un second motif autonome de celui de la menace terroriste imminente, pour en faire un moyen permettant de caractériser la menace terroriste imminente. Il procédait de la sorte à la réécriture de la disposition, qui autorisait la prolongation de la garde à vue de quatre à six jours, « *s'il ressort des premiers éléments de l'enquête ou de la garde à vue elle-même qu'il existe un risque sérieux de l'imminence d'une action terroriste en France ou à l'étranger ou que les nécessités de la coopération internationale le requièrent impérativement* ».

²⁰⁴² V. *infra*, note n° 2022.

législateur avait lui-même appliqué au même mineur la prolongation exceptionnelle de garde à vue de quatre à six jours, dans une loi dont le Conseil constitutionnel n'avait pas été saisi²⁰⁴³.

475. **L'émergence d'un véritable contrôle de la délimitation de la détention moyen aux seuls cas extrêmes.** Seules les détentions *moyen* exceptionnellement graves ont donné lieu à un contrôle d'intensité normale de leur délimitation abstraite²⁰⁴⁴, les autres cas restant soumis à un contrôle restreint, même pour les plus lourds²⁰⁴⁵. Finalement, la révolution annoncée par le Conseil, dans sa censure *a posteriori* sur la garde à vue, est restée en partie lettre morte, et seule l'avancée des droits de la défense demeure du fracas annoncé. L'intensité du filtre dynamique n'est pas suffisamment élevée pour rattraper le défaut du filtre statique. La délimitation de la détention *moyen* s'est continuellement accrue, lancée dans un surarmement, dont le franchissement d'un nouveau degré ne fait que souligner l'échec de l'accroissement précédent, à la recherche d'une efficacité toujours supérieure. C'est que non seulement la mise en péril relative à l'ordre public justifie le recours à la détention *moyen*, mais qu'en plus elle permet de maintenir plus longtemps. Le droit de ne pas être privé de liberté au-delà de la durée strictement nécessaire subit une autre altération par le défaut du contrôle supra-légal de l'adéquation matérielle.

²⁰⁴³ L'article 4 de l'ordonnance n° 45-174 du 2 févr. 1945 relative à l'enfance délinquante, dans sa version modifiée par la loi *Perben II*, prévoyait l'application au mineur de plus de seize ans de l'article 706-88 du Code de procédure pénale et donc la prolongation de la garde à vue au-delà de quarante-huit heures jusqu'à quatre jours, sauf les modalités de l'exercice du droit de la défense. À la création de la nouvelle prolongation de quatre à six jours en 2006, inscrite dans l'article 706-88, l'article 4-VII^e de l'ordonnance de 1945 n'était pas modifié, si bien que celui-ci continuait à prévoir l'application complète de l'article 706-88 du Code de procédure pénale au mineur, dont la prolongation extrême, sauf les modalités d'exercice des droits de la défense. La loi sur la garde à vue de 2011, en déportant les dispositions concernant la prolongation extrême de garde à vue à quatre à six jours à l'article 706-88-1, tout en conservant dans l'article 4-VII^e la seule mention de l'article 706-88, a mis fin à l'application de cette prolongation au mineur de plus de seize ans.

²⁰⁴⁴ Ainsi peut-on citer les cas de la garde à vue dépassant quatre jours, de la retenue du mineur âgé de plus de dix ans, ou encore de la deuxième prolongation de la rétention administrative de l'étranger.

²⁰⁴⁵ L'étendue de la garde à vue du mineur demeure large, et elle a tendance à s'aligner, pour le mineur de plus de seize ans, sur celle de l'adulte. En attendant confirmation du resserrement du contrôle de la garde à vue dérogatoire au-delà de quarante-huit heures, celui-ci s'est montré jusqu'à récemment léger.

§ 2./ L'INSUFFISANT CONTRÔLE SUPRA-LÉGAL DE L'ADÉQUATION MATÉRIELLE :
LA CONSÉCRATION RELATIVE DU DROIT D'ÊTRE PRIVÉ DE LIBERTÉ DANS UN
LIEU ASSURANT UN CONTENU ADAPTÉ AU MOTIF DE LA PRIVATION DE
LIBERTÉ

476. **La garantie du lieu de la privation de liberté.** La qualité du lieu de la privation de liberté est une garantie ancienne de la personne, d'abord destinée à assurer sa protection contre des mauvaises conditions de détention²⁰⁴⁶ et à empêcher sa mise au secret²⁰⁴⁷. Désormais, la garantie du lieu de privation de liberté s'est enrichie, et celui-ci doit être adapté au motif de la privation de liberté exécutée et spécial au cas de privation de liberté²⁰⁴⁸.

477. **Le contrôle de l'adéquation matérielle de la norme privative de liberté à la *ratio legis*.** L'adéquation matérielle de la norme privative de liberté impose que le lieu de détention prévu par la loi soit adapté au motif de la mesure et supporte l'organisation d'un contenu conforme à celui-ci. Au sens strict, l'adéquation matérielle est d'abord un outil de mesure de la cohérence législative, et son contrôle supra-légal tend à vérifier que le législateur a transposé correctement son intention, la *ratio legis*, sans excéder l'étendue nécessaire à sa réalisation²⁰⁴⁹.

²⁰⁴⁶ En droit romain, le citoyen romain placé en détention provisoire au cours de la procédure de *custodia liberia*, devait être gardé au domicile d'un magistrat supérieur et non placé dans une prison ordinaire, dans lesquelles les conditions de détention étaient extrêmes [M. BINET, « La protection de la liberté individuelle contre les arrestations et les détentions arbitraires » ; 1936, thèse Nancy].

²⁰⁴⁷ L'*Habeas corpus* de 1979 imposait que la personne privée de liberté soit détenue dans le même lieu, sauf dérogation expresse, permettant ainsi d'assurer sa localisation [art. 9]. En aucun cas les autorités ne pouvaient détenir une personne hors du ressort géographique des tribunaux du Royaume-Uni [art. 11]. L'article 122 du Code d'instruction criminelle incriminait les détentions réalisées dans des lieux différents que ceux « *déterminés par le gouvernement et l'administration publique* ». La privation de liberté réalisée dans un lieu non destiné à détenir des personnes est de nature à violer l'article 3 de la Convention et même l'article 5 [v. par ex., CEDH, gde ch., 13 déc. 2012, *El-Masri c. « L'Ex-République Yougoslave de Macédoine »*, req. n° 39630/09 ; *Rec. CEDH*, 2012 ; *RFDA*, 2013, p. 576, chron. H. LABAYLE et F. SUDRE ; *AJDA*, 2013, p. 165, chron. L. BURGORGUE-LARSEN ; *JCP*, 2013, doct. n° 64, chron. F. SUDRE ; *ibid.*, 2013, n° 58, obs. G. GONZALES]. La privation de liberté, en secret, avait eu lieu pendant vingt jours, dans un hôtel.

²⁰⁴⁸ L'intitulé légal de la rétention administrative, « *la rétention d'un étranger dans des locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire* » [v. le Titre V du CESEDA], a trait à la garantie du lieu de privation de liberté et rappelle l'exigence d'un lieu spécifique.

²⁰⁴⁹ Pour une illustration, v. Cons. const., déc. n° 2008-562 DC du 21 févr. 2008 portant sur la loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental : *J. O.*, 26 févr. 2008, p. 3272 ; *RSC*, 2008, p. 731, comm. CH. LAZERGES ; *D.*, 2008, p. 1359, comm. Y. MAYAUD ; *JCP*, 2008, actu., n° 166, obs. B. MATHIEU ; *JCP*, 2008, II, n° 10077, comm. J.-PH. FELDMAN ; consid. n° 14 : « *la rétention de sûreté est réservée aux personnes qui présentent une particulière dangerosité caractérisée par une probabilité très élevée de récidive parce qu'elles souffrent d'un trouble grave de la personnalité ; qu'eu égard à*

478. **Le contrôle de l'adéquation matérielle de la norme privative de liberté à son sens supra-légal.** La fixation supra-légale du sens de la privation de liberté aboutit à empêcher le législateur de s'en écarter, si bien que l'adéquation, notamment matérielle, ne s'apprécie plus à la *ratio legis*, définie au sens strict comme la volonté du législateur, mais à ce sens dégagé par les principes fondamentaux. La consécration de la concurrence des biens juridiques de la protection de l'ordre public et de la protection de la personne privée de liberté pour la détention *sûreté*²⁰⁵⁰ aboutit à ce que l'adéquation juridique²⁰⁵¹ et matérielle s'apprécie directement à leur regard, empêchant le législateur de reléguer uniquement la personne dangereuse²⁰⁵², sans prévoir son traitement. La fixation supra-légale du sens de la privation de liberté intéresse particulièrement la peine privative de liberté, domaine dans lequel le législateur bénéficie en principe de la liberté d'en déterminer la *ratio legis*, entre la conservation de l'objectif unique de punition ou son dépassement, pour y inclure l'objectif de réinsertion ou de réadaptation. La consécration supra-légale de ce dernier sens aboutirait à intégrer définitivement la détention *sanction* dans la théorie générale, en la soumettant au filtre dynamique²⁰⁵³.

479. **L'inclusion du contrôle abstrait de l'adéquation matérielle au droit de ne pas subir de rigueur non nécessaire.** Dès lors que l'absence de placement en privation de liberté dans un lieu adapté ou son retard sont de nature à retarder, ou à empêcher, l'obtention du résultat visé par la privation de liberté, ils sont de nature à reculer le moment de la libération²⁰⁵⁴ : ces défauts d'exécution sont susceptibles de repousser la durée de la privation de liberté au-delà de celle strictement nécessaire²⁰⁵⁵. L'obligation pour le législateur d'organiser l'exécution matérielle de la privation de liberté, en adéquation avec son objectif²⁰⁵⁶, sous le contrôle supra-légal, intègre le filtre dynamique de proportionnalité abstraite. Ce lien a été formulé fermement par la Cour européenne des droits de l'Homme

la privation totale de liberté qui résulte de la rétention, la définition du champ d'application de cette mesure doit être en adéquation avec l'existence d'un tel trouble de la personnalité ».

²⁰⁵⁰ V. *supra*, n° 397 et s.

²⁰⁵¹ V. *supra*, n° 412 et s.

²⁰⁵² V. *supra*, n° 411.

²⁰⁵³ À défaut, elle n'est soumise pour l'instant, dans le contrôle supra-légal, qu'au filtre statique [v. *supra*, n° 365 et s.].

²⁰⁵⁴ La privation de liberté ne peut se poursuivre au-delà de l'extinction de son motif [v. *supra*, n° 459].

²⁰⁵⁵ V. pour la consécration de ce raisonnement dans la jurisprudence européenne, CEDH, sect. IV, 18 sept. 2012, *James, Wells et Lee c. Royaume-Uni*, req. n°s 25119/09, 57715/09, 57877/09 et 18/09/2012, en angl. : *D.*, actu., 8 oct. 2012, obs. O. BACHELET ; *Dr. pénal*, 2013, n° 4, chron. E. DREYER.

²⁰⁵⁶ Soit le sens supra-légal de la privation de liberté lorsqu'il est fixé, soit la *ratio legis* au sens strict, lorsque le législateur dispose d'une marge de manœuvre, dans la fixation de son sens.

pour l'aliéné, qui a évoqué, dans son contrôle de l'adéquation matérielle, « *un droit fondamental à être libéré dans un futur proche* »²⁰⁵⁷.

480. **Le droit constitutionnel d'être privé de liberté dans un lieu assurant un contenu adapté au motif de la privation de liberté : l'impossible contrôle poussé.** Même limité à un contrôle abstrait, le contrôle constitutionnel a vocation à s'approprier l'examen de l'adéquation matérielle, telle qu'elle résulte des dispositions législatives, dans son examen de l'interdiction de la rigueur non nécessaire. La trilogie se réfère d'ailleurs à l'adéquation²⁰⁵⁸, notion de nature à rassembler le contrôle de l'adéquation juridique²⁰⁵⁹ et celui de l'adéquation matérielle. Le défaut de la pleine intégration de l'exécution de la privation de liberté dans la légalité, malgré les progrès, empêche le Conseil constitutionnel d'en réaliser un contrôle poussé²⁰⁶⁰, nouvel argument militant pour une compétence législative encore plus large²⁰⁶¹. Son contrôle de l'adéquation matérielle se contente souvent des principes généraux dégagés par le législateur²⁰⁶², destinés à guider la future compétence réglementaire d'application²⁰⁶³, quant il ne se désintéresse pas dans d'autres cas du contrôle du lieu de privation de liberté²⁰⁶⁴. Les exigences abstraites de l'adéquation matérielle, celles qui encadrent la norme privative de liberté, ressortent d'abord de la jurisprudence européenne.

²⁰⁵⁷ CEDH, sect. V, 28 nov. 2013, *Glenn c. Allemagne*, req. n° 7345/12, en angl. ; § 99 : « *to adapting the execution of preventive detention to the requirements, in particular, of the fundamental right to liberty in the near future* ».

²⁰⁵⁸ Déc. n° 2008-562 DC du 21 févr. 2008 : *préc.*

²⁰⁵⁹ V. *supra*, n° 412 et s.

²⁰⁶⁰ V. *supra*, n° 479.

²⁰⁶¹ V. *supra*, n° 187 et s.

²⁰⁶² Ainsi, le Conseil constitutionnel a validé l'adéquation de la rétention de sûreté, en constatant que « *le placement de la personne en centre socio-médico-judiciaire de sûreté est destiné à permettre, au moyen d'une prise en charge médicale, sociale et psychologique qui lui est proposée de façon permanente, la fin de cette mesure* », [déc. n° 2008-562 DC du 21 févr. 2008 : *préc.* ; consid. n° 14]. Le Conseil constitutionnel a aussi validé l'extension de la détention provisoire du mineur, en notant « *que la détention doit être effectuée soit dans un établissement pénitentiaire spécialisé, soit dans un établissement garantissant la séparation entre détenus mineurs et majeurs ; que les dispositions contestées prévoient de plus la présence d'éducateurs dans des conditions à fixer par décret en Conseil d'État et un accompagnement éducatif au fin de détention* » [Cons. const., déc. n° 2002-461 DC du 29 août 2002 relative à la loi d'orientation et de programmation pour la justice : *J. O.*, 10 sept. 2002, p. 14953 ; *RSC*, 2003, p. 606 et p. 612, comm. V. BÜCK ; *D.*, 2003, p. 1127, obs. L. DOMINGO et S. NICOT ; consid. n° 43 et s.]. La simple définition législative des principes généraux directeurs de l'exécution, quant au contenu et au lieu de la privation de liberté, ne constitue pas un cas d'incompétence négative.

²⁰⁶³ Le contrôle de la légalité permet toutefois au juge administratif de contrôler l'adéquation matérielle des dispositions réglementaires, sur le fondement des dispositions internationales [v. CE, sect., 31 oct. 2008, *Sect. fr. OIP*, n° 293785 : *Rec. CE*, p. 374 ; *RFDA*, 2009, p. 73, concl. M. GUYOMAR ; *D.*, 2009, p. 134, note M. HERZOG-EVANS ; *Gaz. Pal.*, 13 déc. 2008, p. 33, note M. GUYOMAR ; *AJDA*, 2008, p. 2389, chron. É. GEFFRAY et S.-J. LIÉBER ; *AJP*, 2008, p. 500, obs. É. PÉCHILLON ; *Dr. admin.*, 2009, comm. n° 10, note F. MELLERAY].

²⁰⁶⁴ V. par ex. pour la validation de la création des zones d'attente flottantes sans réel contrôle, Cons. const., déc. n° 2011-631 DC du 9 juin 2011 portant sur la loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité :

481. **Le droit européen d'être privé de liberté dans un lieu assurant un contenu adapté au motif de la privation de liberté : la formation des standards normatifs réglant l'exécution de la privation de liberté.** La Convention européenne des droits de l'Homme s'intéresse au lieu de la privation de liberté et au contenu de celle-ci dans deux approches distinctes. Sous le visa de l'article 3, la Cour étudie concrètement les effets de l'exécution de la privation de liberté sur l'individu et sanctionne les conditions matérielles de détention indignes²⁰⁶⁵, dans une appréciation indépendante de l'exigence d'un contenu spécialement adapté au motif de la privation de liberté²⁰⁶⁶. Cette jurisprudence constitue le standard général de toute privation de liberté et participe à la définition de l'adéquation, dans son aspect minimal²⁰⁶⁷. Ce standard est aussi normatif pour subir l'objectivisation²⁰⁶⁸ et est le seul applicable à la détention *sanction*, en principe. Quand bien même ce standard minimum serait respecté, la Cour européenne des droits de l'Homme impose sur l'article 5 § 1^{er} « *un certain lien entre, d'une part, le motif invoqué pour la privation de liberté autorisée et de l'autre, le lieu et le régime de la détention* »²⁰⁶⁹, formulation de son contrôle de l'adéquation matérielle, servant à dégager des principes tendant vers l'abstraction²⁰⁷⁰ : ceux-ci peuvent être réunis autour de standards normatifs spéciaux, propre à chaque cas de privation de liberté. Le fondement employé, l'article 5 § 1^{er}, fait de l'adéquation matérielle une condition de la légalité de la privation de liberté²⁰⁷¹.

J. O., 17 juin 2011, p. 10306 ; *AJDA*, 2011, p. 1174, obs. M.-C. DE MONTECLER ; *Constitutions*, 2012, p. 597, obs. V. TCHEN.

²⁰⁶⁵ Par ex., à cause de la surpopulation, ou de l'insalubrité, ou encore de la vétusté.

²⁰⁶⁶ V. *infra*, n° 517 et s.

²⁰⁶⁷ Ce qui interdit définitivement d'inclure à la privation de liberté une fonction d'humiliation ou d'avilissement.

²⁰⁶⁸ L'objectivisation de l'appréciation du traitement inhumain et dégradant aboutit à donner un caractère abstrait au standard [v. *infra*, n° 517].

²⁰⁶⁹ CEDH, 28 mai 1985, *Ashingdane c. Royaume-Uni*, req. n° 8225/78 : *Rec. CEDH*, série A, n° 95 ; § 44. La Cour poursuit en affirmant que « *la détention d'une personne comme malade mental ne sera régulière [...] que si elle se déroule dans un hôpital, une clinique ou un autre établissement approprié* ».

²⁰⁷⁰ Par exemple, la jurisprudence européenne exclut l'application du régime pénitentiaire à la détention *sûreté*, la norme privative de liberté devant organiser un régime distinct et spécifique [v. *infra*, n° 484].

²⁰⁷¹ Développé sur ce fondement, le contrôle de l'adéquation matérielle intègre donc l'office du juge national de la légalité concrète de la privation de liberté, tel que défini à l'article 5 § 4. L'inadéquation, ainsi caractérisée, permet la libération, en cas d'impossibilité de respecter l'adéquation matérielle. La possibilité d'obtenir un lieu de privation de liberté adéquat permet sans doute d'autoriser sa continuation, malgré l'illégalité constatée, celle-ci n'impactant pas le titre de la privation de liberté. Mais elle suppose de reconnaître au juge de la privation de liberté le pouvoir de modifier l'affectation de la personne privée de liberté. Ainsi la Cour estime-t-elle que le juge de la privation de liberté, saisi de la critique de l'adéquation matérielle de la privation de liberté, « *sans compétence pour ordonner la mise à disposition d'une place adaptée au requérant* », dispose d'une compétence trop limitée pour respecter l'article 5 § 4 [CEDH, sect. V, 10 janv. 2013, *Claes c. Belgique*, req. n° 43418/09 : § 133].

482. **La recherche de l'intensité de la consécration supra-légale du droit d'être privé de liberté dans un lieu assurant un contenu adapté au motif de la privation de liberté.** C'est pour la détention *sûreté* que le droit d'être privé de liberté dans un lieu assurant un contenu adapté au motif de la privation de liberté revêt le plus d'importance, puisque l'adéquation matérielle interdit le seul l'isolement de l'individu destiné à protéger l'ordre public, mais oblige la norme privative de liberté à organiser un traitement de nature à obtenir la résorption de l'état de dangerosité, en concordance avec le bien juridique de la protection de la personne détenue²⁰⁷². La détention *sanction* échappe en principe à l'adaptation matérielle, sauf sa dimension minimale tenant dans l'interdiction du traitement inhumain et dégradant, si bien que la notion d'adéquation matérielle dévoile *a priori* une fracture importante dans la théorie générale de la privation de liberté et se trouve d'emblée relativisée, sauf à montrer le dépassement de cette vision traditionnelle. Les standards européens spéciaux de l'adéquation aboutissent à une reconnaissance cloisonnée du droit d'être privé de liberté dans un lieu assurant un contenu adapté au motif de la privation de liberté (A), tandis la supériorité du droit national se mesure au développement d'un droit à préparer sa réinsertion durant l'exécution de la peine (B).

A) Les standards européens spéciaux de l'adéquation matérielle : la consécration limitée du droit d'être privé de liberté dans un lieu assurant un contenu adapté au motif de la privation de liberté

483. **La recherche du dépassement des exigences anciennes.** La formation des standards européens spéciaux de l'adéquation matérielle est issue d'un mouvement jurisprudentiel ancien²⁰⁷³. Il constituait sans doute une avancée importante, en participant à l'inclusion de l'exécution de la privation de liberté dans le contrôle de la Cour européenne des droits de l'Homme, qui plus est sur le fondement de l'article 5, dans le silence du texte de la Convention. Logiquement, les principes acquis contenus dans les standards européens spéciaux sont limités (I). C'est la recherche de l'accroissement de leur contenu classique qui doit être établi, montrant que la construction est arrivée à maturité : un timide dépassement

²⁰⁷² V. *supra*, n° 397 et s.

²⁰⁷³ *Ibid.*, § 44 : il doit exister « un certain lien entre, d'une part, le motif invoqué pour la privation de liberté autorisée et, de l'autre, le lieu et le régime de la détention ».

des anciennes limites des standards européens spéciaux peut être constaté dans la jurisprudence plus récente (2).

1) Les acquis limités des standards européens spéciaux

484. **L'exclusion du régime pénitentiaire pour la détention sûreté.** Le régime pénitentiaire se caractérise par l'orientation de son régime vers la mission de garde, assurée par l'administration pénitentiaire, sans contenu particulier, si ce n'est qu'il ne doit pas porter atteinte à la dignité humaine²⁰⁷⁴ : son orientation justifie des atteintes importantes aux autres droits et libertés de la personne privée de liberté, à condition que les ingérences soient nécessaires à la mission de garde²⁰⁷⁵. Les standards européens spéciaux réservent, par principe, le régime pénitentiaire à la privation de liberté en lien avec la commission d'une infraction pénale. La Cour européenne des droits de l'Homme écarte que la détention *sûreté* s'exécute dans un établissement pénitentiaire, ce qu'elle a expressément reconnu pour l'aliéné²⁰⁷⁶ et le mineur dont l'éducation est surveillée²⁰⁷⁷, principe qui, *a fortiori*, s'applique sûrement pour les autres hypothèses de l'article 5 § 1^{er}-e).

485. **L'internement de l'aliéné « dans un hôpital, une clinique ou un autre établissement approprié », sauf durant la garde provisoire.** Ces premières décisions autorisaient toutefois un placement temporaire dans un établissement pénitentiaire, dans l'attente de trouver un lieu plus adapté, relativisant d'emblée le principe. La privation de liberté temporaire en établissement pénitentiaire fait désormais l'objet d'un contrôle plus strict quant à sa durée, celle-ci ne pouvant dépasser quelques mois en matière de l'internement de l'aliéné sur le fondement de l'article 5 § 1^{er}-e)⁽²⁰⁷⁸⁾, y compris pour ceux les plus dangereux pour l'ordre public²⁰⁷⁹, ou même pour l'aliéné²⁰⁸⁰ placé en détention pénale de sûreté au terme

²⁰⁷⁴ V. *infra*, n° 525 et s.

²⁰⁷⁵ V. *supra*, n° 40.

²⁰⁷⁶ CEDH, ch., 30 juil. 1998, *Aerts c. Belgique*, req. n° 25357/94 : *Rec. CEDH*, 1998-V. Ainsi, une personne privée de liberté en raison de ses troubles mentaux ne peut être détenue pendant sept mois dans une antenne psychiatrique pénitentiaire.

²⁰⁷⁷ CEDH, ch., 29 févr. 1988, *Bouamar c. Belgique*, req. n° 9106/80 : *Rec. CEDH*, série A, n° 129 ; *RSC*, 1988, p. 567, obs. L.-E. PETTITI et F. TEITGEN ; § 50 et 52. L'État doit en conséquence « se doter d'une infrastructure appropriée ».

²⁰⁷⁸ CEDH, sect. IV, 6 nov. 2007, *Mocarska c. Pologne*, req. n° 26917/05, en angl. La Cour sanctionnait la privation de liberté pénitentiaire temporaire de huit mois. – CEDH, sect. IV, 12 févr. 2008, *Pankiewicz c. Pologne*, req. n° 34151/04, en angl. La Cour sanctionnait la privation de liberté pénitentiaire temporaire inférieure à trois mois.

²⁰⁷⁹ Pour l'aliéné irresponsable pénalement, interné à la suite de la commission matérielle d'infractions graves, v. *Claes : préc.* La Cour semblait reconnaître une marge plus importante à l'État, en contrôlant concrètement la

de sa peine²⁰⁸¹, lorsque le droit interne prévoit lui-même que la privation de liberté doit être réalisée dans un établissement hospitalier²⁰⁸², même si dans pour ces deux dernières hypothèses, la dangerosité élevée semble préserver une marge supérieure des autorités. De l'ensemble de cette jurisprudence, le délai de six mois²⁰⁸³ apparaît comme la durée maximale de la privation de liberté provisoire en établissement pénitentiaire, permise pour l'aliéné interné sur le fondement de l'article 5 § 1^{er}-e)²⁰⁸⁴, même lorsque la détention pénitentiaire est aménagée *a minima* pour traiter des troubles mentaux, par exemple lorsqu'elle s'exécute en annexe pénitentiaire psychiatrique²⁰⁸⁵, dans l'attente de le transférer « dans un hôpital, une clinique ou un autre établissement approprié »²⁰⁸⁶. Le droit de l'aliéné

situation de l'aliéné, qui avait pourtant été détenu plus de quinze ans en antenne pénitentiaire psychiatrique, même si elle retenait une violation de l'adéquation. Pour l'aliéné interné au terme de sa peine, du fait de la persistance de ses troubles de la personnalité, sans constituer une détention pénale de sûreté, pour ne pas avoir été prévue lors de sa condamnation, v. CEDH, sect. V, 10 janv. 2013, *Swennen c. Belgique*, req. n° 53448/10, ou encore CEDH, sect. V, 10 janv. 2013, *Dufoort c. Belgique*, req. n° 43653/09. Les aliénés avaient été traités pendant treize ans en annexe pénitentiaire psychiatrique. La Cour procédait au même examen concret pour constater l'inadaptation. La Cour a semblé posé plus fermement l'exclusion de l'adaptation de l'annexe pénitentiaire pour des condamnés pour lesquels l'altération du discernement avait été retenu durant leur condamnation, sans examen concret détaillé, pour une détention de trois ans et une autre de cinq ans, cantonnant l'annexe pénitentiaire à une solution provisoire [CEDH, sect. V, 7 juin 2011, *Hadzic c. Bosnie-Herzégovine*, req. n° 39446/06 et 33849/08, en angl.].

²⁰⁸⁰ Au sens du responsable pénalement déjà condamné et toujours atteint de graves troubles de la personnalité au terme de sa peine.

²⁰⁸¹ V. sur ce mécanisme de la détention pénale de sûreté par nature, *supra*, n° 438 et s. La privation de liberté repose alors sur le fondement de l'article 5 § 1^{er}-a) et non l'article 5 § 1^{er}-e), en raison du lien de causalité entre la condamnation et le maintien en détention au-delà du terme de la peine.

²⁰⁸² CEDH, sect. II, 11 mai 2004, *Morsink c. Pays-Bas*, req. n° 48865/99 : RSC, 2005, p. 630, chron. F. MASSIAS, ou CEDH, sect. II, 11 mai 2004, *Brand c. Pays-Bas*, req. n° 49902/99 : RSC, 2005, p. 630, chron. F. MASSIAS, Opportunément, la Cour ne se prononçait pas véritablement sur la nature de la privation de liberté, celle-ci apparaissant, au regard des faits comme une détention pénale de sûreté, mais censurait les privations de liberté temporaires réalisées en établissement pénitentiaire, d'une durée de quinze mois pour le premier requérant et d'une durée de six mois pour le second, dans l'attente de trouver une place en établissement hospitalier particulièrement sécurisé.

²⁰⁸³ CEDH, sect. I, 7 févr. 2012, *Proshkin c. Russie*, req. n° 28869/03, en angl. Concernant l'aliéné interné après la reconnaissance de son irresponsabilité pénale, la Cour se référait presque abstraitement au délai de l'arrêt *Morsink [préc.]*. Un tel délai ne montre pas de réel progrès par rapport à l'arrêt *Aerts [préc.]*, dans lequel la Cour avait censuré une détention de sept mois réalisée dans une annexe pénitentiaire psychiatrique, avant le transfert en hôpital psychiatrique.

²⁰⁸⁴ Mais aussi pour l'aliéné, au sens large de la Convention, subissant au terme de sa peine une détention pénale de sûreté par nature, lorsque le droit interne exclut pour l'exécution de celle-ci le régime pénitentiaire, au regard de la jurisprudence *Morsink [préc.]*.

²⁰⁸⁵ *Aerts : préc.* ; § 49. L'inadaptation de l'annexe psychiatrique pénitentiaire, au-delà de la garde, a été récemment rappelée par la Cour européenne des droits de l'Homme, alors qu'elle notait les importants efforts réalisés par les autorités nationales pour adapter l'annexe, nouvellement créée, et disposant d'une équipe médicale pluridisciplinaire : l'exclusion apparaît consacré désormais par nature, indépendamment des efforts d'adaptation du régime pénitentiaire [*Glien : préc.* ; § 93 et s.].

²⁰⁸⁶ CEDH, sect. II, 6 déc. 2011, *Donder et De Clipel c. Belgique*, req. n° 8595/06 ; § 106. Dans la décision précitée *Aerts*, la Cour vérifiait concrètement que l'établissement pénitentiaire ne pouvait permettre au requérant de bénéficier « ni d'un suivi médical ni d'un environnement thérapeutique » [§ 49]. La formule employée dans l'arrêt *Donder* montre que, désormais, l'inadaptation de l'établissement pénitentiaire, même spécialisé pour le traitement psychiatrique, est consacrée abstraitement. Si les termes d'hôpital et de clinique sont clairs, la Cour semblant, comme le Conseil constitutionnel, admettre que la détention puisse s'exécuter dans un établissement

à être détenu dans un hôpital ou une clinique s'oppose même à la poursuite de la privation de liberté pénitentiaire du condamné ou du suspect préalablement prononcée et impose le transfert du détenu dans un établissement sanitaire, à la survenue des troubles mentaux²⁰⁸⁷.

486. L'éducation surveillée du mineur dans un établissement médico-social, sauf durant la garde provisoire. La privation de liberté du mineur pour son éducation surveillée doit être réalisée dans un établissement médico-social, l'établissement pénitentiaire, même spécialisé, étant inadéquat²⁰⁸⁸. La durée de la détention provisoire pénitentiaire doit nécessairement s'entendre plus restrictivement dans ce cas, alors que la privation de liberté est déconnectée de la préservation directe de l'ordre public²⁰⁸⁹ et la Cour a d'ailleurs déjà censuré un délai de deux mois²⁰⁹⁰, même si son admission par principe reste regrettable²⁰⁹¹.

487. Le sens supra-légal de la privation de liberté, cause des exigences de l'adéquation matérielle. Ces premières exigences doivent être reliées au sens supra-légal de la privation de liberté, qu'il soit prévu par le texte de la Convention pour « *l'éducation surveillée* », ou par la jurisprudence européenne elle-même, qui a trouvé dans la détention *sûreté* le bien juridique de protection de la personne détenue²⁰⁹². L'adaptation du lieu de détention se caractérise par sa nature²⁰⁹³, par son contenu orienté vers ces objectifs²⁰⁹⁴ et par la présence d'un personnel qualifié²⁰⁹⁵. Le sens de la privation de liberté ainsi fixé soumet le législateur, même si la Cour européenne des droits de l'Homme laisse encore une trop large marge d'appréciation aux États, par le maintien de la détention provisoire pénitentiaire.

488. L'extension de l'exclusion du régime pénitentiaire à la détention moyen non pénale. Si le principe s'impose pour la détention *sûreté*, malgré l'atteinte causée par l'acceptation de la détention pénitentiaire provisoire, il semble s'étendre, encore

privé, le terme plus large d'« *autre établissement approprié* », qui ne saurait donc inclure l'annexe psychiatrique pénitentiaire, pourrait viser les établissements médicaux de sécurité renforcée, comme les anciennes Unités pour malades difficiles en droit français [v. sur celles-ci et leur suppression, *infra*, note n° 2107].

²⁰⁸⁷ V. *supra*, n° 581.

²⁰⁸⁸ Si dans sa décision précitée *Bouamar* [§ 52], la Cour vérifiait que concrètement le régime de détention du requérant, en établissement pénitentiaire, « *ne saurait être considéré comme tendant à un but éducatif quelconque* », c'était ensuite pour établir qu'un établissement pénitentiaire, même « *doté d'un régime de détention adapté aux jeunes gens et [qui] proposait des activités éducatives et récréatives particulières dont les équipements pouvaient être utilisés par le requérant* » n'est pas satisfaisant.

²⁰⁸⁹ V. *supra*, n° 433 et s.

²⁰⁹⁰ CEDH, sect. III, 16 mai 2002, *D. G. c. Irlande*, req. n° 39474/98 : *Rec. CEDH*, 2002-III. Un délai de deux mois était censuré.

²⁰⁹¹ V. sur le contrôle de la garde provisoire pénitentiaire, dans l'attente de l'obtention d'une place dans un établissement adapté, *supra*, n° 435.

²⁰⁹² V. *supra*, n° 397 et s.

²⁰⁹³ Un établissement médico-social pour le mineur et un hôpital, une clinique, ou un autre établissement adapté pour l'aliéné.

²⁰⁹⁴ V. par ex., pour la notion d'éducation surveillée, *supra*, n° 433.

²⁰⁹⁵ *Bouamar* : *préc.* La Cour stigmatisait une privation de liberté « *sans l'assistance d'un personnel qualifié* ».

timidement à la détention « *moyen* » non pénale²⁰⁹⁶, alors que le bien juridique de protection de la personne privée de liberté y est absent²⁰⁹⁷. Un régime de détention particulièrement sévère n'est pas adapté à la détention de l'étranger²⁰⁹⁸. L'adéquation matérielle sur le fondement de l'article 5 exige l'organisation d'un « *accompagnement humanitaire et social* »²⁰⁹⁹ pour l'étranger dont l'entrée est refusée sur le territoire.

489. **La gravité de la mise en péril de l'ordre public, nouvelle cause des exigences de l'adéquation matérielle.** Le développement d'un standard spécial de l'adéquation à la détention *moyen* revient à développer la gravité de la mise en péril de l'ordre public comme une cause des exigences d'adéquation²¹⁰⁰, la relativité de celle-ci justifiant l'affliction d'une contrainte d'une sévérité moindre, la mission de garde devenant moins primordiale. Le développement de cette nouvelle cause d'adéquation matérielle pourrait permettre d'appliquer un contrôle concret de l'adéquation plus poussé, notamment par rapport à la personnalité de la personne privée de liberté²¹⁰¹ et pourrait justifier d'intégrer le contrôle des régimes d'isolement, justifiés par la dangerosité de la personne privée de liberté, dans son contrôle abstrait²¹⁰² ou concret²¹⁰³, dans l'article 5, à condition d'abandonner l'appréciation cloisonnée de l'adéquation matérielle.

490. **L'appréciation cloisonnée de l'adéquation matérielle.** La Cour refuse de contrôler sous le visa de l'article 5 le choix des autorités nationales de recourir à un type d'établissement, plutôt qu'à un autre, dès lors que ceux-ci, de même nature, sont conformes aux exigences minimales de la Convention, même lorsqu'ils organisent des régimes de

²⁰⁹⁶ La loi française a d'ailleurs pris soin de définir la rétention administrative par son lieu, celle-ci devant s'exercer « *dans des locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire* » [art. L. 551-1 CESEDA]. La circulaire du 21 novembre 1977 qui entendait réglementer la détention des étrangers en attente d'expulsion sur le fondement de l'article 120 de l'ancien Code pénal prévoyait comme lieu d'exécution la maison d'arrêt

²⁰⁹⁷ Le régime pénitentiaire, en raison de sa sévérité, ne semble pouvoir s'appliquer qu'à la détention *sanction*, ce qui pose, potentiellement, le principe du développement d'un contrôle plus strict de l'adéquation du régime de la détention provisoire, par rapport au régime du condamné.

²⁰⁹⁸ V. CEDH, sect. I, 21 juin 2011, *Efremidzi c. Grèce*, req. n° 33225/08. En l'espèce, la Cour justifiait la violation de l'article 3 à cause des conditions matérielles de détention indignes, en remarquant notamment qu'elle avait constaté, pour le même lieu, des violations pour des détentions pénales, admettant que la détention *moyen* de l'étranger ne pouvait tolérer le même degré de contrainte. La rétention administrative des étrangers doit se dérouler « *dans des locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire* » [art. L. 221-2 du même Code].

²⁰⁹⁹ CEDH, sect. I, 24 janv. 2008, *Riad et Idiab c. Belgique*, req. n°s 29787/03 et 29810/03 ; § 77. V. aussi CEDH, sect. I, 2 mai 2013, *Barjamaj c. Grèce*, req. n° 36657/11 ; § 38 : « *les lieux et conditions de détention doivent être appropriés, car une telle mesure s'applique non pas à des auteurs d'infractions mais à des étrangers qui, craignant souvent pour leur vie, fuient leur propre pays* ».

²¹⁰⁰ La formulation de l'arrêt *Barjamaj* [*ibid.*] le montre expressément.

²¹⁰¹ V. *infra*, n° 498 et s.

²¹⁰² V. pour le contrôle constitutionnel réalisé sur le fondement de la loi dépourvue d'une protection suffisante contre l'arbitraire, *supra*, n° 191.

²¹⁰³ V. pour le contrôle européen opéré sur le fondement de l'article 3, *supra*, n° 546 et s.

contrainte d'intensités différentes. Ce choix plus précis relève du pouvoir discrétionnaire des autorités nationales²¹⁰⁴. Ce pouvoir discrétionnaire est largement reconnu²¹⁰⁵, puisque la Cour écarte tout contrôle, même en cas de défaut des autorités nationales, qui n'ont pu, faute de place disponible, exécuter la décision de transfert de l'aliéné dans un établissement plus libéral, préalable nécessaire, pourtant, à la libération²¹⁰⁶. Le placement dans un établissement de plus haute sécurité, par exemple les anciennes unités pour malades difficiles en droit français, désormais supprimées et qui accueillaient les aliénés les plus dangereux²¹⁰⁷, ne semble en conséquence pas soumis au contrôle de l'adéquation.

²¹⁰⁴ *Ashingdane* : préc. ; § 47 et s. L'interné contestait son maintien dans un hôpital psychiatrique à la sécurité renforcée destiné aux patients particulièrement dangereux pendant un an et demi alors pourtant que les experts médicaux avaient préconisé un placement en hôpital moins contraignant et que le ministre de l'Intérieur compétent avait validé ce transfert. L'intégration d'un hôpital moins contraignant était dans la pratique un préalable nécessaire à la sortie de l'individu. La Cour se contentait pourtant de constater que les deux établissements étaient des « hôpitaux psychiatriques », la nature du lieu de privation de liberté suffisant à maintenir « un lien entre le but de l'internement litigieux et la maladie mentale », quand bien même elle notait « l'injustice » subie par le requérant d'avoir attendu pendant dix-neuf mois son admission dans un établissement plus libéral.

²¹⁰⁵ La Cour européenne des droits de l'Homme refuse aussi de contrôler l'opportunité du contenu du régime curatif de l'aliéné, tant que celui-ci demeure thérapeutique [*Winterwerp* : préc. ; § 51]. Le requérant interné contestait la fréquence de ses entretiens avec un psychiatre, leur durée et la médication administrée durant sa privation de liberté, affirmant que ce traitement inadéquat avait eu comme conséquence d'allonger la période de détention. L'infliction d'un traitement sans le consentement du détenu peut en revanche constituer un traitement inhumain ou dégradant, et la Cour opère alors un contrôle limité de la nécessité thérapeutique du traitement [v. par ex. CEDH, 15 mai 2003, *Frommelt c. Lichtenstein*, req. n° 49158/99, déc. : *Rec. CEDH*, 2003-VII].

²¹⁰⁶ V. aussi CEDH, ch., 15 nov. 1996, *Bizzotto c. Grèce*, req. n° 22126/93 : *Rec. CEDH*, 1996-V ; *RSC*, 1997, p. 455, obs. R. KOERING-JOULIN. La Cour validait la détention du toxicomane en vertu d'une condamnation pénale, dans un établissement pénitentiaire normal, alors pourtant que la décision de condamnation prévoyait son placement dans un établissement adapté, pour curer sa toxicomanie. La Cour européenne des droits de l'Homme reconnaissait pourtant l'existence d'une « injustice », qui « a revêtu sans conteste un caractère grave ».

²¹⁰⁷ L'existence de ce régime dérogatoire de détention de l'aliéné a toujours souffert d'un défaut de qualité des sources. L'existence de ces établissements ressortait d'un décret [décret n° 86-602 du 14 mars 1986 relatif à la lutte contre les maladies mentales et à l'organisation de la sectorisation psychiatrique : *J. O.*, 19 mars 1986, p. 4612]. Ils visaient à assurer « l'hospitalisation à temps complet des patients présentant pour autrui un danger tel que les soins, la surveillance et les mesures de sûreté nécessaires ne puissent être mises en œuvre que dans une unité spécifique » [art. 12]. Si le décret renvoyait à l'ancien article L. 328 du Code de la santé publique, celui-ci se contentait d'habiliter le ministre de la santé à adopter un arrêté pour fixer le règlement intérieur type de ces établissements. L'arrêté adopté sur cette disposition [arrêté du 14 oct. 1986 relatif au règlement intérieur type des unités pour malades difficiles (UMD) : *J. O.*, 23 nov. 1986, p. 14134] prévoyait dans son article premier des nouveaux critères d'admission : les internés concernés devaient « présenter pour autrui un danger tel qu'ils nécessitent des protocoles thérapeutiques intensifs adaptés et des mesures de sûreté particulières ». Les internés doivent bien sûr satisfaire aux critères de l'hospitalisation d'office, mais présenter « en outre un état dangereux majeur, certain ou imminent ». En revanche, la détermination des « conditions de séjour », ou plutôt les conditions de détention, était renvoyée au règlement intérieur particulier de chaque établissement, simplement soumis à l'approbation du préfet [art. 18]. Une telle définition montrait encore le défaut des sources de la privation de liberté. La définition réglementaire était finalement consacrée dans la loi à l'article L. 3222-3 du Code de la santé publique, avant censure par le Conseil constitutionnel du fait de son défaut [Cons. const., déc. n° 2012-235 QPC du 20 avr. 2012, [*Association cercle de réflexion et de proposition d'actions sur la psychiatrie*] : *J. O.*, 21 avr. 2012, p. 7194 ; *RFDA*, 2012, p. 629, note K. BLAY-GRABARCZYK ; *Dr. adm.*, 2012, comm. n° 61, note C. CASTAING]. Les dispositions réglementaires nouvelles tendaient à assurer un meilleur contrôle de l'internement en unités pour malades difficiles, sans apporter aucune précision sur les conditions matérielles de détention, qui échappaient encore à des sources de qualité [art. R. 3222-1 et s. CSP]. En plus du

491. Le dépassement du droit français des standards spéciaux européens.

Le droit français apparaît en conformité avec les principes européens²¹⁰⁸ et les dépasse, en prévoyant différents lieux spécialisés à l'intérieur des cas de privation de liberté en lien avec la commission d'une infraction pénale²¹⁰⁹ et à l'intérieur même de la détention *sanction*²¹¹⁰, de même qu'il ne prévoit pas non plus de détention pénitentiaire provisoire pour l'étranger ou l'aliéné ou le mineur.

désintéressé pour l'exécution de la détention, la volonté de dégager une souplesse maximale au pouvoir médical expliquait aussi sans doute les résistances à la définition précise du régime de détention. L'opportunité du placement en unité pour malades difficiles appartenait au juge judiciaire, si bien que le juge administratif se déclarait incompétent en la matière [CAA Nantes, 30 déc. 1997, *M. Frédéric Monory*, n° 96NT01599 : *Légifrance*]. Cependant, la décision administrative préfectorale transférant de l'aliéné dans une Unité pour malades difficiles donnait lieu à motivation, dont la qualité était contrôlée par le juge administratif [CE, sect., 28 juil. 2000, *M. E. A.*, n° 151068 : *Rec. CE.*, p. 347 ; *RFDA*, 2001, p. 1239, concl. S. BOISSARD ; *JCP*, 2001, IV, n° 1368, obs. M.-CH. ROUAULT]. La même décision admettait le moyen d'annulation reposant sur l'atteinte à la vie familiale normale du fait de l'éloignement de la famille généré par le transfert, hypothèse fréquente du fait de l'existence de seulement quatre centres en France. La juridiction estimait toutefois que l'atteinte au droit à une vie familiale normale n'était pas disproportionnée, neutralisant le moyen [v. pour une confirmation concernant une action en référé-liberté CE, réf., 14 oct. 2004, *Arre*, n° 273047 : *Rec. CE, T.*, p. 625]. En réponse à la critique constitutionnelle, le législateur a désormais abrogé la disposition législative et supprimé la procédure dérogatoire pour permettre la mainlevée de la personne hospitalisée, ou même qui avait été hospitalisée, dans un tel établissement [loi n° 2013-869 du 27 sept. 2013 modifiant certaines dispositions issues de la loi n° 2011-803 du 5 juil. 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge : *J. O.*, 29 sept. 2013, p. 16230 ; *Procédures*, 2013, comm. n° 320 ; obs. J. BUISSON ; *JCP*, 2013, n° 1065, note M. PRIMEVERT ; *Dr. famille*, 2013, comm. n° 156, obs. I. MARIA]. La situation se distinguait du strict isolement [v. pour son contrôle, *infra*, n° 546 et s.], pour concerner le placement de l'individu dans un établissement collectif, dans lequel tous les détenus sont soumis collectivement au même régime. La privation de liberté n'interdisait pas les activités collectives, et supportait même l'existence de cellules collectives [v. par ex. le rapport de la visite du CGLPL des Unités pour malades difficiles de Sarreguemines (Moselle) du 27 au 30 juil. 2009, disponible sur le site internet de l'institution].

²¹⁰⁸ Le droit français prévoit un lieu spécifique pour les principaux cas de détention *sûreté* et de détention *moyen*. L'hospitalisation sous contrainte ne peut avoir lieu que dans des établissements médicaux [art. L. 3222-1 CSP]. Les personnes retenues en zone d'attente doivent être hébergées dans des lieux « *assurant aux étrangers concernés des prestations de type hôtelier* » [art. L. 221-2 CESEDA]. Cette garantie apparaît même de manière caricaturale dans la loi relative à la rétention de *sûreté*, qui crée un nouveau lieu de détention spécifique, le centre socio-médico-judiciaire de *sûreté*. Cette garantie figurait déjà dans l'ancien régime des alcooliques dangereux, qui prévoyait l'internement dans des « *centres de rééducation spécialisés* » [art. 5 de la loi n° 54-439 du 15 avr. 1954 sur le traitement des alcooliques dangereux pour autrui : *J. O.*, 21 avr. 1954, p. 3827, codifiée dans le Code de santé publique et désormais abrogée].

²¹⁰⁹ La contrainte judiciaire et la détention provisoire se déroulent en établissement pénitentiaire mais la loi organise à chaque fois un régime pénitentiaire distinct des condamnés. La détention provisoire doit ainsi se réaliser dans une maison d'arrêt dans une cellule individuelle, établissement en principe distinct des établissements pour peine réservés à l'exécution d'une peine privative de liberté [art. 714 CPP et s.]. La contrainte judiciaire a lieu en principe dans un quartier spécialisé [art. 758 CPP].

²¹¹⁰ Le mineur condamné doit exécuter sa peine dans un établissement spécialisé [il en existe six en France] ou au moins dans un quartier spécialisé de droit commun et une activité éducative doit être obligatoirement proposée au mineur de plus de seize ans [v. les art. R. 57-9-9 CPP et s.]. Les articles 716-1 du Code de procédure pénale et s. rappellent le principe de l'exécution de la peine privative de liberté dans un établissement pour peine et tentent d'établir la répartition des condamnés, en fonction « *de leur catégorie pénale, de leur âge, de leur état de santé et de leur personnalité* », entre les différentes catégories d'établissements, décrites aux articles D. 70 et s. du Code de procédure pénale : les centres de détention tournés vers la réinsertion, les maisons centrales tournées vers le contrôle des détenus les plus dangereux et les quartiers pour peine aménagée orientés vers la sortie prochaine des détenus dont la peine fait l'objet d'un aménagement. Cette spécialisation des établissements pénitentiaires doit cependant être relativisée puisque un même établissement peut être constitué de quartiers de différentes natures, y compris d'un quartier d'établissement pour peine et un autre de maison d'arrêt.

2) Le timide renouvellement des standards européens spéciaux

492. **Le défaut européen de reconnaissance de l'objectif de réinsertion à la détention sanction.** Le contentieux des atteintes à la vie commises par des détenus bénéficiant d'un aménagement à la peine a permis à la Cour de défricher le sens qu'elle donne à la peine :

*« tout en soulignant que l'une des fonctions essentielles d'une peine d'emprisonnement est de protéger la société, la Cour a reconnu le but légitime d'une politique de réinsertion sociale progressive des personnes condamnées à des peines d'emprisonnement »*²¹¹¹.

493. L'objectif de réinsertion, qualifié de simple politique légitime, est un élément supérieur au standard européen, évoqué au surplus dans la seule dimension de l'aménagement de la peine, plutôt que vers le contenu de la peine. D'ailleurs, en l'état du droit positif, la libération conditionnelle n'intègre pas le standard minimum²¹¹², et de manière plus générale, la décision de l'aménagement de peine échappe au contrôle européen, si ce n'est de rares décisions, sur le fondement de l'article 6²¹¹³ et de l'article 5²¹¹⁴. Le défaut de contrôle européen du contenu de la peine est patent : le placement en isolement pénitentiaire est contrôlé uniquement sur le fondement de l'article 3²¹¹⁵, le standard minimum général des conditions de détention, établi par la Cour sur le fondement de l'interdiction du traitement inhumain et dégradant, n'impose pas de contenu lié à l'objectif de réinsertion²¹¹⁶, et le contrôle du travail pénitentiaire s'opère d'abord dans le contentieux du travail forcé, sur le fondement de l'article 4²¹¹⁷. La jurisprudence récente réaffirme, plus nettement encore, l'obligation pour les autorités de se montrer précautionneuses dans leur décision de libérer avant le terme de la peine, sur le fondement de la protection du droit à la vie²¹¹⁸. Le sens

²¹¹¹ CEDH, sect. I, 17 janv. 2012, *Choreftakis et Choreftaki c. Grèce*, req. n° 46846/08 ; § 49. Cette affirmation figure désormais dans les principes généraux de la Cour, qui précise aussi que cette politique « se fonde sur des mesures permettant la réinsertion sociale du détenu, même lorsque celui-ci a été condamné pour des crimes violents » et s'appuie, notamment, sur les « Recommandation Rec(2003)22 concernant la libération conditionnelle » du Comité des Ministres aux États membres du Conseil de l'Europe, qui prévoit que « la libération conditionnelle est une des mesures les plus efficaces et les plus constructives pour prévenir la récidive et pour favoriser la réinsertion sociale des détenus dans la société, selon un processus programmé, assisté et contrôlé et que son usage devrait être adapté aux situations individuelles et conforme aux principes de justice et d'équité ».

²¹¹² V. *infra*, n° 785 et s.

²¹¹³ V. *infra*, n° 834 et s.

²¹¹⁴ V. *infra*, n° 810.

²¹¹⁵ V. *infra*, n° 539 et s.

²¹¹⁶ V. *infra*, n° 519 et s.

²¹¹⁷ V. *infra*, n° 505, *in fine*.

²¹¹⁸ V. sur la violation de l'obligation positive de protéger la vie, en matière de meurtre commis par un détenu libéré avant terme et une analyse critique de l'évolution jurisprudentielle, R. PARIZOT, « Prévention du meurtre : la Cour européenne des droits de l'Homme va-t-elle trop loin ? » ; *D.*, 2013, p. 188. La Cour s'est même

européen de la peine se limite à la sanction²¹¹⁹, la consécration de l'objectif de la réinsertion demeurant dans la marge d'appréciation du législateur. Le maintien du sens limité de la peine et le contrôle cloisonné²¹²⁰ constituent les deux principales limites des standards européens spéciaux.

Le timide renouvellement. Leur renouvellement ressort du dépassement timide du rejet du contrôle du contenu de la détention *sanction* à travers le contrôle de l'adéquation de la détention de sûreté pénale (a) et du contrôle cloisonné, à travers le contrôle de l'adéquation de la privation de liberté à la personnalité du détenu (b).

a. *Le timide dépassement du rejet du contrôle du contenu de la détention sanction : le contrôle de l'adéquation de la détention pénale de sûreté*

494. L'adéquation matérielle de la peine précédant la détention pénale de sûreté par nature : l'obligation d'apporter un contenu visant la réhabilitation²¹²¹. La Cour européenne des droits de l'Homme a posé l'obligation pour les autorités nationales « de tenter d'assurer au requérant un traitement adapté à son état et de nature à l'aider à retrouver sa liberté » avant même le placement en détention pénale de sûreté, et donc pendant la peine privative de liberté²¹²², pour la privation de liberté rattachée par nature à cette catégorie²¹²³. Le premier temps de privation de liberté, pourtant clairement répressif et

dernièrement appuyée sur cette obligation positive, en dehors du contrôle concret de l'opportunité de libérer un détenu avant son terme auteur d'un meurtre, mais pour justifier de manière abstraite la conventionnalité de la perpétuité réelle, sous réserve que le détenu bénéficie, au bout d'un moment, d'une possibilité de « réexamen » [CEDH, gde ch., 9 oct. 2013, *Vinter et autres c. Royaume-Uni*, req. n^{os} 66069/09, 130/10 et 3896/10 : *Rec. CEDH*, 2013]. La Cour y rappelait notamment que, pour « le cas des détenus reconnus coupables de meurtre ou d'autres infractions graves contre la personne [...], le simple fait qu'ils sont peut-être déjà restés longtemps en prison n'atténue en rien l'obligation positive de protéger le public qui incombe à l'État : celui-ci peut s'en acquitter en maintenant en détention les condamnés à perpétuité aussi longtemps qu'ils demeurent dangereux » [*ibid.*, § 108]. Ce dernier arrêt marque une régression nette dans la jurisprudence de la Cour pour reconnaître à la peine la fonction de réinsertion, alors que, pour comparaison, elle avait reconnu, dans l'arrêt *Léger*, que « d'importants progrès restent à réaliser en vue de favoriser le retour des détenus dans la communauté par des programmes d'assistance personnalisés et contrôlés dès le début de la détention » [CEDH, sect. II, 11 avr. 2006, *Léger c. France*, req. n^o 19324/02 : *RSC*, 2007, p. 134, comm. F. MASSIAS ; *D.*, 2006, p. 1800, note J.-P. CÉRÉ ; *AJP*, 2006, p. 258, note S. ENDERLIN ; § 70].

²¹¹⁹ Sauf à requalifier la dernière tranche de la peine perpétuelle en mesure de sûreté, la privation de liberté visant alors la prévention des mises en péril de l'ordre public, à l'égard du condamné demeuré dangereux [v. *supra*, n^o 442].

²¹²⁰ V. *supra*, n^o 490.

²¹²¹ Le terme est celui utilisé par la Cour européenne des droits de l'Homme dans son contrôle de l'adéquation de la détention pénale de sûreté.

²¹²² CEDH, sect. II, 13 oct. 2009, *De Schepper c. Belgique*, req. n^o 27428/07 : *Dr. pénal*, 2010, n^o 4, chron. E. DREYER.

²¹²³ V. sur la distinction entre la détention pénale de sûreté par nature et celle par destination, *supra*, n^o 438 et s.

nettement séparé de l'éventuelle continuation de la privation de liberté au terme de la peine²¹²⁴, doit être mis à profit d'emblée²¹²⁵. La même obligation a été reconnue par le Conseil constitutionnel dans le cadre de son examen de la rétention de sûreté française²¹²⁶. L'importation d'un contenu à la détention *sanction*, lorsque la condamnation réserve la possibilité au terme de celle-ci de maintenir le condamné en détention, à titre de mesure de sûreté, apparaît comme une contrepartie logique de la gravité de la détention pénale de sûreté par nature. Elle caractérise une troisième illustration notable de la prise en compte de l'appréciation globale de la privation de liberté, dans son contrôle supra-légal²¹²⁷. De surcroît, une telle analyse participe encore à la remise en cause de la distinction entre la privation de liberté prononcée à titre de peine et de celle prononcée à titre de mesure de sûreté.

495. L'adéquation matérielle de la détention pénale de sûreté par destination : l'obligation d'apporter un contenu visant la réhabilitation. La détention pénale de sûreté par destination se distingue, par définition, moins nettement de la peine. L'emploi en droit interne de la qualification de peine ne laisse guère de doute quant au choix de soumettre le détenu au régime pénitentiaire. La Cour a pourtant imposé, même dans cette hypothèse, l'adéquation matérielle, concernant le condamné à une peine perpétuelle qui, sans

²¹²⁴ La poursuite de la privation de liberté, au terme de la peine, impose une décision équivoque, prononçant le placement en rétention de sûreté et lui servant de titre juridique propre. Même pour la détention pénale de sûreté par destination, qui succède à la partie répressive de la peine sans changement apparent du titre juridique de détention, puisqu'elle poursuit l'exécution de la peine perpétuelle, la Cour européenne des droits de l'Homme a établi plus timidement l'obligation pour les États d'organiser, dès la partie répressive de la peine, un contenu de nature à obtenir la résorption de la dangerosité [*James, Wells et Lee c. Royaume-Uni : préc.*]. L'inadéquation matérielle de la détention était appréciée au regard du contenu de la privation de liberté à titre de mesure de sûreté maintenue au terme de la détention répressive [v. *infra*, n° 495], mais aussi concernant le contenu de la partie répressive de la peine perpétuelle. Une telle solution, qui nécessite confirmation, pourrait concerner de nombreuses hypothèses de peines perpétuelles, au regard des critères larges de requalification utilisés par la Cour [v. *infra*, n° 771 et s.].

²¹²⁵ Cette solution semble remettre en cause la jurisprudence européenne, laissant une large marge d'appréciation aux autorités nationales dans la conduite de la détention pénale de sûreté, notamment au moment de la transition entre le terme de la partie répressive et le début de la partie de mesure de sûreté. Ainsi a-t-elle considéré que l'obligation pour elles d'opérer les diligences nécessaires, pour trouver une place dans un établissement approprié selon le droit national à la mesure de sûreté, ne débute qu'au terme de la peine, le condamné pouvant être maintenu en établissement pénitentiaire dans l'attente du transfert [*Morsink : préc.*]. De la même manière, l'admission du principe d'une *détention de sûreté pénale provisoire* peut permettre aux autorités nationales de maintenir en établissement pénitentiaire l'individu, au terme de la peine, dans l'attente de la décision prononçant la poursuite de la privation de liberté à titre de mesure de sûreté [v. *supra*, n° 444].

²¹²⁶ Déc. n° 2008-562 DC du 21 févr. 2008 : *préc.* ; consid. n° 19 : la nécessité de la rétention de sûreté [le Conseil constitutionnel reconnaissait cet élément dans son étude de la nécessité de la mesure et non de l'adéquation] suppose que le « *condamné a pu, pendant l'exécution de sa peine, bénéficier de soins ou d'une prise en charge destinés à atténuer sa dangerosité mais que ceux-ci n'ont pu produire des résultats suffisants, en raison soit de l'état de l'intéressé soit de son refus de se soigner* ».

²¹²⁷ L'approche sert également à apprécier la célérité de la première intervention du juge judiciaire au terme de la privation de liberté de police [v. *infra*, n° 743], ou permet au juge de la privation de liberté de refuser de prolonger la privation de liberté en raison de l'irrégularité de la privation de liberté de police précédant son intervention [v. *infra*, n° 934].

être atteint d'un trouble grave de la personnalité, fait preuve d'une propension à la récidive, notamment du fait de condamnations multiples pour des infractions contre les biens²¹²⁸. Même si la Cour a reconnu que la loi nationale était organisée autour de l'objectif principal de protection de l'ordre public, puisque la réserve de la mesure de sûreté, lors de la condamnation, était automatique, c'est d'abord au regard des normes internationales, qui imposent un contenu à la peine privative de liberté, que la Cour a assigné l'objectif de réhabilitation²¹²⁹ à la partie de la peine perpétuelle requalifiée en mesure de sûreté, une fois sa partie répressive achevée²¹³⁰. Souvent, ces normes visent aussi bien la peine perpétuelle, que la peine à temps. En l'espèce, la Cour a observé que les détenus n'avaient pu bénéficier, y compris durant la partie répressive de la peine incluse dans le *tariff*, des cours de réadaptation prévus par le droit national, nécessaires en pratique pour bénéficier d'une libération conditionnelle et a sanctionné la carence des autorités nationales à rendre accessible ces cours,

²¹²⁸ *James, Wells et Lee c. Royaume-Uni : préc.* L'application de la peine IPP, éventuellement perpétuelle, sauf à ce que la libération conditionnelle soit accordée au détenu, une fois le *tariff* purgé, résultait de présomptions légales. Les requérants avaient commis des infractions de gravité moyenne. L'un des requérants avait été condamné pour des violences volontaires à un *tariff* de deux ans, alors qu'il avait déjà été condamné à plusieurs reprises pour des infractions similaires. Un autre avait été condamné pour une tentative de vol, après deux autres condamnations, à un *tariff* de douze mois. Le dernier avait été condamné pour des violences commises sous l'emprise de l'alcool à un *tariff* de neuf mois, alors qu'il avait déjà été condamné à huit reprises.

²¹²⁹ *James, Wells et Lee : préc.* ; § 218 : « *As the Court has indicated above, in circumstances where a Government seek to rely solely on the risk posed by offenders to the public in order to justify their continued detention, regard must be had to the need to encourage the rehabilitation of those offenders.* »

²¹³⁰ *James, Wells et Lee : préc.* ; § 208 et s. La Cour se référait à l'article 10 § 3 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* de 1966 [« *le régime pénitentiaire comporte un traitement des condamnés dont le but essentiel est leur amendement et leur reclassement social. Les jeunes délinquants sont séparés des adultes et soumis à un régime approprié à leur âge et à leur statut légal* »], mais aussi à l'*Ensemble de règles minima pour le traitement des détenus* de l'ONU de 1977, dans ses principes directeurs [« *le régime pénitentiaire doit faire appel à tous les moyens curatifs, éducatifs, moraux et spirituels et autres et à toutes les formes d'assistance dont il peut disposer, en cherchant à les appliquer conformément aux besoins du traitement individuel des délinquants* »], son article 65 [« *Le traitement des individus condamnés à une peine ou mesure privative de liberté doit avoir pour but, autant que la durée de la condamnation le permet, de créer en eux la volonté et les aptitudes qui les mettent à même, après leur libération, de vivre en respectant la loi et de subvenir à leurs besoins. Ce traitement doit être de nature à encourager le respect d'eux-mêmes et à développer leur sens de la responsabilité.* »] et son article 66 § 1^{er} [« *À cet effet, il faut recourir notamment aux soins religieux dans les pays où cela est possible, à l'instruction, à l'orientation et à la formation professionnelles, aux méthodes de l'assistance sociale individuelle, au conseil relatif à l'emploi, au développement physique et à l'éducation du caractère moral, en conformité des besoins individuels de chaque détenu. Il convient de tenir compte du passé social et criminel du condamné, de ses capacités et aptitudes physiques et mentales, de ses dispositions personnelles, de la durée de la condamnation et de ses perspectives de reclassement* »], ainsi qu'aux principes généraux des *Recommandations Rec(2003)23 du Comité des Ministres aux États membres concernant la gestion par les administrations pénitentiaires des condamnés à perpétuité et des autres détenus de longue durée* [« *La planification individuelle de la gestion de la peine à perpétuité ou de longue durée d'un détenu devrait viser à assurer une évolution progressive à travers le système pénitentiaire (principe de progression).* »] et aux *Règles pénitentiaires européennes*. L'objectif de réhabilitation était également tiré de l'ensemble des avis des autorités nationales [§ 202 et s.]. La Cour se montrait prudente, en établissant que la nouveauté du mécanisme impliquait nécessairement sa soumission à ces principes internationaux préétablis, consacrant ce raisonnement sans généralisation.

à cause de l'afflux de détenus engendré par la nouvelle législation²¹³¹. Si la détention de sûreté pénale par destination peut être exécutée en établissement pénitentiaire, un contenu visant à assurer la réhabilitation s'impose désormais²¹³².

496. L'adéquation matérielle de la détention pénale de sûreté par nature : l'obligation d'aménager le régime de détention pénitentiaire. La détention pénale de sûreté par nature s'éloigne de la peine, sans pour autant s'en détacher totalement, pour conserver un lien de causalité avec la condamnation²¹³³. Lui appliquer une adéquation identique à la détention *sûreté* de l'aliéné de l'article 5 § 1^{er}-e)⁽²¹³⁴⁾ imposerait de détenir la personne dans un établissement sanitaire, hors du régime de détention pénitentiaire²¹³⁵. Si la détention de sûreté pénale par nature peut être exécutée dans un établissement pénitentiaire²¹³⁶, la Cour a consacré l'obligation d'aménager le régime de détention pénitentiaire afin de doter la détention d'un contenu visant à assurer la réhabilitation, d'abord implicitement²¹³⁷, puis explicitement²¹³⁸.

²¹³¹ Ce défaut était sanctionné sur le fondement de la prohibition de l'arbitraire, tiré de l'article 5 § 1^{er}.

²¹³² Comme à son habitude, la Cour utilisait dans son raisonnement de nombreuses circonstances particulières pour justifier de la solution, sans que ceux-ci n'apparaissent restreindre la portée de la solution, pour la détention pénale de sûreté par destination. Elle rappelait la particulière sévérité du mécanisme. La Cour posait implicitement la question de la proportionnalité du prononcé de l'*IPP* pour les requérants, alors que l'application de la nouvelle législation aux requérants, qui avait restreint le champ des présomptions légales, leur auraient sans doute permis d'échapper à la peine d'*IPP*. La Cour s'attachait aussi aux problèmes généralisés liés à l'exécution de la peine, alors que son caractère automatique avait entraîné un afflux massif de personnes détenues dans ce cadre, empêchant la réalisation des programmes de réhabilitation. Elle notait également les critiques internes à l'encontre du mécanisme. Dès lors, l'obligation d'organiser un contenu visant la réhabilitation du détenu au cours de la tranche de peine perpétuelle requalifiée en mesure de sûreté concerne également le droit français [v. sur la requalification de la peine perpétuelle française en mesure de sûreté, au terme de sa période répressive, *infra*, n° 772 et s.]

²¹³³ V. *supra*, n° 445 et s.

²¹³⁴ Les graves troubles de la personnalité apparaissent en l'état actuel de la jurisprudence permettre la détention de sûreté pénale, lorsque celle-ci a un lien de causalité avec une condamnation, sur le fondement de l'article 5 § 1^{er}-a), ou l'internement de l'aliéné, sur le fondement de l'article 5 § 1^{er}-e), au terme de la peine [v. sur l'appréciation large du terme aliéné, qui pourrait cependant être réduite, *supra*, note n° 1713]. Quant à la détention pénale de sûreté frappant le délinquant d'habitude [v. *supra*, n° 440], une adéquation élevée pourrait exiger le placement dans un lieu entièrement tourné vers la réhabilitation et aboutir à exclure aussi l'établissement pénitentiaire.

²¹³⁵ V. *supra*, n° 485.

²¹³⁶ *Morsink* : *préc.* Seul le retard de l'admission subissant la détention pénale de sûreté dans un hôpital pénitentiaire, lieu inadapté par principe pour l'aliéné de l'article 5 § 1^{er}-e), était sanctionné, si bien qu'un tel établissement apparaît par nature adéquat. La version anglaise dénommait le lieu de « *custodial clinic* », tandis que la version française se référerait uniquement à la dénomination de droit national, celle d'établissement TBS, sans se prononcer sur sa nature. Dans un autre arrêt en français citant la jurisprudence *Morsink*, la Cour évoquait plus nettement le terme d'« *hôpital pénitentiaire* » [De Schepper : *préc.* ; § 47].

²¹³⁷ CEDH, sect. V, 17 déc. 2009, *M. c. Allemagne*, req. n° 19359/04 : *Rec. CEDH* ; *AJP*, 2010, p. 129, comm. J. LEBLOIS-HAPPE ; *RSC*, 2010, p. 236 [sur l'art. 7] et p. 228 [sur l'art. 5], obs. D. ROETS ; *D.*, 2010, p. 737, note J. PRADEL ; *JCP*, 2010, n° 334, note M. GIACOPELLI ; *Dr. pén.*, 2010, ét. n° 9, note L. GRÉGOIRE et F. BOULAN ; *AJP*, 2010, p. 389, obs. É. PÉCHILLON ; § 129 : « *les personnes en détention de sûreté ont particulièrement besoin de suivi et de soutien psychologiques en raison de la durée potentiellement illimitée de leur détention. Afin d'atteindre l'objectif consistant à prévenir la criminalité, il faudrait, comme le CPT le déclare de manière convaincante [...]* "un niveau élevé de soins, avec une équipe pluridisciplinaire, un travail

497. **L'atténuation de la spécificité de la détention sanction.**

Le développement de l'adéquation matérielle de la détention pénale de sûreté apparaît comme l'encadrement le plus sûr de la mesure, alors que sa délimitation est bien trop large²¹³⁹ : l'exigence d'un contenu adapté est de nature à empêcher l'usage de la mesure à grande échelle, sous peine d'engager des moyens conséquents. Plus largement, comme les développements de la Cour sur la détention pénale de sûreté par destination ont entrouvert la porte du contrôle juridictionnel périodique de la peine à temps, ébréchant le dogme du contrôle incorporé²¹⁴⁰, le contrôle de l'adéquation matérielle de la détention pénale par nature a entrouvert la porte de la consécration du contenu visant la réhabilitation dans la détention *sanction*, ébréchant le dogme de son sens univoque²¹⁴¹. Ce dépassement du contrôle classique ressort aussi de la reconnaissance de l'adéquation matérielle à la personnalité du détenu.

b. Le timide dépassement du rejet du contrôle cloisonné : le contrôle de l'adéquation matérielle de la privation de liberté à la personnalité du détenu

498. **Enrichissement et amoindrissement.** Le contrôle cloisonné²¹⁴² aboutit à appliquer les mêmes exigences à toutes les personnes subissant le même cas de privation de liberté, sans subtilité. Le développement du contrôle de l'adéquation matérielle de la privation de liberté à la personnalité du détenu revient à caractériser des catégories différentes de personnes à l'intérieur d'un même cas de privation de liberté, soumises à des obligations différentes d'adéquation. Ce dépassement du contrôle cloisonné a abouti à renforcer les exigences européennes d'adéquation matérielle pour le mineur ou le détenu handicapé, mais à les amoindrir aussi, en consacrant une exception à l'inadéquation, tenant à l'exceptionnelle dangerosité de la personne.

intensif à caractère individuel avec les détenus (grâce à des plans individualisés préparés rapidement), dans un cadre cohérent destiné à assurer une progression en vue de la libération, laquelle doit constituer une possibilité réelle" ». Le défaut de ce traitement adapté servait à la Cour à constater que les personnes subissant la détention pénale de sûreté suivait le même traitement pénitentiaire que celui apporté aux condamnés de droit commun, et la Cour requalifiait en conséquence la mesure de sûreté en peine, ce qui lui permettait de la sanctionner sur le fondement de l'article 7 [v. *supra*, n° 443].

²¹³⁸ *De Schepper : préc.* ; § 48 : la Cour édictait « l'obligation de tenter d'assurer au requérant un traitement adapté à son état et de nature à l'aider à retrouver sa liberté ».

²¹³⁹ V. *supra*, n° 445 et s.

²¹⁴⁰ V. *infra*, n° 770 et s.

²¹⁴¹ V. *infra*, n° 503.

²¹⁴² V. *supra*, n° 490.

499. **L'adéquation matérielle de la privation de liberté à la minorité ou au handicap du détenu : l'enrichissement.** Même en dehors du cas de l'éducation surveillée, cas de privation de liberté dévoué à sa protection et nécessitant une adaptation maximale²¹⁴³, la privation de liberté du mineur en lien avec une infraction pénale suppose aussi un aménagement du régime de détention pénitentiaire²¹⁴⁴, par rapport à celui de l'adulte, organisé autour de la séparation entre les adultes et les mineurs²¹⁴⁵, l'apport d'un contenu éducatif²¹⁴⁶ et la limitation de la sévérité de la contrainte²¹⁴⁷. Même pour les privations de liberté plus courtes, notamment pour la détention administrative de l'étranger, l'adéquation matérielle s'impose, afin de préserver le mineur d'une affliction trop sévère²¹⁴⁸, compte-tenu de sa

²¹⁴³ V. *supra*, n° 486 et s. et les renvois opérés.

²¹⁴⁴ L'article 3 § 1^{er} de la Convention relative aux droits de l'enfant du 26 janvier 1990 indique que « *l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale* » du régime pénitentiaire. L'article 10 § 2-b) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques impose, concernant la détention provisoire, que « *les jeunes prévenus sont séparés des adultes et [qu']il est décidé de leur cas aussi rapidement que possible* » et concernant la peine privative de liberté, que « *les jeunes délinquants sont séparés des adultes et soumis à un régime approprié à leur âge et à leur statut légal* ». Ce principe de séparation est même exprimé généralement, pour toute privation de liberté, selon l'article 37 de la Convention relative aux droits de l'enfant du 26 janvier 1990 [« *Les États parties veillent à ce que : [...] c) Tout enfant privé de liberté soit traité avec humanité et avec le respect dû à la dignité de la personne humaine, et d'une manière tenant compte des besoins des personnes de son âge : en particulier, tout enfant privé de liberté sera séparé des adultes, à moins que l'on n'estime préférable de ne pas le faire dans l'intérêt supérieur de l'enfant, et il a le droit de rester en contact avec sa famille par la correspondance et par des visites, sauf circonstances exceptionnelles* »].

²¹⁴⁵ La Cour européenne des droits de l'Homme a dégagé, sur le fondement de l'article 5 § 3, le principe selon lequel la détention provisoire du mineur doit être exécutée séparément des adultes [CEDH, sect. II, 6 juin 2008, *Nart c. Turquie*, req. n° 20817/04, en angl. ; § 36]. Le Conseil constitutionnel a lui-même reconnu le principe de séparation pour la détention provisoire [Cons. const., déc. n° 2002-461 DC du 29 août 2002 relative à la loi d'orientation et de programmation pour la justice : *J. O.*, 10 sept. 2002, p. 14953 ; *RSC*, 2003, p. 606 et p. 612, comm. V. BÜCK ; *D.*, 2003, p. 1127, obs. L. DOMINGO et S. NICOT ; consid. n° 43 : « *que la détention doit être effectuée soit dans un établissement pénitentiaire spécialisé, soit dans un établissement garantissant la séparation entre détenus mineurs et majeurs* »]. Le législateur organise l'adéquation matérielle de la détention pénale du mineur, en prévoyant la séparation du mineur du majeur, pour la détention provisoire et l'exécution de la peine [art. R. 57-9-9 CPP et s.].

²¹⁴⁶ Déc. n° 2002-461 DC du 29 août 2002 : *préc.* ; consid. n° 43 : le Conseil constitutionnel validait l'extension de la détention provisoire du mineur en constatant « *que les dispositions contestées prévoient de plus la présence d'éducateurs dans des conditions à fixer par décret en Conseil d'État et un accompagnement éducatif au fin de détention* ».

²¹⁴⁷ Sur les fondements des articles 10 § 2-b) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et 37 de la Convention relative aux droits de l'enfant du 26 janvier 1990 [v. sur ces dispositions, *infra*, note n° 2144], dispositions reconnues d'effet utile, le juge administratif a censuré les dispositions réglementaires, organisant l'isolement judiciaire du mineur [l'isolement administratif à titre de mesure de sûreté est exclu pour le mineur], du fait de leur défaut d'adéquation [CE, sect., 31 oct. 2008, *Sect. fr. OIP*, n° 293785 : *Rec. CE*, p. 374 ; *RFDA*, 2009, p. 73, concl. M. GUYOMAR ; *D.*, 2009, p. 134, note M. HERZOG-EVANS ; *Gaz. Pal.*, 13 déc. 2008, p. 33, note M. GUYOMAR ; *AJDA*, 2008, p. 2389, chron. É. GEFFRAY et S.-J. LIÉBER ; *AJP*, 2008, p. 500, obs. É. PÉCHILLON ; *Dr. admin.*, 2009, comm. n° 10, note F. MELLERAY « *compte tenu des fortes contraintes qu'il comporte, [...] un régime d'isolement ne peut être rendu applicable aux mineurs sans que des modalités spécifiques soient édictées pour adapter en fonction de l'âge, le régime de détention, sa durée, les conditions de sa prolongation et, notamment le moment où interviennent les avis médicaux* »]. La réglementation actuelle exclut le mineur de l'isolement judiciaire [art. R. 57-5-1 CPP].

²¹⁴⁸ V. *infra*, n° 535, sur la caractérisation facilitée du traitement inhumain et dégradant du mineur privé de liberté, même si, dans aucune de ces espèces, la Cour ne prohibait, par principe, les privations de liberté soumises à son examen.

vulnérabilité : le régime de sa privation de liberté doit être aménagé par rapport à l'adulte, qu'il soit accompagné²¹⁴⁹ ou non²¹⁵⁰, l'État ayant l'obligation d'organiser « *des mesures d'encadrement et d'accompagnement psychologiques ou éducatives [...] dispensées par un personnel qualifié, spécialement mandaté à cet effet* »²¹⁵¹. Le jeune enfant doit bénéficier aussi de conditions de logement conformes à son âge et assurant sa sécurité²¹⁵². Au-delà, la privation de liberté doit aussi sans doute être adaptée au handicap du détenu²¹⁵³. Le développement du contrôle de l'adéquation matérielle dans ces hypothèses, sur le fondement de l'article 3 et non de l'article 5 § 1^{er}, limite toutefois l'intégration de l'adéquation matérielle dans la légalité de la privation de liberté²¹⁵⁴.

500. D'ailleurs, plus encore que pour le mineur, l'inadéquation matérielle de la privation de liberté pour le détenu handicapé est sanctionnée par la Cour sur le fondement de l'article 3 : celle-ci s'apprécie principalement au regard de l'autonomie dont peut profiter le détenu handicapé²¹⁵⁵, ce qui montre bien que l'adéquation matérielle du lieu de privation de liberté est pourtant principalement critiquée dans ce cas.

²¹⁴⁹ CEDH, sect. II, 13 déc. 2011, *Kanagaratnam et autres c. Belgique*, req. n° 15297/09 : *Dr. famille*, 2012, comm. n° 33, note M. BRUGGEMAN.

²¹⁵⁰ CEDH, sect. II, 19 janv. 2010, *Muskhadzhiyeva et autres c. Belgique*, req. n° 41442/07 : *JCP*, 2010, n° 194, obs. L. MILANO ; *Gaz. Pal.*, 18 mars 2010, p. 14, note F. DESPREZ ; *Constitutions*, 2010, p. 260, obs. P. CHEVALIER.

²¹⁵¹ *Ibid.* ; § 50.

²¹⁵² CEDH, sect. V, 19 janv. 2012, *Popov c. France*, req. n°s 39472/07 et 39474/07 : *JCP*, 2012, n° 221, obs. F. SUDRE ; *Dr. famille*, 2012, comm. n° 43, note M. BRUGGEMAN ; *AJDA*, 2012, p. 1726, chron. L. BURGORGUE-LARSEN ; *D.*, 2012, p. 363, obs. C. FLEURIOT ; *ibid.*, p. 864, entretien S. SLAMA ; *ibid.*, p. 2267, chron. A. GOUTTENOIRE ; *ibid.*, 2013, p. 324, chron. K. PARROT ; *AJP*, 2012, p. 281, note S. SLAMA ; *Rev. crit. DIP*, 2012, p. 826, comm. K. PARROT. La censure des conditions de détention, dans l'arrêt *Popov*, dessinait *a contrario* le standard minimum de la détention du très jeune mineur : « *pas de lits pour enfants et des lits adultes avec des angles en fer pointus, aucune activité destinée aux enfants, petit espace de jeux très sommaire sur un bout de moquette, cour intérieure bétonnée de 20 m² avec vue sur un ciel grillagé, grilles au maillage serré aux fenêtres des chambres, ne permettant pas de voir à l'extérieur, fermeture automatique des portes des chambres, dangereuses pour les enfants* ». Cette argumentation était toutefois développée sur le fondement de l'article 3, pour constater l'existence d'un traitement inhumain et dégradant et non sur le fondement de l'article 5 et de l'adéquation matérielle.

²¹⁵³ CEDH, sect. III, 12 avr. 2011, *Flaminzeanu c. Roumanie*, req. n° 56664/08 : *AJDA*, 2011, p. 1993, chron. L. BURGORGUE-LARSEN. V. *infra*, note n° 2341.

²¹⁵⁴ V. *Popov c. France* : *préc.* et *Flaminzeanu* : *préc.*

²¹⁵⁵ De manière très claire, la jurisprudence européenne estime que le simple handicap, lorsque la personne est détenue dans un établissement « *où elle ne peut se déplacer et en particulier quitter sa cellule par ses propres moyens* », durant plusieurs mois, viole l'article 3 [CEDH, 24 nov. 2006, *Vincent c. France*, req. n° 6253/03 : *JCP*, II, n° 10007, comm. J.-B. THIERRY ; *AJP*, 2006, p. 500, note J.-P. CÉRÉ ; *RDSS*, 2007, p. 351, obs. A. BOUJEKA ; § 103]. En l'espèce, pour franchir la porte de la cellule, le requérant devait être porté et la roue de son fauteuil démontée. La violation de l'article 3 est aussi établie par l'inadaptation de l'établissement pénitentiaire au handicap, qui oblige un détenu paraplégique, dont la cellule est située au 4^{ème} étage, à emprunter les escaliers pour recevoir son traitement médical et accéder à l'ensemble des activités [CEDH, sect. I, 10 janv. 2012, *Arutyunyan c. Russie*, en angl., req. n° 48977/09]. Si l'autonomie est plus grande, la Cour admet que l'aide ponctuelle de codétenus [v. par ex. pour un détenu amputé des deux avant-bras, qui avait obtenu rapidement des prothèses et qui n'avait besoin d'aide que pour la toilette et l'habillement, CEDH, sect. IV, 12 mars 2013, *Zarzycki c. Pologne*, req. n° 15351/03, en angl., ou v. par ex. pour un détenu paraplégique, qui

501. **L'exception de dangerosité : l'amoindrissement.** Si ces éléments nouveaux permettent de développer le contrôle de l'adéquation matérielle de la privation de liberté, la Cour a développé dans son arrêt *De Schepper*, à l'inverse du mouvement, une exception à l'inadéquation matérielle, tenant à l'exceptionnelle dangerosité de l'aliéné²¹⁵⁶. Plus lourdement, la Cour étendait l'exception à la pure détention de l'aliéné, celle déconnectée de la commission d'une infraction pénale, intégrant une exigence du cas spécial de la détention pénale de sûreté à la mesure de sûreté de l'article 5 § 1^{er}-e), cas de détention pourtant plus tourné vers la protection de l'individu²¹⁵⁷. Cette exception de dangerosité s'est aussi développée pour relativiser le droit à la libération en cas d'état de santé incompatible²¹⁵⁸, montrant un certain traitement uniforme de l'exécution de la privation de liberté par la Cour européenne des droits de l'Homme²¹⁵⁹.

502. **L'apport du contrôle de l'adéquation matérielle : le lieu de privation de liberté, un élément abstrait de la qualification du cas de privation de liberté.** La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme maintient le plus souvent l'illusion d'un examen *in concreto*, pour conclure à l'inadéquation matérielle, lorsque celle-ci est exécutée dans un lieu d'une nature différente de celle exigée par principe. En réalité, l'exécution de la privation de liberté dans un lieu par nature inadapté n'a jamais été tolérée, si bien que la nature du lieu de détention est devenu un critère de qualification du cas de la privation de la liberté : la violation de la Convention apparaît automatiquement établie, dès le constat de la discordance, sans véritable égard pour les efforts des autorités nationales pour

bénéficiait d'équipements adaptés dans sa cellule, si bien qu'il pouvait sortir de sa cellule et se déplacer seul, CEDH, sect. II, 23 juil. 2013, *Ūrfi Cetinkaya c. Turquie*, req. n° 19866/04]. En revanche, en cas d'autonomie plus réduite, pour le cas d'un détenu paraplégique, l'aide des codétenus ne suffit pas à éviter la violation de la Convention [CEDH, sect. IV, 25 juin 2013, *Grimailovs c. Lettonie*, req. n° 6087/03, en angl.].

²¹⁵⁶ *De Schepper* : préc. ; § 46. La détention pénale de sûreté du requérant s'était déroulée pendant trois ans, en établissement pénitentiaire normal, en violation du droit national, en raison de l'impossibilité de trouver une place dans un établissement médical. Le principe était rappelé dans l'arrêt *James, Wells et Lee*, même si la Cour l'écartait, en l'espèce, pour justifier le maintien en détention, malgré l'inadéquation, puisqu'elle notait que les autorités elles-mêmes avaient reconnu que les requérants ne présentaient pas un niveau de dangerosité critique [§ 217]. Le gouvernement s'était défendu en invoquant son devoir de maintenir en détention, malgré l'inadaptation, pour préserver l'ordre public, les requérants.

²¹⁵⁷ CEDH, sect. II, 2 oct. 2012, *L. B. c. Belgique*, req. n° 22831/08 : RDSS, 2013, p. 245, note C. MARGAINE ; *Dr. pénal*, 2013, n° 4, chron. E. DREYER. Dans cette affaire, la différence avec la détention pénale de sûreté était mince, puisque l'aliéné avait été interné au terme de sa peine, sans que la possibilité de maintenir la détention dans un régime de mesure de sûreté ait été réservée lors de la condamnation, en raison du grave trouble de sa personnalité [en l'absence de lien de causalité entre la condamnation et la mesure de sûreté, la privation de liberté relevait cependant nécessairement de l'article 5 § 1^{er}-e) ; v. *supra*, n° 445 et s.]. En l'espèce, l'exception était rejetée en l'espèce, au regard des progrès que la Cour notait dans le traitement de l'individu.

²¹⁵⁸ V. *infra*, n° 582 et s.

²¹⁵⁹ Ce qui milite pour appliquer ce même standard au vice des conditions de détention indignes [v. *infra*, n° 538].

essayer d'adapter le régime de détention²¹⁶⁰, sauf en cas d'exceptionnelle dangerosité²¹⁶¹ ou de garde provisoire pénitentiaire²¹⁶². Cette appréciation qui confirme l'abstraction de l'encadrement de l'exécution de la privation de liberté opérée par la jurisprudence européenne a été rappelée fermement dans les arrêts récents²¹⁶³. Le droit d'être privé de liberté dans un lieu assurant un contenu adapté au motif de la privation de liberté bénéficie ainsi d'une consécration supra-légale, principalement grâce au droit européen, même si ses limites aboutissent à ce que son étendue ne remette pas en cause le droit français, plus protecteur. Cette supériorité se manifeste pour la détention *sanction*, à travers le développement en droit national d'un droit à préparer sa réinsertion durant l'exécution de la peine.

B) La supériorité du droit national : le développement d'un droit à préparer sa réinsertion durant l'exécution de la peine

503. **Le sens univoque de la peine.** La conception plus ancienne de la peine privative de liberté tend à lui conférer un sens univoque, tourné vers la protection de l'ordre public uniquement, celui de la sanction²¹⁶⁴. Ce sens univoque justifie toutes les particularités de la détention *sanction* par rapport à la théorie générale, comme l'absence de consécration supra-légale du contrôle périodique²¹⁶⁵, l'application du plein procès équitable²¹⁶⁶, ou

²¹⁶⁰ La manifestation la plus évidente de cette affirmation concerne le cas de l'aliéné interné en vertu de l'article 5 § 1^{er}-e), celui-ci même dangereux soit parce qu'il exécute une peine [v. *infra*, n° 581], soit parce qu'il a commis matériellement une infraction en état d'irresponsabilité, soit parce que son trouble de personnalité perdure au terme de sa peine, sauf le cas de la détention pénale de sûreté, doit en principe être interné dans un établissement de soins, en tout cas pas en annexe psychiatrique pénitentiaire.

²¹⁶¹ V. *supra*, n° 501.

²¹⁶² V. *supra*, n° 484 et s.

²¹⁶³ CEDH, sect. V, 10 janv. 2013, *Claes c. Belgique*, req. n° 43418/09. – CEDH, sect. V, 10 janv. 2013, *Dufoort c. Belgique*, req. n° 43653/09. – L. B. : *préc.* – CEDH, sect. II, 13 oct. 2009, *Schepper c. Belgique*, req. n° 27428/07. – CEDH, sect. II, 6 déc. 2011, *Donder et De Clipel c. Belgique*, req. n° 8595/06.

²¹⁶⁴ On remarquera que la Cour européenne des droits de l'Homme vise plus largement dans ses principes généraux la « protection de la société » [CEDH, sect. I, 17 janv. 2012, *Choreftakis et Choreftaki c. Grèce*, req. n° 46846/08 ; § 49], montrant qu'elle intègre sans doute à la peine, au-delà de la fonction classique de sanction, celle de la mise à l'écart du délinquant dangereux, qui la rapproche de la mesure de sûreté. Le Conseil constitutionnel, dans une vision plus large, se réfère aussi à la protection de la société et à la punition [v. *supra*, n° 504]. La difficile reconnaissance du contrôle périodique du bien-fondé du maintien en privation de liberté rappelle toutefois que le but premier de la peine tient dans la sanction [v. *infra*, n° 771 et s.].

²¹⁶⁵ *Ibid.* Dès lors que seul l'objectif de punition est poursuivi tout au long du *quantum* fixé par la décision de condamnation, il n'est pas nécessaire de contrôler périodiquement son bien-fondé. L'admission exceptionnelle pour peine perpétuelle, du contrôle périodique, au constat du terme de sa période répressive, montre *a contrario* que l'exclusion, pour le reste, du contrôle périodique est liée au maintien du caractère répressif de la peine.

²¹⁶⁶ Le Conseil constitutionnel étend le respect de ces principes à toute sanction [Cons. const., déc. n° 89-260 DC du 28 juil. 1989 portant sur la loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier : *J. O.*, 1^{er} août 1989, p. 9676 ; *RFDA*, 1989, p. 671, comm. B. GENEVOIS]. V. sur les principes fondamentaux s'appliquant à la sanction punitive, J. FARINA-CUSSAC, « La sanction punitive dans les jurisprudences du Conseil

l'application de la non-rétroactivité²¹⁶⁷. Quant à l'adéquation matérielle, le sens univoque justifie de n'appliquer à la peine privative de liberté que le simple standard minimum de l'interdiction du traitement inhumain et dégradant²¹⁶⁸. La consécration de l'objectif de la réinsertion²¹⁶⁹ permettrait de la réintégrer définitivement dans la théorie générale, en mesurant son adéquation matérielle à cet objectif et en la soumettant au contrôle périodique. Le maintien univoque de la peine, sauf pour certaines hypothèses de peine perpétuelle, est en tout cas solidement établi dans la jurisprudence européenne²¹⁷⁰.

504. L'apparente soumission de la détention *sanction* à l'adéquation matérielle : la préparation à la réinsertion. Le Conseil constitutionnel a lui-même précisé les buts de la peine privative de liberté : elle « *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* »²¹⁷¹, formulation qui paraît imposer un contenu à la détention *sanction* orienté vers le dernier objectif, d'autant plus que le Conseil constitutionnel vise bien l'action de « *préparer* », même si la force de cet objectif est incertaine. En choisissant le terme de réinsertion, plutôt que d'autres, aux sens plus larges mais plus incertains et orientés sans doute vers une vision plus médicale du traitement pénitentiaire, comme ceux de réhabilitation ou encore de réadaptation, c'est d'abord un traitement social qui est visé. Le législateur lui-même semble reconnaître à la peine privative de liberté la préparation de la réinsertion²¹⁷², et le travail pénitentiaire volontaire apparaît

constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'Homme : éléments pour une comparaison » ; RSC, 2002, p. 517.

²¹⁶⁷ V. *supra*, n° 204 et s.

²¹⁶⁸ V. *infra*, n° 525 et s.

²¹⁶⁹ Au-delà de la partie répressive de la peine, déterminée pour toute peine au terme du délai d'épreuve permettant de demander la libération conditionnelle.

²¹⁷⁰ Pour le contrôle de la peine perpétuelle, la Cour a établi que « *les impératifs de châtement, de dissuasion, de protection du public et de réinsertion figurent au nombre des motifs propres à justifier une détention* » [CEDH, gde ch., 9 oct. 2013, *Vinter et autres c. Royaume-Uni*, req. n°s 66069/09, 130/10 et 3896/10 : Rec. CEDH, 2013 ; § 111]. V. *supra*, n° 492.

²¹⁷¹ Cons. const., déc. n° 93-334 DC du 20 janv. 1994 relative à la loi instituant une peine incompressible et relative au nouveau Code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale : J. O., 26 janv. 1994, p. 1380 ; RFD const., 1994, p. 353, note TH. RENOUX ; D., 1995, p. 340, obs. TH. RENOUX ; *ibid.*, p. 293, obs. É. OLIVA.

²¹⁷² L'article 1^{er} de la loi n° 87-432 du 22 juin 1987 relative au service public pénitentiaire [J. O. : 23 juin 1987] précise que la mission du service pénitentiaire consiste en la protection de la sécurité publique et la réinsertion des détenus : « *le service public pénitentiaire participe à l'exécution des décisions et sanctions pénales et au maintien de la sécurité publique* » et « *il favorise la réinsertion sociale des personnes qui lui sont confiées par l'autorité judiciaire* ». L'article 707 du Code de procédure pénale dispose que « *l'exécution des peines favorise, dans le respect des intérêts de la société et des droits des victimes, l'insertion ou la réinsertion des condamnés ainsi que la prévention de la récidive* ». L'article 717-3 du Code de procédure pénale prévoit qu'« *au sein des établissements pénitentiaires, toutes dispositions sont prises pour assurer une activité professionnelle, une formation professionnelle ou générale aux personnes incarcérées qui en font la demande* ».

comme l'un des éléments principaux du régime pénitentiaire destiné à préparer la réinsertion²¹⁷³.

505. Le défaut du contrôle supra-légal du travail pénitentiaire volontaire.

Le rejet législatif de l'application du droit du travail au travail pénitentiaire²¹⁷⁴, peu favorable à la préparation de la réinsertion²¹⁷⁵, était soumis au Conseil constitutionnel²¹⁷⁶. Celui-ci, s'il visait les fondements constitutionnels du droit au travail²¹⁷⁷, se référait à la compétence législative pour « *déterminer les conditions et les modalités d'exécution des peines privatives de liberté dans le respect de la dignité de la personne* »²¹⁷⁸ dans son raisonnement lui permettant de conclure au respect de la Constitution. Dès lors, le Conseil constitutionnel a estimé que le choix d'appliquer le droit commun au travail pénitentiaire ou au contraire de l'écarter, pour ne pas concerner la « *dignité de la personne* », reste de la marge d'appréciation du législateur²¹⁷⁹. En rejetant de contrôler le contenu de la peine privative de liberté, malgré l'utilisation de sa formulation désormais classique sur les objectifs de la peine pour fixer l'étendue de son examen, le Conseil constitutionnel limite son efficacité au seul contrôle des dispositifs limitant l'obtention des mesures d'aménagement de peine²¹⁸⁰ : l'objectif de

²¹⁷³ Les parties réglementaires du Code de procédure pénale [art. D. 432-1 à D. 479] décrivent les « *actions de préparation à la réinsertion des personnes détenues* », au sein desquelles figurent, outre les dispositions relatives au travail, celles liées à l'enseignement et la formation professionnelle, à l'assistance spirituelle, à l'action socio-culturelle, aux activités physiques et sportives, à l'action socio-éducative, aux visiteurs de prison et à l'aide à la sortie de prison.

²¹⁷⁴ La loi prévoit que « *les relations de travail des personnes incarcérées ne font pas l'objet d'un contrat de travail* » [art. 717-3 CPP]. La Cour de cassation reconnaissait déjà l'échappement du travail pénitentiaire au droit du travail [Cass. soc., 17 déc. 1996, n° 92-44.203 : *inédit* ; *Dr. soc.*, 1997, p. 344, G. GIUDICELLI-DELAGE et M. MASSÉ : la Cour de cassation écartait la compétence des juridictions sociales dès lors que « *les relations de travail des personnes incarcérées ne font pas l'objet d'un contrat de travail* »]. Cette solution est souvent critiquée [v. S. BRIMO, *op. cit.*, ou P. AUBERGNON, « *Droit du travail et prison : le changement maintenant ?* » ; *RDT*, 2013, p. 309]. Le Conseil des Prud'hommes de Paris avait appliqué le droit commun du travail au travail pénitentiaire [CPH Paris, 8 févr. 2013, n° 11/15185 : *Cah. soc.*, 1^{er} avr. 2013, p. 111, note G. LOISEAU].

²¹⁷⁵ Voir S. BRIMO, « *Le droit au travail pénitentiaire : un droit sans droit... et sans travail* » ; *RDSS*, 2013, p. 251. Le Code de procédure pénale prévoit lui-même que le travail pénitentiaire doit être pris en compte pour apprécier les « *gages de réinsertion* » [art. 717-3 CPP], critère servant à l'octroi des aménagements de peine.

²¹⁷⁶ Cons. const., déc. n° 2013-320/321 QPC du 14 juin 2013, [*M. Yacine T. et autre*] : *J. O.*, 16 juin 2013, p. 10025 ; *D.*, 2013, p. 1221, obs. S. SLAMA ; *ibid.*, p. 1909, F. CHOPIN ; *Procédures*, 2013, comm. 266, obs. J. BUISSON.

²¹⁷⁷ Le Conseil constitutionnel se contentait de citer les parties pertinentes du Préambule de la Constitution de 1946 [consid. n° 4].

²¹⁷⁸ Principe déjà formulé précédemment [v. Cons. const., déc. n° 2009-593 DC du 19 nov. 2009 portant sur la loi pénitentiaire : *J. O.*, 25 nov. 2009, p. 20222 ; *RSC*, 2010, p. 217, obs. B. DE LAMY ; *AJDA*, 2009, p. 2425, obs. P. WACHSMANN], il était tiré de la combinaison de l'article 34 de la Constitution et des objectifs de la peine privative de liberté, tels que définis précédemment par le Conseil constitutionnel [v. *supra*, n° 504].

²¹⁷⁹ Le travail reste un droit constitutionnel, qu'il appartient au législateur d'aménager « *dans les limites inhérentes aux contraintes de la détention* » [Déc. n° 2009-593 DC du 19 nov. 2009 : *préc.*].

²¹⁸⁰ Outre cette décision sur le travail pénitentiaire et celle sur le régime disciplinaire [v. *supra*, n° 188], le Conseil constitutionnel n'avait d'ailleurs utilisé la formule que concernant les mécanismes de perpétuité réelle [v. déc. n° 93-334 DC du 20 janv. 1994 : *préc.*, ou déc. n° 2011-625 DC : *préc.*]. La référence à la dignité, rejoint

préparation « *d'une éventuelle réinsertion* » est une simple direction donnée au législateur²¹⁸¹, plutôt qu'un véritable fondement permettant le contrôle constitutionnel du contenu de la peine privative de liberté et n'est pas un droit bénéficiant d'une reconnaissance constitutionnelle. Quant à la Cour européenne des droits de l'Homme, elle aborde le travail pénitentiaire non pas comme un droit, mais comme une exception légitime à la prohibition du travail forcé²¹⁸², contrôlant ainsi seulement le travail pénitentiaire forcé, admis à condition que le travail soit « *normal* », ce qui lui a permis malgré tout d'aborder les rémunérations des détenus, tout en se montrant conciliante²¹⁸³. Le travail pénitentiaire volontaire n'intègre pas son standard minimum dégagé sur le fondement de l'article 3²¹⁸⁴.

506. Le contrôle du juge administratif du travail pénitentiaire volontaire.

Le législateur a cependant consacré la préparation à la réinsertion comme un contenu de la peine²¹⁸⁵, et l'administration pénitentiaire est débitrice d'une obligation de moyens²¹⁸⁶ pour

alors le contrôle de la Cour européenne des droits de l'Homme de la peine perpétuelle, sur le fondement de l'article 3 [v. *infra*, n° 786].

²¹⁸¹ Le juge administratif des référés a d'ailleurs qualifié la formule constitutionnelle de simple « *objectif de politique criminelle* », rejetant la préparation à la réinsertion comme une liberté fondamentale, au sens de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative [CE, 19 janv. 2005, *M. Chevalier*, n° 276562 : *Rec. CE*, p. 23].

²¹⁸² L'article 4 § 3-a) dispose que « *n'est pas considéré comme travail forcé ou obligatoire [...] tout travail requis normalement d'une personne soumise à la détention dans les conditions prévues par l'article 5 de la présente Convention, ou durant sa mise en liberté conditionnelle* ».

²¹⁸³ Concernant le travail pénitentiaire obligatoire, sans affiliation au régime des pensions de retraite, la Commission avait d'abord exclu la contestation des rémunérations du champ de l'article 4 [Comm.EDH, 6 avr. 1968, *Vingt et un détenus c. Allemagne*, req. n°s 3134/67, 3172/67 et 3188-3206/67 : *D. R.*, n° 27, p. 97]. La Grande chambre a rappelé dernièrement que le travail pénitentiaire obligatoire « *normal* », celui qui échappe à la prohibition du travail forcé, ne doit pas obligatoirement entraîner une affiliation au régime de pensions de retraite, mais elle notait que les *Nouvelles règles pénitentiaires* recommandaient que « *les détenus exerçant un travail doivent, dans la mesure du possible, être affiliés au régime national de sécurité sociale* » [règle n° 26.17], sans que le principe ne fasse « *consensus suffisant* » pour s'imposer [CEDH, gde ch., 7 juil. 2011, *Stummer c. Autriche*, req. n° 37452/02 : *Rec. CEDH*, 2011 ; § 130 et s.]. S'agissant de la rémunération, les décisions précédentes, comme une autre récente [CEDH, sect. IV, 9 oct. 2012, *Zhelyazkov c. Bulgarie*, req. n° 11332/04, en angl. ; § 34], ont toutes rappelé qu'elle n'entrait pas dans le champ de son contrôle, tout en notant la considération croissante pour accorder au travail pénitentiaire une rémunération « *équitable* », s'appuyant de nouveau sur les *Nouvelles règles pénitentiaires* [la règle n° 26.10 recommande qu'« *en tout état de cause, le travail des détenus doit être rémunéré de façon équitable* »]. Lors d'une de ses dernières décisions, si la Cour répétait que, par principe, le montant des rémunérations n'entrait pas en ligne de cause dans la détermination du travail « *normal* », elle appréciait malgré tout en l'espèce la valeur de la rémunération obtenue, tenant dans une réduction de peine [CEDH, sect. III, 12 mars 2013, *Floroiu c. Roumanie*, req. n° 15303/10, *déc.*]. Encore timide, la jurisprudence de la Cour évolue, même si elle concerne le travail obligatoire.

²¹⁸⁴ Le défaut d'accès au travail pénitentiaire volontaire, « *regrettable* », ne constitue pas en lui-même une violation de l'article 3 et n'apparaît pas non plus comme un critère essentiel de l'appréciation d'un traitement inhumain et dégradant, dans le contrôle des conditions matérielles de détention [CEDH, sect. II, 16 juil. 2009, *Sulejmanovic c. Italie*, req. n° 22635/03 ; § 50].

²¹⁸⁵ L'article 707 dispose que « *l'exécution des peines favorise, dans le respect des intérêts de la société et des droits des victimes, l'insertion ou la réinsertion des condamnés ainsi que la prévention de la récidive.* » L'emploi du terme d'« *exécution* », plutôt que celui plus précis d'aménagement, montre que la disposition vise aussi le contenu de la peine.

fournir le travail pénitentiaire au détenu qui le demande²¹⁸⁷. Si les difficultés juridiques ou pratiques compliquent l'accès à l'emploi, l'autorité pénitentiaire peut au surplus toujours mettre un terme au travail pénitentiaire volontaire du détenu, par la décision de déclassement²¹⁸⁸. Le juge administratif a défendu le droit des détenus à conserver leur emploi en ouvrant le recours en excès de pouvoir contre la décision de déclassement²¹⁸⁹, dans une décision d'autant plus remarquable que le juge administratif établissait que le travail pénitentiaire assurait une « *meilleure insertion dans la vie collective de l'établissement, tout en leur permettant de faire valoir des capacités de réinsertion* », ainsi qu'une source de revenus aux détenus²¹⁹⁰.

507. La même décision limitait l'intensité du contrôle à l'erreur manifeste d'appréciation et maintenait dans la matière des mesures d'ordre intérieur la décision de refus de classement, empêchant l'accès à l'emploi, et celle de classement, sauf à caractériser concrètement une atteinte particulière aux droits et libertés fondamentaux des détenus. Ces derniers développements revenaient à exclure, par principe, que les décisions du travail pénitentiaire, même à reconnaître leur lien avec la préparation de la réinsertion, intègrent par nature le domaine des droits et libertés fondamentaux. En tout cas, la solution

²¹⁸⁶ L'expression commune du droit au travail réside aussi dans une obligation de moyens [Cons. const., déc. n° 83-156 DC du 28 mai 1983 relative à la loi portant diverses mesures relatives aux prestations de vieillesse : *J. O.*, 1^{er} juin 1983, p. 1646 ; consid. n° 4 : il appartient au législateur « *de poser les règles propres à assurer au mieux le droit pour chacun d'obtenir un emploi en vue de permettre l'exercice de ce droit au plus grand nombre possible d'intéressés* »].

²¹⁸⁷ L'article 717-3 du Code de procédure pénale pose l'obligation pour les établissements pénitentiaires de prendre « *toutes dispositions* » pour assurer une activité professionnelle aux détenus qui en font la demande. En pratique, la proportion des détenus sous écrous ayant bénéficié d'un travail pénitentiaire reste relative. Le Contrôleur général des lieux de privation de liberté établissait ce taux pour 2010 à 27,7 % [*Rapport d'activité 2011* : disponible sur le site de l'institution, p. 149]. Le contrôleur revenait en détail ensuite sur les dispositions réglementaires organisant le travail pénitentiaire et les difficultés pratiques.

²¹⁸⁸ L'article D. 432-4 du Code de procédure pénale prévoit le déclassement de la personne « *incompétente* », décision prise à la suite d'une suspension durant cinq jours pour évaluation. L'ancien article D. 99 du Code de procédure pénale prévoyait plus largement que « *l'inobservation par les détenus des ordres et instructions donnés pour l'exécution d'une tâche peut entraîner la mise à pied ou le déclassement de l'emploi* ».

²¹⁸⁹ CE, *ass.*, 14 déc. 2007, *Planchenault*, n° 290420 : *Rec. CE*, p. 474 ; *D.*, 2008, p. 820, note M. HERZOG-EVANS ; *ibid.*, p. 1017, chron. É. PÉCHILLON ; *RFDA*, 2008, p. 87, concl. M. GUYOMAR ; *Gaz. Pal.*, 9 août 2008, p. 24, chron. J.-L. PISSALOUX et L. MINOT ; *AJDA*, 2008, p. 128, chron. J. BOUCHER et B. BOURGEOIS-MACHUREAU ; *RDP*, 2009, p. 217, chron. C. GROULIER ; *RSC*, 2008, p. 404, chron. P. PONCELA.

²¹⁹⁰ M. GUYOMAR, dans ses conclusions précitées, définissait les critères permettant l'ouverture du recours en excès de pouvoir contre une décision administrative, celui de sa nature [« *le critère de la nature de la mesure recouvre trois séries d'éléments : en premier lieu, son objet ; en deuxième lieu, son caractère ; et, le cas échéant, en troisième lieu, son statut juridique* »] et celui de ses effets [« *Le critère des effets de la mesure renvoie non pas à sa qualité intrinsèque, comme le précédent, mais aux conséquences qu'elle est susceptible d'entraîner. Celles-ci doivent être appréciées, compte tenu de leur gravité, tant sur le plan juridique – la situation juridique ou administrative du détenu peut-elle être affectée ? – que sur le plan strictement matériel – ce qui renvoie aux conditions concrètes de détention* »]. Il rappelait que les deux critères, la nature et les effets, demeuraient « *complémentaires* », plus que cumulatifs, un seul pouvant suffire pour certains cas, tandis que dans d'autres hypothèses, le cumul devait être établi. Au regard des conclusions, l'effet patrimonial du déclassement remplit le critère de la nature, tandis que l'atteinte à la préparation de la réinsertion remplit le critère des effets.

jurisprudentielle consolidait l'existence d'un droit législatif à préparer sa réinsertion durant l'exécution de sa peine.

508. Le timide contrôle juridictionnel de l'affectation du condamné.

L'affectation du détenu dans un établissement pénitentiaire, ou sa modification, constitue une autre décision liée au droit du détenu à préparer sa réinsertion, en droit²¹⁹¹ ou, en fait²¹⁹². Si le Conseil d'État considère que le transfert forcé d'un détenu d'un établissement pénitentiaire vers un établissement de catégorie identique est une mesure d'ordre intérieur insusceptible de recours, adoptant une analyse surtout juridique des effets de la décision²¹⁹³, il accepte de contrôler le transfert forcé d'un détenu d'un établissement pour peines²¹⁹⁴ à une maison d'arrêt²¹⁹⁵. Par l'examen des dispositions organisant les régimes de détention²¹⁹⁶, le juge administratif ouvrait le recours, au regard des critères de la nature et des effets²¹⁹⁷. Si cette décision attribuait à l'atteinte au droit à la préparation de la réinsertion une part plus importante dans l'ouverture du recours que pour le déclassement, celui-ci n'apparaissait toujours pas comme une liberté fondamentale²¹⁹⁸.

²¹⁹¹ Les établissements pénitentiaires sont organisés en différentes catégories, dont les différences de régime tiennent à leur orientation plus ou moins prononcée vers la réinsertion [art. D. 70 et s. CPP].

²¹⁹² Le changement d'affectation même pour un établissement de genre identique entraîne la perte du détenu de sa situation antérieure, sans certitude d'en trouver une équivalente [v. *infra*, note n° 2197].

²¹⁹³ CE, 23 févr. 2000, *Glaziou*, n° 155607 : *inédit*.

²¹⁹⁴ Les détenus condamnés définitivement doivent en principe exécuter leur peine en établissements pour peines, tandis qu'ils ne peuvent qu'exceptionnellement purger leur peine en maison d'arrêt [art. 707 CPP].

²¹⁹⁵ CE, *ass.*, 14 déc. 2007, *Boussouar*, n° 290730 : *Rec. CE*, p. 495 ; *RDP*, 2009, p. 217, *chron.* C. GROULIER ; *Gaz. Pal.*, 9 août 2008, p. 24, *chron.* J.-L. PISSALOUX et L. MINOT ; *D.*, 2008, p. 820, *note* M. HERZOG-EVANS ; *ibid.*, p. 1017, *chron.* É. PÉCHILLON ; *RFDA*, 2008, p. 87, *concl.* M. GUYOMAR ; *AJDA*, 2008, p. 128, *chron.* J. BOUCHER et B. BOURGEOIS-MACHUREAU ; *RSC*, 2008, p. 404, *chron.* P. PONCELA. Le Conseil d'État adoubaît un mouvement du juge du fond [TA Limoges, 28 mai 2003, *Richet* : *D.*, 2004, p. 1098, *obs.* M. HERZOG-EVANS ; CAA Nancy, 14 déc. 2006, *Allaix*, n° 06NC00705 : *LPA*, 27 mai 2008, p. 10, *chron.* P. TIFINE ; *JCP A*, 2007, n° 2271, *chron.* L. LAURENT. CAA Paris, 19 déc. 2005, *Boussouar*, n° 05PA00868 : *AJDA*, 2006, p. 652, *note* B. BACHINI. Cette jurisprudence a été confirmée par le Conseil d'État, concernant la contestation du transfèrement forcé entre une maison centrale, établissement pour peines et une maison d'arrêt [CE, 9 avr. 2008, *Rogier*, req. n° 308221 : *AJDA*, 2008, p. 1827, *note* D. COSTA ; *RSC*, 2009, p. 431, *chron.* P. PONCELA ; *Gaz. Pal.*, 13 déc. 2008, p. 39, *note* M. GUYOMAR].

²¹⁹⁶ Cet examen permettait au juge administratif de constater que la détention en établissement pour peine se caractérisait « *par des modalités d'incarcération différentes et, notamment, par l'organisation d'activités orientées vers la réinsertion ultérieure des personnes concernées et la préparation de leur élargissement* », à la différence de la détention en maison d'arrêt.

²¹⁹⁷ Le caractère dérogatoire de la décision, puisque c'est seulement par exception que le condamné pouvait être détenu en maison d'arrêt, remplissait le critère de la nature, tandis que l'atteinte à la préparation de la réinsertion, établie par l'étude de la réglementation, remplissait le critère de gravité des effets. Les conclusions avaient dépassé l'analyse juridique de la réglementation, pour s'intéresser à la réalité carcérale et à la surpopulation carcérale plus importante en maison d'arrêt, ainsi qu'à la perte éventuelle concrète de la formation ou de l'activité professionnelle [M. GUYOMAR, *op. cit.*].

²¹⁹⁸ Le Conseil d'État ne fondait d'ailleurs pas l'obligation de motivation du fait de leur inclusion dans la catégorie de celles qui « *restreignent l'exercice des libertés publiques ou, de manière générale, constituent une mesure de police* » mais dans la catégorie de celles qui « *imposent des sujétions* » [art. 1^{er} de la loi n° 79-587 du 11 juil. 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public : *J. O.*, 12 juil. 1979.]. L'ouverture du recours en excès de pouvoir de la mesure

509. La matière restait toutefois largement soumise à la qualification de mesure d'ordre intérieur : la décision « *relative à un changement d'affectation* »²¹⁹⁹ entre établissements de même nature, celle en sens inverse au cas d'espèce, jugée plus favorable par nature, et la décision initiale d'affectation²²⁰⁰ demeuraient écartées du contrôle²²⁰¹. Seule l'étendue du contrôle octroyé au juge administratif restait à préciser²²⁰², même si, par comparaison, c'est sans doute un contrôle limité à l'erreur manifeste d'appréciation qui sera consacré. Ce progrès était toutefois largement relativisé ultérieurement par le Conseil d'État, qui considérait tout établissement pour peine²²⁰³ comme un établissement pénitentiaire de même nature²²⁰⁴, si bien que le contrôle de la décision de changement d'affectation reste

atteignant la préparation de la réinsertion, « *par sa nature et par ses effets* » et non par l'atteinte à un droit fondamental, semble désormais bien établie dans la jurisprudence européenne, alors que l'ouverture du recours en excès de pouvoir contre les décisions du régime différencié a adopté ce même raisonnement [v. CE, 28 mars 2011, *Bennay*, n° 316977 : *Rec. CE*, p. 137 : *AJP*, 2011, p. 408, note G. CLIQUENOIS et M. HERZOG-EVANS ; v. *infra*, note n° 2399].

²¹⁹⁹ Cette formulation large employée par le Conseil d'État semble donc inclure la décision administrative ordonnant le transfèrement forcé mais aussi le transfèrement demandé par le détenu [v. art. D. 82 CPP] et rejeté [V. CAA Nancy, 7 juin 2013, *M. G.*, n° 12NC01607 : *Légifrance* ; le juge administratif qualifiait de mesure d'ordre intérieur la décision de rejet de la demande de changement d'affectation, non pas principe, mais en appliquant les critères de l'arrêt *Boussouar*].

²²⁰⁰ Le commissaire du Gouvernement justifiait cette solution par la proximité de la décision d'affectation, à la condamnation, dont elle constitue en quelque sorte le prolongement. Cette conception ne correspond pourtant pas toujours à la réalité, notamment en l'absence de mandat de dépôt à l'audience. Les autres arguments, d'opportunité, tenaient à la marge laissée à l'administration en raison des limites du parc pénitentiaire, qui entraînaient souvent une première affectation provisoire inadapté et à la crainte d'ouvrir un contentieux de masse.

²²⁰¹ Sauf à caractériser au-delà une atteinte concrète aux libertés et droits fondamentaux. Celle-ci pourrait résulter de la critique de la dignité des conditions matérielles de détention, à l'appui de la contestation de l'affectation dans un nouvel établissement, alors que la Cour européenne des droits de l'Homme a fait de l'absence de recours interne efficace, pour obtenir un changement d'affectation, un élément lui servant à constater la violation de l'article 3 [CEDH, sect. IV, 29 oct. 2013, *D. F. c. Lettonie*, req. n° 11160/07, en angl. ; § 88 et s. : la violation de l'article 3 ressortait toutefois en l'espèce de violences commises sur le détenu, en raison de sa qualité d'informateur].

²²⁰² En l'espèce, ce n'était pas la critique de l'opportunité de la décision qui était sanctionnée, mais la violation des conditions, permettant à titre exceptionnel, le placement en maison d'arrêt.

²²⁰³ V. l'art. D. 70 CPP pour la liste.

²²⁰⁴ CE, 3 juin 2009, *Boussouar*, n° 310100 : *Rec. CE*, T., p. 823 ; *AJDA*, 2011, p. 678, note M. POUJOL. Opportunément, le Conseil d'État se penchait sur la réglementation commune à l'ensemble des établissements pour peines, sans retenir celles établissant leurs différences, notamment au regard de l'objectif d'insertion, pour établir que la différenciation n'apparaissant pas suffisamment substantielle pour justifier le contrôle.

limité au transfert d'un établissement pour peine, quel qu'il soit, vers une maison d'arrêt²²⁰⁵, sauf atteinte particulière à une liberté fondamentale²²⁰⁶.

510. **La mise en veille de l'article 10 § 3 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.** Si les décisions du juge administratif sur le travail pénitentiaire²²⁰⁷ ou l'affectation²²⁰⁸, comme le contrôle supra-légal de l'exécution de la privation de liberté²²⁰⁹, dénie la valeur fondamentale du droit à préparer sa réinsertion, celui-ci semble pourtant bénéficier d'une reconnaissance internationale nette à l'article 10 § 3 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques²²¹⁰. La disposition bénéficie d'une portée opportunément modulable, entre utilisation franche, nationale²²¹¹ ou européenne²²¹², et rejet²²¹³. Elle ne fonde

²²⁰⁵ Sur le fondement de l'article 10 § 3 du Pacte international relatif aux droits sociaux, économiques et culturels de 1966 [v. sur la disposition, *infra*, note n° 2210], la Cour d'appel administrative de Paris a toutefois accepté de contrôler la légalité de la décision d'affectation portant transfert d'un centre de détention dans un autre centre de détention, en démontrant concrètement la spécificité du lieu de détention quitté, au regard de son régime peu sévère – le régime de détention « ouvert » permettait aux détenus de se déplacer librement dans l'établissement en journée et de bénéficier de possibilités facilitées de déplacement même à l'extérieur – et de son orientation exceptionnelle vers la réinsertion, au travers de l'organisation d'activités agricoles [CAA Paris, 10 nov. 2011, *Pascal A.*, n° 10PA05878 : *Légifrance*].

²²⁰⁶ Tel est le cas de l'atteinte au droit de mener une vie familiale résultant de l'affectation nouvelle, plus éloignée du domicile de ses deux filles mineures de leur mère, la distance passant de 60 à 800 km, ouvrant le recours contre le transfèrement entre deux établissements pour peines et sa contestation par le référé-suspension [CE, 27 mai 2009, *Miloudi*, req. n° 322148 : *Rec. CE* ; *Gaz. Pal.*, 23 juin 2009, p. 12, note M. GUYOMAR : le juge administratif avait rejeté la demande sur le fondement du défaut de « doute sérieux sur la légalité », sans se prononcer expressément sur l'urgence].

²²⁰⁷ V. *supra*, n° 506 et s..

²²⁰⁸ V. *supra*, n° 508 et s.

²²⁰⁹ V. *supra*, n° 503 et s.

²²¹⁰ « Le régime pénitentiaire comporte un traitement des condamnés dont le but essentiel est leur amendement et leur reclassement social. Les jeunes délinquants sont séparés des adultes et soumis à un régime approprié à leur âge et à leur statut légal ». L'usage du terme « comporter » confère à la disposition un sens impératif, à la différence de la formulation, plus souple, du Conseil constitutionnel sur les fonctions de la peine privative de liberté [v., pour celle-ci, *supra*, n° 504].

²²¹¹ Le juge administratif, dans son contrôle de la légalité des décisions réglementaires de l'isolement, a directement employé le fondement de l'article 10 § 3, même s'il estimait que la disposition ne s'opposait pas en principe à l'interdiction de la mesure : « si une mesure d'isolement pourrait, le cas échéant, en raison de ses circonstances et de sa durée, porter atteinte aux objectifs d'insertion et de réinsertion attachés aux peines subies par les détenus tels qu'ils sont fixés par l'alinéa 3 de l'article 10 du pacte international relatif aux droits civils et politiques et par l'alinéa 2 de l'article 707 du code de procédure pénale, tel n'est pas le cas, en elles-mêmes, des dispositions réglementaires attaquées » [CE, sect., 31 oct. 2008, *Sect. fr. OIP*, n° 293785 : *Rec. CE*, p. 374 ; *RFDA*, 2009, p. 73, concl. M. GUYOMAR ; *D.*, 2009, p. 134, note M. HERZOG-EVANS ; *Gaz. Pal.*, 13 déc. 2008, p. 33, note M. GUYOMAR ; *AJDA*, 2008, p. 2389, chron. É. GEFFRAY et S.-J. LIÉBER ; *AJP*, 2008, p. 500, obs. É. PÉCHILLON ; *Dr. admin.*, 2009, comm. n° 10, note F. MELLERAY]. La disposition apparaît comme un des fondements du contrôle juridictionnel concret de l'isolement pénitentiaire [v. *infra*, n° 558]. V. pour une utilisation par le juge du fond permettant une extension du contrôle de l'affectation, *supra*, note n° 2205.

²²¹² La disposition a été employée par la Cour européenne des droits de l'Homme pour justifier le contrôle du contenu de la détention pénale de sûreté par nature, celle-ci devant assurer un traitement visant à assurer la réhabilitation [v. *supra*, n° 495].

²²¹³ Le juge administratif a refusé que « les objectifs d'insertion et de réinsertion attachés aux peines subies par les détenus », fondés notamment sur la disposition, intègrent la matière des libertés fondamentales et puissent servir à fonder un référé-liberté [CE, 15 juil. 2010, *Puci c. min. Justice*, n° 340313 : *inédit*].

pas non plus, dans le droit positif, un droit supra-légal à la préparation de la réinsertion durant l'exécution de la peine, malgré son sens explicite, qui dépasse le vague objectif.

511. La confortation du droit législatif de préparer sa réinsertion pendant l'exécution de sa peine. Si le droit de préparer sa réinsertion pendant l'exécution de la peine privative de liberté ne bénéficie pas d'une consécration supra-légale, sa vague reconnaissance comme un objectif de la peine par le Conseil constitutionnel légitime sa poursuite par le législateur et sa confortation par le juge administratif, par l'ouverture, encore limitée, du contrôle du travail et de l'affectation pénitentiaires. Néanmoins, le sens univoque de la peine²²¹⁴, dans les principes supra-légaux, demeure, et au-delà même de l'amoindrissement du droit d'être privé de liberté dans un lieu assurant un contenu adapté au motif de la privation de liberté, tiré de l'adéquation matérielle, la solution ne participe pas à l'uniformisation de la privation de liberté. Au moins la reconnaissance législative du droit de préparer sa réinsertion durant l'exécution de la peine nuance-t-elle la spécialité de la détention *sanction* dans la théorie générale.

²²¹⁴ V. *supra*, n° 503.

512. **La relativité de la consécration du droit à ne pas être détenu au-delà de la durée strictement nécessaire : l'exemple du sens de la peine privative de liberté.** Finalement, c'est tout au long de la peine privative de liberté que l'objectif de réinsertion est minimisé dans les principes supra-légaux, malgré sa prise en compte législative. Les gages de réinsertion constituent un des critères de modération du choix de la peine²²¹⁵, en opposition aux « *circonstances de l'infraction* » et à la gravité de celle-ci²²¹⁶. Le contrôle constitutionnel léger des peines minimales relativise la force de leur prise en compte au stade de la condamnation²²¹⁷. Les gages de réinsertion apparaissent aussi comme la notion qui gouverne l'octroi de l'aménagement de la peine²²¹⁸ et s'opposent à la notion de la dangerosité, qui justifie le maintien en détention²²¹⁹. La reconnaissance limitée du principe de l'aménagement des peines diminue là encore leur portée²²²⁰. Quant à l'exécution de la peine privative de liberté, souvent critiquée pour son incapacité à réaliser cet objectif²²²¹, la préparation à la réinsertion ne constitue qu'un droit législatif²²²². Le caractère univoque de la peine reste ancré, entamant la pleine consécration du droit à ne pas être détenu au-delà de la durée strictement nécessaire. Le sens de la peine privative de liberté, au moins en droit, est toutefois dissocié d'une dimension humiliante et avilissante²²²³, et la sanction s'exprime par la seule

²²¹⁵ Ils figurent comme l'un des éléments que le juge doit prendre en compte pour déterminer le choix de la peine et son *quantum*, dans son pouvoir d'individualisation de la peine, au titre du critère de « *la personnalité* » de l'auteur de l'infraction [art. 132-24 CPP].

²²¹⁶ Le mécanisme des peines minimales traduit directement dans la législation cette conception, puisque les garanties d'insertion ou de réinsertion permettent de mettre en échec les dispositions des peines minimales réprimant des infractions commises en récidive [art. 132-19-1 CP et s.].

²²¹⁷ V. *infra*, n° 1022 et s.

²²¹⁸ La libération conditionnelle, gouvernée par les objectifs « *de la réinsertion des condamnés et de la prévention de la récidive* », dont le critère principal réside dans « *des efforts sérieux de réadaptation sociale* » [art. 729 CPP].

²²¹⁹ La Cour européenne des droits de l'Homme retient cette analyse, lorsqu'elle réalise son contrôle de la peine perpétuelle au terme de la période répressive [v. *infra*, n° 781 et s.].

²²²⁰ V. *infra*, n° 794 et s.

²²²¹ La peine orientée vers la réinsertion est d'abord imaginée comme non privative de liberté [v. par ex. sur l'intérêt de créer une peine probatoire non privative de liberté d'abord tournée vers la réinsertion, J.-C. BOUVIER, « Une nouvelle peine au service de la probation » ; *AJP*, 2013, p. 132 ou v. pour les principes européens adoptés en la matière, P. TOURNIER, « Les règles du Conseil de l'Europe relatives à la probation : à propos de la recommandation adoptée le 20 janvier 2010 » ; *AJP*, 2013, p. 126]. Les développements doctrinaux sur la peine probatoire prolongent le débat plus ancien sur la courte peine d'emprisonnement [v. pour une présentation classique des inconvénients de « *l'emprisonnement court* », J. LEBLOIS-HAPPE, *Quelles réponses à la petite délinquance ?*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2002, § 48 et s. ; v. pour une présentation du débat plus ancienne, J. VÉRIN, « Du bon usage de la courte peine d'emprisonnement » ; *RSC*, 1965, p. 441] ou même sur l'effet criminogène de la peine privative de liberté [v. pour des exemples récents de recherches statistiques réalisées dans des États européens, J. CID, « L'emprisonnement est-il criminogène ? » ; *AJP*, 2011 p. 392, ou encore J. MURRAY et D. FARRINGTON, « Les effets sur l'enfant de l'incarcération parentale » ; *AJP*, 2011, p. 398].

²²²² V. *supra*, n° 503 et s.

²²²³ Cette approche se cristallise autour du contrôle des conditions matérielles de détention de l'article 3 [v. *infra*, n° 517 et s.].

privation de liberté, le détenu conservant ses autres droits et libertés par principe, sauf les sujétions rendues nécessaires par l'exercice de la mission de garde²²²⁴.

513. Pourtant, l'objectif de la neutralisation de la personne dangereuse monte en puissance dans la peine privative de liberté²²²⁵ : la Cour européenne des droits de l'Homme requalifie parfois la peine perpétuelle en mesure de sûreté, dès lors qu'elle constate le terme de sa période répressive²²²⁶, la dangerosité apparaît comme une exception au vice d'exécution de la peine privative de liberté²²²⁷, et le standard européen admet largement le recours à la mesure de sûreté, au terme de la peine à temps, en causalité avec la condamnation²²²⁸. Ce n'est plus tellement la sanction, le sens univoque de la peine privative de liberté, mais la protection de la société²²²⁹, glissement de sens justifié par l'inclusion de la fonction de la mise à l'écart du délinquant dangereux, la rapprochant d'une mesure de sûreté. Cette montée en puissance de la dangerosité dans la peine justifie l'unification de la privation de liberté, en atténuant sa plus grosse cassure, entre la détention *sûreté* et la détention *sanction*, si bien que les avantages de l'une et ceux de l'autre devraient définitivement se généraliser : la non-rétroactivité, l'application du plein procès équitable, le contrôle périodique à bref délai²²³⁰, et l'exigence d'adéquation matérielle devraient intégrer pleinement la théorie générale. Le droit à la préparation de la réinsertion – et l'objectif de réinsertion plus largement – devrait être définitivement consacré pour la détention *sanction*, pour sortir du surplace sur son sens et le renouveler²²³¹. Le droit de ne pas subir de rigueur disproportionnée, s'exprime aussi, dans une dimension plus moderne, au droit à ne pas être privé de liberté au-delà de l'affliction strictement nécessaire.

²²²⁴ V. *supra*, n° 34 et s.

²²²⁵ Même si la Cour européenne des droits de l'Homme interdit la peine perpétuelle incompressible dépourvue de toute possibilité de réexamen, limite extrême de la croissance de cette considération [v. *infra*, n° 786 et s.].

²²²⁶ V. *infra*, n° 770 et s.

²²²⁷ V. pour le défaut d'adéquation, *supra*, n° 499. V. pour l'état de santé incompatible, *infra*, n° 564 et s. L'exception de dangerosité n'est pas spécifique à la peine.

²²²⁸ V. *supra*, n° 437 et s.

²²²⁹ Expression utilisée par la Cour européenne des droits de l'Homme [v. *supra*, n° 503]

²²³⁰ Au terme de sa période répressive déterminée par la fin du délai d'épreuve empêchant l'octroi de la libération conditionnelle.

²²³¹ V. par ex. pour des interrogations plus anciennes sur le sens de la peine privative de liberté, menant à des conclusions approchantes, CH. J. ENSCHEDÉ, « Quelques problèmes concernant la fixation de la peine » ; RSC, 1965, p. 787.

Section II./ LA RELATIVITÉ DU DROIT À NE PAS ÊTRE PRIVÉ DE LIBERTÉ AU-DELÀ DE L’AFFLICTION STRICTEMENT NÉCESSAIRE

514. **L’affliction de la privation de liberté.** L’intégration, sous de nombreux aspects, du droit au respect de la dignité du détenu, dans le contrôle de la privation de liberté²²³², tend à établir un nouveau critère de la mesure de la disproportion, appréciée au regard de l’affliction de celle-ci, qui ne doit pas dépasser le seuil²²³³, déclenchant la qualification du traitement inhumain et dégradant de l’article 3 de la Convention européenne des droits de l’Homme²²³⁴. C’est une dimension plus moderne de la disproportion²²³⁵, qui s’ajoute à la dimension temporelle²²³⁶ et qui encadre l’exécution de toute privation de liberté²²³⁷.

515. **L’encadrement abstrait de l’affliction de la privation de liberté : le contrôle de l’exécution de la privation de liberté.** La qualification de l’affliction trop élevée générée par l’exécution de la privation de liberté en traitement inhumain et dégradant ressort en principe d’un raisonnement concret et subjectif²²³⁸, qui n’a pas vocation à encadrer abstraitement la mesure de contrainte. L’objectivisation par la Cour européenne du contrôle

²²³² V. *supra*, n° 108 et s.

²²³³ La notion d’affliction correspond alors au contrôle européen, qui caractérise le dépassement du seuil en se référant aux notions de « souffrance » [CEDH, gde ch., 26 oct. 2000, *Kudla c. Pologne*, req. n° 30210/96 : *Rec. CEDH*, 2000-XI ; *AJDA*, 2000, p. 1006, chron. J.-F. FLAUSSE ; *RFDA*, 2001, p. 1250, chron. H. LABAYLE et F. SUDRE ; § 94], de « stress », d’« angoisse » ou de « conséquences particulièrement traumatisantes sur leur psychisme » [CEDH, sect. V, 19 janv. 2012, *Popov c. France*, req. n°s 39472/07 et 39474/07 : *JCP*, 2012, n° 221, obs. F. SUDRE ; *Dr. famille*, 2012, comm. n° 43, note M. BRUGGEMAN ; *AJDA*, 2012, p. 1726, chron. L. BURGORGUE-LARSEN ; *D.*, 2012, p. 363, obs. C. FLEURIOT ; *ibid.*, p. 864, entretien S. SLAMA ; *ibid.*, p. 2267, chron. A. GOUTTENOIRE ; *ibid.*, 2013, p. 324, chron. K. PARROT ; *AJP*, 2012, p. 281, note S. SLAMA ; *Rev. crit. DIP*, 2012, p. 826, comm. K. PARROT ; § 102].

²²³⁴ L’affliction doit dépasser un « niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention », pour caractériser un niveau inhumain ou dégradant [*Kudla : préc.* ; § 94].

²²³⁵ En réalité, les deux dimensions se rejoignent, dès lors que la disproportion de la durée entraîne aussi une affliction disproportionnée, tandis que l’affliction disproportionnée retarde l’obtention de l’extinction du motif de la privation de liberté et participe à générer une durée de privation de liberté disproportionnée.

²²³⁶ V. *supra*, n° 459 et s.

²²³⁷ L’encadrement abstrait ainsi dégagé a bien vocation à s’inscrire dans la proportionnalité abstraite. Si l’article 3 a le potentiel pour servir à la délimitation de la nécessité abstraite de la privation de liberté, en considérant certains cas de privation de liberté comme des traitements inhumains et dégradants par nature, la Cour n’a guère développé ce point, comme le montre son acceptation par principe de la privation de liberté de l’enfant étranger non accompagné [v. *supra*, n° 391], ou encore sa validation de la peine perpétuelle obligatoire sans recours juridictionnel pour obtenir son aménagement, dans la limite de l’existence d’un réexamen [v. *infra*, n° 786].

²²³⁸ *Kudla : préc.*, § 91 : « pour tomber sous le coup de l’article 3, un traitement doit atteindre un minimum de gravité » dont l’appréciation « est relative par essence ; elle dépend de l’ensemble des données de la cause, et notamment de la nature et du contexte du traitement, de ses modalités d’exécution, de sa durée, de ses effets physiques ou mentaux, ainsi que, parfois, du sexe, de l’âge et de l’état de santé de la victime ».

des conditions matérielles de détention tend à en créer un standard minimum²²³⁹, général²²⁴⁰ et abstrait. La consécration de nouveaux droits au profit de la personne privée de liberté, pour contester les conditions matérielles de détention trop afflictives, soit qu'elles sont contraires au standard européen minimum, soit qu'elles concernent la personne à l'état de santé incompatible, aboutit au même encadrement.

516. Le droit d'obtenir des conditions meilleures de détention et le droit d'obtenir la libération en raison de l'affliction trop sévère. Le contrôle de l'affliction de la privation de liberté, développé sur le fondement de l'article 3, n'est pas intégrée à l'article 5, ce qui l'écarte *a priori* de la « légalité » de la privation de liberté, notion consacrée à l'article 5 § 4 et dont la sanction de la violation réside dans la libération. De plus, la disproportion de l'affliction générée par la détention reste matérielle et réversible, sans effet sur le titre juridique de la privation de liberté, si bien que l'obtention de la baisse de l'affliction de la privation de liberté, soit par l'amélioration des conditions de détention, soit par l'amélioration des soins apportés en détention, suffit sans doute à permettre sa continuation²²⁴¹. Pourtant, seules les reconnaissances d'un droit supra-légal à l'obtention de conditions matérielles de détention moins sévères et même d'un droit supra-légal à la libération, en cas de constat judiciaire de l'impossibilité d'abaisser cette rigueur, sont de nature à assurer le droit de la personne privée de liberté à ne pas subir de traitement inhumain et dégradant, sauf à admettre que la privation de liberté puisse, par principe, atteindre ce droit²²⁴². La Cour européenne des droits de l'Homme consacre le seul droit d'obtenir des conditions de détention conformes au standard européen minimum dans le contrôle de leur dignité (§1). En revanche, la Cour consacre un véritable droit à la libération en cas d'état de santé incompatible avec le maintien en détention (§2).

²²³⁹ Le standard ne vise qu'à prévenir le traitement inhumain et dégradant, sans exiger l'adéquation matérielle de la privation de liberté à sa raison, qui est assurée par les standards européen spéciaux et qui trouvent leur source dans l'article 5 § 1^{er} [v. *supra*, n° 483 et s.].

²²⁴⁰ Le standard minimum s'applique de manière identique à toute privation de liberté, y compris à la détention sanction, et pour cette dernière, il est le seul standard encadrant son exécution, alors que la Cour européenne des droits de l'Homme n'a pas encore dégagé nettement pour la peine privative de liberté un standard spécial assurant son adéquation matérielle [v. *supra*, n° 492 et s.].

²²⁴¹ Ce qui pose la question des conséquences de l'inadéquation matérielle constatée concrètement par le juge de la privation de liberté, malgré l'inscription des principes dans l'article 5 § 1^{er} [v. *supra*, note n° 2071].

²²⁴² Ce qui relativiserait deux mouvements du droit moderne, celui de la reconnaissance du maintien, par principe, au profit du détenu de l'ensemble de ses droits et libertés [v. *supra*, n° 39 et s.], et celui du détachement de la privation de liberté de la fonction d'humiliation et d'avilissement [v. *supra*, n° 517 et s.].

**§ 1./ LA CONSÉCRATION DU DROIT D'OBTENIR DES CONDITIONS MATÉRIELLES DE
DÉTENTION CONFORMES AU STANDARD EUROPÉEN MINIMUM**

517. **L'objectivisation du contrôle européen des conditions matérielles de détention : l'émergence du standard européen minimum.** Le droit commun de la prohibition des tortures et des traitements inhumains ou dégradants est marqué par la subjectivité et l'appréciation matérielle²²⁴³, obligeant à ramener une double preuve délicate, celle du dépassement concret du seuil de l'article 3 par l'affliction subie et celle de l'intention des autorités d'humilier, de rabaisser ou d'avilir. La preuve de l'intention d'humilier a complètement disparu²²⁴⁴. La preuve concrète du dépassement du seuil de souffrance disparaît aussi progressivement²²⁴⁵. Le contentieux reste évidemment matériel ou concret, mais l'appréciation uniquement objective des conditions de détention dignes revient à établir des conditions matérielles de détention contraires à la dignité humaine par nature et ce mouvement, déjà ancien²²⁴⁶, aboutit à mettre à jour un véritable standard abstrait.

518. Le contrôle, s'il a démontré un dynamisme jurisprudentiel européen indéniable, ne bénéficie pas non plus d'un plein essor, souffrant sans doute de l'absence de consécration textuelle directe. Le contrôle des conditions matérielles de détention se cantonne à un standard minimum²²⁴⁷, pour le régime de détention normal (A), comme pour le régime de détention dérogatoire plus sévère (B).

A) Le standard minimum des conditions matérielles pour la détention normale

519. **Le droit supra-légal à l'amélioration des conditions normales de détention indignes.** Dès lors que le contrôle des conditions matérielles de détention se trouve placé dans le champ de la Convention, son article 13 impose que le droit national fournisse au détenu un recours efficace en droit interne pour contester les conditions de détention

²²⁴³ V. *supra*, n° 515.

²²⁴⁴ V. *supra*, n° 109.

²²⁴⁵ V. *infra*, n° 532 et s.

²²⁴⁶ Voir V. TCHEN, « Les droits fondamentaux du détenu à l'épreuve des exigences du service public pénitentiaire » ; *RFDA*, 1997, p. 597 et B. ECOCHARD, « L'émergence d'un droit à des conditions de détention décentes garanti par l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme » ; *RFDA*, 2003, p. 99.

²²⁴⁷ On pourrait parler de standard doublement minimum, d'abord pour ne contenir aucun élément d'adéquation matérielle, ensuite pour ne pas imposer d'exigences élevées dans sa définition des conditions matérielles de détention échappant à la prohibition du traitement inhumain et dégradant.

indignes²²⁴⁸. Lorsque le détenu est toujours en détention et souffre encore des conditions matérielles de détention qu'il conteste, la Cour a rappelé que l'efficacité du recours interne supposait de pouvoir mettre fin au « *statu quo* » et la décision du juge national doit « *avoir une incidence immédiate sur ses conditions de détention* »²²⁴⁹ : le juge des conditions matérielles de détention doit disposer d'un pouvoir d'injonction de nature à améliorer les conditions matérielles de détention du détenu au sein du même établissement²²⁵⁰, ou, logiquement, de permettre une affectation du détenu dans un autre établissement respectant le standard minimum²²⁵¹. Si l'incompatibilité médicale exige de créer une voie légale pour élargir²²⁵², la Cour n'a jamais reconnu d'obligation à libérer dans son contrôle des conditions matérielles de détention, même lorsque l'obtention de meilleures conditions matérielles de détention apparaissait illusoire²²⁵³.

520. Même dans les cas les plus graves de violation de l'article 3, le droit à l'obtention de la libération n'apparaît pas. La Cour européenne des droits de l'Homme a sanctionné le droit français concernant la rétention administrative de jeunes enfants, sur le fondement de l'article 3²²⁵⁴, dans un contrôle rigoureux, montrant la baisse du seuil pour l'enfant²²⁵⁵. C'était plutôt l'inadaptation des lieux de la privation de liberté au mineur qui permettait d'établir la violation de la Convention²²⁵⁶, ralentissant le développement de l'adéquation matérielle²²⁵⁷, motif pourtant plus favorable à la protection de la liberté individuelle, pour échapper au seuil et intégrer la « *légalité* » de la privation de liberté²²⁵⁸,

²²⁴⁸ V. pour la recherche en droit français du recours efficace, *infra*, n° 941 et s.

²²⁴⁹ CEDH, sect. IV, 22 oct. 2009, *Sikorski c. Pologne*, req. n° 17599/05 ; § 115 et s.

²²⁵⁰ CEDH, sect. IV, 22 oct. 2009, *Orchowski c. Pologne*, req. n° 17885/04, en angl. : *RSC*, 2010, p. 497, chron. C. NOWAK ; § 105 et s.

²²⁵¹ Cette solution apparaît cependant délicate à coordonner avec d'autres droits du détenu que le changement d'affectation pourrait atteindre. Cette considération devrait en tout cas permettre d'élargir le contrôle de l'affectation des détenus [v. *supra*, n° 508 et s.].

²²⁵² V. *infra*, n° 564 et s.

²²⁵³ CEDH, sect. II, 8 janv. 2013, *Torreggiani et autres c. Italie*, req. n°s 43517/09, 35315/10, 37818/10 : *AJP*, 2013, p. 361, obs. É. PÉCHILLON ; *Gaz. Pal.*, 12 mars 2013, p. 16, comm. É. SENNA ; *JCP*, 2013, n° 319, note F. LAFFAILLE. La Cour, dans son examen de l'effectivité du recours en droit national, avait remarqué « *le caractère structurel et systémique du surpeuplement carcéral* », alors que le détenu avait bénéficié d'une décision juridictionnelle inexécutée, qui aurait dû lui permettre de bénéficier de meilleures conditions de détention. Cependant, la Cour, dans ces recommandations à l'État prises dans le cadre de l'arrêt pilote, indiquait que le recours interne de contestation des conditions de détention effectif est celui qui permet « *de mettre rapidement fin à l'incarcération dans des conditions contraires à l'article 3 de la Convention* » [§ 97], formulation laissant entrevoir la reconnaissance d'un principe de libération.

²²⁵⁴ *Popov c. France* : *préc.*

²²⁵⁵ V. *infra*, n° 535.

²²⁵⁶ V. *supra*, n° 499.

²²⁵⁷ Notamment de l'adéquation matérielle au mineur [*ibid.*].

²²⁵⁸ Le vice est donc plus nettement susceptible de permettre la libération, même s'il reste encore à préciser les principes applicables, notamment au regard de la possibilité de régulariser l'inadéquation matérielle [v. *supra*, note n° 2071].

mais sans doute moins symbolique²²⁵⁹. La Cour se contentait toujours de constater la violation de l'article 3, sans formulation supplémentaire de nature à fonder à l'encontre des autorités une obligation de libération, finissant de montrer l'avancée relative de l'arrêt²²⁶⁰ et la supériorité du droit français, lorsqu'il permet au juge judiciaire de refuser de prolonger en raison du traitement inhumain et dégradant subi par l'étranger²²⁶¹. C'est seulement un droit subjectif à l'amélioration des conditions de détention indignes que consacre la Cour.

521. La recherche de la grille d'analyse de la Cour européenne.

La Commission européenne des droits de l'Homme a reconnu dès 1977 que les conditions matérielles de détention, prises isolément, pouvaient constituer une violation de la Convention²²⁶². Néanmoins, le seuil nécessaire au déclenchement de l'article 3 est resté longtemps élevé²²⁶³. Le contentieux des conditions matérielles de détention indignes s'est développé plus récemment, à partir de l'arrêt de Grande chambre *Kudla* de 2000, dans lequel la Cour formula l'obligation positive, mise à la charge de l'État, de priver de liberté dans des conditions matérielles dignes²²⁶⁴. Avec d'autres grands arrêts des années 2000, le contrôle des conditions matérielles de détention, détaché de toute démonstration de la volonté d'humiliation, s'est consolidé²²⁶⁵, facette d'un phénomène plus général d'encadrement de

²²⁵⁹ L'usage de l'article 3 permet d'insister sur l'effet afflictif de la privation de liberté de l'enfant.

²²⁶⁰ En plus de l'admission par principe de la rétention administrative de l'enfant et du défaut de développement de l'adéquation matérielle, la Cour distinguait en plus le cas des parents et des enfants, l'absence de séparation empêchant pour ces derniers la caractérisation du traitement inhumain et dégradant, maintenant une distinction antérieure [v. *Muskhadzhiyeva et autres* : préc.]. L'apport à l'article 5 était aussi limité, la Cour exigeant un renforcement du contrôle national du bien-fondé de la privation de liberté, à cause de l'inadaptation du lieu, dans un raisonnement limité au mineur.

²²⁶¹ V. *infra*, n° 945.

²²⁶² Comm.EDH, 14 mai 1977, *Y. c. Royaume-Uni*, req. 6870/75 : D. R., n° 10, p. 68. En l'espèce, le requérant était hospitalisé sous contrainte en raison de troubles mentaux. Pour la première fois, les conditions de détention étaient invoquées devant les organes de la Cour européenne des droits de l'Homme dès 1971. Sans qu'aucun article de la Convention ne soit visé, le requérant se plaignait de la qualité de la nourriture, qui n'était pas compatible avec ses convictions religieuses et qui était nuisible à sa santé. La recevabilité de cet argument était toutefois écartée pour défaut d'épuisement des voies de recours internes [Comm.EDH, 4 févr. 1971, *X. c. Pays-Bas*, req. n° 4566/77 : Rec., n° 37, p. 137].

²²⁶³ Comm.EDH, 15 mai 1980, *McFeeley c. Royaume-Uni*, req. n° 8317/78 : D. R., n° 20, p. 103. La Cour s'attachait principalement à contrôler les ingérences créées par la détention aux autres droits protégés par la Convention [CEDH, 25 mars 1983, *Silver et autres c. Royaume-Uni*, req. n°s 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75 et 7136/75 : Rec. CEDH, série A, n° 61. – CEDH, ch., 28 juin 1984, *Campbell et Fell c. Royaume-Uni*, req. n°s 7819/77 et 7878/77 : Rec. CEDH, série A, n° 80 ; § 120. – CEDH, ch., 30 août 1990, *McCallum c. Royaume-Uni*, req. n° 9511/81 : Rec. CEDH, série A, n° 183. – CEDH, 25 févr. 1992, *Pfeifer et Pankl c. Autriche*, req. n° 10802/84 : Rec. CEDH, série A, n° 227].

²²⁶⁴ *Kudla* : préc. ; § 94 : « l'article 3 de la Convention impose à l'État de s'assurer que tout prisonnier est détenu dans des conditions qui sont compatibles avec le respect de la dignité humaine, que les modalités d'exécution de la mesure ne soumettent pas l'intéressé à une détresse ou à une épreuve d'une intensité qui excède le niveau inévitable de souffrances inhérent à la détention et que, eu égard aux exigences pratiques de l'emprisonnement, la santé et le bien-être du prisonnier sont assurés de manière adéquate ».

²²⁶⁵ CEDH, sect. II, 19 avr. 2001, *Peers c. Grèce*, req. n° 28524/95 : Rec. CEDH, 2001-III ; AJDA, 2001, p. 1060, chron. J.-F. FLAUSSE ; § 74. Il y a violation de l'article 3 même si « rien ne prouve l'existence d'une

l'exécution de la privation de liberté²²⁶⁶, alors qu'à la même époque, le droit français poursuivait ses avancées sur le droit pénitentiaire²²⁶⁷. Général à toute privation de liberté, le standard a pour vocation première de s'appliquer aux établissements pénitentiaires, non concernés par des exigences d'adéquations matérielles supérieures, sauf pour le mineur²²⁶⁸, et soumis, notamment de ce fait, aux conditions matérielles de détention les plus sévères, indépendamment de la gravité de l'infraction commise²²⁶⁹.

522. La Cour européenne se réfère souvent aux travaux du Comité européen de prévention de la torture²²⁷⁰, d'abord pour établir la véracité des conditions de détention critiquées²²⁷¹, ensuite, presque normativement, par référence aux *Recommandations générales du Comité européen*²²⁷², comme elle peut se référer aussi aux *Règles pénitentiaires européennes*²²⁷³ et même plus généralement à toute déclaration internationale,

véritable intention d'humilier ou de rabaisser le requérant ». – CEDH, sect. III, 15 juil. 2002, *Kalachnikov c. Russie*, req. n° 47095/99 : *Rec. CEDH*, 2002-VI : D., 2003, p. 919, chron. J.-P. CÉRÉ ; § 101 : la violation de l'article 3 existe alors que « rien n'indique qu'il y ait eu véritablement intention d'humilier ou de rabaisser le requérant ». – CEDH, sect. III, 29 sept. 2005, *Mathew c. Pays-Bas*, req. n° 24919/03 : *Rec. CEDH*, 2005-IX ; § 216. Si « la Cour ne peut juger établi qu'il y ait eu de la part des autorités compétentes une intention positive d'humilier ou de rabaisser le requérant », cela ne l'empêche pas de constater une violation de la Convention²²⁶⁵.

²²⁶⁶ F. TULKENS, « Les droits de l'homme en détention » ; *RSC*, 2001, p. 881.

²²⁶⁷ V. *supra*, n° 161.

²²⁶⁸ V. *supra*, n° 476 et s.

²²⁶⁹ V. par ex., pour le contrôle des conditions de détention en couloir de la mort, *Poltoratski* : précité.

²²⁷⁰ Pour son rôle, voir P. COUV RAT, « Le regard du Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants » ; *RSC*, 2002 p. 145.

²²⁷¹ V. par ex., dans le sens de la confortation des affirmations du requérant, CEDH, sect. III, 6 mars 2001, *Dougoz c. Grèce*, req. n° 40907/98 : *Rec. CEDH*, 2001-II. À l'inverse, les rapports peuvent servir à contredire le requérant [CEDH, sect. V, 5 avr. 2007, *Todor Todorov c. Bulgarie*, req. n° 50765/99].

²²⁷² V. par ex. pour la référence à la surface minimale de la cellule fixée par le Comité européen, *Kalachnikov : préc.*, ou encore CEDH, sect. III, 4 mai 2006, *Kadikis c. Lettonie (n° 2)*, req. n° 62393/00. V. par ex. pour les recommandations du Comité européen s'agissant des conditions matérielles du transfert des détenus, CEDH, sect. IV, 8 nov. 2005, *Khoudoïorov c. Russie*, req. n° 6847/02 : *Rec. CEDH*, 2005-X.

²²⁷³ Recommandation Rec(2006)2 du Comité des ministres aux États membres sur les Règles pénitentiaires européennes du 11 janv. 2006. Celles-ci, qui concernent la personne placée en détention provisoire ou détenue dans un établissement pénitentiaire et non pas toute personne privée de liberté, proposent une réglementation précise du régime pénitentiaire. La règle n° 18.1 des recommandations prévoit que « les locaux de détention et, en particulier, ceux qui sont destinés au logement des détenus pendant la nuit, doivent satisfaire aux exigences de respect de la dignité humaine et, dans la mesure du possible, de la vie privée, et répondre aux conditions minimales requises en matière de santé et d'hygiène, compte tenu des conditions climatiques, notamment en ce qui concerne l'espace au sol, le volume d'air, l'éclairage, le chauffage et l'aération ». La règle 18.4 prévoit que « le droit interne doit prévoir des mécanismes garantissant que le respect de ces conditions minimales ne soient pas atteint à la suite du surpeuplement carcéral ». Les règles n° 19.1 et s. traitent de l'« hygiène », les règles n° 20.1 et s. des « vêtements et literie », les règles n° 22.1 et s. du « régime alimentaire », les règles n° 25.1 et s. du « régime pénitentiaire », les règles n° 26.1 et s. du « travail », les règles n° 27.1 et s. de l'« exercice physique et activités récréatives ». V. sur la première version de ces règles, P. COUV RAT, « Les règles pénitentiaires du Conseil de l'Europe » ; *RSC*, 1988, p. 132 ou encore J. PRADEL, « Les nouvelles règles pénitentiaires européennes » ; *RPDP*, 1988, p. 219. V. sur ces règles dans leur dernière version, J.-P. CÉRÉ, « Les règles pénitentiaires européennes et les conditions de détention » ; *Gaz. Pal.*, 2013, n° 40, p. 19. V. sur leur incidence sur la politique pénitentiaire française, J.-P. CÉRÉ, « La mise en conformité du droit pénitentiaire français avec les règles pénitentiaires européennes : réalité ou illusion ? » ; *RPDP*, 2009, p. 111. Ainsi par exemple, la Cour

indépendamment de sa nature, dès lors qu'elle concerne l'exécution de la privation de liberté. La Cour se sert cependant d'abord de l'ensemble de ces normes comme de simples références renforçant ses démonstrations, et la violation de celles-ci n'entraîne pas de plein droit la violation de l'article 3²²⁷⁴. La Cour européenne a créé sa propre grille d'analyse du contrôle des conditions matérielles de détention, qui ne s'accommode pas des difficultés économiques rencontrées par les États²²⁷⁵.

523. La facilitation de la preuve du traitement inhumain et dégradant. Si la Cour européenne des droits de l'Homme se réfère aux principes du droit commun de la preuve dans la Convention²²⁷⁶, une certaine souplesse sur celle du mauvais traitement est toutefois accordée au requérant, puisque ses affirmations peuvent être confortées par tout rapport, récent ou plus ancien²²⁷⁷, émanant de toute organisation assurant une mission de contrôle extérieur des lieux de privation de liberté²²⁷⁸, européenne ou non, gouvernementale ou non, y compris les rapports dénonçant des dysfonctionnements généraux de l'État, sans se rapporter précisément au lieu de détention décrié²²⁷⁹, ou ceux dénonçant un état généralisé « *de délabrement, d'humidité et d'insalubrité généralisées* » dans un même établissement, sans se rapporter précisément à la cellule décriée²²⁸⁰. Les mêmes éléments de preuve permettent aussi de contredire les allégations du requérant²²⁸¹. Cette souplesse dans la preuve du traitement inhumain et dégradant aboutit même à ce que la Cour renverse la charge de la preuve,

notait dans une affaire concernant le régime de l'isolement pénitentiaire la conformité de celui-ci à ces règles [CEDH, gde ch., 4 juil. 2006, *Ramirez Sanchez c. France*, req. n° 59450/00 : *Rec. CEDH*, 2006-IX : D., 5 juil. 2006, actu., obs. E. ALLAIN ; *AJDA*, 2006, p. 1709, chron. J.-F. FLAUSS ; *RSC*, 2006, p. 431, chron. F. MASSIAS ; § 130]. V. aussi pour un isolement non conforme à ces règles, CEDH, sect. IV, 27 nov. 2012, *Chervenkov c. Bulgarie*, req. n° 45358/04.

²²⁷⁴ Ce phénomène, progressif et prudent, d'incorporation des déclarations internationales protégeant les personnes privées de liberté, issu du contrôle des conditions matérielles de détention, se répand en d'autres matières et devient un mécanisme général de l'accroissement du contrôle de la privation de liberté, compensant les manques de la Convention [v. par ex. pour le développement des principes encadrant la procédure dénuée d'arbitraire de placement et de maintien en détention, *infra*, note n° 591 et s. ; v. pour le contrôle de l'adéquation matérielle de la détention pénale de *sûreté*, *supra*, n° 495].

²²⁷⁵ CEDH, sect. IV, 29 avr. 2003, *Poltoratski c. Ukraine*, req. n° 38812/97 ; § 148.

²²⁷⁶ CEDH, sect. I, 2 déc. 2004, *Farbtuhs c. Lettonie*, req. n° 4672/02 ; § 54 : « *Les allégations de traitements contraires à l'article 3 doivent être prouvées "au-delà de tout doute raisonnable" et la preuve de ces traitements peut également résulter d'un faisceau d'indices, ou de présomptions non réfutées, suffisamment graves, précis et concordants* ».

²²⁷⁷ V. par ex. CEDH, gde ch., 21 janv. 2011, *M. S. S. c. Belgique et Grèce*, req. n° 30696/09 : *Rec. CEDH*, 2011 : *JCP*, 2012, doct. n° 924, chron. F. SUDRE ; *AJDA*, 2011, p. 138, obs. M.-C. DE MONTECLER ; *AJDA*, 2011, p. 1993, chron. L. BURGORGUE-LARSEN ; § 160.

²²⁷⁸ V. par ex. pour la prise en compte d'échanges épistolaires entre le détenu et le CGLPL français, CEDH, sect. V, 21 déc. 2010, *Raffray Taddei c. France*, req. n° 36435/07 : D., 2011, p. 793, obs. J.-F. RENUCCI ; *ibid.*, p. 1306, chron. J.-P. CÉRÉ ; *AJP*, 2011, p. 129, note J.-P. CÉRÉ.

²²⁷⁹ CEDH, sect. III, 17 juil. 2012, *Iorgoiu c. Roumanie*, req. n° 1831/02.

²²⁸⁰ CEDH, sect. II, 13 janv. 2009, *Aliev c. Géorgie*, req. n° 522/04 ; § 82.

²²⁸¹ CEDH, sect. V, 20 janv. 2011, *Kashavelov c. Bulgarie*, req. n° 891/05, en angl.

« lorsque le Gouvernement était le seul à avoir accès aux informations susceptibles de confirmer ou d'infirmer les allégations d'un requérant », hypothèse qui permet de déroger à l'application stricte du principe *affirmanti incumbit probatio*²²⁸².

524. **L'apparent raisonnement de droit commun.** Souvent, la conjonction de différents critères, dans l'étude de l'ensemble des conditions matérielles de détention, permet à la Cour d'identifier l'indignité, conformément à sa recherche concrète du dépassement du seuil²²⁸³. Dans ce raisonnement, en apparence, de droit commun, l'identification des conditions de détention indignes contraires au standard minimum (*I*) ne suffit pas à constater l'existence d'un traitement inhumain ou dégradant²²⁸⁴, encore faut-il que celles-ci génèrent une souffrance supérieure au seuil de l'article 3, condition dont l'appréciation tend à rendre le contentieux objectif (2).

²²⁸² CEDH, sect. III, 27 mai 2010, *Ogica c. Roumanie*, req. n° 24708/03 ; § 38 et s. Dès lors, les conditions de détention indignes telles que décrites par le requérant – surpopulation, vétusté, insalubrité – étaient établies au regard de l'impossibilité pour le gouvernement de prouver le contraire, alors que les affirmations du requérant étaient confortées par une visite du CPT dans l'établissement et par les témoignages de codétenus. – CEDH, sect. IV, 8 nov. 2005, *Khudoyorov c. Russie*, req. n° 6847/02 ; § 113 et s. La Cour établissait la taille du compartiment dans lequel le détenu est placé pour être conduit de l'établissement pénitentiaire aux audiences au regard des seules affirmations du requérant, notant que « le Gouvernement aurait aisément pu fournir des renseignements à l'appui de ses affirmations » [*ibid.*, § 114].

²²⁸³ *Dougoz : préc.* ; § 46 : la Cour rappelle que l'indignité doit s'apprécier au regard « de la surpopulation et des installations inappropriées concernant le chauffage, les conditions sanitaires, le couchage, la nourriture, les loisirs et les contacts avec le monde extérieur ». – *Mogos c. Roumanie : préc.* ; § 114. La Cour, quant à l'appréciation des conditions matérielles de détention en zone d'attente, rappelait qu'elle devait tenir compte « notamment des dimensions de la chambre des requérants, des conditions sanitaires, des possibilités de récréation et d'exercice, des traitements et contrôles médicaux et de l'état de santé des requérants ». – CEDH, sect. V, 15 nov. 2007, *Garriguenc c. France*, req. n° 21148/02, *déc.* : la demande qui ne comprend aucun élément matériel précis « concernant par exemple la surface, le volume, l'aménagement, les conditions d'éclairage et de chauffage, le nombre d'occupants de sa cellule, ainsi que les parties à usage commun telles que douche, zone de détente, parler » est manifestement mal fondée.

²²⁸⁴ Les différentes qualifications de l'article 3 sont d'intensités différentes : le seuil de déclenchement de la qualification suppose l'atteinte à la dignité la plus forte et nécessite sans doute de caractériser une volonté d'humilier. À l'inverse, le traitement inhumain dépasse le traitement dégradant sans que ceux-ci nécessitent l'existence de l'élément moral : « La Cour qualifie un traitement d'"inhumain" celui qui est infligé "avec préméditation pendant des heures et qui cause des lésions corporelles, de vives souffrances physiques ou mentales" » tandis qu'« un traitement est "dégradant" s'il humilie ou avilit un individu, s'il témoigne d'un manque de respect pour sa dignité humaine, voire la diminue, ou s'il suscite chez l'intéressé des sentiments de peur, d'angoisse ou d'infériorité propres à briser sa résistance morale et physique » [*M. S. S. c. Belgique et Grèce*, gde ch. : *préc.*]. Les arrêts de la Cour apparaissent incertains quant à la distinction des deux qualifications alors que le traitement inhumain suppose pourtant une atteinte plus sévère. La durée n'apparaît pas forcément comme un critère de distinction. La Cour a admis qu'une détention de quinze jours dans des conditions matérielles très dégradées constituait un traitement dégradant [*Kadikis (n° 2) : préc.* ; § 52]. Mais une détention de quatre ans et dix mois a aussi été qualifiée de traitement dégradant [*Kalachnikov : préc.* ; § 101]. L'intensité de l'atteinte n'apparaît pas toujours comme un critère fiable. Par exemple, un arrêt de la Cour retenait un simple traitement dégradant malgré le constat de « la surpopulation et [de] l'insalubrité extrêmes » [*Kalachnikov : préc.*]. Dans certaines affaires, le juge européen ne précise même pas le degré de l'atteinte de l'indignité, la distinction n'ayant finalement pas véritablement d'intérêt [*Khoudoyorov : préc.*, ou aussi CEDH, sect. I, 9 mars 2006, *Cenbauer c. Croatie*, req. n° 73786/01 : *Rec. CEDH*, 2006-III, ou encore *M. S. S.*, gde ch. : *préc.*]. Les atteintes les plus faibles à la dignité du détenu constituent des traitements dégradants, comme par exemple un défaut d'alimentation et de nourriture pendant neuf heures au commissariat de témoins [CEDH, sect. III, 22 févr. 2011, *Soare et autres c. Roumanie*, req. n° 24329/02].

1) L'identification des conditions matérielles de détention indignes : le standard minimum

525. **À l'intérieur de la cellule.** La cellule est logiquement un élément primordial du contrôle²²⁸⁵. La surface de celle-ci est un élément particulièrement critique, permettant de caractériser la surpopulation carcérale, situation sanctionnée dès l'origine du mouvement du contrôle des conditions de détention²²⁸⁶. Dans cette matière, la Cour européenne des droits de l'Homme se réfère directement aux recommandations du Comité européen de prévention de la torture, en estimant qu'une cellule individuelle doit en principe avoir une surface au sol de sept mètres carrés²²⁸⁷. De manière très concrète, la Cour établit un rapport entre la surface de la cellule et le nombre de détenus, en cas d'encellulement collectif, pour déterminer la surface individuelle ou vitale dont dispose le détenu²²⁸⁸, celle-ci ne devant, en principe, être inférieure à 4 m² par détenu²²⁸⁹. La surface trop réduite de la cellule constitue pratiquement l'unique critère utilisé par la Cour pour sanctionner la surpopulation, celle-ci ne s'attardant pas sur ses autres effets négatifs²²⁹⁰. La Cour ne défend pas une vision dogmatique du régime pénitentiaire et ne préconise ni l'encellulement individuel, ni l'encellulement collectif : son approche pragmatique admet le recours au dortoir²²⁹¹. De même, l'article 3 de

²²⁸⁵ Les décisions d'irrecevabilité permettent d'identifier la cellule « type » : celle qui ne soulève pas de problème possède « une fenêtre recevant de la lumière naturelle », est « suffisamment aérée » et dispose « d'un lit, d'une table, d'une chaise, de toilettes individuelles séparées par un mur du reste de la cellule et du chauffage » [CEDH, sect. I, 18 janv. 2007, *Sotiropoulou c. Grèce*, req. n° 40225/02, *déc.*].

²²⁸⁶ *Dougoz* : *préc.* La Cour accueillait la demande du requérant, qui était détenu dans une cellule prévue pour une seule personne avec un autre détenu et pour qui « partager la cellule avec un autre détenu signifiait que, pendant la majeure partie du temps où la porte était fermée à clé, le requérant devait rester sur son lit ».

²²⁸⁷ *Kalachnikov* : *préc.* ; § 97. Cette référence est toutefois relative dès lors que la Cour a admis qu'une cellule de six mètres carrées, dans laquelle était privé de liberté un seul détenu, était satisfaisante [*Sotiropoulou*, *déc.* : *préc.*].

²²⁸⁸ *Kalachnikov* : *préc.* ; § 97. En l'espèce, la Cour constatait que, dans une cellule d'environ 20 m² se trouvaient, selon les époques, entre une dizaine et une vingtaine de personnes, soit un rapport compris entre 1 et 2 m² par détenu. – *Kadikis (n° 2)* : *préc.* ; § 52. La Cour constatait que la cellule de 6 m² était occupée par quatre à cinq personnes, si bien que le rapport d'espace variait entre 1,2 et 1,5 m² par détenu. Le rapport baissait même entre 0,5 et 0,6 m² par détenu en ne tenant compte que de l'espace libre dans la cellule, en retranchant la surface occupée par le mobilier.

²²⁸⁹ *Cenbauer* : *préc.* ; § 46. En l'espèce, deux détenus se partageaient une cellule de 6 m².

²²⁹⁰ La Cour s'y réfère plus rarement, par ex. en notant le bruit constant régnant dans la cellule, du fait de la surpopulation, constatant que « la privation de sommeil qui en est résultée doit avoir constitué un lourd fardeau physique et psychologique pour l'intéressé » [*Kalachnikov* : *préc.* ; § 97].

²²⁹¹ CEDH, sect. III, 24 juil. 2001, *Valasinas c. Lituanie*, req. n° 44558/98 : *Rec. CEDH*, 2001-VIII ; § 103. La Cour validait ainsi un espace de 5 m² par détenu dans un dortoir d'une surface globale de près de 90 m² et se contentait même, dans d'autres dortoirs d'une surface totale de 85 et 55 m² et d'un rapport moyen de 3 m². Dans cette espèce cependant, le requérant bénéficiait de larges possibilités de mouvement durant la journée dans l'aile entière de l'établissement.

la Cour n'impose pas de séparer, au sein de l'établissement pénitentiaire, les différentes catégories pénales des détenus²²⁹², sauf le détenu mineur, qui doit être séparé des majeurs²²⁹³.

526. Outre la surface de la cellule, la qualité de ses équipements est étudiée. Lorsque les toilettes²²⁹⁴ sont dans la cellule, ce qui n'est pas une obligation, et que la cellule comprend plusieurs détenus, la Cour vérifie que l'intimité du requérant est assurée au cours de leur usage²²⁹⁵. La notion d'intimité n'est utilisée que pour cette seule problématique, la jurisprudence européenne n'en défendant pas une notion large. La Cour s'attache à l'ensemble des équipements de la cellule : existence d'une fenêtre permettant un éclairage naturel²²⁹⁶ et à défaut, installation d'une lumière artificielle²²⁹⁷, qualité de l'aération de la cellule²²⁹⁸, qualité du mobilier et notamment de la literie²²⁹⁹, accès à l'eau potable²³⁰⁰, qualité du chauffage²³⁰¹. L'hygiène de la cellule doit être assurée par les autorités²³⁰². Le tabagisme passif causé par des codétenus entre aussi en ligne de compte²³⁰³.

²²⁹² De manière marginale, elle relevait dans une décision « *avec beaucoup de préoccupation que le requérant a été détenu occasionnellement avec des personnes atteintes de syphilis et de tuberculose* », évoquant ici uniquement l'isolement médical, pour éviter une contamination [Kalachnikov : préc. ; § 98].

²²⁹³ V. *supra*, n° 498 et s.

²²⁹⁴ Leur qualité est également étudiée. La pratique du seau hygiénique n'est ainsi pas admissible [CEDH, sect. IV, 27 nov. 2012, *Chervenko c. Bulgarie*, req. n° 45358/04].

²²⁹⁵ *Peers* : préc. ; § 75. – *Kalachnikov* : préc. ; § 99. La Cour se réfère expressément à la protection de l'intimité du détenu lorsqu'elle constate que « *le requérant devait [...] utiliser celles-ci devant d'autres détenus et était présent lorsque ses compagnons de cellule le faisaient à leur tour* », puisque les toilettes n'étaient séparées d'aucune cloison ou rideau du reste de la cellule.

²²⁹⁶ *Kadikis (n° 2)* : préc. ; § 53. Ainsi, la Cour s'inquiète de la cellule « *dépourvue d'éclairage naturel, de sorte que la lumière du jour n'y pénétrait jamais* ». – *Peers* : préc. ; § 75. La Cour relevait que la cellule était « *dépourvue de fenêtres* ».

²²⁹⁷ *Todor Todorov* : préc. ; § 49. La Cour relevait que la cellule du requérant « *n'avait pas d'ouverture vers l'extérieur et la lumière du jour traversait à peine un vitrage épais de couleur verte ; l'éclairage électrique du couloir ne pénétrait que par une ouverture au-dessus de la porte* ». – Néanmoins, la lumière artificielle allumée de jour comme de nuit, dès lors qu'elle gêne le sommeil, pose des difficultés [Kalachnikov : préc. ; § 97 ou encore *Kadikis (n° 2)* : préc. ; § 53].

²²⁹⁸ *Kadikis (n° 2)* : préc. ; § 53. Le critère est particulièrement important en cas d'encellulement collectif. – *Peers* : préc. ; § 75. C'est également un critère important, pour apprécier les conditions de détention durant l'été. – *Kalachnikov* : préc. ; § 97. C'est aussi un critère essentiel en cas de présence de plusieurs détenus fumeurs dans la cellule.

²²⁹⁹ *Dougoz* : préc. ; § 48. « *L'absence de matériel de couchage* » pose des difficultés au regard de l'article 3. – *Kadikis (n° 2)* : préc. ; § 54. Les conditions matérielles de détention sont dénoncées lorsque le requérant « *ne disposait ni de lit ni de couchette individuelle et qu'il était, en revanche, contraint à partager avec ses codétenus une plate-forme en bois* ». – *Sotiropoulou, déc.* : préc. Dans une décision de recevabilité, elle semblait prôner la présence d'une table et de sièges dans la cellule.

²³⁰⁰ *Kadikis (n° 2)* : préc. ; § 52.

²³⁰¹ *Sotiropoulou, déc.* : préc.

²³⁰² *Kalachnikov* : préc. ; § 98. La Cour européenne impose que les autorités adoptent des mesures de désinfection, par exemple pour éviter l'infestation de parasites. – *Cenbauer* : préc. ; § 50. La Cour remarquait « *les murs moisissés, la saleté de la cellule et les conditions d'hygiène en général* ». L'utilisation de récipients en plastiques, à défaut de toilettes dans la cellule, lorsque la personne privée de liberté y est confinée et n'a pas accès aux sanitaires collectifs, n'est pas acceptable.

²³⁰³ CEDH, sect. III, 14 sept. 2010, *Florea c. Roumanie*, req. n° 37186/03. – CEDH, sect. IV, 13 sept. 2005, *Ostrovar c. Moldavie*, req. n° 35207/03, en angl. : *AJP*, 2005, p. 421, obs. J.-P. CÉRÉ.

527. **Hors de la cellule.** L'encellulement constant²³⁰⁴ et ou presque constant, lorsque le détenu ne peut sortir que quelques heures par jours en dehors de la cellule²³⁰⁵, constituent un traitement inhumain ou dégradant. Au contraire, la liberté du mouvement dans une aile entière de l'établissement pénitentiaire pendant la journée²³⁰⁶, voire à l'extérieur de l'établissement la journée²³⁰⁷, éloigne la qualification de traitement inhumain et dégradant et permet même de compenser la surface trop réduite de la cellule²³⁰⁸.

528. La Cour se réfère aux recommandations du Comité de prévention de la Torture pour exiger au minimum une heure de promenade par jour à l'extérieur²³⁰⁹ « *pour respirer l'air frais* »²³¹⁰. La Cour reconnaît logiquement l'obligation pour les autorités étatiques d'organiser des activités pour occuper les détenus en dehors de la cellule, notamment par des activités physiques²³¹¹ ou de divertissement²³¹². Si les possibilités de suivre une formation professionnelle ou d'exercer un travail pénitentiaire sont prises en compte dans l'analyse de la Cour en faveur de la conventionnalité des conditions matérielles de détention, elles ne font pas l'objet de développements particuliers²³¹³ et se trouvent sur un même plan que les activités assurant le divertissement de la personne privée de liberté²³¹⁴. Le critère de l'appréciation des activités à disposition du détenu apparaît de toute manière

²³⁰⁴ *Kadikis (n° 2) : préc. ; § 53.* La Cour sanctionne ainsi la privation de liberté du requérant alors qu'« aucune possibilité de promenade n'était prévue pendant sa détention et que, hormis les brèves sorties pour se rendre aux toilettes ou aux lavabos, il n'a jamais quitté sa cellule surpeuplée ».

²³⁰⁵ *Cenbauer : préc. ; § 49.* Les détenus étaient enfermés en l'espèce dans leur cellule de 19 h à 7 h du matin, ainsi que pendant plusieurs heures dans la journée. V. pour la problématique de l'isolement pénitentiaire, *infra*, n° 546.

²³⁰⁶ *Valasinas : préc.*

²³⁰⁷ CEDH, gde ch., 17 janv. 2012, *Stanev c. Bulgarie*, req. n° 36760/06 : *Rec. CEDH*, 2012 ; *RDSS*, 2012, p. 863, note K. LUCAS ; *JDI*, 2013, chron. n° 8, obs. X. AUREY ; § 208.

²³⁰⁸ *Valasinas : préc. – Stanev, gde ch. : préc. – CEDH, sect. I, 13 juil. 2006, Popov c. Russie*, req. n° 26853/04, en angl.

²³⁰⁹ CEDH, sect. V, 25 avr. 2013, *Canali c. France*, req. n° 40119/09 ; *D.*, 2013, p. 1138, obs. M. LÉNA ; *AJDA*, 2013, p. 1794, chron. L. BURGORGUE-LARSEN ; *AJP*, 2013, p. 403, note J.-P. CÉRE.

²³¹⁰ *Kadikis (n° 2) : préc. ; § 53. – Mathew : préc. ; § 215.* En conséquence, le lieu de privation de liberté doit permettre un accès facile aux lieux de promenade. Les difficultés pour s'y rendre, par exemple parce que l'accès impose la montée de deux volées d'escaliers, en l'absence d'ascenseurs, alors que la personne souffre d'un état de santé dégradé, participe à établir le traitement inhumain et dégradant.

²³¹¹ *Todor Todorov : préc. ; § 50.* La Cour reproche ainsi aux autorités de n'organiser « aucune activité physique, aucune activité en plein air, ni même hors cellule » et de ne pas respecter « la promenade quotidienne prévue par la réglementation ».

²³¹² *Valasinas : préc. ; § 111.* La détention ne doit pas « susciter une atmosphère d'ennui », ce qui n'était pas le cas en l'espèce, puisqu'« un certain nombre de concerts et de projections cinématographiques ont été organisés pour distraire les détenus », ou encore parce que les détenus « pouvaient se procurer des livres à la bibliothèque, regarder la télévision, écouter de la musique, faire de l'exercice dans la cour ou pratiquer d'autres loisirs ».

²³¹³ Le défaut d'accès au travail pénitentiaire, « regrettable », ne constitue pas en lui-même une violation de l'article 3 et n'apparaît pas non plus comme un critère essentiel de son appréciation du traitement inhumain et dégradant [CEDH, sect. II, 16 juil. 2009, *Sulejmanovic c. Italie*, req. n° 22635/03 ; § 50].

²³¹⁴ CEDH, sect. II, 18 nov. 2008, *Savenkovas c. Lituanie*, req. n° 871/02, en angl. ; § 83. La possibilité pour le requérant d'exercer un travail pénitentiaire figurait parmi l'ensemble des éléments retenus pour valider les conditions matérielles de détention, sans pour autant que la Cour n'y accorde une importance particulière.

relative, notamment lorsque la cellule du détenu satisfait le standard minimum de la Convention, sauf à s'étendre au-delà de quelques semaines²³¹⁵. Outre ces activités, le détenu doit « avoir suffisamment de contacts avec le monde extérieur grâce aux visites personnelles qu'il a reçues »²³¹⁶. Ces derniers développements, notamment quant au loisir du détenu, s'ils restent timides, s'inscrivent dans la formulation large de l'obligation positive de l'État issue de l'arrêt *Kudla*, dans lequel la Cour affirmait que les autorités devaient assurer le « bien-être du prisonnier »²³¹⁷.

529. La Cour contrôle également la qualité des services. Concernant l'alimentation des détenus, la Cour a dégagé une véritable obligation positive de « nourrir convenablement » à la charge des autorités nationales²³¹⁸. De manière similaire, l'accès à l'eau courante entre dans l'analyse de la Cour²³¹⁹. Lorsque les toilettes ne se trouvent pas dans la cellule, le détenu doit pouvoir avoir accès de manière suffisamment large aux installations collectives²³²⁰, de même pour les douches²³²¹. Même la qualité du service de laverie intègre l'examen des conditions matérielles de détention, notamment lorsqu'il revient à échanger les vêtements des différents détenus²³²².

²³¹⁵ CEDH, sect. I, 15 déc. 2005, *Georgiev c. Bulgarie*, req. n° 47823/99 ; § 60 et s. En l'espèce, la détention sans activité avait duré six semaines.

²³¹⁶ *Valasinas* : préc. ; § 111.

²³¹⁷ *Kudla* : préc. ; § 94. À ce titre, il est à noter que la Cour a protégé le bien-être et la qualité de vie du détenu, sur le fondement de l'article 8 de la Convention, alors que la cellule, dans laquelle il avait été détenu pendant trois ans, était envahie par des odeurs nauséabondes, en provenance d'une décharge à proximité [CEDH, sect. III, 7 avr. 2009, *Branduse c. Roumanie*, req. n° 6586/03 ; § 62 et s.].

²³¹⁸ *Kadikis (n° 2)* : préc. ; § 52. En l'espèce, le requérant bénéficiait d'un seul repas entraînant une violation de l'article 3. – CEDH, 15 juin 2006, *Moisejevs c. Lettonie*, req. n° 64846/01. La Cour concluait à une violation de l'article 3 dès lors que le détenu, les jours d'audience, devait « se contenter d'une tranche de pain, d'un oignon et d'un morceau de poisson grillé, ou bien d'une boulette de viande » le midi et ne recevait parfois, à son retour en prison le soir, « qu'une miche de pain au lieu d'un dîner complet ». – *Valasinas* : préc. ; § 109. L'appréciation du régime alimentaire doit tenir compte de « la possibilité de recevoir des compléments de nourriture de la famille, ou d'en acheter à la boutique de la prison » qui est « de nature à compenser le mécontentement éprouvé par le requérant en raison de la monotonie éventuelle du régime proposé par la cantine de la prison ».

²³¹⁹ *Kadikis (n° 2)* : préc. ; § 52. – En cas de chaleur particulièrement intense, la Cour prend note de ce que le requérant a bénéficié d'eau réfrigérée [*Mathew* : préc. ; § 211].

²³²⁰ *Cenbauer* : préc. ; § 48. Le détenu ne doit pas être contraint d'employer par moment des récipients en plastique dans la cellule. – *Valasinas* : préc. ; § 104 : « l'absence d'une provision suffisante de papier hygiénique dans une prison est susceptible de soulever une question sous l'angle de l'article 3 de la Convention ».

²³²¹ *Valasinas* : préc. Certaines limites peuvent empêcher leur utilisation tous les jours, sans que cela « l'ait empêché de rester propre au point d'entraîner une incompatibilité avec l'article 3 ».

²³²² *Stanev* : préc.

530. **Hors de l'établissement.** Le contrôle des conditions matérielles, qui concerne tous les éléments de la vie quotidienne du détenu, s'attache même aux événements exceptionnels, par exemple les conditions de réalisation des extractions véhiculaires²³²³, ou des sorties sous escorte²³²⁴.

531. **Standard minimum.** Dessiné en creux des décisions de violation, le standard de la Cour européenne des droits de l'Homme des conditions matérielles de détention dignes apparaît presque dérisoire. La Cour européenne des droits de l'Homme n'impose pas une conception idéologique du régime de détention, qu'elle laisse à l'appréciation des États. Ce standard minimum n'est pourtant pas inutile, au regard des conditions de détention particulièrement dégradées²³²⁵, qui règnent dans certains pays membres de la Convention, et n'est pas inutile pour la situation française²³²⁶. Seul le développement des notions de « *bien-être* »²³²⁷ ou encore de « *divertissement* »²³²⁸, ou de « *moments de loisirs et de convivialité* »²³²⁹, apparaît relever d'exigences supérieures, en rupture en tout cas avec la vision humiliante et afflictive de la privation de liberté et en particulier de la détention *sanction*. Le standard n'impose en tout cas pas de contenu destiné à favoriser la réinsertion²³³⁰. Dans un raisonnement classique, les conditions matérielles de

²³²³ *Khoudoïorov : préc.* La Cour se référerait plus largement encore au Comité de prévention de la torture pour apprécier les conditions matérielles de transport dans un compartiment individuel. Elle n'utilisait alors plus seulement la préconisation concernant la surface du compartiment établie par le Comité mais reprenait un ensemble de critères. La Cour note qu'« *en l'espèce, les compartiments individuels du fourgon (d'une taille d'1 m²) ne paraissent pas enfreindre les normes du Comité de prévention de la torture, à condition que la capacité prévue ne soit pas dépassée et que ces compartiments soient suffisamment éclairés, aérés et chauffés et munis de sièges et dispositifs permettant aux détenus de ne pas perdre l'équilibre pendant le trajet* ».

²³²⁴ Par ex., pour le menottage excessif lors d'une extraction dans un hôpital public, v. CEDH, sect. I, 27 nov. 2003, *Hénaf c. France*, req. n° 65436/01 : *Rec. CEDH*, 2003-XI : *JCP*, 2004, II, n° 10093, note L. DI RAIMONDO ; *JCP A*, 2004, n° 243, note C. GAUTHIER ; *D.*, 2004, p. 1196, comm. D. ROETS ; *RSC*, 2004, p. 441, chron. F. MASSIAS ; *D.*, 2004, p. 1095, chron. É. PÉCHILLON. Par ex., pour le menottage excessif lors d'un procès, CEDH, sect. III, 26 juin 2012, *Piruzyan c. Arménie*, req. n° 33376/07, en angl.

²³²⁵ V. notamment les arrêts pilotes rendus en la matière [*Torreggiani : préc.* ; *Orchowski : préc.* ; *Ananyev et autres c. Russie*, sect. I, 10 janv. 2012, req. n°s 42525/07 et 60800/08 : *D.*, 2013, p. 201, chron. J.-F. RENUCCI, N. FRICERO et Y. STRICKLER].

²³²⁶ Plusieurs éléments relevés par le Tribunal administratif de Rouen, pour retenir une faute de l'État, rentrent dans les éléments d'analyse de la Cour européenne des droits de l'Homme, utilisés pour caractériser un élément inhumain ou dégradant [TA Rouen, 27 mars 2008, n° 0602590 : *inédit*]. Ainsi, le demandeur avait été détenu pendant quatre ans, dans des cellules d'une superficie comprise entre 10 et 12 m² pour trois détenus, soit un rapport de 3 m² par détenu au mieux. Les toilettes n'étaient pas séparées de la pièce principale par une véritable cloison. La France a d'ailleurs fait l'objet d'une condamnation pour les seules conditions matérielles de détention indignes [v. *Canali : préc.*]

²³²⁷ *Kudla : préc.*

²³²⁸ *Valasinas : préc.*

²³²⁹ *Sulejmanovic : préc.* ; § 49.

²³³⁰ V. *supra*, n° 503 et s., sur l'absence d'exigences supérieures au standard minimum à la détention *sanction*, dans son contrôle supra-légal.

détention indignes doivent au surplus générer une souffrance dépassant le seuil de l'article 3 pour caractériser la violation de la Convention.

2) L'appréciation du dépassement du seuil de l'article 3 : l'objectivisation du contentieux

532. **La relativisation de l'approche *in concreto*.** L'affliction générée par la détention doit dépasser le seuil de l'article 3 pour aboutir à une violation de l'article 3, ce qui suppose un examen large de l'ensemble du régime, la prise en compte de la situation spécifique du requérant, ou encore l'inclusion dans l'appréciation de la durée, éléments qui ont un impact direct sur l'affliction. Ces trois éléments sont relativisés dans la jurisprudence européenne, montrant l'objectivisation du contentieux et la vocation du standard à réglementer abstraitement l'exécution de la privation de liberté.

533. **La relativisation de l'approche globale des conditions de détention.** La Cour européenne des droits de l'Homme a rappelé que l'appréciation des conditions de détention repose sur « *les effets cumulatifs* »²³³¹ : leur appréciation est globale et la violation suppose d'établir un cumul de critères défailants. Néanmoins, certains défauts suffisent à eux-seuls pour caractériser une violation de l'article 3 de la Convention. C'est notamment le cas de la surpopulation, lorsqu'elle est grave²³³². Même pour la courte détention – en l'espèce un mois – la seule surpopulation sévère – la cellule de quinze mètres carrés était partagée par cinq détenus – permet de relever une violation de la Convention²³³³. À l'inverse, lorsque la surpopulation est moins grave, la Cour utilise l'approche globale²³³⁴, et le recours à

²³³¹ *Dougoz : préc.* ; § 46.

²³³² *Kalachnikov : préc.* ; § 97. Alors qu'une vingtaine de détenus étaient privés de liberté dans une cellule d'environ 20 m², la Cour remarquait qu'« *une surpopulation grave a constamment été la règle dans la cellule* » et que « *cet état de choses soulève en soi une question sous l'angle de l'article 3 de la Convention* ». – *Kadikis (n° 2) : préc.* ; § 52. Concernant la présence de quatre à cinq détenus dans une cellule de 6 m², la Cour notait qu'« *une telle surpopulation soulève en soi un problème grave sous l'angle de l'article 3 de la Convention* ». – *Canali : préc.* ; § 50. La Cour confirmait cette approche : « *dans les affaires où la surpopulation n'est pas importante au point de soulever à elle seule un problème sous l'angle de l'article 3, la Cour rappelle que d'autres aspects des conditions de détention sont à prendre en compte dans l'examen du respect de cette disposition. Parmi ces éléments figurent la possibilité d'utiliser les toilettes de manière privée, le mode d'aération, l'accès à la lumière et à l'air naturels, la qualité du chauffage et le respect des exigences sanitaires de base* ». – CEDH, sect. IV, 22 oct. 2009, *Sikorski c. Pologne*, req. n° 17599/05. La Cour y distingue dans des paragraphes différents son étude de la « *surpopulation carcérale* » des « *autres facteurs* » pour un requérant détenu, à plusieurs reprises, dans une cellule lui réservant entre 2 et 3 m² d'espace personnel, dont 2 m² pendant une période de huit mois.

²³³³ *Todor Todorov : préc.* ; § 54.

²³³⁴ *Cenbauer : préc.* ; § 46. En l'espèce, la cellule de 6 m² était partagée par deux détenus.

l'approche globale permet de la compenser²³³⁵. Dès lors que la grave surpopulation est de nature à dégrader l'ensemble des conditions matérielles de détention, sa suffisance à entraîner une violation de l'article 3 est logique, même si l'admission potentielle par la Cour de la surpopulation moins sévère rappelle que le standard européen est minimum. La mauvaise qualité de l'alimentation, prise isolément, a pu justifier, dans une espèce au moins, une violation de l'article 3, à condition d'avoir duré plusieurs mois²³³⁶. Même en dehors de la surpopulation, l'approche globale peut être contournée, et la défaillance d'un seul critère du standard peut suffire à entraîner la violation de l'article 3, à condition que celle-ci s'inscrive dans la durée. Pour le reste, l'approche globale suppose de noter plusieurs critères défectueux, tandis que des éléments conformes au standard, ou même supérieurs, permettent de compenser certains éléments défectueux, raisonnement principalement utilisé en cas d'octroi d'une liberté importante de déplacement à l'intérieur de l'établissement, compensant la surpopulation légère en cellule²³³⁷.

534. Dans de nombreuses affaires, ce sont des conditions manifestement indignes qui ont entraîné une violation de l'article 3 et la plupart du temps d'ailleurs, il existait une situation de surpopulation pour constater l'existence d'un traitement inhumain ou dégradant²³³⁸ si bien que le constat par la Cour de conditions de détention déficientes sans dépassement du seuil est rare en dehors du cas de la compensation²³³⁹.

²³³⁵ *Sulejmanovic* : précité ; § 46. Tout en rappelant qu'un dépassement des capacités d'accueil de l'établissement pénitentiaire de 14,50 à 30 %, comme l'avait connu le requérant, n'était pas insurmontable, la Cour notait que « le requérant a bénéficié d'un accès suffisant à la lumière et l'air naturels et à des moments de loisirs et de convivialité avec des détenus autres que ceux qui se trouvaient dans sa cellule », éléments permettant de compenser. En conséquence, un espace vital en cellule de 3 m² ne suffit pas à entraîner à lui-seul une violation de la Convention.

²³³⁶ *Moisejevs* : préc. La Cour ne retenait toutefois que l'existence d'un traitement dégradant. – v. aussi CEDH, sect. I, 25 oct. 2011, *Ibram c. Grèce*, req. n° 39606/09. – CEDH, sect. I, 21 juin 2011, *Efremidzi c. Grèce*, req. n° 33225/08.

²³³⁷ *Valasinas* : préc.

²³³⁸ Ainsi, dans sa décision *Dougoz*, c'est l'absence de matériel de couchage et la surpopulation qui entraînent une violation de la Convention [*Dougoz* : préc. ; § 48]. Dans l'affaire *Cenbauer*, la Cour tient note de la surpopulation, de l'accès limité aux sanitaires pour constater la violation de l'article 3 [*Cenbauer* : préc. ; § 50]. Dans l'affaire *Peers*, la Cour retient la surpopulation, les conditions d'usage des toilettes dans la cellule, l'absence d'aération, l'absence de lumière naturelle pour retenir la violation de l'article 3 [*Peers* : préc. ; § 75]. Dans l'affaire *Kalachnikov*, la Cour retient pour démontrer l'indignité la surpopulation manifeste, le temps d'enfermement important en cellule, la lumière artificielle constamment allumée, l'absence de propreté de la cellule ou encore l'absence d'aération [*Kalachnikov* : préc.]. Dans l'affaire *Mathew*, la Cour sanctionne la vétusté de la cellule, la difficulté à accéder à la promenade, la saleté de la cellule et l'absence d'aération [*Mathew* : préc.]. Dans l'affaire *Todor Todorov*, la Cour relevait l'absence de lumière naturelle dans la cellule, les conditions d'utilisation des toilettes en cellule, le temps d'enfermement en cellule presque constant et l'absence d'activités en détention [*Todor Todorov* : préc.]. Dans l'affaire *Kakkidis*, la violation de l'article 3 ressortait tant de la surpopulation manifeste, du temps d'enfermement presque constant, de l'absence de matériel de couchage satisfaisant, d'absence d'aération [*Kadikis (n° 2)* : préc.].

²³³⁹ CEDH, sect. I, 31 mai 2011, *Khodorkovskiy c. Russie*, req. n° 5829/04, en angl. ; § 112 et s.

535. **La relativisation des allégations spécifiques du requérant.** La Cour européenne rappelle que l'indignité des conditions de détention s'apprécie, au-delà des conditions matérielles de détention, par référence aux « *allégations spécifiques du requérant* »²³⁴⁰, condition générale à l'article 3, dont le seuil de déclenchement est apprécié en fonction « *du sexe, de l'âge et de l'état de santé de la victime* »²³⁴¹. Cette condition pourrait servir à exclure la violation de la Convention, sauf à démontrer la particulière vulnérabilité du détenu, ou l'atteinte à la santé causée par les conditions de détention indignes. En réalité, l'appréciation matérielle globale suffit à constater la violation de la Convention, sans considération pour les « *allégations spécifiques* », la notion servant surtout à abaisser le seuil de déclenchement de l'article 3, par exemple en permettant de sanctionner la simple impossibilité de se déplacer seul pour le détenu handicapé²³⁴², ou encore pour sanctionner la très courte détention d'un demandeur d'asile particulièrement vulnérable²³⁴³, ou encore pour caractériser plus facilement la violation de la Convention pour le mineur privé de liberté²³⁴⁴.

²³⁴⁰ *Dougoz : préc.* ; § 46.

²³⁴¹ CEDH, plén., 18 janv. 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, req. n° 5310/71 : *Rec. CEDH*, série A, n° 25 ; § 162.

²³⁴² CEDH, sect. III, 12 avr. 2011, *Flaminzeanu c. Roumanie*, req. n° 56664/08 : *AJDA*, 2011, p. 1993, chron. L. BURGORGUE-LARSEN. Si certaines périodes de détention avaient eu lieu dans un établissement en surpopulation, ne laissant guère de doute sur l'existence d'une violation, la Cour indiquait, pour une autre période de détention, que la seule inadaptation de la cellule au handicap, en l'absence de surpopulation était de nature à entraîner une violation de l'article 3. V. *supra*, note n° 2155.

²³⁴³ *M. S. S. c. Belgique et Grèce*, gde ch. : *préc.* Cette dernière décision semble montrer que la violation grave d'autres droits protégés par la Convention, même antérieure à la détention, permet de baisser le seuil de l'article 3, compte tenu de la vulnérabilité plus importante du requérant. Une telle jurisprudence est de nature à favoriser les constats de violation de l'article 3 lorsque l'article 5 est aussi violé par la Convention.

²³⁴⁴ La caractérisation d'un traitement inhumain et dégradant est facilitée pour le mineur détenu. Si elle adopte parfois un raisonnement rigoureux, décevant au regard de la gravité de tels privations de liberté [v. CEDH, sect. I, 12 oct. 2006, *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, req. n° 13178/03 : *Rec. CEDH*, 2006-XI ; *D.*, 2007 p. 771, comm. P. MUZNY : la Cour recherchait concrètement le dépassement du seuil pour la privation de liberté d'un mineur isolé de cinq ans, en raison de la décision de refus d'entrée sur le territoire le frappant, durant deux mois, sans aménagement de la privation de liberté par rapport à l'adulte ; v. CEDH, sect. II, 19 janv. 2010, *Muskhadzhiyeva et autres c. Belgique*, req. n° 41442/07 : *JCP*, 2010, n° 194, obs. L. MILANO ; *Gaz. Pal.*, 18 mars 2010, p. 14, note F. DESPREZ ; *Constitutions*, 2010, p. 260, obs. P. CHEVALIER ; § 55 et s. : pour des mineurs âgés entre 7 mois et 5 ans, accompagnés de leur mère, dont l'entrée sur le territoire était refusée, la Cour s'appuyait sur la durée de la privation de liberté, près d'un mois et les certificats médicaux attestant de la dégradation de leur état de santé, pour caractériser le dépassement du seuil], elle a neutralisé la prise en compte de la durée [CEDH, sect. I, 5 avr. 2011, *Rahimi c. Grèce*, req. n° 8687/08 : le dépassement du seuil était noté pour une privation de liberté de deux jours, pour un mineur non accompagné de quinze ans, dont l'entrée sur le territoire national était refusée, pour des conditions matérielles de détention, il est vrai, particulièrement dégradées], comme de l'attestation médicale de la dégradation de l'état de santé [CEDH, sect. II, 13 déc. 2011, *Kanagaratnam et autres c. Belgique*, req. n° 15297/09 : *Dr. famille*, 2012, comm. n° 33, note M. BRUGGEMAN : pour des mineurs accompagnés de leur mère, dont l'entrée sur le territoire était refusée, la Cour retenait la violation de l'article 3 de la Convention, sans preuve de la dégradation de l'état de santé des mineurs, compte tenu de la longue durée de la privation de liberté, de quatre mois en l'espèce, et de ses conditions traumatisantes, en raison des conditions particulières de leur fuite de l'État national]. L'arrêt *Popov* a consacré la baisse du seuil, en sanctionnant la détention de très jeunes enfants, pour son expulsion, réalisée uniquement pendant quinze jours, en compagnie de son représentant légal et dans un centre spécialement aménagé pour détenir des familles [CEDH, sect. V, 19 janv. 2012, *Popov c. France*, req. n°s 39472/07 et 39474/07 : *JCP*, 2012, n° 221, obs. F. SUDRE ; *Dr. famille*, 2012,

536. **La relativisation de la durée du traitement.** Critère traditionnel du déclenchement du seuil de l'article 3, il menace directement la mise à l'écart de l'article 3 de la privation de liberté de courte durée. La jurisprudence européenne a utilisé le critère de la durée pour admettre des conditions de détention partiellement indignes, alors qu'une partie des conditions matérielles de détention était conforme au standard²³⁴⁵. À l'inverse, la Cour a admis qu'une détention de quinze jours, dans des conditions matérielles très dégradées, notamment à cause d'une grave surpopulation, constituait un traitement dégradant²³⁴⁶, la durée ne semblant plus déterminante dans ce cas. En censurant les conditions de transport du détenu²³⁴⁷, ou encore la fouille isolée²³⁴⁸, le critère de la durée apparaît en perte de vitesse, d'autant plus que la Grande chambre a elle-même censuré deux détentions – l'une de quatre jours puis, l'autre d'une semaine – en raison des conditions de détention indignes²³⁴⁹. La durée ou les particularités de la personne ont peu d'effet sur l'examen des conditions matérielles de détention, du moins pour les violations graves du standard minimum, qui tend à définir des règles abstraites et objectives, se détachant de l'examen *in concreto* et du contrôle de droit commun de l'atteinte à l'article 3, ce que reconnaît la Cour elle-même²³⁵⁰.

comm. n° 43, note M. BRUGGEMAN ; *AJDA*, 2012, p. 1726, chron. L. BURGORGUE-LARSEN ; *D.*, 2012, p. 363, obs. C. FLEURIOT ; *ibid.*, p. 864, entretien S. SLAMA ; *ibid.*, p. 2267, chron. A. GOUTTENOIRE ; *ibid.*, 2013, p. 324, chron. K. PARROT ; *AJP*, 2012, p. 281, note S. SLAMA ; *Rev. crit. DIP*, 2012, p. 826, comm. K. PARROT]. Au regard de la jurisprudence de la Cour, l'article 3 n'interdit pas par principe la privation de liberté de l'enfant étranger, même non accompagné, pendant plusieurs semaines, même si l'abaissement du seuil a permis de sanctionner l'ensemble de ces espèces. En revanche, la Cour distingue le cas des parents et des enfants, l'absence de séparation empêchant, pour ces derniers, le dépassant du seuil nécessaire à la caractérisation du traitement inhumain et dégradant [*Popov c. France : préc.* ; *Muskhadzhiyeva et autres : préc.*].

²³⁴⁵ CEDH, sect. I, 15 déc. 2005, *Georgiev c. Bulgarie*, req. n° 47823/99. La Cour a ainsi refusé de constater une violation de la Convention pour une détention d'une durée d'un mois et quinze jours. Le détenu ne pouvait bénéficier d'aucune activité hors cellule. La Cour reconnaissait que des conditions de détention similaires, « pour une période plus longue », aurait pu constituer une violation de l'article 3. En revanche, la surface de sa cellule était satisfaisante. – CEDH, 8 janv. 2009, *Shishmanov c. Bulgarie*, req. n° 37449/02. En l'espèce, la Cour validait une détention de deux mois, malgré la surpopulation, puisque le requérant avait bénéficié d'une cellule variant entre 2,08 et 3,12 m². Mise à part la surpopulation, les autres critères classiques du constat de l'indignité étaient satisfaisants.

²³⁴⁶ *Kadikis (n° 2) : préc.* ; § 52.

²³⁴⁷ *Khoudoïorov : préc.* ; § 118. En l'espèce toutefois, si ce traitement avait une durée limitée, il avait été très fréquent puisque le détenu avait été transporté près de deux cent fois pendant ses quatre années de détention. Si bien que finalement, le rejet dans cette espèce du critère de la durée demeure relatif.

²³⁴⁸ *Valasinas : préc.*

²³⁴⁹ *M. S. S.*, gde ch. : *préc.* – CEDH, sect. I, 1^{er} août 2013, *Horshill c. Grèce*, req. n° 70427/11.

²³⁵⁰ CEDH, sect. III, 25 janv. 2011, *Elefteriadis c. Roumanie*, req. n° 38427/05. L'affaire concernait un détenu souffrant d'une maladie pulmonaire, confronté au tabagisme de ses codétenus, et il avait présenté des certificats médicaux montrant l'aggravation de sa pathologie au cours de sa détention, si bien que l'approche subjective semblait suffire à retenir la violation de la Convention. Alors que les juridictions internes avaient refusé d'accorder une indemnisation, en raison du défaut de démonstration du préjudice, la Cour affirmait qu'« une approche aussi formaliste est de nature à exclure l'octroi d'une réparation dans de multiples cas, dans lesquels la détention ne s'accompagne pas d'une détérioration objectivement perceptible de l'état physique ou psychique d'un détenu » et concluait à la violation de l'article 3.

537. **Les problèmes structurels des conditions de détention.** Si le standard minimum des conditions de détention est désormais fixé autour de ces exigences limitées²³⁵¹, c'est que des États parties à la Convention souffrent encore de problèmes structurels de surpopulation, si bien que les exigences limitées européennes aboutissent à fixer des objectifs raisonnables et des perspectives d'améliorations rapides, la Cour s'attachant au moins à rendre effectif le standard minimum en adoptant des arrêts pilotes²³⁵², pour tenter de résorber la grave surpopulation²³⁵³. Les arrêts pilotes ont finalement permis à la Cour de formuler son modèle, incitatif, destiné à lutter contre la surpopulation carcérale, presque une ébauche de politique criminelle, modèle orienté vers la réduction du recours à la privation de liberté en matière pénale, pour le suspect et le condamné, la libération du condamné avant terme et l'instauration d'un *numerus clausus*²³⁵⁴. Si la Cour européenne des droits de l'Homme peine à

²³⁵¹ V., par ex., pour le rappel par la Cour de ses principes généraux, par référence à des principes jurisprudentiels désormais anciens, CEDH, sect. V, 30 oct. 2012, *Glowacki c. Pologne*, req. n° 1608/08, en angl.

²³⁵² L'arrêt pilote, dont le monopole n'est pas réservé à la Grande chambre, permet à la Cour « de mettre clairement en lumière, dans son arrêt, l'existence de problèmes structurels à l'origine des violations et d'indiquer les mesures ou actions particulières que l'État défendeur devra prendre pour y remédier » et « a pour objet de faciliter la résolution la plus rapide et la plus effective d'un dysfonctionnement systémique affectant la protection du droit conventionnel en cause dans l'ordre juridique interne » [CEDH, sect. II, 8 janv. 2013, *Torreggiani et autres c. Italie*, req. n°s 43517/09, 35315/10, 37818/10 : *AJP*, 2013, p. 361, obs. É. PÉCHILLON ; *Gaz. Pal.*, 12 mars 2013, p. 16, comm. É. SENNA ; *JCP*, 2013, n° 319, note F. LAFFAILLE ; § 84 et s.]. V. pour un point général sur la notion, J.-F. RENUCCI, N. FRICERO et Y. STRICKLER, « L'arrêt pilote : le pragmatisme au service des droits de l'homme » ; *D.*, 2013, p. 201.

²³⁵³ V. contre l'Italie, *Torreggiani : préc.*. V. contre la Russie, CEDH, sect. I, 10 janv. 2012, *Ananyev et autres c. Russie*, req. n°s 42525/07 et 60800/08 : *D.*, 2013, p. 201, chron. J.-F. RENUCCI, N. FRICERO et Y. STRICKLER. V. contre la Pologne, CEDH, sect. IV, 22 oct. 2009, *Orchowski c. Pologne*, req. n° 17885/04, en angl. : *RSC*, 2010, p. 497, chron. C. NOWAK. L'arrêt pilote contre la Pologne avait été précédé d'un premier arrêt dans lequel la Cour avait enjoint l'État de prendre des mesures générales pour améliorer les conditions de détention [CEDH, sect. IV, 20 janv. 2009, *Slawomir Musial c. Pologne*, req. n° 28300/06 ; *AJDA*, 2009, p. 872, chron. J.-F. FLAUS]. En la matière, la Cour rejette parfois que le déclenchement de la procédure de l'arrêt pilote gèle les requêtes individuelles [*Ananyev : préc.*], même si elle l'admet dans d'autres cas [*Torreggiani : préc.*].

²³⁵⁴ Ainsi, la Cour recommande-t-elle aux États de mettre en place un système de contrôle administratif permettant de recueillir les plaintes des détenus et disposant du pouvoir de les transférer, au besoin, dans des établissements plus adaptés, au regard de l'impossibilité pour les autorités judiciaires d'assurer ce rôle [*Slawomir Musial : préc.*]. La réduction du nombre de détenus placés en détention provisoire apparaît comme le meilleur moyen de résorber la surpopulation carcérale, dont le recours n'apparaît opportun que pour les infractions les plus graves, en lien avec des violences. La Cour recommande aussi « d'envisager la libération des prisonniers dont la période de détention autorisée est sur le point de s'achever ou dont l'incarcération n'est plus nécessaire ». Les garanties de nature pour la Cour à résorber la surpopulation reviennent « à établir pour chaque maison d'arrêt une capacité maximale et une capacité opérationnelle, à autoriser les directeurs des maisons d'arrêt à refuser d'accueillir des détenus au-delà des capacités de leur établissement ». Dans tous les cas, la Cour indiquait que les conditions de détention indignes ne peuvent dépasser une courte durée, doivent donner lieu à un contrôle judiciaire et à une réparation [*Ananyev : préc.*]. La Cour recommande aussi le développement du « recours à des mesures punitives non privatives de liberté » [*Torreggiani : préc.*]. La limitation de la période pendant laquelle les détenus peuvent être maintenus temporairement dans des cellules où la surface minimale légale n'est pas assurée, fixée à quatre-vingt-dix jours dans les cas d'urgence et à quatorze jours pour d'autres circonstances déterminées, ou la suspension des peines d'emprisonnement, lorsque la population carcérale dépasse la capacité globale, mesures adoptées par la Pologne à la suite de la procédure de l'arrêt pilote, apparaissent à la Cour comme des mesures satisfaisantes et efficaces pour résorber la surpopulation [CEDH, sect. IV, 12 oct. 2010, *Lominski c. Pologne*, req. n° 33502/09, *déc.*, en angl.].

poser des exigences élevées en matière de conditions matérielles de détention, elle reste empêtrée par les conditions indignes généralisées, empêchant de hausser son standard comme de formuler un droit, même limité, à la libération, et rejette même, en cette matière, le contrôle du respect du droit interne, qui établit adopte un standard supérieur²³⁵⁵.

538. **La nécessaire consécration du droit à l'obtention de la libération du détenu en cas d'impossibilité de détenir dans des conditions dignes.** Si l'avancée justement saluée du contrôle des conditions matérielles de détention, sur le fondement de l'article 3, a sans doute permis de réintégrer dans la sphère du droit le contrôle de l'exécution de la privation de liberté, la jurisprudence européenne est restée figée, l'adoption d'arrêts pilotes apparaissant comme le seul apport récent de la matière²³⁵⁶. Le standard développé reste minimal, sans exigence véritable autour de la notion du contenu de la détention *sanction*. Le développement de l'arrêt pilote a au moins le mérite de sortir de l'illusion du traitement individuel de la surpopulation. Mais en comparaison avec la jurisprudence européenne sur l'état de santé incompatible, celle des conditions de détention indignes n'a pas trouvé son arrêt *Mouisel*, qui imposait la construction d'une voie de droit, pour permettre la libération du détenu, lorsqu'elle seule permet d'assurer la cessation de l'atteinte à la dignité²³⁵⁷. L'absence de cette évolution relativise l'existence du droit à ne pas être privé de liberté au-delà de la sévérité strictement nécessaire, l'illusion de la possibilité de mettre fin à l'indignité par l'amélioration des conditions de détention perdurant dans la jurisprudence européenne. Si ce standard européen concerne la privation de liberté de droit commun, le même article 3 permet aussi le contrôle des régimes dérogatoires plus sévères de la détention, ceux de la détention dans la détention, domaine dans lequel un standard minimum, car léger, est aussi consacré.

²³⁵⁵ CEDH, ch., 15 nov. 1996, *Bizzotto c. Grèce*, req. n° 22126/93 : *Rec. CEDH*, 1996-V ; *RSC*, 1997, p. 455, obs. R. KOERING-JOULIN ; § 34 : « de simples modalités d'application de la peine [...], si elles peuvent parfois tomber sous le coup de la Convention – notamment lorsqu'elles sont incompatibles avec l'article 3 [...] de celle-ci –, ne sauraient, en principe, influencer sur la "régularité" d'une privation de liberté ». Un arrêt de la Cour a toutefois constaté une violation de l'article 5 § 1^{er} du fait de l'application illégale au condamné d'un régime strict de détention [CEDH, sect. II, 11 janv. 2011, *Somogyi c. Hongrie*, req. n° 5770/05, en angl.]. La Cour pouvait toutefois difficilement faire autrement, alors que les autorités juridictionnelles internes avaient constaté l'illégalité.

²³⁵⁶ V. *supra*, note n° 2353.

²³⁵⁷ V. *infra*, n° 576 et s.

B) Le standard minimum de la détention dans la détention

539. **La détention dans la détention**²³⁵⁸. Sous l'angle de l'article 3, la Cour européenne des droits de l'Homme a acquis le contrôle des conditions de détention plus sévères que le droit commun. Ces mesures de sécurité, justifiées par la dangerosité exceptionnelle de la personne et le maintien de l'ordre dans le lieu privatif de liberté, soit qu'elles s'appliquent à titre de mesure de sûreté, soit qu'elles s'appliquent à titre de sanction, sont hétéroclites. Les éléments du standard de droit commun, qui constituent le confort minimum, sans être en lien avec la sécurité de l'établissement pénitentiaire, comme la surface de la cellule, le chauffage, l'aération, l'alimentation ou l'accès aux sanitaires, ne sont en principe pas modulables et ne peuvent faire l'objet de restrictions, sous peine de renouer directement avec l'objectif d'humiliation ou d'avilissement de la peine²³⁵⁹. La violation de la Convention pour ces seuls éléments obéit donc à la même appréciation que celle du standard de droit commun²³⁶⁰.

540. **Droit pénitentiaire.** La détention dans la détention, parce qu'elle constitue une mesure de sécurité, concerne principalement la détention pénitentiaire : elle est orientée vers la mission de garde, pour assurer la présentation en justice du suspect, ou pour assurer la mise à l'écart du condamné, qui a déjà violé lourdement l'ordre public, et le respect de l'ordre y est une considération primordiale, dans une dimension individuelle, pour le traitement du détenu, et dans une dimension collective, pour gérer la population pénale à l'échelle de l'établissement. Le contrôle supra-légal de la détention dans la détention concerne principalement le régime pénitentiaire, et l'intensité élevée du contrôle, en plus de rompre

²³⁵⁸ Celle-ci s'entend largement de la soumission du détenu à des mesures plus sévères que le droit commun.

²³⁵⁹ Ainsi, l'interdiction de s'asseoir sur le lit de la cellule durant la journée, même pour un détenu condamné à perpétuité et isolé, n'est pas conforme au standard européen [CEDH, sect. IV, 27 nov. 2012, *Savics c. Lettonie*, req. n° 17892/03, en angl.]. De même, la sanction pénitentiaire ne peut valablement résider dans une privation de nourriture [CEDH, 7 juin 2007, *Mikadze c. Russie*, req. n° 52697/99].

²³⁶⁰ V. pour la mise en cellule disciplinaire, CEDH, sect. V, 20 janv. 2011, *Payet c. France*, req. n° 19606/08 : D., 2011, p. 380, obs. S. LAVRIC ; D., 2011, p. 643, obs. J.-P. CÉRÉ ; RSC, 2011, p. 718, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; JCP, 2011, n° 184, obs. B. PASTRE-BELDA ; *Procédures*, 2011, comm. n° 94, obs. N. FRICERO ; *Gaz. Pal.*, 21 avr. 2011, p. 11, comm. É. SENNA. En l'espèce, la Cour sanctionnait les conditions matérielles du condamné placé en cellule disciplinaire en visant l'absence d'espace vital suffisant laissé au détenu de 4,15 m² seulement et d'ouverture extérieure donnant à l'air libre, l'insuffisance d'éclairage électrique et du temps trop important passé en cellule – le détenu ne pouvait sortir de sa cellule qu'une heure par jour pour une promenade – et de l'absence d'activités fournies au condamné – celui-ci ne pouvait pas faire d'exercice physique lors de la promenade. V. pour la mise à l'isolement de sûreté française, CEDH, sect. V, 20 oct. 2011, *Alboreo c. France*, req. n° 51019/08 : AJDA, 2012, p. 143, chron. L. BURGORGUE-LARSEN ; AJP, 2012, p. 175, obs. M. HERZOG-EVANS ; RSC, 2012, p. 263, obs. J.-P. MARGUÉNAUD. En l'espèce, le quartier d'isolement était neuf et ne posait pas de difficulté.

définitivement avec la dimension humiliante et avilissante de la peine, marquerait la réduction de la marge d'appréciation des autorités pénitentiaires, traditionnellement élevée, pour les décisions tenant à l'ordre pénitentiaire.

541. Le droit supra-légal à un recours juridictionnel efficace pour faire cesser le traitement. L'illusion consistant à affirmer que la détention dans la détention ne constitue qu'une simple modalité d'exécution, sans aggravation suffisante de la situation de la personne déjà détenue pour justifier un contrôle juridictionnel, a aujourd'hui largement cédé. Le juge administratif, gardien de la dignité du détenu, et d'une partie de la liberté individuelle, prise au sens large, en vertu des principes classiques d'attribution des compétences²³⁶¹, a justement repoussé le domaine de la mesure d'ordre intérieur, dans un mouvement largement connu et analysé par la doctrine²³⁶². La question ne se pose plus tellement de savoir si le détenu a le droit de bénéficier d'un recours pour faire respecter son droit à la dignité, à la suite de sa soumission à un cas de détention dans la détention, mais si, en raison du caractère provisoire de la mesure de sécurité, le détenu peut bénéficier d'un recours suffisamment rapide pour empêcher l'atteinte à sa dignité. La jurisprudence nationale et internationale développe le contrôle du bien-fondé de la détention dans la détention, contrôle acquis pour l'atteinte au corps du détenu (1) et en cours de construction pour l'isolement (2).

1) L'acquisition du contrôle du bien-fondé de l'atteinte au corps du détenu

542. Le principe de la conservation de la liberté corporelle. La suppression de la liberté individuelle n'entraîne pas par principe la disparition de la liberté corporelle, et l'individu conserve la libre disposition de son corps, dans l'espace de mouvement minimal qui lui est forcément laissé même en détention²³⁶³. Dans cette zone de liberté, l'atteinte forcée au corps de l'individu constitue une détention dans la détention. La Cour rappelle que l'atteinte à cette liberté corporelle, même relativement mineure, comme le rasage de cheveux²³⁶⁴, ne peut être commise que pour un motif impérieux de sécurité, démontré

²³⁶¹ Il tire sa compétence soit de l'appréciation de la légalité de la décision administrative individuelle soit de l'appréciation en plein contentieux de la responsabilité de l'État du fait du dysfonctionnement du service public.

²³⁶² V. pour les différentes références doctrinales, *infra*.

²³⁶³ L'isolement pénitentiaire sensoriel total est en effet prohibé [CEDH, 8 juin 1999, *Messina c. Italie*, req. n° 25498/94, *déc.* : *Rec. CEDH*, 1999-V], ce qui impose de laisser à l'individu une liberté de mouvement minimal, à l'intérieur de laquelle la liberté corporelle n'est en principe pas atteinte.

²³⁶⁴ En l'espèce, la Cour qualifiait le rasage de cheveux forcé de simple traitement dégradant [CEDH, sect. I, 11 déc. 2003, *Yankov c. Bulgarie*, req. n° 39084/97 : *Rec. CEDH*, 2003-XII]. De la même manière, l'isolement pénitentiaire appliqué à titre de mesure de sûreté ne peut comprendre des mesures insusceptibles d'être

concrètement²³⁶⁵. C'est principalement concernant la fouille ou l'entrave du détenu que la Cour européenne des droits de l'Homme a imposé ce contrôle.

543. **Le contrôle de la fouille intégrale.** Le droit français a été particulièrement touché par le contrôle européen, révélant en la matière un enchevêtrement de circulaires ou autres notes organisant le régime des fouilles intégrales, montrant une nouvelle fois la qualité déficiente des sources²³⁶⁶, même si désormais, la loi pénitentiaire²³⁶⁷ cerne mieux le recours aux fouilles²³⁶⁸. Dans la jurisprudence européenne, l'atteinte à la dignité peut d'abord être établie par les modalités de la fouille intégrale, indépendamment de sa justification, une seule fouille déficiente violant alors la Convention, la Cour définissant ainsi abstraitement ses modalités²³⁶⁹. La Cour sanctionne aussi les fouilles intégrales injustifiées, car réalisées sans

rattachées à la sécurité pénitentiaire, comme par exemple l'interdiction de détenir des sachets de thé, l'interdiction de porter une montre, ou encore la restriction du nombre de livres pouvant être détenus simultanément dans la cellule [CEDH, sect. II, 7 juin 2011, *Csullog c. Hongrie*, req. n° 30042/08, en angl. ; § 34]. L'isolement pénitentiaire de sûreté, même limité à sept jours, ne peut justifier de laisser le détenu nu, alors qu'il suffit dans tous les cas de lui remettre des vêtements indéchirables pour assurer sa sécurité [CEDH, sect. V, 7 juil. 2011, *Hellig c. Allemagne*, req. n° 20999/05, en angl.].

²³⁶⁵ Par exemple, si le port forcé d'une cagoule durant les audiences du suspect en détention provisoire pourrait être justifié, au regard de la gravité des faits soupçonnés et du caractère médiatique de l'affaire, pour préserver les autres enquêtes en cours contre l'individu et assurer sa propre sécurité, l'application de la même mesure, dès que le suspect sortait de sa cellule, y compris lorsqu'il se déplaçait dans l'établissement pénitentiaire, ne poursuivait aucun impératif de sécurité et constituait un traitement dégradant, alors que la mesure avait duré plus d'un an [CEDH, sect. V, 7 janv. 2010, *Petyo Petkov c. Bulgarie*, req. n° 32130/03, § 39 et s.].

²³⁶⁶ V. pour les différents exemples sanctionnés par le Conseil d'État ou la Cour européenne des droits de l'Homme, *infra*.

²³⁶⁷ Loi n° 2009-1436 du 24 nov. 2009 pénitentiaire : *J. O.*, 25 nov. 2009, p. 20192 ; *D.*, 2010, p. 31, comm. M. HERZOG-EVANS ; *RSC*, 2010, p. 190, comm. P. PONCELA ; *RFDA*, 2010, p. 15, comm. F. FÉVRIER ; *AJDA*, 2010, p. 494, comm. C.-M. SIMONI ; *Procédures*, comm. n° 21, note J. BUISSON ; *Dr. pén.*, 2010, ét. n° 2, obs. J.-P. CÉRÉ ; *JCP*, 2009, I, n° 552, comm. J.-P. CÉRÉ ; *RSC*, 2010, p. 444, obs. E. GALLARDO ; *AJP*, 2009, p. 473, obs. É. PÉCHILLON ; *AJP*, 2009, p. 483, comm. M. HERZOG-EVANS (spéc. sur l'aménagement des peines) ; *AJF*, 2009, p. 484, obs. M. HERZOG-EVANS (spéc. sur le maintien des liens familiaux).

²³⁶⁸ L'article 57 de la loi pénitentiaire prévoit que « les fouilles doivent être justifiées par la présomption d'une infraction ou par les risques que le comportement des personnes détenues fait courir à la sécurité des personnes et au maintien du bon ordre dans l'établissement. Leur nature et leur fréquence sont strictement adaptées à ces nécessités et à la personnalité des personnes détenues. Les fouilles intégrales ne sont possibles que si les fouilles par palpation ou l'utilisation des moyens de détection électronique sont insuffisantes. » Le chef d'établissement est compétent pour mettre en œuvre les mesures de fouilles, ce qui le rend compétent pour adopter le cadre administratif de la fouille du détenu, fixant « leur nature et leur fréquence », décidé « au vu de la personnalité des personnes intéressées, des circonstances de la vie en détention et de la spécificité de l'établissement » [art. R. 57-7-79 CPP].

²³⁶⁹ Ainsi, la mise à nue, en présence d'une personne de sexe opposé et le contact physique entre le surveillant et le détenu sans gant, violent la Convention [*Valasinas* : préc. ; § 117]. Le cumul de la multiplicité des fouilles intégrales injustifiées et de leurs modalités défaillantes [les surveillants portaient des cagoules durant les fouilles] emporte violation de la Convention [CEDH, sect. III, 24 juil. 2012, *Ciupercescu c. Roumanie* (n° 2), req. n° 64930/09]. La gestuelle imposée au détenu lors des fouilles intégrales et l'enregistrement vidéo de celles-ci sont aussi prises en compte pour conclure à la violation [CEDH, sect. V, 20 janv. 2011, *El Shennawy c. France*, req. n° 51246/08 : *D.*, 2011, p. 1306, chron. J.-P. CÉRÉ ; *AJP*, 2011, p. 88, note M. HERZOG-EVANS ; *RSC*, 2011, p. 704, obs. D. ROETS ; *AJDA*, 2011, p. 133, obs. M.-C. DE MONTECLER ; *AJDA*, 2011, p. 1993, chron. L. BURGORGUE-LARSEN ; *RFDA*, 2012, p. 455, chron. H. LABAYLE et F. SUDRE ; *Dr. pénal*, 2012, n° 4, E. DREYER]. La fouille intégrale, réalisée alors que le détenu avait par le passé déjà dissimulé des objets et cherché à se blesser lui-même, sans présence de personne de sexe différent et dans une

démonstration d'un « *impératif convaincant de sécurité de défense de l'ordre ou de prévention des infractions pénales* »²³⁷⁰. En conséquence, le cadre abstrait autorisant des fouilles intégrales généralisées et automatiques du détenu, sans considération pour la personne, est par nature contraire à la Convention²³⁷¹. En revanche, l'application à un détenu d'un même cadre est possible, à condition de caractériser spécialement l'impératif de sécurité d'y recourir, par des considérations propres à la personne du détenu²³⁷², condition pour échapper à la qualification de fouilles routinières²³⁷³, c'est-à-dire celles détachées de toute nécessité concrète pour la sécurité. Par comparaison avec le contrôle de la détention provisoire²³⁷⁴, un contrôle de la pertinence et de la suffisance des motifs justifiant l'application du cadre de fouilles pourrait apparaître dans la jurisprudence de la Cour²³⁷⁵.

pièce ne permettant pas aux autres détenus de la voir, respecte la Convention [CEDH, sect. I, 29 mai 2012, *Julin c. Estonie*, req. n^{os} 16563/08, 18656/10, 40841/08 et autres, en angl.].

²³⁷⁰ CEDH, sect. II, 12 juin 2007, *Frérot c. France*, req. n^o 70204/01 : D., 2007., p. 2632, chron. T. GARÉ ; *ibid.*, 2008, p. 1015, chron. J.-P. CÉRÉ ; *ibid.*, p. 404 ; chron. P. PONCELA ; *AJP*, 2007, p. 336, obs. M. HERZOG-EVANS ; *JCP*, 2007, I, n^o 106, chron. F. SUDRE ; *RSC*, 2008, p. 140, chron. D. ROETS ; § 47. Les fouilles intégrales étaient alors réglementées en droit français par une circulaire du 14 mars 1986. La Cour sanctionnait la pratique, dans l'établissement pénitentiaire de Fresnes, des fouilles intégrales qui ne reposaient pas sur « *des soupçons concrets et sérieux* » de dissimulation d'objets, mais plutôt sur « *une présomption que tout détenu revenant du parloir dissimulait de tels objets ou substances dans les parties les plus intimes de son corps* » [§ 47]. En l'espèce, l'appréciation de la Cour restait attachée à la personne détenue, pour apprécier le dépassement du seuil : la Cour se fondait sur le nombre important de fouilles, l'arbitraire du régime juridique perçu par le détenu et la sanction du refus de s'y plier par le droit disciplinaire.

²³⁷¹ La juridiction administrative applique ce principe par l'ouverture du référé-liberté et sanctionne la note de service du directeur d'établissement, prévoyant des fouilles intégrales systématiques à la sortie des parloirs, pour tous les détenus, même justifiées par la recrudescence des saisies d'objets en provenance de l'extérieur [CE, réf., 6 juin 2013, *sect. fr. OIP*, n^o 368816 : *Rec. CE*, T. : *AJDA*, 2013, p. 1191, obs. M.-C. DE MONTECLER ; *AJP*, 2013, p. 497, obs. É. PÉCHILLON]. Sa seule limite tenait dans l'établissement strict de la condition de l'urgence, en l'espèce établie par l'ampleur des fouilles systématiques engendrées par la note. Le juge des référés décidait d'enjoindre au chef d'établissement, sous quinzaine, de modifier sa note, afin d'organiser la modulation de la soumission aux fouilles systématiques à la personnalité des détenus concernés.

²³⁷² *El Shennawy* : *préc.* Le Conseil d'État l'a rappelé concernant une instruction particulière, soumettant un détenu à des fouilles intégrales, au terme de chaque parloir [CE, réf., 6 juin 2013, *Eski*, n^o 368875 : *AJDA*, 2013, p. 1191, obs. M.-C. DE MONTECLER]. Le juge administratif se référait à la nécessité des fouilles, établies par l'impossibilité, le temps des travaux dans l'établissement, d'installer des portiques de sécurité pour contrôler les visiteurs et à la proportionnalité, se référant en l'espèce au comportement du détenu en détention, sans les détailler toutefois, et à sa condamnation, en l'espèce la participation à une association de malfaiteurs en vue de la préparation d'un acte de terrorisme, pour valider. Le Conseil d'État posait toutefois une injonction au directeur : « *si l'instruction litigieuse ne fixe pas de limite dans le temps à l'application des mesures qu'elle prescrit, il incombe au chef d'établissement d'en réexaminer le bien-fondé, à bref délai et, le cas échéant, à intervalle régulier, afin d'apprécier si le comportement et la personnalité du requérant justifient ou non la poursuite de ce régime exorbitant* ». La solution restait d'une portée ambiguë, puisque le juge administratif adoptait bien une injonction de nature à assurer la protection d'une liberté fondamentale, sans recevoir le recours, ne considérant pas la décision comme manifestement illégale, ce qui opportunistement le dispensait de se prononcer sur la condition d'urgence.

²³⁷³ CEDH, sect. III, 15 juin 2010, *Ciupercescu c. Roumanie (n^o 1)*, req. n^o 35555/03.

²³⁷⁴ *V. infra*, n^o 977 et s.

²³⁷⁵ *V.* pour l'appréciation du risque de fuite, *El Shennawy* : *préc.* Le nombre de fouilles intégrales était de quatre à huit par jours, réalisées à l'occasion des extractions du détenu, avant les audiences de son procès. Leur nombre important était dû au fait de la prise en charge du détenu par deux services de garde différents, chacun procédant successivement aux fouilles. La Cour établissait l'absence de nécessité impérieuse des fouilles, du fait d'une

L'inclusion des fouilles intégrales dans le contrôle européen de l'article 3 suppose en conséquence la consécration d'un droit à un recours effectif pour contester leur légalité par l'application de l'article 13, ce dernier devant permettre l'indemnisation de la fouille passée contraire à la Convention, mais aussi de mettre un terme, durant son exécution, à l'application injustifiée d'un régime spécial de fouilles intégrales, stable dans le temps²³⁷⁶.

544. **L'entrave du détenu.** La Cour, comme pour la fouille, a posé le principe du contrôle du menottage du détenu, en imposant que celui-ci soit « nécessaire » : « à cet égard, il importe de considérer le risque de fuite ou de blessure ou dommage »²³⁷⁷. Le menottage reste cependant soumis à un seuil élevé, sauf à caractériser une circonstance particulière factuelle s'y ajoutant, comme par exemple l'exposition au public ou la provocation de blessures²³⁷⁸, le systématisme de son utilisation²³⁷⁹, ou son utilisation

condamnation pour évasion désormais ancienne, remontant à plus de quatre ans et de son absence d'implication dans la tentative de fuite de son coaccusé.

²³⁷⁶ Sur ce point, les décisions précitées du juge administratif ne permettent pas encore de clairement définir la portée du recours en référé-liberté, contre la décision individuelle, soumettant le détenu aux fouilles intégrales, le juge ne s'étant pas prononcé sur l'urgence [CE, réf., 6 juin 2013, *Eski*, n° 368875 : *AJDA*, 2013, p. 1191, obs. M.-C. DE MONTECLER]. Celle-ci semble en tout cas établie, dès que le détenu « devrait faire prochainement l'objet » de la fouille, en vertu du cadre abstrait [CE, 14 nov. 2008, *El Shennawy*, n° 315622 : *Rec. CE*, p. 417 ; *RFDA*, 2009, p. 957, comm. D. POLLET-PANOUSSIS ; *Dr. admin.*, 2009, comm. n° 11, note F. MELLERAY ; *AJP*, 2009, p. 87, obs. J.-P. CÉRÉ ; *Procédures*, 2009, comm. n° 31, note S. DEYGAS]. En l'espèce, le juge administratif avait exclu l'urgence, dès lors que le détenu, soumis aux fouilles intégrales lors de ses extractions judiciaires, ne devait plus en faire l'objet « prochainement ».

²³⁷⁷ CEDH, ch., 16 déc. 1997, *Raninen c. Finlande*, req. n° 20972/92 : *Rec. CEDH*, 1997-VIII ; *RSC*, 1998, p. 380, obs. R. KOERING-JOULIN ; *AJDA*, 1998, p. 37, chron. J.-F. FLAUSS. L'article 803 du Code de procédure pénale a tenté d'assimiler cette jurisprudence : « Nul ne peut être soumis au port des menottes ou des entraves que s'il est considéré soit comme dangereux pour autrui ou pour lui-même, soit comme susceptible de tenter de prendre la fuite. Dans ces deux hypothèses, toutes mesures utiles doivent être prises, dans les conditions compatibles avec les exigences de sécurité, pour éviter qu'une personne menottée ou entravée soit photographiée ou fasse l'objet d'un enregistrement audiovisuel. » L'article 52 de la loi pénitentiaire prévoit que « tout accouchement ou examen gynécologique doit se dérouler sans entraves et hors la présence du personnel pénitentiaire, afin de garantir le droit au respect de la dignité des femmes détenues ». Le juge administratif a repris à son compte cette jurisprudence et valide les textes réglementaires, organisant le cadre du menottage, à condition que le texte garantisse que les mesures soient « adaptées et proportionnées à la dangerosité du détenu et au risque d'évasion que présente chaque cas particulier » [CE, 15 oct. 2007, *Duval*, n° 281131 : *inédit* ; *AJP*, 2008, p. 49, obs. É. PÉCHILLON].

²³⁷⁸ Dans un premier temps de sa jurisprudence, la Cour entendait plutôt maintenir les conditions classiques de l'article 3, le port des menottes non nécessaire y compris en public ne pouvant justifier une violation de la Convention qu'en démontrant une volonté d'humilier de l'État ou encore une affection psychologique ou physique particulière [*Raninen* : *préc.*], la nécessité du port des menottes y compris pour le mineur étant abandonné en grande partie à l'appréciation des autorités nationales [CEDH, 16 mai 2002, *D. G. c. Irlande*, req. n° 39474/98 : *Rec. CEDH*, 2002-III]. La Cour résume sa position en indiquant que « l'usage de menottes ou d'autres instruments de contrainte ne pose normalement pas de problème au regard de l'article 3 de la Convention lorsqu'il est lié à une détention légale et n'entraîne ni usage de la force ni exposition publique au-delà de ce que l'on peut raisonnablement considérer comme nécessaire » [CEDH, sect. III, 29 sept. 2005, *Mathew c. Pays-Bas*, req. n° 24919/03 : *Rec. CEDH*, 2005-IX ; § 180]. Elle a ainsi censuré sous l'angle de l'article 3 le menottage d'un suspect lors de perquisitions, à la vue de ses collègues de travail, en s'appuyant principalement sur cette circonstance [CEDH, sect. II, 6 mars 2007, *Erdogan Yagiz c. Turquie*, req. n° 27473/02 ; § 44 et s.]. La Cour a aussi censuré l'usage du menottage disproportionné, au cours de deux audiences [CEDH, sect. I, 24 mai 2007, *Gorodnitchev c. Russie*, req. n° 52058/99 ; § 100 et s.].

disproportionnée durant les extractions médicales du détenu²³⁸⁰. Le contrôle reste marqué par la conception plus classique de l'article 3, contrairement au reste du contentieux des conditions matérielles de détention²³⁸¹. Une autre entrave à la liberté corporelle plus grave consiste à supprimer entièrement la liberté de mouvement du détenu par la contention, qui concerne principalement le cas de l'aliéné frappé d'un grave état d'agitation²³⁸². La contention peut même directement concerner une personne libre, par exemple lorsque l'aliéné en hospitalisation libre doit être maîtrisé²³⁸³, et au regard du niveau de contrainte apporté, celle-ci caractérise une privation de liberté, lorsqu'elle dépasse quelques dizaines de minutes²³⁸⁴, qui doit être soumise au contrôle de l'article 5²³⁸⁵. La contention de la personne déjà détenue fait l'objet d'un contrôle de la Cour européenne des droits de l'Homme sur le fondement de

²³⁷⁹ CEDH, sect. V, 20 janv. 2011, *Kashavelov c. Bulgarie*, req. n° 891/05, en angl. Le détenu, privé de liberté depuis treize ans était menotté systématiquement durant ses promenades.

²³⁸⁰ CEDH, sect. I, 27 nov. 2003, *Hénaf c. France*, req. n° 65436/01. – CEDH, sect. II, 27 juin 2006, *Avci et autres c. Turquie*, req. n° 70417/01. La preuve de la dangerosité du détenu soumis au menottage est alors difficile à ramener pour l'État d'autant plus que les capacités de l'individu peuvent être réduites. – CEDH, sect. III, 12 mai 2009, *Tanase c. Roumanie*, req. n° 5269/02. – CEDH, sect. V, 26 mai 2011, *Duval c. France*, req. n° 19868/08 : RSC, 2011, p. 707, obs. D. ROETS ; *Gaz. Pal.*, 25 août 2011, p. 11, comm. É. SENNA ; JCP, 2011, actu., n° 731, obs. B. PASTRE-BELDA. – CEDH, 8 janv. 2009, *Filiz Uyan c. Turquie*, req. n° 7496/03, en angl. ; § 30 et s. L'article 3 peut être violé par un seul menottage excessif, lorsqu'il est réalisé par exemple durant un examen gynécologique, alors que son escorte avait assisté à l'examen.

²³⁸¹ V. par ex. CEDH, sect. II, 11 oct. 2011, *Portmann c. Suisse*, req. n° 38455/06. La Cour notait que l'action tardive du requérant, débutée sept ans après les faits, attestait du peu de retentissement que le menottage avait pu avoir sur lui, élément militant pour conclure au non dépassement du seuil de l'article 3.

²³⁸² La contention a longtemps été indissociable du traitement des personnes souffrant de troubles mentaux, jusqu'à l'intervention de grands aliénistes qui ont prôné l'humanisation des soins, comme PINEL en France. Si des règles déontologiques ont été posées en la matière [v. *L'audit clinique appliqué à l'utilisation des chambres d'isolement en psychiatrie*, réalisé par l'Agence nationale d'Accréditation et d'évaluation en santé 1998, disponible au 11 janv. 2014 sur le site internet de la Haute autorité de santé à l'adresse www.has-sante.fr/portail/upload/docs/application/pdf/CHISOL.pdf], la législation échappe à toute réglementation spécifique. La nécessité de la contention est contrôlée par le juge administratif dans le contentieux de la responsabilité de la puissance publique. La contention, rendue nécessaire par l'état confusionnel de l'individu et mal réalisée, peut engager la responsabilité administrative lorsqu'elle a causé des blessures importantes [CAA Nancy, 9 mars 1995, *C.H. et CPAM de Roubaix*, n° 93NC00968 : *Légifrance*]. L'absence de nécessité de la contention peut servir à écarter la responsabilité de l'établissement de santé en cas de suicide d'un patient [CAA Nancy, 18 oct. 2001, *M^{me} Meyer*, n° 98NC00211 : *Légifrance* ; CAA Marseille, 25 janv. 2007, *Macaire*, n° 05MA01245 : *Légifrance* : la contention « qui consiste à les maintenir alités membres supérieurs et inférieurs attachés par des sangles n'est utilisée, du fait de l'atteinte à la dignité du patient, qu'en dernier recours après que le personnel soignant ait d'abord usé des pouvoirs de la parole, de la pharmacopée à doses suffisantes et des chambres d'isolement »]. La contention de l'individu pratiquée dans la journée peut à l'inverse montrer l'obligation particulière de surveillance du malade, à laquelle était astreint le service hospitalier fautif [CAA Nantes, 24 mai 2012, *Bidaud*, n° 10NT01952 : *Légifrance*].

²³⁸³ Le traitement gériatrique des personnes âgées s'accommode aussi en pratique de la contention et renouève l'intérêt de la question de son contrôle.

²³⁸⁴ V. pour l'influence de la courte durée sur la qualification de privation de liberté, *supra*, n° 21 et s.

²³⁸⁵ Une décision ancienne de la Commission a écarté l'application de l'article 5 à la contention de l'aliéné hospitalisé d'abord librement, en tenant compte uniquement de la nécessité médicale de la mesure [Comm.EDH, 15 janvier 1998, *Jarvinen c. Finlande*, req. n° 30408/96]. Une telle jurisprudence pourrait de nouveau s'appliquer, compte tenu de la jurisprudence européenne qui apprécie parfois la courte durée de privation de liberté, au regard de sa seule nécessité, sans intégration à l'article 5 [v. *supra*, n° 22].

l'article 3²³⁸⁶. Inscrite au sein de l'article 3, l'atteinte à la liberté corporelle par l'entrave ou la contention est aussi soumise au recours effectif, ce qui, pour la mesure passée, au minimum, doit ouvrir le droit à un recours en indemnisation²³⁸⁷.

545. La légalité de l'atteinte au corps du détenu : l'émergence du standard européen abstrait. La vigueur de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme tend à ériger les atteintes à la liberté corporelle du détenu en une atteinte grave à la dignité humaine par principe, indépendamment de la démonstration de la souffrance générée, sauf à les justifier exceptionnellement par la nécessité et la proportionnalité, nouveau contentieux de l'article 3 en voie d'objectivisation. Celles-ci sont définitivement sorties du pouvoir discrétionnaire du service de garde, pour subir l'encadrement abstrait du standard européen : leur contrôle se concentre sur leur opportunité et leur application nécessite l'existence d'un véritable cadre normatif. L'achèvement de l'objectivisation de la protection de la dignité du détenu en matière pénitentiaire aboutit à garnir l'article 3 de l'ensemble des éléments de droit commun de l'atteinte à une liberté fondamentale, seul le menottage, au regard de la jurisprudence européenne, restant en retrait. Cette conception doit logiquement permettre un contrôle abouti de l'isolement pénitentiaire qui apparaît pourtant dans la jurisprudence européenne seulement en construction.

²³⁸⁶ *Herczegfalvy* : préc. ; § 83. La Cour contrôlait la contention de l'aliéné interné, menotté et contenu sur un lit de sûreté, pour permettre son alimentation forcée, validée dès lors qu'il existe « *un impératif médical* [justifiant] *le traitement litigieux* » pendant deux jours. – CEDH, sect. I, 29 mai 2012, *Julin c. Estonie*, req. n^{os} 16563/08, 18656/10 et 40841/08, en angl. Concernant la contention d'un détenu, pour raison médicale, la Cour lui appliquait l'exigence de la qualité de la loi [§ 125]. La qualité de la loi exige la mise en place d'une réglementation interne précise et protectrice, prévoyant notamment le réexamen médical régulier de la nécessité de contenir et l'inscription sur un registre de l'utilisation de la technique. Outre la qualité défailante de la norme, la Cour s'attachait aux motivations du maintien en contention, données par l'autorité médicale, insuffisantes à caractériser la nécessité impérieuse et à l'espacement trop important du réexamen médical de la justification de la poursuite de la contention, qui avait duré neuf heures en tout. Au regard de cet arrêt, l'absence d'encadrement normatif de la contention dans le droit français pose sans doute difficulté.

²³⁸⁷ Si l'article 803 du Code de procédure pénale a au moins le mérite de fixer directement le principe de la nécessité concrète du menottage, il le consacre dans la seule matière de la détention pénale. Le juge administratif semble opérer le contrôle de sa nécessité du menottage opéré dans le cadre de la police administrative, ou soumettant le détenu condamné, son défaut entraînant l'indemnisation [v. pour l'exemple de l'étranger, menotté sur son lit d'hôpital pendant sa rétention administrative et l'engagement de la responsabilité de l'État pour faute simple en raison de la disproportion du menottage aboutissant à 500 € d'indemnisation, CAA Bordeaux, 1^{er} mars 2012, *Yilmaz*, n^o 10BX01273 : *AJDA*, 2012, 1014, concl. D. KATZ ; v. pour l'exemple du condamné, soumis au menottage permanent durant une permission de sortir, lui permettant d'assister aux obsèques de sa sœur, TA Nantes, 19 oct. 2011, n^o 0802478 : *AJP*, 2012, p. 49, obs. J.-P. CÉRÉ : en l'espèce, les considérations générales utilisées sur les risques de fuites issues de la situation pénale du détenu étaient insuffisantes].

2) La construction du contrôle du bien-fondé de l'isolement

546. **Les cas d'isolement en droit français.** L'isolement relatif est autorisé par la Convention « *pour des raisons de sécurité, de discipline et de protection* »²³⁸⁸. C'est un véritable régime dérogatoire au droit commun, par l'ampleur de ses effets, qui est contrôlé sous l'angle de l'article 3 : la simple mesure de sécurité plus sévère, isolée et sans atteinte au corps de l'individu, ne suffit pas au dépassement du seuil et ne justifie pas de contrôle européen²³⁸⁹, sauf à heurter directement un autre droit protégé par la Convention²³⁹⁰.

547. La Cour européenne des droits de l'Homme a décrit l'isolement pénitentiaire de sûreté : « *destinés à prévenir les risques d'évasion, d'agression ou la perturbation de la collectivité des détenus, ces régimes ont comme base la mise à l'écart de la communauté pénitentiaire accompagnée d'un renforcement des contrôles* »²³⁹¹. Les cas d'isollements pénitentiaires français, prononcés à titre de mesure de sûreté, administratif²³⁹² et judiciaire²³⁹³, rentrent assurément dans cette catégorie. L'isolement relatif soumis au contrôle de l'article 3 est aussi permis à titre de sanction disciplinaire. Le placement en cellule disciplinaire²³⁹⁴ et sûrement le confinement en cellule individuelle ordinaire²³⁹⁵ du droit français sont donc soumis au contrôle de l'isolement pénitentiaire européen. La Cour a également soumis à son contrôle de l'article 3 des mécanismes de sécurité moins sévères que l'isolement relatif, comme le régime français des rotations de sécurité²³⁹⁶, ou la pratique

²³⁸⁸ CEDH, 8 juin 1999, *Messina c. Italie*, req. n° 25498/94, *déc.* : *Rec. CEDH*, 1999-V.

²³⁸⁹ V. par ex. CEDH, sect. IV, 17 avr. 2012, *Horych c. Pologne*, req. n° 13621/08, en angl. : la vidéosurveillance constante de la cellule du détenu ne soulève pas de difficultés au regard de l'article 3. Si bien que, concernant les sanctions disciplinaires pénitentiaires de droit français, celles autres que le placement en cellule disciplinaire, ou éventuellement le confinement [v. les art. R. 57-7-33 et s. CPP], échappent au contrôle de l'article 3, comme au contrôle de l'article 6, puisque la Cour européenne des droits de l'Homme considère que l'ensemble de la matière se trouve hors de la matière pénale [CEDH, sect. V, 10 nov. 2011, *Plathey c. France*, req. n° 48337/09 : *JCP*, 2012, doctr., n° 87, chron. F. SUDRE ; *AJP*, 2011, p. 605, obs. J.-P. CÉRÉ ; *Dr. pénal*, 2012, n° 4, chron. E. DREYER ; § 62 et s.].

²³⁹⁰ L'atteinte au droit de la correspondance entraîne un contrôle de cette seule mesure sur le fondement de l'article 8 [v. par ex. CEDH, sect. II, 17 nov. 2009, *Cordi c. Italie*, req. n° 37936/04, *déc.*].

²³⁹¹ CEDH, sect. IV, 27 nov. 2012, *Chervenko c. Bulgarie*, req. n° 45358/04 ; § 61.

²³⁹² Art. 726-1 CPP.

²³⁹³ Il concerne le suspect en détention provisoire [art. R. 57-5-1 CPP].

²³⁹⁴ Art. R. 57-7-43 et s. CPP.

²³⁹⁵ Les dispositions réglementaires elles-mêmes estiment ces sanctions de même nature, quant au règlement des éventuels cumuls. Le régime des deux mesures est proche, notamment parce qu'elles emportent privation de cantine et limitent à la même durée d'une heure le temps de promenade, qui doit être préservé [v. les art. R. 57-7-38 et s. CPP].

²³⁹⁶ Ainsi, la Cour a contrôlé en partie le régime des rotations de sécurité, qui permettait de changer d'affectation régulièrement le détenu, et même si étaient en cause dans l'arrêt la pratique de fouilles intégrales et le maintien à

consistant à détenir le suspect dans une cage métallique à l'audience²³⁹⁷, montrant le développement du contrôle. Le juge administratif a lui-même défendu une vision large du contrôle des régimes pénitentiaires de sécurité, pour ouvrir le recours en excès de pouvoir contre l'inscription au répertoire des détenus particulièrement signalé²³⁹⁸ ou le placement dans le régime différencié²³⁹⁹, dans une approche se saisissant de la réalité carcérale. La pratique

l'isolement, l'atteinte à la dignité était constatée dans une subdivision spécifiquement consacrée aux changements d'affectation [CEDH, sect. V, 9 juil. 2009, *Khider c. France*, req. n° 39364/05 ; *Dr. pén.*, 2009, comm. n° 156, obs. A. MARON et M. HAAS ; *Gaz. Pal.*, 29 oct. 2009, p. 20, obs. J.-F. RENUCCI ; *LPA*, 19 nov. 2009, p. 3, comm. M. MOLINER-DUBOST ; *D.*, 2009, p. 2462, note M. HERZOG-EVANS ; *AJP*, 2009, p. 372, obs. M. HERZOG-EVANS ; *RSC*, 2010, p. 225, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *AJDA*, 2010, p. 994, note M. MOLINER-DUBOST ; *Procédure*, 2009, étu. n° 11, comm. A. TOURÉ]. En l'espèce, le requérant avait subi quatorze transfèrements en sept années. Si le Conseil d'État a bien qualifié cette pratique de « régime de détention spécifique » [CE, ass., 14 déc. 2007, *Payet*, n° 306432 : *Rec. CE*, p. 498 ; *LPA*, 3 juin 2008, p. 10, comm. M. CANEDO-PARIS ; *Procédure*, 2008, comm. n° 61, note S. DEYGAS ; *AJDA*, 2008, p. 128, chron. J. BOUCHER et B. BOURGEOIS-MACHUREAU ; *D.*, 2008, p. 1015, chron. É. PÉCHILLON ; *RFDA*, 2008, p. 104, concl. C. LANDAIS ; *D.*, 2008, p. 820, note M. HERZOG-EVANS ; *RSC*, 2008, p. 404, chron. P. PONCELA], ce régime était formalisé dans une simple note du Garde des sceaux en date du 20 octobre 2003 relative à la gestion des détenus les plus dangereux incarcérés dans les maisons d'arrêt. Le Conseil d'État mettait en évidence l'existence d'une décision administrative, malgré son absence de formalisation, par la fréquence des changements, vingt-trois depuis le 20 octobre 2003. Dès lors, le Conseil ouvrait contre cette décision, ainsi établie, le recours en excès de pouvoir. Le juge refusait toutefois de suspendre en référé la décision, dès lors que celle-ci répondait « à des exigences de sécurité publique », par référence « aux tentatives d'évasion répétées de l'intéressé, à sa dangerosité et à sa catégorie pénale, à des exigences de sécurité publique ». Si les dernières considérations générales utilisées par le juge administratif peuvent apparaître comme insuffisantes à établir le critère de l'impérieuse nécessité développée par la Cour européenne des droits de l'Homme, les tentatives d'évasion répétées sont de nature en revanche à le justifier. La Cour européenne des droits de l'Homme, saisie de la même affaire, justifiait aussi la mesure, dès lors que les vingt-six changements d'affectations en cinq ans, étaient nécessaires, pour empêcher son évasion, alors que l'individu s'était déjà échappé deux fois, s'était rendu complice d'une évasion et avait tenté de s'évader une nouvelle fois, tentative qui avait échoué de justesse [*Payet* : *préc.*]. Ultérieurement, la Cour réalisait un contrôle encore plus léger des rotations de sécurité, justifiées par le simple constat que le détenu avait réussi à s'évader à une reprise, sans avoir l'historique de *Payet*, mais avait été condamné lourdement, à la différence de *Khider*, qui était soumis au régime en détention provisoire [*Alboreo* : *préc.*]. Le contrôle européen se montrait en conséquence conciliant, sans caractériser la perte de pertinence, au fil du temps, du risque d'évasion et sans considération pour la poursuite ultérieure de la peine, réalisée sans incident dans le même établissement. Le cas de rotation de sécurité montrait une nouvelle fois le défaut de qualité des sources de l'exécution de la privation de liberté, et logiquement, la note qui instaurait ce régime de détention dérogatoire, était finalement annulée [CE, 29 févr. 2008, *Trebutien*, n° 308145 : *inédit* ; *AJP*, 2008, p. 289, obs. É. PÉCHILLON].

²³⁹⁷ CEDH, sect. III, 26 juin 2012, *Piruzyan c. Arménie*, req. n° 33376/07, en angl. Celle-ci doit être justifiée pour des raisons de sécurité fortes, qui ne peuvent se déduire de la seule gravité du chef poursuivi, ni des antécédents judiciaires de l'accusé extérieurs aux infractions de violences, sous peine de constituer un traitement inhumain et dégradant. – CEDH, sect. I, 11 déc. 2012, *Svinarenko et Slyadnev c. Russie*, req. n°s 32541/08 et 43441/08. – CEDH, sect. III, 15 juin 2010, *Ashot Harutyunyan c. Arménie*, req. n° 34334/04, en angl.

²³⁹⁸ Une telle inscription, prévue à l'article D. 276-1 du code de procédure pénale, sans pour autant que la disposition ne soit très précise, entraînait la hausse des mesures de sécurité auxquelles peut être soumis un détenu, cette circonstance justifiant l'ouverture du recours en excès de pouvoir [CE, 30 nov. 2009, *Kehli*, req. n° 318589 : *Rec. CE* ; *AJDA*, 2010, p. 994, comm. M. MOLINER-DUBOST ; *AJP*, 2010, p. 43, obs. É. PÉCHILLON].

²³⁹⁹ Ce régime, fondé sur une interprétation extensive d'une circulaire ancienne de surcroît [circulaire du 22 oct. 1990 NOR : JUSE90401078C relative au régime des établissements « 13 000 » affectés à l'exécution des courtes peines], permettait de soumettre en centre de détention certains détenus à une liberté de mouvements moindre au sein de l'établissement, restreignant ses possibilités de participer aux activités communes. Le juge du fond avait déjà reconnu l'ouverture du recours en excès de pouvoir contre la décision du Directeur d'établissement, certaines la soumettant même au contradictoire et à la motivation, eu égard à « ses effets »

connaît un autre cas d'isolement, celui de la mise en cellule de sûreté²⁴⁰⁰ de l'aliéné, qui échappe encore à un encadrement normatif de qualité²⁴⁰¹, alors que sa durée n'est pas forcément incompatible avec un contrôle juridictionnel²⁴⁰².

548. **L'exclusion de l'isolement relatif du champ de l'article 5.** L'isolement du détenu, contrôlé sous l'angle de l'article 3, échappe au contrôle de l'article 5 : il n'est pas considéré comme un nouveau cas de privation de liberté, mais une modalité d'exécution²⁴⁰³.

[TA Nantes, 26 juil. 2007 : *AJP*, 2007, p. 495, note M. HERZOG-EVANS ; CAA Bordeaux, 18 nov. 2008, n° 07BX01485 : *D.*, 2009, p. 1376, chron. É. PÉCHILLON ; TA Bordeaux, 14 mai 2009, n° 0704553 : *AJP*, 2009, p. 323, note M. HERZOG-EVANS]. Le Conseil d'État a admis l'ouverture du recours en excès de pouvoir contre les décisions de placement ou de prolongation en régime différencié, validant leur existence au regard du règlement de l'établissement, dans un raisonnement reprenant à son compte les critères dégagés dans le contentieux de l'affectation [v. *supra*, n° 508 et s.] ou du travail pénitentiaire [v. *supra*, n° 506 et s.], « *par sa nature et par ses effets sur ses conditions de détention, notamment au regard de l'objectif de réinsertion sociale* », notant les restrictions d'accès du détenu aux différentes activités pénitentiaires [CE, 28 mars 2011, *Bennay*, n° 316977 : *Rec. CE*, p. 137 : *AJP*, 2011, p. 408, note G. CLIQUENNOIS et M. HERZOG-EVANS]. Le Conseil d'État laissait une marge d'appréciation aux autorités pénitentiaires, par le procédé traditionnel en la matière du contrôle limité à l'erreur d'appréciation et par le procédé plus inhabituel du rejet de l'obligation de motivation et d'application à la décision du contradictoire, solution confirmée dans la jurisprudence européenne [CE, 6 déc. 2012, *David*, n° 344995 : *Rec. CE* ; *RFDA*, 2013, p. 817, comm. J. SCHMITZ].

²⁴⁰⁰ Aussi qualifiée de mise en cellule d'isolement.

²⁴⁰¹ Aucune loi sur l'internement des aliénés n'a défini le recours à la chambre de sûreté médicale ou la chambre d'isolement. La circulaire de 1993 [Circulaire n° 48DGS/SP3 du 19 juil. 1993 portant sur le rappel des principes relatifs à l'accueil et aux modalités de séjours des malades hospitalisés pour troubles mentaux] rappelait que l'internement de l'aliéné pouvait être réalisé dans une unité fermée, sans autre précision, indiquant seulement que le placement en unité fermée était possible en fonction de « *certaines circonstances* » pour une durée « *limitée à ce qui est médicalement justifié* » et correspondre « *à une indication posée par un médecin et non pas relever d'une simple commodité du service* ». Dans toutes les hypothèses, le placement « *doit pouvoir être remis en cause à tout moment en fonction de l'évolution de l'état de santé du patient* ». Une évaluation des pratiques a été réalisée, montrant son usage fréquent [v. *L'audit clinique appliqué à l'utilisation des chambres d'isolement en psychiatrie : préc.*]. La même circulaire de 1993 prévoyait même dans l'hypothèse d'une hospitalisation libre le recours à la chambre d'isolement : « *en cas d'urgence, il peut être possible d'isoler pour des raisons tenant à sa sécurité un malade quelques heures en attendant, soit la résolution de la situation d'urgence, soit la transformation de son régime d'hospitalisation en un régime d'hospitalisation sous contrainte* ». La nécessité du placement en chambre d'isolement est ainsi contrôlée par le juge administratif dans le contentieux de la responsabilité administrative, lorsque le malade est décédé durant ce placement ou a tenté de se suicider, afin de mettre en évidence une éventuelle faute [CE, 17 juin 1974, *MSA Charente-Maritime*, n° 86309 : *Rec. CE*, T. ; l'administration d'un calmant au malade et sa conduite dans une chambre d'isolement étaient justifiées, alors que l'aliéné était en hospitalisation libre, dès lors que l'infirmière, sans dépasser ses attributions, « *a pris les mesures qu'appelait immédiatement l'état d'agitation manifeste* ». – CAA Marseille, 25 janv. 2007, *Macaire*, n° 05MA01245 : *Légifrance* ; est justifié le placement en chambre d'isolement, dès lors que l'emploi des psychotropes sédatifs étaient contre-indiqués, et que cette contrainte était justifiée par « *la nécessité de contenir son agressivité et sa violence potentielle tant envers les autres qu'envers lui-même* ». Inversement, lorsque l'aliéné est décédé après avoir réussi à s'enfuir du service hospitalier, l'absence de nécessité de placement en isolement de l'aliéné en hospitalisation libre permet d'écarter la responsabilité de l'hôpital [CAA Lyon, 14 déc. 1989, *Oudghiri*, n° 89LY00686 : *Légifrance*]. Si la contention [v. *infra*, note n° 2382] ou la chambre de sûreté sont fondées par une sorte d'état de nécessité, leur légalité n'est pas assurée et laissée aux pratiques médicales.

²⁴⁰² Un audit clinique relevait la difficulté d'identifier les pratiques, mais évoquait des ressources nationales évoquant des durées de quatre à six jours [*L'audit clinique appliqué à l'utilisation des chambres d'isolement en psychiatrie : préc.* ; p. 15].

²⁴⁰³ « *La Cour n'exclut pas que des mesures adoptées dans une prison puissent dans des circonstances exceptionnelles s'analyser en une atteinte au droit à la liberté* » mais « *de manière générale, toutefois, des mesures disciplinaires formelles ou non, qui ont des effets sur les conditions de détention à l'intérieur de la*

Même si les formulations utilisées par la Cour montrent qu'elle a préservé la possibilité de retenir par exception la qualification de privation de liberté, elle n'a jamais franchi le pas pour l'isolement pénitentiaire, sans considération pour l'altération éventuelle des aménagements de peine. Seule la sanction disciplinaire aboutissant à ajouter juridiquement des jours de privation de liberté a été qualifiée de privation de liberté²⁴⁰⁴.

549. **Le triple contrôle de l'isolement pénitentiaire.** L'isolement total est d'abord exclu, pour constituer par nature un traitement inhumain et dégradant. L'isolement relatif, permis par la jurisprudence européenne, est soumis au contrôle subjectif et *in concreto* classique de l'article 3, et la violation de la Convention nécessite de caractériser le dépassement du seuil de souffrance par l'affliction générée par la mesure. L'isolement relatif est aussi soumis à un contrôle en construction, objectif celui-ci, qui s'intéresse à la seule opportunité de la mesure. Le contrôle minimal de l'affliction de l'isolement est minimal (a). Le contrôle de son opportunité permet une hausse des exigences (b).

a. *L'affliction de l'isolement : le contrôle minimal*

550. **Les éléments de la définition de l'isolement total.** L'isolement total²⁴⁰⁵ constitue par nature une atteinte à la dignité humaine et est interdit²⁴⁰⁶, même pour un détenu exceptionnellement dangereux²⁴⁰⁷. À l'inverse, l'isolement relatif, qui permet de réduire, sans les anéantir, les contacts sociaux du détenu, d'augmenter le temps passé en cellule²⁴⁰⁸, sans un confinement total, et de réduire le temps consacré aux activités collectives, est toléré par le standard minimum de la Convention. La large marge d'appréciation laissée aux États par les

prison, ne peuvent passer pour une privation de liberté » mais « de telles mesures doivent être considérées dans des circonstances normales comme des modifications des conditions de la détention légale et, de ce fait, sortent du champ d'application de l'article 5 § 1^{er} de la Convention » [CEDH, sect. III, 4 mai 2000, *Bollan c. Royaume-Uni*, req. n° 42117/98, déc. : *Rec. CEDH*, 2000-V]. En l'espèce, l'isolement, « d'une nature et d'une intensité telles qu'elle ne représentait pas une privation de liberté » n'avait duré qu'une heure et quarante minutes. – Comm.EDH, 17 janv. 1995, *J. N. c. Suisse*, req. n° 19371/92. La commission définissait la sanction disciplinaire comme « des modifications apportées aux conditions d'une détention légitime ».

²⁴⁰⁴ CEDH, gde ch., 9 oct. 2003, *Ezeh et Connors c. Royaume-Uni*, req. n°s 39665/98 et 40086/98 : *Rec. CEDH*, 2003-X ; *Dr. pénal*, 2004, ét. n° 7, comm. É. VERGES ; *RSC*, 2004, p. 173, note F. MASSIAS.

²⁴⁰⁵ La notion d'isolement total a été principalement développée concernant le contrôle de l'isolement pénitentiaire prononcé à titre de mesure de sûreté.

²⁴⁰⁶ La norme organisant l'isolement total est en conséquence par nature contraire à l'article 3.

²⁴⁰⁷ Comm.EDH, 12 déc. 1983, *M. c. Royaume-Uni*, req. n° 9907/82 : *D. R.*, n° 35, p. 136. En l'espèce, la personne condamnée avait déjà tué deux codétenus au cours de l'exécution de sa peine.

²⁴⁰⁸ Le standard minimum autorise déjà la détention en cellule la nuit et quelques heures en plus durant la journée [Cenbauer : *préc.*].

premières décisions de la Commission²⁴⁰⁹ était maintenue en 1999 par la Cour, qui consacrait une définition limitée de l'isolement total interdit, celui-ci résidant uniquement dans « *l'isolement sensoriel complet combiné à un isolement social total* » du détenu²⁴¹⁰.

551. L'isolement sensoriel. L'isolement sensoriel réside dans l'isolement cellulaire constant²⁴¹¹, si bien que les autorités doivent développer aussi pour les détenus isolés des activités en dehors de la cellule²⁴¹² et même réserver un accès en plein air²⁴¹³. Le retrait de toute activité intellectuelle ou physique stimulante constitue l'autre élément de l'isolement sensoriel²⁴¹⁴, sa caractérisation étant sévère²⁴¹⁵.

552. L'isolement social. L'isolement social, qui s'apprécie au regard des échanges permis entre le détenu et toute autre personne, subit la même définition étroite : l'octroi d'un droit de visite, même très limité, suffit à écarter la qualification²⁴¹⁶, comme le

²⁴⁰⁹ L'isolement pénitentiaire de sûreté a très vite été contesté sur le fondement de l'article 3 de la Convention européenne et la Commission a admis, presque d'emblée, un contrôle concret de la mesure : « *il y a lieu d'avoir égard aux conditions particulières, à la rigueur de la mesure, à sa durée, à l'objectif poursuivi ainsi qu'aux effets sur la personne concernée* » [Comm.EDH, 8 juil. 1978, *Ensslin, Baader et Raspe c. RFA*, req. n^{os} 7572/76, 7586/76 et 7587/76 : *D. R.*, n^o 14, p. 64]. Dans un premier temps, la Commission avait conditionné la violation de l'article 3 à l'intention d'humilier des autorités : « *les requérants ne peuvent toutefois être considérés comme ayant été délibérément soumis à un ensemble de souffrances physiques ou morales destinées à les punir, à détruire leur personnalité ou à briser leur résistance* » [Comm.EDH, 30 mai 1975, *Baader, Meins, Meinhof et Grundmann c. RFA*, req. n^o 6166/73 : *D. R.*, n^o 2, p. 63]. Si l'intention d'humilier a disparu de la jurisprudence de l'article 3, la large marge d'appréciation laissée aux autorités était maintenue : « *il n'appartient pas à la Cour de se prononcer sur la validité de l'appréciation effectuée par les autorités internes. Eu égard à la gravité importante des infractions dont le requérant se trouvait accusé et pour lesquelles il a par la suite été condamné, [...] la Cour accepte le jugement porté par les autorités internes* » [Van der Ven : *préc.* ; § 55]. La dangerosité de l'individu, eu égard à la gravité de l'infraction, justifiait le maintien en isolement de sûreté, y compris pour le suspect [Comm.EDH, 9 juil. 1991, *Treholt c. Norvège*, req. n^o 14610/89 : *D. R.*, n^o 71, p. 195]. Quant à l'isolement pénitentiaire disciplinaire, il était même écarté de l'article 3, sauf affliction exceptionnelle [Comm.EDH, 8 mars 1988, *Theron c. France*, req. n^o 11422/85].

²⁴¹⁰ CEDH, 8 juin 1999, *Messina c. Italie*, req. n^o 25498/94, *déc.* : *Rec. CEDH*, 1999-V. « *L'isolement sensoriel complet combiné à un isolement social total peut détruire la personnalité et constitue une forme de traitement inhumain qui ne saurait se justifier par les exigences de la sécurité ou toute autre raison* ».

²⁴¹¹ Comm.EDH, 9 juil. 1981, *Kröcher et Möller c. la Suisse*, req. n^o 8463/78 : *D. R.*, n^o 26, p. 24. – Comm.EDH, 6 mars 1982, *X. c. Royaume-Uni*, req. n^o 8231/78 : *D. R.*, n^o 28, p. 41. – CEDH, sect. V, 20 janv. 2011, *Kashavelov c. Bulgarie*, req. n^o 891/05, en angl. Le confinement en cellule, sauf pendant une heure en journée, suffit à écarter la qualification d'isolement total.

²⁴¹² La Cour doit permettre au détenu isolé d'exercer des activités lui fournissant une stimulation physique et mentale appropriée [*Horych* : *préc.*].

²⁴¹³ L'octroi au détenu isolé d'une promenade d'une heure au mieux par jour suffit à écarter l'isolement total [*Payet* : *préc.*].

²⁴¹⁴ Comm.EDH, 18 mai 1998, *Natoli c. Italie*, req. n^o 26161/95.

²⁴¹⁵ *Alboreo* : *préc.* ; § 114. La disposition de journaux et d'une radio ou d'une télévision dans la cellule suffit à caractériser l'existence d'activités stimulantes.

²⁴¹⁶ *Messina* : *préc.* En l'espèce, les relations sociales du détenu résidaient principalement dans son droit de rencontrer une heure par mois un membre de sa famille. – *Ciupercescu (n^o 1)* : *préc.* : la limitation du nombre de visites à quatre par mois, pour une durée d'une demi-heure à deux heures par visites, suffit à écarter la notion d'isolement complet. – *Horych* : *préc.* Les visites, même permises dans des parloirs fermés empêchant tout contact humain, ne permettent pas d'établir l'isolement total.

maintien de relations avec des codétenus²⁴¹⁷, ou le maintien de liens avec le personnel pénitentiaire²⁴¹⁸. À l'inverse, la liberté de se déplacer dans le quartier d'isolement²⁴¹⁹, le maintien en cellule collective malgré la restriction importante des autres droits²⁴²⁰, ou le consentement du détenu à bénéficier de l'isolement²⁴²¹, semblent exclure la qualification d'isolement total.

553. Le caractère cumulatif des éléments de l'isolement total. Cette appréciation, plus que rigoureuse, des différents critères a été confirmée par la validation abstraite des conditions de détention des centres pénitentiaires « *supermax* » américains²⁴²², qui confirmait le caractère cumulatif des différentes dimensions de l'isolement total²⁴²³, et son étendue très réduite²⁴²⁴. Si la Cour a admis des isolements sévères pour des infractions graves, ou des détenus particuliers comme *Öcalan*²⁴²⁵ ou *Carlos*²⁴²⁶, elle n'a jamais semblé

²⁴¹⁷ CEDH, sect. IV, 27 nov. 2012, *Savics c. Lettonie*, req. n° 17892/03, en angl. ; § 139 : le contact avec des codétenus de la même catégorie pénale, suffit à écarter la qualification de l'isolement total, malgré la ségrégation de ceux-ci des autres catégories..

²⁴¹⁸ L'isolé, qui « *recevait dans sa cellule la visite du bibliothécaire et des préposés à l'éducation et à la cantine, si bien que ses contacts humains, quoique restreints, ne se faisaient pas seulement avec des représentants de l'autorité* », n'est pas recevable à invoquer l'isolement total.

²⁴¹⁹ *Peers* : préc. ; § 71.

²⁴²⁰ *Ciupercescu (n° 1)* : préc.

²⁴²¹ *Peers* : préc. ; § 69.

²⁴²² CEDH, sect. IV, 10 avr. 2012, *Babar Ahmad et autres c. Royaume-Uni*, req. n°s 24027/07, 11949/08, 36742/08, 66911/09 et 67354/09, en angl. Pourtant, la Cour reconnaissait que le régime de la détention était organisé pour empêcher tout contact social entre codétenus et même entre le détenu et les gardiens, et que les détenus passaient une majeure partie de leur temps confinés dans leur cellule, si bien que leurs rapports sociaux, sauf rare activité collective, tenaient à des discussions menées à travers les conduites de climatisation, ou à des relations avec leur famille, principalement épistolaires. Au surplus, les activités en plein air pouvaient être suspendues pendant trois mois pour la moindre faute disciplinaire. En revanche, la Cour européenne des droits de l'Homme a exclu que de telles conditions de détention puissent être appliquées à un détenu souffrant de lourdes pathologies mentales, et l'extradition qui pourrait exposer le requérant malade à une telle détention doit être empêchée [CEDH, sect. IV, 16 avr. 2013, *Aswat c. Royaume-Uni*, req. n° 17299/12, en angl.].

²⁴²³ Si l'isolement apparaissait suffisamment sévère pour être considéré comme approchant d'un isolement social total et cellulaire constant, la Cour mettait en avant la disposition pour le détenu de nombreuses activités en cellule [*accès à la télévision, la radio, à de nombreux journaux, à des livres, à des activités manuelles et de loisir et à des programmes éducatifs*].

²⁴²⁴ Cet ensemble jurisprudentiel revient finalement à limiter considérablement la notion d'isolement total, sauf à caractériser un confinement total en cellule, sans possibilité d'exercer des activités stimulantes, associé à une interdiction d'entretenir tout rapport social.

²⁴²⁵ Le requérant était détenu seul sur l'île d'Imrali, non seulement pour empêcher son évasion, mais aussi pour le protéger contre les risques d'agression qu'il encourait dans un établissement pénitentiaire ordinaire. La Cour qualifiait cet isolement exceptionnel d'isolement relatif, puisque le prisonnier pouvait entretenir des contacts sociaux avec le personnel et son avocat une fois par semaine, alors que les rencontres avec sa famille étaient limitées du fait des difficultés à se rendre sur l'île. La Cour émettait uniquement des réserves sur la longueur de cet isolement, sans le sanctionner [CEDH, sect. I, 12 mars 2003, *Öcalan c. Turquie*, req. n° 46221 : *JCP*, 2003, I, n° 160, note F. SUDRE ; *RDP*, 2004, p. 801 ; note M. LEVINET ; *RGDIP*, 2003, p. 472, note P. WECKEL ; *D.*, 2003, p. 2267, obs. J.-F. RENUCCI ; *AJDA*, 2003, p. 1924, chron. J.-F. FLAUS]. La Grande chambre validait aussi l'isolement, incluant dans son examen la période totale de l'isolement, soit plus de six ans, alors que l'isolement s'était poursuivi entre les deux décisions. La situation du détenu s'était légèrement améliorée par rapport à l'arrêt de chambre : les autorités avaient installé un bateau facilitant l'accès sur l'île en cas de mauvaises conditions météorologiques et permettant au détenu de recevoir des visites de sa famille un fois par semaine et le détenu

véritablement cantonner cette définition étroite de l'isolement total à l'existence de circonstance exceptionnelle. Même dans le dernier état de sa jurisprudence, la notion d'isolement total reste appréciée très limitativement²⁴²⁷. En réalité, on voit mal comment l'isolement total pourrait être caractérisé, dès lors que le minimum indispensable, non pas adopté par la volonté de ne pas dégrader la dignité du détenu, mais imposé par l'application des droits de la défense ou par les contingences des missions de garde, suffit à écarter la qualification.

554. L'effet relatif des circonstances exceptionnelles nécessaires à la sanction de l'isolement relatif. La Cour rappelle que son contrôle de l'isolement pénitentiaire doit s'intéresser « *aux conditions particulières, à la rigueur de la mesure, à sa durée, à l'objectif poursuivi ainsi qu'aux effets sur la personne concernée* »²⁴²⁸ : certaines circonstances exceptionnelles sont de nature à caractériser une violation de l'article 3, dans une application traditionnelle de la disposition, celle qui s'intéresse au dépassement d'un seuil de souffrance, mesurée subjectivement, permettant de censurer l'isolement relatif. En réalité, l'arrêt de Grande chambre *Ramirez Sanchez*²⁴²⁹ a relativisé l'efficacité des circonstances exceptionnelles permettant de censurer l'isolement relatif, tant pour le critère de la durée que pour le critère de l'état de santé, même si la Cour avait pris le soin de justifier la sévérité de

pouvait émettre plus largement du courrier. La Cour se contentait de demander aux autorités turques de permettre à l'intéressé de communiquer par téléphone avec sa famille et de pouvoir accéder à la télévision pour écarter « *pour le moment* » une violation [CEDH, gde ch., 12 mai 2005, *Öcalan c. Turquie*, req. n° 46221/99 : *Rec. CEDH*, 2005-IV : *RFDA*, 2006, p. 308, chron. H. LABAYLE ; *RSC*, 2006, p. 431, chron. F. MASSIAS ; *AJDA*, 2006, p. 466, chron. J.-F. FLAUSS].

²⁴²⁶ L'isolement validé avait duré près de huit ans [CEDH, sect. I, 27 janv. 2005, *Ramirez Sanchez c. France*, req. n° 59450/00 : *D.*, 2005, p. 1272, comm. J.-P. CÉRÉ]. La Cour s'attachait principalement aux contacts sociaux maintenus par le requérant. Or, celui-ci avait pu fréquemment voir sa compagne, qui était son avocate personnelle. Elle étudiait les conséquences de cet isolement sur la santé du requérant qui n'avait pas été atteint excessivement. Les opinions dissidentes insistaient sur les appréciations médicales, qui prenaient de plus en plus de distance avec le maintien en isolement, et aux motivations du maintien de l'internement par les autorités, qui était de plus en plus stéréotypées, laissant présager d'un contrôle supérieur [opinion dissidente commune aux juges ROZAKIS, LOUCAIDES et TULKENS]. La Grande chambre de la Cour européenne des droits de l'Homme validait l'isolement, par des motifs similaires [*Ramirez Sanchez*, gde ch. : *préc.*]. La Cour ajoutait une précision d'importance : le seuil étant apprécié « *compte tenu notamment de sa personnalité et de sa dangerosité hors normes* ». Une opinion dissidente formulait les mêmes critiques que celles concernant l'arrêt de Chambre [Opinion dissidente commune aux juges ROZAKIS, LOUCAIDES et TULKENS].

²⁴²⁷ CEDH, sect. II, 9 oct. 2012, *X. c. Turquie*, req. n° 24626/09. La qualification d'isolement relatif a été retenue pour le détenu « *privé de tout contact avec d'autres détenus et de toute activité sociale* » qui « *n'a bénéficié d'aucun accès à la promenade en plein air* » et qui « *n'a été autorisé à sortir de sa cellule que pour s'entretenir avec son avocat ou pour assister aux audiences qui se tenaient périodiquement, environ tous les mois* ». – CEDH, sect. IV, 15 nov. 2011, *Ivantoc et autres c. Moldavie et Russie*, req. n° 23687/05, en angl.

²⁴²⁸ *X. c. Turquie* : *préc.* ; § 46.

²⁴²⁹ *Ramirez Sanchez*, gde ch. : *préc.* L'isolement, qualifié de relatif malgré sa rigueur et sa durée de plus de huit ans, était validé alors qu'au surplus, la question de la compatibilité de l'état de santé était posée [v. notamment l'opinion dissidente commune précitée].

son raisonnement au regard de la personnalité particulière du détenu²⁴³⁰. Si la durée apparaît comme un élément essentiel de la sanction²⁴³¹, ce qui semble exclure le constat de violation de l'article 3 pour la sanction disciplinaire, la Cour a au moins renforcé dernièrement le contrôle de la compatibilité médicale de l'état de santé avec l'isolement, en tirant une violation du maintien en isolement, malgré plusieurs certificats médicaux établissant la dégradation de l'état de santé, dans une formulation qui reste prudente²⁴³². Seules des hypothèses très spécifiques ont permis à l'affliction générée par l'isolement relatif de dépasser le seuil, par exemple l'isolement en couloir de la mort²⁴³³, ou encore l'isolement imposé pour protection en raison de l'homosexualité du détenu²⁴³⁴. En réalité, l'usage principal des circonstances exceptionnelles sert à la Cour pour rehausser le seuil, comme elle l'a montré dans les affaires précitées *Öcalan* et *Ramirez Sanchez*²⁴³⁵, conception qui trouve son achèvement dans le refus, solidement ancré, de tout contrôle de l'isolement de l'article 41 bis du droit italien, qui concerne les *mafiosi*, pour lequel la Cour laissait un très large pouvoir d'appréciation aux autorités²⁴³⁶.

²⁴³⁰ V. *supra*, note n° 2426.

²⁴³¹ Ainsi, un isolement relatif d'une durée de seulement cinq mois et demi n'apparaît pas d'une durée suffisante pour permettre la violation de l'article 3 [CEDH, sect. V, 7 janv. 2010, *Petyo Petkov c. Bulgarie*, req. n° 32130/03 ; § 51 et s.].

²⁴³² *Khider* : *préc.* ; § 120. La Cour établissait le dépassement du seuil au regard de l'impact de la mesure sur l'état du requérant attestée par le contrôle médical, sans poser véritablement un principe de levée de la mesure en cas d'incompatibilité. Elle reprochait en tout cas aux autorités de ne pas avoir « tiré les conclusions adéquates suggérées par ces certificats médicaux qui se prononçaient de manière claire sur l'état de santé du requérant ».

²⁴³³ CEDH, 29 avr. 2003, *Poltoratski c. Ukraine*, req. n° 38812/97 : *Rec. CEDH*, 2003-V. La Cour sanctionne l'enfermement permanent dans une cellule sans lumière du jour et le fait que « l'intéressé n'avait guère ou pas de moyens de s'occuper et d'entretenir des contacts humains ». Ces éléments constituent une des « conditions inacceptables » que les difficultés économiques de la période, dues notamment à la période de transition vers un nouveau régime, ne peut justifier. Le requérant se trouvait au surplus détenu dans les couloirs de la mort, circonstance participant à l'atteinte du seuil.

²⁴³⁴ *X. c. Turquie* : *préc.* Si finalement la Cour caractérisait malgré tout une violation de l'article 3 uniquement en raison de ces conditions de détention pourtant qualifiées d'isolement relatif, l'arrêt ne peut être interprété comme une hausse du contrôle puisque l'isolement était justifié par l'homosexualité du détenu, élément qui s'il ne fait pas l'objet de grands développements dans l'arrêt, a sans doute pesé dans la condamnation.

²⁴³⁵ V. *supra*, n° 554.

²⁴³⁶ CEDH, gde ch., 17 sept. 2009, *Enea c. Italie*, req. n° 74912/01. Ce contrôle léger sur le fondement de l'article 3 était résumé dans l'arrêt. La possibilité pour le détenu de porter un recours contre la prolongation de la décision d'isolement suffisait à en assurer la conventionnalité sous l'angle de l'article 3, sans contrôle des motifs employés par les autorités internes, la Cour admettant que les motifs initiaux justifient, sans effritement au cours du temps, sa prolongation au-delà de plusieurs années. Même la compatibilité de l'état médical avec l'isolement était appréciée légèrement, alors que le détenu en l'espèce était contraint de se déplacer en fauteuil roulant. Même un isolement de douze ans ne faisait pas l'objet d'un contrôle plus sévère [CEDH, sect. III, 10 nov. 2005, *Argenti c. Italie*, req. n° 56317/00]. L'arrêt *Enea* réduisant cependant cette marge d'appréciation en reconnaissant l'application de l'article 6 aux décisions d'isolement, non pas sur le critère pénal, mais sur le critère civil, au regard de la restriction des contacts familiaux qu'au regard de l'impact patrimonial des mesures.

555. La violation par conjonction : le maintien du raisonnement concret.

Enfin, la sanction sur le fondement de l'article 3 de l'isolement relatif repose le plus souvent sur un cumul de circonstances, au-delà de l'unique sévérité intrinsèque de l'isolement²⁴³⁷, de sorte que l'isolement relatif, réalisé dans des conditions matérielles de détention dignes, apparaît par principe presque toujours conventionnel et c'est le tableau d'un contrôle extrêmement faible de la sévérité excessive de l'isolement qui est dressé, d'autant plus regrettable que le standard n'évolue plus²⁴³⁸. Le contentieux n'a pas bénéficié de l'objectivisation²⁴³⁹, et l'apport abstrait se limite pratiquement à la prohibition de l'isolement total, strictement défini. Le contrôle en hausse de l'opportunité de l'internement compense en partie le défaut européen de la mesure de l'affliction de l'internement.

b. L'opportunité de l'isolement : la hausse du contrôle

556. **Le développement du contrôle de la décision de placement en isolement relatif.** En principe, la décision de placement en l'isolement relatif, prononcée à titre de mesure de sûreté, ne fait pas l'objet d'un contrôle de son bien-fondé sur le fondement de l'article 3, même lorsqu'il concerne le suspect placé en détention provisoire, qu'il résulte automatiquement de la loi, et même lorsque son bien-fondé est douteux²⁴⁴⁰, sauf à ce que son défaut de bien-fondé, manifeste, revienne à caractériser une mesure « arbitraire »²⁴⁴¹. Quelques décisions laissent entrevoir un meilleur contrôle de la condamnation disciplinaire,

²⁴³⁷ CEDH, gde ch., 8 juil. 2004, *Ilascu et autres c. Moldavie et Russie*, req. n° 48787/99 : *Rec. CEDH*, 2004-VII. Outre la sévérité du régime de l'isolement, les conditions matérielles de détention indignes et l'intention d'humilier des autorités avaient été établies, si bien que la qualification de torture était retenue. – *Ciupercescu c. Roumanie (n° 2) : préc.* À l'isolement s'ajoutait les fouilles indignes. – *Savics : préc.* Les fouilles s'ajoutaient aussi à l'isolement. – *Payet : préc.* À la sévérité du régime de détention s'ajoutait des conditions matérielles de détention indignes. – *Mathew : préc.* De la même manière, les conditions matérielles de détention indignes ajoutées au régime plus sévère avaient justifié une violation de la Convention.

²⁴³⁸ Voir pour comparaison M. MOLINER-DUBOST, « Le point sur la compatibilité du placement à l'isolement des détenus avec l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme » ; *AJP*, 2007, p. 160.

²⁴³⁹ *V. supra*, n° 517.

²⁴⁴⁰ *Horych : préc.* Dans une autre décision récente, la Cour a cependant opéré un léger contrôle du bien-fondé du placement en isolement prononcé à titre de mesure de sûreté, le validant en raison de l'existence d'une évasion, en notant que les autorités « ont ménagé un juste équilibre entre les impératifs de sécurité et l'exigence d'assurer au détenu des conditions humaines de détention » [*Alboreo : préc.* ; § 116].

²⁴⁴¹ *Csullog : préc.* ; § 37. La Cour qualifiait le placement en isolement de mesure « arbitraire », celle-ci ne reposant sur aucun élément de personnalité du détenu qui aurait pu caractériser sa dangerosité pour lui-même, ses codétenus, ou le personnel pénitentiaire. La Cour insistait d'ailleurs particulièrement sur les effets néfastes de l'application arbitraire de mesures d'isolement pénitentiaire [*ibid.* : « *arbitrary restrictive measures applied to vulnerable individuals like prisoners inevitably contribute to the feeling of subordination, total dependence, powerlessness and, consequently, humiliation* »]. L'absence de bien-fondé de la mesure se cumulait à un usage excessif et systématique du menottage du détenu, dès qu'il quittait sa cellule, pour justifier la violation de la Convention.

par référence directe au rapport de proportionnalité entre la faute et la durée du placement en cellule disciplinaire²⁴⁴², même si dans ces deux espèces, c'est encore une conjonction, au-delà de la seule sévérité intrinsèque de l'isolement, qui justifiait la violation de la Convention.

557. Le contrôle juridique de la pertinence des motifs du maintien en isolement de sûreté. Pour le contrôle des prolongations de l'isolement pénitentiaire de sûreté, la Cour a haussé son contrôle par une méthode empruntée à son contrôle de la durée de la détention provisoire²⁴⁴³. L'isolement pénitentiaire de sûreté, que la Cour qualifie directement « *d'emprisonnement au sein de la prison* »²⁴⁴⁴ ne peut durer « *indéfiniment* »²⁴⁴⁵ : les autorités nationales doivent organiser un contrôle périodique de la justification de l'internement durant son exécution²⁴⁴⁶, motiver les décisions de prolongation²⁴⁴⁷ et envisager à ces occasions des alternatives à l'isolement²⁴⁴⁸. La motivation doit reposer sur des « *motifs sérieux* », motifs qui, au fil du temps, doivent être « *détaillés et argumentés* » de plus en plus fermement en raison de l'effritement des motifs initiaux²⁴⁴⁹, éléments que la Cour s'autorise à contrôler.

²⁴⁴² CEDH, 7 juin 2007, *Mikadze c. Russie*, req. n° 52697/99. La Cour, pour conclure à la violation de l'article 3, notait le défaut de « *la proportionnalité de certaines de ces sanctions par rapport aux faits commis, mais aussi leur fréquence* ». En l'espèce, le requérant avait subi 17 condamnations pénitentiaires en un an, aboutissant à une détention cumulée en cellule disciplinaire de six mois, dont certaines concernaient des faits mineurs comme la détention de cigarettes. D'autres éléments, comme les conditions matérielles de détention, étaient cependant utilisés pour constater la violation de l'article 3. – CEDH, sect. V, 16 oct. 2008, *Renolde c. France*, req. n° 5608/05, *Rec. CEDH : JCP*, 2008, II, n° 10196, note B. BELDA ; *Gaz. Pal.*, 12 mars 2009, p. 42, comm. M. MATEI ; *RSC*, 2009, p. 173, note J.-P. MARGUÉNAUD ; *RDSS*, 2009, p. 363, obs. P. HENNIION-JACQUET. Le bien-fondé de la sanction est apprécié lorsqu'il concerne le cas du détenu souffrant de troubles mentaux, et son absence semble à lui seul justifier une violation de l'article 3. En l'espèce, le détenu avait été condamné au maximum, soit quarante-cinq jours, pour avoir jeté du pain sur un surveillant et l'avoir menacé avec une fourchette. Ses troubles mentaux étaient graves au point que le détenu s'était suicidé au cours de son placement en cellule disciplinaire.

²⁴⁴³ V. *infra*, n° 977 et s.

²⁴⁴⁴ *Chervenko* : *préc.* ; § 64.

²⁴⁴⁵ *Ibid.* La Cour a aussi qualifié l'isolement pénitentiaire à titre de sûreté de « *mesure exceptionnelle et temporaire* » [CEDH, sect. II, 7 juin 2011, *Csullog c. Hongrie*, req. n° 30042/08, en angl. ; § 34 : « *solitary confinement is appropriate only as an exceptional and temporary measure* »].

²⁴⁴⁶ Celui-ci doit donner lieu à un examen réel des changements de la situation du détenu [*Horych* : *préc.*]. L'absence de possibilité pour le détenu de contester devant les autorités nationales son placement apparaît en soit contraire à l'article 3 [*Ciupercescu (n° 1)* : *préc.* ; § 108 et s.].

²⁴⁴⁷ V. le résumé des principes exposés dans l'arrêt *Chervenko* [*préc.* ; § 60 et s.].

²⁴⁴⁸ CEDH, sect. III, 29 sept. 2005, *Mathew c. Pays-Bas*, req. n° 24919/03 : *Rec. CEDH*, 2005-IX. L'isolement d'une période de sept mois peut violer la Convention en raison d'une durée excessive, dès lors que l'isolement se justifiait par le simple caractère difficile du détenu, notamment à cause de sa propension à la violence : il appartenait à l'État de trouver « *un lieu de détention approprié* ».

²⁴⁴⁹ La Cour doit « *contrôler si, dans un cas donné, le renouvellement et la prolongation des restrictions se justifiaient ou si, au contraire, elles constituaient la répétition de limitations ne se justifiant plus* » [CEDH, sect. IV, 11 juil. 2006, *Campisi c. Italie*, req. n° 24358/02 ; § 38]. Ainsi par exemple, le maintien de régimes sévères, pendant sept ans pour l'un et pendant deux ans et sept mois pour l'autre, fondés sur le risque de fuite et la gravité des accusations, ne repose plus, au bout d'un certain temps, sur des motifs sérieux [*Horych* : *préc.*, ou CEDH, sect. IV, 17 avr. 2012, *Piechowicz c. Pologne*, req. n° 20071/07, en angl. En revanche, l'isolement de plus de quatre ans, concernant un détenu qui avait réussi à s'évader cinq fois et avait commis de graves infractions lors d'une évasion, est justifié, même s'il ne bénéficiait que d'une heure de promenade par jour, entretenait des contacts sociaux avec le seul personnel pénitentiaire et s'il disposait de certificats médicaux

Progressivement, c'est un contrôle de la proportionnalité concrète de la durée raisonnable de l'isolement que la Cour s'approprie²⁴⁵⁰. Le contrôle actuel de la Cour reste limité et celle-ci admet encore que les deux dimensions classiques de la sécurité pénitentiaire, soit le risque d'évasion²⁴⁵¹ et le risque de trouble de l'ordre pénitentiaire²⁴⁵², permettent un large recours à l'isolement pénitentiaire de sûreté notamment dans la durée. Seules les jurisprudences précitées *Piechowicz* et *Horych* ont entamé un contrôle plus sévère des justifications du maintien à l'isolement, même si, de nouveau, le constat de violation ne s'appuyait pas uniquement sur le défaut de pertinence de la motivation mais sur une conjonction. Ces derniers développements, en lien avec le contrôle juridique de l'isolement, renforcent plus fermement son encadrement abstrait.

558. Le défaut de recours effectif en droit français. L'inclusion du contrôle de l'isolement pénitentiaire dans l'article 3 impose, en vertu de l'article 13 de la Convention, l'existence d'un recours en droit interne, permettant d'apprécier le moyen de la violation de la Convention, soit la contestation de la sévérité de l'affliction²⁴⁵³ et la contestation de l'opportunité de la mesure²⁴⁵⁴. Cette obligation a notamment participé au mouvement de réduction des mesures d'ordre intérieur du droit pénitentiaire²⁴⁵⁵, jurisprudence débutée par le célèbre arrêt *Marie* pour la mise en cellule disciplinaire²⁴⁵⁶, alors que l'isolement pénitentiaire

mettant en doute la compatibilité de l'état de santé avec la détention [Comm.EDH, 18 mai 1998, *Natoli c. Italie*, req. n° 26161/95]. Si une tentative d'évasion permet de justifier un isolement de près de trois ans, la Cour estimait toutefois que le motif perdait de « pertinence » pour justifier au-delà l'isolement, alors que celui-ci avait été interrompu une première fois au terme de ces trois premières années [*Khider* : préc.].

²⁴⁵⁰ *Piechowicz* : préc. ; § 178 : « the Court finds that the duration and the severity of the measures taken exceeded the legitimate requirements of security in prison and that they were not in their entirety necessary to attain the legitimate aim pursued by the authorities ».

²⁴⁵¹ Le critère du risque d'évasion, matérialisé par une réussite ou une tentative antérieure, justifie l'isolement prolongé pendant plusieurs années [*Khider* : préc.]. Au moins la Cour exige-t-elle que le risque de fuite repose sur des éléments matériels pour valider sur ce motif l'isolement de longue durée [*Piechowicz* et *Horych* : préc.]. Plus généralement, le risque d'évasion a permis aussi à la Cour de dégager une large marge d'appréciation aux autorités pénitentiaires, concernant les rotations de sécurité [*infra*, note n° 2396].

²⁴⁵² *Sanchez-Ramirez*, gde ch. : préc. En l'espèce, l'isolement avait été validé malgré les décisions stéréotypées de prolongation.

²⁴⁵³ V. *supra*, n° 550 et s.

²⁴⁵⁴ V. *supra*, n° 556 et s.

²⁴⁵⁵ Ces éléments du droit européen ont largement participé à la réduction en droit pénitentiaire de la mesure d'ordre intérieur [v. la restitution du mouvement jurisprudentiel X. DOMINO et A. BRETONNEAU, « *Custodire ipsos custodes* : le juge administratif face à la prison » ; *AJDA*, 2011, p. 1364], mouvement suffisamment affirmé pour poser tout simplement le maintien de la mesure d'ordre intérieur en droit pénitentiaire [M. GUYOMAR, « La justiciabilité des mesures pénitentiaires devant le juge administratif » ; *AJDA*, 2009, p. 413].

²⁴⁵⁶ CE, 17 févr. 1995, *Marie*, n° 97754 : *Rec. CE*, p. 89 ; *D.*, 1995., p. 381, note N. BELLOUBET-FRIER ; *RFDA*, 1995, p. 353, concl. P. FRYDMAN ; *RFDA*, 1995, p. 822, note F. MODERNE ; *RFDA*, 1995, p. 826, note J.-P. CÉRÉ ; *RSC*, 1995, p. 381, obs. P. COUVROT ; *RSC*, 1995, p. 621, obs. M. HERZOG-EVANS ; *GAJA*, 19^e éd., 2013, n° 94.

imposé a cédé plus tard dans le non moins célèbre arrêt *Remli*²⁴⁵⁷, mouvement dont la vigueur s'est encore exprimée par l'admission de la contestation des rotations de sécurité malgré l'absence de décision formalisée²⁴⁵⁸, ou encore du régime différencié²⁴⁵⁹. La Cour européenne des droits de l'Homme a défini le recours national efficace en matière d'isolement disciplinaire, prononcé par l'autorité pénitentiaire : il s'agit d'un recours « *permettant au détenu de contester aussi bien la forme que le fond, et donc les motifs, d'une telle mesure devant une instance juridictionnelle* »²⁴⁶⁰, reposant sur « *des garanties minimales de célérité* »²⁴⁶¹, devant un organe indépendant²⁴⁶². Elle l'a défini aussi pour l'isolement de sûreté : le recours doit fournir au détenu des « *moyens pour se plaindre des prolongations de son maintien à l'isolement [...] et si ces moyens étaient "effectifs" en ce sens qu'ils auraient pu empêcher la survenance ou la continuation de la violation alléguée* »²⁴⁶³. Au regard de ces exigences, le recours en excès de pouvoir de droit commun, ouvert par les arrêts *Remli* et *Marie*, est disqualifié à deux titres. Malgré le recul net de la mesure d'ordre intérieur, l'intensité du contrôle du juge administratif est toujours restée en retrait, notamment en laissant le choix de la sanction disciplinaire et de son *quantum* au seul contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation²⁴⁶⁴, position maintenue non sans hésitation²⁴⁶⁵, alors que la

²⁴⁵⁷ CE, 30 juil. 2003, *Remli*, n° 252712 : *Rec. CE*, p. 366 ; *D.*, 2003, jur., p. 2331, note M. HERZOG-EVANS ; *AJDA*, 2003, p. 2090, note D. COSTA ; *RSC*, 2005, p. 390, obs. P. PONCELA ; *Gaz. Pal.*, 13 nov. 2003, p. 10, concl. M. GUYOMAR. L'arrêt *Remli* renversait la jurisprudence *Fauqueux* [CE, 28 févr. 1996, *Fauqueux*, n° 106582 : *Rec. CE*, p. 52 ; *RSC*, 1997, p. 448, note P. PONCELA]. La Cour d'appel administrative de Paris avait opéré plus tôt le revirement pour le cas de *Remli* [CAA Paris, plén., 5 nov. 2002, *Remli*, n° 01PA0075 : *D.*, 2003, jur., concl. J.-P. DEMOUVEAUX]. Auparavant, le Conseil d'État avait refusé d'ouvrir le recours en excès de pouvoir contre la décision administrative de placement en quartier de haute sécurité, malgré les conclusions contraires du Commissaire du Gouvernement, qui avait même estimé la mesure illégale [CE, *ass.*, 27 janv. 1984, *Caillol*, n° 31985 : *Rec. CE*, p. 28 ; *RDP*, 1984, p. 483, concl. B. GENEVOIS]. V. pour un point détaillé sur le meilleur encadrement de l'isolement pénitentiaire, J.-P. CÉRÉ et É. PÉCHILLON, « Le contrôle du placement à l'isolement : une nouvelle étape dans la formation du droit pénitentiaire » ; *RPDP*, 2003, p. 389.

²⁴⁵⁸ CE, *ass.*, 14 déc. 2007, *Payet*, n° 306432 : *Rec. CE*, p. 498 ; *LPA*, 3 juin 2008, p. 10, comm. M. CANEDO-PARIS ; *Procédure*, 2008, comm. n° 61, note S. DEYGAS ; *AJDA*, 2008, p. 128, chron. J. BOUCHER et B. BOURGEOIS-MACHUREAU ; *D.*, 2008, p. 1015, chron. É. PÉCHILLON ; *RFDA*, 2008, p. 104, concl. C. LANDAIS ; *D.*, 2008, p. 820, note M. HERZOG-EVANS ; *RSC*, 2008, p. 404, chron. P. PONCELA.

²⁴⁵⁹ V. *supra*, n° 547.

²⁴⁶⁰ *Payet* : *préc.* ; § 131. Ce contrôle étendu suppose que l'autorité juridictionnelle soit informée des motifs de placement ou de prolongation de la mesure [*Csullog* : *préc.* ; § 46 et s.].

²⁴⁶¹ *Payet* : *préc.* ; § 133.

²⁴⁶² *Csullog* : *préc.* ; § 46 et s. En l'espèce, le magistrat du parquet, pour être indépendant, satisfaisait cette condition.

²⁴⁶³ *Ramirez Sanchez*, gde ch. : *préc.* ; § 157 et s.

²⁴⁶⁴ Le juge du fond exerce aussi un contrôle limité à l'erreur d'appréciation de l'isolement pénitentiaire [TA Clermont-Ferrand, 29 déc. 2005, *Cuguillière* : cité par la circulaire NOR : JUSK1140023C du 14 avr. 2011 relative au placement à l'isolement des personnes détenues].

²⁴⁶⁵ M. MOLINER-DUBOST, « À propos d'une autre "jurisprudence immobile" : le contentieux des sanctions disciplinaires infligées aux détenus » ; *AJDA*, 2013, p. 1380. Le développement par le juge administratif d'un contrôle de pleine juridiction de certaines sanctions administratives [CE, *ass.*, 16 févr. 2009, *Société Atom*, n° 274000 : *Rec. CE*, p. 26 ; *AJDA*, 2009, p. 583, chron. S.-J. LIEBER et D. BOTTEGHI ; *AJP*, 2009, p. 189,

Convention vise un contrôle large. Le recours n'est de toute manière pas suffisamment rapide pour être considéré comme effectif au regard de l'article 13.

559. Le droit français a choisi de faire du référé-liberté la voie de droit efficace de la contestation de l'isolement pénitentiaire disciplinaire ou de sûreté, sans en modifier ses conditions de droit commun, et le recours est limité « *aux atteintes graves et manifestement illégales aux libertés fondamentales* » et à la démonstration de l'urgence²⁴⁶⁶. Si sa célérité est satisfaisante, la question de la suffisance de son étendue se pose. Le recours effectif de l'article 13 vaut pour tout « *grief défendable* »²⁴⁶⁷, ce qui dépasse le grief qui constitue à coup sûr une violation de la Convention²⁴⁶⁸ : la notion de grief défendable apparaît, en quelque sorte, comme le contraire du grief manifestement mal fondé, si bien qu'un grief plus subtilement infondé est inclus dans le champ du recours effectif, alors que le champ du référé-liberté se limite aux violations manifestes des libertés fondamentales. Même dans ce cas, la recevabilité du recours semble incertaine au regard de la condition de l'urgence, que le juge administratif semble cantonner, dans le domaine de l'isolement pénitentiaire disciplinaire, à la caractérisation de la gravité de la mesure sur la santé du détenu²⁴⁶⁹.

obs. É. PÉCHILLON ; *RFDA*, 2009, p. 259, concl. C. LEGRAS ; *ibid.*, 2012, p. 257, comm. J. MARTINEZ-MEHLINGER ; *Constitutions*, 2010, p. 115, obs. O. LE BOT] n'a nullement remis en cause la jurisprudence sur la sanction disciplinaire [CE, 20 mai 2011, *Letona Biteri*, n° 326084 : *Rec. CE*, p. 246 ; *AJP*, 2012, p. 177, obs. M. HERZOG-EVANS ; *AJDA*, 2011, p. 1056, obs. R. GRAND].

²⁴⁶⁶ Art. 726 et 726-1 CPP tels qu'issus de la loi pénitentiaire [Loi n° 2009-1436 du 24 nov. 2009 pénitentiaire : *J. O.*, 25 nov. 2009, p. 20192 ; *D.*, 2010, p. 31, comm. M. HERZOG-EVANS ; *RSC*, 2010, p. 190, comm. P. PONCELA ; *RFDA*, 2010, p. 15, comm. F. FÉVRIER ; *AJDA*, 2010, p. 494, comm. C.-M. SIMONI ; *Procédures*, comm. n° 21, note J. BUISSON ; *Dr. pén.*, 2010, ét. n° 2, obs. J.-P. CÉRÉ ; *JCP*, 2009, I, n° 552, comm. J.-P. CÉRÉ ; *RSC*, 2010, p. 444, obs. E. GALLARDO ; *AJP*, 2009, p. 473, obs. É. PÉCHILLON ; *AJP*, 2009, p. 483, comm. M. HERZOG-EVANS (spéc. sur l'aménagement des peines) ; *AJF*, 2009, p. 484, obs. M. HERZOG-EVANS (spéc. sur le maintien des liens familiaux)].

²⁴⁶⁷ CEDH, gde ch., 21 janv. 2011, *M. S. S. c. Belgique et Grèce*, req. n° 30696/09 : *Rec. CEDH*, 2011 : *JCP*, 2012, doctr. n° 924, chron. F. SUDRE ; *AJDA*, 2011, p. 138, obs. M.-C. DE MONTECLER ; *AJDA*, 2011, p. 1993, chron. L. BURGORGUE-LARSEN.

²⁴⁶⁸ Par exemple, la Grande chambre dans l'affaire *Ramirez Sanchez* [préc.] a admis une violation de l'article 13 pour le cas du requérant tout en constatant l'absence de violation de l'article 3.

²⁴⁶⁹ CE, réf., 22 avr. 2010, *min. justice et des libertés c. Mebarek*, n° 338662 : *Rec. CE*, T : *AJDA*, 2010, p. 929, obs. S. BRONDEL ; *D.*, 2011, p. 1306, chron. É. PÉCHILLON ; *AJP*, 2010, p. 299, obs. É. PÉCHILLON ; *RSC*, 2010, p. 645, chron. P. PONCELA ; *RFDA*, 2013, p. 576, chron. L. MILANO. L'admission du référé-liberté contre une décision de placement en cellule disciplinaire suppose de caractériser des « *circonstances particulières* » pour démontrer la condition de l'urgence, ce que ne constitue pas l'existence de plusieurs sanctions disciplinaires successives ni la dénonciation générale du caractère anxiogène des conditions de détention en isolement. L'arrêt laissait toutefois penser qu'en cas de démonstration de l'existence d'une circonstance propre à caractériser pour le détenu une atteinte à sa santé physique ou mentale, la condition de l'urgence serait remplie. Si cette solution est conforme à la jurisprudence européenne dans son aspect tenant à la mesure de l'affliction de l'isolement pénitentiaire tant ses exigences sont faibles [v. *supra*, n° 550 et s.], une telle appréciation stricte de l'urgence, à s'imposer, écarterait du référé-liberté la contestation du bien-fondé de l'isolement, encore peu contrôlée, il est vrai, pour la sanction disciplinaire [v. *supra*, n° 556].

560. Quant à la contestation de la décision d'isolement de sûreté par le référé-suspension, l'action reste limitée par la loi à « *un doute sérieux quant à la légalité* »²⁴⁷⁰, son étendue ne semblant pas non plus satisfaisante²⁴⁷¹. Elle est aussi limitée par la jurisprudence à la proportionnalité de l'isolement²⁴⁷² : le juge rappelle que l'urgence doit être démontrée *in concreto*²⁴⁷³, celle-ci n'étant pas présumée, au regard de « *la gravité des effets de la mesure en cause* », appréciée principalement selon « *la durée* »²⁴⁷⁴, ce qui revient à exclure, sauf exception, l'ouverture du référé, pour contester le placement en isolement²⁴⁷⁵. Sur ce dernier point au moins, la jurisprudence française est en accord avec le droit européen, qui développe son contrôle de la proportionnalité de l'isolement et s'intéresse presque exclusivement à la pertinence des décisions de prolongation²⁴⁷⁶. Le contrôle du maintien en isolement, lorsque la durée sera suffisante pour établir l'urgence, devra en tout cas permettre de mettre un terme au maintien en isolement inopportun, sous peine de rester en-deçà du contrôle européen²⁴⁷⁷. Ces derniers développements rappellent que si le mouvement jurisprudentiel administratif du contrôle de la détention est justement à saluer, il

²⁴⁷⁰ Art. 521-1 du Code de justice administrative.

²⁴⁷¹ La Cour européenne des droits de l'Homme a semblé adouber le mouvement jurisprudentiel administratif d'ouverture du recours en excès de pouvoir, en matière pénitentiaire, fondé sur les critères des effets et de la nature de la décision, sauf caractérisation spéciale d'une atteinte aux droits fondamentaux, dans l'examen de l'épuisement des voies de recours interne, concernant la contestation de l'affectation pénitentiaire, au regard du droit à mener une vie familiale normale [CEDH, sect. V, 9 avr. 2013, *Boussouar c. France*, req. n° 65295/09, *déc.*, § 35]. La Cour semblait même valider l'efficacité du référé-suspension pour porter cette contestation [*ibid.*, § 37]. Il est à noter cependant, qu'en ce domaine et à la différence de l'isolement pénitentiaire, l'urgence n'a pas fait l'objet d'une interprétation restrictive expresse [CE, 27 mai 2009, *Miloudi*, req. n° 322148 : *Rec. CE* ; *Gaz. Pal.*, 23 juin 2009, p. 12, note M. GUYOMAR : le juge administratif avait rejeté la demande sur le fondement du défaut de « *doute sérieux sur la légalité* », sans se prononcer sur l'urgence].

²⁴⁷² CE, 1^{er} févr. 2012, *Khider*, n° 350899 : *Rec. CE*, T. : *AJP*, 2012, p. 237, obs. J.-P. CÉRÉ ; *AJDA*, 2012, p. 1177, obs. J.-F. CALMETTE ; *Gaz. Pal.*, 26 avr. 2012, p. 17, chron. M. GUYOMAR. En l'espèce, le juge administratif n'étudiait pas l'argument, que le détenu n'avait pas invoqué à l'appui de son action devant le juge des référés du fond, celui-ci étant tenu par « *l'argumentation présentée par l'intéressé* ».

²⁴⁷³ CE, 1^{er} févr. 2012, *Khider*, n° 350899 : *préc.*

²⁴⁷⁴ Dans une autre affaire, le Conseil d'État avait déjà censuré le juge du fond pour ne pas avoir suffisamment caractérisé l'existence de la condition de l'urgence, concernant une décision de prolongation de l'isolement au-delà d'un an, alors que celui-ci avait constaté l'urgence par « *principe* » et par « *nature* », dans le cadre d'une action en référé-suspension [CE, 29 déc. 2004, *Attou*, n° 268826 : *Rec. CE*, T. ; *AJP*, 2005, p. 164, obs. J.-P. CÉRÉ]. Pour un autre exemple de juge du fond qui avait admis le référé-suspension, v. TA Paris, 19 août 2004, n° 0418191/9/1 : *AJP*, 2004, p. 374. Ce mouvement du fond semble désormais vaincu.

²⁴⁷⁵ *Ibid.* En l'espèce, le juge administratif écartait l'urgence, notant que le détenu avait été, avant le placement, détenu pendant plusieurs mois selon le droit commun. Il semblait considérer le placement comme une mesure par principe insuffisamment grave, notant que le seul effet de la mesure résidait dans l'empêchement de « *participer aux activités de groupe* ». Sans doute moins pertinemment, le juge administratif notait au surplus que le détenu avait été fréquemment isolé durant sa détention, cette circonstance permettant aussi d'écarter l'urgence. Dans ces conditions, seule la caractérisation d'un élément subjectif de nature à hausser la gravité des effets du placement en isolement, comme l'état de santé détérioré, mental ou physique, pourrait permettre de démontrer l'urgence, pour contester le placement.

²⁴⁷⁶ V. *supra*, n° 557.

²⁴⁷⁷ V. sur le développement du contrôle de la pertinence des motifs du maintien en isolement réalisé par la Cour européenne des droits de l'Homme, *supra*, n° 557.

ne saurait être surestimé, encore atteint de limites, même si, concernant l'isolement pénitentiaire, le défaut concerne aussi la jurisprudence européenne.

561. **La réintégration de l'isolement pénitentiaire dans le champ de l'article 5.** C'est sans doute artificiellement que le développement du contrôle du bien-fondé de l'isolement pénitentiaire s'opère sur le fondement de l'article 3, notamment pour celui prononcé à titre de sûreté, dans un raisonnement importé du contrôle de la durée raisonnable de la détention provisoire, qui s'éloigne de la véritable appréciation du degré d'affliction auquel est soumis le détenu. Il est difficilement admissible que la protection entière contre privation de liberté, justifiée par la contrainte²⁴⁷⁸, ne s'applique pas pleinement lorsque le degré maximum de contrainte permis par le droit interne est infligé. La Cour européenne des droits de l'Homme a elle-même ouvert la brèche du contrôle de la modification du degré de contrainte de la privation de liberté sur le fondement de l'article 5, même sans modification de sa cause, concernant la transformation de l'assignation à domicile, régime le moins sévère, en enfermement pénitentiaire, régime de droit commun²⁴⁷⁹. À prendre le régime de détention de droit commun comme la médiane du spectre à l'intérieur duquel la contrainte, ses deux bornes extrêmes constituent l'assignation à domicile et l'isolement pénitentiaire : l'écart de contrainte entre l'assignation à domicile et l'enfermement de droit commun est d'une nature identique à celui qui distingue l'enfermement de droit commun et l'isolement pénitentiaire. Il apparaît même plutôt paradoxal que l'octroi de l'aménagement de la peine profitable à l'individu soit entourée de garanties maximales en droit interne du fait de la judiciarisation²⁴⁸⁰, tandis que, ce qui serait qualifié de modalité d'exécution de la peine, sans vraiment convaincre, pour concerner la modulation du degré de sévérité de la contrainte appliquée échappe aux garanties maximales malgré son caractère défavorable.

562. Malgré la protection de l'article 3²⁴⁸¹, l'inclusion de l'isolement pénitentiaire dans l'article 5 n'est pas dénuée d'intérêt. Pour l'isolement pénitentiaire de sûreté, elle aboutirait à imposer, en l'état de la jurisprudence, un contrôle juridictionnel à bref délai pour contester la légalité du placement décidé par l'autorité pénitentiaire et instaurerait un contrôle périodique du bien-fondé du maintien de l'isolement de sûreté, contrôle dont

²⁴⁷⁸ V. *supra*, n° 1.

²⁴⁷⁹ CEDH, sect. V, 6 nov. 2008, *Gouloub Atanassov c. Bulgarie*, req. n° 73281/01. – CEDH, sect. II, 2 août 2001, *Mancini c. Italie*, req. n° 44955/98 : *Rec. CEDH*, 2001-IX.

²⁴⁸⁰ V. *infra*, n° 657 et s.

²⁴⁸¹ La jurisprudence européenne, sous l'angle de l'article 3, a bien évidemment participé à la lutte contre l'arbitraire. V. pour comparaison, sur l'état antérieur du droit français disciplinaire en prison, J.-P. CÉRÉ, « Le nécessaire contrôle du pouvoir disciplinaire dans les prisons françaises » ; *RSC*, 1994, p. 597.

l'intensité large est bien connue²⁴⁸². Pour l'isolement pénitentiaire disciplinaire, elle reviendrait sans doute à imposer l'application de l'article 6 à la décision de placement²⁴⁸³, au regard du critère de la gravité de la sanction, celle-ci se trouvant qualifiée, en elle-même, de privation de liberté distincte de la peine exécutée selon le régime de droit commun²⁴⁸⁴, sans avoir besoin de caractériser l'ajout d'une durée supplémentaire de détention²⁴⁸⁵. Sauf que l'inclusion de l'isolement pénitentiaire dans l'article 5 poserait une nouvelle fois la question des répartitions des compétences entre les deux ordres de juridiction²⁴⁸⁶ et celle de l'inclusion du contrôle du bien-fondé de l'isolement pénitentiaire dans la compétence du juge judiciaire, en vertu de l'article 66.

²⁴⁸² À condition toutefois d'admettre que le recours de l'article 5 § 4, prévu pour permettre la libération, s'applique pour permettre la levée de l'isolement. En revanche, le contrôle incorporé n'est pas de nature à faire échec au contrôle périodique de l'isolement, à condition d'en faire une privation de liberté propre, puisque celui-ci est une mesure de sûreté et n'a pas de caractère punitif.

²⁴⁸³ Celle-ci est toujours exclue dans le dernier état de la jurisprudence européenne [v. *Payet* : *préc.*].

²⁴⁸⁴ La gravité de la mesure est en effet un critère de la qualification de la matière pénale et l'infliction d'une mesure privative de liberté à titre de sanction semble toujours entraîner la qualification [v. *infra*, n° 834 et s.]. Sans même reconnaître la qualification de matière pénale, la qualification de privation de liberté de l'isolement, eu égard à sa nature, entraînerait l'application de l'ensemble des garanties de l'article 5, dont le contrôle à bref délai de l'article 5 § 4, recours juridictionnel soumis aux grandes garanties du procès équitable [v. *infra*, n° 815 et s.]. V. pour l'étude de l'applicabilité de l'article 6 aux sanctions disciplinaires françaises, v. J.-P. CÉRÉ, « L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et le procès disciplinaire en prison » ; *JCP*, 2001, I, n° 316.

²⁴⁸⁵ La sanction, tenant dans l'ajout de jours de privation de liberté en plus, en droit, impose l'application de l'article 6 [CEDH, gde ch., 9 oct. 2003, *Ezeh et Connors c. Royaume-Uni*, req. n°s 39665/98 et 40086/98 : *Rec. CEDH*, 2003-X ; *Dr. pénal*, 2004, ét. n° 7, comm. É. VERGES ; *RSC*, 2004, p. 173, note F. MASSIAS].

²⁴⁸⁶ V. *infra*, n° 858 et s.

563. **La surpopulation carcérale, le frein factuel de la pleine consécration des droits des détenus.** La réduction de la mesure d'ordre intérieur a été largement saluée et elle marque incontestablement un progrès, celui de la reconnaissance de l'accès du détenu au droit et au juge. Le progrès doit toutefois être relativisé, à cause du maintien du champ des mesures d'ordre intérieur, du contrôle limité à l'erreur manifeste d'appréciation dominant le droit pénitentiaire administratif et du filtre trop important gouvernant encore la recevabilité de la contestation rapide en référé. Les autorités pénitentiaires bénéficient toujours d'une marge d'appréciation importante, souvent conforme au standard minimum de la Convention européenne développé sur le fondement de l'article 3, alors que le droit pénitentiaire français lui est même parfois supérieur²⁴⁸⁷. Cet état du droit n'est évidemment plus satisfaisant, alors que la soumission de l'exécution de la privation de liberté aux libertés fondamentales est désormais reconnue, même par le juge administratif, dans la limite du rejet de la consécration fondamentale du droit de préparer sa réinsertion au cours de sa peine²⁴⁸⁸. Cette large marge d'appréciation n'apparaît plus véritablement résulter d'une conception dogmatique, et seule l'explication pragmatique peut encore justifier son maintien : la surpopulation en Europe et en France complique nécessairement la tâche du service public pénitentiaire et semble incompatible avec un contrôle sévère de son activité. La nécessité de vaincre la surpopulation carcérale est d'autant plus impérieuse qu'elle apparaît comme le dernier frein de la pleine consécration des droits des détenus. L'aspect le plus en pointe du droit à ne pas être privé de liberté dans des conditions de détention dont l'affliction est constitutive d'une atteinte à la dignité réside dans la consécration du droit à la libération du détenu à l'état de santé incompatible avec la détention.

²⁴⁸⁷ V. pour le développement en droit français de la contestation de la dignité des conditions normales de détention, *infra*, n° 940 et s.

²⁴⁸⁸ V. *supra*, n° 503 et s.

**§ 2./ LA CONSÉCRATION DU DROIT À LA LIBÉRATION DU DÉTENU À L'ÉTAT DE
SANTÉ INCOMPATIBLE AVEC LE MAINTIEN EN DÉTENTION**

564. **Les composantes de la personnalisation de la privation de liberté : capacité, individualisation et adéquation.** La personnalisation de la privation de liberté, c'est-à-dire la prise en compte des particularités de l'individu dans son régime, est une notion transversale. Durant l'exécution, elle impose que les conditions matérielles de détention soient en adéquation avec la personnalité de la personne détenue, ce qui concerne évidemment principalement le mineur²⁴⁸⁹. Au stade du placement et même de la prolongation, les éléments concrets de la personnalité, en rapport avec le motif de la privation de liberté, et les conditions de sa régularité, serviront au juge de la privation de liberté à apprécier son bien-fondé, soit qu'ils militent contre la détention, soit à l'inverse qu'ils servent à la justifier, à travers l'individualisation de la privation de liberté²⁴⁹⁰. Abstraitement, la particulière vulnérabilité de l'individu peut s'avérer incompatible, avec la privation de liberté, dès lors que celle-ci aboutit, par principe, à rendre son affliction trop sévère. En creux, c'est la notion de capacité de la détention²⁴⁹¹, qui est dessinée : l'expression forte de la notion revient à établir des présomptions irréfragables de vulnérabilité empêchant l'usage de la privation de liberté, restreignant son champ²⁴⁹².

²⁴⁸⁹ V. *supra*, n° 361.

²⁴⁹⁰ V. *infra*, n° 980.

²⁴⁹¹ La notion est utilisée par la Cour européenne des droits de l'Homme. – CEDH, 14 nov. 2002, *Mouisel c. France*, req. n° 67263/01 : *Rec. CEDH*, 2002-IX ; *LPA*, 19 juin 2003, p. 15, comm. H. TIGROUDJA ; *ibid.*, 16 juil. 2003, p. 13, comm. D. ROETS ; *D.*, 2003, p. 524, obs. J.-F. RENUCCI ; *ibid.*, p. 303, note H. MOUTOUH ; *ibid.*, p. 919, chron. J.-P. CÉRÉ ; *RSC*, 2003, p. 144, chron. F. MASSIAS ; *AJDA*, 2003, p. 603, chron. J.-F. FLAUSS : « l'état de santé, l'âge et un lourd handicap physique constituent désormais des situations pour lesquelles la capacité à la détention est aujourd'hui posée au regard de l'article 3 de la Convention en France et au sein des États membres du Conseil de l'Europe ». – CEDH, sect. II, *Ürfti Cetinkaya c. Turquie*, req. n° 19866/04 ; § 90 : « la Cour rappelle que, dans un État de droit, la capacité à subir une détention est la condition pour que l'exécution de la peine puisse être poursuivie ».

²⁴⁹² La formulation de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme, qui vise la « peine » ou le « traitement », à fonder ces exclusions par nature.

565. **La capacité à la privation de liberté.** L'âge avancé n'apparaît, ni dans la législation nationale²⁴⁹³, ni dans les principes supra-légaux²⁴⁹⁴, comme une cause générale de limitation du champ de la privation de liberté. La minorité a sans doute un effet plus restrictif, sans figurer non plus comme une cause puissante de restriction du champ abstrait de la privation de liberté²⁴⁹⁵, d'autant plus que la fiction du consentement au placement donné par le représentant légal peut permettre d'écarter la qualification de privation de liberté²⁴⁹⁶. Difficile d'établir dans ces conditions l'existence d'une véritable notion efficace de capacité à la privation de liberté.

566. **L'encadrement de l'exécution de la privation de liberté.** La notion de capacité à la privation de liberté suppose aussi de limiter son recours, lorsqu'il est spécialement démontré que l'état de santé de l'individu est incompatible avec celle-ci. Au regard de l'influence limitée de la minorité, la caractérisation de ce deuxième principe est indispensable au dégagement d'une véritable notion de capacité à la détention, efficace à restreindre la délimitation abstraite de la détention. La notion d'état de santé incompatible pourrait même restreindre le prononcé de la privation de liberté²⁴⁹⁷, même si sa vocation première est de s'inscrire dans son exécution, pour permettre la libération, à l'issue d'un

²⁴⁹³ Seul l'article 751 du Code de procédure pénale interdit expressément le recours à la privation de liberté par considération pour l'âge avancé de la personne, en excluant la contrainte judiciaire pour les personnes âgées de plus de soixante-cinq ans. La loi pénitentiaire [*préc.*] a toutefois pris en compte l'âge avancé en créant un cas de libération conditionnelle, permise pour le détenu âgé de plus de soixante-dix ans, sans condition de délai d'épreuve [v. sur le dispositif et son illustration, CA Paris, 1^{er} juin 2010, n° 10/03903 : *AJP*, 2010, p. 453, obs. M. HERZOG-EVANS].

²⁴⁹⁴ Si l'âge est un critère qui entre en compte dans l'appréciation de la Cour européenne des droits de l'Homme, il n'a jamais constitué une circonstance unique caractérisant une violation de l'article 3 de la Cour européenne des droits de l'Homme [v. par ex. CEDH, 2 déc. 2004, *Farbthuis c. Lettonie*, req. n° 4672/02 ; *AJDA*, 2005, p. 541, chron. J.-F. FLAUSS ; *RSC*, 2005, p. 630, obs. F. MASSIAS ; *D.*, 2005, p. 995, chron. J.-P. CÉRÉ, M. HERZOG-EVANS et É. PÉCHILLON]. Dans les affaires *Sawoniuk* [CEDH, 29 mai 2001, *Sawoniuk c. Royaume-Uni*, req. n° 63716/00, *déc.* : *Rec. CEDH*, 2001-VI ; *AJDA*, 2001, p. 1060, chron. J.-F. FLAUSS] et *Papon* [CEDH, 7 juin 2001, *Papon c. France*, req. n° 64666/01, *déc.* : *Rec. CEDH*, 2001-VI ; *LPA*, 20 sept. 2001, p. 19, note E. BOITARD ; *Europe*, 2001, comm. n° 343, note N. DEFFAINS ; *RSC*, 2003, p. 144, note F. MASSIAS ; *D.*, 2001, p. 2335, comm. J.-P. CÉRÉ ; *ibid.*, 2002, p. 683, obs. J.-F. RENUCCI], la Cour européenne des droits de l'Homme a affirmé que la Convention n'interdisait pas par principe l'emprisonnement ou la détention provisoire de personnes âgées. Dans l'affaire *Priebke* [CEDH, 5 avr. 2001, *Priebke contre Italie*, req. n° 48799/99, *déc.* : *AJDA*, 2001, p. 1060, chron. J. F. FLAUSS], bien que le requérant contestait le principe même de la condamnation d'une personne âgée à une peine privative de liberté, la Cour ne se prononçait pas sur la question. Elle a toutefois rappelé récemment, pour un détenu subissant une détention de sûreté pénale, que l'âge n'était pas en soi un critère suffisant à caractériser l'existence d'un traitement inhumain et dégradant [CEDH, sect. V, 13 janv. 2011, *Haidn c. Allemagne*, req. n° 6587/04, en angl.].

²⁴⁹⁵ V. pour le contrôle de la nécessité abstraite de la privation de liberté du mineur, *supra*, n° 383 et s. et pour le contrôle de sa proportionnalité abstraite, *supra*, n° 469 et s. V. pour la relativisation de la portée des Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République de la justice des mineurs sur la privation de liberté, *supra*, note n° 1534 et note n° 1605.

²⁴⁹⁶ V. *supra*, n° 426.

²⁴⁹⁷ Néanmoins, la Chambre criminelle rejette la prise en compte de l'état de santé au titre des éléments de personnalité, qui doivent aider le juge dans son choix de la peine et de son *quantum* [v. *infra*, n° 1036].

processus pathologique de détérioration progressive de l'état de santé²⁴⁹⁸. Si un droit supra-légal à la libération de la personne à l'état de santé incompatible est exprimé fortement (A), le droit doit être relativisé en raison de l'étroitesse de son champ (B).

A) L'expression forte du droit à la libération de la personne à l'état de santé incompatible

567. **Le droit supra-légal à la libération.** Le droit reconnu par la Cour européenne des droits de l'Homme au profit de la personne privée de liberté, dont l'état de santé est incompatible, dépasse celui de l'obtention d'une baisse de la sévérité de l'affliction de la privation de liberté²⁴⁹⁹, seul droit reconnu pour le contentieux des conditions matérielles indignes²⁵⁰⁰, et tient dans l'obtention de la libération, sur le fondement de l'article 3²⁵⁰¹, dès lors que seule celle-ci est de nature à mettre fin au traitement inhumain et dégradant. C'est donc un droit à l'effet remarquable, d'autant plus qu'il s'est aussi développé dans la matière de la peine privative de liberté, au point que « *la protection des détenus malades par le droit européen est devenue incontournable* »²⁵⁰², et il apparaît comme un élément de la théorie générale fermement posé, quand d'autres éléments s'émeussent face à la détention *sanction*²⁵⁰³.

²⁴⁹⁸ La détérioration ne saurait résulter d'un défaut de soin, en vertu des obligations positives de l'arrêt *Kudla*.

²⁴⁹⁹ Ce droit existe au profit de la personne malade, sans pour autant souffrir d'un état de santé incompatible, puisque l'État à l'obligation positive d'apporter un traitement adéquat au détenu [CEDH, gde ch., 26 oct. 2000, *Kudla c. Pologne*, req. n° 30210/96 : *Rec. CEDH*, 2000-XI ; *AJDA*, 2000, p. 1006, chron. J.-F. FLAUSS ; *RFDA*, 2001, p. 1250, chron. H. LABAYLE et F. SUDRE], et que l'effectivité du recours interne de l'article 13 suppose sans doute aussi d'assurer l'obtention de ce traitement approprié [v. *infra*, note n° 2519]. Cependant, cet aspect s'inscrit dans le maintien pour le détenu de ses droits fondamentaux [v. *supra*, n° 39 et s.], principe appliqué au droit à la santé.

²⁵⁰⁰ V. *supra*, n° 541.

²⁵⁰¹ Pour le prévenu souffrant d'un état de santé incompatible, le délai raisonnable de la détention provisoire [v. *infra*, n° 977 et s.] pourrait être apprécié plus strictement, notamment concernant les détenus mourants, et la libération se fonderait alors sur l'article 5 § 3. Ce raisonnement a été adopté par la Cour d'appel de Versailles [CA Versailles, 9 sept. 1993 : *Dr. pén.*, 1993, n° 246, obs. A. MARON]. Devant la Cour de cassation, le raisonnement du juge du fond qui se contente d'écarter l'incompatibilité de l'état de santé et de justifier le maintien en détention provisoire par les critères de droit commun est justifié [Cass. crim., 15 nov. 1995, 2 espèces, nos 95-84.547 et 95-84.548 : *inédits*]. La Cour européenne des droits de l'Homme, dans un premier temps de sa jurisprudence, n'avait pas lié état de santé et durée raisonnable de la détention provisoire [v. *supra*, note n° 4168] mais elle avait écarté ce raisonnement dans l'appréciation de la durée raisonnable de la procédure de l'article 6 [CEDH, sect. II, 28 nov. 2002, *Lavents c. Lettonie*, req. n° 58442/00 ; § 100 et s.]. Désormais, la jurisprudence européenne a clairement fait de l'état de santé du détenu un élément de l'appréciation de la durée raisonnable [v. *infra*, n° 989].

²⁵⁰² J.-P. CÉRÉ, « Le détenu malade : le traitement du droit européen » ; *AJP*, 2010, p. 325.

²⁵⁰³ Elle a même vocation à s'appliquer spécialement à la peine privative de liberté, du fait de sa stabilité dans le temps.

568. **La construction du droit d'être libéré en cas d'état de santé incompatible : un principe ancien resté virtuel.** La critique de l'incompatibilité de l'état de santé avec la privation de liberté a été employée très tôt par les requérants, et la Commission européenne des droits de l'Homme réservait même précocement la possibilité de reconnaître une obligation de libération²⁵⁰⁴. Pourtant, le principe restait virtuel dans la jurisprudence de la Commission et les violations de la Convention écartées, notamment du fait d'une application stricte de l'appréciation de l'incompatibilité : les soins apportés en détention, sans véritable contrôle de leur qualité²⁵⁰⁵, ou la responsabilité du détenu dans l'aggravation de son état de

²⁵⁰⁴ Comm.EDH, 14 déc. 1970, *X. c. RFA*, req. n° 4256/69 : *Rec.*, n° 69, p. 67. Le lien entre les conditions de détention et l'article 3 de la Convention était invoqué dans une première affaire par un requérant sans que la Cour ne constate « aucune apparence de violation des droits et libertés définis dans la Convention ». – Comm.EDH, 5 oct. 1974, *X. c. RFA*, req. n° 6181/73 : *Rec.*, n° 46, p. 188. Le requérant estimait que sa détention alors qu'il souffrait d'un glaucome constituait en elle-même un traitement inhumain et dégradant. La Commission reconnaît que « la question qui se pose semble être de savoir si le fait de maintenir en détention un homme presque complètement aveugle constitue en lui-même un traitement inhumain ». La Commission estimait alors qu'une telle détention pourrait par principe être contraire à la détention si elle se justifiait « dans un seul but expiatoire ». En revanche, en l'espèce, la privation de liberté se justifiait également par la dangerosité du détenu, car les juridictions internes avaient qualifié à plusieurs reprises le requérant de « récidiviste dangereux », si bien que la violation de la Convention était écartée. – Comm.EDH, 8 déc. 1982, *Chartier c. Italie*, req. n° 9044/80 : *D. R.*, n° 33, p. 41. Sans conclure à la violation de l'article 3 de la Convention en l'espèce, la Commission indiquait qu'elle « ne saurait exclure que dans des conditions d'une particulière gravité l'on puisse se trouver en présence de situations où une bonne administration de la justice pénale commande que des mesures de nature humanitaire soient prises pour y parer » et concluait qu'elle serait « sensible à toute mesure que les autorités italiennes pourraient prendre à l'égard du requérant, soit afin d'atténuer les effets de sa détention, soit afin d'y mettre fin dès que les circonstances le demanderont ».

²⁵⁰⁵ Comm.EDH, 6 mai 1978, *Kotalla c. Pays-Bas*, req. n° 7994/77 : *D. R.*, n° 14, p. 242. La Commission reconnaissait qu'« une peine d'emprisonnement régulièrement infligée peut soulever un problème sous l'angle de l'article 3 par la manière dont elle est exécutée et par sa durée », mais la Commission constatait que les autorités lui avaient apporté les soins suffisants. – Comm.EDH, 5 déc. 1978, *Bonnechaux c. Suisse*, req. n° 8224/78 : *D. R.*, n° 15, p. 211. La Commission reconnaissait que la détention d'une personne âgée et malade pouvait violer l'article 3 en admettant la recevabilité d'un tel recours, concernant un détenu de 74 ans diabétique. – Comm.EDH, 17 déc. 1981, *Chartier c. Italie*, req. n° 9044/80, *rap.* : *D. R.*, n° 27, p. 200. – Comm.EDH, 15 mai 1980, *McFeeley c. Royaume-Uni*, req. n° 8317/78 : *D. R.*, n° 20, p. 103. La décision concernait les mouvements de grève de la faim de détenus membres de l'IRA, qui réclamaient l'obtention d'un statut spécial. La Commission étudiait directement, dans sa grille d'analyse servant à la recherche des conditions de détention indignes, les soins apportés, parmi plusieurs autres critères. Néanmoins, elle estimait que la prise en charge sanitaire proposée aux détenus par les autorités était satisfaisante et que l'insuffisance des soins était due au comportement des détenus, « imputable à leurs propres actes destinés à promouvoir leur protestation ». Cette décision n'en reconnaissait pas moins l'obligation pour les autorités d'assurer la santé des détenus sous le visa de l'article 3 de la Convention : « la Convention demande que les autorités pénitentiaires, eu égard aux contingences ordinaires et raisonnables de l'emprisonnement, exercent leur autorité de garde pour protéger la santé et le bien-être de tous les détenus y compris ceux engagés dans une action de protestation, pour autant que les circonstances le permettent ». – Comm.EDH, 9 mai 1983, *De Varga-Hirsch c. France*, req. n° 9559/81 : *D. R.*, n° 33, p. 188. Alors même que le gouvernement rejetait par principe le contrôle par l'article 3 de la Convention du traitement médical des soins en détention, la Commission affirmait qu'« on ne saurait exclure qu'une détention d'une personne malade puisse soulever des problèmes sous l'angle de l'article 3 de la Convention ». En l'espèce, s'attachant aux soins apportés à la personne privée de liberté et à son comportement, la Commission écartait toute violation de l'article 3 au regard « des circonstances spécifiques de l'affaire ». – Comm.EDH, 10 mars 1988, *C. B. c. Allemagne*, req. n° 13047/87 : *D. R.*, n° 55, p. 282. La Commission érigeait en critères généraux de son appréciation « le traitement médical dont le détenu pouvait bénéficier ainsi que sa volonté d'avoir recours aux services existants ».

santé²⁵⁰⁶, suffisaient à écarter la violation. Le seuil restait élevé, même pour le condamné pouvant prétendre à un aménagement de peine lui permettant d'obtenir la libération²⁵⁰⁷, ou même pour le suspect en détention provisoire²⁵⁰⁸, à l'image de l'ensemble du contrôle de l'exécution de la privation de liberté²⁵⁰⁹.

569. L'encrage du droit à la libération : la comparaison des arrêts *Mouisel* et *Papon*. La reconnaissance des obligations positives de protection de l'état de santé du détenu par l'arrêt *Kudla* de la Cour européenne des droits de l'Homme apparaissait comme le préalable au développement plus poussé du contrôle de la compatibilité de l'état de santé avec la privation de liberté²⁵¹⁰. Pour autant, les premiers arrêts de la Cour relativisaient la consécration d'une obligation de libération en cas d'incompatibilité²⁵¹¹. Dans l'arrêt *Papon*²⁵¹², la Cour consacrait les critères restrictifs issus de la Commission pour écarter la violation de la Convention²⁵¹³ et notait, dans un *obiter dictum*, que le droit français, par la libération conditionnelle pour motif médical ou la grâce présidentielle, permettait au surplus de libérer le détenu en cas d'aggravation de l'état de santé, reconnaissant implicitement, le

²⁵⁰⁶ *McFeeley*, Comm.EDH : *préc.* La décision concernait les mouvements de grève de la faim des détenus membres de l'IRA, qui réclamaient l'obtention d'un statut spécial. – Comm.EDH, 9 mai 1983, *De Varga-Hirsch c. France*, req. n° 9559/81 : D. R., n° 33, p. 188. L'individu refusait son placement à l'hôpital de la prison et retardait les extractions vers les hôpitaux civils. – Comm.EDH, 15 mars 1984, *R., S., C. et C. c. Portugal*, req. n° 9911/82 : D. R., n° 36, p. 205 ; les détenus avaient mené une grève de la faim de plusieurs jours.

²⁵⁰⁷ Pour une demande de libération conditionnelle, v. Comm.EDH, 14 avr. 1994, *Grice c. Royaume-Uni*, req. n° 22564/93 : D. R., n° 77-B.

²⁵⁰⁸ *De Varga-Hirsch*, Comm.EDH : *préc.*

²⁵⁰⁹ Voir F. DEBOVE, « Libertés physiques du détenu et droit européen : ou l'histoire d'une Convention passe-muraille » ; *RPDP*, 1997, p. 49. V. aussi M. Herzog-Evans, *La gestion du comportement du détenu*, l'Harmattan, 1998, p. 430 : « la jurisprudence européenne n'est guère attachée à la protection des droits des détenus et tolère même que d'importantes entorses soient faites au respect de l'Homme ».

²⁵¹⁰ *Kudla* : *préc.* ; § 94 : « l'article 3 de la Convention impose à l'État de s'assurer que tout prisonnier est détenu dans des conditions qui sont compatibles avec le respect de la dignité humaine, que les modalités d'exécution de la mesure ne soumettent pas l'intéressé à une détresse ou à une épreuve d'une intensité qui excède le niveau inévitable de souffrances inhérent à la détention et que, eu égard aux exigences pratiques de l'emprisonnement, la santé et le bien-être du prisonnier sont assurés de manière adéquate, notamment par l'administration de soins médicaux ». Dans cette espèce, l'incompatibilité de l'état de santé mentale de la personne privée de liberté avec la détention était posée, mais écartée en raison des soins suffisants apportés. – Comm.EDH, 3 avr. 1992, *Hurtado c. Suisse*, req. n° 17549/90. La Commission avait déjà retenu une violation nette de l'article 3 du fait d'un défaut de soins, concernant un détenu souffrant de la fracture d'une côte, à la suite de son arrestation, soignée six jours plus tard.

²⁵¹¹ *Kudla* : *préc.* ; § 93. L'article 3 « ne peut être interprété comme établissant une obligation générale de libérer un détenu pour motifs de santé ou de le placer dans un hôpital civil afin de lui permettre d'obtenir un traitement médical d'un type particulier ». – CEDH, sect. III, 15 juil. 2002, *Kalachnikov c. Russie*, req. n° 47095/99 : *Rec. CEDH*, 2002 VI : D., 2003, p. 919, chron. J.-P. CÉRÉ ; § 95.

²⁵¹² *Papon*, *déc.* : *préc.* Le requérant affirmait que la poursuite de l'exécution de la peine privative de liberté constituait un traitement inhumain et dégradant, du fait de son âge avancé et de son état de santé dégradé. Au regard du traitement sanitaire suffisant, le détenu bénéficiant « régulièrement d'une surveillance et de soins médicaux, soit par le personnel médical et paramédical de l'établissement pénitentiaire, soit dans le cadre de consultations ou d'hospitalisations dans un environnement hospitalier », la Cour excluait une violation de l'article 3.

²⁵¹³ V. *supra*, note n° 2505.

droit à la libération, en cas d'état de santé incompatible. Ultérieurement, l'arrêt *Mouisel*²⁵¹⁴ démontrait cependant que ces voies de droit n'étaient pas efficaces, et le « maintien » en détention, malgré l'état de santé incompatible, était nettement sanctionné.

570. Pour un auteur, l'élément déterminant de la condamnation de la France réside dans la gravité de la pathologie dont était atteint le détenu, qui était en fin de vie²⁵¹⁵. Toutefois, la Cour posait un principe plus large : « l'état de santé, l'âge et un lourd handicap physique constituent désormais des situations pour lesquelles la capacité à la détention est aujourd'hui posée au regard de l'article 3 de la Convention en France »²⁵¹⁶. Le droit subjectif à la libération en cas d'état de santé incompatible et l'existence d'une voie de droit efficace pour l'obtenir ressortaient de la comparaison des deux décisions²⁵¹⁷.

571. **La distinction entre le droit à la libération et le droit à l'obtention d'un meilleur traitement médical en privation de liberté.** La hausse du contrôle de la Cour se manifestait par une nouvelle condamnation, peu de temps après l'arrêt *Mouisel*, en raison de l'insuffisance des soins apportés au détenu²⁵¹⁸. Celle-ci constitue en une violation de l'article 3, plus ordinaire et ponctuelle, qui fait naître un droit à l'amélioration de la prise en charge

²⁵¹⁴ CEDH, 14 nov. 2002, *Mouisel c. France*, req. n° 67263/01 : *Rec. CEDH*, 2002-IX ; *LPA*, 19 juin 2003, p. 15, comm. H. TIGROUDJA ; *ibid.*, 16 juil. 2003, p. 13, comm. D. ROETS ; *D.*, 2003, p. 524, obs. J.-F. RENUCCI ; *ibid.*, p. 303, note H. MOUTOUH ; *ibid.*, p. 919, chron. J.-P. CÉRÉ ; *RSC*, 2003, p. 144, chron. F. MASSIAS ; *AJDA*, 2003, p. 603, chron. J.-F. FLAUSS. Dans cette affaire, le requérant, exécutant une peine privative de liberté, se plaignait de son maintien en détention, malgré son état de santé préoccupant, puisqu'il était atteint d'une leucémie. Comme le note la Cour, « c'est donc la question de la compatibilité d'un état de santé très préoccupant avec le maintien en détention du requérant en prison dans un tel état qui est posée par la présente affaire ». Elle justifiait un contrôle plus strict des conditions de détention de la personne malade, constatant les évolutions du droit français de l'application des peines en la matière : « la santé de la personne privée de liberté fait désormais partie des facteurs à prendre en compte dans les modalités de l'exécution de la peine privative de liberté, notamment en ce qui concerne la durée du maintien en détention ». Constatant que « l'état de santé du requérant fut jugé constamment plus préoccupant et de plus en plus inconciliable avec la détention » et que l'administration pénitentiaire ne pouvait plus apporter les soins suffisants à l'individu, la Cour condamnait la France pour traitement inhumain et dégradant, dès lors que le maintien de l'individu « a constitué une épreuve particulièrement pénible et causé une souffrance allant au-delà de celle que comportent inévitablement une peine d'emprisonnement et un traitement anticancéreux ».

²⁵¹⁵ Voir F. MASSIAS, « Bilan de la jurisprudence récente relative à la protection offerte par l'article 3 en matière de privation de liberté » ; *RSC*, 2003, p. 144. Le constat de violation s'appuyait aussi sur les menottages disproportionnés subis par le détenu au cours des examens médicaux [v. sur le contrôle du menottage, *supra*, n° 544].

²⁵¹⁶ *Mouisel* : *préc.* ; § 38.

²⁵¹⁷ Si dans l'arrêt *Papon* [*préc.*], la Cour notait qu'en cas d'aggravation de son état de santé, le requérant pouvait bénéficier d'une grâce ou d'une libération conditionnelle, elle ne pouvait que constater, dans l'arrêt *Mouisel* [*préc.*], les insuffisances de ces recours. En effet, plusieurs demandes de grâce avaient été refusées au requérant, malgré une expertise médicale favorable, et s'il avait finalement bénéficié d'une libération conditionnelle, elle était intervenue trop tardivement, un an après la détérioration de son état de santé. Dans l'arrêt *Mouisel*, la Cour se félicitait d'ailleurs de l'instauration nouvelle en droit français de la suspension médicale de peine [§ 43].

²⁵¹⁸ CEDH, 29 avr. 2003, *McGlinchey et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 50390/99 : *Rec. CEDH*, 2003-V ; *RSC*, 2004, p. 441, chron. F. Massias. La violation concernait l'insuffisance des soins apportés à une détenue toxicomane.

médicale, sans poser la question de la libération²⁵¹⁹, des hypothèses exceptionnelles de l'état de santé incompatible durablement, qui ouvre le droit à la libération²⁵²⁰.

572. La synthèse des développements jurisprudentiels européens ultérieurs : le régime du droit à la libération. La synthèse de cette jurisprudence a été opérée par la Cour européenne des droits de l'Homme elle-même dans un arrêt concernant l'exécution d'une détention provisoire, encadrant le droit à la libération²⁵²¹, par trois conditions²⁵²². Par « *la condition du détenu* », la Cour vise son état de santé, qui doit présenter une gravité « *exceptionnelle* »²⁵²³, relativisant la baisse du seuil annoncée dans l'arrêt *Mouisel*²⁵²⁴. La Cour rappelait le critère déjà dégagé par la Commission et repris déjà par

²⁵¹⁹ CEDH, sect. V, 8 janv. 2009, *Shishmanov c. Bulgarie*, req. n° 37449/02. – CEDH, sect. V, 21 déc. 2010, *Raffray Taddei c. France*, req. n° 36435/07 : D., 2011, p. 793, obs. J.-F. RENUCCI ; *ibid.*, p. 1306, chron. J.-P. CÉRÉ ; *AJP*, 2011, p. 129, note J.-P. CÉRÉ. Malgré les problèmes de santé du détenu, la Cour rappelait qu'en l'absence d'état de santé incompatible ou de pronostic vital engagé, « *la Cour ne peut pas conclure que le maintien en détention de la requérante est incompatible en soi avec l'article 3 de la Convention* ». Toutefois, les problèmes médicaux du détenu lui imposent « *de rechercher si, en l'espèce, les autorités nationales ont fait ce qu'on pouvait raisonnablement exiger d'elles et, en particulier, si elles ont satisfait, en général, à leur obligation de protéger l'intégrité physique de la requérante par l'administration de soins médicaux appropriés* ». La Cour constatait malgré tout une violation de l'article 3 en raison « *de l'absence de prise en compte suffisante par les autorités nationales de la nécessité d'un suivi spécialisé dans une structure adaptée que requiert l'état de la requérante, conjuguée avec les transferts de l'intéressée – particulièrement vulnérable – et l'incertitude prolongée qui en a résulté quant à sa demande de suspension de peine* » qui « *ont pu provoquer chez elle une détresse qui a excédé le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention* ».

CEDH, 12 juin 2008, *Kotsaftis c. Grèce*, req. n° 39780/06 : D., 2011 p. 1306, chron. J.-P. CÉRÉ. Le détenu, atteint d'une cirrhose, n'avait pas bénéficié d'un suivi médical avant sa saisine de la Cour.

²⁵²⁰ V. pour une synthèse de ces différentes exigences dans laquelle la Cour fait œuvre de pédagogie dans la formulation des principes applicables, et les distinctions entre le droit à la libération et le droit à l'obtention d'un meilleur traitement médical, CEDH, sect. II, *Ürfti Cetinkaya c. Turquie*, req. n° 19866/04 ; § 87 et s.

²⁵²¹ CEDH, 15 janv. 2004, *Sakkopoulos c. Grèce*, req. n° 61828/00 : § 38 : « *si l'on ne peut en déduire une obligation générale de remettre en liberté ou bien de transférer dans un hôpital civil un détenu, même si ce dernier souffre d'une maladie particulièrement difficile à soigner, l'article 3 de la Convention impose en tout cas à l'État de protéger l'intégrité physique des personnes privées de liberté. La Cour ne saurait exclure que, dans des conditions particulièrement graves, l'on puisse se trouver en présence de situations où une bonne administration de la justice pénale exige que des mesures de nature humanitaire soient prises pour y parer* ». – V. aussi CEDH, sect. I, 2 nov. 2006, *Serifis c. Grèce*, req. n° 27695/03 : RDSS, 2007, p. 259, comm. P. HENNION-JACQUET.

²⁵²² *Sakkopoulos* : préc. ; § 39 : il faut « *tenir compte, notamment, de trois éléments afin d'examiner la compatibilité d'un état de santé préoccupant avec le maintien en détention du requérant : (a) la condition du détenu, (b) la qualité des soins dispensés et (c) l'opportunité de maintenir la détention au vu de l'état de santé du requérant* ».

²⁵²³ *Kotsaftis* : préc. ; § 49 : « *s'agissant en particulier de personnes privées de liberté, la Cour souligne que dans un État de droit la capacité à subir une détention est la condition pour que l'exécution de la peine puisse être poursuivie* », si bien que « *dans des cas "exceptionnels" où l'état de santé du détenu est "absolument incompatible" avec sa détention, l'article 3 peut exiger la libération de la personne concernée sous certaines conditions* ».

²⁵²⁴ *Sakkopoulos* : préc. Plus qu'« *une maladie particulièrement difficile* », la personne privée de liberté doit se trouver « *dans des conditions particulièrement graves* ». Néanmoins, le terme de « *condition* » est large car il dépasse la pathologie et inclut le handicap. La mesure de l'état de santé impose logiquement l'intervention médicale en détention dans le but particulier de déterminer la compatibilité. En l'absence d'éléments suffisants donnés par le requérant comme par l'État sur cette donnée, la Cour européenne peut elle-même mener une enquête et faire examiner le requérant par un comité d'experts [v. CEDH, sect. III, 22 déc. 2005, *Cicekler c. Turquie*, req. n° 14899/03, ou CEDH, sect. III, 22 déc. 2005, *Balyemez c. Turquie*, req. n° 32495/03].

l'arrêt *Papon* de la « *qualité des soins en détention* »²⁵²⁵. Enfin, la Cour consacrait le critère de « *l'opportunité de maintenir en détention* »²⁵²⁶, ce qui semblait consacrer directement l'exceptionnelle dangerosité comme obstacle à la libération²⁵²⁷.

573. Désormais, le droit à la libération est clairement formulé dans la jurisprudence de la Cour²⁵²⁸. En tout cas, la Cour européenne des droits de l'Homme pose aussi le principe d'une suspension de la peine privative de liberté, l'amélioration de l'état de santé étant de nature à justifier une réincarcération, la Cour contrôlant sa réalité²⁵²⁹. Consacré dans le domaine de la peine privative de liberté, où tout réexamen périodique est en principe exclu, alors même que l'objectif de punition poursuivi s'accommode d'un degré minimum d'affliction²⁵³⁰, et fondé sur la disposition générale de l'article 3, le droit de la libération en cas d'état de santé incompatible doit concerner toutes les privations de liberté. Avant même la consécration européenne²⁵³¹, le droit français tendait à reconnaître le droit à la libération en cas d'état de santé incompatible.

²⁵²⁵ V. *infra*, n° 579.

²⁵²⁶ L'appréciation nationale de l'opportunité du maintien en détention apparaît restreinte, lorsque les médecins pénitentiaires ont régulièrement évoqué la nécessité d'une hospitalisation dans un établissement sanitaire, et que l'état de santé du détenu s'est constamment dégradé, concernant pourtant un condamné à perpétuité, blessé dans l'explosion d'une bombe, qu'il fabriquait en préparation d'un attentat terroriste [CEDH, sect. I, 9 sept. 2010, *Xiros c. Grèce*, req. n° 1033/07]. La Cour indiquait que les juridictions, qui avaient refusé cette hospitalisation, auraient au moins dû solliciter une expertise médicale [*ibid.*, § 87].

²⁵²⁷ V. *infra*, n° 582 et s. La Commission s'était déjà fondée sur la dangerosité du détenu pour justifier le maintien de la privation de liberté, alors qu'elle posait pour la première fois la question de la libération [v. *supra*, note n° 2504].

²⁵²⁸ CEDH, sect. IV, 7 juil. 2009, *Groni c. Albanie*, req. n° 25336/04, en angl. ; § 126 : « *in exceptional cases, where the state of a detainee's health is absolutely incompatible with detention, Article 3 may require the release of such a person under certain conditions* ».

²⁵²⁹ CEDH, sect. III, 10 nov. 2005, *Tekin Yildiz c. Turquie*, req. n° 22913/04. Le requérant, atteint d'une maladie grave, avait bénéficié de la suspension médicale de sa peine de douze ans et six mois. Il était toutefois réincarcéré en raison de soupçons de sa reprise d'activités criminelles. Bien que bénéficiant d'un non-lieu pour ces faits nouveaux, il était maintenu en détention pendant huit mois. La Cour estimait ce maintien en détention contraire à l'article 3 de la Convention et mettait en garde les autorités étatiques contre une nouvelle réincarcération, en précisant « *qu'il en irait forcément de même si les autorités turques décidaient à l'avenir de priver derechef le requérant de sa liberté, sans qu'il y ait un net changement dans son aptitude médicale à endurer une telle mesure* ». – CEDH, sect. III, 10 nov. 2005, *Uyan c. Turquie*, req. n° 7454/04. – CEDH, 10 nov. 2005, sect. III, *Kurucay c. Turquie*, req. n° 24040/04. – CEDH, sect. III, 10 nov. 2005, *Gurbuz c. Turquie*, req. n° 26050/04. – CEDH, sect. III, 10 nov. 2005, *Sinan Eren c. Turquie*, req. n° 8062/04. À l'inverse, dès lors que le requérant ne souffre pas de pathologie « *le rendant inapte à vivre dans les conditions carcérales* », la Cour européenne « *ne saurait donc dire que la réincarcération du requérant constituerait en soi-même une violation de l'article 3 de la Convention* ». – CEDH, sect. II, 7 mars 2006, *Saydam c. Turquie*, req. n° 26557/04, *déc.*, en angl. La Cour admettait la réincarcération d'un détenu souffrant d'un cancer du poumon, qui avait été opéré et avait suivi une radiothérapie durant sa libération, en notant l'amélioration de son état de santé et son affectation dans un établissement capable de réaliser son suivi médical.

²⁵³⁰ V. sur le contrôle léger de l'isolement pénitentiaire, *supra*, n° 546 et s.

²⁵³¹ Ou de manière contemporaine, par la création en droit français de la suspension médicale de peine.

574. L'admission jurisprudentielle du moyen de l'état de santé incompatible pour fonder la libération, dans la détention « moyen » du droit français.

L'état de santé incompatible est admis par la Cour de cassation comme un motif de remise en liberté en matière de détention provisoire depuis 1962, même si sa jurisprudence a fluctué quant au contrôle de l'appréciation du juge du fond de celui-ci, tendant désormais à un contrôle plus poussé, de nature à favoriser l'essor du droit à la libération²⁵³². La contestation de la compatibilité de l'état de santé s'est dispersée devant le juge du fond, par exemple en matière de détention extraditionnelle²⁵³³, ou de prise de corps²⁵³⁴, pour appuyer une demande de remise en liberté, ou même de « *petit dépôt* »²⁵³⁵, dans le contentieux de l'annulation, sans jamais être accueillie par celui-ci, après examen du moyen : dans ces espèces, la Cour de

²⁵³² V. *infra*, n° 998 et s.

²⁵³³ Dans plusieurs affaires, alors que le juge du fond avait étudié la compatibilité de l'état de santé, la Cour de cassation n'a jamais rejeté la pertinence du moyen, dans son contrôle de la motivation utilisée, même si elle n'a jamais été saisie directement dans le pourvoi de la question précise. – Cass. crim., 1^{er} mars 1983, n° 82-94.213 : *Bull. crim.*, n° 69. – Cass. crim., 11 janv. 2000, 5 espèces, n°s 99-86.747, 99-86.748, 99-86.749, 99-86.750 et 99-86.751 : *inédits*. – Cass. crim., 18 juin 2008, n° 08-82.356 : *inédit*.

²⁵³⁴ La prise de corps, détention provisoire attachée à la mise en accusation, imposait d'abord à l'accusé en liberté de « *se constituer prisonnier au plus tard la veille de l'audience de la cour d'assises* » en vertu de l'ancien article 215-1 du Code de procédure pénale, supprimé par la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes [*préc.*]. Elle résultait aussi de plein droit de la mise en accusation décidée par la seule chambre d'accusation jusqu'à la loi du 15 juin 2000, ou de la mise en accusation décidée par le juge d'instruction ou la chambre d'instruction, de la loi du 15 juin 2000 jusqu'à la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 [*préc.*]. Celle-ci a supprimé l'ordonnance de prise de corps, tout en prévoyant que l'accusé, qui fait déjà l'objet d'une détention provisoire, reste détenu jusqu'au jugement de la Cour d'assises. Pour la prise de corps attachée à la mise en accusation, la Cour de cassation, a admis l'action en remise en liberté, fondée sur la violation de la durée raisonnable, imposée par l'article 5 § 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme, ou fondée sur son défaut de pertinence, au regard des critères de l'article 144 du Code de procédure pénale, réglant la détention provisoire [Cass. crim., 17 juin 1998, n° 98-81.927 : *inédit*]. Pour la prise de corps obligatoire la veille du procès, la Cour de cassation a admis l'action de remise en liberté, qualifiée de « *requête en suspension de la détention* », tout en laissant un pouvoir discrétionnaire au juge du fond, non-tenu par l'encadrement de la remise en liberté en matière de détention provisoire, pour se prononcer [Cass. crim., 30 sept. 1998, n° 97-84.111 : *inédit*]. Le prévenu avait fondé sa demande de remise en liberté dans les deux cas, en partie sur l'état de santé incompatible, moyen rejeté après examen par le juge du fond, sans que la Cour de cassation ne sanctionne son examen, par principe. Dans une décision ultérieure concernant la prise de corps du suspect la veille de l'audience, saisie de la critique du refus par le juge du fond de la remise en liberté, la Cour de cassation reprenait la motivation du juge du fond pour la valider, y compris sur l'état de santé, ce qui semblait de nouveau reconnaître l'efficacité de l'argument [Cass. crim., 12 mai 1999, n° 98-83.379 : *inédit*]. Dans une dernière espèce concernant la prise de corps du suspect la veille de l'audience, alors que le juge du fond avait écarté une demande de remise en liberté, dans une motivation écartant le moyen de l'état de santé pratiquement par nature, la Cour de cassation confirmait que la juridiction du fond n'avait pas à motiver sa décision sur la remise en liberté par rapport à l'article 144 du Code de procédure pénale, mais doit rechercher « *si, en fonction des éléments de l'espèce, souverainement appréciés par elle, une telle mesure n'est pas de nature à nuire au bon déroulement du procès, à la manifestation de la vérité ou à la mise à exécution, en cas de condamnation, de la sanction prononcée* » [Cass. crim., 27 sept. 2000, n° 99-87.927 : *inédit*]. Seule cette dernière solution semblait relativiser l'efficacité du moyen de l'état de santé incompatible dans le contentieux de la remise en liberté, en matière de prise de corps, même si la Cour de cassation a toujours laissé au juge du fond un pouvoir discrétionnaire de l'appréciation du moyen.

²⁵³⁵ Cass. crim., 28 févr. 2001, n° 00-87.631 : *inédit*. La Cour de cassation rejetait l'annulation, fondée sur l'état de santé incompatible, dès lors que le médecin, intervenu en garde à vue, avait conclu à la compatibilité de celle-ci, ce qui aboutissait à reconnaître le moyen opérant.

cassation n'a jamais sanctionné l'étude par le juge du fond du critère de la compatibilité de l'état de santé, malgré son absence de consécration législative, tout en lui laissant un pouvoir discrétionnaire²⁵³⁶. La diffusion du moyen s'achevait dans son intégration, toujours dans le silence de la loi, à la rétention administrative²⁵³⁷.

575. L'admission textuelle du moyen de l'état de santé incompatible pour fonder la libération, dans la détention sanction en droit français. Le droit français a consacré le droit à la libération, dans la peine privative de liberté, à travers le mécanisme de la suspension de peine pour raison médicale, à l'article 720-1-1 du Code de procédure pénale, issue de la loi de 2002 sur les droits des malades²⁵³⁸, qui s'applique à toute peine privative de liberté, sans limitation²⁵³⁹. Au-delà, l'exécution de la privation de liberté contient d'autres dispositions en lien avec l'état de santé incompatible, tendant à renforcer le droit à la libération²⁵⁴⁰. L'état de santé incompatible est également pris en compte dans l'infliction de la

²⁵³⁶ Les mêmes principes ont guidé la place du moyen de l'état de santé incompatible dans la demande de remise en liberté en matière de détention provisoire, son encadrement par la Cour de cassation étant plus récent [v. *infra*, n° 998 et s.].

²⁵³⁷ La Cour de cassation approuve le juge qui estime, dans son pouvoir souverain d'appréciation, que l'état de santé de l'individu est compatible avec la privation de liberté, pour prolonger la rétention [Cass. civ. II, 15 mars 2001, n° 99-50.045 : *inédit* ; Cass. civ. II, 8 avr. 2004, n° 03-50.014 : *Bull. civ. II*, n° 176]. *A contrario*, le juge du fond est fondé à refuser de prolonger la rétention, si l'état de santé est incompatible.

²⁵³⁸ Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé : *J. O.*, 5 mars 2002, p. 4118 ; *D.*, 2002, chron., p. 1291, comm. Y. LAMBERT-FAIVRE ; *LPA*, 19 juin 2002, p. 10, comm. B. MATHIEU ; *JCP*, 2002, II, n° 1 141, 2002, p. 1075, comm. P. MISTRETTA ; *RPDP*, 2003, p. 379, note P. DARBÉDA (spéc. sur la suspension médicale de peine). V. pour une étude du mécanisme de la suspension médicale de peine, L. MORTET, *La suspension médicale de peine*, 2006, l'Harmattan, 224 p. V. aussi M. HERZOG-EVANS, « La suspension de peine médicale a deux ans ou vers un droit de ne pas mourir en prison » ; fascicule fourni dans le dossier documentaire de la conférence Prisons d'Europe, sixièmes journées européennes de droit de Nancy, 2004.

²⁵³⁹ La loi pose clairement le principe : la peine privative de liberté peut être suspendue « pour les condamnés dont il est établi qu'ils sont atteints d'une pathologie engageant le pronostic vital ou que leur état de santé est durablement incompatible avec le maintien en détention ». L'affirmation est forte, car la suspension concerne toutes les peines privatives de liberté, indépendamment de leur durée ou de leur nature, sans condition de reliquat de peine. Même la période de sûreté ne la paralyse pas, selon les termes de la loi. La suspension n'a pas de limitation de durée, si ce n'est la persistance des critères médicaux d'octroi. Elle est d'autant plus remarquable qu'à son origine, elle était conditionnée uniquement par les critères médicaux. À l'origine, la seule exception à la suspension résidait dans « les cas d'hospitalisation des personnes détenues en établissement de santé pour troubles mentaux ». La suspension médicale de peine était alors une pleine mesure d'humanité, autonome par rapport aux autres mesures d'aménagement de peine. Désormais, la loi exclut du bénéfice de la suspension médicale de peine le détenu qui présente « un risque grave de renouvellement de l'infraction », et l'autonomie de la mesure s'atténue pour s'aligner sur le régime des autres mesures d'aménagement de peine. La limite de la mesure résulte de son encadrement strict par les conditions médicales : le juge ne peut prononcer la libération qu'en présence de deux expertises concordantes [voir L. MORTET, *op. cit.*].

²⁵⁴⁰ L'appréciation de la compatibilité est une des missions de la médecine pénitentiaire [art. D. 382 CPP : « si [les] médecins estiment que l'état de santé d'un détenu n'est pas compatible avec un maintien en détention ou avec le régime pénitentiaire qui lui est appliqué, ils en avisent par écrit le chef de l'établissement pénitentiaire. Ce dernier en informe aussitôt, s'il y a lieu, l'autorité judiciaire compétente »]. Certains aménagements sont ouverts par l'état de santé incompatible. Ainsi, la suspension et le fractionnement de la peine correctionnelle peuvent être prononcés par le juge de l'application des peines pour « motif grave d'ordre médical » [art. 720-1 CPP]. Les permissions de sortir prévues à l'article 723-3 du même Code peuvent être accordées pour

détention dans la détention, même si sa constatation médicale n'oblige pas toujours d'y mettre un terme²⁵⁴¹. Aux yeux de la Cour, la suspension médicale constitue une voie de droit efficace pour assurer le droit à la liberté, si bien que le détenu doit l'exercer avant de saisir la Cour européenne des droits de l'Homme pour contester son maintien en détention, malgré l'état de santé incompatible²⁵⁴². Si le droit à la libération pour l'état de santé incompatible bénéficie d'une reconnaissance remarquable²⁵⁴³, son champ reste étroit.

B) La relativisation du droit à la libération : l'étroitesse de son champ

576. **Le modèle de la suspension médicale de peine.** La suspension médicale de peine est sans aucun doute le mécanisme emblématique du droit à obtenir la libération en cas d'état de santé incompatible²⁵⁴⁴. Ses deux cas d'ouverture²⁵⁴⁵ rejoignent *a priori* ceux

permettre au détenu d'accomplir une obligation exigeant sa présence, ce qui inclut les actes médicaux. De manière plus significative, la libération conditionnelle peut bénéficier aux détenus qui présentent « *des efforts sérieux de réadaptation sociale, notamment lorsqu'ils justifient [...] de la nécessité de subir un traitement* » [art. 729 CPP]. Elle est donc ouverte aux détenus malades, même si on notera la maladresse de la formule, qui laisse entendre que la nécessité de subir un traitement constitue des efforts sérieux de réadaptation sociale. Enfin, en pratique, la grâce était accordée aux détenus gravement malades ou mourants. Ces différentes mesures comportent toutes des limites : elles ont une durée trop restreinte ou sont conditionnées par des critères autres que ceux tenant à l'état de santé, alors que la grâce était de moins en moins prononcée [v. le rapport conjoint de l'IGAS et de IGSJ, « L'organisation des soins aux détenus » ; 2001, *La Documentation française*, p. 117], si bien que la consécration de la suspension médicale de peine, postérieure à ces dispositions, était indispensable [v. L. MORTET, *préc.*]. Plus généralement, l'état de santé incompatible semble pouvoir appuyer toute demande d'aménagement des peines, même dans le silence de la loi, même si le juge du fond bénéficie alors d'un pouvoir souverain [Cass. crim., 15 févr. 2005, n° 04-81.775 : *Bull. crim.*, n° 58 ; *AJP*, 2005, p. 205, obs. M. HERZOG-EVANS].

²⁵⁴¹ Quant au placement en cellule disciplinaire ou le confinement en cellule individuelle, le médecin doit obligatoirement rendre visite deux fois par semaine le condamné et autant de fois qu'il le souhaite au-delà et « *la sanction est suspendue si le médecin constate que son exécution est de nature à compromettre la santé du détenu* » [art. R. 57-7-31 CPP]. D'autre part, le médecin doit se prononcer sur « *l'opportunité de mettre fin à l'isolement* » à chaque visite, qu'elle soit automatique ou à son initiative [art. R. 57-7-63 CPP]. Toutefois, l'incompatibilité n'impose pas de mettre un terme à la mesure. La réforme du droit de l'isolement pénitentiaire, issue des dispositions d'application de la loi pénitentiaire [*préc.*], n'a rien changé sur ce point. Le maintien de l'isolement, malgré les avis médicaux contraires a toutefois motivé, en partie, la condamnation de la France [CEDH, sect. V, 9 juil. 2009, *Khider c. France*, req. n° 39364/05 ; *Dr. pén.*, 2009, comm. n° 156, obs. A. MARON et M. HAAS ; *Gaz. Pal.*, 29 oct. 2009, p. 20, obs. J.-F. RENUCCI ; *LPA*, 19 nov. 2009, p. 3, comm. M. MOLINER-DUBOST ; *D.*, 2009, p. 2462, note M. HERZOG-EVANS ; *AJP*, 2009, p. 372, obs. M. HERZOG-EVANS ; *RSC*, 2010, p. 225, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *AJDA*, 2010, p. 994, note M. MOLINER-DUBOST ; *Procédure*, 2009, étu. n° 11, comm. A. TOURÉ].

²⁵⁴² *Raffray Taddei* : *préc.* Au regard des importantes limites du mécanisme [v. L. MORTET, *préc.*], la Cour européenne des droits de l'Homme n'entend donc pas défendre une étendue large du droit à la libération. De manière plus contestable au regard du critère des gages de réinsertion, la Cour européenne des droits de l'Homme reconnaissait aussi l'efficacité de la libération conditionnelle médicale.

²⁵⁴³ Dans le contentieux de la mesure provisoire, l'article 3 impose, en cas d'extradition, que le droit de l'État requérant prenne en compte l'état de santé de l'individu tout au cours de la détention et de permettre le bénéfice d'une libération, pour autoriser l'éloignement [CEDH, sect. II, 11 oct. 2011, *Schuchter c. Italie*, req. n° 68476/10, *déc.*].

²⁵⁴⁴ V. *infra*, n° 575.

dégagés par la jurisprudence européenne, visant le cas de la « *personne atteinte d'une pathologie engageant le pronostic vital ou dont l'état est durablement incompatible avec la vie carcérale* »²⁵⁴⁶ : son étude particulière éclaire directement sur l'étendue du droit à la libération. En réalité, l'interprétation restrictive de l'état de santé incompatible (1) et l'interprétation large de l'exception de dangerosité (2) relativisent l'étendue du droit.

1) L'interprétation restrictive de l'état de santé incompatible

577. **La recherche de la nature du droit à la libération : appréciation objective ou subjective de l'incompatibilité.** L'organisation des soins en détention, dont la qualité est contrôlée sur le fondement de l'article 3, constitue une expression du maintien du droit à la santé du détenu²⁵⁴⁷, sans être un droit généré par la privation de liberté²⁵⁴⁸. Dès lors, si la libération n'est justifiée que pour permettre l'obtention d'un meilleur traitement dans le système hospitalier de droit commun, elle ne constitue qu'une expression forte du droit à la santé. L'appréciation de l'incompatibilité est alors objective, et sa mesure s'opère aux possibilités de soins offertes en détention. En revanche, si la libération est plutôt justifiée par le cumul de l'infliction générée par la maladie à celle, inévitable, de la détention, alors la libération s'inscrit dans un véritable droit généré par la privation de liberté, s'opposant à l'infliction d'une affliction disproportionnée, qui participe à la construction d'une capacité à la détention²⁵⁴⁹, indépendamment des possibilités de traitement. L'appréciation de l'incompatibilité est alors subjective, pour s'apprécier uniquement au regard de l'état de santé

²⁵⁴⁵ V. *supra*, note n° 2539.

²⁵⁴⁶ Uyan : *préc.* ; § 46.

²⁵⁴⁷ L'expression de droit à la santé est maladroite. « *Ce que les pouvoirs publics ont pour charge d'assumer, ce n'est pas la santé – tâche évidemment impossible, même pour l'état providence ! – mais la protection de la santé* » ; J. MOREAU, « Le droit à la santé » ; *AJDA*, numéro spécial, 1988, p. 185. Ce droit bénéficie d'une reconnaissance législative [l'article L. 1110-1 CSP dispose en effet que « *le droit fondamental à la protection de la santé doit être mis en œuvre par tous les moyens disponibles au bénéfice de toute personne* »], internationale [l'article 12-1 du Pacte international relatif aux droits sociaux, économiques et culturels de 1966 dispose que « *toute personne a le droit de jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'elle est capable d'atteindre* »] et constitutionnelle [v. V. SAINT-JAMES, « Le droit à la santé dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel » ; *RDP*, 1997, p. 457]. Par exemple, c'est pour assurer une meilleure prise en charge des détenus que la loi du 18 janvier 1994 a transféré l'organisation des soins en établissement pénitentiaire au service public hospitalier [loi n° 94-43 du 18 janv.1994 relative à la santé publique et à la protection sociale : *J. O.*, 19 janv. 1994, p. 960 ; voir P. COUVRAT, « Santé et système pénitentiaire : applications et implications de la loi du 18 janvier 1994 » ; *RSC*, 1997, p. 169.

²⁵⁴⁸ V. *supra*, n° 39 et s.

²⁵⁴⁹ En rejetant la prise en compte de l'état de santé dans la décision de condamnation, pour la reléguer à la seule exécution, la Chambre criminelle semble plutôt défendre l'inscription de la mesure dans le droit à la sûreté [v. *infra*, n° 1036].

de l'individu, en dehors de toute autre considération. Le développement du droit à la libération sur le fondement de l'article 3 le détache d'emblée de la simple protection du droit à la santé et apparaît plutôt comme la sanction d'une affliction devenue excessive²⁵⁵⁰. La détermination de son étendue permet plus précisément de définir sa nature.

578. La pertinence de l'ensemble des composantes de l'état de santé.

La notion d'état de santé incompatible dans la jurisprudence européenne et nationale dépasse la pathologie, pour concerner toutes les altérations de l'état de santé²⁵⁵¹ : l'âge²⁵⁵², le handicap physique²⁵⁵³ ou mental²⁵⁵⁴ et éventuellement l'état de grossesse. Même l'état pathologique est entendu largement, puisqu'il concerne aussi l'état psychologique²⁵⁵⁵, et incorpore évidemment les maladies chroniques²⁵⁵⁶. En réalité, la contestation des conditions matérielles de détention, au regard de ses différents éléments, ne pose que rarement la question du maintien en

²⁵⁵⁰ L'argument doit être relativisé, puisque la Convention ne comprend pas expressément de disposition proclamant le droit à la santé, développé par la jurisprudence sur ce fondement, même en dehors de la privation de liberté.

²⁵⁵¹ *Moussel : préc.* ; § 38 : « l'état de santé, l'âge et un lourd handicap physique constituent désormais des situations pour lesquelles la capacité à la détention est aujourd'hui posée au regard de l'article 3 de la Convention en France ».

²⁵⁵² V. *supra*, note n° 2494.

²⁵⁵³ L'incompatibilité du détenu paraplégique ne peut être rattachée à son droit à la santé, puisque, sauf pathologie s'ajoutant, une prise en charge sanitaire à l'extérieur ne peut lui assurer de meilleures chances de guérison. La Cour européenne des droits de l'Homme confronte le handicap à l'adaptation de l'établissement pénitentiaire pour rechercher une violation de l'article 3, sans poser la question du maintien en détention [v. *supra*, note n° 2155], et comme l'âge, celui-ci ne semble pas justifier en lui-même la libération, sauf à ce que s'ajoutent d'autres pathologies. En revanche, la Cour de cassation semble défendre une appréciation plus large de l'incompatibilité de l'état de santé du détenu paraplégique [Cass. crim., 26 juin 2013, n° 12-88.284 : *inédit*]. Alors qu'un expert avait conclu que « le problème posé n'était pas tant celui du handicap du détenu que celui de l'inadaptation des locaux à ce handicap » et que le juge du fond avait écarté l'octroi de la suspension médicale de peine, renvoyant au pouvoir de l'administration de transférer le détenu dans un établissement plus adapté, la Cour de cassation censurait et imposait que l'étude des conditions légales de la suspension médicale de peine s'apprécie selon « les conditions effectives de [la] détention », ce qui semble condamner l'appréciation au regard des perspectives d'amélioration potentielle des conditions de détention. Ce dernier arrêt venait consolider une solution déjà exprimée [Cass. crim., 7 janv. 2009, n° 08-83.364 : *inédit* ; *AJP*, 2009, p. 236, obs. M. GIACOPELLI] : le juge du fond, qui avait estimé les conditions de détention compatibles avec la détention, à charge pour « l'administration pénitentiaire [...] de trouver un lieu d'incarcération adapté à son handicap », était sanctionné pour ne pas avoir recherché « s'il ne résultait pas des deux expertises que les conditions effectives de sa détention étaient durablement incompatibles avec son état de santé ».

²⁵⁵⁴ CEDH, sect. II, 8 nov. 2012, *Z. H. c. Hongrie*, req. n° 28973/11, en angl. La détention provisoire d'une personne handicapée et souffrant de déficience mentale, au point de ne pas pouvoir comprendre sa situation, est constitutive d'une violation de l'article 3.

²⁵⁵⁵ En conséquence, le détenu condamné doit bénéficier d'un traitement psychologique adapté à sa pathologie, l'insuffisance des soins violant aussi l'article 3 [CEDH, 11 juil. 2006, *Riviere c. France*, req. n° 33834/03 ; *D.*, 2007, p. 1229, chron. J.-P. CÉRÉ ; *RTDH*, 2007, p. 541, comm. M. MOLINER-DUBOST ; § 64]. La Cour européenne posait au surplus « la question de la compatibilité de l'état de santé du requérant avec son maintien en détention dans un milieu où il n'est pas encadré et suivi au quotidien par un personnel médical spécialisé », dégageant un droit, non plus à la libération, mais au transfert dans un établissement sanitaire, de l'aliéné pour une autre cause [v. *infra*, n° 581].

²⁵⁵⁶ CEDH, sect. II, 20 déc. 2011, *Yoh-Ekale Mwanje c. Belgique*, req. n° 10486/10. Le suivi médical satisfaisant du détenu sidéen, sans défaillance, permet alors d'écarter la violation de la Convention. – CEDH, sect. V, 16 juil. 2009, *Prencipe c. Monaco*, req. n° 43376/06 ; § 104 et s. Le détenu, atteint d'un syndrome parkinsonien, bénéficiait de soins suffisants.

détention et aboutit plutôt au contrôle de la qualité des soins, dans la jurisprudence européenne, montrant le caractère exceptionnel de l'obligation de libération²⁵⁵⁷.

579. Le détenu lourdement malade : l'appréciation objective²⁵⁵⁸ de l'état de santé incompatible. Le juge national de l'état de santé incompatible retient la conception objective de l'incompatibilité, pour la demande de remise en liberté du prévenu²⁵⁵⁹, comme pour la demande de libération conditionnelle médicale du condamné²⁵⁶⁰ et même pour la suspension médicale de peine²⁵⁶¹. L'appréciation objective est également retenue par la Cour européenne des droits de l'Homme²⁵⁶², critère pleinement consacré dans sa décision fixant les

²⁵⁵⁷ Ce qui fonde sans doute l'existence en droit interne d'un recours juridictionnel pour obtenir un traitement adéquat, par comparaison au contentieux des conditions matérielles de détention indignes, du fait de la surpopulation, de la vétusté ou de l'insalubrité [v. *supra*, n° 519].

²⁵⁵⁸ V. *supra*, n° 577.

²⁵⁵⁹ Cass. crim., 7 juin 1983 : *inédit*. La demande de remise en liberté est rejetée au regard des possibilités de traitement dans « l'hôpital-prison » des Baumettes. – Cass. crim., 12 nov. 1987, n° 87-84.956 : *inédit*. Le juge constatait qu'en cas d'aggravation, le prévenu pouvait faire l'objet d'une nouvelle admission dans un hôpital pénitentiaire. – Cass. crim., 10 juil. 2002, n° 02-83.182 : *Bull. crim.*, n° 151. Concernant le placement en détention provisoire, le juge d'appel notait que les soins apportés à « l'hôpital des prisons de Fresnes » étaient adaptés à sa pathologie.

²⁵⁶⁰ TGI Bergerac, 28 juin 2001, A. : *inédit* ; cité par M. HERZOG-EVANS, *Droit de l'application des peines*, Dalloz, 2005, p. 296.

²⁵⁶¹ Pourtant, la mesure se caractérise par son but humanitaire et justifie en conséquence une interprétation large des critères médicaux, conforme à sa *ratio legis* [L. MORTET, *op. cit.*]. Dans l'arrêt *Papon*, la Cour d'appel de Paris [CA Paris, 18 sept. 2002, *Papon* : D., 2002, jur., p. 2893, obs. M. HERZOG-EVANS], pour élargir, remarquait « qu'il n'existe d'ailleurs aucun établissement pénitentiaire spécialisé susceptible d'accueillir des détenus en fin de vie ou présentant de telles pathologies ». La Juridiction régionale de la libération conditionnelle de Rouen [JRLC Rouen, 27 sept. 2002, C. : *inédit* ; cité par M. HERZOG-EVANS dans son article « La suspension de peine médicale à deux ans ou vers un droit de ne pas mourir en prison » ; fascicule fourni dans le dossier documentaire de la conférence *Prisons d'Europe*, sixièmes journées européennes du droit de Nancy, 2004] relevait que « des soins et une surveillance appropriée » pouvaient être accordés en prison à l'individu, pour motiver son refus. La Juridiction régionale de la libération conditionnelle de Montpellier appliquait la même appréciation de l'incompatibilité relevant que « les risques d'aggravation seraient identiques si le sujet était remis en liberté, sans que pour autant l'intéressé soit garanti qu'il bénéficierait alors des secours d'urgence que nécessitent son état » [JRLC Montpellier, 7 janv. 2003 : *inédit*, cité par M. HERZOG-EVANS dans son article précité]. La Cour d'appel d'Orléans [CA Orléans, 6 janv. 2003 : *inédit*] renvoyait quant à elle au « service médical de l'établissement pénitentiaire qui accueillera l'intéressé », qui « pourra, s'il l'estime nécessaire, faire transférer ce dernier à l'hôpital pénitentiaire de Fresnes en fonction de l'évolution de son état de santé », pour refuser l'octroi de la suspension. Cette motivation était validée par la Cour de cassation dès lors que la chambre d'accusation ne faisait qu'utiliser son pouvoir souverain d'appréciation [Cass. crim., 29 oct. 2003, n° 03-80.374 : *inédit*]. En conséquence, la circulaire du 7 mai 2003 sur la suspension médicale de peine demandait au parquet de vérifier que « toutes les mesures propres à s'assurer de la compatibilité entre l'état de santé du condamné et le lieu de détention ont été envisagées (transfert ou mesures d'aménagement des conditions de détention) » [Circulaire de la direction des affaires criminelles et des grâces du 7 mai 2003 relative à la suspension de peine pour raisons médicales, non publiée]. La jurisprudence plus récente confirme cette appréciation objective : l'appréciation de la compatibilité de l'état de santé du détenu avec la détention doit s'apprécier au regard des « garanties qui lui sont dues pour protéger sa santé » [Cass. crim., 26 juin 2013, n° 12-88.284 : *inédit*].

²⁵⁶² Comm.EDH, 14 avr. 1994, *Grice c. Royaume-Uni*, req. n° 22564/93 : D. R., n° 77-B, p. 90. – CEDH, 25 juil. 2000, *Legret c. France*, req. n° 42553/98, *déc.* – CEDH, 7 juin 2001, *Papon c. France*, req. n° 64666/01, *déc.* : *Rec. CEDH*, 2001-VI ; LPA, 20 sept. 2001, p. 19, note E. BOITARD ; *Europe*, 2001, comm. n° 343, note N. DEFFAINS ; RSC, 2003, p. 144, note F. MASSIAS ; D., 2001, p. 2335, comm. J.-P. CÉRÉ ; *ibid.*, 2002, p. 683, obs. J.-F. RENUCCI. – CEDH, 15 janv. 2004, *Matencio c. France*, req. n° 58749/00.

principes généraux du droit à la libération²⁵⁶³. Le défaut de traitement approprié apporté au détenu, atteint d'une maladie chronique, constitue en conséquence une simple violation de l'article 3, sans obligation de libération, lorsque l'établissement pénitentiaire dispose d'une unité de soins capable d'y remédier²⁵⁶⁴. La Cour européenne des droits de l'Homme s'oriente vers une vision subjective, plutôt qu'objective, en cas d'état de santé lourdement dégradé cumulé à l'infirmité du détenu²⁵⁶⁵. Pour le reste, l'état de santé doit être incompatible avec le régime de la détention hospitalière pour permettre la libération, et l'incompatibilité, objective, se traduit alors comme « *une perte de chance sanitaire* »²⁵⁶⁶ : la libération ressort d'une expression exceptionnelle du droit à la santé du détenu.

580. Le détenu mourant : l'engagement du pronostic vital à court terme.

La libération du détenu mourant peut sans doute se fonder sur l'extinction de la *ratio legis* de la détention²⁵⁶⁷. La libération participe sans doute de la protection de la dignité du détenu, pour participer à l'obtention d'une mort de qualité²⁵⁶⁸, ce que la privation de liberté n'est pas capable de fournir²⁵⁶⁹. La Cour européenne des droits de l'Homme ouvre en tout cas la

²⁵⁶³ *Sakkopoulos* : préc. La Cour européenne indique que « *la qualité des soins dispensés* » est un élément à prendre en considération, pour mesurer la compatibilité de la détention.

²⁵⁶⁴ CEDH, sect. IV, 7 juil. 2009, *Groni c. Albanie*, req. n° 25336/04, en angl. ; § 124 et s.

²⁵⁶⁵ *Farbthuis* : préc. La Cour qualifiait le « *maintien* » en détention de traitement inhumain et dégradant « *en raison de [l'] âge, de [l'] infirmité et de [l'] état de santé* » du détenu, alors même que les autorités n'avaient pas manqué leur obligation d'apporter des soins appropriés. Cette décision, qui adopte une interprétation subjective de l'incompatibilité, doit être relativisée, puisque l'état de santé du requérant était très dégradé. D'autre part, les autorités pénitentiaires avaient elles-mêmes estimé les conditions de détention incompatibles et demandé la remise en liberté du requérant devant le juge compétent, obtenue seulement un an après cette demande. Enfin, l'infirmité du requérant tenait également une part prépondérante dans le raisonnement de la Cour. – CEDH, 10 juin 2008, *Scoppola c. Italie*, req. n° 50550/06.

²⁵⁶⁶ M. VELLA et M. JANAS, « Les difficultés d'application de la suspension médicale », *RPDP*, 2003, p. 471.

²⁵⁶⁷ La proximité avec la mort est de nature à retirer tout sens à la privation de liberté, qu'il s'agisse de punir, d'obtenir l'exécution d'une obligation, ou de se prémunir contre un état dangereux, potentiellement éteint par l'affaiblissement physique et justifie son terme. Ce raisonnement semble d'ailleurs s'intégrer à l'appréciation du délai raisonnable [v. *supra*, note n° 2501].

²⁵⁶⁸ La dignité « *appartient à ces notions qui se renouvellent au gré des événements et de l'évolution de la société contemporaine* » [P. MISTRETTA, « La protection de la dignité de la personne et les vicissitudes du droit pénal » ; *JCP*, 2005, I, n° 100]. La législation développe la notion de qualité de la mort [v. la loi n° 99-477 du 9 juin 1999 visant à garantir le droit à l'accès aux soins palliatifs : *J. O.*, 10 juin 1999, p. 8487 ; v. également la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 : préc. : v. enfin la loi n° 2005-370 du 22 avr. 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie : *J. O.*, 23 avr. 2005, p. 7089]. Le Code de la santé publique prévoit que « *le médecin sauvegarde la dignité du mourant et assure la qualité de sa vie* » et permet à des associations d'accompagner les malades en fin de vie, dans les structures hospitalières, pour conforter leur environnement psychologique et social [v. les art. L. 1110-1 CSP et s.]. La loi n° 99-477 du 9 juin 1999 [préc.] a créé un nouveau type de congé, concernant l'accompagnement d'une personne en fin de vie, au bénéfice du salarié, dont « *un ascendant, descendant, ou une personne partageant son domicile fait l'objet de soins palliatifs* ».

²⁵⁶⁹ Elle ne permet pas au détenu de bénéficier des structures spécifiquement adaptées. Elle ne lui permet pas non plus d'être accompagné par ses proches. Elle ne permet pas de respecter la dernière volonté du mourant qui sera souvent de passer ses derniers instants libres : « *Quiconque a discuté avec un détenu qui se sait doublement condamné – à sa peine qui le retient et à sa vie qui lui échappe – sait que sa demande ultime est de mourir en liberté* » [J.-P. Devoto, « Les mourants en prison » ; *RF aff. soc.*, 1997, p. 225].

libération pour la personne atteinte « *d'une pathologie engageant le pronostic vital* »²⁵⁷⁰, et l'article 720-1-1 du Code de procédure pénale consacre cette hypothèse en termes identiques. La jurisprudence nationale a toutefois restreint ce critère²⁵⁷¹ en exigeant l'engagement du pronostic vital à court terme²⁵⁷². La Cour européenne des droits de l'Homme semble en s'opposer à la mort en prison, alors qu'elle a retenu, dans l'hypothèse d'un détenu qui avait agonisé en détention, au-delà de la violation des articles 2 et 3 de la Convention pour son cas, la violation de l'article 3 concernant sa mère²⁵⁷³, liant l'impératif de la libération aux droits du détenu et de ses proches.

²⁵⁷⁰ CEDH, sect. III, 10 nov. 2005, *Tekin Yildiz c. Turquie*, req. n° 22913/04 ; § 72. – CEDH, sect. IV, 3 mai 2007, *Huseyin Yildirim c. Turquie*, req. n° 2778/02 ; § 74. Dans le contentieux de l'éloignement de l'étranger, la Cour l'interdit uniquement en cas d'engagement du pronostic à court terme [CEDH, gde ch., 27 mai 2008, *N. c. Royaume-Uni*, req. n° 26565/05 : *Rec. CEDH*, 2008 ; *RTD civ.*, 2008, p. 643, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *JCP*, 2008, I. n° 167, obs. F. SUDRE ; *AJDA*, 2008, p. 1937, chron. J.-F. FLAUSS].

²⁵⁷¹ La loi ouvre la suspension à l'engagement du pronostic vital, sans préciser si la mort devra survenir à court terme, à moyen terme ou à long terme. D'après la loi, la mesure peut être prononcée dans toutes ces hypothèses, dès lors que l'engagement du pronostic vital est certain : « *c'est qu'il est apparu inhumain non seulement de finir ses jours en prison mais encore de ne la quitter que pour mourir immédiatement en structure hospitalière* » [M. HERZOG-EVANS, « La suspension de peine médicale ou vers un droit de ne pas mourir en prison » ; fascicule fourni dans le dossier documentaire de la conférence *Prisons d'Europe*, sixièmes journées européennes du droit de Nancy, 2004]. « *En s'abstenant de se référer à tout caractère légal, le législateur a permis aux experts de constater l'existence du critère requis, pour des situations très diverses, pouvant même parfois revêtir un certain aléa alors que la durée de fin de vie estimée est éloignée* » [M. VELLA et M. JANAS, « Les difficultés d'application de la suspension médicale » ; *RPDP*, 2003, p. 471].

²⁵⁷² La Juridiction régionale de la libération conditionnelle de Rouen a ainsi refusé de libérer un détenu, condamné à moyen terme selon une expertise et à court terme selon l'autre [JRLC Rouen, 27 sept. 2002, *C. : inédit*, cité par M. HERZOG-EVANS dans son article précité]. La Juridiction nationale de la libération conditionnelle, qui eut à traiter de l'affaire par la suite, infirma cette décision, au motif que les deux expertises concluaient bien à l'engagement du pronostic vital, même si elles n'étaient pas d'accord sur la prévision du moment de la mort, selon une appréciation conforme à la loi [JNLC, 25 avr. 2003 : *inédit* ; cité par M. HERZOG-EVANS dans son article précité]. La Cour de cassation a contredit la position adoptée par la Juridiction nationale, sans ambiguïté : « *c'est nécessairement à court terme que la pathologie dont souffre le condamné doit engager le pronostic vital* » [Cass. crim., 28 sept. 2005, *Farid B.*, n° 05-81.010 : *Bull. crim.*, n° 247 ; *Dr. Pén.*, 2005, comm. n° 183, obs. A. MARON]. La notion légale d'« engagement » suppose le début d'un processus, mais n'exige pas que cette évolution soit brève. Même à réduire le critère du pronostic vital, en considération, par exemple, des pathologies incurables à évolution lente, la Cour de cassation aurait pu se référer, comme le juge de l'application des peines qui statua en première instance, à l'engagement du pronostic vital dans un délai prévisible. La Cour de cassation s'est prononcée une nouvelle fois sur l'engagement du pronostic vital [Cass. crim., 15 mars 2006, n° 05-83.329 : *Bull. crim.*, n° 80 ; *AJP*, 2006, p. 273, obs. M. HERZOG-EVANS ; *RSC*, 2007, p. 350, chron. P. PONCELA]. La Cour d'appel avait accordé la suspension, alors que la première expertise estimait le moment de la mort à moyen ou long terme et la seconde n'avait pas fixé de terme. Pour le ministère public, la condition de l'engagement du pronostic vital ne pouvait concerner que « *des situations immédiates de mort prochaine et non des états de santé dont l'issue est aléatoire* ». La Cour de cassation rejetait le pourvoi : « *l'article 720-1-1 du Code de procédure pénale permet d'ordonner la suspension de peine lorsque la pathologie dont est atteint le condamné rend son état de santé durablement incompatible avec la détention, même si cette pathologie n'engage pas à court terme le pronostic vital* ». En se fondant sur la motivation du juge du fond, qui retenait à la fois l'engagement du pronostic vital et l'état de santé durablement incompatible, la Cour de cassation, en rappelant le caractère alternatif des critères, s'appuyait sur l'établissement du second, pour éluder la question de l'interprétation du critère du pronostic vital, sans qu'on puisse, en conséquence, déduire de sa formulation le retour à l'interprétation large de celui-ci.

²⁵⁷³ CEDH, sect. V, 14 mars 2013, *Salakhov et Islyamova c. Ukraine*, req. n° 28005/08, en angl.

581. Le droit de l'aliéné, détenu au préalable pour une cause pénale, d'être transféré dans un établissement sanitaire, à la survenue des troubles mentaux. La Cour européenne des droits de l'Homme a reconnu l'obligation pour l'État de mettre un terme à la détention pénitentiaire du détenu, atteint de lourds troubles mentaux, pour lui faire bénéficier d'un traitement médical en hôpital²⁵⁷⁴. En visant le « *le maintien en détention du requérant* », référence directe à sa jurisprudence sur l'obligation de libérer concernant l'état de santé incompatible²⁵⁷⁵, la Cour posait bien l'exigence du transfert du détenu vers un hôpital psychiatrique, dans une nouvelle conséquence riche de l'adéquation matérielle²⁵⁷⁶, contrôle en accroissement²⁵⁷⁷, sans considération pour la possibilité d'adapter le régime pénitentiaire²⁵⁷⁸ : l'incompatibilité de l'état de santé mental avec la détention pénitentiaire s'apprécie subjectivement²⁵⁷⁹. La sanction du droit français rappelait la nécessité d'achever la mise en place des unités hospitalières spécialement aménagées, installées au sein des établissements de soins²⁵⁸⁰. Ce qui a été admis pour l'hôpital, entré dans la privation de liberté pour la

²⁵⁷⁴ CEDH, sect. V, 23 févr. 2012, *G. c. France*, req. n° 27244/09 ; *AJP*, 2012, p. 357, obs. J.-P. CÉRE ; *RDSS*, 2012, p. 678, note P. HENNION-JACQUET ; *D.*, 2012, p. 742, obs. O. BACHELET ; *RSC*, 2012, p. 683, obs. D. ROETS ; *RDP*, 2013, chron., p. 725, obs. B. PASTRE-BELDA ; § 80. En l'espèce, le détenu souffrait de troubles mentaux exceptionnellement graves, qui avaient nécessité de nombreux internements d'office pris au cours de sa peine, alors qu'il avait été détenu aussi en annexe psychiatrique pénitentiaire.

²⁵⁷⁵ *V. supra*, n° 564 et s.

²⁵⁷⁶ Comme souvent, la Cour employait d'autres éléments pour constater la violation de la Convention comme les conditions matérielles de détention indignes ou la longueur de la détention pénitentiaire inadaptée de nature à atténuer la portée de l'arrêt [§ 80].

²⁵⁷⁷ CEDH, sect. IV, 20 janv. 2009, *Slawomir Musiał c. Pologne*, req. n° 28300/06 ; *AJDA*, 2009, p. 872, chron. J.-F. FLAUSS. Pour des troubles mentaux, caractérisés par leur gravité et leur chronicité, la Cour avait évoqué, comme alternative au placement en hôpital psychiatrique, le placement « *dans une maison pénitentiaire dotée d'un pavillon psychiatrique spécialisé* ». – CEDH, sect. II, 11 juil. 2006, *Rivière c. France*, req. n° 33834/03 ; *RTDH*, 2007, p. 541, comm. M. MOLINER-DUBOST ; *D.*, 2007, p. 1229, chron. J.-P. CÉRE ; *Gaz. Pal.*, 9 déc. 2006, p. 34, comm. D. VIRIOT-BARRIAL ; § 76. La Cour avait censuré le « *maintien* » en détention pénitentiaire, tout en notant la défaillance de l'administration à lui apporter un traitement approprié, si bien que le maintien en établissement pénitentiaire semblait permis à condition d'améliorer le traitement sanitaire.

²⁵⁷⁸ Seul l'individu en détention de sûreté pénale peut donc subir, par principe, une détention pénitentiaire, malgré ses troubles mentaux [*v. supra*, n° 496].

²⁵⁷⁹ Le cas d'espèce rappelle cependant que les troubles mentaux doivent être sévères pour établir l'incompatibilité. Pour les troubles d'intensité inférieure, l'exigence d'apporter des soins suffisants au détenu implique le maintien d'un service de soins psychiatriques en établissement pénitentiaire.

²⁵⁸⁰ Dans l'ancienne législation, ces unités étaient les seules habilitées à pouvoir recevoir les détenus, avec les quatre Unités pour malades difficiles, dans le cadre de l'hospitalisation de l'office [v. l'ancien art. L. 3214-1 CSP et s. ; voir É. PÉCHILLON, « Le droit des unités hospitalières spécialement aménagées (UHSA) : la création progressive de zones pénitentiaires dans les hôpitaux psychiatriques » ; *AJP*, 2010, p. 322 et plus largement, V. VIUJAS, « Les soins psychiatriques aux détenus : des modifications mineures pour une problématique de santé publique majeure » ; *RDSS*, 2011, p. 1071]. Si le plan de construction n'est pas encore achevé, leur création remontait à 2002, montrant l'inertie qui peut atteindre, parfois, la matière pénitentiaire. La loi prévoyait toutefois la possibilité de détenir des mineurs dans un établissement hospitalier privatif de liberté de droit commun, sans que ce soit une obligation. La jurisprudence européenne a entraîné une modification de la disposition, afin de faciliter le traitement des détenus en établissement sanitaire [art. L. 3214-1 CSP tel qu'issu de la loi n° 2013-869 du 27 sept. 2013 modifiant certaines dispositions issues de la loi n° 2011-803 du 5 juil. 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux

maladie somatique du fait de l'appréciation objective de l'incompatibilité, a été écarté pour l'asile, la Cour tirant toutes les conséquences de l'impossibilité d'assurer en détention des soins de qualité²⁵⁸¹, même si dans ce cas, l'incompatibilité de l'état de santé mental avec la détention pénitentiaire n'implique pas de libérer, ce qui facilite sans doute la consécration d'exigences fortes. L'exception de dangerosité, qui peut justifier le maintien en détention malgré l'état de santé, est interprétée largement, relativisant le droit à la libération.

2) L'interprétation large de l'exception de dangerosité

582. **L'exception de dangerosité en droit européen : le pouvoir discrétionnaire des autorités nationales.** La jurisprudence européenne a consacré le critère de « *l'opportunité de maintenir la détention au vu de l'état de santé du requérant* » pour libérer²⁵⁸². Ce dernier critère ne dispense en aucun cas l'État de son obligation d'assurer des soins de qualité, mais pourrait permettre le maintien en détention du détenu particulièrement dangereux malgré son état de santé incompatible²⁵⁸³. La Cour européenne laisse une large marge d'appréciation aux États pour apprécier cette opportunité²⁵⁸⁴, même si elle pourrait

modalités de leur prise en charge : *J. O.*, 29 sept. 2013, p. 16230 ; *Procédures*, 2013, comm. n° 320 ; obs. J. BUISSON ; *JCP*, 2013, n° 1065, note M. PRIMEVERT ; *Dr. famille*, 2013, comm. n° 156, obs. I. MARIA]. La loi permet dorénavant la prise en charge des détenus, en hospitalisation volontaire, dans les UHSA. L'hospitalisation contrainte doit être effectuée dans une UHSA, ou dans ce que la loi qualifie d'« *unité adaptée* », au sein d'un établissement sanitaire, sur la base d'un certificat médical. Concernant le mineur détenu, la loi prévoit que l'internement peut être réalisé dans les mêmes établissements que ceux de l'adulte, mais aussi dans un « *service adapté* » au sein d'un établissement sanitaire. La sanction européenne [*G. contre France : préc.*] critiquait aussi l'absence de voie de recours en droit interne, pour contester le maintien en détention pénitentiaire, la suspension médicale de peine concernant uniquement la libération du malade somatique, et celle-ci reste à construire, alors que l'hospitalisation volontaire est soumise à une décision médicale après avis médical pris auprès d'un médecin de l'établissement [art. R. 3214-1 CSP]. Le régime des hospitalisations en Unité hospitalière spécialement aménagée reste marqué par le régime pénitentiaire [v. les art. R. 3214-1 et s. CSP], par l'application du régime pénitentiaire, la restriction des visites, ou encore les possibilités de fouilles, si bien que sa conventionnalité n'est pas évidente.

²⁵⁸¹ V. sur ce point P. HENNION-JACQUET, « Dignité et détention des personnes souffrant de troubles mentaux : et si la justice s'arrêtait aux portes des prisons ? » ; *RDSS*, 2009, p. 509.

²⁵⁸² *Sakkopoulos : préc.* Cette formulation précisait la réserve posée très tôt dans la jurisprudence de la Cour et contenue dans son affirmation que « *l'on ne peut [...] déduire une obligation générale de libérer un détenu pour motifs de santé* » [*Mouisel : préc.*].

²⁵⁸³ En l'espèce, quant à l'étude de ce critère, la Cour européenne des droits de l'Homme avait noté que l'individu était « *inculpé d'un crime sérieux* » et que les juridictions nationales avaient invoqué « *le risque de commettre d'autres infractions similaires* », confirmant le lien entre l'opportunité de libérer et la dangerosité.

²⁵⁸⁴ *Sakkopoulos : préc.* – CEDH, sect. II, 14 déc. 2004, *Gelfmann c. France*, req. n° 25875/03 : *D.*, 2005, p. 995, chron. J.-P. CÉRÉ, M. HERZOG-EVANS et É. PÉCHILLON ; *RSC*, 2005, p. 630, chron. F. MASSIAS. La juridiction nationale de libération conditionnelle, alors compétente, avait refusé de l'octroyer la suspension médicale de peine, relevant sa « *dangerosité criminologique* ». La Cour européenne des droits de l'Homme refusait tout contrôle, rappelant « *quant à l'opportunité de maintenir une personne en détention, qu'elle ne peut pas substituer son point de vue à celui des juridictions internes, d'autant plus quand, comme c'est le cas ici, les autorités nationales ont satisfait, en général, à leur obligation de protéger l'intégralité physique du requérant,*

développer un contrôle de la pertinence des motifs²⁵⁸⁵, méthode développée pour l'appréciation du maintien en détention²⁵⁸⁶.

583. L'exception en dangerosité dans la suspension médicale de peine française : le pouvoir discrétionnaire du juge du fond. Avant son inscription dans la loi²⁵⁸⁷, plusieurs décisions du fond avaient déjà employé le critère de la dangerosité pour rejeter l'octroi de la suspension médicale de peine²⁵⁸⁸, reprenant une jurisprudence déjà appliquée pour la libération conditionnelle médicale²⁵⁸⁹. La cour de Cassation en 2003, dans l'affaire

notamment par l'administration de soins médicaux appropriés ». – CEDH, sect. III, 16 juin 2005, *Reggiani Martinelli c. Italie*, req. n° 22682/02, *déc.* – CEDH, sect. II, 21 nov. 2006, *Ruzgar c. Turquie*, req. n° 28489/04, *déc.* – CEDH, sect. V, 13 mars 2007, *Ceku c. Allemagne*, req. n° 41559/06, *déc.*, en angl. La Cour se contentait, pour un détenu qui avait commis deux meurtres, de constater que les juridictions internes s'étaient fondées sur une expertise psychiatrique, qui concluait au maintien de la détention.

²⁵⁸⁵ CEDH, sect. IV, 3 mai 2007, *Huseyin Yildirim c. Turquie*, req. n° 2778/02 ; § 88 et 89. La Cour dans cette affaire appréciait le motif invoqué par les autorités internes pour maintenir, malgré un mécanisme interne permettant de libérer, à savoir la gravité des actes justifiant la condamnation. La Cour excluait de manière générale que ce seul critère prévalait devant la prohibition des traitements inhumains et dégradants et indiquait que « *les motifs invoqués par les juridictions internes et le Gouvernement n'étaient pas suffisants pour justifier le maintien en détention du requérant jusqu'au 25 juin 2004, au mépris des rapports médicaux recommandant avec insistance sa libération* ».

²⁵⁸⁶ V. sur ce contrôle classique en matière de détention provisoire, *infra*, n° 984. V. sur le développement du contrôle de la pertinence des motifs du maintien en isolement réalisé par la Cour européenne des droits de l'Homme, *supra*, n° 557.

²⁵⁸⁷ Alors qu'à son origine la suspension médicale de peine n'était gouvernée que par les critères médicaux, dans une intention humanitaire, l'exception de dangerosité, ajoutée dès le début de l'article 720-1-1 du Code de procédure pénale [*« sauf s'il existe un risque grave de renouvellement de l'infraction »*] était consacrée par la loi n° 2005-1549 du 12 déc. 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales [*J. O.*, 13 déc. 2005, p. 19152].

²⁵⁸⁸ La juridiction nationale de la libération conditionnelle, compétente pour une partie des demandes avant sa disparition, retenait le critère de la dangerosité pour refuser des suspensions médicales de peine [JNLC, 10 janv. 2003, *Georges G. : inédit* ; cité par M. VELLA et M. JANAS dans leur article « Les difficultés d'application de la suspension de peine médicale » ; *RPDP*, 2003, p. 471 ; elle refusait d'accorder une suspension médicale de peine en raison de la dangerosité du condamné, alors même qu'il était très lourdement atteint, car celui-ci était resté proche du milieu de la grande délinquance ; JNLC, 11 juil. 2003, *G : inédit* ; *AJP*, 2003, p. 31, obs. M. HERZOG-EVANS]. L'ensemble de la jurisprudence montrait une interprétation large du niveau et de la nature de la dangerosité pour empêcher la suspension médicale de peine [JRLC Douai, 5 avr. 2004 : *inédit* ; la juridiction justifiait le refus de la mesure, non seulement par la dangerosité du détenu pour autrui, mais aussi par le danger qu'il représentait pour lui-même, eu égard à sa personnalité]. À l'inverse, l'état de santé pouvait aussi permettre la dangerosité, au regard de l'affaiblissement du condamné [TGI Toulouse, 23 mai 2002, *A.*, n° 2002/00269 : *Légifrance* ; CA Paris, 18 sept. 2002, *Papon : D.*, 2002, p. 2893, obs. M. HERZOG-EVANS ; JRLC Agen, 17 juil. 2003 : *inédit* ; cité par M. HERZOG-EVANS dans son article « La suspension de peine médicale a deux ans ou vers un droit de ne pas mourir en prison » ; fascicule fourni dans le dossier documentaire de la conférence *Prisons d'Europe*, sixièmes journées européennes de droit de Nancy, 2004.].

²⁵⁸⁹ TGI Bergerac, 28 juin 2001, *A. : inédit* ; cité par M. HERZOG-EVANS dans son manuel *Droit de l'application des peines*, Dalloz, 2005, p. 443. Le juge de l'application des peines de Bergerac refusait d'octroyer la libération conditionnelle car si l'individu, en raison de la dégradation de sa santé, ne pouvait récidiver dans le domaine de la délinquance sexuelle, domaine de sa première condamnation, il disposait « *encore de certaines capacités pour se lancer dans des affaires à risques* ». – JRLC Poitiers, 30 oct. 2001, *T. : inédit* ; cité par M. HERZOG-EVANS, dans son manuel *Droit de l'application des peines*, Dalloz, 2005, p. 443. La Juridiction soulignait que l'individu, malgré son état de santé défaillant et son âge avancé, restait dangereux, en particulier s'il se retrouvait dans une maison de retraite, au milieu de personnes aussi affaiblies que lui.

Papon²⁵⁹⁰, rejeta toute place au critère de la dangerosité, puisque l'article 720-1-1, alors en vigueur, « ne fixe aucune condition tenant à la nature de la peine ou à l'existence d'un risque de trouble à l'ordre public »²⁵⁹¹. Deux juridictions, qui n'étaient pas sous le contrôle l'une de l'autre, se trouvaient en conflit²⁵⁹² : la Juridiction nationale de la libération conditionnelle, qui contrôlait les décisions des juridictions régionales de la libération conditionnelle, et la Cour de cassation, qui contrôlait les décisions de la chambre d'appel de l'application des peines²⁵⁹³. Après la suppression de la juridiction nationale, la Cour de cassation confirmait sa solution²⁵⁹⁴. Cette position de la Cour de cassation pourrait être considérée comme un refus de la prise en compte de tout critère *praeter legem*. Toutefois, cette solution devait aboutir à la libération automatique des détenus dès lors que les critères médicaux étaient démontrés par deux expertises médicales. Pourtant, la suspension médicale de peine restait une faculté pour le juge du fond dans la jurisprudence de la Cour de cassation, même lorsque la démonstration

²⁵⁹⁰ Cass. crim., 12 févr. 2003, n° 02-86.531 : *Bull. crim.*, n° 37 ; *D.*, 2003, jur., p. 1065, obs. M. HERZOG-EVANS ; *Dr. pén.*, 2003, comm. n° 52, obs. A. MARON et M. HAAS.

²⁵⁹¹ La Cour d'appel de Paris, dans cette affaire, avait étudié le critère des risques de troubles à l'ordre public, d'après la terminologie de l'arrêt, pour l'écarter, en raison de l'état de santé et de l'âge de l'individu, en affirmant que « la suspension de la peine de M. Papon, compte tenu de son âge et de son état de santé, n'est pas de nature à troubler l'ordre public ». Selon les termes du pourvoi repris dans l'arrêt de la Cour de cassation, le procureur faisait grief à la Cour d'appel « d'avoir dit que la suspension de peine n'était pas de nature à troubler l'ordre public, compte tenu de l'âge et de l'état de santé de M. Papon, sans rechercher l'existence d'éléments extérieurs à la personne de celui-ci, au regard de la gravité et du retentissement d'une condamnation prononcée pour crime contre l'humanité ». Le pourvoi, par le terme d'ordre public, visait l'analyse qui en a été faite par la Cour d'appel, c'est-à-dire celle de la dangerosité de l'individu. Pour évoquer le trouble à l'ordre public au sens strict, celui-ci visait les éléments extérieurs à l'individu, c'est-à-dire la gravité et le retentissement de la condamnation pour crime contre l'humanité. Lorsque la Cour de cassation affirmait que la suspension de peine « ne fixe aucune condition tenant à la nature des infractions sanctionnées ou à l'existence d'un trouble à l'ordre public », l'indifférence de la nature de l'infraction renvoyait à la gravité et au retentissement de la condamnation pour crime contre l'humanité du pourvoi et donc aux troubles à l'ordre public au sens strict. L'indifférence des troubles à l'ordre public, dans la formulation de la Cour de cassation, renvoyait au sens utilisé par le pourvoi, qui reprenait l'analyse de la Cour d'appel de Paris, soit la dangerosité. Par cet arrêt, la Cour de cassation écartait à la fois le critère de l'ordre public au sens strict et le critère de la dangerosité du condamné.

²⁵⁹² V. pour l'admission par la Juridiction nationale de la libération conditionnelle, *supra*, note n° 2588.

²⁵⁹³ Cette solution était d'autant plus insatisfaisante que la première juridiction était une émanation de la seconde : la juridiction nationale de la libération conditionnelle était présidée par le premier président de la Cour de cassation, ou un de ses représentants et composée par deux magistrats de cette Cour [v. l'anc. art. 722-1 CPP]. La fonction du ministère public était assurée par le parquet général près la Cour de cassation.

²⁵⁹⁴ Cass. crim., 15 mars 2006, n° 05-83.329 : *Bull. crim.*, n° 80 ; *AJP*, 2006, p. 273, obs. M. HERZOG-EVANS ; *RSC*, 2007, p. 350, chron. P. PONCELA. Le pourvoi du procureur général reprochait à cette juridiction d'avoir accordé une suspension médicale de peine « sans rechercher si cette mesure présentait un risque pour la sécurité et l'ordre public », recherche ressortant « implicitement mais nécessairement » de l'article 720-1-1 du Code de procédure pénale, mais aussi sur l'article 707 du Code de procédure pénale, véritable article préliminaire de l'application des peines, qui prévoit que « l'exécution des peines favorise, dans le respect des intérêts de la société et des droits de la victime, l'insertion ou la réinsertion des condamnés ainsi que la prévention de la récidive ». La Cour de cassation écartait la pertinence de cette disposition en matière de suspension médicale de peine, dès lors que les juges « n'étaient tenus par aucun texte légal de rechercher si la mesure de suspension présentait un risque pour la sécurité et l'ordre public ».

des critères médicaux était apportée²⁵⁹⁵. La censure de la Cour de cassation apparaissait plutôt comme la volonté d'abandonner au juge du fond un pouvoir discrétionnaire du rejet, celui-ci pouvant prendre en compte tous les critères qu'il souhaite, à condition toutefois de motiver son refus uniquement par référence aux conditions légales²⁵⁹⁶.

584. La recherche de la conciliation entre la dangerosité et la protection de la dignité. L'exception de la dangerosité montre qu'en matière de privation de liberté, la prohibition des traitements inhumains et dégradants n'est pas absolue²⁵⁹⁷, et celle-ci se développe dans le contrôle de l'exécution de la privation de liberté, même développé sur le fondement de l'article 5²⁵⁹⁸ : c'est donc une conciliation qui doit être opérée entre le droit à la sécurité²⁵⁹⁹ et la protection de la dignité, conciliation que la Cour de cassation, pour la

²⁵⁹⁵ Cass. crim., 29 oct. 2003, n° 03-80.374 : *inédit*. La Cour de cassation reprend à son compte la motivation du juge du fond qui rappelait que la suspension médicale de peine « *n'est qu'une faculté donnée au juge et non une obligation qui s'impose à lui* ».

²⁵⁹⁶ L'inscription dans la loi du critère de la dangerosité oblige au moins désormais au juge du fond de motiver son refus sur ce critère. Il bénéficie en cette matière d'un pouvoir souverain d'appréciation, le peu de décisions ne permettant pas encore de mesurer l'intensité du contrôle par la Chambre criminelle de la qualité de la motivation du juge du fond [Cass. crim., 2 mars 2011, n° 10-81.070 : *inédit* ; *AJP*, 2011, p. 531, obs. M. HERZOG-EVANS]. En l'espèce, le juge du fond avait caractérisé un risque de renouvellement « *important* », s'appuyant sur trois expertises psychiatriques, pour noter aucune évolution notable de la personnalité du détenu depuis sa condamnation, celui-ci pouvant dès lors commettre un nouveau crime passionnel s'il se retrouvait en liberté en compagnie de sa nouvelle compagne.

²⁵⁹⁷ La dignité est sans doute un droit naturel [Voir P. MISTRETTA, « La protection de la dignité de la personne et les vicissitudes du droit pénal » ; *JCP*, 2005, I, n° 100]. Un auteur voit même dans la dignité un « *principe matriciel* » [B. MATHIEU, « La dignité de la personne humaine : quel droit, quel titulaire ? » ; *D.*, chron., 1996, p. 285], fondement de tous les autres droits de l'Homme, qui doit pour cette raison primer sur toute autre considération. Retenir une telle supériorité du droit de la dignité apparaît toutefois excessif. Cela reviendrait « *à invalider les lois permettant la privation de liberté, la rétention, la garde à vue, et naturellement les fouilles corporelles* » [M. HERZOG-EVANS, « Fouilles corporelles et dignité de l'Homme » ; *RSC*, 1998, p. 735]. Celui-ci doit bien être concilié avec les biens juridiques justifiant la privation de liberté [v. pour différentes propositions pour régler les conflits entre les libertés fondamentales, G. Lebreton, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, Armand Colin, 1995, p. 50.]. Pour M. le professeur Drago, « *on ne voit pas selon quels critères objectifs un principe constitutionnel pourrait prévaloir sur un autre* » [G. DRAGO, « La conciliation entre principes constitutionnels » ; *D.*, 1991, chron., p. 265] : l'auteur estime que seul le Conseil constitutionnel pourrait établir cette hiérarchie. C'est dans la jurisprudence constitutionnelle et de l'étendue de son contrôle qu'un auteur a cherché à établir une hiérarchisation des droits et libertés [V. GOESEL-LEBIHAN, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel : présentation générale » ; *LPA*, 5 mars 2009, p. 62]. L'auteur classait la liberté individuelle dans un « *échelon intermédiaire* », dont « *le contrôle n'est entier qu'en cas d'atteinte grave* », tandis que les droits et libertés de l'échelon supérieur subissent toujours un contrôle entier de proportionnalité, et que les droits et libertés de l'échelon inférieur subissent toujours un contrôle restreint.

²⁵⁹⁸ L'exception de dangerosité a été aussi employée par la Cour pour excuser l'inadaptation du lieu de détention de l'aliéné [v. *supra*, n° 499].

²⁵⁹⁹ Celle-ci a évidemment un rôle primordial en matière de privation de liberté puisqu'elle fonde la majorité des cas de privation de liberté dont la détention *sûreté*. Le Conseil constitutionnel reconnaît à la peine privative de liberté le but de protéger la société. La peine privative de liberté « *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* » [Cons. const., déc. n° 93-334 DC du 20 janv. 1994 relative à la loi instituant une peine incompressible et relative au nouveau Code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale : *J. O.*, 26 janv. 1994, p. 1380 ; *RFD const.*, 1994, p. 353, note TH. RENOUX ; *D.*, 1995, p. 340, obs. TH. RENOUX ; *ibid.*, p. 293, obs. É. OLIVA]. L'article premier de la loi n° 87-432 du 22 juin 1987 relative au service public pénitentiaire [*J. O.*, 23 juin 1987] définit, entre autres critères, la mission du service pénitentiaire par la

suspension médicale de peine, n'a pas entendu contrôlé²⁶⁰⁰, et pour laquelle la Cour européenne des droits de l'Homme renvoie aux autorités nationales²⁶⁰¹.

585. La prise en compte de la dangerosité justifie en tout cas de donner la pleine largesse aux critères médicaux – en abandonnant l'incompatibilité objective²⁶⁰² et l'exigence de l'engagement à court terme du pronostic vital²⁶⁰³ – et elle doit être largement atténuée pour le détenu mourant. Le simple trouble à l'ordre public, défini comme les répercussions dans l'opinion provoquées par la libération, doit être rejeté²⁶⁰⁴. En tout cas, la dangerosité ne peut s'opposer à la suspension de la privation de liberté *moyen* qu'exceptionnellement, d'autant plus que l'état de santé dégradé peut compromettre directement l'exécution de l'obligation, par exemple l'exécution de l'extradition²⁶⁰⁵ ou l'éloignement de l'étranger²⁶⁰⁶.

protection de la sécurité publique : « *le service public pénitentiaire participe à l'exécution des décisions et sanctions pénales et au maintien de la sécurité publique* » et « *il favorise la réinsertion sociale des personnes qui lui sont confiées par l'autorité judiciaire* ». L'article 707 du Code de procédure pénale reconnaît expressément cette mission à l'exécution des peines. L'article 729 du Code de procédure pénale affirme que la libération conditionnelle tend à la prévention de la récidive. La période de sûreté sert à bloquer le bénéfice de certaines mesures d'aménagement de peine au profit de détenus particulièrement dangereux. Ces considérations sécuritaires sont reprises de manière tacite dans la plupart des mesures d'aménagement de peine qui posent des conditions de délai ou qui peuvent être assorties d'obligations de contrôle et de surveillance. La doctrine reconnaît également ce rôle de protection de la sécurité à l'application des peines. Pour un auteur, la prise en compte de la sécurité publique fait partie de la mission du juge de l'application des peines et doit même prévaloir sur ses autres missions : « *si la loi lui a confié le pouvoir d'adoucir certaines peines, ce n'est pas dans le dessein d'alléger la souffrance des condamnés ou de compenser un déficit d'insertion sociale, mais uniquement dans le but de prévenir la récidive* » [F. Staechelé, *La pratique de l'application des peines*, Litec, 1995, p. 5]. Plus mesuré, un autre auteur estime que « *les procédures d'application des peines, tout comme les procédures pénales, doivent, parce qu'elles ont la même nature, réaliser un juste équilibre entre efficacité de la répression et libertés individuelles* » [M. HERZOG-EVANS, *Droit de l'application des peines*, Dalloz, 2005, p. 20].

²⁶⁰⁰ V. *supra*, n° 583.

²⁶⁰¹ V. *supra*, n° 582.

²⁶⁰² V. *supra*, n° 579.

²⁶⁰³ V. *supra*, n° 580.

²⁶⁰⁴ Critère traditionnel de l'application des peines, la Cour de cassation l'a écarté en matière de suspension médicale de peine [Cass. crim., 12 févr. 2003, n° 02-86.531 : *Bull. crim.*, n° 37 ; *D.*, 2003, jur., p. 1065, obs. M. HERZOG-EVANS ; *Dr. pén.*, 2003, comm. n° 52, obs. A. MARON et M. HAAS]. Depuis la judiciarisation de l'exécution des peines, ce critère est en perte de vitesse. Dans l'affaire *Henri*, la Juridiction régionale de la libération conditionnelle de Caen avait examiné ce critère, pour privilégier les efforts de réinsertion présentés par le détenu et conclure à sa libération [JRLC Caen, 26 avr. 2001 ; *D.*, 2002, p. 837, obs. M. HERZOG-EVANS]. La valeur de ce critère est directement remise en cause dès lors qu'il constitue « *un obstacle perpétuel et insurmontable à toute libération pour certains crimes atroces, qui marquent profondément et durablement l'opinion et acquièrent une signification symbolique* » [A. MARON et M. HAAS : *préc.*]. Même le législateur a expressément rejeté le critère des troubles à l'ordre public comme obstacle à la suspension médicale de peine lorsqu'il adopta l'exception « *du risque grave de renouvellement de l'infraction* ».

²⁶⁰⁵ La France a ainsi émis des réserves sur la Convention européenne d'extradition, en précisant que « *l'extradition pourra être refusée si la remise est susceptible d'avoir des conséquences d'une gravité exceptionnelle pour la personne réclamée, notamment en raison de son âge ou de son état de santé* ». Le Conseil d'État opère un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation de cette condition, quand il contrôle la légalité du décret d'extradition [CE, 6 juil. 1992, *Stefan*, n° 122874 : *Rec. CE*, T.], dans lequel il a déjà conclu à l'erreur [v. CE, 11 févr. 2002, *M^{lle} G*, n° 226839 : *Rec. CE*, p. 31], même si l'engagement de l'État requérant à détenir dans un établissement adapté suffit à écarter la violation [CE, 24 oct. 2005, *Deville*, n° 276685, *Rec. CE*, T. : le ministre belge avait garanti aux autorités françaises que l'extradé, paraplégique, serait détenu dans un établissement adapté de Bruges ; v. aussi CE, 21 déc. 2007, *Gagnidzé*, n° 306448 : *inédit* : les autorités

586. Le déséquilibre actuel²⁶⁰⁷ tendant à privilégier l'ordre public sur la santé et la dignité du détenu ressort d'une interprétation littérale récente de la suspension médicale de peine, dans laquelle la Cour de cassation rappelait que la décision de révocation de la suspension médicale pour violation d'une obligation n'avait pas à prendre en compte l'état de santé²⁶⁰⁸. Finalement, le droit à la libération en cas d'état de santé incompatible, limité dans sa consécration internationale et dans sa retranscription nationale la plus emblématique, la suspension médicale de peine²⁶⁰⁹, se rattache d'abord à la conservation par le détenu de ses droits fondamentaux, notamment le droit à la santé, plutôt qu'à la prohibition de l'affliction disproportionnée générée par la privation de liberté, celle-ci se trouvant trop facilement mise en échec par les considérations de protection de l'ordre public. Même cet élément relativise l'existence d'une véritable capacité à la détention²⁶¹⁰. L'exception de dangerosité, limite au

géorgiennes se sont engagées à incarcérer l'individu dans un établissement moderne, dans le cadre d'une réforme engagée], et dans lequel le juge administratif réalise le contrôle de la compatibilité de l'état de santé avec la future détention [CE, 21 déc. 2007, *Oana*, n° 305266 : *inédit* : le Conseil d'État estimait que le suivi cardiologique de l'individu pourrait être réalisé durant l'exécution d'une peine]. Ces mêmes exceptions à l'extradition figurent dans les Conventions bipartites d'extradition signées par la France [v. pour un exemple, CE, 21 avr. 1997, *O'Callaghan*, n° 176889 : *Rec. CE*, T.]. Au-delà, l'incompatibilité de l'état de santé est même un des « principes généraux du droit applicables à l'extradition » [CE, 13 oct. 2000, *Kozirev*, n° 212865 : *Rec. CE* ; *RFDA*, 2001, p. 1042, concl. I. DE SILVA ; en l'espèce, dès lors que le gouvernement n'avait pas obtenu des garanties sur le traitement médical que recevrait en détention l'étranger des autorités russes, le décret d'extradition était annulé]. L'annulation est soumise aussi à l'erreur manifeste d'appréciation [CE, 10 févr. 2006, *Kherroubi c. min. Justice*, n° 284771 : *Rec. CE* : T.]. Le droit du mandat d'arrêt européen prévoit aussi que « des raisons humanitaires sérieuses, en particulier si la remise de la personne recherchée est susceptible d'avoir pour elle des conséquences graves en raison notamment de son âge ou de son état de santé », permettent de sursoir à la remise [art. 695-38 CPP ; v. sur la disposition D. ROETS, « Des raisons humanitaires sérieuses justifiant un sursis temporaire à l'exécution de la remise d'une personne objet d'un mandat d'arrêt européen : à propos de l'article 695-38 du Code de procédure pénale » ; *Dr. pénal*, 2010, ét. n° 15].

²⁶⁰⁶ L'expulsion, dont l'exécution peut justifier la rétention, ne peut frapper « l'étranger résidant habituellement en France dont l'état de santé nécessite une prise en charge médicale dont le défaut pourrait entraîner pour lui des conséquences d'une exceptionnelle gravité, sous réserve qu'il ne puisse effectivement bénéficier d'un traitement approprié dans le pays de renvoi » [art. L. 521-3 CESEDA]. Seule l'hypothèse de l'étranger dangereux, « en cas de comportements de nature à porter atteinte aux intérêts fondamentaux de l'État, ou liés à des activités à caractère terroriste, ou constituant des actes de provocation explicite et délibérée à la discrimination, à la haine ou à la violence contre une personne déterminée ou un groupe de personnes », justifie alors de procéder à l'expulsion malgré l'état de santé. L'arrêt de reconduite à la frontière, qui permet également la rétention administrative, est également empêché pour « l'étranger résidant habituellement en France dont l'état de santé nécessite une prise en charge médicale dont le défaut pourrait entraîner pour lui des conséquences d'une exceptionnelle gravité, sous réserve qu'il ne puisse effectivement bénéficier d'un traitement approprié dans le pays de renvoi » [art. L. 511-4 10° CESEDA].

²⁶⁰⁷ V. pour une conclusion similaire et des motifs pour espérer une application plus étendue du dispositif, M. DE CROUY-CHANEL, É. NOËL et O. SANNIER, « Les aménagements de peine pour raison médicale : approche médico-judiciaire pour une meilleure mise en œuvre » ; *AJP*, 2010 ; p. 318.

²⁶⁰⁸ Cass. crim., 12 avr. 2012, n° 11-85.673 : *Bull. crim.*, n° 98 ; *AJP*, 2012, p. 663, obs. M. HERZOG-EVANS ; *Dr. pén.*, 2012, comm. n° 98, obs. M. VÉRON. En l'espèce, le détenu dont le pronostic vital était engagé, n'avait pas respecté l'obligation de résidence à laquelle il était soumis.

²⁶⁰⁹ V. de manière plus générale sur la difficulté pour séparer nettement la peine des autres mesures afflictives, M. VAN DE KERCHOVE, « Le sens de la peine dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français » ; *RSC*, 2008, p. 805.

²⁶¹⁰ V. sur la notion, *supra*, n° 564 et s.

droit à la libération en cas d'état de santé incompatible, alors que celui a vocation à s'exprimer pleinement pour la peine privative de liberté, poursuit de rapprocher la peine et la mesure de sûreté.

587. Le rapatriement de l'entier contrôle de l'exécution de la privation de liberté dans les fondements de la sûreté. Au regard du détachement progressif du contrôle européen de l'exécution de la privation de liberté de la méthode classique de la caractérisation du traitement inhumain et dégradant, par l'objectivisation, qui aboutit à encadrer l'exécution de la privation de liberté et contenir son affliction, au point que nous en avons fait une des dimensions du droit à ne pas subir de rigueur disproportionnée, son absorption au sein de l'article 5 n'apparaît pas illégitime. Certains raisonnements européens semblent confondre les fondements²⁶¹¹. D'autres arrêts établissent des liens entre la sanction de l'affliction disproportionnée sur le fondement de l'article 3 et ses incidences sur les garanties de l'article 5, notamment le contrôle judiciaire²⁶¹². Une telle intégration achèverait de relier les principes d'encadrement de l'exécution de la privation de liberté à la prohibition de la détention arbitraire et à la protection de la liberté individuelle. L'intérêt d'une telle solution tient dans l'intégration nette du respect des principes réglant l'exécution de la privation de liberté dans sa légalité et dans la possibilité de les sanctionner par la libération, sur le fondement de l'article 5 § 4.

²⁶¹¹ Notamment quant au contrôle de l'adéquation matérielle de la privation de liberté à la personnalité du détenu, v. *supra*, n° 499.

²⁶¹² CEDH, sect. V, 19 janv. 2012, *Popov c. France*, req. n°s 39472/07 et 39474/07 : *JCP*, 2012, n° 221, obs. F. SUDRE ; *Dr. famille*, 2012, comm. n° 43, note M. BRUGGEMAN ; *AJDA*, 2012, p. 1726, chron. L. BURGORGUE-LARSEN ; *D.*, 2012, p. 363, obs. C. FLEURIOT ; *ibid.*, p. 864, entretien S. SLAMA ; *ibid.*, p. 2267, chron. A. GOUTTENOIRE ; *ibid.*, 2013, p. 324, chron. K. PARROT ; *AJP*, 2012, p. 281, note S. SLAMA ; *Rev. crit. DIP*, 2012, p. 826, comm. K. PARROT ; § 116 et s. L'arrêt *Popov*, qui concernait la rétention administrative du mineur en droit français, a sanctionné la privation de liberté sur le fondement de l'article 3, en raison de son affliction, et sur le fondement de l'article 5, en raison de l'étude insuffisante par les autorités de la nécessité du placement, exigence en principe exclue pour la détention de l'étranger [v. *infra*, n° 1010], fondée en l'espèce sur l'affliction de la privation de liberté. – CEDH, sect. V, 10 janv. 2013, *Claes c. Belgique*, req. n° 43418/09. Au sujet d'un aliéné détenu pendant plusieurs années dans une annexe pénitentiaire psychiatrique, dont l'encadrement médical était déficient, l'inadaptation justifiait à la fois une violation de l'article 3 et une violation de l'article 5. – CEDH, sect. V, 23 juil. 2013, *Suso Musa c. Malte*, req. n° 42337/12, en angl. Concernant la détention des demandeurs d'asile, catégorie de personne dont la Cour a déjà évoqué la vulnérabilité particulière, l'indignité des conditions de détention a servi comme un des éléments servant à l'appréciation de la durée raisonnable de la privation de liberté, même si cet élément a été utilisé en combinaison avec d'autres pour justifier la détention.

588. **La nécessaire consécration supra-légale d'un droit subjectif à la libération en cas d'exécution de la privation de liberté contraire à la Convention : la perte de sens de la privation de liberté.** Si le filtre dynamique de la délimitation de la privation de liberté apparaît plus vigoureux que le filtre statique²⁶¹³, c'est d'abord parce que la jurisprudence européenne a dégagé trois droits, qui encadrent abstraitement l'exécution de la privation de liberté et peuvent faire l'objet d'une contestation concrète devant le juge national ordinaire, afin de préserver la personne privée de liberté d'une rigueur disproportionnée. Le droit à la libération en cas d'état de santé incompatible, même dans son interprétation trop étriquée, constitue celui le plus nettement dégagé, sur le fondement de l'article 3²⁶¹⁴. Le droit d'être privé de liberté dans un lieu assurant un contenu adapté au motif de la privation de liberté, fondé directement sur l'article 5, induit des exigences limitées²⁶¹⁵. Le droit d'obtenir des conditions matérielles de détention conformes au standard européen minimum, développé sur le fondement de l'article 3, reste sans doute celui le plus faible²⁶¹⁶. Les trois vices d'exécution, aux sanctions variées, sont de même nature²⁶¹⁷ : ils altèrent le sens de la privation de liberté, soit en retardant la réalisation de son objectif²⁶¹⁸, soit en réintroduisant la dimension avilissante et humiliante de la détention. La préservation du sens de la privation de liberté, celui positif – sa *ratio legis* – et celui négatif – l'interdiction du traitement inhumain et dégradant –, commande d'aligner leur régime. Ou bien le vice est réparable, et le sens de la privation de liberté peut être rétabli : les différents droits doivent permettre d'obtenir des conditions de détention en conformité avec ce dernier²⁶¹⁹. Ou bien le vice est irréparable, et le sens de la privation de liberté est durablement compromis : les différents droits doivent permettre d'obtenir la libération à l'issue d'une contestation juridictionnelle²⁶²⁰, sauf le constat de l'exceptionnelle dangerosité²⁶²¹.

²⁶¹³ V. *supra*, n° 451.

²⁶¹⁴ V. *supra*, n° 564 et s.

²⁶¹⁵ V. *supra*, n° 476 et s.

²⁶¹⁶ V. *supra*, n° 519 et s.

²⁶¹⁷ L'état de santé incompatible justifie la libération sur le fondement de l'article 3 ; l'adéquation matérielle, consacrée dans l'article 5 § 1^{er}, intègre la notion de légalité de la privation de liberté, dont l'irrespect est sanctionné par la libération, en vertu de l'article 5 § 4 ; les conditions matérielles de détention, fondées sur l'article 3, ne supportent qu'un droit à l'amélioration des conditions de détention.

²⁶¹⁸ L'inadéquation matérielle réalise cette atteinte nettement. Les autres vices d'exécution, qui frappent principalement la peine privative de liberté, sont de nature à menacer la préparation de la réinsertion, même si ce sens de la détention *sanction* n'a pas de reconnaissance supra-légale.

²⁶¹⁹ Le modèle à généraliser est fixé par les principes européens réglant la contestation des conditions matérielles de détention indignes.

²⁶²⁰ Le modèle à généraliser est fixé par les principes européens réglant la contestation de l'état de santé incompatible.

²⁶²¹ La reconnaissance de l'exception de dangerosité à l'inadéquation matérielle et à l'incompatibilité de l'état de santé montre d'ailleurs la vocation des vices d'exécution à suivre le même régime.

589. **Le droit de subir une rigueur proportionnée : la redéfinition des éléments de l'appréciation du bien-fondé concret de la privation de liberté.** Sanctionner les trois vices d'exécution – inadéquation matérielle, état de santé incompatible et indignité des conditions matérielles de détention – par la libération, à condition de constater leur caractère irréparable, revient à redéfinir le bien-fondé de la privation de liberté, qu'il revient au juge de la privation de liberté, membre de l'autorité judiciaire, d'apprécier, au cours de son contrôle périodique à bref délai de la privation de liberté, pour y inclure les conditions de l'exécution. Le développement de l'exception de dangerosité dans la jurisprudence européenne relève de cette logique et conduit à une appréciation enrichie du bien-fondé de la privation de liberté, entre protection de l'ordre public et rejet de la rigueur disproportionnée, au-delà de sa dimension classique, liée à la mesure de la durée, dans sa dimension novatrice, liée à la mesure de sa sévérité²⁶²². À retenir cette analyse, l'opportunité de faire du juge de la privation de liberté le juge de son exécution se pose, même si le juge administratif n'a pas démerité en la matière, notamment par l'abandon progressif de la qualification de mesure d'ordre intérieur, pour éliminer toute dualité dans le contentieux de l'exécution de la privation de liberté²⁶²³, qui pourrait compliquer l'établissement du caractère réparable ou irréparable du vice d'exécution, avant de statuer sur une éventuelle libération.

²⁶²² Ce qui pose, pour la détention *sanction*, l'admission de la libération pour vice d'exécution durant le délai d'épreuve de la libération conditionnelle, à l'image de la suspension médicale de peine, tandis que l'appréciation de la proportionnalité de la durée resterait logiquement neutralisée durant cette époque, pour se heurter au maintien du sens répressif de la peine.

²⁶²³ Celle-ci ferait de la juridiction administrative le juge du vice d'exécution réparable et de la juridiction judiciaire le juge du vice d'exécution irréparable.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

590. **Le droit d'être privé de liberté selon une loi dénuée d'arbitraire : de l'effet nocif de l'accroissement constant de la privation de liberté.** La défense de l'ordre public permet largement le recours à la privation de liberté comme son maintien dans le temps, dans la jurisprudence constitutionnelle et dans la jurisprudence européenne, qui consacrent une large marge d'appréciation au profit du législateur, en contradiction avec les principes fondamentaux encadrant la privation de liberté et qui ne fait pas de la liberté individuelle une liberté de premier ordre²⁶²⁴. Comme pour le droit à la sûreté, le contrôle des nécessité et proportionnalité abstraites de la mise en échec de la liberté individuelle n'apparaît pas véritablement supérieur à celui des atteintes aux autres libertés fondamentales, y compris pour les privations de liberté les plus attentatoires, et le droit d'être privé de liberté selon une loi dénuée d'arbitraire a supporté la prospérité de la mesure de sûreté²⁶²⁵ et l'alignement du droit des mineurs sur le droit des majeurs²⁶²⁶, et l'accroissement du champ de la privation de liberté a même dépassé le champ pénal. Le développement des droits de la personne privée de liberté en lien avec l'exécution de la détention aboutiront sans doute à une hausse du cantonnement de la privation de liberté, mais leur portée reste encore trop légère. Le principe de l'interdiction de la rigueur non nécessaire a échoué.

591. Pourtant, l'accroissement constant de la détention, comme des mesures de contrôle plus généralement²⁶²⁷, pose en lui-même la question de la pertinence de la méthode, toute extension nouvelle venant directement désavouer l'efficacité de la précédente. Le même accroissement, en générant une surcharge pour les services de garde, apparaît désormais comme une des causes principales de résistance à la pleine application des droits des détenus, tandis que les résistances idéologiques sont de moins en moins fermes. La même surcharge,

²⁶²⁴ Voir en même sens, V. GOESEL-LEBIHAN, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel : présentation générale » ; *LPA*, 5 mars 2009, p. 62. L'auteur classait la liberté individuelle dans un « échelon intermédiaire », dont « le contrôle n'est entier qu'en cas d'atteinte grave », tandis que les droits et libertés de l'échelon supérieur profitent toujours d'un contrôle entier de proportionnalité, et que les droits et libertés de l'échelon inférieur bénéficient toujours un contrôle restreint.

²⁶²⁵ Voir CH. LAZERGES, « Le choix de la fuite en avant au nom de la dangerosité : les lois 1, 2, 3, 4, 5, etc. sur la prévention et la répression de la récidive » ; *RSC*, 2012, p. 274, ou V. TELLIER-CAYROL, « La récidive : de quelques paradoxes et incohérence » ; *AJP*, 2012, p. 64.

²⁶²⁶ Voir J. POUYANNE, « Le nouveau droit pénal intéressant les mineurs, ou la difficulté d'être entre protection et répression » ; *Dr pénal*, 2003, chron. n° 14, ou CH. LAZERGES, « La démolition méthodique de la justice des mineurs devant le Conseil constitutionnel » ; *RSC*, 2011, p. 728 ou PH. BONFILS, « Le droit pénal substantiel des mineurs » ; *AJP*, 2005, p. 45, ou PH. BONFILS, « L'autonomie du droit pénal des mineurs, entre consécration et affaiblissement » ; *AJP*, 2012, p. 312.

²⁶²⁷ V. pour l'aménagement des peines, P. PONCELA, « Finir sa peine : libre ou suivi ? » ; *RSC*, 2007, p. 883.

par effet de dilution, menace directement d'entamer l'efficacité de l'objectif de protection de l'ordre public, bien juridique de la privation de liberté. Si le mythe du législateur a péri depuis longtemps, l'étude du droit d'être privé de liberté selon une loi dénuée d'arbitraire montre aussi l'échec des juges de la loi, constitutionnel ou européen, à défendre la liberté individuelle. La richesse du droit d'être privé de liberté sous le contrôle de l'autorité judiciaire apparaît indispensable pour assurer la protection de la liberté individuelle.

Partie II./ LE DROIT D'ÊTRE PRIVÉ DE LIBERTÉ SOUS LE CONTRÔLE DU JUGE JUDICIAIRE

592. **De l'autorité judiciaire, gardien de la liberté individuelle, au juge de la privation de liberté.** L'article 66 de la Constitution fait de l'« *autorité judiciaire* » la « *gardienne de la liberté individuelle* ». Issue de la volonté de consacrer un véritable *Habeas corpus* en droit français²⁶²⁸, la formulation finalement adoptée s'en éloignait, pour être consacrée dans une incise et pour cumuler les notions générales²⁶²⁹. La jurisprudence constitutionnelle en a fait pourtant le principe emblématique de la protection contre la privation de liberté, au détriment de la prohibition de la détention arbitraire²⁶³⁰, en déduisant de l'article 66 de la Constitution la consécration d'un recours français en *Habeas corpus* : « *la liberté individuelle ne peut être tenue pour sauvegardée que si le juge intervient dans le plus court délai possible* »²⁶³¹. Plus que l'autorité judiciaire, c'est bien le juge judiciaire qui se trouve être le gardien principal de la liberté individuelle. Pour autant, il ne bénéficie du monopole de la fonction, et à la part de l'autre composante de l'autorité judiciaire, les magistrats du parquet, s'ajoute celle minoritaire du juge administratif, et c'est l'ensemble du contrôle juridictionnel de la privation de liberté qui sera étudié, même s'il appartient bien pour l'essentiel au juge judiciaire. La protection maximale de la liberté individuelle nécessite même d'exiger du juge judiciaire, lorsqu'il intervient comme son gardien, des exigences supérieures au droit commun de l'activité juridictionnelle, sous peine de banaliser la garantie, et de distinguer un juge judiciaire autonome chargé du contrôle de la privation de liberté, le juge de la privation de liberté, qui trouve sa source directement dans l'article 66 de la Constitution.

²⁶²⁸ V. *supra*, n° 98 et s.

²⁶²⁹ La disposition évoque l'« *autorité judiciaire* », sans distinction de ses composantes, les magistrats du siège et ceux du parquet [art. 65 de la Constitution]. La disposition évoque le rôle de « *gardien* », la largesse de la notion fondant une large réserve de compétence. Enfin, la disposition se réfère à la « *liberté individuelle* », alors que son premier alinéa renvoie à la « *détention* ». La jurisprudence constitutionnelle a cependant progressivement réduit la notion de l'atteinte à la liberté individuelle pour la confondre pratiquement avec la privation de liberté [v. *supra*, n° 101].

²⁶³⁰ V. *supra*, n° 119 et s.

²⁶³¹ Cons. const., déc. n° 79-109 DC du 9 janv. 1980 portant sur la loi relative à la prévention de l'immigration clandestine et portant modification de l'ord. n° 45-2658 du 2 nov. 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers et portant création de l'Office national d'immigration : *J. O.*, 11 janv. 1980, p. 84 ; consid. n° 4.

593. **De l' « intervention » du gardien de la liberté individuelle au recours judiciaires spéciaux en contestation du bien-fondé de la privation de liberté.** Si la notion de gardien est en elle-même imprécise, son interprétation par le Conseil constitutionnel au cours de sa décision sur la loi *Sécurité et liberté* n'éclairait pas, en qualifiant le premier recours judiciaire spécial à la privation de liberté d'« *intervention* ». L'article 5 § 4 de la Convention européenne des droits de l'Homme, autre recours juridictionnel²⁶³² spécial de la privation de liberté, que l'article 66 de la Constitution permet de rattacher également à la compétence du juge judiciaire en droit français, est plus précis, pour consacrer « *le droit d'introduire un recours devant un tribunal, afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale* ». La jurisprudence française a toujours interprété restrictivement la réserve de la compétence du juge judiciaire en matière de privation de liberté, et il ne bénéficie que du monopole de l'appréciation de son bien-fondé, tandis que sa régularité, autre élément de sa légalité au sens de l'article 5 § 4, est soumise aux règles classiques de répartition des compétences entre les deux ordres de la juridiction. Le contrôle du juge judiciaire de la privation de liberté s'exerce principalement à travers des recours judiciaires spéciaux, en *Habeas corpus* sur le fondement de l'article 66 de la Constitution ou à bref délai sur le fondement de l'article 5 § 4 de la Convention européenne des droits de l'Homme, et concernent, du fait du maintien de la dualité juridictionnelle pour le contrôle de la régularité de la privation de liberté, la contestation de son bien-fondé, soit le contrôle concret de sa nécessité et celui de sa proportionnalité.

594. **L'obtention de la libération : le cœur du droit d'être privé de liberté sous le contrôle du juge judiciaire.** La finalité des recours judiciaires spéciaux de la privation de liberté tient à l'obtention de la libération²⁶³³ : elle se trouve précisée expressément à l'article 5 § 4 de la Convention européenne des droits de l'Homme et ressort implicitement de l'article 66 de la Constitution. Si dégager la compétence du juge judiciaire sur le fondement de l'interdiction de la détention arbitraire lui réserve une compétence étendue du contrôle la privation de liberté, y compris en dehors des moyens d'obtention de la libération, la dégager sur la fonction de gardien de la liberté individuelle aboutit à une réserve plus limitée, puisque l'action de garde se limite strictement à laisser en liberté ou à restituer la liberté individuelle confisquée. Même dans cette vision limitée de la compétence judiciaire, les recours judiciaires spéciaux de la privation de liberté se caractérisent par la possibilité

²⁶³² La disposition vise le tribunal.

²⁶³³ Ils se distinguent en conséquence des recours indemnitaires ou encore de l'action pénale contre une atteinte arbitraire à la liberté individuelle.

d'obtenir la libération, et se distingue de toute autre action visant à obtenir un autre résultat en raison de la violation du droit de la privation de liberté²⁶³⁴.

595. Approche globale de la privation de liberté : la gradation du contrôle de l'autorité judiciaire au fil du maintien en privation de liberté dans le standard supra-légal. Si le contrôle supra-légal abstrait de la nécessité et de la proportionnalité de la privation de liberté s'inscrit dans une étude fragmentée²⁶³⁵ et porte sur un titre de privation de liberté isolé, le contrôle concret de l'autorité judiciaire de la nécessité et de la proportionnalité s'inscrit en plus de l'approche fractionnée²⁶³⁶ dans l'approche globale, celle du chaînage : l'intervention de l'autorité judiciaire se renforce au fil de la poursuite de la privation de liberté, indépendamment de la succession de régimes différents en droit. La privation de liberté de police est soumise à la forme la plus légère, celle du contrôle en temps réel²⁶³⁷ et tolère le contrôle des magistrats du parquet, l'autorité judiciaire dépendante²⁶³⁸ ; la poursuite de la privation de liberté de police nécessite l'« *intervention* » du juge, l'autorité judiciaire indépendante, en *Habeas corpus* ; la prolongation ultérieure et périodique de la privation de liberté, placée définitivement sous le giron de l'autorité judiciaire indépendante, revient au tribunal, qui doit statuer à bref délai lorsqu'il est saisi d'une demande de remise en liberté

596. Le contrôle judiciaire de la nécessité de la privation de liberté : la recherche de l'*Habeas corpus*. L'appréciation judiciaire de la nécessité de la privation de liberté concerne le placement²⁶³⁹. Sauf à être intégrée dans un titre pérenne judiciaire de privation de liberté, elle interviendra, dans l'approche globale, au terme de la privation de liberté de police²⁶⁴⁰. C'est donc lors de la première « *intervention* » du juge judiciaire sur la privation de liberté que le contrôle judiciaire de la nécessité de la privation de liberté est porté. Le recours spécial qui le porte doit en conséquence être tenu dans le plus court délai possible, pour empêcher l'affliction de la détention arbitraire de croître. *L'Habeas corpus act* de 1679,

²⁶³⁴ V. *infra*, n° 600 et s.

²⁶³⁵ V. *supra*, n° 358.

²⁶³⁶ Notamment lorsqu'il s'agit pour le juge judiciaire, à bref délai, de prononcer le titre pérenne de privation de liberté, le titre du tribunal, ou de maintenir la personne privée de liberté dans ce même régime par un nouveau titre [v. *infra*, n° 960 et s.].

²⁶³⁷ V. *supra*, n° 615 et s. Dans le dernier état de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, ce contrôle est absent du standard européen, et bénéficie d'une consécration partielle dans la jurisprudence constitutionnelle.

²⁶³⁸ CEDH, sect. V, 23 nov. 2010, *Moulin c. France*, req. n° 37104/06 : *AJDA*, 2011, p. 889, chron. L. BURGOGNE-LARSEN ; *D.*, 2011, p. 277, obs. J.-F. RENUCCI ; *ibid.*, p. 338, obs. S. LAVRIC ; *ibid.*, note J. PRADEL ; *ibid.*, p. 26, point de vue F. FOURMENT ; *RSC*, 2011, p. 208, note D. ROETS ; *Dr. pénal*, 2011, comm. n° 26, obs. A. MARON et M. HAAS ; *Procédures*, 2011, comm. n° 30, note A.-S. CHAVENT-LECLÈRE ; *Gaz. Pal.*, 9 déc. 2010, p. 6, note O. BACHELET ; *JCP*, 2010, n° 1206, obs. F. SUDRE.

²⁶³⁹ V. *supra*, n° 91 et s.

²⁶⁴⁰ V. *supra*, n° 62 et s.

parmi plusieurs moyens²⁶⁴¹, organisait surtout un recours juridictionnel rapide²⁶⁴² à l'initiative du prisonnier²⁶⁴³, afin d'apprécier la légalité de la privation de liberté et obtenir, à défaut, la libération²⁶⁴⁴. Le premier contrôle du juge judiciaire de la privation de liberté, celui de la nécessité, matérialise l'*Habeas corpus*, et sa caractérisation véritable dépend de son exceptionnelle célérité.

597. Le contrôle judiciaire de la proportionnalité de la privation de liberté : l'étendue du recours à bref délai. L'appréciation judiciaire de la proportionnalité de la privation de liberté, ultérieurement au premier contrôle de la nécessité, concerne son maintien ou sa prolongation²⁶⁴⁵. Sa célérité compte moins que sa périodicité, le risque de la détention arbitraire, dans son sens strict, ayant été écarté, et c'est la démesure de la privation de liberté, dans sa durée ou sa sévérité, que l'on cherche à éviter. Le contrôle judiciaire doit en revanche être large, pour s'éloigner de l'urgence du placement et pour être confronté à l'affliction croissante de la privation de liberté au fil du temps, voire à la survenue de circonstances nouvelles. C'est le contrôle à bref délai de l'article 5 § 4 qui porte l'appréciation judiciaire périodique de la proportionnalité de la privation de liberté. Ce recours judiciaire est typique de la mesure de sûreté et est écarté en principe de la détention *sanction*, puisque le sens univoque²⁶⁴⁶ de la répression se maintient tout au long de son exécution, cassure importante de la privation de liberté, au moins dans les principes, relativisant la théorie générale²⁶⁴⁷. Le maintien ou la remise en cause de cette étendue du recours à bref délai renseigne directement sur la force de la théorie générale.

598. L'autonomie du contrôle judiciaire de la privation de liberté. L'importance de la privation de liberté nécessite que son traitement se distingue du reste de l'activité juridictionnelle, pour faire bénéficier à la liberté individuelle d'une protection exceptionnelle et centrale : l'autonomie de la privation de liberté doit être recherchée dans

²⁶⁴¹ Ainsi le texte visait à assurer l'identification du lieu de détention des prisonniers et à limiter les possibilités de transfert pour empêcher sa disparition et à assurer l'information au prisonnier des motifs de sa privation de liberté.

²⁶⁴² En principe le prisonnier doit être présenté devant le juge trois jours après la présentation au gardien du writ d'*Habeas corpus*.

²⁶⁴³ Si le contrôle juridictionnel n'était pas automatique, la saisine du juge était facilitée car elle pouvait être réalisée par un mandataire.

²⁶⁴⁴ Le recours ne concernait pas tous les cas de privation de liberté, la détention du suspect pour les crimes graves ou encore les détentions civiles en étant écartées.

²⁶⁴⁵ V. *supra*, n° 93 et s.

²⁶⁴⁶ V. *supra*, n° 503 et s.

²⁶⁴⁷ V. *supra*, n° 52.

l'étude du droit d'être privé de liberté sous le contrôle du juge judiciaire²⁶⁴⁸. À côté, l'efficacité du même droit identifiée, d'autant plus que la délimitation abstraite du champ de la privation de liberté est large²⁶⁴⁹. Les recours judiciaires spéciaux en contestation du bien-fondé, aux assises supra-légales, méritent une étude approfondie, afin de chercher leur capacité à assurer la lutte contre l'arbitraire de la privation de liberté ou contre sa démesure. L'étendue du contrôle de l'autorité judiciaire de la privation de liberté doit également être établie, et de manière évidente, elle constitue un élément primordial de la détermination de la vigueur de la protection de la liberté individuelle. En conséquence, l'efficacité du droit d'être privé de liberté sous le contrôle du juge judiciaire nécessite d'étudier les droits de recours judiciaires spéciaux en contestation du bien-fondé de la privation de liberté (*Titre I*) et le droit de contester la légalité de la privation de liberté (*Titre II*).

²⁶⁴⁸ L'autonomie, dans la dimension abstraite, impliquerait un encadrement supra-légal supérieur au droit commun de l'atteinte à la liberté fondamentale. L'étude du droit à être privé de liberté selon une loi dénuée d'arbitraire a montré un défaut du droit sur ce point [v. *supra*, n° 590 et s.].

²⁶⁴⁹ V. *supra*, n° 590 et s.

Titre I./LES DROITS DE RECOURS JUDICIAIRES SPÉCIAUX EN CONTESTATION DU BIEN-FONDÉ DE LA PRIVATION DE LIBERTÉ

599. **Distinction du droit au juge.** Le droit au juge garantit au justiciable un recours juridictionnel effectif pour faire trancher un grief et bénéficie d'une reconnaissance internationale²⁶⁵⁰ et constitutionnelle²⁶⁵¹. Les recours spéciaux judiciaires en contestation du bien-fondé de la privation de liberté, celui de la nécessité en *Habeas corpus* et celui de la proportionnalité à bref délai, se démarquent du droit commun et brillent par leur célérité exceptionnelle, la réserve constitutionnelle de la compétence judiciaire et le pouvoir de libération, afin d'assurer l'effectivité de la lutte contre la détention arbitraire.

600. **Distinction des recours juridictionnels en contestation de la conformité de la loi privative de liberté aux principes supra-nationaux.** Les deux recours judiciaires spéciaux de la privation de liberté se distinguent de la contestation abstraite de la conformité de la base légale²⁶⁵² aux principes supra-légaux²⁶⁵³ qui encadrent la privation de liberté, par leur dimension concrète.

601. **Distinction des recours juridictionnels en contestation de la régularité.** Si seule l'appréciation du bien-fondé de la privation de liberté est réservée au juge judiciaire, la régularité obéit aux règles de droit commun de compétence entre les deux ordres de

²⁶⁵⁰ L'article 13 de la Convention européenne des droits de l'Homme [« *Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles.* »], garantit un recours juridictionnel interne, pour trancher les griefs relatifs aux droits protégés par celle-ci.

²⁶⁵¹ Cons. const., déc. n° 99-416 DC du 23 juil. 1999 relative à la loi portant création d'une couverture maladie universelle : *J. O.*, 28 juil. 1999, p. 11250 ; consid. n° 38 : le Conseil déduisait de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen « *qu'il ne doit pas être porté d'atteintes substantielles au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction* ».

²⁶⁵² V. *supra*, n° 37.

²⁶⁵³ La consécration supra-légale de ces deux recours concrets, soit au niveau international, soit au niveau constitutionnel, aboutit aussi à reconnaître à la personne privée de liberté le droit de contester abstraitement leur traduction législative, et l'étude de leur encadrement abstrait pourrait d'ailleurs intégrer le droit d'être privé de liberté selon une loi dénuée d'arbitraire [v. *supra*, n° 133 et s.]. Mais les qualités des recours restent essentielles au contrôle de l'autorité judiciaire sur la privation de liberté, au point de s'y imbriquer, et justifie son étude dans cette deuxième partie.

juridiction et relève tantôt du juge judiciaire²⁶⁵⁴, tantôt du juge administratif. La contestation administrative de la régularité de la privation de liberté reste soumise à l'article 5 § 4 de la Convention européenne des droits de l'Homme, qui vise largement la légalité de la privation de liberté : elle reste soumise à la célérité du bref délai et la sanction de la libération, ouvrant un droit de recours administratif spécial à la privation de liberté²⁶⁵⁵.

602. Distinction des recours juridictionnels en contestation des conditions de l'exécution de la privation de liberté. Si la Cour européenne des droits de l'Homme a développé son contrôle de l'exécution de la privation de liberté, fixant des principes qui réalisent sont encadrement abstrait, et qu'il revient au juge national d'appliquer concrètement, ses implications divergent²⁶⁵⁶. Le vice d'exécution a sûrement vocation à intégrer pleinement l'appréciation du bien-fondé de la privation de liberté, progrès non achevé²⁶⁵⁷, alors que la jurisprudence européenne ne consacre principalement un droit à l'amélioration des conditions de détention générant une rigueur disproportionnée, qui doit être porté par un recours juridictionnel effectif, dégagé sur le fondement de droit commun du droit au juge²⁶⁵⁸.

603. Distinction des recours juridictionnels en indemnisation de la privation de liberté réalisée en violation du droit national ou du droit européen. La Convention européenne des droits de l'Homme consacre, au sein de l'article 5 § 5, le droit à obtenir une indemnisation pour la détention réalisée en violation de la disposition, ce qui incorpore aussi la violation du droit interne, puisque son non-respect entraîne une violation de la Convention²⁶⁵⁹ et oblige le droit national à prévoir un recours juridictionnel effectif pour porter la demande indemnitaire. Cette action ne permet pas de mettre un terme à la détention arbitraire encore en cours, et celle-ci sert surtout à sanctionner la privation de liberté passée.

604. Les droits de recours spéciaux judiciaires en contestation du bien-fondé de la privation de liberté : Habeas corpus et recours à bref délai. Seuls les recours ouverts à la personne privée de liberté, au cours de sa privation de liberté, devant le juge judiciaire, afin de contester le bien-fondé de sa privation de liberté, pour obtenir la

²⁶⁵⁴ La contestation de la régularité judiciaire profite alors des recours judiciaires spéciaux de la privation de liberté et peut être portée par eux.

²⁶⁵⁵ Nous intégrerons ce recours dans l'étude de l'étendue du contrôle de la légalité, même s'il échappe à l'autorité judiciaire [v. *infra*, n° 898 et s.].

²⁶⁵⁶ V. *supra*, n° 588 et s.

²⁶⁵⁷ V. *supra*, n° 589.

²⁶⁵⁸ En vertu de la dualité française, le juge administratif est en conséquence compétent, et nous avons déjà étudié le recours [v. *supra*, n° 514 et s.]. Il reste toutefois à étudier le traitement par le juge français de la contestation des conditions de détention indignes, en raison de la surpopulation, de la vétusté ou de l'insalubrité, notamment au regard de son intégration éventuelle dans la notion de légalité [v. *infra*, n° 940 et s.].

²⁶⁵⁹ V. *supra*, n° 129.

libération, bénéficient de l'autonomie maximale²⁶⁶⁰ : ces actions délimitent le périmètre de la fonction du juge judiciaire de gardien de la liberté individuelle²⁶⁶¹. Ces recours spéciaux tiennent dans le recours immédiat en *Habeas corpus* et au recours périodique à bref délai. Les deux recours sont de même nature et ont des points communs : ils appartiennent tous deux au juge judiciaire, qui dispose du pouvoir de libération, éléments de qualification du juge de la privation de liberté. En revanche, les deux contrôles ont des caractéristiques différentes, adaptées à leurs fonctions spécifiques, au sein même de la privation de liberté, qui distinguent le contrôle judiciaire de nécessité en *Habeas corpus*, le plus rapide et celui de proportionnalité à bref délai, dont l'application à un stade ultérieur de la privation de liberté permet notamment la tenue d'un véritable procès de la privation de liberté. Ces points communs établissent le droit au juge de la privation de liberté (*Chapitre I*) et leurs divergences permettent de former le droit à un recours adapté (*Chapitre II*).

²⁶⁶⁰ V. *supra*, n° 598.

²⁶⁶¹ Il s'ajoute dans la réserve judiciaire des compétences protégées concernant l'indemnisation de l'irrégularité administrative de la privation de liberté [v. *infra*, n° 862 et s.].

Chapitre I./LE DROIT AU JUGE DE LA PRIVATION DE LIBERTÉ : LE POINT COMMUN ENTRE *HABEAS CORPUS* ET RECOURS À BREF DÉLAI

605. **Seulement un magistrat judiciaire : un membre de l'autorité judiciaire.** C'est une disposition expresse du corps de la Constitution, l'article 66, qui fait de l'autorité judiciaire le gardien de la liberté individuelle. Tout cas de privation de liberté doit être soumis au contrôle du magistrat judiciaire, celui du parquet ou du celui du siège, dès le début de la privation de liberté. La fonction de gardien de la liberté individuelle du magistrat du parquet intéresse principalement la privation de liberté de police²⁶⁶² et son contrôle en temps réel.

606. **Plus qu'un membre de l'autorité judiciaire : le juge judiciaire.** La privation de liberté judiciaire, celle pérenne, est décidée par le juge judiciaire, l'autorité judiciaire indépendante, soit qu'elle résulte de l'adoption par elle d'un titre de privation de liberté contre la personne libre²⁶⁶³, soit qu'elle résulte de la prolongation par elle de la privation de liberté, au terme de la privation de liberté de police²⁶⁶⁴. Le contrôle ultérieur du bien-fondé de la privation de liberté, par la combinaison de l'article 5 § 4 de la Convention européenne des droits de l'Homme²⁶⁶⁵ et de l'article 66 de la Constitution, est aussi réservé au juge judiciaire²⁶⁶⁶. Le droit de la personne privée de liberté de contester le bien-fondé de la mesure de contrainte, en *Habeas corpus* ou à bref délai, s'exerce devant le juge judiciaire.

607. **Plus qu'un juge judiciaire : le juge de la privation de liberté.** Si la compétence d'un juge judiciaire suffit à assurer son indépendance organique, cette seule qualité ne saurait suffire à établir la consécration d'un véritable juge de la privation de liberté,

²⁶⁶² V. *infra*, n° 618.

²⁶⁶³ Le mandat de dépôt est réservé au juge judiciaire [Cons. const., déc. n° 80-127 DC des 19 et 20 janv. 1981 portant sur la loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes : *J. O.*, 22 janv. 1981, p. 308 ; consid. n° 34], comme le prononcé de la peine privative de liberté [Cons. const., déc. n° 95-360 DC du 2 févr. 1995 portant sur la loi relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative : *J. O.*, 7 févr. 1995, p. 2097 ; consid. n° 6].

²⁶⁶⁴ Le Conseil constitutionnel visait l'« *intervention* » d'un « *juge* » [déc. n° 79-109 DC du 9 janv. 1980 : *préc.*].

²⁶⁶⁵ La Convention européenne des droits de l'Homme, qui à vocation à s'appliquer à l'État dualiste ou moniste, développe plutôt la notion de « *tribunal* ». Le texte de la Convention évoque bien la notion d'« *autorité judiciaire* », ou celle de « *juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires* » aux articles 5 § 1er-e) et 5 § 3, mais ces dispositions ne concernent que la privation de liberté du suspect, dont la nature justifie toujours la compétence judiciaire dans les états dualistes. Si bien que dans un système dualiste, hormis la privation de liberté du suspect, la Convention européenne des droits de l'Homme n'impose pas la compétence de l'ordre de juridiction judiciaire pour apprécier la légalité de la privation de liberté. C'est une particularité française, qui consacre l'autorité judiciaire, comme gardien de la liberté individuelle.

²⁶⁶⁶ La notion de tribunal de l'article 5 § 4 suppose d'établir l'indépendance de l'organe [v. *infra*, n° 663].

exerçant son contrôle en parfaite autonomie et doté des pouvoirs et connaissances suffisants pour mettre un terme à l'arbitraire. Le droit au juge de la privation de liberté suppose de reconnaître le droit à un juge indépendant et impartial (*Section I*) et le droit d'obtenir, devant lui, sa libération immédiate et sans condition (*Section II*).

**Section I./ LE DROIT À UN JUGE INDÉPENDANT ET IMPARTIAL : LES QUALITÉS DU JUGE
DE LA PRIVATION DE LIBERTÉ**

608. **Dépassement du droit commun de l'activité juridictionnelle.** Le Conseil constitutionnel le rappelle : « *les principes d'indépendance et d'impartialité sont indissociables de l'exercice de fonctions juridictionnelles* »²⁶⁶⁷. Que le juge de la privation de liberté remplisse ces deux conditions est indispensable, mais elles ne le distinguent pas de tout autre fonction juridictionnelle : l'autonomie du juge de la privation de liberté, tirée de l'article 66 de la Constitution, nécessite de lui appliquer plus fermement encore ces exigences. Le droit à un juge indépendant reçoit une acceptation particulière en matière de privation de liberté : seul le juge judiciaire est compétent (§1). Le droit à un juge impartial doit également bénéficier d'une reconnaissance exceptionnelle, en garantissant l'accès à un juge capable et investi de la seule fonction de gardien de la liberté individuelle (§2).

²⁶⁶⁷ Cons. const., déc. n° 2010-110 QPC du 25 mars 2011, [M. B.] : *J. O.*, 26 mars 2011, p. 5406 ; consid. n° 3. Ces principes trouvent leur source pour les magistrats de l'autorité judiciaire dans l'article 64 de la Constitution et pour les autres magistrats à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen [Cons. const., déc. n° 2011-199 QPC du 25 nov. 2011, [M. G.] : *J. O.*, 26 nov. 2011, p. 20016 ; consid. n° 11].

§ 1./ LE DROIT À UN JUGE INDÉPENDANT : LE JUGE JUDICIAIRE

609. **L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle : l'exclusion de l'ordre juridictionnel administratif.** Issu de l'agrégat de principes plus anciens²⁶⁶⁸, la consécration de l'autorité judiciaire comme le gardien de la liberté individuelle, principe assumé par les rédacteurs de la Constitution²⁶⁶⁹, écarte l'ordre juridictionnel administratif du contrôle principal de la privation de liberté. C'est parce que l'ordre judiciaire présentait les meilleures garanties d'indépendance lorsque le principe a été formé, face à l'émergence d'un juge administratif encore dépendant²⁶⁷⁰, que la liberté individuelle a été placée dans son giron, le maintien du principe dans la Constitution montrant la persistance d'un certain discrédit pour le juge administratif²⁶⁷¹. Cependant, l'interprétation restrictive de la réserve de compétence de l'autorité judiciaire a permis de maintenir la dualité concernant le contrôle de la régularité de la privation de liberté²⁶⁷², de même que le juge administratif tient un rôle essentiel dans le contrôle des conditions de détention²⁶⁷³, si bien qu'il reste un gardien de la liberté individuelle. La privation de liberté ne demeure pas le seul de domaine de compétence imparti au juge judiciaire par le bloc de constitutionnalité, celui-ci étant, par exemple, aussi le gardien de la propriété immobilière²⁶⁷⁴.

²⁶⁶⁸ V. *supra*, n° 100.

²⁶⁶⁹ D. SALLES, « Michel Debré et la protection de la liberté individuelle par l'autorité judiciaire » ; CCC, n° 26, 2009.

²⁶⁷⁰ La loi du 24 mai 1872 portant réorganisation du Conseil d'État [*J. O.*, 31 mai 1872, p. 3625] en son article 9 consacrait que « le Conseil d'État statue souverainement sur les recours en matière contentieuse administrative, et sur les demandes d'annulation pour excès de pouvoirs formées contre les actes des diverses autorités administratives ». Le Conseil constitutionnel rappelle que l'indépendance est indissociable de toute activité juridictionnelle sur le fondement de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen [concernant la juridiction administrative, v. Cons. const., déc. n° 2006-545 DC du 28 déc. 2006 portant sur la loi pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social : *J. O.*, 31 déc. 2006, p. 20320 ; consid. n° 3.]. Le Conseil constitutionnel avait auparavant reconnu la valeur constitutionnelle de l'indépendance de la juridiction administrative sur le fondement d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République, citant la loi du 24 mai 1872 portant réorganisation du Conseil d'État [*J. O.*, 31 mai 1872, p. 3625] comme le point de départ du principe [v. Cons. const., déc. n° 80-119 DC du 22 juil. 1980 relative à la loi portant validation d'actes administratifs : *J. O.*, 24 juil. 1980, p. 1868 ; consid. n° 6 comme pour le juge administratif].

²⁶⁷¹ D. SALLES, *op. cit.* : « À l'époque, le juge administratif est encore vu comme un simple fonctionnaire chargé de juger, d'épauler et de conseiller le Gouvernement auquel la Constitution, muette par ailleurs sur l'existence d'un ordre juridictionnel administratif, n'entend apporter aucune garantie nouvelle. »

²⁶⁷² V. *infra*, n° 858 et s.

²⁶⁷³ V. *supra*, n° 514 et s.

²⁶⁷⁴ Le Conseil constitutionnel en a fait un Principe fondamental reconnu par les lois de la République [Cons. const., déc. n° 89-256 DC du 25 juil. 1989 relative à la loi portant dispositions diverses en matière d'urbanisme et d'agglomérations nouvelles : *J. O.*, 28 juil. 1989, p. 9501 ; consid. n° 23].

610. **Un magistrat judiciaire indépendant : l'exclusion du magistrat du parquet.** L'autorité judiciaire, telle que définie au titre VIII de la Constitution, comprend les magistrats du parquet et les magistrats du siège, réunissant les magistrats de carrière, qui forment le corps judiciaire : l'interprétation stricte de la Constitution confie à ces magistrats de carrière la protection de la liberté individuelle. Plus précisément, le juge du siège, statutairement étanche aux instructions de l'exécutif et inamovible²⁶⁷⁵, est indépendant, contrairement au magistrat du parquet²⁶⁷⁶ : lui seul doit être habilité à trancher le bien-fondé de la privation de liberté, dans le cadre du droit au recours de l'*Habeas corpus* ou de celui à bref délai. C'est sur l'incise de l'article 66²⁶⁷⁷ de la Constitution, que le Conseil constitutionnel a dégagé la compétence du « *juge* » judiciaire pour apprécier le bien-fondé de la privation de liberté « *dans le plus court délai* »²⁶⁷⁸ dans une interprétation protectrice correspondant à l'esprit de la disposition fondamentale, issue de la tentative d'insérer dans la Constitution un *Habeas corpus* exprès²⁶⁷⁹.

611. **L'accès à un juge indépendant : le rejet de l'influence de toute autre autorité.** La réserve au juge judiciaire du contrôle du bien-fondé de la privation de liberté vise à garantir l'indépendance du gardien de la liberté individuelle. L'indépendance est prise dans son sens premier, sans égard pour l'articulation de la notion, plus ou moins largement définie²⁶⁸⁰, avec celle de l'impartialité : il s'agit d'exclure la soumission du gardien de la liberté individuelle de toute autre autorité, surtout de l'exécutif.

²⁶⁷⁵ Art. 62 de la Constitution.

²⁶⁷⁶ V. sur le défaut d'indépendance du parquet, à l'égard de l'exécutif, mais aussi des parties, l'analyse de la Cour européenne des droits de l'Homme dans l'arrêt *Moulin* [CEDH, sect. V, 23 nov. 2010, *Moulin c. France*, req. n° 37104/06 : *AJDA*, 2011, p. 889, chron. L. BURGORGUE-LARSEN ; *D.*, 2011, p. 277, obs. J.-F. RENUCCI ; *ibid.*, p. 338, obs. S. LAVRIC ; *ibid.*, note J. PRADEL ; *ibid.*, p. 26, point de vue F. FOURMENT ; *RSC*, 2011, p. 208, note D. ROETS ; *Dr. pénal*, 2011, comm. n° 26, obs. A. MARON et M. HAAS ; *Procédures*, 2011, comm. n° 30, note A.-S. CHAVENT-LECLÈRE ; *Gaz. Pal.*, 9 déc. 2010, p. 6, note O. BACHELET ; *JCP*, 2010, n° 1206, obs. F. SUDRE].

²⁶⁷⁷ V. l'art. 66 de la Constitution : « *L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi.* »

²⁶⁷⁸ Déc. n° 79-109 DC du 9 janv. 1980 : *préc.* ; consid. n° 4.

²⁶⁷⁹ V. *supra*, n° 98 et s.

²⁶⁸⁰ V. sur les différentes notions de l'indépendance du juge judiciaire et le contrôle constitutionnel qui en est réalisé, G. CANIVET, « Le juge judiciaire dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel » ; CCC, n° 16, 2004.

²⁶⁸⁰ Art. 65 de la Constitution.

612. **La réserve au juge judiciaire des recours spéciaux de la privation de liberté en contestation de son bien-fondé.** La réserve au juge judiciaire de l'*Habeas corpus* bénéficie d'une consécration constitutionnelle nette (A). Le principe est ancré et provient directement de la volonté du Constituant. En revanche, la réserve au juge judiciaire du recours à bref délai²⁶⁸¹ est en construction dans la jurisprudence constitutionnelle (B).

A) La réserve constitutionnelle au juge judiciaire de l'*Habeas corpus*

613. **Le cas plus exceptionnel : le contrôle du juge judiciaire de la nécessité intégré à la décision de placement, dans le titre du tribunal.** L'adoption du titre pérenne de privation de liberté par le juge judiciaire fonde parfois l'arrestation de la personne qui a comparu devant lui libre²⁶⁸², et la privation de liberté judiciaire débute d'emblée, déconnectée de la privation de liberté de police, soit qu'elle n'ait jamais eu lieu, soit qu'une période de liberté sépare les deux phases. Le contrôle de la nécessité de la privation de liberté est intégré à la décision de placement, premier titre pérenne de privation de liberté du tribunal, et un recours en *Habeas corpus* n'est plus utile, le contrôle du juge judiciaire périodique prenant alors le relais, le long de l'exécution de la privation de liberté.

614. **Le cas commun : le contrôle du juge judiciaire de la nécessité de la privation de liberté décalé de l'arrestation**²⁶⁸³. Le plus souvent, la première « *intervention* » du juge judiciaire de la privation de liberté, celle qui réalise le contrôle de sa nécessité, se trouve décalée de l'arrestation le plus souvent et peut même survenir postérieurement à l'adoption du titre pérenne de privation de liberté, de la compétence d'une autorité non juridictionnelle²⁶⁸⁴ : cette première intervention marque le terme de la privation de liberté de police²⁶⁸⁵ et la transformation de la privation de liberté dans sa forme judiciaire²⁶⁸⁶. L'inclusion du magistrat du parquet dans l'autorité judiciaire est alors utile pour lui permettre

²⁶⁸¹ Au sens de l'appréciation du bien-fondé du maintien en privation de liberté, ultérieurement au premier contrôle judiciaire [v. *supra*, n° 94].

²⁶⁸² L'hypothèse se distingue alors du cas de l'arrestation décidée par l'autorité judiciaire sans présentation par le recours à un mandat, qui vise seulement à assurer la comparution devant lui de l'individu, et qui constitue une autre forme de privation de liberté de police.

²⁶⁸³ V. pour la définition large de l'arrestation, prise comme le début de la privation de liberté, *supra*, n° 28 et s.

²⁶⁸⁴ V. *supra*, n° 164 et s.

²⁶⁸⁵ Celle-ci, définie largement, correspond à la privation de liberté temporaire et antérieure à la première intervention du juge judiciaire, en *Habeas corpus*, qui décidera du maintien en privation de liberté, dans une forme pérenne [v. *supra*, n° 65]. Dès lors, peu importe que cette détention antérieure ait bénéficié du contrôle en temps réel de l'autorité judiciaire, ou même qu'elle ait été autorisée au préalable par la même autorité.

²⁶⁸⁶ Celle-ci est en effet ultérieurement à cette première intervention définitivement placée sous le giron du juge judiciaire par l'effet du contrôle périodique de la proportionnalité.

d'assurer le contrôle en temps réel de la privation de liberté de police, jusqu'à l'« *intervention* » du juge judiciaire en *Habeas corpus*. Avant l'*Habeas corpus*, la personne bénéficie de la protection de l'autorité judiciaire, par le contrôle en temps réel de la privation de liberté de police (1). Son droit au juge judiciaire se concrétise à l'*Habeas corpus* (2).

1) La protection de l'autorité judiciaire : le contrôle en temps réel de la privation de liberté de police

615. **La présentation du contrôle en temps réel pénal.** Tandis que la découverte de l'*Habeas corpus* français, sur le fondement de l'article 66 de la Constitution, généralise le recours à l'ensemble des cas de privation de liberté, le contrôle en temps réel de la privation de liberté de police bénéficie d'une protection constitutionnelle pour le seul suspect, posant la question de sa généralisation. C'est le modèle pénal de ce contrôle en temps réel de la privation de liberté de police que nous présenterons d'abord.

616. **L'approche fractionnée : l'intégration de la courte privation de liberté à la théorie générale.** L'*Habeas corpus* impose au juge judiciaire de prendre une décision pour prolonger la privation de liberté, en se prononçant sur la nécessité du maintien de la privation de liberté dans une forme judiciaire. Malgré sa célérité, le recours est forcément décalé de l'arrestation, pour organiser matériellement son intervention et lui permettre de porter une juste appréciation. Sauf à empêcher toute libération avant l'intervention du juge judiciaire, ce qui ne serait guère favorable, la privation de liberté de police peut échapper à l'*Habeas corpus*, sans que les recours *a posteriori*²⁶⁸⁷ soient de nature à assurer la prévention de la détention arbitraire, à la différence de l'exigence d'un contrôle en temps réel durant toute la durée de la courte privation de liberté par l'autorité judiciaire. Le contrôle en temps réel, à ce qu'il soit généralisé, participe à l'inclusion de la courte privation de liberté à la théorie générale, en la soumettant au contrôle de l'autorité judiciaire, dans une forme adaptée à la courte durée.

617. **L'approche globale : le premier élément de la gradation de l'intensité du contrôle judiciaire de la privation de liberté du suspect.** Dans une approche globale, le contrôle de l'autorité judiciaire tend à se renforcer, au long de la privation de liberté pénale, avec la durée : la privation de liberté de police est soumise au contrôle en temps réel de

²⁶⁸⁷ L'action en annulation, l'action en indemnisation, voire l'action pénale.

l'autorité judiciaire, l'*Habeas corpus* oblige, au-delà d'une certaine durée, la comparution de la personne devant le juge judiciaire²⁶⁸⁸, et un troisième degré apparaît, pour confier, au-delà encore, la compétence de l'adoption du titre pérenne de privation de liberté judiciaire, à un juge judiciaire indépendant dans ses fonctions, c'est-à-dire chargé du seul contrôle de gardien de la liberté individuelle²⁶⁸⁹.

618. **Le magistrat du parquet, gardien de la liberté individuelle : son aptitude au contrôle en temps réel de la privation de liberté de police.** L'article 66 de la Constitution confie à l'« *autorité judiciaire* » la liberté individuelle. Le Conseil constitutionnel en donne une définition large : « *l'autorité judiciaire comprend à la fois les magistrats du siège et du parquet* »²⁶⁹⁰, conforme à la lecture littérale de la Constitution : le titre VIII de la Constitution, « *de l'autorité judiciaire* », y intègre les magistrats du parquet dans son article 65²⁶⁹¹. Le Conseil constitutionnel en tirait toutes les conséquences pour admettre que le procureur de la République assure le contrôle en temps réel de la privation de liberté de police, malgré sa dépendance vis-à-vis de l'exécutif²⁶⁹² et des parties²⁶⁹³. Cette solution, est désormais solidement établie²⁶⁹⁴, alors que dans son contrôle *a posteriori* de la garde à vue, le contrôle temps réel du début de la garde à vue par les magistrats du parquet était de nouveau contesté par les requérants²⁶⁹⁵, mais le Conseil constitutionnel s'en tenait à sa jurisprudence classique, celle établie en 1993. Pourtant, beaucoup de ses arguments

²⁶⁸⁸ V. sur les caractéristiques de l'*Habeas corpus*, *supra*, n° 67.

²⁶⁸⁹ V. *infra*, n° 678 et s.

²⁶⁹⁰ Cons. const., déc. n° 94-355 DC du 10 janv. 1995 portant sur la loi organique modifiant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 déc. 1958 relative au statut de la magistrature : *J. O.*, 14 janv. 1995, p. 727. Le Conseil avait affirmé dans une décision précédente que le procureur de la République était un magistrat de l'ordre judiciaire dans une incise, cette qualité lui permettant de fonder son contrôle sur la liberté individuelle [Cons. const., déc. n° 93-323 DC du 5 août 1993 portant sur la loi relative aux contrôles et vérifications d'identité : *J. O.*, 7 août 1993, p. 11193 ; *AJDA*, 1993, p. 815, note P. WACHSMANN ; *RFDA*, 1994, p. 959, comm. É. PICARD].

²⁶⁹¹ Si la disposition ne visait que le magistrat du siège jusqu'en 1993, date d'ajout de la formation du Conseil supérieur de la magistrature spéciale au magistrat du parquet, si bien qu'auparavant le magistrat du parquet n'était pas mentionné dans le titre traitant de l'autorité judiciaire, l'article 64 distingue depuis l'origine les notions d'« *autorité judiciaire* » et de « *magistrats du siège* », induisant déjà que la première notion ne se résume pas à la seconde et la loi organique portant statut des magistrats, imposée par le même article 64, traitait d'emblée des magistrats du siège et des magistrats des parquets.

²⁶⁹² Cette dépendance est admise par le Conseil constitutionnel sur le fondement de la conception française de la séparation des pouvoirs [déc. n° 2004-492 DC du 2 mars 2004 : *préc.* ; consid. n° 98].

²⁶⁹³ L'indépendance à l'égard des parties, élément de qualification, dans la jurisprudence européenne, du juge de l'*Habeas corpus* du suspect, exclut que l'autorité qui en est chargée « *puisse agir par la suite contre le requérant dans la procédure pénale* » [Moulin : *préc.* ; § 58].

²⁶⁹⁴ L. FAVOREU, « Brèves observations sur la situation du parquet au regard de la Constitution » ; *RSC*, 1994, p. 675.

²⁶⁹⁵ Cons. const., déc. n° 2010-14/22 QPC du 30 juil. 2010, [M. W.] : *J. O.*, 31 juil. 2010, p. 14198 ; *RTD civ.*, 2010, p. 513, obs. P. PUIG ; *RSC*, 2011, p. 139, obs. A. GIUDICELLI ; *D.*, 2010, p. 2254, obs. J. PRADEL ; *AJP*, 2010, p. 470, comm. J.-B. PERRIER ; *Constitutions*, 2010, p. 571, comm. E. DAOUUD et E. MERCIER ; *RSC*, 2011, p. 165, obs. B. DE LAMY ; consid. n° 9.

utilisés pour justifier un réexamen de la constitutionnalité de la garde à vue tendaient à démontrer la défaillance du contrôle de l'autorité judiciaire²⁶⁹⁶. Ce maintien finissait de démontrer le peu d'apport de la décision à la théorie générale des droits de la personne privée de liberté²⁶⁹⁷. La Chambre criminelle, au regard de la jurisprudence constitutionnelle, a logiquement refusé de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité concernant le pouvoir du magistrat du parquet à contrôler le début de la garde à vue et à la prolonger au-delà de vingt-quatre heures²⁶⁹⁸.

619. Le magistrat du parquet, gardien relatif de la liberté individuelle : son inaptitude à exercer l'*Habeas corpus*. Le contrôle en temps réel d'un magistrat dépendant sur la privation de liberté ne saurait être admis, en raison de son double défaut de dépendance, que si ce contrôle s'ajoute au contrôle du juge judiciaire et assure ainsi un contrôle supplémentaire et complémentaire : son rôle ne serait interférer sur l'*Habeas corpus*, et le magistrat du parquet, dans la jurisprudence constitutionnelle²⁶⁹⁹, comme dans la jurisprudence européenne²⁷⁰⁰, est disqualifié pour tenir son rôle.

620. Le magistrat du parquet, gardien résiduel de la liberté individuelle : son aptitude limitée à exercer le contrôle en temps réel. Le Conseil constitutionnel a toujours imposé l'« *intervention* » du juge judiciaire pour prolonger la garde à vue, au-delà de quarante-huit heures, sur le fondement de l'article 66 de la Constitution²⁷⁰¹. Cette intervention, qui ne saurait se confondre avec l'*Habeas corpus*²⁷⁰², montre que le magistrat du parquet ne bénéficie pas non plus de la pleine capacité à exercer le contrôle en

²⁶⁹⁶ *Ibid.*, consid. n° 15 à 18. Le Conseil constatait notamment un recours de plus en plus fréquent à la garde à vue, même pour des infractions mineures, banalisant son usage. Il notait aussi que si la décision de placement demeurait de la compétence des officiers de police judiciaire, leur nombre avait doublé depuis 1993.

²⁶⁹⁷ L'apport de la décision sur la délimitation abstraite de la garde à vue restait mince [v. *supra*, n° 383 et n° 469], tandis que la consécration de l'assistance de l'avocat durant les interrogatoires policiers était réalisée sur le seul fondement de la défense pénale [v. *infra*, n° 301 et s.]

²⁶⁹⁸ Cass. crim., 17 janv. 2012, n° 11-90.114 : *inédit*. – Cass. crim., 4 avr. 2012, n° 12.90-010 : *inédit*.

²⁶⁹⁹ Le mandat de dépôt est réservé au juge judiciaire [déc. n° 79-109 DC du 9 janv. 1980 : *préc.*]. La même décision rappelait, pour toute privation de liberté, l'exigence d'une intervention du « *juge* ».

²⁷⁰⁰ *Moulin* : *préc.*

²⁷⁰¹ Cons. const., déc. n° 80-127 DC des 19 et 20 janv. 1981 portant sur la loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes : *J. O.*, 22 janv. 1981, p. 308 ; consid. n° 25. – Cons. const., déc. n° 86-213 DC du 3 sept. 1986 portant sur la loi relative à la lutte contre le terrorisme et aux atteintes à la sûreté de l'État : *J. O.*, 5 sept. 1986, p. 10786 ; consid. n° 17. – Cons. const., déc. n° 93-326 DC du 11 août 1993 portant sur la loi modifiant la loi n° 93-2 du 4 janv. 1993 portant réforme du Code de procédure pénale : *J. O.*, 15 août 1993, p. 11599 ; *RFD const.*, 1993, p. 848, note Th. Renoux ; consid. n° 5. – Cons. const., déc. n° 2004-492 DC du 2 mars 2004 relative à la loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité : *J. O.*, 10 mars 2004, p. 4637 ; *RSC*, 2005, p. 122, comm. V. BÜCK ; *D.*, 2004, p. 956, note M. DOBKINE ; *RSC*, 2004, p. 725, comm. CH. LAZERGES ; *JCP*, 2004, II, n° 10048, obs. J.-C. ZARKA ; consid. n° 25. – Déc. n° 2010-14/22 QPC du 30 juil. 2010, *préc.* ; consid. n° 26.

²⁷⁰² V. *infra*, n° 724.

temps réel de la privation de liberté du suspect²⁷⁰³, celle-ci, au-delà d'une certaine durée, appartenant à l'autorité judiciaire indépendante.

621. **Le contrôle en temps réel²⁷⁰⁴ : les pleins et déliés.** Par opposition à l'*Habeas corpus*, le contrôle en temps réel débute simultanément à l'arrestation²⁷⁰⁵, il est permanent²⁷⁰⁶, et n'appartient au seul juge judiciaire²⁷⁰⁷. L'exercice normal du contrôle n'oblige pas l'autorité judiciaire à prendre une décision positive sur la poursuite de la privation de liberté de police, et en l'absence d'opposition manifestée par celle-ci, elle peut se poursuivre. À l'inverse, l'autorité judiciaire peut se saisir à tout moment pour s'opposer, afin de libérer, ce qui suppose de l'informer régulièrement de ses évolutions et qu'elle dispose d'un pouvoir de direction sur les agents de police²⁷⁰⁸. Plus exceptionnellement, la privation de liberté de police est ponctuée par l'exigence d'une décision positive de l'autorité judiciaire de prolonger, renforçant la vigueur du contrôle.

622. **La tentative européenne avortée d'instaurer un contrôle judiciaire indépendant en temps réel de la privation de liberté de police du suspect.** La Cour européenne des droits de l'Homme opère un contrôle limité de la privation de liberté de police du suspect, fondée principalement sur la célérité de la traduction du suspect devant « *un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires* »²⁷⁰⁹, si bien qu'elle n'impose aucun contrôle en temps réel de la privation de liberté de police du suspect. Dans l'arrêt de chambre *Medvedyev*, la Cour européenne des droits de l'Homme avait non seulement imposé un contrôle de l'autorité judiciaire en temps réel de la privation de liberté, mais avait en plus exigé que celui-ci soit exercé par le magistrat indépendant, qui plus est sur le fondement de l'article 5 § 1^{er} et de la qualité de la loi, ce qui générerait la garantie à

²⁷⁰³ Si celle-ci apparaissait logiquement fixée au bout de quarante-huit heures, la validation de la retenue aux fins du défèrement a étendu au-delà la capacité du magistrat du parquet à réaliser ce contrôle en temps réel [v. *infra*, n° 736].

²⁷⁰⁴ La formulation s'inspire évidemment de la méthode du traitement en temps réel des infractions au sein des parquets.

²⁷⁰⁵ Ce qui nécessite d'en informer immédiatement le magistrat chargé de le réaliser, alors que l'*Habeas corpus* intervient en décalage de l'arrestation.

²⁷⁰⁶ L'*Habeas corpus* s'applique ponctuellement, au terme de la privation de liberté de police.

²⁷⁰⁷ Le contrôle appartient à l'autorité judiciaire [v. *supra*, n° 618].

²⁷⁰⁸ La protection de la liberté individuelle, en matière de police judiciaire impose, en conséquence, que le magistrat exerçant la fonction de gardien de la privation de liberté de police bénéficie du pouvoir de direction sur l'officier de police judiciaire, et que celui-ci bénéficie du pouvoir de direction sur les agents de rang inférieurs autorisés à procéder aux arrestations, ce que le Conseil constitutionnel protège [Cons. const., déc. n° 2011-625 DC du 10 mars 2011 relative à la loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure : *J. O.*, 15 mars 2011, p. 4630 ; cons. n° 47].

²⁷⁰⁹ Art. 5 § 3 CEDH. V. *infra*, n° 748 et s.

l'ensemble de la privation de liberté²⁷¹⁰. Comme pour le *paquet* de droits, lui aussi consacré par l'arrêt de chambre²⁷¹¹, la Grande chambre éludait l'apport²⁷¹². Depuis la jurisprudence européenne, de surcroît celle de la même chambre, a expressément abandonné toute exigence de contrôle en temps réel de l'autorité judiciaire de la garde à vue²⁷¹³.

623. L'intensité relative de la protection du contrôle en temps réel.

Le contrôle en temps réel de l'autorité judiciaire bénéficie d'une consécration constitutionnelle pour la privation de liberté de police du suspect (a). La Chambre criminelle n'en assure la protection qu'en trompe l'œil (b). Enfin, le Conseil constitutionnel a refusé de généraliser le contrôle en temps réel de l'autorité judiciaire à l'ensemble des cas de détention police (c).

a. La consécration constitutionnelle du contrôle en temps réel de l'autorité judiciaire pour la privation de liberté de police du suspect

624. **Du développement législatif à la consécration constitutionnelle dans la garde à vue.** L'information rapide du procureur de la République du placement en privation de liberté a d'abord été inscrite dans la loi, lors de la création des vérifications d'identité, le Conseil constitutionnel ne faisant que constater l'existence de cette garantie, au milieu d'autres, pour valider la nouvelle privation de liberté, sans la relier directement au contrôle de l'autorité judiciaire²⁷¹⁴. Son lien avec le contrôle de l'autorité judiciaire en temps réel était vite opéré par le Conseil, dans le domaine de la garde à vue, sans que sa portée ne soit précisée²⁷¹⁵. En 1993, le Conseil constitutionnel posait plus fermement l'exigence d'information rapide du procureur de la République du placement en garde à vue, « *aussi*

²⁷¹⁰ CEDH, sect. V, 10 juil. 2008, *Medvedyev et autres c. France*, req. n° 3394/03 ; *D.*, 2008, p. 3055, note P. HENNION-JACQUET ; *AJP*, 2008, p. 469, obs. C. SAAS ; § 61.

²⁷¹¹ *V. supra*, n° 185.

²⁷¹² CEDH, gde ch., 29 mars 2010, *Medvedyev et autres c. France*, req. n° 3394/03 ; *Rec. CEDH*, 2010 ; *D.*, 2010, p. 1386, obs. S. LAVRIC ; *ibid.*, p. 1390, note P. HENNION-JACQUET ; *ibid.*, p. 1386, note J.-F. RENUCCI ; *ibid.*, p. 952, entretien P. SPINOSI ; *ibid.*, p. 970, obs. D. REBUT ; *AJDA*, 2010, p. 648, obs. S. BRONDEL ; *RSC*, 2010, p. 685, obs. J.-P. MARGUÉNAUD.

²⁷¹³ CEDH, 27 juin 2013, sect. V, 27 juin 2013, *Vassis et autres c. France*, req. n° 62736/09 ; *Gaz. Pal.*, 15 oct. 2013, p. 41, note F. FOURMENT ; *ibid.*, 4 juil. 2013, p. 3, obs. C. KLEITZ ; *AJP*, 2013, p. 549, obs. G. ROUSSEL ; *JCP*, 2013, n° 843, obs. L. MILANO ; *D.*, 2013, p. 1687, obs. O. BACHELET ; *RSC*, 2013, p. 656, note D. ROETS ; § 53 : « *l'intervention d'un membre du ministère public au début et pendant le déroulement de la garde à vue ne soulève pas, en soi, de difficulté, pourvu que la personne gardée à vue soit ensuite présentée à un "juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires" dans un délai conforme aux exigences de l'article 5 § 3* »

²⁷¹⁴ Déc. n° 80-127 DC des 19 et 20 janv. 1981 ; *préc.* ; consid. n° 58.

²⁷¹⁵ Cons. const., déc. n° 86-213 DC du 3 sept. 1986 portant sur la loi relative à la lutte contre le terrorisme et aux atteintes à la sûreté de l'État ; *J. O.*, 5 sept. 1986, p. 10786 ; consid. n° 17.

rapidement que possible [...] afin que celui-ci soit à même d'en assurer effectivement le contrôle »²⁷¹⁶, débutant la constitutionnalisation du contrôle en temps réel. Le pouvoir du magistrat exerçant le contrôle en temps réel de la garde à vue, celui du parquet pour l'enquête et le juge du siège pour l'instruction, est désormais fixé clairement²⁷¹⁷ : « *ordonner à tout moment que la personne gardée à vue soit présentée devant lui ou remise en liberté* »²⁷¹⁸. L'étendue de son contrôle l'est aussi : « *apprécier si le maintien de la personne en garde à vue et le cas échéant, la prolongation de cette mesure sont nécessaires à l'enquête et proportionnés à la gravité des faits que la personne est suspectée d'avoir commis* »²⁷¹⁹.

La consécration du contrôle en temps réel par l'autorité judiciaire pour la privation de liberté du suspect en dehors de la garde à vue. Dans deux décisions récentes, le Conseil validait la rétention aux fins de défèrement²⁷²⁰, nouveau cas de privation de liberté destiné à maintenir à disposition de la justice le suspect après sa garde à vue pour permettre sa comparution devant le procureur de la République ou devant le magistrat instructeur²⁷²¹. Le Conseil constitutionnel, dans le silence de la loi, organisait le contrôle en temps réel de la privation de liberté en exigeant que, dès l'arrivée du suspect dans les locaux de la juridiction²⁷²², le magistrat réalisant la comparution soit informé de cette arrivée et « *mis en mesure de porter une appréciation immédiate sur l'opportunité de cette rétention* »²⁷²³. Même

²⁷¹⁶ Déc. n° 93-326 DC du 11 août 1993 : *préc.* ; consid. n° 3. Le Conseil constitutionnel posait en conséquence une réserve : les termes dans les meilleurs délais, utilisés par le législateur pour décrire la célérité de l'information du procureur du placement en garde à vue, « *doivent s'entendre comme prescrivant une information qui, si elle ne peut être immédiate pour des raisons objectives tenant aux nécessités de l'enquête, doit s'effectuer dans le plus bref délai possible de manière à assurer la sauvegarde des droits reconnus par la loi à la personne gardée à vue* ».

²⁷¹⁷ La dernière réforme a clairement fixé la mission de contrôle de l'autorité judiciaire de la garde à vue à l'article 62-3 du Code de procédure pénale.

²⁷¹⁸ Déc. n° 2010-14/22 QPC : *préc.* ; consid. n° 26.

²⁷¹⁹ *Ibid.*

²⁷²⁰ Cons. const., déc. n° 2010-80 QPC du 17 déc. 2010, [M. F.] : *J. O.*, 19 déc. 2010, p. 22374 ; *Constitutions*, 2011, p. 525, note E. DAOUD et A. TALBOT ; *Procédures*, 2011, comm. n° 73, obs. J. BUISSON. – Cons. const., déc. n° 2011-125 QPC du 6 mai 2011, [M. L.] : *J. O.*, 7 mai 2011, p. 7850 ; *AJP*, 2011, p. 471, obs. J.-B. PERRIER ; *Constitutions*, 2011, p. 525, note E. DAOUD et A. TALBOT ; *RSC*, 2011, 415, obs. J. DANET ; *Gaz. Pal.*, 24 mai 2011, p. 18, obs. S. DETRAZ.

²⁷²¹ La comparution doit avoir lieu le jour même ou au plus tard le lendemain de la fin de la garde à vue, sans que la rétention puisse durer plus de vingt-heures après la fin de la garde à vue [art. 803-2 et 803-2 CPP]

²⁷²² Ce qui laisse une carence dans le contrôle en temps réel, entre la fin de la garde à vue et l'arrivée du suspect dans les geôles du tribunal. Le pouvoir de direction du magistrat du parquet sur la police judiciaire continue de s'appliquer cependant.

²⁷²³ La réserve d'interprétation apparaissait toutefois largement vidée de sa substance, dès lors que la Cour de cassation considère que la compétence du procureur de décider du défèrement suffit à en déduire son information de l'arrivée du suspect dans les locaux du Palais de justice [Cass. crim., 28 févr. 2012, n° 11-86.953 : *inédit*]. La loi a repris la réserve, en imposant désormais que « *le magistrat devant lequel l'intéressé est appelé à comparaître est informé sans délai de l'arrivée de la personne déférée dans les locaux de la juridiction* » [loi n° 2011-392 du 14 avr. 2011 relative à la garde à vue : *J. O.*, 15 avr. 2011, p. 6610 ; *JCP*, 2011, n° 542, comm. H. MATSOPOULOU ; *ibid.*, 2011, n° 665, comm. J. PRADEL ; *D.*, 2011, p. 1570,

pour le mandat judiciaire pourtant décidé par avance par le juge judiciaire, le Conseil constitutionnel a vérifié l'existence et précisé les modalités du contrôle en temps réel de l'autorité judiciaire²⁷²⁴, même s'il se plaçait au regard du contrôle à distance du juge mandant, se contentant d'un contrôle en temps réel éloigné²⁷²⁵. Au regard de la jurisprudence constitutionnelle, c'est bien un contrôle constant de l'autorité judiciaire qui doit être exercé sur la privation de liberté de police du suspect, qui mérite bien l'appellation de contrôle en temps réel, indépendamment de sa forme, de l'information du magistrat dès le début de la privation de liberté, à l'*Habeas corpus*. L'habitude du parquet au traitement en temps réel des infractions lui donne les moyens de réaliser ce contrôle, sans doute plus que le juge judiciaire, en tout cas. Dans ces conditions, son défaut de consécration pour la vérification d'identité²⁷²⁶ n'est pas satisfaisant, sauf à exclure la courte privation de liberté de la théorie générale. Le contrôle en temps réel de l'autorité judiciaire de la garde à vue est en tout cas bien installé dans la jurisprudence constitutionnelle, domaine dans lequel la Cour de cassation n'assure pas fermement son effectivité.

b. La protection en trompe l'œil du contrôle en temps réel par la Chambre criminelle

625. Le contrôle en trompe l'œil de l'information du magistrat dans le contentieux de l'annulation. Le contrôle en temps réel suppose une information rapide du magistrat du placement en garde à vue. Le législateur a toujours imposé une célérité

comm. G. ROUJOU DE BOUBÉE ; *ibid.*, p. 1699, comm. J. ALIX ; *Dr. pén.*, 2011, chron. n° 7, comm. V. LESCLOUS ; *Gaz. Pal.*, 8 nov. 2011, note L. BRUNEAU ; *Gaz. Pal.*, 30 juil. 2013, p. 4, comm. D. ROETS et V. TELLIER-CAYROL]. Une telle consécration législative expresse appelle sans doute un contrôle plus élevé de cette information.

²⁷²⁴ Cons. const., déc. n° 2011-133 QPC du 24 juin 2011, [M. Z.] : *J. O.*, 25 juin 2011, p. 10840 ; *AJP*, 2011, p. 602, obs. J.-B. PERRIER ; *Procédures*, n° 8, 2011, comm. 276, note A.-S. CHAVENT-LECLÈRE.

²⁷²⁵ La sanction de la France par la Cour européenne des droits de l'Homme de la France constatée lors de l'affaire *Moulin* pour une détention de plus de quatre jours sans contrôle judiciaire constituée de la réalisation d'une garde à vue, cumulée à un mandat d'amener, aboutissait au remplacement de l'intervention du magistrat du parquet par celle du juge des libertés et de la détention. V. *Moulin* : *préc.* et l'art. 127 CPP

²⁷²⁶ Sauf pour le mineur, l'information du magistrat du parquet de la vérification n'est pas obligatoire, mais laissée à l'initiative de l'individu, qui en reçoit notification, dès sa présentation à l'officier de police judiciaire [art. 78-3 CPP], alors que sa qualification de privation de liberté est évidente [CEDH, sect. II, 5 avr. 2011, *Sarigiannis c. Italie*, req. n° 14569/05]. La Cour semble soumettre ce motif de nullité au grief, alors que l'information immédiate du procureur du placement en garde à vue de l'individu, qui succède rapidement à la rétention pour vérification d'identité [en l'espèce, une demi-heure], purge le défaut de notification du droit lors du placement en vérification d'identité [Cass. civ. I, 6 juin 2012, req. n° 11-11.429 : *inédit*].

particulière, malgré plusieurs hésitations²⁷²⁷. Si dans un premier temps l'appréciation de la Chambre criminelle était souple²⁷²⁸, la Cour de cassation posait le principe selon lequel « *tout retard injustifié dans la mise en œuvre de cette obligation porte nécessairement atteinte aux intérêts de la personne gardée à vue* »²⁷²⁹ et faisait de cette formalité une disposition essentielle de la garde à vue, en la sanctionnant d'une nullité sans grief, comme les droits de premier ordre du *paquet*²⁷³⁰.

266. Hormis les hypothèses de violation flagrante de la célérité²⁷³¹, la Chambre criminelle sanctionne des délais supérieurs à une heure entre le placement en garde à vue²⁷³² et l'information, sauf à ce que le juge du fond ait démontré suffisamment l'existence d'une circonstance insurmontable²⁷³³. Des délais de quelques minutes sont évidemment conformes à la loi²⁷³⁴, comme des délais de quarante minutes²⁷³⁵ ou de cinquante-trois minutes ont pu être

²⁷²⁷ La loi du 4 janvier 1993 posait cette information « *sans délai* ». La loi d'août 1993 revenait à une expression plus souple « *dans les meilleurs délais* », qui faisait l'objet cependant d'une réserve stricte du Conseil constitutionnel [v. *supra*, note n° 2716]. La loi du 15 juin 2000 revenait à l'expression « *dès le début* », inchangée depuis.

²⁷²⁸ Cass. crim., 25 juin 1997, n° 95-86.160 : *Bull. crim.*, n° 255. En l'espèce, l'information donnée plus de cinq heures après le placement en garde à vue était validée.

²⁷²⁹ Cass. crim., 24 nov. 1998, *Plomion*, n° 98-82.496 : *Bull. crim.*, n° 314 ; *Procédures*, 1999, comm. n° 138, obs. J. BUISSON. – Cass. crim., 29 févr. 2000, n° 99-84.899 : *Bull. crim.*, n° 92. L'arrêt consacrait la même solution concernant l'information du juge d'instruction. En l'espèce, le juge d'appel avait déduit l'absence de grief du fait que le juge d'instruction avait prononcé la détention provisoire. – Cass. crim., 10 mai 2001, n° 01-81.441 : *Bull. crim.*, n° 119. Sauf « *circonstances insurmontables* », la Cour de cassation reprenait même par avance l'expression utilisée par la loi du 15 juin 2000, exigeant l'information « *dès le début de la garde à vue* », alors que la loi applicable en l'espèce renvoyait aux « *meilleurs délais* ».

²⁷³⁰ V. *supra*, n° 224 et s.

²⁷³¹ Un délai de trois heures n'est pas admis, même si le retard est dû à la réalisation d'un acte d'enquête, en l'espèce une perquisition [Cass. crim., 10 mai 2001, n° 01-81.441 : *Bull. crim.*, n° 119], et *a fortiori*, lorsqu'aucun acte d'enquête n'explique le retard [Cass. crim., 23 août 2006, n° 06-83.790 : *inédit*]. Un délai de cinq heures ne respecte pas non plus l'exigence de célérité [Cass. crim., 31 oct. 2001, n° 01-85.345 : *Bull. crim.*, n° 227]. *A fortiori*, l'information donnée uniquement au moment de la prolongation de la garde à vue n'est pas satisfaisante [CA Rouen, 13 sept. 2001, n° 01/00231 : *Légifrance*]. Si la solution est évidente, la Cour rappelait que cette omission avait privé le suspect « *d'un contrôle par le magistrat du Parquet sur l'opportunité et le déroulement de la garde à vue prise à son encontre* ».

²⁷³² La Cour de cassation se fonde bien au placement juridique en garde à vue pour apprécier le délai [Cass. crim., 20 mars 2007, n° 06-89.050 : *Bull. crim.*, n° 85 ; *AJP*, 2007, p. 231, obs. G. ROYER], tandis que la célérité de la notification des droits lui permet de contrôler la durée entre l'arrestation et le placement [v. *supra*, n° 268 et s.].

²⁷³³ Pour un délai d'une heure quinze, v. Cass. crim., 23 juin 2004, n° 04-82.638 : *inédit*. Le juge du fond était désavoué pour avoir écarté la nullité « *alors qu'aucun élément de la procédure n'établit une circonstance insurmontable justifiant le retard pris tant dans l'information du procureur que dans la notification de ses droits à l'intéressé* ». Pour un délai d'une heure trente, v. Cass. crim., 7 janv. 2009, n° 08-83.428 : *inédit*. Le juge du fond aurait dû admettre la nullité, dès lors « *qu'il ne résulte d'aucun élément du dossier des circonstances insurmontables ayant empêché que cette information soit donnée selon les exigences légales* ». Pour un délai d'une heure quinze, v. Cass. crim., 20 mars 2007, n° 06-89.050 : *Bull. crim.*, n° 85 ; *AJP*, 2007, p. 231, obs. G. ROYER. La validation de la sanction du juge du fond suppose toutefois que celui-ci motive suffisamment l'absence de circonstance insurmontable [Cass. crim., 12 avr. 2005, n° 04-86.780 : *Bull. crim.*, n° 125].

²⁷³⁴ V. pour l'avis émis après quinze minutes, Cass. crim., 23 févr. 2011, n° 10-84.922 : *Bull. crim.*, n° 39 ; *AJP*, 2005, p. 27, obs. J. LEBLOIS-HAPPE.

²⁷³⁵ CA Toulouse, 1^{er} déc. 2004 ; *AJP*, 2005, p. 118, obs. P. REMILLIEUX.

admis²⁷³⁶, sans recherche particulière, si bien que la jurisprudence tend à établir un délai abstrait d'une heure entre le placement et l'information, à l'intérieur duquel l'information est par principe jugée immédiate, dégageant une marge d'appréciation au profit de l'autorité de police²⁷³⁷. Une telle appréciation, placée au placement²⁷³⁸ et non à l'arrestation, aboutit à ce que le décalage entre l'information et l'arrestation sur le vif puisse dépasser une heure trente, sans véritable contrôle poussé, dès lors que son report par rapport au placement ne dépasse pas une heure²⁷³⁹. Dans un effort d'encadrement de la perquisition réalisée immédiatement après l'arrestation, la Chambre criminelle a imposé que l'information du magistrat du parquet soit immédiate, sans attendre le retour au poste, refusant que l'acte d'enquête retarde la formalité²⁷⁴⁰, dans une rare illustration d'appréciation stricte de l'immédiateté de l'information du magistrat.

627. La preuve de l'information du magistrat de l'autorité judiciaire donne également lieu à des exigences limitées. La procédure ne doit pas forcément contenir la pièce matérielle faisant preuve directement de l'information : la mention sur procès-verbal de sa

²⁷³⁶ Cass. crim., 7 mars 2007, n° 06-84.292 : *inédit*.

²⁷³⁷ V. par ex. Cass. crim., 22 janv. 2013, n° 10-87.021 : *inédit* ; *Dr. pén.*, 2013, chron. n° 8, obs. V. LESCLOUS. La Cour validait la célérité des différentes informations pour le placement simultané en garde à vue de onze suspects, notant que l'information avait été donnée « *dès le début de cette mesure, pour l'une des personnes gardées à vue, et dans l'heure qui a suivi, pour les dix autres* ».

²⁷³⁸ Si la loi impose à l'officier de police judiciaire d'informer le procureur de la République, ou le juge d'instruction, « *dès le début de la mesure* » [art. 63 CPP], la formulation retenue impose bien une célérité moindre que celle de la notification des droits, qui doit avoir lieu « *immédiatement* » [art. 63-1 CPP] et celle-ci précéder l'information du magistrat.

²⁷³⁹ Cass. crim., 6 mars 2012, n° 11-84.711 : *Bull. crim.*, n° 60 ; *D.*, 2012, p. 1656, comm. A. GALLOIS. En l'espèce, l'information avait été donnée seulement une heure et demie après l'arrestation, durée justifiée pour moitié par des opérations urgentes à faire sur place et pour l'autre moitié par la durée de transport au commissariat, sans que des circonstances particulières ne puissent expliquer cette durée. Le délai séparant l'information du magistrat et le placement n'était en revanche que de quarante-cinq minutes. La Chambre criminelle se contentait de valider le raisonnement du juge du fond qui avait estimé que l'information avait été donnée immédiatement. – Cass. civ. II, 19 févr. 2004, n° 03-50.025 : *Bull. civ. II*, n° 70 ; *AJP*, 2004, p. 160, obs. A. PITOUN ; *Dr. pén.*, 2004, comm. n° 56, obs. A. MARON. La Deuxième chambre civile a même admis un délai de près de quatre heures entre l'arrestation et l'information, ou de deux heures entre la notification orale du placement en garde à vue et l'information, sans se référer à la notion de circonstances exceptionnelles, mais en tenant compte, au moins de « *circonstances particulières* », puisque « *l'ensemble des opérations ayant permis le contrôle et conduit à la mesure de garde à vue ont nécessité le transport d'un groupe important de personnes, des véhicules et du personnel, ainsi que la vérification approfondie des documents d'identité présentés par le simple examen visuel puis par le passage aux fichiers* ». La Cour de cassation compte tenu des énonciations du juge du fond concluait que « *le procureur de la République avait été informé du placement en garde à vue sans retard* ».

²⁷⁴⁰ Cass. crim., 12 juin 2013, n° 13-80.893 : à paraître au *Bulletin* ; *Gaz. Pal.*, 15 oct. 2013, p. 37, obs. F. FOURMENT. La Cour de cassation validait la procédure, « *dès lors que les droits attachés à cette mesure lui sont immédiatement notifiés et qu'avis en est donné aussitôt au procureur de la République* ». En choisissant le terme « *aussitôt* », alors que la loi renvoie au « *début de la mesure* » [art. 63 CPP], la précision dépassait l'exigence de célérité légale, celle-ci devant avoir lieu sur place.

réalisation suffit²⁷⁴¹. La Cour de cassation a longtemps admis la déduction de son existence²⁷⁴², ou de son moment²⁷⁴³, de « *toute pièce de la procédure pouvant servir à établir l'existence de cette formalité* ». Certaines juridictions du fond ont même admis une preuve par des éléments extérieurs à la procédure²⁷⁴⁴. La Chambre criminelle a accepté que la preuve de l'information puisse ressortir d'un « *billet de garde à vue* », au départ non côté et finalement joint ultérieurement à la procédure, en contradiction avec la mention expresse d'un procès-verbal de garde à vue²⁷⁴⁵. Pourtant, ou bien la Cour exige une information très rapide, et facilite sa preuve pour permettre cette célérité, ou bien la Cour s'accorde à laisser un certain délai aux officiers de police judiciaire, mais alors une preuve plus formelle doit être exigée.

628. La réforme de la garde à vue de 2011²⁷⁴⁶ a accru l'information du magistrat du parquet, qui ne concerne plus seulement le placement, mais aussi « *les motifs justifiant* » la mesure de contrainte et la qualification des faits²⁷⁴⁷. Cette information étendue correspond à la volonté du législateur, qui a entendu améliorer le contrôle en temps réel de la garde à vue par l'autorité judiciaire²⁷⁴⁸. La Chambre criminelle, au regard de cet objectif, a au moins accru ses exigences et impose dorénavant à l'officier de police judiciaire de « *donner [au magistrat] connaissance des motifs de ce placement et en faire mention dans le procès-verbal* » et

²⁷⁴¹ Cass. crim., 23 mai 2001, n° 01-82.427 : *inédit*. – CA Toulouse, 1^{er} déc. 2004 ; *AJP*, 2005, p. 118, obs. P. REMILLIEUX. – Cass. crim., 11 sept. 2012, n° 11-86.508 : *inédit*. – Cass. crim., 15 mars 2011, n° 09-88.083 : *inédit*.

²⁷⁴² Cass. crim., 14 févr. 2001, n° 00-87.891 : *inédit*. C'est de la mainmise du procureur sur le début de l'enquête qu'était tirée la nécessaire information du magistrat du parquet, à défaut d'autre mention. – Cass. crim., 10 mai 2001, n° 01-81.353 : *inédit*. L'information du magistrat du parquet était déduite de sa présence sur les lieux de l'arrestation. – Cass. crim., 7 fév. 2007, n° 06-88.074 : *inédit*. En l'absence de mention dans la procédure, l'information du magistrat mandant peut être déduite de « *l'examen des pièces de la procédure* » et elle est établie lorsque celle-ci établit « *que les opérations d'interpellation [...] ont été décidées par le magistrat instructeur le jour même de leur accomplissement* ». – Cass. crim., 1^{er} avr. 2008, n° 07-84.542 : *inédit*. Les dispositions légales n'imposent pas de joindre à la procédure le récépissé d'envoi de l'information par télécopie. – Cass. crim., 9 janv. 2013, n° 12-81.974 : *inédit* ; *Dr. pén.*, 2013, chron. n° 8, obs. V. LESCLOUS. La mention sur le procès-verbal du placement en garde à vue de l'information du magistrat du parquet par télécopie suffit en elle-même.

²⁷⁴³ Le moment de la réalisation de l'information du procureur peut résulter de l'impression, en bas de page, laissée par le fax émetteur [Cass. crim., 23 févr. 2011, n° 10-84.922 : *Bull. crim.*, n° 39 ; *AJP*, 2005, p. 27, obs. J. LEBLOIS-HAPPE].

²⁷⁴⁴ CA Nîmes, 25 févr. 2000 : juris-data n° 114655. En l'espèce, il s'agissait des relevés des appels téléphoniques du commissariat vers la permanence du parquet.

²⁷⁴⁵ Cass. crim., 14 avr. 2010, n° 10-80.562 : *Bull. crim.*, n° 73 ; *AJP*, 2010, p. 405, obs. C. DUPARC.

²⁷⁴⁶ Loi n° 2011-392 du 14 avr. 2011 : *préc.*

²⁷⁴⁷ Art. 63 CPP.

²⁷⁴⁸ L'article 62-2 du Code de procédure pénale établit une liste de cinq motifs, qui autorisent le recours en garde à vue. L'article 63-2 rappelle que les principes de nécessité et de proportionnalité doivent gouverner l'appréciation du magistrat. L'article 63 rappelle que le magistrat a le pouvoir de modifier la qualification retenue, qui devra être notifiée au suspect.

sanctionne son défaut d'une nullité au grief présumé²⁷⁴⁹, léger sursaut, dans un contentieux dominé par les solutions anciennes²⁷⁵⁰. Si le défaut de l'opportunité de la garde à vue est inopérant dans le contentieux de l'annulation²⁷⁵¹, pour être réservé au magistrat de l'autorité judiciaire réalisant le contrôle en temps réel, au moins la Chambre criminelle, dans ce dernier exemple, a défendu son effectivité, dans un effort qui pourrait se communiquer à la décision de prolongation.

629. Le contrôle en trompe l'œil de la décision de prolongation.

Le législateur n'a jamais remis en cause le seuil de vingt-quatre heures de garde à vue au-delà duquel la décision d'un magistrat est nécessaire pour prolonger²⁷⁵². Celle-ci doit donner lieu à une décision « écrite et motivée » du magistrat²⁷⁵³. La jurisprudence de la Chambre criminelle admet que l'écrit soit joint ultérieurement à la procédure, à condition que l'ordre de prolongation ait été donné à temps²⁷⁵⁴, montrant une souplesse classique dans la preuve des formalités de la garde à vue.

630. L'obligation de motivation de la décision de prolongation de garde à vue a été appliquée différemment, selon le cadre de la garde à vue, dans la législation passée²⁷⁵⁵. D'abord liée à la décision de prolonger sans présentation, l'obligation de motivation constituait d'abord le moyen d'informer le suspect des motifs de la prolongation, plutôt que

²⁷⁴⁹ Cass. crim., 25 juin 2013, n° 13-81.977 : à paraître au *Bulletin* ; *Gaz. Pal.*, 15 oct. 2013, p. 38, obs. F. FOURMENT. La décision était rendue au visa des articles 62-2 et 63 du Code de procédure pénale, alors que les dispositions ne prévoient pas expressément la retranscription des formalités d'information du magistrat sur procès-verbal.

²⁷⁵⁰ V. pour comparaison P. GAGNOUD, « L'avis donné au procureur de la République du placement en garde à vue d'un suspect, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 15 juin 2000 renforçant la présomption d'innocence et les droits des victimes » ; *Gaz. Pal.*, 1^{er} déc. 2001, p. 3.

²⁷⁵¹ Cass. crim., 4 janv. 2005, n° 04-84.876 : *Bull. crim.*, n° 3 ; *Dr. pén.*, 2005, comm. n° 49, obs. A. MARON ; *AJP*, 2005, p. 409, note M. HERZOG-EVANS ; *ibid.*, p. 160, obs. J. LEBLOIS-HAPPE.

²⁷⁵² Ce seuil apparaît même plus largement pour la détention du suspect, celui-ci étant transposé en matière de retenue douanière. L'intervention d'un magistrat au bout de vingt-quatre heures est aussi exigée pour poursuivre la rétention de la personne arrêtée dans le cadre d'un mandat d'amener ou d'arrêt [art. 127 et s. CPP].

²⁷⁵³ Art. 63 CPP.

²⁷⁵⁴ L'ordre de prolongation peut ainsi être donné par téléphone aux officiers de police judiciaire, l'écrit étant joint ultérieurement [v. Cass. crim., 30 oct. 2001, n° 01-85.328 : *Bull. crim.*, n° 222 ou CA Paris, 6 mars 1992, juris-data n° 020650 ; cité par P. GAGNOUD, *op. cit.*]. Une mention sur procès-verbal mentionnant l'autorisation du procureur suffit à prouver qu'elle a été donnée, dans le délai même si elle était jointe ultérieurement à la procédure [Cass. civ. II, 6 juin 2002, n° 00-50.075 : *Bull. civ. II*, n° 118].

²⁷⁵⁵ Le Code de procédure pénale, depuis son origine, exigeait en effet une décision « écrite et motivée » du juge d'instruction, refusant la présentation devant lui du suspect, alors que concernant l'enquête préliminaire ou en flagrance, une simple décision « écrite » suffisait, le suspect devant être nécessairement présenté devant lui. La loi du 4 janvier 1993 [*préc.*] appliquait alors le même dispositif pour tous les cadres de la garde à vue, permettant l'autorisation de la prolongation sans présentation, à condition que celle-ci soit écrite et motivée. La loi du 25 août 1993 [*préc.*] revenait à l'exigence d'une simple autorisation écrite, même en l'absence de présentation pour l'enquête de flagrance, sans modifier le système pour l'enquête préliminaire, dans une des dernières manifestations de la gradation de la contrainte selon le cadre d'enquête, même si celle-ci était maigre, les deux cadres d'enquête permettant les mêmes possibilités de prolongation sans présentation, seule la motivation changeant.

d'imposer au juge un effort de raisonnement, ou encore permettre un contrôle juridictionnel de la matière. La nouvelle réforme de la garde à vue impose désormais en toute circonstance que la décision de prolongation soit « écrite et motivée »²⁷⁵⁶, déliant ainsi la décision de prolongation et celle sur la présentation²⁷⁵⁷, changeant sa fonction. Quant à la motivation de la nécessité de la prolongation, la Cour de cassation a toujours exercé le contrôle de son existence dans l'hypothèse où la loi l'imposait²⁷⁵⁸. Toutefois, les motivations stéréotypées et abstraites comme « l'exigence d'investigation à effectuer »²⁷⁵⁹, ou encore « les nécessités de l'enquête »²⁷⁶⁰, ou « les besoins de l'exécution de la commission rogatoire »²⁷⁶¹, l'ont toujours satisfaite, abandonnant tout contrôle de la qualité de la motivation. L'absence de motivation était en plus soumise à grief²⁷⁶². Même de simples mentions manuscrites, telles que « vu par le parquet »²⁷⁶³, ou « prolongation accordée »²⁷⁶⁴, sur le document contenant la motivation de la demande par l'officier de police judiciaire suffisait, dès lors que la jurisprudence estimait que le magistrat s'en appropriant ainsi la motivation. Cette jurisprudence, dont la ligne directrice demeurait la souplesse, a été durcie quant à la sanction, la jurisprudence admettant désormais que l'absence de motivation porte nécessairement atteinte aux intérêts de la personne privée de liberté²⁷⁶⁵. Mais si la sanction accolée à la violation de l'obligation est forte, les exigences quant au contenu de la motivation sont tellement tenues que la garantie se retrouve vidée de sa substance.

631. Quant à la décision de refus de la présentation, qui ne touche plus l'opportunité de la garde à vue et échappe en conséquence au rejet du contrôle *a posteriori*, la Chambre criminelle a rappelé que le juge du fond de l'annulation devait contrôler ses motifs²⁷⁶⁶, bénéficiant de l'appréciation souveraine du juge du fond, qu'il ait opéré un

²⁷⁵⁶ Art. 63 CPP.

²⁷⁵⁷ La prolongation de droit commun reste permise sans présentation, « à titre exceptionnel », la loi ayant maintenu cette fiction contraire à la pratique, même si elle permet la présentation par moyen de visio-conférence [art. 63 CPP].

²⁷⁵⁸ L'opportunité du placement ou de la prolongation de la garde à vue échappe à tout contrôle *a posteriori* [v. *infra*, n° 632].

²⁷⁵⁹ Cass. crim., 28 janv. 1992, n° 91-86.119 : *Bull. crim.*, n° 32.

²⁷⁶⁰ Cass. crim., 7 déc. 2005, n° 04-85.734 : *inédit*.

²⁷⁶¹ Cass. crim., 3 oct. 1973, n° 73-91.325 : *Bull. crim.*, n° 343.

²⁷⁶² Cass. crim., 12 janv. 2000, n° 98-84.355 : *inédit*. L'exercice par le suspect de ses droits durant la prolongation suffisait à écarter le grief.

²⁷⁶³ Cass. crim., 7 mai 2002, n° 01-80.317 : *inédit*.

²⁷⁶⁴ Cass. crim., 4 avr. 2002, n° 01-83.725 : *inédit* ; RSC, 2002, p. 911, obs. J. BUISSON.

²⁷⁶⁵ Cass. crim., 9 mai 2001, n° 01-82.104 : *Bull. crim.*, n° 115.

²⁷⁶⁶ Cass. crim., 30 oct. 2001, n° 01-85.328 : *Bull. crim.*, n° 222 : « c'est à tort que les juges retiennent qu'il ne leur appartient pas d'apprécier les motifs pour lesquels le ministère public a autorisé la prolongation sans présentation préalable des intéressés ».

contrôle débordant sur le bien-fondé de l'absence de présentation²⁷⁶⁷, ou opéré un simple contrôle de l'existence de celle-ci²⁷⁶⁸. Si bien que des motivations stéréotypées et abstraites, telles que les références « [à] la distance et [aux] investigations en cours »²⁷⁶⁹, ou aux « nécessités de l'enquête »²⁷⁷⁰, à l'impossibilité de conduire le suspect devant le magistrat²⁷⁷¹, ou encore aux investigations à mener, ont pu être validées²⁷⁷². Au surplus, la violation des règles de la présentation reste une nullité soumise à grief²⁷⁷³, accentuant l'indigence du contrôle en la matière.

632. L'absence de contrôle *a posteriori* du bien-fondé de la garde à vue.

La Chambre mixte a écarté tout contrôle du bien-fondé de la garde à vue dans le contentieux de l'annulation, cantonné à sa régularité²⁷⁷⁴. Cette solution est d'autant plus décevante que l'absence de nécessité de la mesure était flagrante en l'espèce, celle-ci ayant servi à préparer l'éloignement de l'étranger, une seule audition ayant eu lieu au début de la mesure. La Chambre criminelle a rappelé de manière claire le principe au juge du fond qui avait annulé la garde à vue compte-tenu de son défaut de nécessité²⁷⁷⁵. Non seulement la Cour de cassation refuse de contrôler cette notion, mais elle l'interdit aussi du juge du fond. La Cour européenne des droits de l'Homme tient finalement un contrôle similaire en se concentrant sur

²⁷⁶⁷ Cass. crim., 4 janv. 1994, n° 93-84.697 : *inédit*. – Cass. crim., 14 déc. 1992, n° 91-86.178 : *inédit*. – Cass. crim., 3 janv. 2006, n° 05-85.974 : *inédit* ; la Cour d'appel ne s'était pas contentée de l'existence de la motivation du juge d'instruction, invoquant « des auditions en cours sur des faits multiples en matière économique et financière », mais avait recherché si « cette affirmation est confirmée par l'examen des procès-verbaux figurant à la procédure ».

²⁷⁶⁸ Cass. crim., 2 avr. 2003, n° 03-80.151 : *inédit* ; en l'espèce, la motivation consistait en la réalisation d'audition déjà en cours, sans autre précision. – Cass. crim., 27 févr. 2008, n° 07-88.560 : *inédit* ; alors que le juge d'instruction s'était référé à d'autres présentations réalisées dans son cabinet pour justifier l'absence de présentation, la Cour d'appel s'était contentée d'affirmer sobrement que cette motivation « répond aux exigences de l'article 154 du Code de procédure pénale ».

²⁷⁶⁹ Cass. crim., 31 mai 1988, n° 88-81.658 : *inédit*.

²⁷⁷⁰ Cass. crim., 7 déc. 2005, n° 04-85.734 : *inédit*.

²⁷⁷¹ Cass. crim., 3 oct. 1973, n° 73-91.325 : *Bull. crim.*, n° 343.

²⁷⁷² Cass. crim., 28 janv. 1992, n° 91-86.119 : *Bull. crim.*, n° 32.

²⁷⁷³ Cass. crim., 27 juin 2001, n° 01-81.865 : *Bull. crim.*, n° 163.

²⁷⁷⁴ Cass. mixte, 7 juil. 2000, n° 98-50.007 : *Bull. crim.*, n° 257 ; *JCP*, 2000, II, n° 10418, note O. GUÉRIN ; *Procédures*, 2001, comm. n° 17, note J. BUISSON ; *RSC*, 2001, p. 189, obs. A. GIUDICELLI : « les personnes à l'encontre desquelles il existe des indices faisant présumer qu'elles ont commis ou tenté de commettre une infraction peuvent être gardées à vue pendant une durée n'excédant pas vingt-quatre heures ».

²⁷⁷⁵ Cass. crim., 4 janv. 2005, n° 04-84.876 : *Bull. crim.*, n° 3 ; *Dr. pén.*, 2005, comm. n° 49, obs. A. MARON ; *AJP*, 2005, p. 409, note M. HERZOG-EVANS ; *ibid.*, p. 160, obs. J. LEBLOIS-HAPPE : « alors que la décision de placer en garde à vue une personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction relève d'une faculté que l'officier de police judiciaire tient de la loi et qu'il exerce, dans les conditions qu'elle définit, sous le seul contrôle du procureur de la République ou, le cas échéant, du juge d'instruction ». En l'espèce, la Cour d'appel avait estimé que la garde à vue ne répondait pas aux nécessités de l'enquête et que l'audition du suspect aurait dû être réalisée après convocation au commissariat. Indirectement, c'est également la légèreté de l'infraction commise, un outrage contre une personne dépositaire de l'autorité publique, qui justifiait cette solution.

la durée de celle-ci dans une appréciation abstraite principalement²⁷⁷⁶, et sa régularité²⁷⁷⁷, le défaut de nécessité n'étant censuré qu'en cas d'erreur manifeste²⁷⁷⁸. Cette solution, guère satisfaisante, ne fait pas l'objet d'un consensus et la Première chambre civile dans un arrêt resté discret et inédit s'y est opposée²⁷⁷⁹. Le rejet du contrôle *a posteriori* de l'opportunité, dans le contentieux de l'annulation, cumulé au faible contrôle de la qualité de la motivation de la prolongation aboutit à dégager un contrôle discrétionnaire à l'autorité judiciaire dans l'exercice de son contrôle en temps réel de la garde à vue peu compatible avec la préservation de la liberté individuelle.

633. La nécessaire remise en cause du pouvoir discrétionnaire du magistrat chargé du contrôle en temps réel. L'octroi du pouvoir discrétionnaire n'est plus satisfaisant, alors même que le recours excessif à la garde à vue a été critiqué par le Conseil constitutionnel lui-même²⁷⁸⁰. Même à retenir que la nécessité du placement en garde à vue demeure une question de fait pour en justifier l'absence de contrôle, la décision de prolongation apparaît déjà comme une atteinte plus sévère à la liberté individuelle et nécessite une hausse de contrôle²⁷⁸¹. La dernière réforme de la garde à vue a définitivement séparé la motivation de la prolongation de celle de l'absence de présentation, et celle-ci s'inscrit dans les intérêts classiques de la technique, pour forcer le juge à un effort intellectuel et permettre le contrôle juridictionnel de sa décision. Le développement de l'audition libre dans la législation²⁷⁸² milite pour un recours à la garde à vue dans le seul cas où celle-ci n'est pas suffisante et renforce l'exigence du contrôle. De même, la garde à vue reste un cas de détention *moyen* dont le régime général est caractérisé par un contrôle élevé de sa durée²⁷⁸³.

²⁷⁷⁶ V. *supra*, n° 751 et s. Le contrôle *in concreto* de la nécessité de la durée de la garde à vue se développe cependant dans la jurisprudence européenne.

²⁷⁷⁷ Elle vérifie effectivement l'existence de tels soupçons, tout en laissant une certaine marge d'appréciation à l'État. La Cour estime que « *l'existence de soupçons plausibles présuppose celle de faits ou renseignements propres à persuader un observateur objectif que l'individu en cause peut avoir accompli l'infraction* ». V. pour un exemple d'arrestation sanctionnée pour insuffisance de charge, CEDH, sect. IV, 6 nov. 2007, *Stepuleac c. Moldavie*, req. n° 8207/06. En l'espèce, l'arrestation et la détention de l'individu étaient fondées sur l'identification directe du requérant par la victime. Au-delà, le ministère public n'avait effectué aucune vérification sur les faits.

²⁷⁷⁸ CEDH, sect. V, 6 nov. 2008, *Kandjov c. Bulgarie*, req. n° 68294/01, en angl. En l'espèce, le suspect récoltait des signatures visant la démission d'un ministre et avait été arrêté sous l'infraction d'hoooliganisme.

²⁷⁷⁹ Cass. civ. I, 25 nov. 2009, n° 08-20.294 : *inédit* ; *Dr. pén.*, 2010, comm. n° 11, obs. A. MARON et M. HAAS. Dès lors que l'étranger dès son interpellation avait avoué être en situation étrangère, le juge du droit retenait « *qu'aucune enquête n'étant nécessaire, [si bien que] les services de police n'étaient pas tenus de la placer en garde à vue* ».

²⁷⁸⁰ Déc. n° 2010-14/22 QPC du 30 juil. 2010 : *préc.*

²⁷⁸¹ La réforme de la garde à vue exige d'ailleurs une infraction plus sévère pour permettre la prolongation par rapport au placement.

²⁷⁸² V. *supra*, n° 16.

²⁷⁸³ V. *supra*, n° 380.

Le développement croissant du contrôle *in concreto* de la durée de la garde à vue par la Cour européenne des droits de l'Homme pourrait aboutir de toute manière à renverser le principe²⁷⁸⁴. Si l'efficacité du contrôle en temps réel de l'autorité judiciaire de la privation de liberté de police du suspect peut être relativisée, notamment pour la garde à vue²⁷⁸⁵, au moins a-t-il le mérite d'exister, à la différence des autres cas de privation de liberté de police.

c. *Le refus constitutionnel de généraliser le contrôle en temps réel de la détention police par l'autorité judiciaire*

634. **Le pouvoir de surveillance du procureur de la République.**

La législation impose souvent que le procureur de la République soit informé immédiatement du placement en détention de l'individu dans un cadre de police administrative²⁷⁸⁶. Le juge judiciaire a même fait du défaut d'information du procureur du placement en rétention administrative de l'étranger une cause de refus de prolongation²⁷⁸⁷. Dans ces cadres, la loi n'octroie pas au magistrat du parquet un pouvoir de libération, tandis qu'il ne peut exercer en principe son pouvoir hiérarchique sur les agents opérant sous l'autorité de la police administrative, si bien qu'il ne peut sans doute obtenir la libération²⁷⁸⁸ : c'est un pouvoir de surveillance qu'il exerce.

635. **Le rejet du contrôle en temps réel.** Le mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité a permis d'interroger le juge de la loi sur l'absence de contrôle judiciaire en temps réel du dégrisement, validé au regard de sa durée et de sa nature²⁷⁸⁹, tout

²⁷⁸⁴ V. *supra*, n° 760 et s.

²⁷⁸⁵ Le nouveau droit de la garde à vue a inscrit dans la loi désormais le pouvoir du Procureur de la République d'ordonner à un officier de police judiciaire de placer en garde à vue que le lien de hiérarchie permettait déjà auparavant dans la pratique [art. 63 CPP]. On peut dès lors douter que cette modification législative ait une incidence sur la pratique et entraîne une amélioration du contrôle en temps réel [v. *contra*, C. MIANSONI, « L'initiative du placement en garde à vue » ; *AJP*, 2012, p. 517].

²⁷⁸⁶ Par exemple, le procureur est informé « *immédiatement* » du placement d'un étranger en zone d'attente [art. L. 221-3 du Code de l'entrée et du séjour de l'étranger et du droit d'asile] mais aussi du placement en rétention administrative de l'étranger [art. L. 551-2 CESEDA]. Le procureur du lieu de l'hospitalisation, mais aussi celui du lieu de résidence de l'aliéné, est également informé dans les vingt-quatre heures de l'hospitalisation d'office [art. L. 3213-9 CSP] et « *sans délai* » de l'hospitalisation réalisée à la demande d'un tiers [art. L. 3212-5 CSP].

²⁷⁸⁷ Cass. civ. I, 14 févr. 2006, n°s 05-14.028, 05-14.029, 05-14.030, 05-14.031, 05-14.032 et 05-14.033 : *inédits*. Le juge administratif estime en revanche que l'absence d'information du procureur n'est pas une cause de nullité de l'arrêté de placement [CE, 6 mars 2002, *pft Bas-Rhin*, n° 226408 : *Rec. CE, T.*, p. 773].

²⁷⁸⁸ Sauf à estimer qu'il agit aussi dans ce domaine comme gardien de la liberté individuelle, ce que le Conseil constitutionnel a en partie consacré, et lui reconnaître à ce titre le pouvoir de libération, sur le fondement direct de l'article 66 de la Constitution [v. *infra*, n° 700].

²⁷⁸⁹ Cons. const., déc. n° 2012-253 QPC du 8 juin 2012, [M. D.] : *J. O.*, 9 juin 2012, p. 9796 ; *Gaz. Pal.*, 5 juil. 2012, p. 11, comm. S. DETRAZ ; *Constitutions*, 2012, p. 479, obs. X. BIOY ; *LPA*, 25 mars 2013, p. 4,

en reconnaissant sa nature de privation de liberté. Le Conseil constitutionnel découvrait une catégorie de privation de liberté échappant au contrôle judiciaire, alors même que certaines simples restrictions à la liberté individuelle y sont soumises, sans que celle-ci ne trouve de justifications au sein de l'article 66 de la Constitution. Au moins ses critères semblent cumulatifs, ce qui n'empêcherait pas nécessairement d'imposer le contrôle en temps réel à la courte privation de liberté de police judiciaire, comme la vérification d'identité²⁷⁹⁰, ou la longue privation de liberté de police administrative, avant l'*Habeas corpus*²⁷⁹¹.

636. La théorie générale du contrôle judiciaire de la privation de liberté de courte durée : la nécessité de généraliser le contrôle en temps réel de l'autorité judiciaire. Si le Conseil constitutionnel a développé une jurisprudence dominée par la casuistique dans laquelle elle autorise les variations des modalités du contrôle de l'autorité judiciaire en fonction de l'intensité de l'atteinte de la liberté individuelle²⁷⁹², il est regrettable que la privation de liberté, même de courte durée, ne soit pas considérée comme une atteinte suffisamment grave à la liberté individuelle, par nature, pour justifier son contrôle en temps réel sur le fondement de l'article 66 de la Constitution, qui réserve une place particulière à la privation de liberté, la distinguant des autres atteintes à la liberté individuelle, par la prohibition spéciale de la détention arbitraire.

chron. V. TELLIER-CAYROL : « eu égard à la brièveté de cette privation de liberté organisée à des fins de police administrative par les dispositions contestées, l'absence d'intervention de l'autorité judiciaire ne méconnaît pas les exigences de l'article 66 de la Constitution ». La Cour de cassation admet également cette qualification et rejette en conséquence le contrôle de la durée du dégrèvement, invoquée devant elle concernant la nullité de poursuites ultérieures pour ivresse publique [Cass. crim., 8 janv. 2013, n° 12-80.465 : à paraître au *Bulletin*]. De surcroît, le Conseil constitutionnel n'aidait pas à la définition de sa notion d' « intervention », utilisée pour l'*Habeas corpus* en principe et utilisée ici plutôt dans le sens du contrôle en temps réel.

²⁷⁹⁰ V. sur son défaut, art. 78-3 CPP.

²⁷⁹¹ Par exemple, dès la première tranche de rétention administrative de l'étranger.

²⁷⁹² V. à propos des fouilles de véhicule Cons. const., déc. n° 76-75 DC du 12 janv. 1977 relative à la loi autorisant la visite des véhicules en vue de la recherche et de la prévention des infractions : *J. O.*, 13 janv. 1977, p. 345 ; *D.*, 1978, jur., p. 173, comm. L. HAMON et J. LÉAUTÉ ; consid. n° 5. V. pour les visites domiciliaires Cons. const., déc. n° 83-164 DC du 29 déc. 1983 relative à la loi de finances pour 1984 : *J. O.*, 30 déc. 1983, p. 3871. Le Conseil constitutionnel y formulait le principe selon lequel « l'intervention de l'autorité judiciaire doit être prévue pour conserver à celle-ci toute la responsabilité et tout le pouvoir de contrôle qui lui reviennent ». Ainsi par exemple, le contrôle d'identité, simple atteinte à la liberté d'aller et venir, peut être soumis au seul contrôle du magistrat du parquet du fait de sa faible ampleur [Cons. const., déc. n° 93-323 DC du 5 août 1993 portant sur la loi relative aux contrôles et vérifications d'identité : *J. O.*, 7 août 1993, p. 11193 ; *AJDA*, 1993, p. 815, note P. WACHSMANN ; *RFDA*, 1994, p. 959, comm. É. PICARD ; consid. n° 6]. En revanche, les perquisitions de nuit doivent donner lieu à une autorisation préalable du juge judiciaire [Cons. const., déc. n° 96-377 DC du 16 juil. 1996 portant sur la loi tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire : *J. O.*, 23 juil. 1996, p. 11108 ; *JCP*, II, n° 22709, p. 396, note N. VAN TUONG ; *D.*, 1997, p. 69, comm. B. MERCUZOT ; *AJDA*, 1996, p. 693, note O. SCHRAMECK ; *RFDA*, 1997, p. 538, note P.-E. SPITZ ; consid. n° 17].

637. Le contrôle en temps réel est un contrôle limité par nature, qui reste efficace à interrompre les détentions manifestement infondées. En ce sens, son maintien et son extension à l'ensemble des privations de liberté est souhaitable. La généralisation de ce contrôle, plus que son défaut d'indépendance, doit aboutir à en écarter le procureur de la République, sans pouvoir hiérarchique en dehors de la police judiciaire, au profit du juge judiciaire²⁷⁹³, qui apparaît plus légitime, sur le fondement de l'article 66, à contrecarrer l'autorité de police administrative. C'est vers le juge des libertés et de la détention²⁷⁹⁴ que ces compétences pourraient être rassemblées, du fait de sa spécialisation. Il ne s'agit pas pour autant de dénier au magistrat du parquet toute qualité de gardien de la liberté individuelle, ce qui serait contraire à la lettre de la Constitution, mais de lui dénier la qualité de gardien de la liberté de la personne privée de liberté²⁷⁹⁵, en fondant cette distinction sur la prohibition des détentions arbitraires, qui nécessite de distinguer le contrôle de la privation de liberté, de celui des autres atteintes à la liberté individuelle²⁷⁹⁶. Ce contrôle en temps réel d'un magistrat, même lacunaire et d'une étendue limitée, a au moins le mérite d'exister en droit français, alors qu'il est désormais absent de la jurisprudence européenne.

²⁷⁹³ Ou plus exactement instaurer une concurrence au niveau pénal. Si l'on pourrait arguer que le magistrat maître de la procédure est le mieux placé pour prolonger la garde à vue, ce principe reste relatif, la Chambre criminelle admettant que le procureur chargé d'autoriser la prolongation puisse être celui qui dirige l'enquête, comme celui du lieu d'exécution de la garde à vue [Cass. crim., 4 janv. 2006, n° 05-86.086 : *Bull. crim.*, n° 5 ; *Procédures*, 2006, comm. n° 86, obs. J. BUISSON ; *RSC*, 2006, p. 341, obs. D. N. COMMARET ; *RSC*, 2007, p. 604, obs. J. BUISSON]. Pour une solution équivalente concernant l'information du procureur du placement en rétention administrative, permise pour celui du domicile de l'étranger, comme celui du lieu de la rétention, Cass. civ. I, 9 janv. 2008, n° 07-12.735 : *inédit*.

²⁷⁹⁴ Concernant la réforme de la garde à vue, les travaux parlementaires avaient envisagé de confier la prolongation au juge des libertés et de la détention [v. par ex. la séance du 15 déc. 2010 de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, compte rendu n° 27, disponible sur le site internet de l'Assemblée nationale].

²⁷⁹⁵ V. pour les critiques du rôle du ministère public en matière de garde à vue les observations d'A. GIUDICELLI, *RSC*, 2011, p. 142. Il propose d'informer dès le début de la garde à vue le juge des libertés et de la détention, puis de lui donner le pouvoir de prolonger au bout de vingt-quatre heures et enfin de prolonger à quarante-huit heures après comparution devant lui. V. en même sens concernant la prolongation de la garde à vue par le juge des libertés et de la détention au bout de 24 heures, F. FOURMENT, *D.*, 2011, p. 26, point de vue et J. LEROY, note sous Cass. crim., 15 déc. 2010, n° 10-83.674 : *Bull. crim.*, n° 207 ; *JCP*, 2011, n° 4. V. *contra* J. PRADEL, « Quel(s) magistrat(s) pour contrôler et prolonger la garde à vue ? Vers une convergence entre la Cour de Strasbourg et la chambre criminelle de la Cour de cassation » ; *D.*, 2011, p. 338.

²⁷⁹⁶ Ce qui nécessiterait de revenir à une vision plus large de la liberté individuelle en matière de police judiciaire, alors que la notion a été réduite pour ne pas trop atteindre la compétence administrative en matière de libertés fondamentales [v. *supra*, n° 101]. La jurisprudence constitutionnelle a conservé parfois une vision large de la liberté individuelle en matière de police judiciaire, par exemple en dégagant de l'article 66 de la Constitution la hiérarchisation de ses différents acteurs [Cons. const., déc. n° 2011-625 DC du 10 mars 2011 relative à la loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure : *J. O.*, 15 mars 2011, p. 4630 ; consid. n° 59 : « *considérant qu'il résulte de l'article 66 de la Constitution que la police judiciaire doit être placée sous la direction et le contrôle de l'autorité judiciaire* »].

638. **Le début de la privation de liberté : la cassure dans la théorie générale.**

Le contrôle en temps réel de l'autorité judiciaire, qui bénéficie d'une protection constitutionnelle pour la privation de liberté de police du suspect, n'a ni reconnaissance constitutionnelle, ni reconnaissance législative pour les autres cas, au-delà de la simple surveillance du procureur de la République. Même le titre pérenne de privation de liberté n'est adopté par le juge judiciaire que lorsqu'il est en lien avec la commission d'une infraction²⁷⁹⁷, ce qui aboutit à ce que le premier contrôle du juge judiciaire s'exerce toujours en *Habeas corpus* sans ce lien, et lorsqu'une privation de liberté de police précède le titre pérenne de privation de liberté adopté par l'autorité administrative, à reculer d'autant l'intervention du juge judiciaire. Le début de la privation de liberté, dans son approche globale, n'est pas véritablement transcendé par la protection de la liberté individuelle et subit pleinement la distinction entre la matière de la police judiciaire et de la police administrative, si bien que l'omniprésence de l'autorité judiciaire pour le début de la première s'explique aussi par la nature de la privation de liberté, et la direction par l'autorité judiciaire des investigations, plutôt que par le plein effet de la protection de la liberté individuelle²⁷⁹⁸. L'*Habeas corpus* assure le droit au juge judiciaire et s'applique à tout cas de privation de liberté, même celle détachée de la commission d'une infraction.

2) **Le droit au juge judiciaire : l'*Habeas corpus***

639. **L'interprétation extensive des textes fondamentaux.** L'article 66 de la Constitution se contente d'une incise, faisant de l'autorité judiciaire et non du juge, la « *gardienne de la liberté individuelle* », dans une formulation issue du projet avorté de consécration de l'*Habeas corpus*²⁷⁹⁹. Les articles 5 § 1^{er}-c) et 5 § 3²⁸⁰⁰ de la Convention européenne prévoient une présentation rapide pour le seul suspect devant une autorité, et les

²⁷⁹⁷ V. *supra*, n° 164 et s. Si l'article 706-135 du Code de procédure pénale permet au juge judiciaire de prononcer l'hospitalisation d'office, elle reste liée à la commission d'une infraction et n'est possible que « *lorsque la chambre de l'instruction ou une juridiction de jugement prononce un arrêt ou un jugement de déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental* ». De même, si la rétention de sûreté est prononcée par le juge judiciaire, est conservé un lien de causalité avec une condamnation pénale [art. 706-53-14 CPP].

²⁷⁹⁸ La séparation progressive de la fonction de gardien de la liberté individuelle des autres fonctions judiciaires, tend à justifier l'intervention d'une autorité judiciaire spéciale pour contrôler la privation de liberté [v. *infra*, n° 678 et s.].

²⁷⁹⁹ V. *supra*, n° 98.

²⁸⁰⁰ Aux termes de la première disposition, l'arrestation doit être réalisée « *en vue d'être conduit devant l'autorité judiciaire compétente* » tandis que la seconde disposition pose que la personne suspectée « *doit être aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires* ».

formulations employées n'évoquent pas clairement le monopole du juge²⁸⁰¹. D'ailleurs, la Convention européenne des droits de l'Homme se réfère d'abord à la notion de « *tribunal* », pour désigner le juge indépendant et impartial. Si cette large marge d'appréciation laissée aux États, dans le début de la privation de liberté, perdure désormais sur plusieurs aspects²⁸⁰², au moins a-t-elle été réduite quant au contrôle judiciaire, par la consécration de l'*Habeas corpus*, ménageant l'accès rapide au juge, par l'interprétation extensive des garanties prévues par les dispositions.

640. **L'intervention du juge judiciaire : l'indépendance à l'égard de toute autre autorité.** L'*Habeas corpus*, à la différence du contrôle en temps réel, appartient au seul juge judiciaire, à l'exclusion du magistrat du parquet, son indépendance statutaire le rendant apte à empêcher l'arbitraire, pour ne pas céder aux influences extérieures. Il ne s'agit plus d'un contrôle diffus, mais de décider de la libération ou du maintien. La Convention européenne des droits de l'Homme ne consacre l'*Habeas corpus* que pour le seul suspect, lui garantissant l'accès à l'autorité judiciaire indépendante matériellement²⁸⁰³ (b). Le Conseil constitutionnel consacre un *Habeas corpus* général, en garantissant l'accès à l'autorité judiciaire indépendante statutairement (a).

a. *L'Habeas corpus constitutionnel général : l'accès à l'autorité judiciaire indépendante statutairement*

641. **L'interprétation autonome du deuxième alinéa de l'article 66 de la Constitution.** Alors que le droit français connaît une dualité des ordres juridictionnels, la Constitution dans son article 66, par une formule emblématique, fait de l'autorité judiciaire le gardien de la liberté individuelle. L'article 66 comprend deux alinéas : « *Nul ne peut être arbitrairement détenu. - L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi* ». En visant « *Ce principe* », au deuxième alinéa, l'analyse littérale de la Constitution rattache l'incise, « *gardienne de la liberté individuelle* », au principe du premier alinéa, l'interdiction de la détention arbitraire, plutôt que d'en faire un principe autonome, distinct du premier alinéa : la compétence judiciaire apparaît liée à la privation de liberté très largement, au-delà de la simple action de

²⁸⁰¹ La notion européenne correspondante est celle de tribunal, employée à l'article 5 § 4 ou 6 de la Convention.

²⁸⁰² V. *supra*, n° 164 et s.

²⁸⁰³ L'*Habeas corpus* de 1679 visait les privations de libertés pénales et écartait les détentions civiles.

libérer ou de laisser en liberté et sans distinction entre le bien-fondé ou la régularité. Le Conseil constitutionnel opère toutefois une lecture découplée de l'article 66 de la Constitution : « *l'article 66 de la Constitution prohibe la détention arbitraire et confie à l'autorité judiciaire, dans les conditions prévues par la loi, la protection de la liberté individuelle* »²⁸⁰⁴. Cette interprétation, sans effet sur le bien-fondé de la privation de liberté, dont le contrôle revient à l'autorité judiciaire dans l'analyse couplée et celle découplée, permet au Conseil constitutionnel de garder la maîtrise de la répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction, selon la définition qu'il donne de la liberté individuelle²⁸⁰⁵.

642. Du contrôle de l'autorité judiciaire à l'intervention du juge judiciaire « dans les meilleurs délais ». Alors même que l'article 66 de la Constitution se réfère à l'autorité judiciaire, le Conseil constitutionnel a très tôt précisé que « *la liberté individuelle ne peut être tenue pour sauvegardée que si le juge intervient dans le plus court délai possible* »²⁸⁰⁶. Cette première décision ne précisait pas toutefois l'ordre juridictionnel compétent²⁸⁰⁷. Une décision ultérieure continuait d'évoquer « *le juge* », sans plus de précision²⁸⁰⁸. Sans doute le législateur crut-il que la privation de liberté devait être immédiatement placée sous le contrôle d'un juge, peu importe son ordre, si bien qu'il plaça la rétention administrative de l'étranger sous le contrôle du juge administratif. En prévoyant une telle privation de liberté « *sans réserver la possibilité pour l'autorité judiciaire d'intervenir dans les meilleurs délais* »²⁸⁰⁹, le Conseil constitutionnel censurait et consacrait, par

²⁸⁰⁴ Cons. const., déc. n° 2011-214 QPC du 27 janv. 2012, [Société COVED SA] : *J. O.*, 28 janv. 2012, p. 1676 ; consid. n° 4. – Cons. const., déc. n° 2010-92 QPC du 28 janv. 2011, [Mme C.] : *J. O.*, 29 janv. 2011, p. 1894 ; consid. n° 4.

²⁸⁰⁵ À ce titre, la réduction de la compétence de l'autorité judiciaire, appréciée sur le fondement de l'article 66, au contrôle de la privation de liberté, s'opère par le Conseil constitutionnel par la restriction de la définition de la liberté individuelle, plutôt que par rattachement de la compétence judiciaire à la prohibition des détentions arbitraires [v. *supra*, n° 101]. Le Conseil constitutionnel garde même un deuxième levier pour moduler la compétence entre les deux ordres de juridiction, même en matière de liberté individuelle, en définissant le sens de la fonction de gardien.

²⁸⁰⁶ Cons. const., déc. n° 79-109 DC du 9 janv. 1980 portant sur la loi relative à la prévention de l'immigration clandestine et portant modification de l'ord. n° 45-2658 du 2 nov. 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers et portant création de l'Office national d'immigration : *J. O.*, 11 janv. 1980, p. 84 ; consid. n° 4.

²⁸⁰⁷ Ni dans sa formulation du principe [consid. n° 4 : « *la liberté individuelle ne peut être tenue pour sauvegardée que si le juge intervient dans le plus court délai possible* »] ni dans son application en l'espèce [au même considérant, le Conseil constitutionnel rappelait que « *l'intervention du juge n'est déclarée nécessaire que pour prolonger, au-delà de sept jours* »].

²⁸⁰⁸ Le Conseil constitutionnel censurait « *une telle mesure de rétention, même placée sous le contrôle du juge* » ; Cons. const., déc. n° 86-216 DC du 3 sept. 1986 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France : *J. O.*, 5 sept. 1986, p. 10790 ; consid. n° 22.

²⁸⁰⁹ Cons. const., déc. n° 92-307 DC du 25 févr. 1992 relative à la loi portant modification de l'ord. n° 45-2658 du 2 nov. 1945 modifiée, relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France : *J. O.*, 12 mars 1992, p. 3003 ; *RFDA*, 1992, p. 185, comm. B. GENEVOIX ; consid. n° 17. On notera que le Conseil constitutionnel consacrait dans cette dernière décision une exigence de célérité moins forte, [« *dans les meilleurs*

combinaison des différentes décisions, la compétence du juge judiciaire pour contrôler la nécessité de la privation de liberté, y compris dans un cadre de police administrative²⁸¹⁰. Même si l'article 66 de la Constitution opère un renvoi aux « conditions prévues par la loi », cette marge d'appréciation laissée au législateur ne saurait aller jusqu'à choisir son juge. Si le recours à l'interprétation autonome du deuxième alinéa de l'article 66 de la Constitution déçoit, au moins le Conseil constitutionnel a-t-il donné une pleine portée à celui-ci.

643. **L'indépendance statutaire du juge judiciaire.** En réservant au juge judiciaire, aux magistrats du siège, l'*Habeas corpus*, le Conseil constitutionnel le réserve à l'autorité judiciaire indépendante statutairement, l'indépendance prise dans son sens premier, celle qui exclut la subordination du juge judiciaire à toute autorité d'une autre nature, exigence imposée par la Constitution, à la différence des magistrats du parquet²⁸¹¹, et contrôlée par le Conseil constitutionnel, dès lors que le statut des magistrats est porté par une loi organique²⁸¹². La même indépendance s'applique alors à tous les magistrats statutaires du siège, celle-ci servant uniquement à écarter le juge administratif de la fonction, pour des considérations passées, et les magistrats du parquet, pour des considérations toujours actuelles. La découverte d'un *Habeas corpus* constitutionnel, qui constitue l'un des rares exemples de l'interprétation extensive des garanties de la liberté individuelle²⁸¹³ assurant la lutte contre l'arbitraire²⁸¹⁴, est d'autant plus utile que la Convention européenne des droits de l'Homme ne le reconnaît que pour la détention du suspect.

délais »], par rapport à sa découverte de l'*Habeas corpus* [« dans le plus court délai possible »]. La dernière formule est désormais consacrée [Cons. const., déc. n° 2010-71 QPC du 26 nov. 2010, [Mme S.] : *J. O.*, 27 nov. 2010, p. 21119 ; *Dr. Famille*, 2011, comm. n° 11, note I. MARIA ; *RFDA*, 2011, p. 951, chron. A. PENA ; *JCP*, 2011, n° 189, note K. GRABARCZYK ; *AJDA*, 2011, p. 174, X. BIOY].

²⁸¹⁰ Par ex., le Conseil constitutionnel a repris ce principe pour la détention de l'aliéné [déc. n° 2010-71 QPC du 26 nov. 2010 : *préc.*].

²⁸¹¹ Si l'article 64 de la Constitution se réfère à « l'indépendance de l'autorité judiciaire », celle-ci est bien exprimée plus fermement pour les magistrats du siège, « inamovibles » selon la même disposition, à la différence des magistrats du parquet, et concernés par une formation du Conseil supérieur de la magistrature distincte, selon l'article 65 du texte fondamental.

²⁸¹² Art. 65 de la Constitution.

²⁸¹³ Cette interprétation extensive résulte toutefois d'une première interprétation restrictive, du fait de l'analyse découplée des deux alinéas de l'article 66 [v. *supra*, n° 641].

²⁸¹⁴ V. *supra*, n° 213.

b. *L'Habeas corpus européen du suspect : l'accès à l'autorité judiciaire indépendante matériellement*

644. **L'Habeas corpus européen du suspect : la traduction « aussitôt » devant une autorité judiciaire indépendante.** La Cour européenne des droits de l'Homme a établi les critères de qualification de l'autorité judiciaire²⁸¹⁵ devant laquelle la personne suspecte²⁸¹⁶ doit être « aussitôt traduite »²⁸¹⁷, dès sa décision *Schiesser*²⁸¹⁸. Elle reconnaissait que les deux catégories d'autorité visées à l'article différaient et implicitement, que l'interprétation littérale de la Convention pouvait permettre d'y inclure d'autorité judiciaire dépendante²⁸¹⁹. Mais la Cour, usant de son interprétation téléologique, imposait l'indépendance, par protection pour la personne privée de liberté²⁸²⁰. Dès cet arrêt, la Cour posait ses conditions aujourd'hui classiques de la qualification : l'« indépendance à l'égard de l'exécutif et des parties »²⁸²¹, les critères étant cumulatifs, un seul défaut excluant la capacité de l'autorité à exercer l'*Habeas corpus*²⁸²².

645. **L'indépendance à l'égard de l'exécutif.** L'autorité doit d'abord être indépendante de l'exécutif, en particulier du ministre de la justice : l'indépendance semble faire défaut lorsque le pouvoir exécutif peut donner des instructions à l'autorité judiciaire, même lorsque celles-ci sont limitées²⁸²³, ou lorsque le ministre est compétent pour la

²⁸¹⁵ Par référence à l'article 5 § 1^{er}-c), qui vise « l'autorité judiciaire », ou à l'article 5 § 3, qui vise les « fonctions judiciaires ». Le terme d'autorité judiciaire ne saurait toutefois être interprété au sens français, mais visait plus largement l'autorité juridictionnelle, pour concerner également les États échappant à la dualité de juridiction. La Cour indique désormais, dans sa lecture dans un « tout » de l'article 5 § 1^{er}-c) et 5 § 3, que « l'expression "autorité judiciaire compétente" du paragraphe 1^{er}-c) constitue un synonyme abrégé de "juge ou [...] autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires" du paragraphe 3 » [CEDH, gde ch., 29 mars 2010, *Medvedyev et autres c. France*, req. n° 3394/03 : *Rec. CEDH*, 2010 ; *D.*, 2010, p. 1386, obs. S. LAVRIC ; *ibid.*, p. 1390, note P. HENNION-JACQUET ; *ibid.*, p. 1386, note J.-F. RENUCCI ; *ibid.*, p. 952, entretien P. SPINOSI ; *ibid.*, p. 970, obs. D. REBUT ; *AJDA*, 2010, p. 648, obs. S. BRONDEL ; *RSC*, 2010, p. 685, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; § 123].

²⁸¹⁶ Définie par l'article 5 § 1^{er}.

²⁸¹⁷ Obligation de l'article 5 § 3.

²⁸¹⁸ CEDH, ch., 4 déc. 1979, *Schiesser c. Suisse*, req. n° 7710/76 : *Rec. CEDH*, série A, n° 34.

²⁸¹⁹ *Ibid.* ; § 31 : « en résumé, le "magistrat" ne se confond pas avec le "juge" »

²⁸²⁰ *Ibid.* : « en résumé, le "magistrat" ne se confond pas avec le "juge", mais encore faut-il qu'il en possède certaines des qualités, c'est-à-dire remplit des conditions constituant autant de garanties pour la personne arrêtée ».

²⁸²¹ *Ibid.*, § 31.

²⁸²² V. concernant l'auditeur de justice militaire, indépendant des autorités militaires, mais exerçant les fonctions de poursuite par renvoi devant la juridiction de jugement, CEDH, ch., 22 mai 1984, *De Jong, Baljet et Van den Brink c. Pays-Bas*, req. n°s 8805/79, 8806/79 et 9242/81 : *Rec. CEDH*, série A, n° 77 ; § 49.

²⁸²³ CEDH, sect. V, 23 nov. 2010, *Moulin c. France*, req. n° 37104/06 : *AJDA*, 2011, p. 889, chron. L. BURGORGUE-LARSEN ; *D.*, 2011, p. 277, obs. J.-F. RENUCCI ; *ibid.*, p. 338, obs. S. LAVRIC ; *ibid.*,

nommer²⁸²⁴, ou lorsque le ministre bénéficie du pouvoir discrétionnaire de la révoquer²⁸²⁵. L'indépendance implique plus largement le rejet de toute subordination, par exemple à la hiérarchie militaire, pour le magistrat intervenant dans ce domaine²⁸²⁶, et même à la hiérarchie judiciaire, lorsque l'autorité agit « *sur les instructions et sous le contrôle* » d'un magistrat supérieur²⁸²⁷, lui-même dépendant²⁸²⁸.

646. **L'indépendance à l'égard des parties.** De manière plus large, l'indépendance du juge de l'*Habeas corpus*, exclut que celui-ci agisse, par la suite, « *à titre d'organe de poursuite et donc de partie* »²⁸²⁹ contre la personne privée de liberté, dans une reconnaissance de la séparation entre la fonction de gardien de la liberté individuelle et celle de poursuite, appréciée rétrospectivement²⁸³⁰. Cette condition fait défaut lorsque l'autorité se trouve chargée des poursuites, après renvoi devant la juridiction de jugement²⁸³¹. Le critère figurant désormais dans les principes généraux semble même établir une incompatibilité plus large que l'exercice des poursuites après renvoi, la Cour interdisant plus largement au juge d'*Habeas corpus* le pouvoir « *d'agir par la suite contre le requérant dans la procédure pénale* »²⁸³².

647. **Appréciation *in abstracto* de l'indépendance.** L'arrêt *Schiesser* se livrait à une appréciation *in concreto* de l'indépendance²⁸³³, laissant malgré tout une légère marge d'appréciation aux États en la matière. Cependant, la jurisprudence évoluait vite pour retenir

note J. PRADEL ; *ibid.*, p. 26, point de vue F. FOURMENT ; *RSC*, 2011, p. 208, note D. ROETS ; *Dr. pénal*, 2011, comm. n° 26, obs. A. MARON et M. HAAS ; *Procédures*, 2011, comm. n° 30, note A.-S. CHAVENT-LECLÈRE ; *Gaz. Pal.*, 9 déc. 2010, p. 6, note O. BACHELET ; *JCP*, 2010, n° 1206, obs. F. SUDRE ; § 23 et s. Le lien hiérarchique entre le magistrat du ministère public et le ministre de la justice, caractérisé par la faculté de ce dernier d'enjoindre les magistrats d'engager les poursuites, apparaissait reprochée à la législation française, au regard de sa présentation des dispositions applicables, même si sa conclusion restait vague, invoquant le défaut d'indépendance du magistrat du parquet au regard du ministre de la justice, sans plus de précision.

²⁸²⁴ *Moulin* : *préc.* ; § 27 et s. Ce second motif semble avoir aussi motivé la disqualification du magistrat du parquet, même si, comme pour les instructions, la conclusion de la Cour est insuffisamment précise.

²⁸²⁵ CEDH, sect. IV, 14 juin 2011, *Mirosław Garlicki c. Pologne*, req. n° 36921/07, en angl. ; § 110 et s. L'étendue du pouvoir de révocation est étudiée au regard des garanties l'entourant.

²⁸²⁶ CEDH, ch., 26 mai 1988, *Pauwels c. Belgique*, req. n° 10208/82 : *Rec. CEDH*, série A, n° 135.

²⁸²⁷ CEDH, 28 oct. 1998, *Assenov et autres c. Bulgarie*, req. n° 24760/94 : *Rec. CEDH*, 1998-VIII : D., 1999, p. 266, note P. HENNON ; *RSC*, 1999, p. 384, chron. R. KOERING-JOULIN ; § 67.

²⁸²⁸ L'indépendance n'interdit pas cependant des liens hiérarchiques à l'intérieur du corps judiciaire à condition que le magistrat au bout de la chaîne bénéficie de cette indépendance [*Schiesser* : *préc.* ; § 31].

²⁸²⁹ *Pauwels* : *préc.* ; § 37.

²⁸³⁰ La Cour a pu une fois soulever la question de l'« *impartialité* » du magistrat contrôlant la privation de liberté avec une autre mission concomitante contradictoire, le cumul risquant d'altérer son appréciation, sans suite [CEDH, gde ch., 18 févr. 1999, *Hood c. Royaume-Uni*, req. n° 27267/95 : *Rec. CEDH*, 1999-I ; § 58].

²⁸³¹ *De Jong, Baljet et Van den Brink* : *préc.*

²⁸³² *Medvedyev*, gde ch. : *préc.* ; § 124.

²⁸³³ Quant à la condition de l'indépendance à l'égard des parties, la Cour constatait que le procureur n'avait pas opéré par la suite les fonctions de poursuite, bien que le droit en vigueur rendait possible un tel cumul. Quant à la condition de l'indépendance à l'égard de l'exécutif, si le procureur était soumis hiérarchiquement en droit, il n'avait, en l'espèce, reçu « *ni conseils ni instructions* ».

que la simple éventualité pour l'autorité de pouvoir exercer par la suite des fonctions de poursuite, qu' « il [ait] des chances de devenir l'une [des parties] lors de la phase ultérieure », suffise à compromettre son indépendance²⁸³⁴. Ses chances s'apprécient au regard des « apparences objectives existant à la date de la décision sur la détention »²⁸³⁵, celles-ci suffisant à le disqualifier. En réalité, même lorsque les apparences objectives rendent le cumul improbable, par exemple parce que l'instruction est réalisée par des juges siégeant dans un ressort différent de celui de l'autorité judiciaire devant lequel le suspect a été présenté, l'indépendance manque²⁸³⁶ : la moindre chance suffit à écarter l'indépendance. L'indépendance à l'égard à l'exécutif résistait plus longtemps à l'appréciation *in abstracto*, et l'analyse *in concreto* permettait encore de vaincre le statut²⁸³⁷. La condition est désormais appréciée au regard du seul statut de l'autorité²⁸³⁸, sans égard pour la pratique²⁸³⁹. Si dès l'arrêt *Schiesser* les opinions dissidentes réfutaient par principe qu'une autorité servant principalement d'organe de poursuite puisse être le magistrat de l'article 5 § 3²⁸⁴⁰, la jurisprudence tend à l'imposer par le développement de l'analyse *in abstracto*, si bien qu'une telle autorité, même indépendante statutairement de l'exécutif et des parties, pourrait être disqualifiée dans le franchissement d'une nouvelle étape de la jurisprudence.

²⁸³⁴ *De Jong, Baljet et Van den Brink c. Pays-Bas* : préc. – CEDH, ch., 22 mai 1984, *Van der Sluijs, Zuiderveld et Klappe c. Pays-Bas*, req. n^{os} 9362/81, 9363/81 et 9387/81 : *Rec. CEDH*, série A, n^o 78. – CEDH, ch., 22 mai 1984, *Duinhof et Duijf c. Pays-Bas*, req. n^{os} 9626/81 et 9736/82 : *Rec. CEDH*, série A, n^o 79. – *Pauwels* : préc. – CEDH, plén., 23 oct. 1990, *Huber c. Suisse*, req. n^o 12794/87 : *Rec. CEDH*, série A, n^o 188 : *RSC*, 1991, p. 146, obs. L.-E. PETTITI. – *Hood* : préc.

²⁸³⁵ CEDH, ch., 26 nov. 1992, *Brincat c. Italie*, req. n^o 13867/88 : *Rec. CEDH*, série A, n^o 249-A ; § 21. Peu importe alors qu'ultérieurement, le magistrat découvre son incompétence territoriale, permettant d'exclure son intervention dans la suite de la procédure.

²⁸³⁶ *Moulin* : préc. ; § 58.

²⁸³⁷ *Pauwels* : préc. ; § 19. L'indépendance du magistrat était validée, même s'il n'était pas inamovible et s'il était placé sous la hiérarchie du ministre de la justice. L'arrêt, en date du 1988, était postérieur à l'évolution jurisprudentielle de l'appréciation *in abstracto* de l'indépendance à l'égard des parties, datant de 1984 [v. *supra*, note n^o 2834].

²⁸³⁸ CEDH, sect. II, 3 juin 2003, *Pantea c. Roumanie*, req. n^o 33343/96 : *Rec. CEDH*, 2003-VI ; D., 2003, p. 2268, obs. J.-F. RENUCCI ; § 238 et s. « L'autorité » du ministre de la justice sur l'autorité la disqualifie pour réaliser l'*Habeas corpus*. – *Assenov* : préc. – *Moulin* : préc. ; § 57. La Cour, à l'appui d'un sondage réalisé auprès des magistrats sur l'indépendance des magistrats du parquet, en faisait état, pour l'écarter de son analyse, caractérisant le défaut d'indépendance « du fait de leur statut ». Le lien hiérarchique entre le ministère public et le ministère de la justice, caractérisé par la faculté d'enjoindre les magistrats d'engager les poursuites, apparaissait reprochée à la législation française, au regard de sa présentation des dispositions applicables [§ 23 et s.], même si sa conclusion restait vague, invoquant le défaut d'indépendance du magistrat du parquet, sans plus de précision.

²⁸³⁹ *Moulin* : préc. ; § 57. La Cour sanctionnait le droit français, tout en notant « que le lien de dépendance effective entre le ministre de la Justice et le ministère public fait l'objet d'un débat au plan interne ».

²⁸⁴⁰ Voir les opinions dissidentes du juge RYSSDAL [« la tâche principale du procureur de district, la poursuite, me paraît incompatible avec la fonction judiciaire dont traite l'article 5 par. 3 »] et du juge Evrigenis [« Confier le pouvoir de décision en matière de détention provisoire à un organe qui a parmi ses fonctions principales celle de la poursuite, serait contraire à la Convention. Il est sans importance que cet organe soit ou non appelé, dans le cas d'espèce, à exercer les deux genres de fonctions »].

648. **L'inaptitude du magistrat du parquet français à exercer l'*Habeas corpus*.** Au regard de cette jurisprudence ancienne, l'incapacité du magistrat français du parquet à être qualifié de « *magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires* », affirmée dans quatre arrêts rapprochés de la Cour européenne²⁸⁴¹, ne ressortait que de la simple application de ces principes anciens. Et c'est encore logiquement que deux arrêts de la Chambre criminelle ont récemment dénié au magistrat du parquet la qualification d'autorité judiciaire au sens de l'article 5 § 3²⁸⁴², sans pour autant que la législation²⁸⁴³ de la garde à vue ne nécessite de réforme pour assurer sa conventionnalité²⁸⁴⁴ : dès lors que la Convention européenne des droits de l'Homme n'impose pas un contrôle en temps réel de la garde à vue, peu importe que le magistrat du parquet l'exerce, dès lors que le suspect bénéficie bien de l'accès rapide à l'autorité judiciaire indépendante à son terme²⁸⁴⁵.

649. **Vers la généralisation de l'*Habeas corpus* européen.** Dans le standard européen, à défaut d'*Habeas corpus* généralisé, réservé pour le seul suspect, le premier contrôle judiciaire de la privation de liberté est organisé, dans les autres cas, par l'article 5 § 4, qui reconnaît un droit de recours, à l'initiative de la personne détenue, devant un tribunal, à bref délai, celui-ci naissant à l'arrestation : le défaut d'automatisme et de célérité le différencient de l'*Habeas corpus*. La tentation de l'élargissement de l'*Habeas corpus* apparaît dans plusieurs contentieux : ainsi, spécialement pour l'internement de l'aliéné, la

²⁸⁴¹ *Medvedyev*, sect. V : *préc.* L'affirmation était posée sur le fondement de l'article 5 § 1^{er}. – *Medvedyev*, gde ch. : *préc.* ; § 124. L'affirmation était implicite, la Cour rappelant le défaut d'indépendance du magistrat pouvant devenir par la suite partie, « à l'instar du ministère public ». – *Moulin* : *préc.* La Cour montrait une certaine prudence, refusant de désigner précisément les points défectueux, refusant d'influencer trop nettement le débat national sur l'éventuelle réforme du parquet [v. le rapport de la COMMISSION DE MODERNISATION DE L'ACTION PUBLIQUE PRÉSIDIÉE PAR J.-L. NADAL, *Refonder le ministère public*, 2013, La Documentation française ; la commission propose d'abord d'améliorer l'indépendance du parquet de l'exécutif, sans modifier son défaut d'indépendance à l'égard des parties]. – CEDH, 27 juin 2013, sect. V, 27 juin 2013, *Vassis et autres c. France*, req. n° 62736/09 ; *Gaz. Pal.*, 15 oct. 2013, p. 41, note F. FOURMENT ; *ibid.*, 4 juil. 2013, p. 3, obs. C. KLEITZ ; *AJP*, 2013, p. 549, obs. G. ROUSSEL ; *JCP*, 2013, n° 843, obs. L. MILANO ; *D.*, 2013, p. 1687, obs. O. BACHELET ; *RSC*, 2013, p. 656, note D. ROETS.

²⁸⁴² Cass. crim., 15 déc. 2010, n° 10-83.674 : *Bull. crim.*, n° 207 ; *RSC*, 2011, p. 142, obs. A. GIUDICELLI ; *JCP*, 2011, n° 214, note J. LEROY ; *Procédures*, 2011, comm. n° 67, obs. A.-S. CHAVENT-LECLÈRE ; *D.*, 2011, p. 338, obs. S. LAVRIC ; *D.*, 2011, p. 338, comm. J. PRADEL ; *Gaz. Pal.*, 4 janv. 2011, p. 21, obs. D. ROETS. – Cass. crim., 18 janv. 2011, n° 10-84.980 : *Bull. crim.*, n° 8 ; *AJP*, 2011, p. 198, obs. L. ASCENSI ; *RSC*, 2011, p. 142, obs. A. GIUDICELLI.

²⁸⁴³ La poursuite de la Cour européenne des droits de l'Homme de sa jurisprudence opérant un contrôle *in concreto* de la durée de la garde à vue [v. *infra*, n° 760 et s.] pourrait toutefois obliger la jurisprudence de la Cour de cassation à modifier sa jurisprudence rejetant tout contrôle *a posteriori* de son bien-fondé [v. *supra*, n° 632].

²⁸⁴⁴ V. pour un questionnement sur une évolution du statut du parquet et son éventuelle indépendance, CH. RAYSSÉGUIER, « Le "*Parquet à la française*" : tensions et apaisements » ; *Constitutions*, 2011, p. 281 ou encore M. ROBERT, « L'avenir du ministère public français » ; *AJP*, 2011, p. 115 ou D. SOULEZ-LARIVIÈRE, « Le problème du ministère public français » ; *AJP*, 2011, p. 112.

²⁸⁴⁵ *Vassis* : *préc.* ; § 53.

tentation apparaît dans l'examen de la suffisance des garanties prévues par le législateur pour écarter le risque d'arbitraire²⁸⁴⁶ ; en envisageant d'intégrer le contrôle en temps réel de l'autorité judiciaire sur le fondement de l'article 5 § 1^{er}, la jurisprudence européenne aurait pu s'orienter ensuite vers la généralisation de l'*Habeas corpus* sur ce même fondement²⁸⁴⁷ ; la Cour européenne des droits de l'Homme construit un recours à bref délai autonome, lorsqu'il formalise la première intervention judiciaire, en exigeant une célérité plus stricte²⁸⁴⁸ et en envisageant son automaticité²⁸⁴⁹, spécialisation qui le rapproche de l'*Habeas corpus*. Au moins la réserve constitutionnelle du juge judiciaire de l'*Habeas corpus* est nettement posée, tandis que celle-ci se trouve en construction concernant le recours à bref délai.

B) La construction de la réserve constitutionnelle au juge judiciaire du recours à bref délai

650. Les certitudes du recours à bref délai : l'accès au « tribunal » pour apprécier périodiquement la proportionnalité de la privation de liberté. L'article 5 § 4 de la Convention européenne des droits de l'Homme consacre le « *le droit d'introduire un recours devant un tribunal, afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale* ». Pour être gouverné par les notions d'impartialité, d'indépendance et de garanties procédurales²⁸⁵⁰, l'article 5 § 4 garantit en conséquence l'accès à un juge, défini matériellement, qui statue sur la légalité de la privation de liberté, dans les règles du procès équitable²⁸⁵¹. L'arrestation fait naître ce recours, qui n'est pas forcément épuisé par l'*Habeas corpus*, puisque celui-ci, dans sa vision minimale, n'impose que la seule présentation de l'individu au juge judiciaire, sans autre garantie procédurale²⁸⁵². L'article 5 § 4 a vocation à s'appliquer au contrôle juridictionnel du début de la privation de liberté, pour imposer le premier procès de la privation de liberté à bref délai et se cumule à l'*Habeas corpus*, à moins que le législateur ne garnisse ce dernier des règles du

²⁸⁴⁶ V. *supra*, note n° 591.

²⁸⁴⁷ V. *supra*, n° 622. La consécration d'un *Habeas corpus* à travers la notion de la qualité de la norme n'est pas souhaitable pour limiter son contrôle à son aspect abstrait et à la qualité de la loi, à l'exclusion de son emploi concret.

²⁸⁴⁸ V. *infra*, n° 806.

²⁸⁴⁹ V. *infra*, n° 799 et s.

²⁸⁵⁰ V. *infra*, n° 663 et s.

²⁸⁵¹ V. *infra*, n° 815 et s.

²⁸⁵² V. *supra*, n° 67 et s.

procès équitable. Le recours à bref délai, par son caractère périodique²⁸⁵³, a toutefois vocation à assurer le contrôle juridictionnel de la proportionnalité de la privation de liberté.

651. **Les incertitudes du recours à bref délai.** La principale question posée par le contrôle à bref délai réside dans son étendue et son application à la détention *sanction*, à laquelle s'oppose le dogme du contrôle incorporé²⁸⁵⁴ et du sens univoque de cette privation de liberté²⁸⁵⁵. La réserve constitutionnelle au juge judiciaire du recours à bref délai interroge aussi, alors que l'article 66 de la Constitution a été d'abord employé pour dégager l'*Habeas corpus*²⁸⁵⁶.

652. **L'étude du droit à quel juge, plutôt que du droit au juge.** Le droit au juge pour contester le bien-fondé du maintien de la détention *sanction* ne bénéficie pas d'une pleine reconnaissance, à la différence de la détention *moyen* et de la détention *sûreté*. L'étendue du droit au juge est étudiée plus bas²⁸⁵⁷. Il s'agit ici de rechercher plutôt la réserve de compétence du juge judiciaire lorsque ce recours existe, soit qu'il soit imposé par les normes supra-légales, soit que le législateur l'ait développé au-delà de ses obligations²⁸⁵⁸. En droit interne, la réserve constitutionnelle au juge judiciaire du recours à bref délai émerge dans la jurisprudence constitutionnelle (1). Le droit européen garantit en tout cas l'accès à un tribunal (2).

1) Le droit interne : l'émergence constitutionnelle de la réserve au juge judiciaire du recours à bref délai

653. **Un exemple d'interprétation large de l'article 66 de la Constitution.** Faire de l'article 66 de la Constitution le fondement de la réserve au juge judiciaire du recours à bref délai, pour apprécier la proportionnalité de la privation de liberté et dépasser sa filiation avec l'*Habeas corpus*²⁸⁵⁹, caractériserait une nouvelle interprétation large du second alinéa de l'article 66 de la Constitution. À la différence de l'*Habeas corpus*, la réserve de compétence du juge judiciaire du contrôle de la proportionnalité de la privation de liberté, à travers le recours à bref délai, apparaît en construction (a). Dès lors, à défaut de bénéficier d'une pleine

²⁸⁵³ V. *infra*, n° 808 et s.

²⁸⁵⁴ V. *infra*, n° 768 et s.

²⁸⁵⁵ V. *supra*, n° 503 et s.

²⁸⁵⁶ V. *supra*, n° 641 et s.

²⁸⁵⁷ V. *infra*, n° 768 et s.

²⁸⁵⁸ Cette question se pose pour l'aménagement de peine, développé par le législateur au-delà de ce que les standards supra-légaux imposent.

²⁸⁵⁹ V. *supra*, n° 98.

reconnaissance constitutionnelle, la réserve de compétence au juge judiciaire bénéficie d'une reconnaissance législative (b).

a. *La construction constitutionnelle de la réserve de compétence au juge judiciaire*

654. **Le rapatriement au sein de l'article 66 des différentes dimensions du contrôle de la privation de liberté.** L'avantage de l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'Homme est de contenir la majorité des dimensions du contrôle de la privation de liberté – la qualité de la base légale²⁸⁶⁰, la délimitation abstraite de la privation de liberté²⁸⁶¹, les droits générés par l'arrestation²⁸⁶², l'*Habeas corpus*²⁸⁶³, le recours à bref délai²⁸⁶⁴ et l'exécution de la détention²⁸⁶⁵ –, permettant le développement d'un traitement uniforme et autonome de la privation de liberté, même si celui-ci est mis à mal par des apports récents au droit de la privation de liberté sur des fondements étrangers à la disposition²⁸⁶⁶. Le rassemblement des mêmes dimensions sur le fondement de l'article 66 de la Constitution est permis en droit français, sous l'étendard de l'interdiction de la détention arbitraire, consacrée à l'aliéna 1^{er} de la disposition, ce que le Conseil constitutionnel a entamé par le rapatriement du principe de l'interdiction de toute rigueur non nécessaire²⁸⁶⁷, et que le dégagement sur la disposition de la réserve de compétence du juge judiciaire du contrôle à bref délai consoliderait. Le Conseil constitutionnel a bien consacré la réserve du juge judiciaire pour la détention *moyen* et la détention *sûreté* (i). Mais le principe se trouve dans une position ambiguë concernant la peine privative de liberté (ii).

²⁸⁶⁰ V. *supra*, n° 160 et s.

²⁸⁶¹ Par la liste de l'article 5 §1^{er} et la jurisprudence afférente [v. *supra*, n° 353 et s.].

²⁸⁶² La disposition ne consacre toutefois que le droit à l'information des raisons de l'arrestation et de la détention [v. *supra*, n° 230 et s.].

²⁸⁶³ Il n'est consacré cependant que pour le suspect, aux articles 5 §1^{er}-c) et 5 § 3 [v. *supra*, n° 644].

²⁸⁶⁴ V. *infra*, n° 768 et s.

²⁸⁶⁵ Le vice d'exécution incorporé à l'article 5 se limite au contrôle de l'adéquation matérielle [v. *supra*, n° 483 et s.], le reste s'opérant sur le fondement de l'article 3, sans pour autant que ce développement ne remette directement en cause le traitement uniforme de la privation de liberté pour s'appliquer à tous les cas [v. *supra*, n° 514 et s.].

²⁸⁶⁶ V. pour le développement de l'assistance de l'avocat sur le seul fondement de la défense pénale, *supra*, n° 289 et s. V. pour le développement du contrôle de l'aménagement des peines sur le fondement de l'obligation à caractère civil, *supra*, n° 834 et s.

²⁸⁶⁷ Le Conseil constitutionnel montre toutefois des hésitations sur le fondement du principe [v. *supra*, n° 357].

i) *La consécration constitutionnelle de la réserve du juge judiciaire pour la détention moyenne et la détention sûreté*

655. La consécration de la réserve de l'autorité judiciaire fondée sur l'article 66 de la Constitution. En matière de privation de liberté de l'étranger, le Conseil constitutionnel a validé l'allongement des périodes de détention entre deux contrôles judiciaires²⁸⁶⁸, en précisant que « *l'autorité judiciaire conserve la possibilité d'interrompre à tout moment la prolongation du maintien en rétention, de sa propre initiative ou à la demande de l'étranger, lorsque les circonstances de droit ou de fait le justifient* »²⁸⁶⁹. Par cette réserve d'interprétation, le Conseil constitutionnel imposait durant l'exécution de la privation de liberté la possibilité constante pour l'autorité judiciaire d'y mettre fin et reconnaissait, sur le fondement de l'article 66, sa compétence pour réaliser le contrôle de proportionnalité²⁸⁷⁰, et d'un droit de recours au profit de la personne privée de liberté pour la saisir du moyen. Le Conseil constitutionnel reprenait même sa formulation et le fondement dans son contrôle de la rétention de sûreté²⁸⁷¹, montrant sa volonté de généraliser la garantie, sauf la détention sanction²⁸⁷². Si, à chaque fois, le Conseil constitutionnel visait prudemment l'« *autorité judiciaire* », il étudiait bien les pouvoirs du juge judiciaire.

656. La consécration du droit de recours à « bref délai » pour contester devant le juge judiciaire le bien-fondé de son maintien en détention. Dans son examen *a posteriori* de l'internement de l'aliéné, dont l'organisation du contrôle judiciaire était critiqué, y compris le maintien de la dualité²⁸⁷³, le Conseil constitutionnel utilisait le fondement du droit de recours effectif, dégagé de l'article 16 de la Déclaration de 1789, pour reconnaître le droit de recours à bref délai de l'aliéné à contester le bien-fondé de son

²⁸⁶⁸ Si la première prolongation ordonnée par le juge judiciaire relève du contrôle de la nécessité de la privation de liberté et de l'*Habeas corpus*, les prolongations ultérieures ressortent du contrôle de la proportionnalité de la privation de liberté.

²⁸⁶⁹ Cons. const., déc. n° 2003-484 DC du 20 nov. 2003 portant sur la loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité : *J. O.*, 27 nov. 2003, p. 20154 ; *Gaz. Pal.*, 2005, doct., p. 685, comm. J. BOYER ; consid. n° 51 ; *LPA*, 20 janv. (partie I) et 21 janv. (partie II) 2004, p. 10, comm. J.-É. SCHOETTL ; consid. n° 66.

²⁸⁷⁰ Le Conseil constitutionnel reprenait les mêmes éléments lors de son examen *a priori* de la dernière loi sur le droit des étrangers [Cons. const., déc. n° 2011-631 DC du 9 juin 2011 portant sur la loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité : *J. O.*, 17 juin 2011, p. 10306 ; *AJDA*, 2011, p. 1174, obs. M.-C. DE MONTECLER ; *Constitutions*, 2012, p. 597, obs. V. TCHEN ; consid. n° 75].

²⁸⁷¹ Cons. const., déc. n° 2008-562 DC du 21 févr. 2008 portant sur la loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental : *J. O.*, 26 févr. 2008, p. 3272 ; *RSC*, 2008, p. 731, comm. CH. LAZERGES ; *D.*, 2008, p. 1359, comm. Y. MAYAUD ; *JCP*, 2008, actu., 166, obs. B. MATHIEU ; *JCP*, 2008, II, n° 10077, comm. J.-PH. FELDMAN ; consid. n° 22.

²⁸⁷² *V. infra*, n° 657 et s.

²⁸⁷³ Déc. n° 2010-71 QPC du 26 nov. 2010 : *préc.* ; consid. n° 27.

maintien en privation de liberté devant le juge judiciaire²⁸⁷⁴, seul compétent pour apprécier l'opportunité de la privation de liberté²⁸⁷⁵. Les formulations utilisées avaient le mérite de désigner clairement le juge judiciaire, plutôt que l'autorité judiciaire, et de consacrer expressément le droit de recours « à bref délai »²⁸⁷⁶, par une appropriation nette des principes de l'article 5 § 4 de la Convention européenne des droits de l'Homme. L'usage du droit au recours effectif, le fondement du droit au juge de droit commun, pour fonder la réserve de compétence judiciaire, ne renforçait pas la théorie générale, tout en désavouant le juge administratif, qualifié ainsi et par nature, d'inapte à assurer le recours effectif de la privation de liberté. Le choix du fondement de droit commun était d'autant plus artificiel que le Conseil constitutionnel découvrait au sein de celui-ci une spécificité propre à la privation de liberté, tenant dans l'exigence de promptitude renforcée, le bref délai. Finalement, le Conseil constitutionnel voyait dans le traitement du contrôle de la proportionnalité de la mesure de sûreté un moyen de développer sa jurisprudence sur l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, qui regroupe aujourd'hui les grandes garanties du procès équitable, pendant de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme²⁸⁷⁷, aux dépens de l'article 66 de la Constitution, qui peine à se poser comme l'équivalent de l'article 5. La réserve de compétence du juge judiciaire bénéficie d'une reconnaissance ambiguë dans le domaine de l'aménagement de peine.

ii) *La constitutionnalité ambiguë de la judiciarisation de l'aménagement des peines*

657. La position ancienne : le rejet constitutionnel de la judiciarisation de l'aménagement de la peine privative de liberté. Le juge judiciaire apparaît comme la seule autorité légitime à aménager la peine privative de liberté, décidée par un autre juge judiciaire, et son indépendance utile, dans un domaine dans lequel le risque de récidive suscite une forte

²⁸⁷⁴ *Ibid.*, consid. n° 39 : « s'agissant d'une mesure privative de liberté, le droit à un recours juridictionnel effectif impose que le juge judiciaire soit tenu de statuer sur la demande de sortie immédiate dans les plus brefs délais ».

²⁸⁷⁵ *Ibid.*, consid. n° 33 et s. : « si, en l'état du droit applicable, les juridictions de l'ordre judiciaire ne sont pas compétentes pour apprécier la régularité de la procédure et de la décision administratives qui ont conduit à une mesure d'hospitalisation sans consentement, la dualité des ordres de juridiction ne limite pas leur compétence pour apprécier la nécessité de la privation de liberté en cause ».

²⁸⁷⁶ *Ibid.*, consid. n° 39.

²⁸⁷⁷ Droit au recours, droits de la défense, indépendance et impartialité du juge. La disposition devient le pendant constitutionnel de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

pression. Dès 1978 pourtant, le Conseil constitutionnel rejetait nettement que l'aménagement des peines soit réservé au juge judiciaire²⁸⁷⁸, à une époque, il est vrai, où une telle solution aurait remis en cause le droit positif, qui tolérait encore l'intervention du pouvoir exécutif. Et alors que la Cour de cassation, le Conseil d'État et le Tribunal des conflits cherchaient à établir les juridictions compétentes pour apprécier les recours contre les décisions d'aménagement des peines, le débat se portait sur l'interprétation des règles du Code de procédure pénale et non sur les principes supérieurs²⁸⁷⁹.

658. **Vers l'acceptation du principe.** Pourtant, quelques décisions montrent une volonté du Conseil constitutionnel de mieux encadrer la phase de l'aménagement des peines. Ainsi, en 2004, alors que la législation organisait une procédure simplifiée d'adoption des mesures d'aménagement, le Conseil constitutionnel reprenait une formule approchante de celle de 1978, tout en en limitant sa portée²⁸⁸⁰, pour la limiter aux seuls mécanismes de fins de peine. Surtout, tout en notant que le juge de l'application des peines conservait le pouvoir de révoquer la mesure d'aménagement décidée par l'autorité non juridictionnelle, le Conseil constitutionnel indiquait que « *les dispositions en cause ne méconnaissent pas les prérogatives constitutionnelles des juridictions judiciaires*²⁸⁸¹ s'agissant du prononcé et de l'exécution des peines » : la judiciarisation d'une partie de l'aménagement des peines semblait consacrée constitutionnellement, sans être clairement bornée, ni fondée²⁸⁸², si ce n'est le lien établi entre la compétence du prononcé et celle de l'exécution. Au regard de la décision, la révocation de la mesure d'aménagement de peine, même mineure, appartient au juge

²⁸⁷⁸ Cons. const., déc. n° 78-98 DC du 22 nov. 1978 portant sur la loi modifiant certaines dispositions du Code de procédure pénale en matière d'exécution des peines privatives de liberté : *J. O.*, 23 nov. 1978 ; consid. n° 7 : « aucune disposition de la Constitution ni aucun principe fondamental reconnu par les lois de la République n'exclut que les modalités d'exécution des peines privatives de liberté soient décidées par des autorités autres que des juridictions ».

²⁸⁷⁹ V. pour un résumé, M. HERZOG-EVANS, « Droit commun pour les détenus » ; *RSC*, 1995, p. 621. V. *infra*, n° 873.

²⁸⁸⁰ Cons. const., déc. n° 2004-492 DC du 2 mars 2004 relative à la loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité : *J. O.*, 10 mars 2004, p. 4637 ; *RSC*, 2005, p. 122, comm. V. BÜCK ; *D.*, 2004, p. 956, note M. DOBKINE ; *RSC*, 2004, p. 725, comm. CH. LAZERGES ; *JCP*, 2004, II, n° 10048, obs. J.-C. ZARKA ; consid. n° 124 : « aucun principe non plus qu'aucune règle de valeur constitutionnelle n'interdit au législateur de confier à des autorités autres que des juridictions le soin de fixer certaines modalités d'exécution de fins de peines d'emprisonnement et de les qualifier de "mesures d'administration judiciaire" ».

²⁸⁸¹ Le Conseil constitutionnel utilisait ainsi une nouvelle formulation pour évoquer la compétence du juge judiciaire, alors qu'il a déjà visé l'« autorité judiciaire », le « juge du siège », ou le « juge ». Cette formulation pose la question, au-delà de la constitutionnalisation de la judiciarisation de l'aménagement des peines, celle d'une juridiction collégiale, au moins pour les mesures les plus graves. *A contrario*, la consécration de la compétence du juge judiciaire de l'*Habeas corpus* semble toujours permettre l'intervention d'un juge unique.

²⁸⁸² Si la solution la plus innovante aurait été d'appliquer l'article 66 à la peine privative de liberté, encore restait-il au Conseil constitutionnel la possibilité de se fonder sur l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, fondement spécial à la peine privative de liberté, qui lui aurait permis de construire une jurisprudence spéciale à la peine privative de liberté et distincte des autres cas de privation de liberté.

judiciaire. *A contrario*²⁸⁸³, la décision d'octroi des aménagements de peine les plus lourds²⁸⁸⁴ apparaît incluse dans les matières réservées au juge judiciaire.

659. **Les dernières réticences.** Le Conseil constitutionnel manquait toutefois l'occasion de consacrer la judiciarisation lors de son examen de la libération conditionnelle subordonnée à l'avis favorable de la commission pluridisciplinaire de sûreté²⁸⁸⁵, commission qui ne constitue pas un organe juridictionnel. Sur le fondement de l'article 66, le Conseil constitutionnel sanctionnait la subordination du juge judiciaire à l'autorité administrative, sur le fondement de son indépendance et de la séparation des pouvoirs : le Conseil constitutionnel tirait les conséquences du choix du législateur de recourir à un juge judiciaire pour lui reconnaître pleine juridiction, sans avancer vraiment sur la réserve constitutionnelle de ses compétences en matière d'aménagement de peine. La loi organisant la participation des citoyens à la procédure correctionnelle, qui opérait aussi l'entrée des citoyens dans les juridictions d'application des peines, donnait une autre occasion au Conseil de consacrer constitutionnellement la judiciarisation de l'aménagement des peines. Le Conseil constitutionnel formulait son énoncé classique des principes applicables au contrôle de l'intervention du juge judiciaire non professionnel en matière de privation de liberté, en le limitant au prononcé²⁸⁸⁶, sans l'étendre à l'exécution. Le Conseil constitutionnel maintient une certaine prudence dans sa consécration de la judiciarisation de l'aménagement des peines, refusant en tout cas d'y appliquer clairement l'article 66 de la Constitution, ménageant ainsi sa jurisprudence sur l'étendue du recours à bref délai pour la détention *sanction*. La réserve constitutionnelle au juge judiciaire du recours à bref délai fait en tout cas l'objet d'une construction en voie d'achèvement, d'autant plus souhaitable que le principe est largement admis dans la législation.

²⁸⁸³ La loi validée organisait un mécanisme d'octroi simplifié des mesures d'aménagement des peines les plus légères.

²⁸⁸⁴ La nature de l'aménagement, la sévérité de la condamnation aménagée et le reliquat de peine restant à purger, critères classiques de fluctuation des règles en matière d'aménagement de peine, sont efficaces à servir à la détermination de la compétence judiciaire.

²⁸⁸⁵ Cons. const., déc. n° 2008-562 DC du 21 févr. 2008 portant sur la loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental : *J. O.*, 26 févr. 2008, p. 3272 ; *RSC*, 2008, p. 731, comm. CH. LAZERGES ; *D.*, 2008, p. 1359, comm. Y. MAYAUD ; *JCP*, 2008, actu., n° 166, obs. B. MATHIEU ; *JCP*, 2008, II, n° 10077, comm. J.-PH. FELDMAN.

²⁸⁸⁶ *Ibid.* ; consid. n° 10. : « si les dispositions de l'article 66 de la Constitution s'opposent à ce que le pouvoir de prononcer des mesures privatives de liberté soit confié à une juridiction qui ne serait composée que de juges non professionnels, elles n'interdisent pas, par elles-mêmes, que ce pouvoir soit exercé par une juridiction pénale de droit commun au sein de laquelle siègent de tels juges ; que, toutefois, doivent être apportées en pareils cas des garanties appropriées permettant de satisfaire au principe d'indépendance, indissociable de l'exercice de fonctions judiciaires, ainsi qu'aux exigences de capacité qui découlent de l'article 6 de la Déclaration de 1789 ; qu'en outre, s'agissant des formations correctionnelles de droit commun, la proportion des juges non professionnels doit rester minoritaire ». V. *infra*, n° 668 et s.

b. *La valeur législative de la réserve de compétence au juge judiciaire*

660. Un mouvement ancien pour la détention sûreté et la détention moyen.

L'article 29 de la loi *Esquirol*²⁸⁸⁷ organisait déjà un recours devant le « tribunal » afin de permettre à l'aliéné d'obtenir « la sortie immédiate », « à quelque époque que ce soit ». En matière de détention provisoire, la loi du 14 juillet 1865 revenait sur son caractère automatique et illimité pour certaines infractions, en autorisant le prévenu à demander sa libération provisoire en toute période de la procédure, devant la juridiction d'instruction ou de jugement saisie de la procédure. La législation organisait déjà l'accès périodique au juge judiciaire, pour la détention *sanction* et la détention *moyen*.

661. Un mouvement récent en matière de peine privative de liberté : la libération conditionnelle. La judiciarisation de l'aménagement des peines, débutée dès l'adoption du Code de procédure pénale en 1958 avec la création du juge de l'application des peines²⁸⁸⁸, s'est généralisé au fil des ans²⁸⁸⁹. C'est toutefois la libération conditionnelle, mesure de droit commun permettant la libération, qui constitue le cœur du contrôle de proportionnalité de la privation de liberté. Le juge de l'application des peines en était d'abord écarté, au profit du pouvoir exécutif²⁸⁹⁰. La réforme de 1972 confia au juge de l'application

²⁸⁸⁷ Loi n° 7443 du 30 juin 1838 sur les aliénés : *Rec. Duvergier*, p. 490.

²⁸⁸⁸ Qui figurait dans la partie réglementaire du Code.

²⁸⁸⁹ S'il prenait alors les décisions au sein d'une commission qu'il préside, et dans laquelle se trouve notamment le directeur de l'établissement [l'ancienne commission de classement qui deviendra la commission de l'application des peines], il se trouve compétent pour décider du placement à l'extérieur, du régime de semi-liberté et des permissions de sortir [anc. art. D. 119 CPP]. La loi de 1972 ancrerait cette compétence au niveau législatif tout en lui ajoutant la compétence des réductions de peine [art. 722 et 731 CPP tels que créés par la loi n° 72-1226 du 29 déc. 1972 simplifiant et complétant certaines dispositions relatives à la procédure pénale, aux peines et à leur exécution : *J. O.*, 30 déc. 1972, p. 13783]. La loi de 1975 créant la suspension et le fractionnement de la peine en confiait le prononcé au juge de l'application des peines [art. 720-1 CPP tel que créé par la loi n° 75-624 du 11 juil. 1975 modifiant et complétant certaines dispositions de droit pénal : *J. O.*, 13 juil. 1975, p. 7225 ; *RSC*, 197666, p. 6, comm. A. DECOCQ]. La loi de 1997 enrichissait encore sa panoplie, en lui confiant le placement sous surveillance électronique, à titre de mesure d'aménagement de peine [loi n° 97-1159 du 19 déc. 1997 consacrant le placement sous surveillance électronique comme modalité d'exécution des peines privatives de liberté : *J. O.*, 20 déc. 1997, p. 18452 ; *D.*, 2003, p. 1782, chron. CH. CARDET (concernant la mise en application limitée de la loi) ; *RSC*, 1998, p. 374, note P. COUVROT ; *RSC*, 1998, p. 671, chron. B. MADIGNIER et A. KUHN ; *RSC*, 1998, p. 372, chron. J.-F. SEUVIC ; *JCP*, 1998, actu., n° 27 et n° 28, obs. F. LE GUNEHÉC]. Les changements de politique criminelle du législateur ont pu aboutir à diminuer son rôle, par exemple en lui retirant la compétence des permissions de sortie pour les peines prononcées élevées, décidées à la majorité de la commission d'application des peines [art. 722 CPP tel que modifié par la loi n° 78-1097 du 22 nov. 1978 modifiant certaines dispositions du Code de procédure pénale : *J. O.*, 23 nov. 1978, p. 3926], sans jamais remettre en cause gravement son office.

²⁸⁹⁰ Dès 1885, la loi *Béranger* avait confié la libération conditionnelle et sa révocation au ministre de l'Intérieur [art. 3 de la loi du 14 août 1885 portant sur les moyens de prévenir la récidive (libération conditionnelle, patronage, réhabilitation) : *J. O.*, 15 août 1885, p. 4562]. Le Code de procédure pénale la confiait au ministre de la justice [art. 729 CPP et s.]. Le juge de l'application des peines devant uniquement donner son avis pour l'attribution comme la révocation.

des peines la libération conditionnelle pour les condamnations les moins lourdes²⁸⁹¹, tandis que le ministre de la justice demeurait compétent pour les cas les plus lourds. La loi du 15 juin 2000 consacrait la judiciarisation de la libération conditionnelle en totalité, le juge de l'application des peines conservant la compétence, pour les condamnations à de courtes peines, ou en cas de reliquat de peine peu élevé, tandis qu'une juridiction judiciaire collégiale était chargée des autres cas²⁸⁹². Quant au mécanisme de la période de sûreté²⁸⁹³, s'il permet le blocage de la libération conditionnelle, celle-ci peut faire l'objet d'un relèvement à tout moment par le juge judiciaire²⁸⁹⁴. Même la loi de 1994 visant à mettre en place la perpétuité réelle réservait encore au juge judiciaire le pouvoir de relever la mesure de sûreté²⁸⁹⁵. La loi *Perben II* confiait au seul tribunal de l'application des peines du relèvement de la période de sûreté²⁸⁹⁶ et finissait de déduire le juge compétent du relèvement de la juridiction ayant prononcé la mesure²⁸⁹⁷, pour la confier au juge judiciaire spécialisé du contrôle de la

²⁸⁹¹ Il était compétent pour les peines inférieures à trois ans d'emprisonnement [art. 730 CPP tel que créé par la loi n° 72-1226 du 29 déc. 1972 ; *préc.*]. Sa participation n'était plus jamais remise en cause, même si sa compétence était parfois modifiée. Ainsi, la loi de janvier 1993 étendait la compétence du juge de l'application des peines pour les peines privatives de liberté prononcées de cinq ans au plus [loi n° 93-2 du 4 janv. 1993 portant réforme de la procédure pénale : *J. O.*, 5 janv. 1993, p. 215 ; *JCP*, 1993, actu., n° 100067, note J. BOYER ; *D.*, 1993, p. 39, obs. J. PRADEL ; *RSC*, 1993, p. 238, chron. D. SALAS (spéc. sur le droit des mineurs)].

²⁸⁹² La nouvelle juridiction régionale de la libération conditionnelle était d'abord compétente. La loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité [*J. O.*, 10 mars 2004, p. 4567 ; *D.*, 2004, p. 1910, comm. B. DE LAMY ; *JCP*, 2004, I, n° 132 et 134, comm. J. PRADEL ; *RSC*, 2004, p. 675, obs. B. BOULOC ; *AJP*, 2004, p. 235, note D. MIEN et J.-F. BARRE (spéc. sur les droits de la défense) ; *AJP*, 2004, p. 181, note É. VERGÈS (spéc. sur la notion de criminalité organisée) ; *AJP*, 2004, p. 261, comm. A. GIUDICELLI (spéc. sur la garde à vue) ; *AJP*, 2004, p. 228, note M. SCHWENDENER (spéc. sur les pouvoirs d'enquête) ; *D.*, 2004, p. 2589, M. GIACOPELLI (spéc. sur l'aménagement des peines) ; *JCP*, 2004, I, n° 140, note P. BONFILS (spéc. sur le droit des mineurs)] supprimait cette juridiction, tout en préservant la compétence judiciaire, en la remplaçant par le Tribunal de l'application des peines.

²⁸⁹³ Loi n° 78-1097 du 22 nov. 1978 modifiant certaines dispositions du Code de procédure pénale : *J. O.*, 23 nov. 1978, p. 3926.

²⁸⁹⁴ Art. 720-4 CPP. Le mécanisme d'origine organisait la compétence judiciaire pour confier le relèvement à une juridiction de valeur équivalente à la juridiction de jugement qui avait prononcé la période de sûreté, plutôt que de réserver le contentieux de la libération conditionnelle au juge judiciaire. Si le juge de l'application des peines était l'initiateur de la procédure, celle-ci appartenait à une juridiction de jugement de même niveau que celle qui avait prononcé la condamnation, ou à la chambre d'accusation, en cas de mesure prononcée par la Cour d'assises.

²⁸⁹⁵ V. les art. 221-3 et 221-4 CP et 720-4 CPP tels que modifiés par la loi n° 94-89 du 1^{er} févr. 1994 instituant une peine incompressible et relative au nouveau Code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale : *J. O.*, 2 févr. 1994, p. 1803 ; *JCP*, 1994, actu., n° 100080, obs. F. LE GUNHEC ; *RSC*, 1994, p. 778, obs. M.-L. RASSAT ; *ibid.*, p. 356, note P. COUVROT ; *Gaz. Pal.*, 1994, doct., p. 968, obs. J. BRANDEAU. La période de sûreté couvrant la totalité de la peine perpétuelle pouvait être relevée par une commission dans laquelle siégeaient cinq magistrats de la Cour de cassation, alors que pour la peine de trente ans, totalement assortie de la période de sûreté, son relèvement s'opérait selon les mêmes modalités que la période de sûreté de droit commun. La compétence judiciaire s'expliquait toujours par l'intention de confier à une juridiction équivalente et même supérieure, le pouvoir de relever la période de sûreté décidée par la juridiction de jugement.

²⁸⁹⁶ Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 : *préc.*

²⁸⁹⁷ V. *supra*, note n° 2895 et note n° 2894.

proportionnalité de la privation de liberté, rattachant la compétence judiciaire à la nature de cette dernière fonction.

662. Si le traitement administratif de l'aménagement des peines demeure un système bien présent en droit comparé²⁸⁹⁸, la législation française s'en est détachée²⁸⁹⁹, pour confier la matière à un juge judiciaire spécialisé, le juge de l'application des peines, juge unique, ou le tribunal de l'application des peines, juridiction collégiale. Le législateur a construit un véritable contrôle de la proportionnalité de la privation de liberté, laissé au juge judiciaire, si bien que les réticences du Conseil constitutionnel, tant pour reconnaître le droit de recours²⁹⁰⁰, que pour reconnaître la compétence judiciaire, apparaissent obsolètes. Le droit européen, dans les limites de l'étendue du recours, le confie en tout cas à un tribunal.

2) Le droit européen : la garantie de l'accès à un tribunal

663. **La notion de tribunal : les critères de qualification.** Le tribunal, notion évoquée à deux reprises dans l'article 5 § 1^{er} de la Convention européenne des droits de l'Homme²⁹⁰¹ et reprise à l'article 6, bénéficie d'une définition unique²⁹⁰². La qualification suppose que l'autorité bénéficie d'une fonction juridictionnelle : son rôle est de « *trancher, sur la base de normes de droit et à l'issue d'une procédure organisée, toute question relevant de sa compétence* »²⁹⁰³. Il est aussi défini par ses qualités d'indépendance²⁹⁰⁴ et

²⁸⁹⁸ Voir L. DE GRAËVE, « Juridictions de l'application des peines » ; *Rép. pén. Dalloz*

²⁸⁹⁹ La législation moderne, que ce soit la loi *Perben II* ou la loi pénitentiaire est revenue sur ce mouvement, en réinstaurant des procédures administratives pour l'obtention de certains aménagements, concernant le sas d'entrée ou le sas de sortie [v. sur ce point précis par ex., Loïc de Graëve, *op. cit.* ; § 221 et s., ou pour une analyse plus critique, M. HERZOG-EVANS, « Application des peines : la prétendue "bonne partie" de la loi pénitentiaire » ; *AJP*, 2009, p. 483], sans pour autant dépouiller le juge d'application des peines, qui conserve au moins un pouvoir de contrôle.

²⁹⁰⁰ V. *infra*, n° 794 et s.

²⁹⁰¹ L'article 5 § 1^{er}-a) vise la détention « *après condamnation par un tribunal compétent* ». L'article 5 § 1^{er}-b) autorise la détention « *pour insoumission à une ordonnance rendue, conformément à la loi, par un tribunal* ».

²⁹⁰² CEDH, gde ch., 29 mars 2001, *D. N. c. Suisse*, req. n° 27154/95 : *Rec. CEDH*, 2001-III. La Cour appliquait l'exigence d'impartialité subjective [v. *infra*, n° 678 et s.], balisée sur le fondement de l'article 6, au tribunal de l'article 5 § 4. L'opinion dissidente insistait sur l'emploi du seul terme de tribunal au sein de l'article 5, pour estimer que les auteurs de la Convention aient voulu laisser une marge d'appréciation importante aux États, pour décider de sa composition, par rapport à l'article 6, qui vise bien le « *tribunal indépendant et impartial* ».

²⁹⁰³ CEDH, plén., 22 oct. 1984, *Sramek c. Autriche*, req. n° 8790/79 : *Rec. CEDH*, série A, n° 84 ; § 36. La Cour interprétait la notion de tribunal dans la cadre de l'article 6 de la Convention. – CEDH, ch., 19 avr. 1994, *Van de Hurk c. Pays-Bas*, req. n° 16034/90 : *Rec. CEDH*, série A, n° 288 ; § 45. Concernant l'article 6, la Cour rappelait que le tribunal s'entend comme l'autorité rendant « *une décision obligatoire, qu'une autorité non judiciaire n'aurait pas le pouvoir de modifier* »

²⁹⁰⁴ CEDH, plén., 18 juin 1971, *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique*, req. n°s 2832/66, 2835/66 et 2899/66 : *Rec. CEDH*, série A, n° 12 ; § 78 : « *il s'agit toujours [...] d'organes présentant non seulement des traits fondamentaux communs, au premier rang desquels se place l'indépendance par rapport à l'exécutif et aux*

d'impartialité²⁹⁰⁵. Enfin, la Cour européenne des droits de l'Homme a enrichi la notion de tribunal en lui conférant un volet procédural : le recours devant le tribunal doit respecter « *les garanties d'une procédure judiciaire* »²⁹⁰⁶. La notion de tribunal est donc large et celle-ci peut être constituée par une autorité qui ne serait pas composée par des magistrats professionnels²⁹⁰⁷, ou une autorité administrative²⁹⁰⁸, préservant aux États une marge²⁹⁰⁹. Ces critères sont désormais clairement établis²⁹¹⁰. La Cour européenne des droits de l'Homme ne semble pas en revanche poser d'exigence forte quant à la qualité des membres du tribunal.

664. L'effectivité du recours devant le tribunal : la question de l'effet suspensif du recours. La Cour européenne des droits de l'Homme rappelle que le recours de l'article 5 § 4, *lex specialis*, se distingue de l'article 13, qui fixe le droit commun du droit au juge dans la Convention²⁹¹¹, et son effectivité doit être contrôlée strictement : « *une voie de recours doit exister avec un degré suffisant de certitude, sans quoi lui manquent*

parties ». – *Varbanov : préc.* Un magistrat du parquet, pour ne pas être indépendant, ne saurait être un tribunal. – CEDH, gde ch., 16 déc. 1999, *V. c. Royaume-Uni*, req. n° 24888/94 : *Rec. CEDH*, 1999-IX ; *LPA*, 28 janv. 2000, p. 6, note A. BULLIER. Le ministre de l'Intérieur ne saurait être qualifié de tribunal. – CEDH, sect. III, 26 sept. 2002, *Benjamin et Wilson c. Royaume-Uni*, req. n° 28212/95, en angl. ; § 36 : « *this is not a matter of form but impinges on the fundamental principle of separation of powers and detracts from a necessary guarantee against the possibility of abuse* ». La Cour relie cette indépendance, notamment de l'exécutif, à la séparation des pouvoirs et la lutte contre l'arbitraire.

²⁹⁰⁵ *D. N. c. Suisse : préc.*

²⁹⁰⁶ *D. N. c. Suisse : préc.* ; § 78. En l'espèce, un juge de l'ordre judiciaire, agissait dans une fonction administrative, sans garanties procédurales.

²⁹⁰⁷ CEDH, ch., 5 nov. 1981, *X. c. Royaume-Uni*, req. n° 7215/75 : *Rec. CEDH*, série A, n° 46 ; § 53. – CEDH, sect. III, 14 déc. 2006, *Filip c. Roumanie*, req. n° 41124/02 ; § 71.

²⁹⁰⁸ *D. N. c. Suisse : « par "tribunal", cette disposition n'entend pas nécessairement une juridiction de type classique, intégrée aux structures judiciaires ordinaires du pays* ». Une « *Commission des recours administratifs* », composée de juges permanents professionnels et de juges non professionnels, parmi lesquels des médecins ou des travailleurs sociaux sélectionnés par le tribunal administratif, dépendant d'une loi sur les procédures administratives, était qualifiée de tribunal. – CEDH, plén., 2 mars 1987, *Weeks c. Royaume-Uni*, req. n° 9787/82 : *Rec. CEDH*, série A, n° 114 ; § 62. La commission de libération conditionnelle, composée de membres nommés par le ministre de l'Intérieur, préservant leur indépendance et leur impartialité objective, dès lors que les juges n'avaient aucun contact ni avec les fonctionnaires de l'administration pénitentiaire ni avec le ministre, est un tribunal.

²⁹⁰⁹ *D. N. : préc.* ; § 39 : La Cour rappelle que « *différents moyens de s'acquitter de leurs engagements au titre de l'article 5 § 4 de la Convention s'offrent aux États contractants, et il n'entre pas dans les attributions de la Cour de rechercher en quoi consisterait, en la matière, le système de contrôle juridictionnel le meilleur ou le plus adéquat* ».

²⁹¹⁰ *D. N. : préc.* ; § 17. Faisant la synthèse de la jurisprudence, la Cour résumait ainsi ses critères de qualification du tribunal, qui désigne des « *organes présentant non seulement des traits fondamentaux communs, au premier rang desquels se place l'indépendance par rapport à l'exécutif et aux parties (...), mais encore les garanties, "adaptées à la privation de liberté dont il s'agit", "d'une procédure judiciaire" dont les modalités peuvent varier d'un domaine à l'autre mais qui doivent inclure la compétence de "statuer" sur la "légalité" de la détention et d'ordonner la libération en cas de détention illégale* ».

²⁹¹¹ CEDH, sect. I, 12 oct. 2006, *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, req. n° 13178/03 : *Rec. CEDH*, 2006-XI ; *D.*, 2007 p. 771, comm. P. MUZNY ; § 110 : « *l'article 13 fixe des conditions moins strictes que l'article 5 § 4* ».

l'accessibilité et l'effectivité »²⁹¹². Dès lors, la demande de libération ne peut être soumise au filtre d'une autorité dépendante de l'exécutif²⁹¹³. La Cour européenne des droits de l'Homme a également développé des exigences antérieures au recours, dont l'absence entache l'effectivité, comme l'obligation d'information des raisons de l'arrestation²⁹¹⁴, l'accès à un avocat²⁹¹⁵, ou même la communication des pièces du dossier²⁹¹⁶. De même, au regard de son importance, le recours prévu à l'article 5 § 4 ne peut être rejeté du simple fait de l'obtention, entre temps de la libération²⁹¹⁷, ou de l'évasion du détenu²⁹¹⁸.

665. Surtout, la Cour ne se contente pas d'un examen abstrait de l'effectivité du recours, mais en développe une dimension concrète, qui pourrait notamment permettre de le doter d'un effet suspensif, lorsque la privation de liberté permet l'exécution d'une obligation. La Cour a déjà sanctionné l'exécution de l'éloignement de l'étranger, avant que la légalité de la privation de liberté n'ait été tranchée, pour des hypothèses dans lesquelles les autorités avaient agi de mauvaise foi, sur le fondement de l'article 5 § 4²⁹¹⁹. Le juge français a en tout

²⁹¹² CEDH, plén., 24 juin 1982, *Van Droogenbroeck c. Belgique*, req. n° 7906/77 : *Rec. CEDH*, série A, n° 50 ; § 54. En l'espèce, le recours, issu d'une construction jurisprudentielle pas encore achevée, ne remplissait pas cette condition. V. pour un problème similaire concernant une jurisprudence indécise et en cours de construction, CEDH, ch., 24 août 1998, *Soumare c. France*, req. n° 23824/94 : *Rec. CEDH*, 1998-V ; § 43. La jurisprudence européenne n'est pas toujours été très exigeante, alors qu'elle a admis que le recours de l'article 5 § 4 réside dans un recours de droit commun, alors que la possibilité d'obtenir la libération n'était pas encore acquise, la Cour validant le droit national sur une conviction, plutôt qu'une certitude [CEDH, ch., 29 août 1990, *E. c. Norvège*, req. n° 11701/85 : *Rec. CEDH*, série A, n° 181-A ; *RSC*, 1990, p. 831, obs. L.-E. Pettiti ; *RFDA*, 1991, p. 843, chron. V. Berger, H. Labayle et F. Sudre ; § 61 et s.].

²⁹¹³ CEDH, ch., 24 oct. 1979, *Winterwerp c. Pays-Bas*, req. n° 6301/73 : *Rec. CEDH*, série A, n° 33.

²⁹¹⁴ CEDH, sect. II, 22 sept. 2009, *Abdolkhani et Karimnia c. Turquie*, req. n° 30471/08 ; § 141.

²⁹¹⁵ CEDH, sect. IV, 20 juin 2002, *Al-Nashif c. Bulgarie*, req. n° 50963/99, en angl. ; § 90 et s. – *Abdolkhani et Karimnia* : *préc.* ; § 141. Celui-ci ne saurait toutefois s'apprécier trop largement pour imposer l'accès à l'avocat dès l'arrestation [v. *supra*, n° 314].

²⁹¹⁶ CEDH, 12 avr. 2005, *Chamaïev et autres c. Géorgie et Russie*, req. n° 36378/02 : *Rec. CEDH*, 2005-III ; § 432.

²⁹¹⁷ V. par ex. CEDH, sect. III, 14 déc. 2006, *Filip c. Roumanie*, req. n° 41124/02.

²⁹¹⁸ CEDH, sect. III, 12 juin 2003, *Herz c. Allemagne*, req. n° 44672/98.

²⁹¹⁹ CEDH, 5 févr. 2002, *Conka c. Belgique*, req. n° 51564/99 : *Rec. CEDH*, 2002-I ; *AJDA*, 2001, p. 1060, obs. J.-F. FLAUS ; § 53. L'affaire concernait l'arrestation d'étrangers, après convocation en préfecture. L'information déficiente des étrangers et de leurs avocats des motifs de l'arrestation, alors pourtant qu'elle avait été planifiée, avait en plus retardé l'usage du recours, si bien que l'expulsion avait pu être réalisée avant l'examen du recours. – *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga* : *préc.* ; § 113. L'étranger avait obtenu une décision de remise en liberté, mais le magistrat du parquet avait utilisé le référé-liberté dans le seul but de garder en détention l'étranger, le temps nécessaire à son éloignement, réalisé en urgence, avant que le juge d'appel ne statue.

cas dénié au recours de l'article 5 § 4 un caractère général suspensif²⁹²⁰, et la jurisprudence européenne mérite sans doute des développements pour valider l'effet suspensif²⁹²¹.

²⁹²⁰ Le Conseil d'État, interprétant l'article 5 § 4, refuse que la contestation de la légalité du placement en rétention administrative en dehors de la procédure spéciale et rapide aménagée pour l'étranger en rétention ait un effet suspensif sur l'exécution de l'éloignement [CE, 4 mars 2013, *min. Intérieur c. Mehrzi*, n° 359428 : à paraître au *Lebon* ; *Dr. admin.*, 2013, comm. n° 35, note V. TCHEN ; *JCP A*, 2013, actu., 251, obs. L. ERSTEIN ; *ibid.*, actu., n° 2232, obs. G. MARTI].

²⁹²¹ Si la décision d'éloignement intègre la régularité de la privation de liberté [v. *infra*, n° 845 et s.], sa contestation, en raison de l'ingérence qu'elle génère à un droit protégé par la Convention, qu'il s'agisse de l'atteinte disproportionnée au droit à mener une vie familiale et normale, ou qu'il s'agisse de l'exposition à un traitement inhumain et dégradant, n'est pas incluse dans le champ de l'article 5 § 4, mais est encadrée par l'article 13, fondement sur lequel la Cour développe le caractère suspensif du recours contre la décision d'éloignement. V. par ex., pour le contrôle de l'ingérence au droit de mener une vie familiale normale, CEDH, sect. V, 30 juin 2011, *De Souza Ribeiro c. France*, req. n° 22689/07 ; *ADL*, 1^{er} juil. 2011, comm. N. HERVIEU ; *AJDA*, 2011, p. 1993, chron. L. BURGORGUE-LARSEN. V. pour le développement de l'effet suspensif de cette contestation sous l'angle de l'article 13, *infra*, n° 904.

666. **Le droit à un juge indépendant : le juge judiciaire, rempart contre l'arbitraire.** La Convention européenne des droits de l'Homme, telle qu'interprétée par la Cour européenne des droits de l'Homme et la Constitution française, telle qu'interprétée par le Conseil constitutionnel français, se rejoignent pour confier à une autorité juridictionnelle indépendante le contrôle de la nécessité et de la proportionnalité de la privation de liberté, sur le fondement de la lutte contre la détention arbitraire, par l'*Habeas corpus* ou le recours à bref délai. Les deux textes sont parcellaires et complémentaires : l'article 66 fonde un *Habeas corpus* général, tandis que la Convention européenne le prévoit seulement pour le suspect. En revanche, le droit européen pose clairement la compétence d'un tribunal pour apprécier la proportionnalité de l'ensemble des cas de privations de liberté, à travers le recours à bref délai²⁹²², alors que si ce principe émerge dans la jurisprudence constitutionnelle, il n'est pas encore parfaitement formalisé. Le système français confie ce rôle plus précisément au juge judiciaire, tandis que la Convention vise plus largement toute autorité juridictionnelle indépendante. L'indépendance, le rejet de la subordination à toute autre autorité, indispensable à la lutte contre l'arbitraire, ne suffit pas à différencier véritablement le juge de la privation de liberté, ni à assurer une décision parfaitement libre et éclairée. En plus de l'exigence d'indépendance, assurée statutairement à tout magistrat du siège, encore faut-il s'assurer que le juge de la privation soit capable et chargé uniquement de la seule fonction de gardien de la liberté individuelle, exigences en lien avec son impartialité et qui sont de nature à le distinguer des autres juges judiciaires.

²⁹²² Sauf la détention *sanction*.

§ 2./ LE DROIT À UN JUGE IMPARTIAL : UN JUGE CAPABLE INVESTI DE LA SEULE FONCTION DE GARDIEN DE LA LIBERTÉ INDIVIDUELLE

667. **Décision libre et éclairée.** Il ne s'agit plus de protéger le juge de la privation de liberté des influences extérieures, mais de s'assurer que la justesse de sa décision ne soit pas compromise par des circonstances intérieures. L'impartialité s'exprime particulièrement en matière de privation de liberté, et le Conseil constitutionnel a développé des principes spécifiques, pour limiter l'immixtion du juge non professionnel dans la matière, et a entamé le dégagement d'un principe de séparation entre la fonction de gardien de la liberté individuelle et les autres fonctions judiciaires. Ces développements tendent à distinguer le juge de la privation de liberté du reste de l'activité juridictionnelle, en établissant le droit à un juge capable (A) et en développant le droit à un juge investi de la seule fonction de gardien de la liberté individuelle (B).

A) *Le droit à un juge capable*

668. **La complexité croissante du droit de la privation de liberté.** Le droit de la privation de liberté reste un droit agité, que le législateur modifie fréquemment, qu'il s'agisse de modifier le droit de l'éloignement de l'étranger²⁹²³, renforcer la prévention de la récidive²⁹²⁴, de lutter contre la détention provisoire²⁹²⁵, ou de moderniser la détention de

²⁹²³ La privation de liberté des étrangers, outre ses dernières réformes récentes [v. pour la dernière, la loi n° 2011-803 du 5 juil. 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge : *J. O.*, 6 juil. 2011, p. 11705 ; *RDSS*, 2011, comm. V. VIOUJAS ; *ibid.*, 2012, p. 97, comm. M. COUTURIER ; *ibid.*, 111, comm. A. FARINETTI ; *AJDA*, 2011, p. 2055, comm. C. CASTAING ; *RFDA*, 2011, p.951, comm. A. PENA ; *LPA*, 25 oct. 2011, p. 5, comm. Y. BROUSSOLLE ; *JCP A*, 2011, n° 2295, comm. É. PÉCHILLON ; *Procédures*, 2011, comm. n° 310, note M. DOUCHY-LOUDOT et la loi n° 2013-869 du 27 sept. 2013 modifiant certaines dispositions issues de la loi n° 2011-803 du 5 juil. 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge : *J. O.*, 29 sept. 2013, p. 16230 ; *Procédures*, 2013, comm. n° 320 ; obs. J. BUISSON ; *JCP*, 2013, n° 1065, note M. PRIMEVERT ; *Dr. famille*, 2013, comm. n° 156, obs. I. MARIA], subit encore l'influence des implications de la directive *retour* [directive n° 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 déc. 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier]. La modification législative régulière du droit des étrangers est un phénomène ancien [voir D. LOCHAK, « L'entrée et le séjour des étrangers en France, une législation sous influence » ; *AJDA*, 1989, p. 586].

²⁹²⁴ Voir CH. LAZERGES, « Le choix de la fuite en avant au nom de la dangerosité : les lois 1, 2, 3, 4, 5, etc. sur la prévention et la répression de la récidive » ; *RSC*, 2012, p. 274.

²⁹²⁵ V. *infra*, note n° 4184.

l'aliéné²⁹²⁶, dans un phénomène plus récent, dépassant la procédure pénale²⁹²⁷. Ces couches multiples finissent par générer des vices dans la rédaction même de la loi²⁹²⁸ et à amoindrir la qualité de la loi. La question prioritaire de constitutionnalité a abouti à censurer d'anciennes normes privatives de liberté, et leur remplacement, dans une certaine précipitation, malgré les reports de l'effet de l'inconstitutionnalité²⁹²⁹, n'a pas toujours permis un gain de clarté ou de simplification. La dualité²⁹³⁰ rajoute encore à la complexité. Logiquement, le législateur protège la capacité du juge de la privation de liberté, de plus en plus impérieuse, en érigeant un juge judiciaire professionnel spécialisé en la matière, le juge des libertés et de la détention (*J*). Le Conseil constitutionnel protège lui-même cette capacité, en posant des exigences constitutionnelles renforcées en matière de privation de liberté (2).

1) La spécialisation d'un juge judiciaire professionnel dans la matière du contrôle de la privation de liberté : le juge des libertés et de la détention

669. **Reconnaissance symbolique par la loi du 15 juin 2000.** Le recours à un juge professionnel permet en principe d'assurer au mieux l'exigence de capacité. Au-delà de l'aptitude générale à exercer des fonctions juridictionnelles assurée par le statut des magistrats professionnels, le législateur a consacré un juge spécialisé dans le contrôle de la privation de liberté, permettant ainsi de regrouper les différents contentieux entre les mains d'un magistrat aguerri et spécialiste. Ce juge des libertés²⁹³¹ et de la détention²⁹³², créé en juin 2000²⁹³³, était

²⁹²⁶ Ainsi, si le contrôle constitutionnel *a posteriori* a nécessité une remise à jour du droit des aliénés, sa réforme à la hâte, manquant de clarté, y compris sur certaines dispositions importantes, comme la création d'un régime de soins ambulatoires [loi n° 2011-803 du 5 juil. 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge : *J. O.*, 6 juil. 2011, p. 11705 ; *RDSS*, 2011, comm. V. VIOUJAS ; *ibid.*, 2012, p. 97, comm. M. COUTURIER ; *ibid.*, 111, comm. A. FARINETTI ; *AJDA*, 2011, p. 2055, comm. C. CASTAING ; *RFDA*, 2011, p.951, comm. A. PENA ; *LPA*, 25 oct. 2011, p. 5, comm. Y. BROUSSOLLE ; *JCP A*, 2011, n° 2295, comm. É. PÉCHILLON ; *Procédures*, 2011, comm. n° 310, note M. DOUCHY-LOUDOT], a déjà été censurée, donnant lieu à une nouvelle réforme de rattrapage, aggravant la complexité de la législation, désormais organisée autour d'articles comprenant de multiples subdivisions et renvois [loi n° 2013-869 du 27 sept. 2013 : *préc.*].

²⁹²⁷ V. pour cette matière J. LEBLOIS-HAPPE, « Continuité et discontinuité dans les nouvelles réformes de la procédure pénale » ; *JCP*, 2007, I, n° 181.

²⁹²⁸ V. pour un exemple, F. DESPREZ, « De la garde à vue du mineur de moins de seize ans dans le cadre de l'enquête pour criminalité organisée » ; *D.*, 2007, p. 2679.

²⁹²⁹ V. *supra*, note n° 159.

²⁹³⁰ V. *infra*, n° 858 et s.

²⁹³¹ Le choix du pluriel se justifie, dès lors que le juge des libertés et de la détention bénéficie de compétences en matière de liberté individuelle dans son sens large et participe aussi à la protection de l'inviolabilité du domicile, du secret des correspondances ou encore du respect de la vie privée

d'emblée doté de nombreuses compétences en matière de privation de liberté²⁹³⁴. En réalité, avant même la loi de 2000, le législateur avait déjà érigé un juge rassemblant les principales compétences en matière de contrôle de la liberté individuelle, le président du tribunal de grande instance²⁹³⁵, que la loi du 15 juin 2000 remplaçait simplement par le juge des libertés et de la détention. Seules ses compétences en matière de détention provisoire étaient originales, l'apport de la loi restant pour le reste, d'abord symbolique. La loi maintenait toutefois un rang élevé pour le magistrat chargé de la privation de liberté, celui-ci devant être président, premier vice-président ou vice-président²⁹³⁶. Si le juge des libertés et de la détention dispose de compétences larges, notamment pour apprécier la proportionnalité de la privation de liberté, qu'il soit saisi automatiquement pour prolonger, ou d'une demande de remise en liberté de la personne privée de liberté, la législation a encore récemment accru ses interventions réalisées au titre de l'*Habeas corpus*.

670. Le juge de droit commun de l'*Habeas corpus*. La transposition du mandat d'arrêt européen avait marqué un coup d'arrêt dans le développement des compétences du juge des libertés et de la détention, en confiant au procureur général le pouvoir de prolonger la détention de la personne arrêtée²⁹³⁷. La censure de la garde à vue par le Conseil constitutionnel dans sa décision *a posteriori*, comme les différentes condamnations

²⁹³² Le choix du singulier, alors même que le champ d'intervention du juge dépasse le seul champ de la détention provisoire et même du droit pénal, pour toucher la privation de liberté de l'aliéné ou de l'étranger, démontre une vision unitaire des différents cas.

²⁹³³ Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes : *J. O.*, 16 juin 2000, p. 9038 ; *RSC*, 2000, p. 753, comm. M. GUERRIN (spéc. sur les nullités) ; *ibid.*, p. 887, comm. P. PONCELA (spéc. sur l'aménagement des peines) ; *ibid.*, 2001, p. 7, comm. CH. LAZERGES ; *ibid.*, p. 25, comm. J. BUISSON (spéc. sur la garde à vue) ; *ibid.*, p. 51, comm. M. LEMONDE (spéc. sur le juge des libertés et de la détention) ; *ibid.*, p. 55, comm. B. BOULOC (spéc. sur les durées de procédure) ; *ibid.*, p. 43, comm. A. GIUDICELLI (spéc. sur le mis en examen et le témoin assisté) ; *ibid.*, p. 71, note B. ADER ; *ibid.*, p. 83, obs. H. TEMINE ; *ibid.*, p. 87, comm. M. É. CARTIER (spéc. sur la judiciarisation de l'aménagement des peines) ; *ibid.*, p. 107, comm. A. D'HAUTEVILLE (spéc. sur les droits des victimes) ; *ibid.*, p. 117, comm. D. N. COMMARET (spéc. sur l'indemnisation de la détention provisoire) ; *ibid.*, p. 123, comm. F. MASSIAS (spéc. sur le réexamen des condamnations pénales) ; *ibid.*, p. 193 et p. 619, chron. B. BOULOC ; *ibid.*, p. 593, comm. CH. CARDET (spéc. sur le contrôle judiciaire) ; *ibid.*, 2002, p. 134, comm. B. BOULOC (spéc. sur la détention provisoire) ; *D.*, 2000, p. 737, note S.-A. DUBERNAT (spéc. sur la présomption d'innocence) ; *D.*, 2001, p. 1039, comm. J. PRADEL ; *Dr. pén.*, 2000, chron. n° 39, comm. A. DORSNER-DOLIVET (spéc. sur la détention provisoire). V. spéc. sur la création de ce juge, B. DE LAMY, « Le juge des libertés et de la détention : un trompe l'œil ? » ; *Dr. pénal*, 2007, étu. n° 13.

²⁹³⁴ Il était compétent pour prononcer la détention provisoire ou pour autoriser la prolongation des gardes à vue au-delà de quarante-huit heures en dehors du cadre de l'instruction. Il contrôlait aussi la détention de l'étranger, rétention administrative comme placement en zone d'attente et l'internement des aliénés.

²⁹³⁵ Ou le juge délégué par lui.

²⁹³⁶ Art. 137-1 CPP.

²⁹³⁷ Art. 695-28 CPP tel qu'issu de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 : *préc.* V. sur cette transposition, J. PRADEL, « Le mandat d'arrêt européen : un premier pas vers une révolution copernicienne dans le droit français de l'extradition » ; *D.*, 2004, p. 1392.

de la Cour européenne des droits de l'Homme pour défaut d'*Habeas corpus*²⁹³⁸, ont abouti à ce que le législateur revoie les attributions du magistrat du parquet en matière de privation de liberté²⁹³⁹. Celui-ci bénéficiait ainsi d'une place importante en matière de coopération internationale, permettant au pouvoir exécutif de conserver une mainmise sur ces procédures. Cette redistribution profitait souvent au juge des libertés et de la détention²⁹⁴⁰, intervenant même dans ce domaine. Certains *Habeas corpus*, nouvellement créés, lui échappaient toutefois, ceux-ci relevant d'un magistrat du siège de rang supérieur, le premier président de la Cour d'appel²⁹⁴¹, en raison du domaine touché, plus que de la gravité de l'infraction, à savoir la coopération internationale²⁹⁴². Ce développement devrait être achevé, par l'attribution au juge des libertés et de la détention, du contrôle en temps réel de la privation de liberté de police²⁹⁴³. Désormais, la logique de spécialisation aboutit aussi à rassembler l'aménagement des peines au profit du juge de l'application des peines ou du Tribunal de l'application des peines²⁹⁴⁴, alors que la matière avait été être éclatée entre plusieurs juridictions spéciales. La protection de la capacité du magistrat contrôleur de la privation de liberté est également assurée par le Conseil constitutionnel.

²⁹³⁸ V. par exemple, *Moulin : préc.*

²⁹³⁹ Loi n° 2011-392 du 14 avr. 2011 relative à la garde à vue : *J. O.*, 15 avr. 2011, p. 6610 ; *JCP*, 2011, n° 542, comm. H. MATSOPOULOU ; *ibid.*, 2011, n° 665, comm. J. PRADEL ; *D.*, 2011, p. 1570, comm. G. ROUJOU DE BOUBÉE ; *ibid.*, p. 1699, comm. J. ALIX ; *Dr. pén.*, 2011, chron. n° 7, comm. V. LESCLOUS ; *Gaz. Pal.*, 8 nov. 2011, note L. BRUNEAU ; *Gaz. Pal.*, 30 juil. 2013, p. 4, comm. D. ROETS et V. TELLIER-CAYROL.

²⁹⁴⁰ Ainsi remplaçait-il le procureur de la République pour la présentation du suspect au bout de vingt-quatre heures, en cas d'arrestation sur le fondement d'un mandat d'amener ou d'arrêt [art. 127 et 133 CPP]. De la même manière, la loi a modifié le régime de l'arrestation de la personne aux fins de remise à la Cour pénale internationale en créant un *Habeas corpus* devant le juge des libertés et de la détention qui n'existait pas dans le droit antérieur. Celui-ci imposait seulement une présentation devant le procureur de la République vingt-quatre heures suivant son arrestation, celui-ci décidant du maintien en détention ou non du suspect, jusqu'à sa comparution devant le procureur général près la Cour d'appel de Paris. La première intervention du ministère public a toutefois été préservée en la matière, la présentation devant le juge des libertés et de la détention intervenant après celle-ci [art. 627-4 et s. CPP].

²⁹⁴¹ Sans bénéficier de cette qualification dans la loi, celui-ci agit bien comme un juge des libertés et de détention, dans son expression hiérarchique la plus haute.

²⁹⁴² La nouvelle loi créait l'*Habeas corpus* du suspect arrêté dans le cadre de l'extradition de droit commun devant le président de la Cour d'appel, ou le magistrat délégué par lui [art. 696-11 CPP]. La personne arrêtée devait auparavant être conduite devant le procureur général compétent dans les quarante-huit heures, celui-ci décidant de la mise sous écrou extraditionnelle, avant la saisine de la chambre d'instruction. Désormais, la présentation devant le juge judiciaire est prévue après la présentation devant le magistrat du parquet. L'exécution d'un mandat d'arrêt européen obéit désormais à la même logique, la personne arrêtée devant être présentée devant le procureur général compétent dans les quarante-huit heures, son incarcération résultant ensuite de la décision du Président de la Cour d'appel [art. 695-28 CPP].

²⁹⁴³ V. *supra*, n° 636 et s.

²⁹⁴⁴ V. *supra*, n° 661, pour l'exemple de la libération conditionnelle.

2) La protection constitutionnelle de la capacité du magistrat contrôleur de la privation de liberté

671. **Autorité judiciaire et ordre judiciaire.** La Constitution, dans sa partie sur l'autorité judiciaire, vise les magistrats professionnels, ceux de carrière, qui forment le corps judiciaire²⁹⁴⁵. Dès lors, l'autorité judiciaire, au sens strict, n'épuise pas l'ordre judiciaire en son entier. Si le Conseil constitutionnel rappelle en principe que « *les fonctions de magistrat de l'ordre judiciaire doivent en principe être exercées par des personnes qui entendent consacrer leur vie professionnelle à la carrière judiciaire* », c'est pour accepter « *pour une part limitée, [que] des fonctions normalement réservées à des magistrats de carrière puissent être exercées à titre temporaire par des personnes qui n'entendent pas pour autant embrasser la carrière judiciaire* ». Dès lors que la Constitution attribue directement à l'autorité judiciaire la protection de la liberté individuelle, c'est donc aux magistrats professionnels qui la composent d'exercer cette mission, à l'exclusion, en principe, des magistrats non professionnels. Si cette interprétation est sans doute conforme au texte de la Constitution, elle se heurte à la présence de deux juridictions pénales, dans lesquelles siègent des magistrats non professionnels, créées avant l'adoption de la Constitution²⁹⁴⁶. Si le Conseil constitutionnel admet l'intervention du magistrat non professionnel, c'est pour limiter la place de son intervention sur le fondement de l'article 66 de la Constitution (a). Il s'assure en tout cas que le législateur a assuré la capacité du juge non professionnel (b).

a. *La limitation de l'intervention du magistrat non professionnel sur le fondement de l'article 66 de la Constitution*

672. **L'interdiction de confier au seul juge non professionnel le pouvoir d'ordonner seul une mesure privative de liberté.** Le Conseil constitutionnel estime que « *l'article 66 de la Constitution [...] ne s'oppose pas à ce que soient dévolues [au juge non professionnel] des compétences en matière pénale dès lors que ne lui est pas confié*

²⁹⁴⁵ Le Conseil constitutionnel interprète dans ce sens la Constitution rappelant que l'exigence de la loi organique fixant le statut des membres de l'autorité judiciaire concerne « *seulement les magistrats de carrière de l'ordre judiciaire* » [Cons. const., déc. n° 92-305 DC du 21 févr. 1992 relative à la loi organique modifiant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 déc. 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature : *J. O.*, 29 févr. 1992, p. 3122 ; consid. n° 63].

²⁹⁴⁶ Une juridiction de droit commun qui prononce les peines privatives de liberté les plus graves, à savoir la Cour d'assises et son jury, et une juridiction spéciale, à savoir le Tribunal pour enfants et ses deux assesseurs.

le pouvoir de prononcer des mesures privatives de liberté »²⁹⁴⁷. *A contrario*, il s'oppose donc à ce que le seul magistrat non professionnel dispose du pouvoir de priver de liberté, la formulation large de la solution semblant l'étendre à toute privation de liberté²⁹⁴⁸. Cette décision montrait en même temps la capacité de l'article 66 de la Constitution à encadrer la peine privative de liberté, au moins dans son prononcé. Enfin, en autorisant dans la même décision le juge non professionnel à exercer seul certaines compétences pénales, le Conseil constitutionnel posait bien des exigences supérieures pour le juge de la privation de liberté.

673. Cependant, le Conseil constitutionnel autorisait le législateur à agrandir la place du juge non professionnel, sauf à ériger une juridiction formée uniquement par eux²⁹⁴⁹, prohibition absolue puisque, le Conseil vise ici toute juridiction, spéciale ou de droit commun. Le Conseil constitutionnel précisait aussi que, « *s'agissant des formations correctionnelles de droit commun, la proportion des juges non professionnels doit rester minoritaire* »²⁹⁵⁰. Pourtant, on comprend mal d'où le Conseil constitutionnel tire ce principe spécifique à la composition des tribunaux correctionnels, si ce n'est l'opportunité de circonscrire le mouvement législatif d'extension du recours au juge non professionnel, sans remettre en cause les juridictions pénales de jugement comprenant déjà des juges non professionnels en majorité, soit qu'elle ait des compétences criminelles de droit commun, la Cour d'assises, soit

²⁹⁴⁷ Cons. const., déc. n° 2002-461 DC du 29 août 2002 relative à la loi d'orientation et de programmation pour la justice : *J. O.*, 10 sept. 2002, p. 14953 ; *RSC*, 2003, p. 606 et p. 612, comm. V. BÜCK ; *D.*, 2003, p. 1127, obs. L. DOMINGO et S. NICOT ; consid. n° 19.

²⁹⁴⁸ La prohibition de confier à un juge non professionnel des « *mesures privatives de liberté* » s'oppose en conséquence sans doute à confier également au juge non-professionnel le prononcé de la détention provisoire, mais pourrait aussi, par extension, interdire de confier à un juge non professionnel l'*Habeas corpus*, non pas qu'il prononce la mesure privative de liberté, mais qu'il assure son premier contrôle de la nécessité.

²⁹⁴⁹ « *Si ces dispositions s'opposent à ce que le pouvoir de prononcer des mesures privatives de liberté soit confié à une juridiction qui ne serait composée que de juges non professionnels, elle n'interdit pas, par elles-mêmes, que ce pouvoir soit exercé par une juridiction pénale de droit commun au sein de laquelle siègent de tels juges* » [concernant la possibilité pour le juge de proximité de se trouver assesseur du Tribunal correctionnel, voir Cons. const., déc. n° 2004-510 DC du 20 janv. 2005 portant sur la loi relative aux compétences du tribunal d'instance, de la juridiction de proximité et du tribunal de grande instance : *J. O.*, 27 janv. 2005, p. 1412 ; consid. n° 16 ; concernant les assesseurs du Tribunal pour enfants, voir Cons. const., déc. n° 2011-147 QPC du 8 juil. 2011 [M. J.] : *J. O.*, 9 juil. 2011, p. 11979 ; *RTD civ.*, 2011, p. 756, obs. J. HAUSER ; *AJP*, 2011, p. 596, obs. J.-B. PERRIER ; *Dr. pén.*, 2012, ét. n° 8, comm. C. CLAVERIE-ROUSSET ; concernant l'introduction de citoyens-assesseurs, à titre expérimental, devant le tribunal correctionnel, voir Cons. const., déc. n° 2011-635 DC du 4 août 2011 relative à la loi sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs : *J. O.*, 11 août 2011, p. 13763 ; *RSC*, 2011, p. 728, chron. CH. LAZERGES (spéc. I) ; *AJFP*, 2012, p. 121, note J. WOLIKOW ; *D.*, 2012, p. 1638, chron. V. BERNAUD et N. JACQUINOT ; consid. n° 10].

²⁹⁵⁰ V. concernant la possibilité pour le juge de proximité devenir assesseur du Tribunal correctionnel, Cons. const., déc. n° 2004-510 DC du 20 janv. 2005 portant sur la loi relative aux compétences du tribunal d'instance, de la juridiction de proximité et du tribunal de grande instance : *J. O.*, 27 janv. 2005, p. 1412 ; consid. n° 17. V. également concernant la création des citoyens assesseurs, déc. n° 2011-635 DC du 4 août 2011 : *préc.* ; consid. n° 10.

qu'elle ait des compétences correctionnelles spéciales, le tribunal pour enfants²⁹⁵¹. Le Conseil constitutionnel n'a en tout cas pas étendu ces restrictions à l'aménagement des peines²⁹⁵². Alors que le législateur avait introduit le citoyen-assesseur dans le tribunal de l'application des peines, le juge de la loi n'avait pas jugé utile d'apprécier le principe de cette immixtion, dans une nouvelle expression de ses réticences à développer son contrôle de l'aménagement des peines, notamment sur le fondement de l'article 66²⁹⁵³.

674. **Des solutions trop pragmatiques.** L'hostilité du Conseil constitutionnel à l'immixtion du juge non professionnel dans le prononcé de la privation de liberté, exprimée en 2002 de manière générale, a abouti au développement de ses conséquences minimales : elle s'oppose à ce qu'un seul magistrat non professionnel, ou une juridiction composée entièrement de tels magistrats, constituent le juge de la privation de liberté, mais, sauf pour les juridictions correctionnelles de droit commun, elle tolère que la juridiction soit composée en majorité de juges non professionnels. Les solutions constitutionnelles s'inscrivent dans une démarche pragmatique : circonscrire l'immixtion, sans s'opposer fermement à tout nouvel élargissement de l'office du juge non professionnel, pour ne pas remettre en cause les institutions existantes. La Constitution a spécialement entendu confier au juge judiciaire statutaire le contrôle de la privation de liberté, et cette exigence forte ne devrait être nuancée qu'au regard d'autres impératifs constitutionnels. La conception française de séparation des pouvoirs²⁹⁵⁴ pourrait légitimer la composition de la Cour d'assises. De la même manière, les principes fondamentaux applicables²⁹⁵⁵ au droit pénal des mineurs pourraient légitimer l'intervention des assesseurs non professionnels intéressés à la cause des mineurs. En revanche, on voit mal quel principe constitutionnel pourrait valider l'immixtion des juges non professionnels devant le Tribunal correctionnel²⁹⁵⁶, sauf à établir sa nécessité, au regard du contexte local, pour assurer une bonne administration de la justice²⁹⁵⁷, et à défaut, sans doute faut-il rejeter leur présence. Le juge non professionnel, une fois son immixtion tolérée par ses principes, doit encore satisfaire aux exigences de capacité.

²⁹⁵¹ Le Conseil constitutionnel le confirmait dans sa déc. n° 2011-147 QPC du 8 juil. 2011 : *préc.* ; consid. n° 6 et s. Celui-ci se contentait de constater que la juridiction est « *une juridiction pénale spécialisée* ».

²⁹⁵² Déc. n° 2011-635 DC du 4 août 2011 : *préc.*

²⁹⁵³ La décision empêchait toute extrapolation sur la réserve à un juge professionnel du recours à bref délai.

²⁹⁵⁴ Concept utilisé par le Conseil constitutionnel pour déduire plusieurs principes juridiques, par exemple pour accepter l'indépendance du ministère public.

²⁹⁵⁵ V. *supra*, note n° 1612.

²⁹⁵⁶ L'expérimentation des citoyens-asseurs a été interrompue sans être étendue, notamment à la suite de son évaluation critique [v. le rapport de X. SALVAT et D. BOCCON-GIBOD sur l'expérimentation des citoyens assesseurs dans les ressorts des cours d'appel de Dijon et Toulouse, 2013, La Documentation française].

²⁹⁵⁷ Ce qui pourrait valider les citoyens assesseurs admis en Nouvelle-Calédonie dans la composition du Tribunal de première instance en formation délictuelle [art. L. 562-9 du Code de l'organisation judiciaire].

b. *Le contrôle de la capacité du juge non professionnel*

675. **Exigence de droit commun.** L'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen pose l'exigence de capacité, de manière générale, « à toutes dignités, places et emplois publics ». Sur ce fondement, le Conseil constitutionnel exige que le législateur garantisse « la capacité » du juge non professionnel²⁹⁵⁸ : ou le magistrat non professionnel exerce des fonctions juridictionnelles régulières et constantes, par exemple les assesseurs du Tribunal des enfants, et le Conseil constitutionnel analyse le statut du magistrat qui lui est soumis pour vérifier sa capacité²⁹⁵⁹ ; ou l'intervention du juge non professionnel se limite à une participation ponctuelle, par exemple le citoyen assesseur du tribunal correctionnel, et le Conseil constitutionnel vérifie alors que les problèmes juridiques posés ne sont pas trop complexes²⁹⁶⁰.

676. **Application stricte à la privation de liberté.** Ainsi, concernant le Tribunal correctionnel, le Conseil constitutionnel admettait que seules les questions tenant à la qualification des faits, la culpabilité et la fixation du *quantum* soient soumises au citoyen assesseur, sauf infractions complexes de sa compétence²⁹⁶¹. Dans la même décision, le Conseil constitutionnel limitait la participation des citoyens assesseurs au Tribunal de l'application des peines à la seule question du fond de l'aménagement, estimant les autres questions trop complexes, et retranchait même certaines questions de fond jugées trop complexes²⁹⁶². Le contrôle constitutionnel se montrait plutôt strict²⁹⁶³, puisqu'il ne tenait pas compte de la présence de magistrats professionnels, ni même de la présidence confiée à un tel magistrat²⁹⁶⁴.

²⁹⁵⁸ Déc. n° 2011-147 QPC du 8 juil. 2011 : *préc.* ; consid. n° 5.

²⁹⁵⁹ *Ibid.*, consid. n° 5. En l'espèce, le Conseil constitutionnel fondait son appréciation sur leur mode de recrutement et de nomination, de leurs fonctions ou encore de leur discipline.

²⁹⁶⁰ Déc. n° 2011-635 DC du 4 août 2011 : *préc.*

²⁹⁶¹ Le Conseil constitutionnel écartait l'usurpation d'identité et certains délits prévus au Code de l'environnement, dans une sélection qui peut apparaître arbitraire au regard d'autres qualifications correctionnelles complexes [déc. n° 2011-635 DC du 4 août 2011 : *préc.*].

²⁹⁶² Déc. n° 2011-635 DC du 4 août 2011 : *préc.*

²⁹⁶³ L'appréciation plutôt stricte était d'autant plus nécessaire que, pour le tribunal d'application des peines, le Conseil constitutionnel n'avait pas posé de principe restreignant par principe l'immixtion du juge non professionnel.

²⁹⁶⁴ Au regard de cette appréciation stricte de la capacité, celle-ci permettrait sans doute de rejeter l'immixtion de juges non professionnels dans la matière de la détention des étrangers ou des aliénés, dont le droit se montre particulièrement complexe, ne serait-ce que du fait de l'existence des décisions administratives, que la dualité subsiste ou pas.

677. Plus que la notion de complexité, la question de la gravité de la décision devrait être employée pour écarter le juge non professionnel des décisions les plus critiques de la privation de liberté, par exemple dans le domaine de l'aménagement des peines, dès lors que seul un magistrat expérimenté a la capacité de les prendre. On peut sans doute regretter que le Conseil constitutionnel traite la matière de la privation de liberté par une exigence de droit commun appréciée plus strictement, plutôt que d'enrichir l'article 66. Si le juge de la privation de liberté doit être professionnel pour assurer la qualité juridique de sa décision, celui-ci doit également pouvoir trancher sans être influencé par l'exercice d'une autre fonction, sans quoi le bien-fondé de sa décision pourrait être vicié.

B) Le développement du droit à un juge investi de la seule fonction de gardien de la liberté individuelle

678. **Équilibre de la procédure pénale, impartialité et prévention des détournements de pouvoir.** En matière pénale²⁹⁶⁵, un magistrat judiciaire peut se trouver en situation de cumul, soit rétrospectivement, soit même instantanément, entre la fonction de gardien de liberté individuelle et les autres fonctions judiciaires, celle de jugement, d'instruction ou de poursuite. Dégager une véritable fonction de gardien de la liberté individuelle, séparée des autres, participe de l'équilibre de la procédure pénale, en répartissant les moyens coercitifs²⁹⁶⁶ ; elle protège l'impartialité dans sa notion subjective, en empêchant qu'un préjugé acquis lors de l'exercice d'une autre fonction n'interfère dans le contrôle de la privation de liberté, mais aussi dans sa dimension objective, en écartant toute apparence de partialité²⁹⁶⁷ ; elle sert à la prévention des détournements de pouvoir, pour empêcher que le juge se serve de la privation de liberté, au profit de l'exercice d'une autre fonction. À tous ces titres, l'insertion dans le principe de séparation d'une nouvelle fonction de gardien de la liberté individuelle renforce la protection contre la privation de liberté.

²⁹⁶⁵ En matière de privation de liberté administrative, la séparation existe par défaut, puisque le juge judiciaire n'est chargé que du seul contrôle de la privation de liberté et n'agit qu'en tant de gardien de la liberté individuelle.

²⁹⁶⁶ V. le rapport de la COMMISSION JUSTICE PÉNALE ET DROITS DE L'HOMME PRÉSIDIÉE PAR M. DELMAS-MARTY, *La mise en état des affaires pénales*, 1991, La documentation française.

²⁹⁶⁷ CEDH, plén., 24 mai 1989, *Hauschild c. Danemark*, req. n° 10486/83 : *Rec. CEDH*, série A, n° 154 ; § 48. La notion d'impartialité subjective « consiste à se demander si indépendamment de la conduite personnelle du juge, certains faits vérifiables autorisent à suspecter l'impartialité de ce dernier. En la matière, même les apparences peuvent revêtir de l'importance. Il y va de la confiance que les tribunaux d'une société démocratique se doivent d'inspirer aux justiciables, à commencer, au pénal, par les prévenus ».

679. **La participation de la protection de la liberté individuelle au rééquilibrage de la procédure pénale.** Les différentes condamnations par la Cour européenne des droits de l'Homme du droit français, pour présentation tardive du suspect à un juge judiciaire²⁹⁶⁸, ont ravivé les débats sur la question de l'indépendance du parquet. En réalité, le contrôle en temps réel de la privation de liberté de police du suspect par le magistrat du parquet ne viole pas, en lui-même la Convention²⁹⁶⁹, dès lors qu'un *Habeas corpus* devant un juge judiciaire est assuré rapidement, si bien que, sauf à souhaiter un dépassement du standard minimum, la question de son indépendance est indifférente au respect de la Convention sur ce point. Quant à sa capacité à réaliser l'*Habeas corpus*, ce que la Convention européenne des droits de l'Homme et la Constitution prohibent actuellement²⁹⁷⁰, elle supposerait de le rendre indépendant à l'égard des parties²⁹⁷¹. La protection de la liberté individuelle n'apparaît pas véritablement décisive dans la recherche d'un nouveau statut du parquet²⁹⁷², l'évolution de celui-ci, même à absorber la fonction de mise à l'état et à gagner en indépendance, nécessitant sans doute le maintien d'un juge judiciaire spécial, chargé de trancher les atteintes les plus lourdes à la liberté individuelle²⁹⁷³, qui se développe, même en coexistence avec le juge d'instruction, à travers le juge des libertés et de la détention. La participation de la protection de la liberté individuelle à l'équilibre de la procédure pénale tient dans la séparation de la fonction de gardien de la liberté individuelle des autres fonctions judiciaires. Un cas de cumul rétrospectif est prohibé dans le standard supra-légal, celui qui apparaît le plus incompatible, entre l'*Habeas corpus* du suspect et

²⁹⁶⁸ V. *supra*, note n° 2841.

²⁹⁶⁹ La combinaison des arrêts *Brogan* [v. *infra*, n° 751 et s.] et *Schiesser* [v. *supra*, n° 644 et s.] aboutit à autoriser le magistrat du parquet à contrôler la détention du suspect pendant quatre jours, délai au bout duquel le juge indépendant doit prendre le relais, ce qui revient à décider d'un placement en détention provisoire, réservé par le Conseil constitutionnel à la compétence du juge judiciaire [Cons. const., déc. n° 80-127 DC des 19 et 20 janv. 1981 portant sur la loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes : *J. O.*, 22 janv. 1981, p. 308 ; consid. n° 34]. En conséquence, la conformité du contrôle de la privation de liberté du suspect à la Convention européenne des droits de l'Homme ne nécessite pas de rendre indépendant le magistrat du parquet, tandis que même la prolongation de quatre à six jours de garde à vue pourrait être conventionnelle, selon les faits de l'espèce [v. *infra*, n° 759].

²⁹⁷⁰ V. *supra*, n° 639 et s.

²⁹⁷¹ V. *supra*, n° 646.

²⁹⁷² L'indépendance du parquet profiterait alors à la qualité du contrôle en temps direct de la détention du suspect, au-delà des standards supra-légaux, tandis que la meilleure assurance en la matière, commandée par la consécration entière d'une nouvelle fonction judiciaire, celle de gardien de la liberté individuelle, réside dans son transfert au juge des libertés et de la détention [v. *supra*, n° 636 et s.].

²⁹⁷³ V. pour la séparation des fonctions entre la détention provisoire et l'instruction, *infra*, n° 681. Voir F. FOURMENT et L. MORTET, « Le contrôle de l'autorité judiciaire sur les mesures de contrainte : le cas de la garde à vue » ; in *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale* : *opinio doctorum*, sous la dir. de V. MALABAT, B. DE LAMY, M. GIACOPELLI, Dalloz, 2009, p. 171 à 177.

l'exercice des poursuites lors du procès²⁹⁷⁴. Des cas de séparation entre la fonction de gardien de la liberté individuelle et les autres fonctions judiciaires existent (1). En revanche, la pleine reconnaissance du principe est empêchée par des cas de résistance à la séparation (2).

1) Les cas de séparation

680. **Les cas de cumul instantané et de cumul rétrospectif.** La séparation est d'abord assurée par l'interdiction du cumul instantané, c'est-à-dire celui qui réunit une fonction judiciaire et celle de gardien de la liberté individuelle, au même moment. La séparation bénéficie d'une protection encore plus forte lorsque l'interdiction du cumul porte ses effets rétrospectivement, interdisant l'exercice successif de la fonction de gardien de la liberté individuelle et d'une autre fonction judiciaire. Quatre cumuls peuvent être identifiés : le cumul instantané entre la fonction d'instruction et la fonction de gardien de la liberté individuelle du mis en examen²⁹⁷⁵, le cumul instantané entre la fonction d'instruction et la fonction de gardien de la liberté individuelle du suspect²⁹⁷⁶, le cumul rétrospectif entre la fonction d'instruction et celle de gardien de la liberté individuelle de la personne jugée²⁹⁷⁷, et le cumul rétrospectif entre la fonction de gardien de la liberté individuelle du mis en examen et la fonction de gardien de la liberté individuelle de la personne jugée²⁹⁷⁸. Seules l'interdiction du cumul instantané entre la fonction de gardien de la liberté individuelle du mis en examen et de l'instruction (a) et l'interdiction du cumul rétrospectif entre la fonction d'instruction et celle de gardien de la liberté individuelle de la personne jugée (b) sont clairement posées.

²⁹⁷⁴ V. *supra*, n° 646 et s.

²⁹⁷⁵ Ou le cumul entre la fonction d'instruction, ou plus largement celle de mise en état de l'affaire pénale, et celle de contrôle de la détention provisoire.

²⁹⁷⁶ Ou le cumul entre la fonction de direction de l'enquête ou de l'instruction et du contrôle, principalement, de la garde à vue en temps réel.

²⁹⁷⁷ Ou, plus classiquement, du cumul entre la fonction d'instruction et celle de jugement.

²⁹⁷⁸ Plus original, ce cumul se justifie par le poids important que peut avoir la durée de la détention provisoire dans la décision de jugement ultérieure, le meilleur moyen de s'en préserver restant d'en mettre à l'écart le magistrat qui a contrôlé la détention provisoire.

a. *L'interdiction du cumul instantané entre la fonction d'instruction et celle de gardien de la liberté individuelle du mis en examen*

681. **Une ébauche constitutionnelle.** Les perquisitions ont permis à la jurisprudence constitutionnelle d'ébauchait une séparation des fonctions entre celle d'instruction et celle de gardien de la liberté individuelle, ou du moins d'une de celle ancienne composante tenant à l'inviolabilité du domicile²⁹⁷⁹. La loi de 2004 a d'elle-même procédé à cette séparation entre la fonction d'instruction et celle de gardien de la liberté individuelle, définie plus largement, concernant les systèmes de sonorisation et de fixation d'images²⁹⁸⁰, sans pour autant que le Conseil constitutionnel se prononce plus sur les principes applicables²⁹⁸¹. La loi du 15 juin 2000 a opéré cette séparation entre la fonction d'instruction et celle de contrôle de la détention provisoire, appartenant désormais au juge des libertés et de la détention²⁹⁸². Alors que la loi sur la criminalité organisée permettait au procureur de la République de saisir directement le juge des libertés et de la détention sans l'accord du juge

²⁹⁷⁹ En matière des perquisitions de nuit en cas d'infractions terroristes, soit une mesure particulièrement attentatoire à l'inviolabilité du domicile, notion encore rattachée à la liberté individuelle, le Conseil constitutionnel censurait la loi dès lors que « l'autorité déjà investie de la charge de [l'instruction] se voit en outre attribuer les pouvoirs d'autoriser, de diriger et de contrôler les opérations en cause », constatant que la liberté individuelle n'était pas préservée [Cons. const., déc. n° 96-377 DC du 16 juil. 1996 portant sur la loi tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire : *J. O.*, 23 juil. 1996, p. 11108 ; *JCP*, II, n° 22709, p. 396, note N. VAN TUONG ; *D.*, 1997, p. 69, comm. B. MERCUZOT ; *AJDA*, 1996, p. 693, note O. SCHRAMECK ; *RFDA*, 1997, p. 538, note P.-E. SPITZ ; consid. n° 18]. Seuls trois cas précis permettaient exceptionnellement de réaliser ces perquisitions nocturnes dans des lieux d'habitation. Le Conseil constitutionnel notait d'autres insuffisances dans l'encadrement de ce pouvoir, qui avaient aussi participé à la censure. Mais à l'inverse, concernant l'enquête de flagrance, la même décision validait une telle perquisition autorisée par le Président du tribunal de grande instance, montrant bien que c'était le cumul entre la charge de l'instruction et la charge du contrôle de la mesure attentatoire à la liberté individuelle qui était censurée. Cette jurisprudence restait toutefois isolée, le Conseil constitutionnel en 2004 validant les perquisitions nocturnes en matière de criminalité organisée autorisées par le juge de l'instruction [Cons. const., déc. n° 2004-492 DC du 2 mars 2004 relative à la loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité : *J. O.*, 10 mars 2004, p. 4637 ; *RSC*, 2005, p. 122, comm. V. BÜCK ; *D.*, 2004, p. 956, note M. DOBKINE ; *RSC*, 2004, p. 725, comm. CH. LAZERGES ; *JCP*, 2004, II, n° 10048, obs. J.-C. ZARCA ; consid. n° 53]. On ne peut affirmer toutefois que le Conseil constitutionnel abandonnait la solution antérieure dès lors que l'atteinte à la liberté individuelle était moindre que le système censuré de 1996, du fait de l'encadrement légal plus restrictif de la perquisition de nuit dans un domicile d'habitation, si bien que le seuil déclenchant la compétence d'un juge chargé uniquement du contrôle de la mesure de contrainte n'était peut-être pas atteint.

²⁹⁸⁰ Art. 706-93 CPP. Si le juge d'instruction décide de son recours et autorise l'installation du dispositif technique dans les locaux d'habitation pendant les heures légales de perquisition, l'installation en dehors des heures légales nécessite l'autorisation du juge des libertés et de la détention.

²⁹⁸¹ Déc. n° 2004-492 DC du 2 mars 2004 : *préc.* ; consid. n° 64. Celui-ci se contentait de décrire le système : « le législateur a fait du juge d'instruction ou, le cas échéant, à sa requête, du juge des libertés et de la détention, l'autorité compétente pour ordonner l'utilisation de ces procédés ».

²⁹⁸² Même s'il revient encore au juge d'instruction de le saisir et que le juge d'instruction conserve encore le pouvoir de mettre fin d'office à la privation de liberté [v. art. 145 et s. CPP].

d’instruction, le Conseil constitutionnel établissait que « *les nouvelles dispositions [...] n’[affectant] pas, en matière de placement en détention provisoire, la compétence du juge des libertés et de la détention [...] l’article 66 de la Constitution n’est donc pas méconnu* »²⁹⁸³. En se référant directement au juge des libertés et de la détention et non au juge du siège, c’est bien la compétence du juge des libertés et de la détention qui se retrouvait comme intégré à l’article 66 de la Constitution. Et indirectement, c’est également la séparation de fonction entre la décision de placement en détention provisoire et celle de l’instruction qui était protégée. Toutefois, dès lors que l’appel des décisions juridictionnelles du juge d’instruction, comme l’appel des décisions du juge des libertés et de la détention en matière de détention provisoire, relèvent de la même chambre de l’instruction, ce cumul est permis au second degré²⁹⁸⁴. Le standard européen ne semble en tout cas pas reconnaître ce cas de séparation²⁹⁸⁵.

b. L’interdiction du cumul rétrospectif entre la fonction d’instruction et celle de gardien de la liberté individuelle de la personne jugée

682. **La reconnaissance constitutionnelle.** La séparation entre la fonction d’instruction et celle de jugement est un principe fondamental de la procédure pénale. Il s’agit bien sûr d’éviter tout préjugé sur la culpabilité, quelle que soit la peine encourue, et elle dépasse le domaine de la privation de liberté. C’est au sujet des juges des enfants²⁹⁸⁶, à la fois chargé de la mise en état de l’affaire pénale et du jugement de la même affaire, au sein du Tribunal pour enfants, que le Conseil constitutionnel a rappelé, sur le fondement de l’impartialité, la séparation entre les deux fonctions²⁹⁸⁷. Alors que ce cumul avait été validé par la Cour de cassation²⁹⁸⁸ et défendu en doctrine sur le fondement de la spécificité de la justice du mineur²⁹⁸⁹, le Conseil constitutionnel y mettait fin, sauf pour le prononcé des

²⁹⁸³ Déc. n° 2004-492 DC du 2 mars 2004 : *préc.* ; consid. n° 120.

²⁹⁸⁴ Art. 191 et s. CPP.

²⁹⁸⁵ Le juge de l’*Habeas corpus*, celui devant qui le suspect doit être présenté au terme de la garde à vue, afin de prolonger la privation de liberté, peut correspondre au magistrat de l’instruction [v. *infra*, n° 748 et s.].

²⁹⁸⁶ L’interdiction du cumul était bien limitée au juge de premier degré.

²⁹⁸⁷ Déc. n° 2011-147 QPC du 8 juil. 2011 : *préc.*; consid. n° 11 : qu’« *en permettant au juge des enfants qui a été chargé d’accomplir les diligences utiles pour parvenir à la manifestation de la vérité et qui a renvoyé le mineur devant le tribunal pour enfants de présider cette juridiction de jugement habilitée à prononcer des peines, les dispositions contestées portent au principe d’impartialité des juridictions une atteinte contraire à la Constitution* ».

²⁹⁸⁸ Cass. crim., 7 avr. 1993, n° 92-84.725 : *Bull. crim.*, n° 152 ; *D.*, 1993., jur., p. 553, note J. PRADEL ; *D.*, 1994, p. 37, note S. BECQUERELLE ; *RSC*, 1994, p. 67, obs. M. HUYETTE ; *ibid.*, p. 75, note CH. LAZERGES.

²⁹⁸⁹ CH. LAZERGES, « La démolition méthodique de la justice des mineurs devant le Conseil constitutionnel » ; *RSC*, 2011, p. 728, spéc. II.

mesures d'assistance, de surveillance et d'éducation. En utilisant le fondement de l'impartialité, le Conseil choisissait de sanctionner ce cumul sur un principe du droit commun de l'activité juridictionnelle, refusant de se placer plutôt sur un principe de séparation des fonctions²⁹⁹⁰. Ce dernier, en matière pénale, n'a été employé que concernant la séparation des fonctions de jugement de celles de poursuite, prohibant au magistrat du parquet de bénéficier des pouvoirs s'apparentant au jugement des infractions pénales²⁹⁹¹.

683. **Les réticences européennes.** Un tel cumul entre fonction d'instruction et fonction de jugement n'est pas proscrit par principe par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme et la notion d'impartialité objective. Ainsi peut-elle tolérer le cumul lorsque les actes d'instruction réalisés par le juge restent limités²⁹⁹². Les hypothèses de sanction du cumul restent cantonnées aux cas flagrants d'impartialité, soit lorsque le juge d'instruction a expressément apprécié l'existence des charges pesant sur le suspect au cours de l'instruction²⁹⁹³, ou lorsque le magistrat en cause a largement mené l'instruction²⁹⁹⁴. Cette approche *in concreto* de la licéité du cumul est également employée par la Cour européenne en matière du droit des mineurs, sans d'ailleurs qu'elle ne se place sur sa spécificité²⁹⁹⁵, ni qu'elle soit favorable par principe au cumul²⁹⁹⁶. Les exigences européennes restent donc faibles, se limitant à la censure des hypothèses flagrantes.

²⁹⁹⁰ Il est vrai qu'en préférant se référer à l'impartialité, le juge de la loi évitait de s'avancer sur la place de la fonction d'instruction, mot qu'il n'utilisait pas d'ailleurs.

²⁹⁹¹ Cons. const., déc. n° 95-360 DC du 2 févr. 1995 portant sur la loi relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative : *J. O.*, 7 févr. 1995, p. 2097 ; consid. n° 5 et s. Le Conseil constitutionnel y reconnaissait la séparation de « l'autorité chargée de l'action publique » de « l'autorité de jugement », sur le fondement de l'article 66 de la Constitution notamment, le Conseil établissant que cette séparation « concourt à la sauvegarde de la liberté individuelle ».

²⁹⁹² CEDH, ch., 26 févr. 1993, *Padovani c. Italie*, req. n° 13396/87 : *Rec. CEDH*, série A, n° 257-B : *RSC*, 1994, p. 362, chron. R. KOERING-JOULIN ; § 21 et s. ; en l'espèce, le juge en cause n'avait fait que recueillir quelques témoignages.

²⁹⁹³ CEDH, ch., 22 févr. 1996, *Bulut c. Autriche*, req. n° 17358/90 : *Rec. CEDH*, 1996-II : *RSC*, 1997, p. 473, obs. R. KOERING-JOULIN ; § 34 ; en l'espèce, le juge en situation de cumul avait participé à la décision de renvoi du suspect devant la juridiction de jugement.

²⁹⁹⁴ CEDH, sect. I, 25 juil. 2000, *Tierce et autres c. Saint-Marin*, req. n°s 24954/94, 24971/94 et 24972/94 : *Rec. CEDH*, 2000-IX ; § 79. En l'espèce, le magistrat avait dirigé durant plus de deux ans l'instruction et procédé à des investigations très approfondies : plusieurs interrogatoires de l'accusé, de son accusateur et de certains témoins, des interrogatoires de l'expert ainsi que deux saisies conservatoires des biens de l'intéressé. L'impartialité était sanctionnée pour la juridiction de jugement de second degré à laquelle avait participé le magistrat instructeur.

²⁹⁹⁵ CEDH, ch., 24 août 1993, *Nortier c. Pays-Bas*, req. n° 13924/88 : *Rec. CEDH*, série A, n° 267 ; *D.*, 1994, p. 37, note S. BECQUERELLE ; *ibid.*, 1995, p. 105, note J.-F. RENUCCI. En l'espèce, le magistrat instructeur ne s'était prononcé qu'à quatre reprises sur la détention provisoire et n'avait procédé qu'à la réalisation d'une expertise sur la personne du mineur, validant le cumul.

²⁹⁹⁶ CEDH, sect. IV, 2 mars 2010, *Adamkiewicz c. Pologne*, req. n° 54729/00 : *RSC*, 2011, p. 687, note D. ROETS ; *D.*, 2010, p. 1324, comm. P. BONFILS ; § 107 : « la Cour ne décèle pas dans quelle mesure le fait que ce même magistrat ait subséquentement présidé la formation de jugement du tribunal ayant déclaré le requérant auteur des faits pouvait en l'espèce contribuer à assurer la meilleure protection de l'intérêt supérieur ».

684. **Une consécration législative incomplète.** Le Code de procédure pénale dès sa création avait consacré l'incompatibilité de la fonction d'instruction à celle de jugement, dans une formule restée inchangée, à son article 49 : « [le juge d'instruction] *ne peut, à peine de nullité, participer au jugement des affaires pénales dont il a connu en sa qualité de juge d'instruction* »²⁹⁹⁷. La Cour de cassation applique une interprétation stricte de cette interdiction légale, sans distinction selon l'ampleur des actes d'instruction réalisés²⁹⁹⁸. Le texte édicte donc une interdiction large, empêchant le juge d'instruction de participer à toute juridiction de jugement, de premier degré ou d'appel. En revanche, ce texte ne s'oppose pas à ce qu'un magistrat ayant connu de l'instruction en appel, figure ensuite dans une juridiction de jugement, ce que la Cour de cassation a admis²⁹⁹⁹. À défaut de disposition législative prohibant le principe, l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme peut quand même servir de fondement à la sanction du cumul³⁰⁰⁰, la Chambre criminelle s'attachant à vérifier que le juge d'instruction ne se soit pas forgé une conviction sur la culpabilité de l'individu, lors de l'information³⁰⁰¹. Au regard de la jurisprudence, la seule hypothèse de sanction du cumul réside pratiquement dans la participation à la décision de renvoi³⁰⁰².

685. Concernant spécialement la Cour d'assises, l'article 253 du Code de procédure pénale empêche que la juridiction de jugement soit composée de magistrats « *qui, dans l'affaire soumise à la cour d'assises, ont, soit fait un acte de poursuite ou d'instruction, soit participé à l'arrêt de mise en accusation ou à une décision sur le fond relative à la*

de l'enfant que le requérant était alors ». La Cour reprenait finalement le critère développé dans la décision *Nortier*, en constatant, en l'espèce, que le juge avait procédé à de nombreuses mesures d'instruction, pour établir le constat de violation.

²⁹⁹⁷ Art. 49 CPP. Le Code de l'instruction criminelle prévoyait déjà que le juge d'instruction ne pouvait participer à la formation de la Cour d'assises à son article 259.

²⁹⁹⁸ Par exemple, l'auditeur de justice, qui a assisté le juge d'instruction lors d'un interrogatoire d'instruction, ne peut ultérieurement faire partie de la juridiction de jugement dans la même affaire [Cass. crim., 21 juin 1977, n° 77-93.607 : *Bull. crim.*, n° 209].

²⁹⁹⁹ Cass. crim., 20 déc. 1984, n° 84-90.964 : *Bull. crim.*, n° 412.

³⁰⁰⁰ *Ibid.*

³⁰⁰¹ Ainsi, le magistrat chargé par la chambre d'accusation de procéder à un supplément d'information peut figurer ensuite dans la juridiction de jugement, la jurisprudence validant ce cumul, au titre que cette mission « *n'implique pas que le magistrat commis acquiert à l'occasion de cette mesure une conviction sur la culpabilité des prévenus* » [Cass. crim., 19 janv. 2000, n° 99-80.601 : *inédit*]. De la même manière, le magistrat qui a confirmé un non-lieu partiel peut statuer dans la juridiction de jugement, s'il n'a pas été saisi des faits donnant lieu à renvoi [Cass. crim., 20 déc. 1984, n° 84-90.964 : *Bull. crim.*, n° 412]. Aussi, le magistrat qui a eu à connaître des décisions du juge d'instruction concernant une demande d'acte par la partie civile peut siéger dans la juridiction de jugement d'appel, dès lors que « *cette décision n'a pas porté sur la valeur des charges pouvant justifier le renvoi des intéressés devant le tribunal correctionnel* » [Cass. crim., 19 févr. 1998, n° 96-83.423 : *Bull. crim.*, n° 74].

³⁰⁰² Cass. crim., 6 nov. 1986, n° 85-93.055 : *Bull. crim.*, n° 328. Le magistrat de la chambre d'accusation avait participé à la décision infirmant la décision de non-lieu du juge d'instruction.

culpabilité de l'accusé ». La disposition législative est cette fois-ci plus large que l'article 49 du Code de procédure pénale, puisqu'elle ne se cantonne pas au juge d'instruction, même si l'incompatibilité du magistrat qui a connu de l'instruction en appel apparaît limitée³⁰⁰³. Elle est aussi plus restrictive en ce qu'elle établit une liste de cas, plus précis que la simple connaissance. La Chambre criminelle interprète la disposition de manière à ce que tout acte d'instruction suffise à empêcher le magistrat³⁰⁰⁴. Si le cas de séparation est bien ancré, il n'est pas non plus absolu, la jurisprudence européenne ne permettant pas de combler ses manques législatifs, notamment pour les magistrats ayant participé à l'instruction dans une juridiction de second degré. Le principe bénéficie d'une reconnaissance générale à la matière pénale, sans considération pour la privation de liberté. D'autres cas de résistance relativisent plus fermement la séparation de la fonction de gardien de la liberté individuelle des autres fonctions judiciaires.

2) Les cas de résistance

686. **Immobilisme et progrès.** Alors que la validation par le Conseil constitutionnel du contrôle de l'autorité judiciaire de la garde à vue *a posteriori*³⁰⁰⁵ a conforté les solutions, le droit positif rejette fermement la séparation entre la fonction d'instruction ou de poursuite et la fonction de gardien de la liberté individuelle du suspect (*b*). En revanche, l'affleurement d'un nouveau cas de séparation conforte l'autonomie de la fonction de gardien de la liberté individuelle, même si sa reconnaissance n'est pas encore acquise : l'interdiction du cumul entre la fonction de gardien de la liberté individuelle du mis en examen et la fonction de gardien de la liberté individuelle de la personne jugée est en construction (*a*).

³⁰⁰³ La loi vise expressément la mise en accusation. Son pouvoir d'ordonner « *tout acte d'information complémentaire qu'elle juge utile* » semble donc engendrer l'incompatibilité [art. 201 CPP]. Le membre de la Chambre chargé d'un supplément d'information perdrait aussi sans doute sa capacité de participer au jugement de l'affaire [art. 203 CPP].

³⁰⁰⁴ Le juge d'instruction est ainsi empêché même s'il n'a fait que notifier les inculpations, sans mener l'interrogatoire de première comparution [Cass. crim., 18 mai 1976, n° 75-90.366 : *Bull. crim.*, n° 168]. Dans le même sens, le juge d'instruction qui a décerné seulement deux commissions rogatoires concernant l'enquête de personnalité ne peut participer ensuite à la Cour d'assises [Cass. crim., 3 juin 1992, n° 91-86.096 : *Bull. crim.*, n° 220].

³⁰⁰⁵ V. *supra*, n° 618.

a. *La construction de l'interdiction du cumul entre la fonction de gardien de la liberté individuelle du mis en examen et la fonction de gardien de la liberté individuelle de la personne jugée*

687. **Les exigences croissantes de la Cour européenne.** L'arrêt *Nortier* refusait de sanctionner le cumul de fonction de contrôle de la détention provisoire et de celle de jugement, sauf à constater « *des circonstances spéciales* »³⁰⁰⁶, et la Cour semblait même admettre par principe la conventionnalité un tel cumul³⁰⁰⁷. La Cour européenne des droits de l'Homme développait ultérieurement une jurisprudence plus audacieuse, se fondant sur le contrôle de la motivation de la décision de la détention provisoire, auquel a participé le juge en situation de cumul, pour apprécier l'impartialité³⁰⁰⁸. D'autres décisions plus récentes encore s'éloignent de la simple sanction de la motivation, en tenant compte de la composition de la juridiction de jugement³⁰⁰⁹, de son mode de fonctionnement³⁰¹⁰, du rôle du juge réalisant le cumul³⁰¹¹ ou encore de la nature de la décision rendue en matière de détention

³⁰⁰⁶ *Nortier* : préc. En l'espèce, la Cour semblait même se désintéresser de la participation du juge à quatre décisions sur la détention provisoire pour se concentrer sur les actes d'instruction réalisés par ce dernier.

³⁰⁰⁷ *Hauschild* : préc. ; § 50 : « *qu'un juge de première instance ou d'appel, dans un système [ne connaissant pas le juge d'instruction] ait déjà pris des décisions avant le procès, notamment au sujet de la détention provisoire, ne peut donc passer pour justifier en soi des appréhensions quant à son impartialité* ». La Cour constatait en l'espèce une violation de l'impartialité, dès lors que la loi exigeait pour placer en détention provisoire l'existence de « *soupçons particulièrement renforcés* », le juge s'étant alors nécessairement prononcée non seulement sur l'existence de charges, mais en sus sur l'existence de lourdes charges. – CEDH, 16 déc. 1992, *Sainte-Marie c. France*, req. n° 12981/87 : *Rec. CEDH*, série A, n° 253-A : *D.*, 1993, p. 204, obs. J. PRADEL ; *ibid.*, p. 384, obs. J.-F. RENUCCI ; *RSC*, 1993, p. 367, obs. L.-E. PETTITI ; § 30 et s. Le caractère exceptionnel de la sanction d'un tel cumul était appliqué y compris pour un système juridique connaissant du juge d'instruction.

³⁰⁰⁸ CEDH, sect. V, 22 avr. 2010, *Chesne c. France*, req. n° 29808/06 : *D.*, 2010, p. 1215, obs. S. LAVRIC ; *AJP*, 2010, p. 346, obs. L. ASCENSI ; *RSC*, 2010, p. 690, obs. D. ROETS ; § 34 et s. : en l'espèce, l'arrêt sur la détention provisoire s'exprimait « *en des termes clairs et non équivoques quant au rôle exact du requérant et à sa place dans le réseau délictueux* », comme « *sur l'étendue de son implication dans ce trafic* » et avait tiré « *des conclusions catégoriques de discordances apparentes [...] entre les déclarations du requérant et certains éléments matériels recueillis lors des investigations* ». Dès lors, la motivation n'était pas « *limitée à une appréciation sommaire des faits reprochés pour justifier la pertinence d'un maintien en détention provisoire* », mais se prononçait au contraire « *sur l'existence d'éléments de culpabilité à la charge du requérant* », justifiant la violation de la Convention.

³⁰⁰⁹ CEDH, sect. III, 26 oct. 2010, *Cardona Serrat c. Espagne*, req. n° 38715/06 ; § 25 et s. : en l'espèce, deux magistrats sur trois dont le président avaient connu du cas au stade de la détention provisoire.

³⁰¹⁰ *Ibid.* En l'espèce, la Cour constatait que le juge national avait retenu dans sa motivation des éléments soulevés d'office, absents des réquisitions du ministère public.

³⁰¹¹ CEDH, sect. III, 17 janv. 2012, *Alony Kate c. Espagne*, req. n° 5612/08 ; § 49 et s. : le magistrat avait déjà été le rapporteur d'une décision d'appel, invalidant la décision de libérer le détenu, avant de devenir le rapporteur de la juridiction de jugement.

provisoire³⁰¹². À poursuivre cette hausse de contrôle, le nouveau cas de séparation pourrait être consacré.

688. **La consécration législative incomplète.** Le législateur a consacré la séparation de la fonction de jugement de celle de contrôleur de la détention provisoire, en précisant que le juge des libertés et de la détention « *ne peut, à peine de nullité, participer au jugement des affaires pénales dont il a connu* »³⁰¹³. La lettre de l'article indique que la moindre décision sur la détention provisoire suffit à interdire tout cumul³⁰¹⁴. La notion de jugement a reçu une interprétation plutôt large, et l'interdiction du cumul empêche aussi au juge des libertés et de la détention de participer à la décision de condamnation en appel³⁰¹⁵. En revanche, le texte n'empêche pas le magistrat ayant connu de la détention provisoire en appel de participer au jugement³⁰¹⁶. Cette carence est rattrapée en matière criminelle par l'interprétation large de la Chambre criminelle de l'article 253 du Code de procédure pénale, qui interdit, de jurisprudence constante, que le magistrat s'étant prononcé en appel sur une demande de remise en liberté puisse siéger ensuite à la Cour d'assises³⁰¹⁷. Comme en matière de séparation entre la fonction de jugement et d'instruction, les dispositions expresses imposant les séparations sont interprétées largement, sauf à contredire la lettre de la disposition. Et même dans les hypothèses où la loi ne prohibe pas le cumul, le recours à l'article 6 § 1 permettrait de le sanctionner. La jurisprudence de la Chambre criminelle demeure toutefois timide, en l'absence de disposition législative expresse, affirmant que « *le simple fait qu'un juge ait pris, avant le procès, une décision relative à la détention provisoire*

³⁰¹² *Ibid.*, § 49 et s. Alors que le juge qui exerçait le cumul avait participé à une décision d'appel invalidant la décision de libération du détenu, la Cour notait que « *par cette décision, [elle] a modifié, à son détriment, la situation du requérant* ».

³⁰¹³ Art. 137-1 CPP.

³⁰¹⁴ Cass. crim., 23 sept. 2010, n° 10-81.245 : *Bull. crim.*, n° 140 ; *D.*, 2011, p. 124, obs. L. LAZERGES-COUSQUER. L'interdiction s'applique même au juge des libertés et de la détention ayant connu de la détention provisoire hors du cadre de l'instruction, avant la comparution immédiate, même si la disposition figure dans une partie du Code de procédure pénale consacrée aux juridictions d'instructions. Le délai rapproché entre la décision sur la détention provisoire et celle de condamnation justifie cette solution, consacrée par la Chambre criminelle en formation plénière et déjà tenue en formation restreinte Cass. crim., 8 déc. 2009, n° 09-85.623 : *Bull. crim.*, n° 208 ; *D.*, 2010., p. 2254, obs. J. PRADEL.

³⁰¹⁵ Cass. crim., 16 mai 2007, n° 06-85.347 : *Bull. crim.*, n° 128 ; *AJP*, 2007 p. 386, obs. C. SAAS. La Chambre criminelle visait, pour fonder son interprétation, l'article préliminaire du Code de procédure pénale et l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme et du citoyen.

³⁰¹⁶ Cass. crim., 24 janv. 1985, n° 84-93.030 : *Bull. crim.*, n° 41. – Cass. crim., 9 oct. 1979, n° 79-90.696 : *Bull. crim.*, n° 275. – Cass. crim., 23 janv. 1996, n° 95-84.934 : *Bull. crim.*, n° 35. – Cass. crim., 19 févr. 1998, n° 96-83.423 : *Bull. crim.*, n° 74. – Cass. crim., 2 févr. 2000, n° 98-87.352 : *Bull. crim.*, n° 55. – Cass. crim., 28 févr. 2001, n° 00-84.108 : *inédit*.

³⁰¹⁷ Cass. crim., 12 oct. 1983, n° 82-93.569 : *Bull. crim.*, n° 243. – Cass. crim., 23 janv. 1985, n° 84-92.788 : *Bull. crim.*, n° 35. – Cass. crim., 8 avr. 1992, n° 91-84.127 : *Bull. crim.*, n° 152. – Cass. crim., 3 déc. 1997, n° 97-80.446 : *Bull. crim.*, n° 410.

ne peut, en soi, suffire à justifier que soit contestée [l'] impartialité » de la juridiction de jugement³⁰¹⁸.

689. **Le cumul légal.** La loi prévoit toutefois un cas exprès de cumul entre la fonction de gardien de la liberté individuelle du mis en examen et la fonction de gardien de la liberté individuelle de la personne jugée, à l'article 148-1 du Code de procédure pénale, qui confie la demande de remise en liberté du détenu placé en détention provisoire, à la juridiction saisie, au terme de l'instruction, ou, lorsqu'un pourvoi en cassation a été formulé contre la décision de condamnation, devant la dernière juridiction saisie. La Chambre criminelle ne pose aucune exigence pour ce cumul consacré par le législateur³⁰¹⁹. Ce système, logique lorsque le juge de l'instruction était chargé de la détention provisoire, alors que le renvoi opérerait son dessaisissement, n'est plus satisfaisant désormais, alors que la détention provisoire est désormais plus nettement détachée du juge d'instruction³⁰²⁰. Ces limites nuancent forcément la pleine reconnaissance de ce cas de séparation, même s'il n'est pas dans l'impasse du contrôle de la garde à vue par le juge d'instruction.

b. Le rejet ferme de la séparation entre la fonction d'instruction ou de poursuite et la fonction de gardien de la liberté individuelle du suspect

690. **Le rejet du cumul instantané entre la fonction de poursuite et la fonction de gardien de la liberté individuelle du suspect, pour la prolongation de garde à vue dérogatoire.** Dans le cadre de l'enquête, le législateur a toujours confié à un juge judiciaire distinct du juge d'instruction le pouvoir de prolonger la garde à vue au-delà de quarante-huit heures³⁰²¹, reconnaissant, au moins partiellement, la séparation entre le cumul

³⁰¹⁸ Cass. crim., 28 mars 2012, n° 11-85.225 : *Bull. crim. : Gaz. Pal.*, 2012, p. 38, note F. FOURMENT ; *RSC*, 2012, p. 617, note A. GIUDICELLI ; *ibid.*, p. 929, obs. J.-F. Renucci ; *Procédures* ; 2012, comm. n° 190, obs. A.-S. CHAVENT-LECLÈRE. Si une telle solution de principe n'interdit pas de caractériser une incompatibilité objective au regard des critères observés dans les autres contentieux comme une motivation particulièrement à charge de la décision de la détention provisoire, le cumul validé concernait les trois mêmes conseillers qui avaient siégé en chambre de l'instruction, puis en chambre des appels correctionnels.

³⁰¹⁹ Pour un exemple concernant la juridiction d'appel saisie après pourvoi des demandes de remise en liberté, Cass. crim., 22 sept. 2009, n° 09-83.825 : *inédit*.

³⁰²⁰ D'autant plus que la Cour européenne des droits de l'Homme a durci son contrôle, en la matière, au sujet d'une juridiction de jugement espagnole spécialisée, compétente pour traiter de la détention provisoire une fois saisie [v. *supra*, n° 687].

³⁰²¹ Cons. const., déc. n° 80-127 DC des 19 et 20 janv. 1981 portant sur la loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes : *J. O.*, 22 janv. 1981, p. 308 ; consid. n° 23 et s. Paradoxalement, alors que le Président du tribunal de grande instance avait été doté en premier de ce pouvoir, son rôle était critiqué devant le Conseil constitutionnel, dès lors qu'à la différence du juge d'instruction, ce magistrat pouvait ultérieurement participer au jugement. Le Conseil constitutionnel se contentait de répondre qu'« aucun principe ou règle de valeur

instantané des fonctions de poursuite et de gardien de la liberté individuelle, au-delà d'une certaine durée³⁰²².

691. **L'acceptation large du cumul instantané de la fonction d'instruction et de la fonction de gardien de la liberté individuelle du suspect.** En revanche, pour la garde à vue réalisée dans le cadre de l'instruction, le juge d'instruction est toujours compétent pour prolonger la garde à vue. La décision du Conseil constitutionnel sur la loi renforçant la lutte contre la criminalité organisée admettait facilement que le juge d'instruction puisse prolonger la détention au-delà de quarante-huit heures, se contentant d'observer qu'un magistrat du siège prolongeait³⁰²³.

692. **La séparation législative.** Le législateur, en même temps qu'il introduisait une prolongation de garde à vue, au-delà de quatre jours et jusqu'à six jours, séparait la fonction d'instruction et la fonction de gardien de la liberté individuelle du suspect, en confiant cette prolongation exceptionnelle uniquement au juge des libertés et de la détention, même dans le cadre de l'instruction³⁰²⁴, dans une nouvelle manifestation de la séparation de la fonction d'instruction aux graves atteintes à la liberté individuelle³⁰²⁵. Le Conseil constitutionnel, saisi du dispositif *a posteriori*, ne faisait que constater la compétence du juge des libertés et de la détention, sans rien ajouter, si bien que rien n'indique que la compétence laissée au juge d'instruction pour cette prolongation extrême aurait violé la Constitution³⁰²⁶.

693. **Le rapatriement de la sanction des cumuls dans l'article 5.** L'analyse de l'état du droit montre une convergence vers la consécration d'une véritable séparation entre la fonction de gardien de la liberté individuelle des autres fonctions judiciaires, entravée par deux limites, les larges admissions du cumul pour les magistrats du second degré, sans doute en considération pour leur nombre limité, et la timidité de la jurisprudence européenne sur le fondement de l'article 6, dont le vaste champ invite sans doute à la prudence. En se plaçant sur l'article 6, le raisonnement préserve l'impartialité de la juridiction de jugement, en

constitutionnelle n'exige que ce magistrat ait la qualité de juge d'instruction ». À la différence des décisions sur la détention provisoire, la prolongation de la garde à vue n'a sans doute pas le poids suffisant pour être de nature à influencer ultérieurement le jugement du magistrat qui l'a prononcée.

³⁰²² Le même cumul rétrospectif est interdit par la Convention européenne des droits de l'Homme [v. *supra*, n° 646].

³⁰²³ Cons. const., déc. n° 2004-492 DC du 2 mars 2004 relative à la loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité : *J. O.*, 10 mars 2004, p. 4637 ; *RSC*, 2005, p. 122, comm. V. BÜCK ; *D.*, 2004, p. 956, note M. DOBKINE ; *RSC*, 2004, p. 725, comm. CH. LAZERGES ; *JCP*, 2004, II, n° 10048, obs. J.-C. ZARKA ; consid. n° 25.

³⁰²⁴ Art. 706-88 CPP.

³⁰²⁵ V. pour la détention provisoire et les perquisitions de nuit, *supra*, n° 681.

³⁰²⁶ Cons. const., déc. n° 2010-31 QPC du 22 sept. 2010, [M. A. et autres] : *J. O.*, 23 sept. 2010, p. 17290 ; *RSC*, 2011, p. 139, obs. A. GIUDICELLI ; *RSC*, 2011, p. 165, obs. B. DE LAMY ; consid. n° 5.

écartant, dans certaines hypothèses, le magistrat qui a connu de la détention provisoire ou de l'instruction. Mais de tels cumuls touchent également l'appréciation du bien-fondé de la privation de liberté, qu'il s'agisse du contrôle de la détention provisoire qui pourrait être entaché par l'éventuelle participation du magistrat à la juridiction de jugement³⁰²⁷, ou du choix du recours à la peine privative de liberté, lorsqu'elle est encourue, pour le magistrat qui a participé à l'instruction³⁰²⁸. Leur sanction sur le fondement de l'article 5, finalement logique, permettrait à la Cour d'hausser son contrôle spécialement pour la privation de liberté, tout en préservant une jurisprudence moins stricte, sur le fondement de l'article 6, pour les autres domaines.

³⁰²⁷ D'ailleurs, le magistrat de l'article 5 § 3 ne doit pas pouvoir être partie au procès par la suite, car la Convention ne tolère pas que le contrôle de la privation de liberté puisse être orienté pour ménager les intérêts de la future partie poursuivante [v. *supra*, n° 646].

³⁰²⁸ Le raisonnement mené sur le seul fondement de l'article 6 conduit à considérer que seule la déclaration de culpabilité peut être viciée par un tel cumul.

694. **Le droit à un juge impartial : le dégagement d'une nouvelle fonction judiciaire.** Le droit positif tend à consacrer la séparation de la fonction de gardien de la liberté individuelle des autres fonctions pénales. Et si la garde à vue constitue un cas de résistance important, la défaillance du contrôle judiciaire, soulignée par le Conseil constitutionnel³⁰²⁹, conforte le besoin de la séparation. Les autres cas de séparation, à des niveaux d'efficacité différents, progressent. Comme le Conseil constitutionnel a dégagé le principe de séparation de l'autorité de jugement de l'autorité de poursuite sur le fondement de l'article 66³⁰³⁰, il lui suffit d'y ajouter la fonction de gardien de la liberté individuelle, sur le même fondement, pour consacrer sa séparation de toutes les autres³⁰³¹, sans bousculer profondément la procédure pénale, au surplus. Le juge d'instruction se trouve déjà dépourvu par le législateur moderne du contrôle de la liberté individuelle, si bien que la consécration de la nouvelle fonction n'est pas de nature à appuyer les tenants de sa suppression, et la raison de son existence doit être recherchée au-delà du contrôle des atteintes à la liberté individuelle. De la même manière, la consécration de la nouvelle fonction n'est pas de nature à empêcher la suppression de la fonction d'instruction, puisqu'elle milite pour séparer la fonction d'instruction de celle de gardien de la liberté individuelle³⁰³². Le dégagement d'une nouvelle fonction judiciaire, en progrès, contribue en tout cas à caractériser l'autonomie de la privation de liberté.

³⁰²⁹ Cons. const., déc. n° 2010-14/22 QPC du 30 juil. 2010, [M. W.] : *J. O.*, 31 juil. 2010, p. 14198 ; *RTD civ.*, 2010 p. 513, obs. P. PUIG ; *RSC*, 2011, p. 139, obs. A. GIUDICELLI ; *D.*, 2010, p. 2254, obs. J. PRADEL ; *AJP*, 2010, p. 470, comm. J.-B. PERRIER ; *Constitutions*, 2010, p. 571, comm. E. DAOUD et E. MERCINIER ; *RSC*, 2011, p. 165, obs. B. DE LAMY.

³⁰³⁰ Déc. n° 95-360 DC du 2 févr. 1995 : *préc.* ; consid. n° 5 et s.

³⁰³¹ Au besoin, en adoptant une formule vague, comme celle utilisée par le juge des enfants, pour réserver sa jurisprudence sur la fonction d'instruction, et même en la réservant au juge de premier instance, comme le Conseil l'a fait dans la même décision [déc. n° 2011-147 QPC du 8 juil. 2011 : *préc.* ; consid. n° 11].

³⁰³² Voir TH. MEINDL, « Les implications constitutionnelles de la suppression du juge d'instruction » ; *RSC*, 2010, p. 395.

695. **Le droit au juge de la privation de liberté : l'émergence de l'autonomie de la privation de liberté.** Même imparfaite, la reconnaissance d'un véritable juge de la privation de liberté, indépendant des autres fonctions judiciaires, et capable, tend à conforter la théorie générale et à organiser la contestation du bien-fondé de la privation de liberté dans un contentieux autonome, rompant, au moins en partie, avec une conception plus accessoire de la privation de liberté. Cette conception, qui a longtemps permis au juge d'instruction de cumuler les fonctions de la conduite de l'instruction et du contrôle de la détention provisoire, se retrouve encore dans l'éclatement de l'appréciation de la régularité de la détention entre les deux ordres de juridiction³⁰³³, dans l'application du procès équitable à la seule accusation en matière pénale³⁰³⁴, ou encore dans le traitement de l'irrégularité des droits du suspect en garde à vue par le seul contentieux de l'annulation³⁰³⁵. Cette participation à la construction de l'autonomie de la privation de liberté, pour distinguer le juge judiciaire de la privation de liberté, au-delà de la simple indépendance statutaire, doit être soulignée, même si elle n'est pas encore acquise. Au-delà de ces qualités d'indépendance et d'impartialité, le juge de la privation de liberté se caractérise aussi par son pouvoir, celui de prononcer immédiatement et sans condition la libération.

³⁰³³ V. *infra*, n° 858 et s.

³⁰³⁴ V. *infra*, n° 815 et s.

³⁰³⁵ V. *infra*, n° 922 et s.

Section II./ LE DROIT D'OBTENIR SA LIBÉRATION IMMÉDIATE ET SANS CONDITION : LE POUVOIR DU JUGE DE LA PRIVATION DE LIBERTÉ

696. **La force du pouvoir de libération : l'achèvement de la qualification du juge de la privation de liberté.** Le pouvoir de libérer établit la nature juridictionnelle du juge de la privation de liberté : il lui revient de trancher le bien-fondé de la privation de liberté, sa nécessité ou sa proportionnalité et de maintenir la privation de liberté ou de libérer. Le pouvoir de libération immédiate et sans condition du juge judiciaire, indépendant et impartial, dote le juge de la privation de liberté du pouvoir le plus fort, et assure au mieux la protection de la liberté individuelle.

697. **Le danger du pouvoir de libération : vers l'établissement d'un droit à la prudence.** La privation de liberté servant par définition à assurer le contrôle de l'individu pour protéger l'ordre public, la libération injustifiée le menace directement, et la jurisprudence européenne tend à développer un droit à la prudence aux autorités nationales, d'abord en rappelant les limites de l'aménagement de la peine³⁰³⁶, ensuite en dégageant une marge d'appréciation des autorités pour constater la guérison de l'aliéné³⁰³⁷. Dès lors, s'il revient au législateur d'adopter des garanties pour prévenir les décisions de libération légères, il ne saurait non plus porter atteinte à la substance de ce pouvoir, sous peine de porter atteinte au droit à l'accès du juge de la privation de liberté. Le droit d'obtenir sa libération immédiate et sans condition bénéficie d'une consécration supra-légale (§1). Pourtant, le droit d'obtenir sa libération immédiate et sans condition fait l'objet de limitations croissantes (§2).

³⁰³⁶ CEDH, gde ch., 24 oct. 2002, *Mastromatteo c. Italie*, req. n° 37703/97 : *Rec. CEDH*, 2002-VII ; § 69. Sous l'angle de l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'Homme, concernant l'aménagement des peines, la Cour a d'ailleurs dégagé l'obligation « d'assurer une protection générale de la société contre les agissements éventuels d'un ou de plusieurs personnes purgeant une peine d'emprisonnement pour avoir commis des crimes violents et d'en définir l'étendue ». En l'espèce, un malfaiteur, bénéficiant d'une mesure d'aménagement de peine, avait commis un meurtre à l'occasion d'un vol à main armée. La Cour écartait la violation, en se fondant sur deux critères : elle vérifiait d'abord abstraitement que le système législatif était de nature à éviter la libération injustifiée de personnes dangereuses, et ensuite concrètement que la libération avait été suffisamment précautionneuse, au regard, notamment, des décisions du juge de l'application des peines. – CEDH, sect. II, 15 déc. 2009, *Maiorano et autres c. Italie*, req. n° 28634/06. En revanche, pour un détenu particulièrement violent, auteur d'un assassinat lors d'une mesure d'aménagement de peine, la mise en évidence du non-respect des conditions de sa libération, sans information du juge chargé de son application, constituait une faute des autorités réprimée par l'article 2 de la Convention. – CEDH, gde ch., 9 oct. 2013, *Vinter et autres c. Royaume-Uni*, req. n°s 66069/09, 130/10 et 3896/10 : *Rec. CEDH*, 2013. La Cour rappelait l'impératif de la protection de la société pour justifier des mécanismes de perpétuité réelle, conventionnels à condition de prévoir au-delà d'une certaine période d'un « réexamen ». Ce dernier arrêt semble caractériser un ralentissement du développement du contrôle de la peine perpétuelle et de l'aménagement des peines [v. *supra*, note n° 2118].

³⁰³⁷ V. *supra*, n° 460.

§ 1./ LA CONSÉCRATION SUPRA-LÉGALE DU DROIT D'OBTENIR SA LIBÉRATION IMMÉDIATE ET SANS CONDITION

698. **Un droit essentiel de la Théorie générale.** La sanction de la libération est par définition la plus adaptée pour mettre un terme à l'arbitraire, plus que le recours en réparation, ou l'action pénale. La reconnaissance du droit d'obtenir sa libération, immédiatement et sans condition, en cas de privation de liberté infondée, aboutit à faire des recours judiciaires spéciaux les droits subjectifs les plus puissants de la théorie générale. Le droit à la libération ne concerne pas d'ailleurs l'ensemble des vices de la privation de liberté : s'il est généré par le vice de bien-fondé, son champ, défini à l'article 5 § 4 de la Convention, vise plus largement la « *légalité* »³⁰³⁸, tandis qu'il émerge même pour le vice d'exécution sanctionné sur le fondement de l'article 3, pour l'état de santé incompatible³⁰³⁹, même s'il n'est pas reconnu pour l'indignité des conditions matérielles de détention³⁰⁴⁰. Concernant les recours spéciaux contre la privation de liberté, le droit d'obtenir sa libération immédiate et sans condition est consacré à la fois par le Conseil constitutionnel (A) et par la Cour européenne des droits de l'Homme (B).

A) La consécration constitutionnelle

699. **Le droit à la libération immédiate : le rejet de la subordination du pouvoir de libération du juge de la privation de liberté à une autorité judiciaire supérieure.** Dès 1997, le Conseil constitutionnel proclamait le pouvoir du juge de la privation de liberté, en visant l'article 66 de la Constitution, de libérer immédiatement, sans qu'une autre autorité judiciaire, même supérieure, ne puisse y faire obstacle, pouvoir rattaché directement à la fonction de gardien de la liberté individuelle³⁰⁴¹ : le juge de la privation de

³⁰³⁸ En conséquence, le droit à la libération dépasse le simple défaut de bien-fondé de la privation de liberté [v. *infra*, n° 906 et s.].

³⁰³⁹ V. *supra*, n° 564 et s.

³⁰⁴⁰ V. *supra*, n° 519 et s. Les conditions matérielles de détention doivent au moins intégrer l'appréciation de la proportionnalité de la privation de liberté [v. *supra*, n° 588 et s.].

³⁰⁴¹ Cons. const., déc. n° 97-389 DC du 22 avr. 1997 relative à la loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration : *J. O.*, 27 avr. 1997, p. 6432 ; *AJDA*, 1997, p. 524, comm. F. JULIEN-LAFERRIÈRE ; *JCP*, 1997, II, n° 22890, obs. J.-C. ZARKA ; *RDP*, 1997, p. 931, comm. F. LUCHAIRE ; consid. n° 60 : « *lorsqu'un magistrat du siège a, dans la plénitude des pouvoirs que lui confère l'article 66 de la Constitution en tant que gardien de la liberté individuelle, décidé par une décision juridictionnelle qu'une personne doit être mise en liberté, il ne peut être fait obstacle à cette décision, fût-ce dans l'attente, le cas échéant, de celle du juge d'appel* ».

liberté est le juge de premier degré, solution logique, sous peine d'altérer la célérité des recours judiciaires spéciaux de la privation de liberté³⁰⁴². Cette consécration du pouvoir de libération immédiat du juge de la privation de liberté restait toutefois relative, dès lors que le Conseil constitutionnel validait dans la même décision le référé-détention³⁰⁴³.

700. Le droit à la libération sans condition : le rejet de la soumission du pouvoir de libération du juge de la privation de liberté à une autorité d'une autre nature. Alors que le législateur avait prévu de limiter l'obtention de la libération conditionnelle des condamnés à perpétuité, à l'avis conforme de la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté³⁰⁴⁴, le Conseil constitutionnel censurait un tel dispositif, au visa des articles 66 et 64 de la Constitution, sur les fondements de la séparation des pouvoirs et de l'indépendance de l'autorité judiciaire³⁰⁴⁵, dégageant un pouvoir de libération sans condition au juge de la privation de liberté³⁰⁴⁶. Un système similaire subissait également le contrôle du Conseil constitutionnel³⁰⁴⁷, concernant les internés irresponsables pénalement et placés en hospitalisation d'office suite à la commission d'infractions : la levée de la privation de liberté, de la compétence du juge des libertés et de la détention, était soumise à deux décisions conformes et séparées de psychiatres, choisis par le préfet, établissant la disparition de la dangerosité de l'individu. Ce dispositif était censuré, sur les

³⁰⁴² Ce principe, utilisé pour apprécier la constitutionnalité du référé-détention en matière de privation de liberté de l'étranger, contre la décision de libération prise lors de la première intervention du juge judiciaire, mais aussi la suivante, apparaissait consacré pour le contrôle de l'*Habeas corpus* mais aussi le contrôle de proportionnalité.

³⁰⁴³ V. *infra*, n° 705 et s.

³⁰⁴⁴ Celle-ci est constituée d'un président de chambre à la cour d'appel désigné comme président, du préfet de région, du directeur interrégional des services pénitentiaires, d'un expert psychiatre, d'un expert psychologue, d'un représentant d'une association d'aide aux victimes et d'un avocat, membre du conseil de l'ordre [art. R. 61-8 CPP].

³⁰⁴⁵ Cons. const., déc. n° 2008-562 DC du 21 févr. 2008 portant sur la loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental : *J. O.*, 26 févr. 2008, p. 3272 ; *RSC*, 2008, p. 731, comm. CH. LAZERGES ; *D.*, 2008, p. 1359, comm. Y. MAYAUD ; *JCP*, 2008, actu., n° 166, obs. B. MATHIEU ; *JCP*, 2008, II, n° 10077, comm. J.-PH. FELDMAN : « *en subordonnant à l'avis favorable d'une commission administrative le pouvoir du tribunal de l'application des peines d'accorder la libération conditionnelle, le législateur a méconnu tant le principe de la séparation des pouvoirs que celui de l'indépendance de l'autorité judiciaire* ». Il préférerait dans sa motivation s'appuyer sur les principes d'indépendance et de séparation des pouvoirs, seul le visa utilisé pouvant rattacher cette solution à la protection de la liberté individuelle, montrant encore la difficulté du Conseil constitutionnel à appliquer les pleins effets de l'article 66 de la Constitution, y compris le plein pouvoir de libération sans subordination, à la peine privative de liberté.

³⁰⁴⁶ Si le recours à bref délai ne s'applique pas pleinement à la peine privative de liberté, sauf en cas de requalification de la peine perpétuelle en mesure de sûreté, le législateur a bien consacré la libération conditionnelle comme la voie de recours permettant au juge judiciaire d'apprécier la proportionnalité de la peine privative de liberté [v. *infra*, n° 768 et s.]

³⁰⁴⁷ Cons. const., déc. n° 2011-185 QPC du 21 oct. 2011, [M. C.] : *J. O.*, 22 oct. 2011, p.17968.

mêmes fondements des articles 64 et 66 de la Constitution³⁰⁴⁸, le Conseil constitutionnel sanctionnant la « *subordination* » du pouvoir du juge judiciaire « *d'ordonner la sortie immédiate* »³⁰⁴⁹. La source du pouvoir de libération sans condition était cette fois plus directement reliée à l'article 66 de la Constitution et rattachée précisément à la fonction de gardien de la liberté individuelle³⁰⁵⁰, ce qui permet de doter tout magistrat judiciaire chargé du rôle de gardien de la liberté individuelle d'un pouvoir de libération immédiat et sans condition³⁰⁵¹. Cette même décision relativisait encore le principe, spécialement pour les aliénés, validant dans un *obiter dictum* l'existence, pour les plus dangereux, d'une procédure dérogatoire alourdissant leur libération³⁰⁵². La portée de cette dernière formulation interrogeait, notamment quant à l'éventuelle validité d'une subordination du pouvoir de libération du juge judiciaire de moindre mesure, que celle que le législateur avait adopté.

701. L'appropriation du pouvoir de libération par le juge judiciaire.

L'une des formulations les plus franches du pouvoir de libération immédiate et sans condition du juge de la privation de liberté, en droit national, ressort finalement d'une décision de la Cour de cassation, d'autant plus exceptionnelle qu'elle concerne l'aménagement des peines³⁰⁵³. La soumission du pouvoir de libérer du juge judiciaire de la privation de liberté s'exprimait avec fermeté dans la matière de la suspension médicale de peine³⁰⁵⁴, puisque le constat de l'état de santé incompatible ou de l'engagement du pronostic vital, cas d'ouverture du droit à la libération consacrés aussi dans la jurisprudence européenne³⁰⁵⁵, est soumis par loi à l'existence de deux expertises médicales concordantes. Saisi d'une question prioritaire de

³⁰⁴⁸ *Ibid.* : « en subordonnant à l'avis favorable de deux médecins le pouvoir du juge des libertés et de la détention d'ordonner la sortie immédiate de la personne ainsi hospitalisée, [le législateur] a méconnu les exigences des articles 64 et 66 de la Constitution ».

³⁰⁴⁹ C'est bien le contrôle de la proportionnalité de la privation de liberté par le juge judiciaire qui se trouvait doté du pouvoir de libération sans condition.

³⁰⁵⁰ La censure de la subordination du pouvoir du juge judiciaire pour la libération conditionnelle était rattachée plus prudemment à la séparation des fonctions et à l'indépendance du juge judiciaire [v. *supra*, note n° 3048].

³⁰⁵¹ Dès lors, puisque le Conseil constitutionnel considère que le magistrat du parquet est légitime à employer le référé-liberté en matière de police administrative, au regard de son exercice de gardien de la liberté individuelle [v. *infra*, n° 706 et s.], il doit également disposer du pouvoir de libération au cours de la privation de liberté de police de l'aliéné ou de l'étranger, dont il est informé du placement en détention [v. *supra*, n° 634].

³⁰⁵² *Ibid.*, consid. n° 6 : « en raison de la spécificité de la situation d'une personne ayant commis des infractions pénales en état de trouble mental, le législateur pouvait assortir de garanties particulières les conditions dans lesquelles la mesure d'hospitalisation d'office dont elle fait l'objet peut être levée ».

³⁰⁵³ Cass. crim., 26 juin 2013, n° 12-88.284 : *inédit*. Ce dernier arrêt paraît pouvoir s'inscrire dans un phénomène plus large de la Cour de cassation se servant du filtre de la question prioritaire de constitutionnalité pour neutraliser certaines dispositions législatives contraires aux droits fondamentaux [voir N. MAZIAU, « Nouveaux développements dans la mise en œuvre de la question prioritaire de constitutionnalité : le filtre au service des évolutions jurisprudentielles de la Cour de cassation » ; *D.*, 2011, p. 2811].

³⁰⁵⁴ Art. 720-1-1 CPP.

³⁰⁵⁵ V. *supra*, n° 576 et s.

constitutionnalité critiquant la soumission du pouvoir de libération du juge³⁰⁵⁶, la Cour de cassation la rejetait, tout en proposant une lecture *contra legem* de la disposition, sans vraiment donner de fondement, même si la solution ressortait implicitement de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme : le juge, même tenu par des expertises ne satisfaisant pas les conditions légales, reste libre « *de rechercher si le maintien en détention de l'intéressé n'est pas constitutif d'un traitement inhumain ou dégradant, notamment par son incompatibilité avec les garanties qui lui sont dues pour protéger sa santé* ». La Cour neutralise en conséquence les expertises, reprenant une formulation approchante de celle de la Cour européenne des droits de l'Homme et qui fonde le droit à la libération³⁰⁵⁷, alors même que la jurisprudence de cette dernière a toujours validé le mécanisme sans égard pour la condition des expertises³⁰⁵⁸, et que le droit à la libération reconnu sur le fondement de l'article 3, peut sans doute subir une subordination plus forte, que celui reconnu sur le fondement de l'article 5 § 4, spécifique à la contestation de la légalité de la privation de liberté. Le juge judiciaire, sur le fondement de l'article 66 de la Constitution, s'est aussi attribué le pouvoir de libérer l'étranger en cas d'irrégularité de la procédure³⁰⁵⁹, alors que la loi lui reconnaissait uniquement le pouvoir de prolonger, ou de prononcer l'assignation à résidence³⁰⁶⁰. Même le Tribunal des conflits a pu défendre le pouvoir de libération du juge judiciaire, en lui reconnaissant le pouvoir de libérer l'étranger, ultérieurement à l'annulation ou au retrait de la décision administrative d'éloignement, y compris après avoir prolongé la privation de liberté une première fois³⁰⁶¹. La Cour européenne des droits de l'Homme consacre un pouvoir similaire au juge de la privation de liberté.

³⁰⁵⁶ Le moyen s'appuyait d'ailleurs sur la combinaison des articles 64 et 66 de la Constitution, combinaison que le Conseil constitutionnel a déjà utilisée pour censurer la soumission du juge dans son pouvoir de libération [v. *supra*, n° 699 et s.].

³⁰⁵⁷ Notamment en visant le « *maintien* » [v. *supra*, n° 572].

³⁰⁵⁸ *Gelfmann* : *préc.*

³⁰⁵⁹ La solution dépasse donc l'appréciation du bien-fondé.

³⁰⁶⁰ Cass. civ. II, 28 juin 1995, *Behta et autres*, n°s 94-50.001, 94-50.002, 94-50.005 et 94-50.006 : *Bull. Civ. II*, n°s 216, 221, 211 et 212 ; *JCP*, 1995, II, n° 22504, avis J. SAINT-ROSE ; *D.*, 1996, p. 102, obs. F. JULIEN-LAFERRIÈRE ; *AJDA*, 1996, p. 72, A. LEGRAND ; *Rev. crit. DIP*, 1996, p. 275, N. GUIMEZANES ; *RTD civ.*, 1996, p. 235, comm. J. NORMAND ; *Gaz. Pal.*, 1995, doct., p. 1356, comm. J.-É. MALABRE. V. l'anc. art. 35 *bis* de l'ord. n° 45-2658 du 2 nov. 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers et portant création de l'Office national d'immigration.

³⁰⁶¹ T. confl., 5 juin 2000, *pft Hérault c. Ramazan Yldirim*, n° 3187 : *Rec. CE* ; *JCP*, 2001, I, n° 10622, concl. J. SAINTE-ROSE.

B) La consécration européenne

702. **L'obligation de libérer formulée par la Cour européenne des droits de l'Homme.** La Cour européenne des droits de l'Homme, en cas de grave violation de l'article 5 de la Convention, lorsque la personne est toujours privée de liberté, dépasse elle-même le simple effet déclaratoire de la condamnation, pour formuler à la charge de l'État une injonction de libération, sur le fondement de l'article 46 de la Convention, à titre de mesure individuelle, lorsqu'il n'y a pas d'autre moyen pour remédier à la violation de la Convention : elle a adopté cette solution pour des cas apparaissant comme des détentions arbitraires par nature, soit que la détention ait été prolongée sans titre³⁰⁶², soit qu'elle reposait sur un titre souffrant d'une grave irrégularité³⁰⁶³ ; elle a même formulé cette obligation pour d'autres violations de l'article 5, tenant plutôt au bien-fondé de la détention³⁰⁶⁴. Implicite, la formulation de l'injonction de libération revient à reconnaître que le défaut doit être sanctionné par la libération. La libération devient alors directement une des conditions de l'exécution de l'arrêt, celle-ci figurant même à son dispositif³⁰⁶⁵. La Cour a élargi la variété

³⁰⁶² CEDH, gde ch., 8 avr. 2004, *Assanidze c. Géorgie*, req. n° 71503/01 : *Rec. CEDH*, 2004-II ; *D.*, 2004, p. 2534, note C. BIRSAN ; *AJDA*, 2004, p. 1809, chron. J.-F. FLAUSS ; § 202. La reconnaissance d'une telle formulation, sur le fondement de l'article 41, s'était faite, il est vrai, pour une détention manifestement arbitraire, prolongée sans titre depuis plusieurs années, après une décision d'acquiescement. – CEDH, gde ch., 21 oct. 2013, *Del Rio Prada c. Espagne*, req. n° 42750/09. En l'espèce, la détention s'était poursuivie au-delà de son terme régulier, par l'application d'une modification rétroactive plus sévère de l'aménagement des peines, jugée contraire à la Convention. L'adoption de la mesure individuelle était d'autant plus vigoureuse que plusieurs autres détenus se trouvaient dans une situation juridique similaire.

³⁰⁶³ CEDH, gde ch., 8 juil. 2004, *Ilascu et autres c. Moldavie et Russie*, req. n° 48787/99 : *Rec. CEDH*, 2004-VII ; § 490. En l'espèce, les détentions s'appliquaient en vertu de condamnations prises par un tribunal d'un régime non reconnu dans l'ordre international. La libération n'avait été obtenue que trois ans plus tard, malgré la formulation par la Cour de l'obligation, et la Cour, une nouvelle fois saisie du maintien en détention des requérants, ne pouvait que relever une nouvelle violation de la Convention, aggravée par la mauvaise exécution de l'arrêt précédent, même si elle accordait une satisfaction équitable exceptionnelle pour la privation de liberté, de 60.000 € pour deux requérants et 20.000 € pour les deux autres [CEDH, sect. IV, 15 nov. 2011, *Ivantoc et autres c. Moldavie et Russie*, req. n° 23687/05, en angl.].

³⁰⁶⁴ CEDH, sect. I, 22 déc. 2008, *Alexanian c. Russie*, req. n° 46468/06, en angl. : *AJDA*, 2009, p. 872, chron. J.-F. FLAUSS. La Cour formulait l'injonction à la charge de l'État d'adopter une alternative à la détention provisoire pour le requérant, qui souffrait de lourdes pathologies. – CEDH, sect. I, 22 avr. 2010, *Fatullayev c. Azerbaïdjan*, req. n° 40984/07, en angl. : *D.*, 2011, p. 193, chron. J.-F. RENUCCI. La Cour imposait la libération d'un journaliste, condamné à une lourde peine, en dehors des hypothèses dans lesquelles la Cour autorise les États à recourir à une telle peine pour réprimer les usages excessifs à la liberté d'expression. L'injonction de libération élargissait son champ classique, puisqu'elle concernait une détention disproportionnée, même si elle intervenait dans le contentieux particulier de la liberté d'information.

³⁰⁶⁵ L'article 46 de la Convention dispose que « les Hautes Parties contractantes s'engagent à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties » et organise une procédure de contrôle de l'exécution des arrêts de la Cour.

des mesures individuelles qu'elle formule en matière de privation de liberté³⁰⁶⁶ et recourt aussi parfois à des mesures générales³⁰⁶⁷. Mais c'est d'abord en dotant le juge national de la privation de liberté du pouvoir de libération que le juge européen protège la liberté individuelle.

703. **Le pouvoir de libérer le suspect.** Un des critères de qualification du juge de l'article 5 § 3 est de disposer du « *pouvoir d'ordonner la libération* »³⁰⁶⁸, sans condition³⁰⁶⁹. La Cour européenne a donc transposé, pratiquement mot à mot, le pouvoir prévu à l'article 5 § 4 concernant le recours en proportionnalité de la privation de liberté, pour l'appliquer au juge de l'*Habeas corpus* européen. Pourtant, en ne prévoyant pas expressément un tel pouvoir au magistrat devant lequel le suspect est traduit, alors qu'il était textuellement consacré à d'autres endroits de l'article 5³⁰⁷⁰, la Convention ne semblait pas l'imposer dès ce stade de la procédure, confirmant la marge d'appréciation laissée par le texte même de la Convention au contrôle juridictionnel de la privation de liberté³⁰⁷¹.

³⁰⁶⁶ CEDH, sect. IV, 20 janv. 2009, *Slawomir Musial c. Pologne*, req. n° 28300/06 ; *AJDA*, 2009, p. 872, chron. J.-F. FLAUSS ; § 106 et s. La Cour formulait l'injonction d'affecter le détenu, atteint de graves troubles mentaux et maintenu dans des conditions indignes, dans un établissement adapté. – CEDH, gde ch., 17 janv. 2012, *Stanev c. Bulgarie*, req. n° 36760/06 : *Rec. CEDH*, 2012 ; *RDSS*, 2012, p. 863, note K. LUCAS ; *JDI*, 2013, chron. n° 8, obs. X. AUREY ; § 253 et s. Alors qu'elle avait pourtant conclu à une violation de la Convention et caractérisé l'existence d'une privation de liberté illégale, l'injonction formulée apparaissait décevante et se contentait d'obliger les autorités à rechercher la volonté du requérant et son éventuel consentement à son placement dans une institution médico-sociale, seul son refus obligeant les autorités à réexaminer sa situation. – CEDH, sect. I, 31 mai 2011, *Khodorkovskiy c. Russie*, req. n° 5829/04, en angl. La demande de mesure individuelle ne doit pas s'avérer trop spéculative, sans quoi elle est rejetée par la Cour. – CEDH, sect. II, 3 mars 2009, *Ghavitadze c. Géorgie*, req. n° 23204/07 ; § 106. Alors que la Cour avait noté une violation de l'article 3 du détenu, atteint d'une maladie chronique, pour défaut de soins, sans pour autant conclure à l'état de santé incompatible, la Cour demandait aux autorités d'affecter le détenu dans un établissement, dans lequel des soins adaptés pouvaient lui être dispensés.

³⁰⁶⁷ CEDH, sect. V, 10 févr. 2011, *Kharchenko c. Ukraine*, req. n° 40107/02, en angl. Après avoir pointé les défauts structurels de la législation sur la détention provisoire en droit ukrainien, notamment en raison du défaut de son contrôle juridictionnel, la Cour demandait à l'État de présenter dans les 6 mois une stratégie de réforme. – *Ghavitadze* : *préc.* ; § 105 et s. Sur le fondement de l'article 3, après avoir constaté les problèmes structurels concernant le traitement médical des détenus, la Cour contraignait l'État de prendre les mesures nécessaires pour prévenir la transmission des maladies contagieuses, instaurer un système de dépistage dès l'admission des détenus et d'améliorer la prise en charge sanitaire des détenus atteints.

³⁰⁶⁸ CEDH, gde ch., 30 oct. 2006, *McKay c. Royaume-Uni*, req. n° 543/03 : *Rec. CEDH*, 2006-X ; § 40.

³⁰⁶⁹ Ainsi, la libération ne peut être limitée par l'obligation de l'assortir d'une caution [CEDH, gde ch., 29 avr. 1999, *T. W. c. Malte*, req. n° 25644/94]. De même, ce pouvoir exclut un système de détention provisoire automatique, sans possibilité de libération, même pour les crimes graves [CEDH, sect. III, 19 juin 2001, *S. B. C. c. Royaume-Uni*, req. n° 39360/98, en angl. ; § 16 et s.].

³⁰⁷⁰ Le recours périodique de la privation de liberté de l'article 5 § 4 le prévoit expressément, comme l'article 5 § 3 reconnaît au suspect placé en détention provisoire le droit d'être jugé dans un délai raisonnable ou d'être libéré pendant la procédure.

³⁰⁷¹ Le texte de la Convention ne prévoit pas d'*Habeas corpus* généralisé, ni ne reconnaît expressément le caractère périodique du recours à bref délai.

704. **Le pouvoir de libération du tribunal.** L'article 5 § 4 prévoit cette fois expressément le pouvoir de libération : il doit être prévu par le droit national³⁰⁷², sans subordination³⁰⁷³. La décision de libération doit recevoir une exécution immédiate³⁰⁷⁴. La libération immédiate et sans condition, sanction du défaut de bien-fondé de la détention, est, logiquement, un droit consacré fermement, au niveau constitutionnel et européen. Il subit pourtant des limitations croissantes.

³⁰⁷² Un simple recours en indemnisation n'est pas satisfaisant [CEDH, sect. III, 31 juil. 2000, *Jecius c. Lituanie*, req. n° 34578/97 : *Rec. CEDH*, 2000 IX]. V. pour l'appréciation de l'effectivité du recours, *supra*, n° 664 et s.

³⁰⁷³ Un pouvoir simplement consultatif n'est pas suffisant [CEDH, plén., 2 mars 1987, *Weeks c. Royaume-Uni*, req. n° 9787/82 : *Rec. CEDH*, série A, n° 114 ; § 60 et s.].

³⁰⁷⁴ Le retard dans l'exécution de la décision de libération, qui entame le pouvoir de libération, est en revanche sanctionné par la Cour sur le fondement de l'article 5 § 1^{er}, pour défaut de titre de détention, la Cour acceptant toutefois un délai raisonnable de quelques heures pour l'exécuter [v. par ex. CEDH, gde ch., 6 avr. 2000, *Labita c. Italie*, req. n° 26772/95 : *Rec. CEDH*, 2000-IV : *RSC*, 2000, p. 667, comm. F. MASSIAS ; *RFDA*, 2001, p. 1250, chron. H. LABAYLE et F. SUDRE ; § 175 et s.]. En matière pénale, la non-exécution d'une décision de libération constitue également une violation de l'article 6, prise dans sa composante imposant l'exécution des décisions de justice [*Assanidzé : préc.* ; § 181 et s.].

§ 2./ LES LIMITATIONS CROISSANTES AU DROIT D'OBTENIR SA LIBÉRATION IMMÉDIATE ET SANS CONDITION

705. **Le magistrat du parquet : le gardien du maintien en privation de liberté.** Le législateur moderne, se méfiant de l'appréciation du juge de la privation de liberté, a développé des moyens de limiter son pouvoir de libération, notamment³⁰⁷⁵ par la généralisation du référé-détention. Le mécanisme offre au magistrat du parquet le pouvoir de s'opposer à la remise en liberté prononcée par le juge de la privation de liberté de premier degré, dans l'attente de la décision d'un juge judiciaire de second degré, qui tranchera le caractère suspensif ou non de l'appel du magistrat du parquet. Sa généralisation³⁰⁷⁶ place le magistrat du parquet dans le rôle de gardien du maintien en privation de liberté, en défense des intérêts de la société, afin de contrecarrer la remise en liberté qu'il estime infondée. Ce rôle est en contradiction directe avec sa fonction de gardien de la liberté individuelle, nouvel argument pour lui retirer le contrôle en temps réel de la privation de liberté de police³⁰⁷⁷. Le référé-détention est en tout cas devenu un élément de la théorie générale de la privation de liberté (A). Une telle consécration aboutit mécaniquement à faire du juge d'appel le seul véritable juge de la privation de liberté (B).

A) Le référé-détention comme élément de la théorie générale de la privation de liberté

706. **Du référé-liberté à la généralisation du référé-détention.** Le référé en matière de privation de liberté est d'abord né en 1993 comme un nouveau droit offert au prévenu, pour suspendre la décision de placement en détention provisoire³⁰⁷⁸. Le référé a été

³⁰⁷⁵ V. pour les échecs aux tentatives de subordination de son pouvoir, *supra*, n° 700.

³⁰⁷⁶ V. *infra*, n° 706.

³⁰⁷⁷ La critique s'ajoute à son défaut d'indépendance à l'égard de l'exécutif [v. *supra*, n° 615 et s.] et au défaut d'impartialité, du fait du cumul entre la fonction de poursuite [définie largement] et de la fonction de gardien de la liberté individuelle [v. *supra*, n° 691].

³⁰⁷⁸ Autrement dit, le référé visait à saisir le Président de la Chambre d'accusation afin qu'il déclare l'appel de la personne privée de liberté, contre le placement en détention provisoire, suspensif, l'acceptation du recours, en cas de placement manifestement non nécessaire, entraînant la libération, dans l'attente de la décision d'appel [v. l'art. 187-1 CPP]. Le Conseil constitutionnel validait le mécanisme, alors que les auteurs de la saisine critiquaient l'absence de débat contradictoire devant le Président de la chambre de l'accusation, au motif qu'il fallait distinguer ce recours en référé de celui sur la légalité du placement en détention provisoire, seul ce dernier nécessitant des garanties totales [Cons. const., déc. n° 93-326 DC du 11 août 1993 portant sur la loi modifiant la

généralisé, dans son modèle inverse, accordant au profit du ministère public le pouvoir d'empêcher la libération³⁰⁷⁹, jusqu'à ce que le magistrat de rang supérieur se prononce rapidement sur le caractère suspensif de l'appel³⁰⁸⁰, l'obtention de celui-ci aboutissant à maintenir la privation de liberté jusqu'à ce que la juridiction d'appel, en pleine juridiction, statue sur la demande de remise en liberté. Dans tous ces régimes, le référé-détention présente

loi n° 93-2 du 4 janv. 1993 portant réforme du Code de procédure pénale : *J. O.*, 15 août 1993, p. 11599 ; *RFD const.*, 1993, p. 848, note TH. RENOUX ; consid. n° 22].

³⁰⁷⁹ Celui-ci concerne l'intervention du juge judiciaire en *Habeas corpus*, lorsqu'il intervient pour la première fois, par exemple lorsque le référé-détention s'oppose à la libération décidée par le juge de la liberté et de la détention refusant de prolonger la rétention administrative de l'étranger, l'internement forcé, ou le maintien en zone d'attente, au cours de sa première saisine automatique [v. les art. L. 222-6 CESEDA pour le maintien en zone d'attente, L. 552-10 CESEDA pour la rétention administrative de l'étranger et L. 3211-12-4 CSP pour l'internement des aliénés]. Celui-ci concerne aussi l'intervention du juge judiciaire, saisi ultérieurement à sa première intervention, dans le cadre du recours à bref délai, soit automatique, soit à la demande du détenu [v. les dispositions précitées et l'art. 148-1-1 CPP pour la détention provisoire].

³⁰⁸⁰ Le mécanisme a vu le jour en matière de rétention administrative des étrangers en 1997 [loi n° 97-396 du 24 avr. 1997 portant diverses dispositions relatives à l'immigration : *J. O.*, 25 avr. 1997, p. 6268 ; *JCP*, 1997, I, n° 4040, comm. N. GUIMEZANES ; *RDP*, 1997, p. 931, comm. F. LUCHAIRE] : « ainsi un magistrat du siège libère un étranger mais le procureur de la République peut décider qu'il sera gardé en rétention » [F. LUCHAIRE, *op. cit.*]. Le référé-détention était introduit en 2002 en matière de détention provisoire [art. 148-1-1 CPP créé par la loi n° 2002-1138 du 9 sept. 2002 d'orientation et de programmation pour la justice : *J. O.*, 10 sept. 2002, p. 14934 ; *D.*, 2002, chron., p. 3224, note J.-P. CÉRÉ ; *ibid.*, p. 3218, comm. H. MOUTOUH (spéc. sur le juge de proximité) ; *ibid.*, p. 2339, comm. J.-P. ROSENZVEIG ; *ibid.*, 2003, p. 779, comm. J. CASTAIGNÈDE (spéc. sur le droit des mineurs) ; *RSC*, 2002, p. 852, p. 853 et p. 855, obs. J.-F. SEUVIC ; *Gaz. Pal.*, 26 nov. 2002, p. 3, note C.-P. BARRIÈRE ; *JCP*, 2002, actu., n° 450, obs. F. LE GUNEHÉC ; *JCP*, 2003, I, n° 139, comm. M. GIACOPELLI-MORI ; *RTD civ.*, 2002, p. 848, note J. ROCHFELD ; *ibid.*, p. 853, note F. BELLIVIER ; *Procédures*, 2002, comm. n° 215, obs. J. BUISSON. V. spéc. sur la création du référé-détention en matière de détention provisoire, J. BUISSON, « Le référé-détention du procureur de la République issu de la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 » ; *Procédures*, 2002, chron. n° 13]. Une nouvelle modification du droit des étrangers de 2003 l'introduisait en matière de maintien en zone d'attente [loi n° 2003-1119 du 26 nov. 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité : *J. O.*, 27 nov. 2003, p. 20136 ; *Procédures*, chron. n° 3, comm. V. MOREL ; *RSC*, 2004, p. 434, obs. P. PONCELA ; *AJP*, 2004, p. 102, D. LIGER ; *JCP*, 2003, actu., n° 592, obs. N. GUIMEZANES ; *ibid.*, 2004, actu., n° 23, obs. N. GUIMEZANES ; *AJDA*, 2004, p. 1904, comm. H. MANCIAUX]. Enfin, il était introduit en 2011 en matière d'hospitalisation forcée complète [art. L. 3211-12-4 CSP tel que créé par la loi n° 2011-803 du 5 juil. 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge : *J. O.*, 6 juil. 2011, p. 11705 ; *RDSS*, 2011, comm. V. VIOUJAS ; *ibid.*, 2012, p. 97, comm. M. COUTURIER ; *ibid.*, 111, comm. A. FARINETTI ; *AJDA*, 2011, p. 2055, comm. C. CASTAING ; *RFDA*, 2011, p. 951, comm. A. PENA ; *LPA*, 25 oct. 2011, p. 5, comm. Y. BROUSSOLLE ; *JCP A*, 2011, n° 2295, comm. É. PÉCHILLON ; *Procédures*, 2011, comm. n° 310, note M. DOUCHY-OUUDOT]. En matière d'aménagement de peine, un tel référé-détention n'existe pas, et le Code de procédure pénale prévoit que toute décision d'aménagement des peines de premier degré est exécutoire par provision [art. 712-14 CPP]. Mais l'appel du ministère public a toutefois un effet suspensif, s'il est formulé dans les vingt-quatre heures de la décision et ce, de plein droit [art. 712-14 CPP tel que créé par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité : *J. O.*, 10 mars 2004, p. 4567 ; *D.*, 2004, p. 1910, comm. B. DE LAMY ; *JCP*, 2004, I, n° 132 et 134, comm. J. PRADEL ; *RSC*, 2004, p. 675, obs. B. BOULOC ; *AJP*, 2004, p. 235, note D. MIEN et J.-F. BARRE (spéc. sur les droits de la défense) ; *AJP*, 2004, p. 181, note É. VERGÈS (spéc. sur la notion de criminalité organisée) ; *AJP*, 2004, p. 261, comm. A. GIUDICELLI (spéc. sur la garde à vue) ; *AJP*, 2004, p. 228, note M. SCHWENDENER (spéc. sur les pouvoirs d'enquête) ; *D.*, 2004, p. 2589, M. GIACOPELLI (spéc. sur l'aménagement des peines) ; *JCP*, 2004, I, n° 140, note P. BONFILS (spéc. sur le droit des mineurs)].

les mêmes caractéristiques³⁰⁸¹ : l'action appartient au procureur de la République ; celui-ci doit saisir le premier président de la Cour d'appel, en même temps qu'il fait appel d'une décision de remise en liberté ; le recours est ouvert principalement en cas de contestation par le magistrat du parquet sur le bien-fondé de la privation de liberté³⁰⁸² ; le délai pendant lequel le magistrat du parquet peut user du référé-détention et pendant lequel, par principe, l'exécution de la libération est empêchée, converge désormais vers une durée de six heures³⁰⁸³ ; le juge saisi en référé doit statuer rapidement sur l'effet suspensif de l'appel³⁰⁸⁴ ; enfin, bien que qualifié de référé, le recours oblige le juge du caractère suspensif de l'appel à apprécier pleinement le bien-fondé de la privation de liberté³⁰⁸⁵. Dès lors, le référé-détention figure désormais comme un élément de la théorie générale de la privation de liberté.

707. Le contrôle lâche du référé-détention par le Conseil constitutionnel.

Cette généralisation s'est faite avec l'assentiment du Conseil constitutionnel, alors même que c'est en étudiant le référé-détention qu'il formulait le pouvoir de libération immédiate du juge de la privation de liberté³⁰⁸⁶. Le Conseil constitutionnel a admis ce recours en s'appuyant sur la qualité de membre de l'autorité judiciaire du magistrat du parquet et sur son rôle particulier en matière de rétention administrative, le distinguant « *des parties au procès que sont l'étranger et le représentant de l'État dans le département* »³⁰⁸⁷. Le référé-détention était en conséquence tiré de l'article 66 de la Constitution et lié à la qualité de gardien de la liberté

³⁰⁸¹ À comp. l'art. 148-1-1 CPP pour la détention provisoire, l'art. L. 222-6 CESEDA pour le maintien en zone d'attente, l'art. L. 552-10 CESEDA pour la rétention administrative de l'étranger et l'art. L. 3211-12-4 CSP pour l'internement des aliénés.

³⁰⁸² En matière de détention provisoire, le référé-détention est possible, dès lors que le magistrat du parquet estime que les motifs du fond la justifiant persistent. Pour la rétention administrative, le législateur avait d'abord limité l'ouverture du recours à l'absence de garanties de représentation effectives, puis l'a étendue à la menace grave pour l'ordre public. Le recours est en revanche ouvert sans limite pour le maintien en zone d'attente. Enfin, concernant les internés, le référé-détention concerne uniquement les hospitalisations complètes « *en cas de risque grave d'atteinte à l'intégrité du malade ou d'autrui* ».

³⁰⁸³ Le délai original était limité à quatre heures. Désormais, il est porté à six heures concernant la détention administrative de l'étranger [v. les art. L222-6 et L. 552-6 CESEDA tels que modifiés par la loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité : *J. O.*, 17 juin 2011, p. 10290 ; *Rev. crit. DIP*, 2011, p. 499, comm. D. TURPIN ; *RFDA*, 2011, p. 934, comm. H. LABEYLE ; *AJDA*, 2011, p. 1936, comm. O. LECUCQ ; *RDSS*, 2011, p. 940, note F. MANANGA (spéc. sur les mineurs isolés) ; *Dr. admin.*, 2001, étu. n° 17, comm. V. TCHEN ; *JCP A*, 2011, n° 2243, comm. V. BARBÉ ; *JCP A*, 2011, n° 2304, comm. L. DOMINGO], comme en matière d'internement des aliénés [art. L. 3211-12-4 CSP tel que créé par la loi n° 2011-803 du 5 juil. 2011 : *préc.*].

³⁰⁸⁴ Concernant la détention de l'étranger et l'internement, le magistrat du siège statue « *sans délai* ». Concernant la remise en liberté du prévenu, le magistrat du siège statue le deuxième jour ouvrable suivant la demande.

³⁰⁸⁵ Seul le référé-détention en matière de détention provisoire est limité à l'erreur manifeste d'appréciation et suppose que le magistrat relève deux motifs autorisant la détention provisoire pour déclarer l'appel suspensif [art. 187-3 CPP].

³⁰⁸⁶ V. *supra*, n° 699 et s.

³⁰⁸⁷ Cons. const., déc. n° 97-389 DC du 22 avr. 1997 relative à la loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration : *J. O.*, 27 avr. 1997, p. 6432 ; *AJDA*, 1997, p. 524, comm. F. JULIEN-LAFERRIÈRE ; *JCP*, 1997, II, n° 22890, obs. J.-C. ZARCA ; *RDP*, 1997, p. 931, comm. F. LUCHAIRE ; consid. n° 61.

individuelle du magistrat du parquet, et la possibilité de neutraliser la libération était tiré de la même disposition qui fondait le pouvoir de libération immédiate et sans condition du juge de la privation de liberté. Pourtant, l'opposition du magistrat du parquet à la libération, justifiée par la préservation de l'ordre public, ne doit pas s'analyser comme un pouvoir de l'autorité judiciaire coexistant pleinement à côté du pouvoir opposé de libération du juge judiciaire, mais comme la manifestation du conflit fondamental entre la liberté individuelle et la protection de l'ordre public, si bien qu'au lieu de tolérer une confrontation frontale en tout domaine entre deux pouvoirs généraux tirés de l'article 66 de la Constitution, c'est, au moins, une conciliation des intérêts contraires qu'il revient au législateur d'opérer sous le contrôle du Conseil constitutionnel : le référé-détention ne saurait être admis trop largement, et le Conseil constitutionnel devrait au minimum le limiter aux seuls cas dans lesquels la privation de liberté est liée nettement à la dangerosité du détenu³⁰⁸⁸.

708. Pourtant, le Conseil constitutionnel a admis toutes les extensions du référé-détention et n'a jamais sanctionné son étendue générale. En l'admettant en matière de détention provisoire³⁰⁸⁹, le Conseil constitutionnel ne le limitait pas aux matières dans lesquelles le magistrat du parquet n'est pas appelé à jouer ultérieurement le rôle de partie, alors que la première admission du Conseil constitutionnel du référé-détention semblait poser cette limite³⁰⁹⁰. De même, alors que le Conseil constitutionnel s'attachait à la faible durée de privation de liberté ajoutée après la décision de libération, dans l'attente de la décision du magistrat du parquet d'user ou non du référé-détention, il validait l'augmentation de ce délai porté à six heures en matière de détention de l'étranger, sans véritable contrôle, au regard de « *l'effet limité* » de cette modification³⁰⁹¹, si bien que le législateur pourrait même sans doute augmenter encore cette durée. C'est oublier pourtant que la privation de liberté poursuivie malgré la décision de libération du juge de la privation de liberté est particulièrement attentatoire à la liberté individuelle.

³⁰⁸⁸ Ce qui pourrait le justifier pour l'aliéné, l'étranger faisant l'objet d'une expulsion, et le prévenu, à condition de poser des conditions liées au *quantum* des infractions poursuivies.

³⁰⁸⁹ Cons. const., déc. n° 2002-461 DC du 29 août 2002 relative à la loi d'orientation et de programmation pour la justice : *J. O.*, 10 sept. 2002, p. 14953 ; *RSC*, 2003, p. 606 et p. 612, comm. V. BÜCK ; *D.*, 2003, p. 1127, obs. L. DOMINGO et S. NICOT ; consid. n° 69 et s.

³⁰⁹⁰ V. *supra*, n° 707.

³⁰⁹¹ Cons. const., déc. n° 2011-631 DC du 9 juin 2011 portant sur la loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité : *J. O.*, 17 juin 2011, p. 10306 ; *AJDA*, 2011, p. 1174, obs. M.-C. DE MONTECLER ; *Constitutions*, 2012, p. 597, obs. V. TCHEN ; consid. n° 31.

709. Les seules exigences constitutionnelles du contrôle du référé-détention se limitent à l'intervention d'un magistrat judiciaire pour décider du caractère suspensif ou non de l'appel³⁰⁹², un appel suspensif de plein droit ne semblant pouvoir être admis³⁰⁹³. Le Conseil constitutionnel vérifie aussi que cette intervention soit rapide³⁰⁹⁴. Au regard de ces considérations, l'acceptation large du référé-détention semble liée à l'intervention du juge judiciaire de l'effet suspensif de l'appel, celle-ci constituant la véritable intervention du premier juge de la privation de liberté, retardée dans des proportions admissibles par le référé-détention. Pourtant, la conséquence de la généralisation du mécanisme revient à faire du juge d'appel le seul véritable juge de la privation de liberté.

B) Le juge d'appel, le seul véritable juge de la privation de liberté

710. **La juridiction d'appel, le seul véritable juge de la privation de liberté.** Désinvesti du pouvoir de libération immédiate par la généralisation du référé-détention, le juge du fond ne peut être qualifié de juge de la privation de liberté. Quant au magistrat du siège de rang supérieur, intervenant pour décider du caractère suspensif de l'appel, s'il bénéficie de ce pouvoir, son examen n'est pas toujours entouré des garanties procédurales suffisantes³⁰⁹⁵, soit que la présentation de la personne détenue devant lui ne soit pas obligatoire, empêchant d'en faire le juge d'*Habeas corpus*³⁰⁹⁶, ou d'en faire le juge du recours

³⁰⁹² Déc. n° 2002-461 DC du 29 août 2002 ; consid. n° 74 : « *qu'à l'expiration de ce délai, la détention ne peut se poursuivre qu'en vertu d'une décision d'un magistrat du siège* ».

³⁰⁹³ Sauf évidemment pour la décision d'aménagement de peine, rappelant le défaut de soumission de la peine privative de liberté au recours à bref délai, celle-ci demeurant un dépassement par le législateur des standards supra-légaux.

³⁰⁹⁴ Ainsi le Conseil constitutionnel précisait, par exemple, que la loi, qui prévoit que la décision du premier président de la Cour d'appel sur le caractère suspensif doit survenir « *sans délai* » après sa saisine, doit se comprendre comme l'obligeant à rendre sa décision dans « *le plus bref délai* » [Cons. const., déc. n° 2003-484 DC du 20 nov. 2003 portant sur la loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité : *J. O.*, 27 nov. 2003, p. 20154 ; *Gaz. Pal.*, 2005, doct., p. 685, comm. J. BOYER ; consid. n° 51 ; *LPA*, 20 janv. (partie I) et 21 janv. (partie II) 2004, p. 10, comm. J.-É. SCHOETTL ; consid. n° 77], ou s'attachait par exemple à ce que la décision du même magistrat en matière de détention provisoire ne dépasse pas deux jours ouvrables [déc. n° 2002-461 DC du 29 août 2002].

³⁰⁹⁵ En matière de détention provisoire, le premier président de la Cour d'appel statue sans présentation du suspect, garantie conventionnelle développée fermement désormais par la Cour européenne des droits de l'Homme en cette matière [v. *infra*, n° 836 et s.], même si le contradictoire est organisé *a minima*, puisque l'avocat peut, à sa demande, présenter des observations orales devant le magistrat [art. 187-3 CPP]. En matière d'hospitalisation forcée, la loi prévoit seulement que le magistrat statue par une ordonnance « *motivée* », sans organisation du contradictoire, ni d'une présentation [art. L. 3211-12-4 CSP]. Les dispositions utiles du droit des étrangers prévoient en revanche que le magistrat statue « *contradictoirement* », ce qui semble permettre la présentation [art. L. 222-6 et L. 552-10 CESEDA].

³⁰⁹⁶ La présentation est une condition évidente de l'*Habeas corpus* du suspect dans la jurisprudence européenne [v. *supra*, n° 67] et apparaît, moins fermement, dans la jurisprudence constitutionnelle [v. *infra*, n° 820].

à bref délai³⁰⁹⁷. L'étendue de son contrôle, liée à la contestation soulevée par le magistrat du parquet, dans les limites de la loi, n'apparaît pas suffisante non plus³⁰⁹⁸. Dès lors, en cas de réception du caractère suspensif de l'appel du magistrat du parquet, faisant échec à une décision de libération du juge du fond, seul le juge d'appel apparaît comme le véritable juge de la privation de liberté.

711. L'altération du contrôle judiciaire de la privation de liberté.

La Convention européenne des droits de l'Homme, pour ne pas imposer de double degré de juridiction³⁰⁹⁹, ou le Conseil constitutionnel³¹⁰⁰, pour assurer une meilleure protection de la liberté individuelle, investissent par principe le juge de premier degré du pouvoir de libérer. Le système du double degré de juridiction sert d'abord à renforcer la protection judiciaire de la personne privée de liberté, lui permettant d'abord de soumettre son maintien en privation de liberté à un juge de rang supérieur et non à l'affaiblir. Dans l'hypothèse où le référé-détention permet d'admettre le caractère suspensif de l'appel, il altère la célérité des recours spéciaux contre la privation de liberté³¹⁰¹, même l'*Habeas corpus*³¹⁰². D'un tel système émerge, aussi, un certain déséquilibre, alors que le référé-liberté³¹⁰³ n'a pas bénéficié de la généralisation : il en ressort que le juge de premier degré de la privation de liberté a tout pouvoir pour placer ou

³⁰⁹⁷ Le tribunal de l'article 5 § 4 doit statuer dans le respect des grandes garanties du procès équitable [v. *supra*, n° 663].

³⁰⁹⁸ V. pour l'étendue de la compétence du juge de la privation de liberté, *infra*, n° 842 et s.

³⁰⁹⁹ Aux yeux de la Cour, le double degré de juridiction ne fait donc pas partie du standard européen du contrôle judiciaire de la privation de liberté mais figure parmi les garanties supplémentaires que l'État peut ajouter, sous réserve de l'assortir des mêmes garanties que celles imposées par la Convention européenne des droits de l'Homme [CEDH, ch., 12 déc. 1991, *Toth c. Autriche*, req. n° 11894/85 : *Rec. CEDH*, série A, n° 224 ; *RSC*, 1992, p. 367, obs. L.-E. PETTITI ; § 84 : « l'article [5 § 4] n'astreint pas les États contractants à instaurer un double degré de juridiction pour l'examen de demandes d'élargissement », « néanmoins, un État qui se dote d'un tel système doit en principe accorder aux détenus les mêmes garanties en appel qu'en première instance »].

³¹⁰⁰ V. *supra*, n° 699 et s.

³¹⁰¹ Par exemple, en cas de demande de mise en liberté du prévenu dans le cas commun, le bref délai doit logiquement s'apprécier entre la demande formulée au juge d'instruction et la décision du juge d'appel, et il faut ajouter au délai de huit jours séparant la demande et la décision du juge des libertés et de la détention [art. 148 CPP], un délai de quatre heures au terme duquel le magistrat du parquet décide d'user du référé-liberté [art. 148-1-1 CPP], un délai de deux jours ouvrables, dans lequel le premier président de la Cour d'appel doit statuer sur le caractère suspensif de l'appel [art. 187-3 CPP], et le dernier délai de dix jours, au maximum, dans lequel devra trancher la chambre de l'instruction [*ibid.*]. De tels délais sont susceptibles d'être sanctionnés par la Convention européenne des droits de l'Homme [v. *infra*, n° 805 et s.], à condition qu'elle adopte la détermination de ce mode de calcul.

³¹⁰² Ainsi, au délai de droit commun de douze jours, dans lequel doit intervenir le juge judiciaire en cas d'hospitalisation forcée, après sa saisine réalisée au bout de huit jours, délai déjà reporté en cas d'expertises à quatorze jours à compter de l'ordonnance du juge la commandant [art. 3211-12-1 CSP], il faut ajouter le délai de six heures dans lequel le magistrat du parquet peut user du référé-liberté [art. 3211-12-4 CSP] et si le premier président de la Cour d'appel doit statuer « sans délai » sur le caractère suspensif de l'appel, il dispose d'un délai supplémentaire de trois jours pour statuer sur l'appel, délai pendant lequel il peut décider de commettre une expertise par ordonnance, le juge devant alors se prononcer dans un délai de quatorze jours à compter de celle-ci [*ibid.*].

³¹⁰³ Pris au sens du droit de la privation de liberté, d'action servant à interroger en référé un juge d'appel pour obtenir la remise en liberté rejetée par le juge de première instance.

prolonger la privation de liberté, tandis que la libération appartient d'abord à la juridiction d'appel, et c'est la décision de libération qui apparaît comme trop grave, au point de nécessiter l'avis d'un magistrat de haut rang, tandis que la privation de liberté apparaît comme une décision ordinaire relevant de la compétence du juge commun. La censure par le Conseil constitutionnel³¹⁰⁴ du système d'évocation par la Chambre de l'instruction du contentieux de la détention provisoire³¹⁰⁵ revient à réinvestir le juge de première instance du pouvoir de libération et à replacer l'appel comme une garantie supplémentaire au profit du détenu, plutôt qu'une garantie destinée à se prémunir des décisions erronées du juge du fond, et il est dommage que celle-ci ne soit fondée sur l'égalité de la loi³¹⁰⁶.

712. Dès lors, il convient sans doute de rendre au juge de première instance son pouvoir de libération, tout en mieux encadrant sa prise de décision : le système idéal réside sûrement dans la mise en place, dans certains cas de compétence attribués au seul juge des libertés et de la détention, d'une formation collégiale³¹⁰⁷, à l'image du Tribunal de l'application des peines, qui évite que la décision de libération repose sur un juge unique³¹⁰⁸.

³¹⁰⁴ Cons. const., déc. n° 2010-81 QPC du 17 déc. 2010, [M. B.] : *J. O.*, 19 déc. 2010, p. 22375 ; *JCP*, 2011, n° 144, note V. TELLIER-CAYROL.

³¹⁰⁵ L'article 207 du Code de procédure pénale autorisait la chambre de l'accusation de se réserver la compétence de la prolongation de la détention provisoire ou de la remise en liberté, en cas de désaccord avec le juge du fond aboutissant au maintien en détention : « *lorsque la chambre de l'instruction décerne mandat de dépôt ou qu'elle infirme une ordonnance de mise en liberté ou de refus de prolongation de détention provisoire, les décisions en matière de détention provisoire continuent de relever de la compétence du juge d'instruction et du juge des libertés et de la détention sauf mention expresse de la part de la chambre de l'instruction disant qu'elle est seule compétente pour statuer sur les demandes de mise en liberté et prolonger le cas échéant la détention provisoire* ».

³¹⁰⁶ Le Conseil constitutionnel se fonde en effet sur la combinaison des articles 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen : « *Considérant qu'aux termes de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : "La loi... doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse" ; que son article 16 dispose : "Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution" ; que, si le législateur peut prévoir des règles de procédure différentes selon les faits, les situations et les personnes auxquelles elles s'appliquent, c'est à la condition que ces différences ne procèdent pas de distinctions injustifiées et que soient assurées aux justiciables des garanties égales* ».

³¹⁰⁷ Au regard des reports successifs de l'instauration de la collégialité de l'instruction, il est toutefois peu probable qu'une formation collégiale du contrôle de la privation de liberté soit instaurée, d'autant plus qu'elle élargirait les incompatibilités, en matière pénale, avec la composition de la future juridiction de jugement.

³¹⁰⁸ Ce qui n'a empêché le législateur de doter l'appel du ministère public d'un effet suspensif de plein droit, y compris des décisions prises contre le tribunal de l'application des peines [art. 712-14 CPP].

713. **Le droit d'obtenir sa libération immédiate et sans condition : la relativisation générale des droits de la personne privée de liberté.** Finalement, même pour le contrôle du bien-fondé de la privation de liberté, domaine pourtant fermement protégé, qu'il s'agisse de la réserve de la compétence judiciaire et de son encadrement par les recours spécifiques, à la différence de la régularité³¹⁰⁹, le droit à l'obtention de la libération immédiate et sans condition est limité, alors déjà que la délimitation abstraite de la privation de liberté reste légère³¹¹⁰, de même que l'encadrement supra-légal de son début³¹¹¹, si bien qu'un contrôle judiciaire efficace est d'autant plus indispensable. C'est globalement l'effectivité des droits de la personne privée de liberté qui est entamée en entier, alors que la libération, comme sanction de leur violation, n'est que rarement consacrée avec efficacité. Si l'article 5 § 4 de la Convention européenne des droits de l'Homme rappelle que la sanction de la régularité du titre de détention doit aussi être sanctionnée de la libération, ce que la dualité a entamé³¹¹², le champ de l'irrégularité formelle efficace reste limité, en droit européen³¹¹³, comme en droit constitutionnel³¹¹⁴. L'obtention de la libération à l'issue de la contestation de la norme abstraite de la privation de liberté est aussi souvent empêchée par le report des effets de l'inconstitutionnalité, même s'il est vrai que dans ce cas, la neutralisation d'un cas de privation de liberté entier causerait une trop grave mise en péril pour l'ordre public³¹¹⁵. La capacité du vice d'exécution à entraîner la libération ne bénéficie pas non plus d'une large étendue³¹¹⁶. Dans le droit moderne de la privation de liberté, à l'accroissement constant de son champ abstrait³¹¹⁷, s'ajoutent le développement des mécanismes limitant l'obtention de la libération et même le développement de mécanismes obligeant à prononcer le placement en privation de liberté³¹¹⁸.

³¹⁰⁹ V. *infra*, n° 858 et s.

³¹¹⁰ V. *supra*, n° 353 et s.

³¹¹¹ V. *supra*, n° 169 et s.

³¹¹² V. *infra*, n° 906.

³¹¹³ V. *infra*, n° 848 et s.

³¹¹⁴ *Ibid.*

³¹¹⁵ V. *supra*, n° 38.

³¹¹⁶ V. *supra*, n° 602.

³¹¹⁷ V. *supra*, n° 590 et s.

³¹¹⁸ Par ex., v. pour les peines privatives de liberté minimales, *infra*, n° 1022 et s.

714. **La consécration relative du droit à l'accès au juge de la privation de liberté.** Le juge de la privation de liberté, celui chargé du seul contrôle de la nécessité et de la proportionnalité de la privation de liberté, présente des caractéristiques propres à sa fonction, qui le distinguent des autres : il appartient à l'ordre judiciaire, il est un magistrat de carrière capable, il exerce la seule fonction de gardien de la liberté individuelle et dispose du pouvoir de libération immédiat et sans subordination dès le premier degré de juridiction. Ces quatre éléments de qualification subissent tous des limites à leur pleine consécration, alors même que la Constitution a pris soin d'inscrire le juge de la privation de liberté dans l'article 66 de la Constitution, marquant son importance et sa spécificité. La difficulté à dégager des garanties plus fortes résulte, pour partie, de l'emploi par le Conseil constitutionnel, de principes de droit commun de l'activité juridictionnelle et c'est par petites touches seulement que le Conseil constitutionnel emploie l'article 66 de la Constitution, montrant aussi la place relative de la disposition dans la jurisprudence constitutionnelle. Son usage est pourtant approprié pour mieux protéger la spécificité et l'autonomie du juge de la privation de liberté, tout en conservant une jurisprudence plus souple pour le droit commun de l'activité juridictionnelle. L'efficacité des droits de recours spéciaux contre spécialité, outre le ménagement d'un accès à un juge indépendant et impartial, dépend également de leur adaptation à leur fonction.

Chapitre II./ LE DROIT À UN RECOURS ADAPTÉ : LES DIVERGENCES ENTRE *HABEAS* *CORPUS* ET RECOURS À BREF DÉLAI

715. **L'efficacité des recours judiciaires spéciaux contre la privation de liberté : des divergences justifiées.** En matière de contrôle de la privation de liberté, les caractéristiques des droits de recours spéciaux³¹¹⁹ sont primordiales pour assurer la fonction de ceux-ci, qu'il s'agisse du contrôle de la nécessité pour l'*Habeas corpus*, ou du contrôle de la proportionnalité pour le recours à bref délai. Ces caractéristiques, qui distinguent les recours judiciaires spéciaux de la privation de liberté du droit commun de l'accès au juge, doivent assurer la protection maximale de la liberté individuelle et impliquent, des différences justifiées, entre l'*Habeas corpus* et le recours à bref délai, le premier se caractérisant par son exceptionnelle célérité, le second par sa périodicité.

716. **Le procès de la privation de liberté : la divergence injustifiée.** Si la séparation croissante, dans la chaîne pénale, de la fonction du contrôle de la privation de liberté des autres fonctions judiciaires³¹²⁰ tend à consacrer l'existence d'un véritable juge de la privation de liberté autonome, l'identification d'un véritable procès de la privation de liberté, c'est-à-dire de l'encadrement de la décision judiciaire d'*Habeas corpus*, ou du titre de privation de liberté prononcé par le tribunal, par les garanties du procès équitable, participe aussi de la construction d'un véritable droit de la privation de liberté autonome. L'efficacité de la protection de la liberté individuelle suppose évidemment d'organiser le plus tôt possible ce procès. La pleine reconnaissance de celui-ci est assurée seulement au stade du recours à bref délai dans le standard supra-légal, dans une divergence, cette fois-ci plus contestable, entre ce recours et celui en *Habeas corpus*.

717. Il convient en conséquence d'étudier les divergences justifiées entre les deux droits de recours (*Section I*) et leur divergence contestable, qui tient dans le droit au procès de la privation de liberté (*Section II*).

³¹¹⁹ V. pour leur détermination, *supra*, n° 596 et s.

³¹²⁰ V. *supra*, n° 678 et s.

Section I./ LE DROIT À BÉNÉFICIER D'UN RECOURS EFFICACE : LES DIVERGENCES JUSTIFIÉES DES RECOURS JUDICIAIRES SPÉCIAUX DE LA PRIVATION DE LIBERTÉ

718. **Le préalable : l'interdiction des détentions secrètes.** Le contrôle judiciaire de la privation de liberté par l'autorité judiciaire suppose, au préalable, que celle-ci ait connaissance de son existence. La Cour européenne des droits de l'Homme interdit la détention secrète³¹²¹. Ainsi a-t-elle formulé pour les États, sur le fondement de l'article 5, l'obligation positive de prendre des dispositions suffisantes afin d'éviter la disparition des personnes détenues³¹²² et l'obligation procédurale de mener une enquête effective en cas de plainte pour disparition³¹²³. De manière évidente, les arrestations secrètes des personnes suspectées d'être impliquées dans des infractions terroristes, réalisées par des États de la Convention, avant remise secrète aux services de la CIA, pour détention dans un autre lieu, sans aucun contrôle, violent l'article 5³¹²⁴. Enfin, au regard de la difficulté de ramener la preuve de la détention secrète, la Cour européenne des droits de l'Homme en facilite la preuve³¹²⁵, dans un mécanisme désormais concernant la privation de liberté³¹²⁶.

³¹²¹ CEDH, ch., 25 mai 1998, *Kurt c. Turquie*, req. n° 24276/94 : *Rec. CEDH*, 1998-III ; § 124 : « la Cour insiste [...] sur ce que la détention non reconnue d'un individu constitue une totale négation de ces garanties et une violation extrêmement grave de l'article 5 ». – CEDH, sect. I, 20 mars 2008, *Aziyevy c. Russie*, req. n° 77626/01, en angl.

³¹²² *Kurt : préc.* ; § 124 : « les autorités qui ont mis la main sur un individu sont tenues de révéler l'endroit où il se trouve » et « l'article 5 leur fait obligation de prendre des mesures effectives pour pallier le risque d'une disparition ». À défaut, la preuve des allégations du requérant, qui affirmait avoir été remis secrètement aux autorités d'un autre pays, pour contourner la législation sur l'extradition, se trouve facilitée [CEDH, sect. I, 23 sept. 2010, *Iskandarov c. Russie*, req. n° 17185/05, en angl.]. Ainsi, le défaut de l'État à se doter de registres de détentions permettant précisément de rapporter la preuve de la durée de la privation de liberté constitue une violation de la Convention [CEDH, sect. V, 19 janv. 2012, *Smolik c. Ukraine*, req. n° 11778/05, en angl. ; § 47]. Plus globalement, l'État a la charge d'établir des procédures permettant d'éviter l'arbitraire, comme par exemple la mise en place d'un système permettant d'informer les autorités du recouvrement d'une amende, avant mise à exécution de la contrainte par corps [CEDH, sect. I, 19 sept. 2013, *Velinov c. « L'Ex-République Yougoslave de Macédoine »*, req. n° 16880/08, en angl.].

³¹²³ *Kurt : préc.* ; § 124 ; « l'article 5 [...] fait obligation [...] de mener une enquête rapide et efficace dans l'hypothèse d'une plainte plausible selon laquelle une personne a été appréhendée et n'a pas été revue depuis ». CEDH, sect. III, 10 janv. 2008, *Varanova et autres c. Turquie*, req. n°s 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 et 16073/90, en angl. – CEDH, gde ch., 18 sept. 2009, *Varanova et autres c. Turquie*, req. n°s 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 et 16073/90.

³¹²⁴ CEDH, gde ch., 13 déc. 2012, *El-Masri c. « L'Ex-République Yougoslave de Macédoine »*, req. n° 39630/09 : *Rec. CEDH*, 2012 ; *RFDA*, 2013, p. 576, chron. H. LABAYLE et F. SUDRE ; *AJDA*, 2013, p. 165, chron. L. BURGORGUE-LARSEN ; *JCP*, 2013, doct. n° 64, chron. F. SUDRE ; *ibid.*, 2013, n° 58, obs. G. GONZALES. Dans cette espèce, la Cour imputait même à l'État partie à la Convention la responsabilité de la détention ultérieure, réalisée en Afghanistan, sous le contrôle des autorités américaines, en dehors de toute légalité, dès lors qu'en effectuant la remise, l'État avait violé volontairement son obligation d'assurer la protection de toute personne contre la détention arbitraire.

³¹²⁵ *Ibid.*, § 154 et s.

719. **Spécificité.** Le contrôle de la nécessité de la privation de liberté en *Habeas corpus* et celui de la proportionnalité à bref délai de la privation de liberté obéissent à des objectifs différents. Le contrôle de la nécessité vise à empêcher que la privation de liberté arbitraire, exécutée sous le joug des autorités non juridictionnelles, se poursuive, alors que l'effet de l'arbitraire s'aggrave avec la durée : l'intervention du juge de la privation de liberté doit être le plus rapide possible et même immédiat. Inversement, concernant le contrôle de la proportionnalité de la privation de liberté, l'urgence est moindre, puisque la privation de liberté a déjà passé le filtre de l'*Habeas corpus*. Sa dimension primordiale réside plutôt dans sa périodicité, dès lors qu'au fil du temps, les éléments de fait et de droit la justifiant évoluent, au point de faire disparaître le bien-fondé de la privation de liberté. La lutte contre l'arbitraire impose de reconnaître un droit de recours immédiat en *Habeas corpus* à la personne privée de liberté pour contester la nécessité de son placement en détention (§1). La lutte contre la disproportion impose de reconnaître un droit de recours périodique à bref délai à la personne privée de liberté pour contester le maintien du bien-fondé de sa détention (§2).

³¹²⁶ V. pour la preuve de la détention, même sans arrestation secrète, *supra*, n° 16. V. pour la preuve des conditions de détention indignes, *supra*, n° 523.

**§ 1./ LA LUTTE CONTRE L'ARBITRAIRE : LE DROIT DE RECOURS IMMÉDIAT EN
HABEAS CORPUS POUR CONTESTER LA NÉCESSITÉ DE SON PLACEMENT EN
DÉTENTION**

720. **Une intervention automatique.** La lutte urgente contre l'arbitraire suppose d'instituer un recours automatique pour interdire que la personne privée de liberté, par définition placée sous la mainmise des autorités, en soit empêchée, ou forcer l'examen pour la personne privée de liberté, qui n'aurait pas les capacités d'initier le recours, du fait d'un manque de discernement, ou d'un défaut de maîtrise de la langue. Concernant l'*Habeas corpus* européen du suspect, le texte de l'article 5 § 3 évoque une présentation automatique à l'autorité judiciaire indépendante : le suspect « doit » être traduit³¹²⁷. Quant au Conseil constitutionnel, l'interprétation littérale de sa formulation classique – « *la liberté individuelle ne peut être tenue pour sauvegardée que si le juge intervient dans le plus court délai possible* »³¹²⁸ – semblait déjà exiger une intervention automatique du juge. Toutefois, une décision ancienne avait semé le doute, en censurant une privation de liberté de sept jours « sans qu'un juge ait à intervenir, de plein droit ou à la demande de l'intéressé »³¹²⁹. Dans son contrôle *a posteriori* de la constitutionnalité du régime de l'internement des aliénés,

³¹²⁷ La jurisprudence a logiquement confirmé le caractère automatique de l'*Habeas corpus*. V. par ex., CEDH, sect. V, 23 nov. 2010, *Moulin c. France*, req. n° 37104/06 : *AJDA*, 2011, p. 889, chron. L. BURGORGUE-LARSEN ; *D.*, 2011, p. 277, obs. J.-F. RENUCCI ; *ibid.*, p. 338, obs. S. LAVRIC ; *ibid.*, note J. PRADEL ; *ibid.*, p. 26, point de vue F. FOURMENT ; *RSC*, 2011, p. 208, note D. ROETS ; *Dr. pénal*, 2011, comm. n° 26, obs. A. MARON et M. HAAS ; *Procédures*, 2011, comm. n° 30, note A.-S. CHAVENT-LECLÈRE ; *Gaz. Pal.*, 9 déc. 2010, p. 6, note O. BACHELET ; *JCP*, 2010, n° 1206, obs. F. SUDRE ; § 122 : « *le contrôle doit être automatique et ne peut être rendu tributaire d'une demande formée par la personne détenue. À cet égard, la garantie offerte est distincte de celle prévue par l'article 5 § 4 qui donne à la personne détenue le droit de demander sa libération. Le caractère automatique du contrôle est nécessaire pour atteindre le but de ce paragraphe, étant donné qu'une personne soumise à des mauvais traitements pourrait se trouver dans l'impossibilité de saisir le juge d'une demande de contrôle de la légalité de sa détention* ». La Cour se montre toutefois souple dans l'appréciation de cette obligation, admettant que le recours introduit à l'initiative du suspect suffisamment rapide puisse purger l'absence de contrôle automatique [CEDH, sect. III, 1^{er} avr. 2008, *Varga c. Roumanie*, req. n° 73957/01 ; § 54].

³¹²⁸ Voir pour des exemples concernant l'internement des aliénés : Cons. const., déc. n° 2011-202 QPC du 2 déc. 2011, [Mme Q.] : *J. O.*, 3 déc. 2011, p. 20498 ; *Constitutions*, 2012, p. 140, obs. D. FALLON ; *RFDA*, 2012, p. 629, note K. BLAY-GRABARCZYK et Cons. const., déc. n° 2011-135/140 QPC du 9 juin 2011, [M. B. et autre] : *J. O.*, 10 juin 2011, p. 9892 ; *Constitutions*, 2011, p. 400, obs. X. BIOY ; *RFDA*, 2012, p. 629, K. BLAY-GRABARCZYK. V. concernant la rétention administrative des étrangers Cons. const., déc. n° 2011-631 DC du 9 juin 2011 portant sur la loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité : *J. O.*, 17 juin 2011, p. 10306 et Cons. const., déc. n° 79-109 DC du 9 janv. 1980 portant sur la loi relative à la prévention de l'immigration clandestine et portant modification de l'ord. n° 45-2658 du 2 nov. 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers et portant création de l'Office national d'immigration : *J. O.*, 11 janv. 1980, p. 84 ; consid. n° 4.

³¹²⁹ Déc. n° 79-109 DC du 9 janv. 1980 : *préc.* ; consid. n° 4. Il est vrai que poser le principe d'une intervention automatique clairement aurait implicitement remis en cause la constitutionnalité du régime de l'internement des aliénés, sans possibilité, à l'époque, d'en contester la constitutionnalité *a posteriori*.

pour lequel le contrôle judiciaire automatique de la nécessité n'existait pas, le Conseil constitutionnel posait l'exigence du caractère automatique de l'*Habeas corpus*³¹³⁰.

721. **Une intervention automatique et expresse.** À regarder les différentes décisions du Conseil constitutionnel, ce qu'il décrit vaguement comme une « *intervention* » correspond à l'adoption d'une décision pour prolonger la privation de liberté : le juge de l'*Habeas corpus* doit prendre une décision : libérer ou maintenir en détention³¹³¹. Autrement, limiter l'intervention judiciaire à un simple devoir de surveillance, sans formaliser son appréciation de la nécessité de la privation de liberté, ne permettrait pas d'assurer un plein examen de la cause de la personne privée de liberté.

722. **Une intervention automatique, expresse et immédiate.** Le Conseil constitutionnel, dans sa formulation aujourd'hui classique, tire de l'article 66 le principe selon lequel « *la liberté individuelle ne peut être tenue pour sauvegardée que si le juge intervient dans le plus court délai possible* »³¹³². Seule la notion de « *concomitance* » apparaît plus proche du début de la privation de liberté, alors que les autres notions classiques servant à qualifier la célérité – « *rapide* », « *à bref délai* », ou encore « *raisonnable* » – induisent une promptitude moins élevée. Quant à la Convention européenne des droits de l'Homme, dont l'*Habeas corpus* est limité au cas du suspect, elle emploie le terme « *aussitôt* » à l'article

³¹³⁰ Cons. const., déc. n° 2010-71 QPC du 26 nov. 2010, [Mme S.] : *J. O.*, 27 nov. 2010, p. 21119 ; *Dr. Famille*, 2011, comm. n° 11, note I. MARIA ; *RFDA*, 2011, p. 951, chron. A. PENA ; *JCP*, 2011, n° 189, note K. GRABARCZYK ; *AJDA*, 2011, p. 174, X. BIOY. Le Conseil constitutionnel rappelait « *qu'en prévoyant que l'hospitalisation sans consentement peut être maintenue au-delà de quinze jours sans intervention d'une juridiction de l'ordre judiciaire, les dispositions de l'article L. 337 méconnaissent les exigences de l'article 66 de la Constitution* ». Dès lors que la loi alors en vigueur permettait la saisine facultative du juge judiciaire dans le délai, c'est que nécessairement le Conseil constitutionnel imposait une intervention du juge judiciaire de plein droit.

³¹³¹ Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs adopté une formulation claire en 1981 exigeant l'intervention du juge judiciaire « *pour autoriser [...] la prolongation de la garde à vue* » au-delà de quarante-huit heures [Cons. const., déc. n° 80-127 DC des 19 et 20 janv. 1981 portant sur la loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes : *J. O.*, 22 janv. 1981, p. 308]. Concernant le maintien en zone d'attente, le Conseil rappelait le sens de l'intervention judiciaire, « *en vue d'autoriser, s'il y a lieu, la prolongation du maintien, et en lui permettant ainsi d'apprécier, de façon concrète, la nécessité d'une telle mesure* » [Cons. const., déc. n° 92-307 DC du 25 févr. 1992 relative à la loi portant modification de l'ord. n° 45-2658 du 2 nov. 1945 modifiée, relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France : *J. O.*, 12 mars 1992, p. 3003 ; *RFDA*, 1992, p. 185, comm. B. GENEVOIX ; consid. n° 16.]. La définition de l'*Habeas corpus* du suspect donnée par la Cour européenne des droits de l'Homme est plus nette : le juge a l'obligation « *d'examiner les circonstances qui militent pour ou contre la détention, de se prononcer selon des critères juridiques sur l'existence de raisons la justifiant et, en leur absence, d'ordonner l'élargissement* » [CEDH, gde ch., 29 mars 2010, *Medvedev et autres c. France*, req. n° 3394/03 : *Rec. CEDH*, 2010 ; *D.*, 2010, p. 1386, obs. S. LAVRIC ; *ibid.*, p. 1390, note P. HENNION-JACQUET ; *ibid.*, p. 1386, note J.-F. RENUCCI ; *ibid.*, p. 952, entretien P. SPINOSI ; *ibid.*, p. 970, obs. D. REBUT ; *AJDA*, 2010, p. 648, obs. S. BRONDEL ; *RSC*, 2010, p. 685, obs. J.-P. MARGUÉNAUD : § 124].

³¹³² Concernant l'internement des aliénés v. déc. n° 2011-202 QPC du 2 déc. 2011 : *préc.*, ou encore déc. n° 2011-135/140 QPC du 9 juin 2011 : *préc.* Concernant la rétention administrative v. déc. n° 2011-631 DC du 9 juin 2011 : *préc.* et déc. n° 79-109 DC du 9 janv. 1980 : *préc.* ; consid. n° 4.

5 § 3. C'est donc aussi une célérité exceptionnelle qui est prévue. Les deux notions se retrouvent dans la notion d'immédiateté, qui sous-tend les formulations employées : l'*Habeas corpus* réside dans la première appréciation du juge judiciaire de la nécessité de la privation de liberté, celle immédiate.

723. La présentation de la personne privée de liberté automatique, expresse et immédiate. Si le Conseil constitutionnel dégage une marge importante au législateur quant aux modalités de l'*Habeas corpus* pour ne viser que l'« *intervention* », la Cour européenne des droits de l'Homme rappelle que celui-ci ne saurait être constitué sans la présentation du suspect au magistrat³¹³³. Le Conseil constitutionnel a aussi consacré, au moins pour le suspect, l'obligation de présentation³¹³⁴. Le texte historique de l'*Habeas corpus* prévoyait déjà cette garantie, et elle est indissociable de ce droit de recours.

724. Le sens de l'*Habeas corpus* : l'encadrement de la durée du temps de privation de liberté propre aux autorités de police. L'article 5 § 1^{er}-c) autorise « *l'arrestation et la détention* » du suspect « *en vue d'être conduit devant l'autorité judiciaire compétente* » : la détention de police, a pour finalité d'assurer la présentation du suspect au juge judiciaire³¹³⁵. Autrement dit, le véritable sens de la privation de liberté de police, au moins pour le cas du suspect, ne saurait ménager un temps de détention aux autorités de police, pour qu'elles conduisent librement les activités nécessaires à la protection de l'ordre public, un temps qu'il leur serait propre³¹³⁶. Selon cette conception, la privation de liberté par le titre du tribunal³¹³⁷ reste la voie d'entrée en privation de liberté principale. L'usage de l'arrestation et de la détention de police est alors exceptionnel, justifié par l'urgence ou

³¹³³ *Medvedyev*, gde ch. : *préc.* ; § 124 : Le juge a « *l'obligation d'entendre personnellement l'individu traduit devant lui* ». Il est vrai sur ce point, que la Convention prévoit directement cette traduction.

³¹³⁴ *V. infra*, n° 820 et s.

³¹³⁵ Si la disposition vise bien la détention du suspect, laissant place à une interprétation validant l'existence de la garde à vue, l'emploi du terme ne saurait non plus être surestimé, dès lors que le maintien de la contrainte, immédiatement après le moment instantané de l'arrestation, peut être qualifié de détention [v. *supra*, n° 32]. De plus, l'esprit de l'article 5 § 3 réside dans la limitation temporelle de la privation de liberté servant à l'enquête. La traduction obligatoire – « *toute personne arrêtée ou détenue [...] doit être aussitôt traduite* » – est reliée directement à la détention provisoire – « *et a le droit d'être jugée dans un délai raisonnable, ou libérée pendant la procédure* ». La jurisprudence européenne fait directement ce lien, quand elle contrôle, sous l'angle de l'article 5 § 3, la « *durée de la garde à vue* » [v. par ex., CEDH, sect. II, 15 oct. 2013, *Yumli Yeter c. Turquie*, req. n° 28218/07, *déc.*]. La Cour sépare dans son intitulé deux griefs portés sur le fondement de l'article 5 § 4, celui de la « *durée de la garde à vue* » et celui de la « *durée de la détention provisoire* ».

³¹³⁶ Pour la privation de liberté de police du suspect, la Cour semble revenir à cette définition plus stricte, en précisant le sens de sa jurisprudence : « *on ne saurait [...] en déduire une quelconque volonté de mettre à la disposition des autorités internes un délai dont elles auraient la libre jouissance pour compléter le dossier de l'accusation* » [CEDH, 27 juin 2013, sect. V, 27 juin 2013, *Vassis et autres c. France*, req. n° 62736/09 ; *Gaz. Pal.*, 15 oct. 2013, p. 41, note F. FOURMENT ; *ibid.*, 4 juil. 2013, p. 3, obs. C. KLEITZ ; *AJP*, 2013, p. 549, obs. G. ROUSSEL ; *JCP*, 2013, n° 843, obs. L. MILANO ; *D.*, 2013, p. 1687, obs. O. BACHELET ; *RSC*, 2013, p. 656, note D. ROETS ; § 61].

³¹³⁷ *V. supra*, n° 68.

l'impossibilité d'assurer la traduction devant le juge de la privation de liberté sans contrainte. Le principe de l'immédiateté³¹³⁸ de l'*Habeas corpus* milite pour cette conception. En réalité, la privation de liberté de police ne bénéficie pas de cette acception dans les standards supra-légaux, qui l'admettent largement³¹³⁹ ou ne défendent pas fermement la célérité de l'*Habeas corpus*³¹⁴⁰ : la privation de liberté de police est un temps propre aux autorités de police³¹⁴¹. La fonction de l'*Habeas corpus* est alors à mettre un terme à ce temps propre et à encadrer sa durée. L'intervention judiciaire indépendante qui maintient la privation de liberté du suspect dans la phase policière de la procédure ne saurait constituer l'*Habeas corpus*³¹⁴², ce qui empêche sans doute d'attribuer cette nature à la prolongation de garde à vue décidée par l'autorité judiciaire, même celle indépendante, même après présentation du suspect³¹⁴³, la réunion de ces modalités, exigée en droit français après quarante-huit heures³¹⁴⁴, constituant l'expression la plus riche du contrôle en temps réel³¹⁴⁵.

725. Les clauses générales de limitation de l'*Habeas corpus*. Le Conseil constitutionnel rappelle classiquement que « *le législateur peut fixer des modalités d'intervention de l'autorité judiciaire différentes selon la nature et la portée des mesures affectant la liberté individuelle qu'il entend édicter* »³¹⁴⁶. Le principe posé fermement de l'immédiateté est relativisé, nuancé, par une clause générale, octroyant en la matière une marge d'appréciation importante au législateur. La clause générale, lorsque la vision large de

³¹³⁸ V. *supra*, n° 722.

³¹³⁹ V. *supra*, n° 169 et s.

³¹⁴⁰ V. *infra*, n° 733 et s.

³¹⁴¹ Sous la réserve du contrôle en temps réel par l'autorité judiciaire, en droit français, pour le suspect [v. *supra*, n° 615 et s.].

³¹⁴² Le placement en détention provisoire réalisé après la garde à vue, par un magistrat indépendant, dans le délai exigé par l'article 5 § 3, se concrétisant toutefois par la poursuite de la garde à vue dans un détournement du droit national réglementant la durée de la garde à vue, est en tout cas sanctionné. V. CEDH, sect. II, 8 nov. 2005, *Yasar c. Turquie*, req. n° 4080/02 ; § 67, ou CEDH, sect. II, 8 nov. 2005, *Karagoz c. Turquie*, req. n° 78027/01 ; § 52 et s.

³¹⁴³ La Cour européenne des droits de l'Homme maintient une certaine ambiguïté sur ce point, recherchant l'*Habeas corpus* dans toute intervention d'un magistrat, permettant le maintien de la privation de liberté dans la phase policière de la procédure pénale [*Moulin : préc.* ; v. *infra*, note n° 3251]. Les précisions de l'arrêt *Vassis* valident toutefois cette conception [v. *supra*, n° 762 et s.].

³¹⁴⁴ V. *supra*, n° 734 et s. L'*Habeas corpus* sera reporté, à l'interrogatoire de première comparution du juge d'instruction [v. *Moulin : préc.* ou *Vassis : préc.*]. Le juge de l'*Habeas corpus* du suspect, dans la jurisprudence européenne, n'est pas celui chargé de la seule fonction de gardien de la liberté individuelle, à savoir le juge des libertés et de la détention, dans le système du double regard, du droit français [v. sur la séparation des fonctions judiciaires, *supra*, n° 678 et s.].

³¹⁴⁵ V. *supra*, n° 615 et s.

³¹⁴⁶ Cons. const., déc. n° 2011-174 QPC du 6 oct. 2011, [Mme P.] : *J. O.*, 8 oct. 2011, p. 17017 ; *Dr. admin.*, 2011, comm. n° 99, comm. C. LANTERO ; *JCP A*, 2012, n° 2040, comm. É. PÉCHILLON. – Déc. n° 2011-631 DC du 9 juin 2011 : *préc.* sur la rétention administrative des étrangers. – Dans une formule proche, pour le maintien en zone de transit, voir déc. n° 92-307 DC du 25 févr. 1992 : *préc.* ; consid. n° 13.

la liberté individuelle était consacrée³¹⁴⁷, ne menaçait pas forcément un traitement uniforme de la privation de liberté, celle-ci pouvant justifier d'un traitement différent entre la privation de liberté et sa simple restriction. Le Conseil constitutionnel rassemble désormais la notion de liberté individuelle autour de la privation de liberté, notamment en matière de police administrative³¹⁴⁸, si bien que lorsqu'il continue à utiliser cette clause, il semble bien reconnaître au législateur une large marge d'appréciation, afin d'établir des modalités différentes d'*Habeas corpus*, selon les cas de privation de liberté³¹⁴⁹.

726. Quant à la Cour européenne des droits de l'Homme, elle pose également une clause générale, nuanciant l'interprétation littérale de la Convention, fondée sur la confrontation entre la traduction anglaise et française de la Convention³¹⁵⁰, ce qui la conduisait à dégager une obligation de célérité médiane, entre « *aussitôt* » et « *promptly* », tout en indiquant que celle-ci dépendait de toute manière des cas d'espèces³¹⁵¹. Finalement, les deux juridictions se retrouvaient dans l'affirmation d'un principe ferme en apparence, mais modulable selon les cas.

³¹⁴⁷ V. *supra*, n° 101.

³¹⁴⁸ Ainsi par exemple, l'assignation à résidence de l'étranger, mesure qui pourrait être qualifiée de privation de liberté selon son intensité, a été sortie par le Conseil constitutionnel du domaine de la liberté individuelle et donc du contrôle du juge judiciaire [déc. n° 2011-631 DC du 9 juin 2011 : *préc.*]. V. également concernant les mesures de police pouvant restreindre la liberté d'aller et de venir des supporteurs, ou bien encore l'expulsion des occupants d'un immeuble présentant un danger, toutes confiées au contrôle du juge administratif, Cons. const., déc. n° 2011-625 DC du 10 mars 2011 relative à la loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure : *J. O.*, 15 mars 2011, p. 4630. Dans cette dernière décision, le Conseil constitutionnel affirme que la liberté d'aller et venir, est une composante de « *la liberté personnelle protégée par les articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789* ». De la même manière, le Conseil constitutionnel distingue aujourd'hui la liberté personnelle de la liberté individuelle [v., par ex., Cons. const., déc. n° 2010-92 QPC du 28 janv. 2011, [Mme C.] : *J. O.*, 29 janv. 2011, p. 1894].

³¹⁴⁹ La clause a d'ailleurs été consacrée pour le placement en zone de transit, dont le caractère privatif de liberté était discutée au regard de la liberté de mouvement accordée à l'étranger [déc. n° 92-307 DC du 25 févr. 1992 : *préc.* ; consid. n° 13]. Le Conseil constitutionnel précisait que le législateur « *a la faculté de ne pas soumettre à des règles identiques une mesure qui prive un individu de toute liberté d'aller et venir et une décision qui a pour effet d'entraver sensiblement cette liberté* », distinction qui, au regard de la qualification retenue de privation de liberté, semblait bien justifier des distinctions dans l'intensité du contrôle judiciaire à l'intérieur des différents cas relevant de cette même catégorie.

³¹⁵⁰ CEDH, plén., 29 nov. 1988, *Brogan et autres c. Royaume-Uni*, req. n°s 11209/84, 11234/84, 11266/84 et 11386/85 : *Rec. CEDH*, série A145-B ; § 59 : « *l'obligation exprimée en français par l'adverbe "aussitôt" et en anglais par "promptly" se distingue clairement de l'exigence moins stricte formulée dans la seconde partie du paragraphe 3 (art. 5-3) ("délai raisonnable"/"reasonable time") et même de celle que définit le paragraphe 4 de l'article 5 (art. 5-4) ("à bref délai"/"speedily")* » et « *le mot "promptly" employé au paragraphe 3 (art. 5-3) peut se comprendre comme ayant un sens plus large qu'"aussitôt", qui littéralement signifie immédiatement* ».

³¹⁵¹ *Ibid.* : « *l'utilisation dans le texte français de l'adverbe "aussitôt", lequel évoque avec force l'idée d'imminence, confirme que le degré de souplesse lié à la notion de promptitude ("promptness") est limité, même si l'on ne peut en aucun cas oublier les circonstances en se prononçant sur le terrain du paragraphe 3 (art. 5-3). Si la célérité s'apprécie suivant les particularités de chaque cause [...], le poids à leur accorder ne saurait jamais aller jusqu'à porter atteinte à la substance du droit protégé par l'article 5 par. 3 (art. 5-3), c'est-à-dire jusqu'à dispenser en pratique l'État d'assurer un élargissement rapide ou une prompte comparution devant une autorité judiciaire* ».

727. **L'exigence de célérité : le cœur de l'*Habeas corpus*.** L'*Habeas corpus* est un recours urgent dont la fonction est de mettre un terme à la détention arbitraire, avant que celle-ci ne se prolonge, et porte une atteinte plus grave à la liberté individuelle. La caractérisation d'une célérité exceptionnelle est essentielle à la caractérisation du véritable *Habeas corpus*, et l'exigence de célérité se confond avec la mesure. La célérité de l'*Habeas corpus* subit un effritement progressif dans le droit français (A), tandis que le droit européen tend au relèvement de la célérité de l'*Habeas corpus* (B).

A) Le droit français : l'effritement progressif de la célérité de l'*Habeas corpus*

728. **La fin du traitement uniforme de la privation de liberté.** Le Conseil constitutionnel, jusqu'à récemment, refusait de fixer expressément la durée maximale de la privation de liberté de police supportant l'absence d'intervention du juge judiciaire, si bien qu'il était difficile de clairement établir des limites, sauf à les rechercher dans la législation et à extrapoler la jurisprudence constitutionnelle. Un traitement uniforme de la privation de liberté semblait prévaloir : la législation et la jurisprudence constitutionnelle tendaient auparavant à établir une convergence des différents seuils pour exiger l'*Habeas corpus* au bout de deux jours³¹⁵² (1). Aujourd'hui, le Conseil constitutionnel a admis l'éclatement des seuils (2).

1) La convergence des seuils : l'*Habeas corpus* au bout de deux jours

729. **Convergence législative.** Les travaux préparatoires de la Constitution montrent que ses rédacteurs avaient bien l'intention de créer une procédure d'*Habeas corpus*, devant le juge judiciaire, organisant une présentation de l'individu dans les vingt-quatre heures³¹⁵³. Si l'*Habeas corpus* n'était finalement pas expressément consacré, le nouveau Code de procédure pénale reprenait, pour la garde à vue, le seuil de vingt-quatre heures, au-delà

³¹⁵² Donc, d'obtenir une décision du juge judiciaire autorisant la prolongation de la privation de liberté au-delà de deux jours.

³¹⁵³ Lors de la séance du 13 août 1958 du Comité consultatif constitutionnel, le professeur MARCEL WALINE proposait d'insérer, dans le préambule de la Constitution, cette disposition : « aucun citoyen ne peut être arrêté ni détenu sans être présenté dans les 24 heures au juge d'instruction du lieu de la détention qui peut ordonner la mise en liberté immédiate » [Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958, *op. cit.*, vol. II, p. 447].

duquel l'intervention d'un magistrat était nécessaire pour prolonger³¹⁵⁴. La loi n'imposait cependant pas l'intervention d'un magistrat judiciaire indépendant pour prolonger la privation de liberté au-delà de vingt-quatre heures. Le législateur s'était écarté de ce seuil lorsqu'il créa le premier régime de privation de liberté des étrangers en 1980, exigeant l'intervention du juge judiciaire pour prolonger la privation de liberté au-delà de quarante-huit heures³¹⁵⁵, et il maintenait ce seuil, lorsqu'il étendit les cas de privation de liberté de l'étranger en 1981³¹⁵⁶. La même année, la nouvelle majorité parlementaire revoyait la détention de l'étranger et revenait à une intervention judiciaire au bout de vingt-quatre heures pour prolonger la rétention administrative³¹⁵⁷. Ce délai était conservé jusqu'en 1997, malgré cinq modifications de l'article.

730. **Convergence constitutionnelle.** Le législateur dans la loi *Sécurité et liberté* avait créé une prolongation exceptionnelle de garde à vue au-delà de quarante-huit heures³¹⁵⁸. Elle donnait l'occasion au Conseil constitutionnel, même si la loi le prévoyait déjà, d'affirmer qu'une telle prolongation devait être autorisée par le magistrat du siège, sur le fondement de l'article 66 de la Constitution³¹⁵⁹. Le Conseil constitutionnel prenait soin de formuler sa décision spécialement pour le domaine de la garde à vue, évitant toute généralisation, mais sa solution constituait la première fixation constitutionnelle d'un seuil de privation de liberté dont le dépassement nécessitait l'intervention d'un juge judiciaire, principe constamment rappelé, depuis pour la garde à vue³¹⁶⁰. Cette intervention ne saurait

³¹⁵⁴ L'obligation d'obtenir la décision d'un magistrat pour prolonger la détention policière du suspect n'a jamais été remise en cause depuis et a été transposée plus tard à la retenue douanière [v. l'art. 323 du Code des douanes tel qu'il résultait de la loi n° 85-502 du 8 juil. 1987 modifiant les procédures fiscales et douanières]. Ce même seuil figurait déjà dans le décret du 20 mai 1903, portant règlement du service de la gendarmerie, avant traduction devant le procureur de la République [art. 307].

³¹⁵⁵ Art. 5-2 de l'ord. n° 45-2658 du 2 nov. 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France tel que créé par la loi n° 80-9 du 10 janvier 1980 relative à la prévention de l'immigration clandestine et portant modification de l'ord. n° 45-2658 du 2 nov. 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France.

³¹⁵⁶ Art. 23 de l'ord. n° 45-2658 du 2 nov. 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France tel que modifié par la loi n° 81-82 du 2 févr. 1981 renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes.

³¹⁵⁷ En réalité, le délai d'un jour concernait la saisine du juge et non celui de sa décision, si bien que la première intervention judiciaire intervenait au-delà de vingt-quatre heures de détention [v. l'art. 35 bis de l'ord. n° 45-2658 du 2 nov. 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France tel que créé par la loi n° 81-973 du 29 oct. 1981 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France : *J. O.*, 30 oct. 1981, p. 2970 ; *D.*, 1982, chron., n° 26, comm. N. GUIMEZANES].

³¹⁵⁸ V. l'art. 63-1 CPP tel que créé par la loi n° 81-82 du 2 févr. 1981 renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes.

³¹⁵⁹ Déc. n° 80-127 DC des 19 et 20 janv. 1981 : *préc.* ; consid. n° 25.

³¹⁶⁰ En matière de terrorisme, Cons. const., déc. n° 86-213 DC du 3 sept. 1986 portant sur la loi relative à la lutte contre le terrorisme et aux atteintes à la sûreté de l'État : *J. O.*, 5 sept. 1986, p. 10786 ; consid. n° 17. – Cons. const., déc. n° 93-326 DC du 11 août 1993 portant sur la loi modifiant la loi n° 93-2 du 4 janv. 1993 portant réforme du Code de procédure pénale : *J. O.*, 15 août 1993, p. 11599 ; *RFD const.*, 1993, p. 848,

cependant réaliser le véritable *Habeas corpus*, pour prolonger la privation de liberté de police, plutôt que d'y mettre un terme³¹⁶¹.

731. Une nouvelle loi sur les étrangers en 1997 reportait l'intervention du juge judiciaire en matière de rétention administrative au bout de quarante-huit heures³¹⁶². Le Conseil constitutionnel notait qu'« *en soumettant au contrôle de l'autorité judiciaire toute prolongation au-delà de quarante-huit heures du maintien dans des locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire d'un étranger* », le législateur avait respecté la Constitution³¹⁶³. Plus tard, alors que le seuil de quarante-huit heures était maintenu pour le premier contrôle judiciaire, mais le délai maximal de la détention allongée, le Conseil constitutionnel affirmait que « *la disposition contestée ne remet pas en cause le contrôle de l'autorité judiciaire sur le maintien en rétention, au-delà de quarante-huit heures, d'un étranger qui a fait l'objet d'une mesure d'éloignement du territoire français* »³¹⁶⁴. Si les formules employées ne faisaient que reprendre le seuil prévu par la loi, elles insistaient malgré tout sur le seuil de quarante-huit heures, le même qui avait été consacré pour la garde à vue : celui-ci apparaissait, dans un traitement uniforme de la privation de liberté, comme le seuil au terme duquel la prolongation exigeait l'intervention du juge judiciaire.

732. Finalement, le législateur dérogeait au délai de quarante-huit heures lors de la création du maintien en zone d'attente, organisant l'intervention du juge judiciaire, pour prolonger la privation de liberté, au bout de quatre jours³¹⁶⁵, sans saisine du Conseil

note Th. RENOUX ; consid. n° 5. En matière de criminalité organisée, Cons. const., déc. n° 2004-492 DC du 2 mars 2004 relative à la loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité : *J. O.*, 10 mars 2004, p. 4637 ; *RSC*, 2005, p. 122, comm. V. BÜCK ; *D.*, 2004, p. 956, note M. DOBKINE ; *RSC*, 2004, p. 725, comm. CH. LAZERGES ; *JCP*, 2004, II, n° 10048, obs. J.-C. ZARKA ; consid. n° 25. – Cons. const., déc. n° 2010-14/22 QPC du 30 juil. 2010, [M. W.] : *J. O.*, 31 juil. 2010, p. 14198 ; *RTD civ.*, 2010 p. 513, obs. P. PUIG ; *RSC*, 2011, p. 139, obs. A. GIUDICELLI ; *D.*, 2010, p. 2254, obs. J. PRADEL ; *AJP*, 2010, p. 470, comm. J.-B. PERRIER ; *Constitutions*, 2010, p. 571, comm. E. DAOUD et E. MERCINIER ; *RSC*, 2011, p. 165, obs. B. DE LAMY ; consid. n° 26.

³¹⁶¹ V. *supra*, n° 724.

³¹⁶² Voir l'art. 35 *bis* de l'ord. n° 45-2658 du 2 nov. 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France tel que modifié par la loi n° 97-396 du 24 avr. 1997 portant diverses dispositions relatives à l'immigration : *J. O.*, 25 avr. 1997, p. 6268 ; *JCP*, 1997, I, n° 4040, comm. N. GUIMEZANES.

³¹⁶³ Cons. const., déc. n° 97-389 DC du 22 avr. 1997 relative à la loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration : *J. O.*, 27 avr. 1997, p. 6432 ; *AJDA*, 1997, p. 524, comm. F. JULIEN-LAFERRIÈRE ; *JCP*, 1997, II, n° 22890, obs. J.-C. ZARKA ; *RDP*, 1997, p. 931, comm. F. LUCHAIRE ; consid. n° 55.

³¹⁶⁴ Cons. const., déc. n° 2003-484 DC du 20 nov. 2003 portant sur la loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité : *J. O.*, 27 nov. 2003, p. 20154 ; *Gaz. Pal.*, 2005, doct., p. 685, comm. J. BOYER ; consid. n° 51 ; *LPA*, 20 janv. (partie I) et 21 janv. (partie II) 2004, p. 10, comm. J.-É. SCHOETTL ; consid. n° 64.

³¹⁶⁵ Voir l'art. 35 *quater* de l'ord. n° 45-2658 du 2 nov. 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France tel que créé par la loi n° 92-625 du 6 juil. 1992 sur la zone d'attente des ports et des aéroports et portant modification de l'ord. n° 45-2658 du 2 nov. 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France : *J. O.*, 9 juil. 1992 ; *D.*, 1993 p. 225, comm. M.-C. ROUAULT ; *AJDA*, 1992, p. 656, comm. F. JULIEN-LAFERRIÈRE.

Constitutionnel. Le précédent projet, censuré par le Conseil constitutionnel³¹⁶⁶ du fait de l'absence de contrôle du juge judiciaire, avait prévu une intervention du juge administratif pour prolonger la détention au bout de quarante-huit heures³¹⁶⁷. Le traitement uniforme de la privation de liberté a cédé, et le législateur a éclaté les seuils, avec l'assentiment du Conseil constitutionnel.

2) L'éclatement des seuils

733. La fin du traitement uniforme de la privation de liberté.

La jurisprudence constitutionnelle a largement dégradé l'exigence de célérité. Celle-ci s'applique même différemment, selon les régimes de la privation de liberté, montrant que le Conseil constitutionnel n'en défend plus une vision unitaire. Cet éclatement est d'abord apparu concernant l'assouplissement de la célérité de l'*Habeas corpus* du suspect (a). La jurisprudence constitutionnelle a admis le report de l'*Habeas corpus* de l'étranger au bout de sept jours (b). Le Conseil constitutionnel a même entamé plus fortement encore l'*Habeas corpus* de l'aliéné en le reportant au-bout de quinze jours (c).

a. L'assouplissement de la célérité de l'*Habeas corpus* du suspect

734. **La fixation de l'*Habeas corpus* du suspect au bout de quarante-huit heures.** En fixant le terme de la garde à vue de droit commun à quarante-huit heures, le législateur a donc fixé au terme de cette durée l'*Habeas corpus*, puisque la poursuite de la privation de liberté supposait alors le placement en détention provisoire, laissée au juge judiciaire. La pratique du petit dépôt, permettant une rétention factuelle entre le terme de la garde à vue et la comparution devant le magistrat judiciaire, relativisait toutefois déjà largement ce principe³¹⁶⁸. Le Conseil constitutionnel reprenait, en quelque sorte, ce seuil, pour le droit dérogatoire de la garde à vue, en imposant fermement l'exigence de l'intervention du juge judiciaire pour prolonger la garde à vue au-delà de quarante-huit heures³¹⁶⁹, alors que le

³¹⁶⁶ Déc. n° 92-307 DC du 25 févr. 1992 : *préc.*

³¹⁶⁷ Voir l'art. 8 de la loi du 6 sept. 1991 portant modification de l'ord. du 2 nov. 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France.

³¹⁶⁸ V. *supra*, n° 150.

³¹⁶⁹ Déc. n° 80-127 DC des 19 et 20 janv. 1981 : *préc.* ; consid. n° 25. V. *infra*, note n° 3160.

législateur n'avait pas toujours prévu cette garantie³¹⁷⁰, compensant, en partie, le faible contrôle du champ de la prolongation de droit commun³¹⁷¹.

735. Le mécanisme du défèrement : le report du délai de l'*Habeas corpus* pour le droit commun au-delà de quarante-huit heures. Le Code de procédure pénale dispose qu'à l'issue de la garde à vue, le suspect est libéré, ou déféré devant le procureur de la République ou le juge d'instruction³¹⁷². Le législateur a consacré la pratique du petit dépôt, par la création de la nouvelle rétention aux fins de défèrement³¹⁷³, permettant d'organiser et de réaliser le défèrement en dehors du temps de garde à vue. En revanche, la nouvelle loi n'a pas ajouté de nouvelle intervention du juge judiciaire, si bien que dans l'hypothèse où la garde à vue du suspect a été prolongée par le procureur de la République, la détention du suspect avec le défèrement se poursuit au-delà de quarante-huit heures sans aucune intervention du juge judiciaire, l'*Habeas corpus* se matérialisant par l'intervention du juge d'instruction lors de l'interrogatoire de première comparution, le juge des libertés et de la détention saisi pour prolonger la privation de liberté avant comparution immédiate³¹⁷⁴, ou la juridiction pénale saisie en comparution immédiate³¹⁷⁵. Et puisque la nouvelle rétention peut durer vingt heures au maximum³¹⁷⁶, l'allongement de la détention du suspect sans contrôle du juge judiciaire n'est pas négligeable.

³¹⁷⁰ La première mouture de la garde à vue en matière de sûreté de l'État prévoyait une garde à vue de près de 10 jours : au-delà de quarante-huit heures, ou le magistrat du parquet, ou le juge d'instruction, selon le cadre des poursuites, pouvait prolonger pour cinq jours la garde à vue après comparution du suspect devant le magistrat, durée pouvant être prolongée une dernière fois selon les mêmes modalités jusqu'à dix jours [art. 16 de la loi n° 63-23 du 15 janv. 1963 fixant la composition, les règles de fonctionnement et la procédure de la Cour de sûreté de l'État instituée par l'art. 698 CPP].

³¹⁷¹ V. *supra*, n° 469 et s.

³¹⁷² Art. 63, 77 et 154 CPP. Le défèrement, prévu à l'article 393 du Code de procédure, pénale permet alors au procureur de la République de saisir directement la juridiction de jugement, notamment par l'usage de la comparution immédiate [art. 395 et s. CPP]. En cas de garde à vue réalisée dans le cadre de l'instruction, ou en cas d'ouverture d'une information judiciaire durant la garde à vue, le défèrement devant le juge d'instruction permet de procéder à l'interrogatoire de première comparution, en vue d'une éventuelle mise en examen [art. 116 CPP], condition du placement en détention provisoire [art. 144 CPP].

³¹⁷³ Le régime était consacré aux articles 803-2 et 803-3 du Code de procédure pénale par Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité : *J. O.*, 10 mars 2004, p. 4567 ; *D.*, 2004, p. 1910, comm. B. DE LAMY ; *JCP*, 2004, I, n° 132 et 134, comm. J. PRADEL ; *RSC*, 2004, p. 675, obs. B. BOULOC ; *AJP*, 2004, p. 235, note D. MIEN et J.-F. BARRE (spéc. sur les droits de la défense) ; *AJP*, 2004, p. 181, note É. VERGÈS (spéc. sur la notion de criminalité organisée) ; *AJP*, 2004, p. 261, comm. A. GIUDICELLI (spéc. sur la garde à vue) ; *AJP*, 2004, p. 228, note M. SCHWENDENER (spéc. sur les pouvoirs d'enquête) ; *D.*, 2004, p. 2589, M. GIACOPELLI (spéc. sur l'aménagement des peines) ; *JCP*, 2004, I, n° 140, note P. BONFILS (spéc. sur le droit des mineurs).

³¹⁷⁴ Art. 396 CPP.

³¹⁷⁵ Art. 393 CPP.

³¹⁷⁶ Art. 803-2 et 803-3 CPP.

736. Le Conseil constitutionnel, saisi *a posteriori*, a validé le défèrement, découvrant ainsi un cas de détention du suspect dépassant quarante-huit heures sans intervention judiciaire³¹⁷⁷, la détention sans juge judiciaire pouvant durer soixante-huit heures. Le Conseil constitutionnel a pris le soin de préciser, dans une réserve d'interprétation, que l'intervention judiciaire, dans le cas d'une garde à vue prolongée par le ministère public³¹⁷⁸, devait nécessairement avoir lieu avant la fin de la rétention³¹⁷⁹. Elle fondait cette réserve sur le principe tiré de sa jurisprudence selon lequel « *l'intervention d'un magistrat du siège est requise pour la prolongation de la garde à vue au-delà de quarante-huit heures* ».

737. Par cette première réserve, le Conseil constitutionnel a rejeté la position la moins protectrice qui aurait consisté à apprécier la rapidité de l'intervention judiciaire isolément dans chaque régime. Elle tenait compte au contraire du cumul de la durée de la privation de liberté des deux régimes successifs, ayant sur ce point une analyse conforme à la Cour européenne des droits de l'Homme et reconnaissant le chaînage de la privation de liberté de police du suspect³¹⁸⁰. La réserve montrait aussi les largesses que le Conseil constitutionnel accordait au législateur, car avec la référence au seuil édicté pour la garde à vue, relié par un lien de causalité avec la solution, c'est bien que le Conseil constitutionnel a validé le report de l'*Habeas corpus* de droit commun du suspect car elle approche finalement du seuil de quarante-huit heures, sauf que finalement le Conseil constitutionnel valide ainsi un dépassement de près de la moitié de la durée de référence. D'autant plus qu'en dégradant la célérité, c'est également l'égalité des citoyens devant la loi pénale qui est atteinte, entre le suspect placé en garde à vue dans le cadre de l'enquête et celui placé en garde à vue dans le cadre de l'instruction. Au final, ce sont trois délais différents qui règlent la première

³¹⁷⁷ Cons. const., déc. n° 2010-80 QPC du 17 déc. 2010, [M. F.] : *J. O.*, 19 déc. 2010, p. 22374 ; *Constitutions*, 2011, p. 525, note E. DAUD et A. TALBOT ; *Procédures*, 2011, comm. n° 73, obs. J. BUISSON ; consid. n° 11.

³¹⁷⁸ Si la prolongation de la garde à vue de droit commun est réalisée par le juge d'instruction, la mesure de contrainte s'exerce en conséquence dans le cadre d'une commission rogatoire, et le défèrement est réalisé nécessairement devant ce dernier magistrat dans le délai maximum de vingt heures.

³¹⁷⁹ Cette précision n'était pas inutile, dès lors qu'initialement, la loi n'encadrait pas le délai de l'intervention du juge judiciaire en cas de défèrement réalisé devant le magistrat du parquet, si bien que la présentation du suspect devant le Tribunal correctionnel saisi en comparution immédiate devait avoir lieu, sans précision, le jour même du défèrement [art. 395 CPP], tandis que la traduction du suspect devant le juge des libertés et de la détention, en cas d'impossibilité de réunir le Tribunal correctionnel le jour même, n'est pas spécialement par la loi [art. 396 CPP]. Le législateur transposait finalement dans la loi cette réserve [v. l'art. 803-3 CPP tel que modifié par la loi n° 2011-392 du 14 avr. 2011 relative à la garde à vue : *J. O.*, 15 avr. 2011, p. 6610 ; *JCP*, 2011, n° 542, comm. H. MATSOPOULOU ; *ibid.*, 2011, n° 665, comm. J. PRADEL ; *D.*, 2011, p. 1570, comm. G. ROUJOU DE BOUBÉE ; *ibid.*, p. 1699, comm. J. ALIX ; *Dr. pén.*, 2011, chron. n° 7, comm. V. LESCLOUS ; *Gaz. Pal.*, 8 nov. 2011, note L. BRUNEAU ; *Gaz. Pal.*, 30 juil. 2013, p. 4, comm. D. ROETS et V. TELLIER-CAYROL].

³¹⁸⁰ *Moulin : préc.* Celle-ci apprécie généralement la détention du suspect visée sous l'article 5 § 1^{er}-c) indépendamment des différentes qualifications internes

présentation du suspect à un juge judiciaire : quarante-huit heures lorsque la durée de privation de liberté est entièrement utilisée pour les nécessités de l'enquête ou de l'instruction, soixante-huit heures lorsque la durée de la privation de liberté laissée aux nécessités de l'enquête et de l'instruction ne dépasse pas quarante-huit heures et même vingt-quatre heures, pour la détention du suspect uniquement dédiée à assurer la présentation du suspect devant le magistrat instructeur³¹⁸¹. Au-delà de l'assouplissement de la célérité de l'*Habeas corpus* du suspect, l'*Habeas corpus* de l'étranger a été reporté au bout de sept jours de privation de liberté.

b. Le report de l'Habeas corpus de l'étranger au-bout de sept jours

738. **L'éclatement du seuil.** Le législateur a lui-même participé à cet allongement en matière de détention des étrangers par la dernière loi en la matière³¹⁸², en portant à cinq jours l'intervention du juge judiciaire pour prolonger la rétention administrative, au lieu de quarante-huit heures précédemment³¹⁸³. Le Conseil constitutionnel s'est d'abord appuyé sur l'objectif de la modification, destinée à permettre au juge administratif de se prononcer en premier sur la légalité de la décision administrative, dont la rétention est le support, avant que le juge judiciaire ne se prononce sur la nécessité de la privation de liberté³¹⁸⁴, faisant de la dualité une cause d'altération de la célérité de l'*Habeas corpus*³¹⁸⁵. Si cette réorganisation est louable, il est notable que le Conseil constitutionnel n'a pas contrôlé la célérité du recours devant le juge administratif après lequel le juge judiciaire devait se prononcer. Le Conseil constitutionnel a relié ensuite le report de l'intervention judiciaire à l'objectif « *de permettre un traitement plus efficace des procédures d'éloignement des étrangers en situation irrégulière* ». Et puisque le Conseil constitutionnel a rappelé tant au niveau des principes applicables, que dans sa conclusion, la nécessité de trouver une conciliation entre la protection de l'ordre public, ou encore la bonne administration de la

³¹⁸¹ V. pour le mandat d'amener l'art. 127 CPP et pour le mandat d'arrêt, l'art. 133 CPP. Cet *Habeas corpus* nouveau semble utile en cas de cumul de la garde à vue et d'un mandat d'amener [v. *Moulin* : *préc.*].

³¹⁸² Loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité : *J. O.*, 17 juin 2011, p. 10290 ; *Rev. crit. DIP*, 2011, p. 499, comm. D. TURPIN ; *RFDA*, 2011, p. 934, comm. H. LABEYLE ; *AJDA*, 2011, p. 1936, comm. O. LECUCQ ; *RDSS*, 2011, p. 940, note F. MANANGA (spéc. sur les mineurs isolés) ; *Dr. admin.*, 2001, étu. n° 17, comm. V. TCHEN ; *JCP A*, 2011, n° 2243, comm. V. BARBÉ ; *JCP A*, 2011, n° 2304, comm. L. DOMINGO.

³¹⁸³ Art. L. 552-1 du Code d'entrée et de séjour des étrangers et du droit d'asile.

³¹⁸⁴ Déc. n° 2011-631 DC du 9 juin 2011 : *préc.* ; consid. n° 73.

³¹⁸⁵ V. sur le recours administratif rapide, qui ne couvre pas toutes les décisions d'éloignement de l'étranger en rétention administrative, *infra*, n° 901 et s.

justice et la liberté individuelle, le report de l'intervention judiciaire apparaît presque justifiée par la facilitation des procédures d'éloignement ainsi permise³¹⁸⁶.

739. Le Conseil constitutionnel a posé une réserve d'interprétation par laquelle il a énoncé que, dans l'hypothèse où l'étranger avait été préalablement placé en garde à vue et que celle-ci avait été prolongée par le procureur de la République, la privation de liberté totale sans contrôle judiciaire ne pouvait dépasser sept jours³¹⁸⁷. Difficile pourtant d'estimer que l'intervention est immédiate lorsqu'elle est de l'ordre de la semaine, d'autant plus que le Conseil constitutionnel avait déjà sanctionné par le passé une privation de liberté de sept jours sans contrôle judiciaire³¹⁸⁸. Ce seuil est encore dépassé pour l'*Habeas corpus* de l'aliéné.

c. Le report de l'Habeas corpus de l'aliéné au-bout de quinze jours

740. **L'abandon à l'autorité médicale du contrôle de la nécessité de l'internement.** Saisi par une question préalable de constitutionnalité, le Conseil a pu se prononcer sur le régime de l'internement des aliénés, examen d'autant plus attendu que la loi, non-soumise lors de son adoption, maintenait les grands principes de la loi de 1848. Le Conseil constitutionnel la censurait logiquement du fait de l'absence d'intervention automatique du juge judiciaire pour réaliser le contrôle de la nécessité de la loi. Reprenant sa formule classique selon laquelle « *la liberté individuelle ne peut être tenue pour sauvegardée que si le juge intervient dans le plus court délai possible* », le Conseil constitutionnel ajoutait, dans un *obiter dictum* destiné au législateur, *a contrario*, que l'internement de l'aliéné ne pouvait se prolonger sans intervention judiciaire au-delà de quinze jours³¹⁸⁹, en tenant compte « *des motifs médicaux et des finalités thérapeutiques* »³¹⁹⁰ de la privation de liberté. Le simple

³¹⁸⁶ Sans doute le Conseil constitutionnel visait-il plus sûrement les difficultés matérielles pour assurer l'intervention du juge administratif et même du juge des libertés et de la détention, dans un délai plus rapide, mais la formulation maladroite exprimait pratiquement une hostilité envers le juge judiciaire.

³¹⁸⁷ La réserve n'était pas inutile, puisque le juge judiciaire, saisi au bout de cinq jours de rétention, bénéficie d'un délai de vingt-quatre heures pour trancher [art. L. 552-1 CESEDA].

³¹⁸⁸ Cons. const., déc. n° 79-109 DC du 9 janv. 1980 portant sur la loi relative à la prévention de l'immigration clandestine et portant modification de l'ord. n° 45-2658 du 2 nov. 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers et portant création de l'office national d'immigration : *J. O.*, 11 janv. 1980, p. 84 ; consid. n° 4 : « *qu'ainsi, du fait qu'il prévoit que la personne expulsée [...] peut être maintenue en détention pendant sept jours sans qu'un juge ait à intervenir, de plein droit ou à la demande de l'intéressé, [la disposition] n'est pas conforme à la constitution* ».

³¹⁸⁹ Cons. const., déc. n° 2010-71 QPC du 26 nov. 2010, [Mme S.] : *J. O.*, 27 nov. 2010, p. 21119 ; *Dr. Famille*, 2011, comm. n° 11, note I. MARIA ; *RFDA*, 2011, p. 951, chron. A. PENA ; *JCP*, 2011, n° 189, note K. GRABARCZYK ; *AJDA*, 2011, p. 174, X. BIOY ; consid. n° 23 et s.

³¹⁹⁰ V. pour la confirmation de ce délai de 15 jours, déc. n° 2011-202 QPC du 2 déc. 2011 : *préc.* et déc. n° 2011-135/140 QPC du 9 juin 2011 : *préc.*

fait de poser l'exigence d'une intervention dans les plus brefs délais, tout en assurant qu'un délai de quinze jours satisfait à cette obligation, caractériserait presque une contradiction de motifs.

741. C'est le motif particulier de la privation de liberté, lié à l'état mental de la personne privée de liberté, qui justifie pour le Conseil constitutionnel cette intervention tardive. Il s'agit donc, pour le Conseil constitutionnel, d'abandonner tout le début de l'internement à l'appréciation des seules autorités médicales³¹⁹¹, le juge judiciaire se voyant écarté, son intervention étant considérée inutile à défaut de capacité médicale, voire nuisible au traitement³¹⁹². D'abord, les motifs médicaux et les finalités thérapeutiques de l'internement n'empêchent pas une intervention judiciaire immédiate : dès les premières heures de l'internement, les autorités médicales doivent se prononcer sur l'état médical de l'interné³¹⁹³, et une première appréciation fondée sur ces éléments médicaux est possible. Et si l'hospitalisation a débuté dans la procédure d'urgence, en l'absence de certificat médical³¹⁹⁴ pour l'internement d'office, et en l'absence de demande d'un tiers pour l'isolement sanitaire³¹⁹⁵, le contrôle judiciaire rapide est d'autant plus nécessaire que le risque d'arbitraire est important. Si bien que l'intervention judiciaire quant au bien-fondé de la privation de liberté a un sens dès son début, même si une telle appréciation devrait nécessairement s'accommoder d'une certaine souplesse, alors que l'examen médical approfondi de l'aliéné n'est pas forcément encore achevé. En revanche, le contrôle restreint de la régularité de l'internement peut être exercé immédiatement sans difficulté. Sans doute faut-il voir aussi dans ce report une manifestation contestable de la prise en compte de l'effet supposé

³¹⁹¹ S'il est vrai que l'autorité de police intervient cependant dès l'origine de la mesure décidée d'office, l'autorité médicale apparaît au minimum, même dans ce cas, comme un coauteur de la décision d'internement [voir S. OVERNEY, « L'"expert", coauteur des décisions d'hospitalisation d'office des malades mentaux » ; *Dr. admin.*, 2002, chron. n° 12]. La mainmise de l'autorité médicale sur l'internement apparaît plus forte encore pour l'internement à la demande d'un tiers.

³¹⁹² Une telle mise à l'écart du juge judiciaire pour assurer l'efficacité maximale au traitement médical trouve une certaine résonance dans la pratique et même dans la doctrine spécialisée [v. le commentaire de la loi du 5 juil. 2011 par M. COUTURIER, *RDSS*, 2012, p. 97].

³¹⁹³ Ainsi, l'hospitalisation à la demande d'un tiers suppose déjà l'existence de deux certificats médicaux attestant que les conditions de l'internement sont réunies [art. L. 3212-1 CSP]. La même disposition prévoit l'existence d'un seul certificat médical en cas de péril imminent. En cas de « *risque grave d'atteinte à l'intégrité du malade* », l'hospitalisation peut alors être possible sur un certificat médical d'un médecin exerçant dans l'établissement [art. L. 3212-3 CSP]. L'hospitalisation décidée par le représentant de l'État nécessite également l'existence d'un certificat médical [art. L. 3213-1 CSP]. Dans tous les cas, l'article L. 3211-2-2 du Code de la santé publique rappelle que la personne internée doit faire l'objet d'un certificat médical d'un médecin se prononçant sur la nécessité de maintenir l'hospitalisation.

³¹⁹⁴ Art. L. 3213-2 CSP.

³¹⁹⁵ Art. L. 3212-3 CSP.

bénéfique de l'internement, justifiant un contrôle judiciaire moindre, dès lors que la mesure de contrainte est prise dans l'intérêt du malade³¹⁹⁶.

742. Si le Conseil constitutionnel fixait une limite à ne pas franchir, le législateur demeurerait libre de prévoir un recours en deçà. Il a choisi d'abord de se contenter du minimum, en obligeant le juge des libertés et de la détention à se prononcer pour prolonger l'hospitalisation sous contrainte avant l'écoulement d'un délai de quinze jours³¹⁹⁷. Le juge demeure libre, pendant ce délai de demander une expertise³¹⁹⁸, ce qui pouvait reporter l'intervention judiciaire à vingt-neuf jours après le début de l'hospitalisation³¹⁹⁹. Finalement, c'était un recours à bref délai que le législateur imposait³²⁰⁰ : la jurisprudence du Conseil constitutionnel aboutissait à admettre un cas de privation de liberté de longue durée, pour lequel l'*Habeas corpus* ne s'applique pas, le premier contrôle judiciaire s'opérant avec la même exigence de célérité que le contrôle de proportionnalité. Le législateur a désormais réduit le délai de la première intervention du juge des libertés et de la détention, actant lui-même du caractère tardif du délai de quinze jours, en le ramenant à douze jours³²⁰¹, sans modifier sa faculté de proroger le délai de quatorze jours lorsqu'il décide de recourir à une expertise³²⁰².

743. L'avancée de la jurisprudence constitutionnelle actuelle : la reconnaissance partielle du chaînage de la privation de liberté. Parmi ces solutions qui peinent à assurer une défense efficace de la liberté individuelle, au moins le Conseil constitutionnel tient-il compte de la succession des différents régimes de détention pour fixer le délai limite dans lequel le juge judiciaire doit intervenir, pour le suspect³²⁰³, comme pour la

³¹⁹⁶ V. sur l'assouplissement des garanties de la privation de liberté par la prise en compte de l'effet bénéfique de celle-ci, *supra*, n° 420 et s.

³¹⁹⁷ Art. L. 3211-12-1 CSP.

³¹⁹⁸ Il est même obligé d'y recourir pour élargir pour les cas d'hospitalisation d'office dérogatoires [art. L. 3211-12 CSP].

³¹⁹⁹ L'ordonnance du juge, qui commande l'expertise, fait partir le délai de quatorze jours, celle-ci pouvant être adoptée pendant le délai de quinze jours.

³²⁰⁰ Art. L. 3211-12 CSP. Le délai dans lequel le juge doit se prononcer, en cas de demande de libération au cours de l'internement, est de douze jours à compter de l'enregistrement de la requête ou de vingt-cinq jours si une expertise est demandée. Là encore, deux expertises sont obligatoires pour élargir dans les mêmes hypothèses que celles décrites précédemment.

³²⁰¹ Art. L. 3211-12-1 CPP, tel qu'issu de la loi n° 2013-869 du 27 sept. 2013 modifiant certaines dispositions issues de la loi n° 2011-803 du 5 juil. 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge : *J. O.*, 29 sept. 2013, p. 16230 ; *Procédures*, 2013, comm. n° 320 ; obs. J. BUISSON ; *JCP*, 2013, n° 1065, note M. PRIMEVERT ; *Dr. famille*, 2013, comm. n° 156, obs. I. MARIA.

³²⁰² Les hypothèses obligeant le juge à obtenir une expertise avant de libérer ont été également réduites.

³²⁰³ V. pour l'appréciation de la célérité de l'intervention du juge judiciaire en cas de défèrement du suspect, prenant en compte la durée de la garde à vue préalable, déc. n° 2010-80 QPC du 17 déc. 2010 : *préc.*

détention administrative³²⁰⁴. Cette jurisprudence aboutit à reconnaître le chaînage de la privation de liberté de police³²⁰⁵, qui dure jusqu'au contrôle d'*Habeas corpus*, celle-ci devant être considérée comme une détention unique, malgré l'éventuelle succession de titres juridiques distincts. Une telle construction rappelle la pertinence de l'appréciation globale de la détention.

744. **Le recul de la jurisprudence constitutionnelle actuelle : l'éclatement de la privation de liberté.** Le bilan de la jurisprudence du Conseil constitutionnel reste cependant largement décevant. Il présente une vision éclatée de la privation de liberté, en fixant des seuils divers, alors même que le droit plus ancien tentait d'établir une convergence³²⁰⁶. Le Conseil constitutionnel consacre ici pleinement son affirmation selon lequel le législateur peut prévoir des modalités d'application différentes d'intervention de l'autorité judiciaire³²⁰⁷, sauf que ses distinctions n'apparaissent pas guidées par la gravité de l'atteinte à la liberté individuelle, mais par l'opportunité, qu'il s'agisse d'organiser matériellement l'intervention du juge judiciaire, ou même d'assurer l'objectif de la privation de liberté sans perturbation du gardien de la liberté individuelle. La jurisprudence constitutionnelle reprend sans doute à son compte l'affirmation de l'article 66 de la Constitution, qui rappelle que l'autorité judiciaire assure la protection de la liberté individuelle « *dans les conditions prévues par la loi* ». Pourtant, les travaux préparatoires de la rédaction de la Constitution montrent que la référence aux « *conditions prévues par la loi* » à l'article 66 de la Constitution visait d'abord à éviter la remise en cause des régimes privatifs de liberté d'exception préexistant à la Constitution et liés aux événements survenus en Algérie³²⁰⁸.

745. Au regard des décisions du Conseil constitutionnel, la recherche d'une l'efficacité maximale de la privation de liberté n'est pas étrangère à cet éclatement. Pourtant, la célérité de l'*Habeas corpus* n'a pas à faire l'objet d'une conciliation avec la protection de

³²⁰⁴ V. pour la fixation du délai butoir de sept jours pour la rétention administrative de l'étranger, incluant l'éventuelle garde à vue préalable de l'étranger, déc. n° 2011-631 DC du 9 juin 2011 : *préc.* ; consid. n° 73.

³²⁰⁵ Celle-ci est déjà reconnue pour la privation de liberté de police du suspect par la Cour européenne des droits de l'Homme, puisque celle-ci apprécie la célérité de la traduction du suspect devant le juge, qui pourra prolonger la détention dans sa phase judiciaire, de manière globale, indépendamment de la succession de titres de détentions différents [*Moulin : préc.*].

³²⁰⁶ V. *supra*, n° 729 et s.

³²⁰⁷ V. *supra*, n° 724.

³²⁰⁸ V. *supra*, n° 98.

l'ordre public³²⁰⁹, qui ne tolère pas non plus la détention arbitraire, prohibée de manière absolue par l'article 66 de la Constitution. C'est la libération erronée et non l'intervention du juge judiciaire, qui menace l'ordre public, préoccupation sans incidence sur la célérité. À défaut, l'effritement constant de l'*Habeas corpus* aboutit à exprimer une certaine défiance à l'égard du juge de la privation de liberté.

746. Une vision unitaire de la privation de liberté, imposant l'*Habeas corpus* avec une célérité similaire, ne semble pas incohérente, dès lors que c'est l'arbitraire qui porte atteinte à la liberté individuelle, celui-ci étant le même, indépendamment du cas de privation de liberté. Le Conseil constitutionnel continue en tout cas de creuser la distinction entre privation de liberté de police judiciaire et privation de liberté de police administrative, l'effritement de l'*Habeas corpus* étant encore plus forte dans ce cas, alors que, paradoxalement, les prérogatives étendues de l'autorité administrative justifie une intervention du juge judiciaire rapide, d'autant plus que le contrôle en temps réel de l'autorité judiciaire ne s'y applique pas³²¹⁰.

747. **La privation de liberté du suspect : seul cas d'*Habeas corpus* supra-légal.** Finalement, l'essentiel de la jurisprudence constitutionnelle concernant la célérité de l'intervention judiciaire a été fixée dès les années 1980, concernant les lois *Bonnet* et *Sécurité et liberté*. Cette jurisprudence, sans nul doute novatrice à l'époque, n'a pas su profiter du contrôle *a posteriori* pour se développer et s'est même dégradée au fil du temps, en contradiction avec les progrès de modernité qui devraient favoriser la rapidité : l'extension du champ de la privation de liberté³²¹¹ n'est sans doute pas sans répercussion sur les capacités de l'autorité judiciaire à assurer un contrôle rigoureux de la privation de liberté. L'article 66 de la Constitution n'apparaît plus comme l'outil de pointe de protection des libertés. En admettant des délais de l'ordre de la semaine³²¹², l'intervention judiciaire n'est pas assez rapide pour être efficace et se rapproche du recours à bref délai. Comme le prévoit le texte de la Convention européenne des droits de l'Homme, l'exigence de célérité forte ne concerne plus que le suspect, tandis que pour les cas de privation de liberté de police administrative, le recul de la célérité de la première intervention judiciaire aboutit à lui dénier la qualification

³²⁰⁹ Les décisions du Conseil constitutionnel qui ont admis l'effritement de l'*Habeas corpus* se sont référés à cette conciliation classique [déc. n° 2011-631 DC du 9 juin 2011 : *préc.* ; consid. n° 72, ou déc. n° 2010-80 QPC du 17 déc. 2010 : *préc.* ; consid. n° 4, ou déc. n° 2010-71 QPC du 26 nov. 2010 : *préc.* ; consid. n° 16].

³²¹⁰ V. *supra*, n° 634 et s.

³²¹¹ V. sur cette extension, *supra*, n° 590 et s.

³²¹² Délais retardés au surplus en cas d'usage du référé-détention aboutissant à donner un caractère suspensif à l'appel du magistrat du parquet de la décision de libération du juge d'*Habeas corpus* [v. *supra*, n° 705 et s.].

d'*Habeas corpus*. À l'inverse, la jurisprudence européenne marque un relèvement de sa jurisprudence de l'appréciation de la célérité de l'*Habeas corpus*.

B) Le droit européen : le relèvement de la célérité de l'*Habeas corpus*

748. **Le cas d'*Habeas corpus*.** La Convention européenne des droits de l'Homme organise l'*Habeas corpus* uniquement pour la privation de liberté de police du suspect, sur le fondement de l'article 5 § 3, qui impose que le suspect soit traduit « aussitôt » devant l'autorité judiciaire indépendante³²¹³, pour assurer la lutte contre l'arbitraire³²¹⁴ et la prévention des tortures et des traitements inhumains et dégradants³²¹⁵. Pour les autres cas, soit la privation de liberté, celle judiciaire, se fonde dès son origine sur un titre provenant d'un tribunal³²¹⁶, et le contrôle de celui-ci se trouve incorporé au titre de privation de liberté, soit la privation de liberté, celle de police, ne repose pas sur un tel titre, et le droit interne doit aménager, au moins³²¹⁷, un recours à l'initiative de la personne détenue devant un tribunal à bref délai, naissant à l'arrestation, pour lui permettre d'obtenir la libération.

749. Le point de départ du délai soumis à l'article 5 § 3 réside dans l'arrestation du suspect, quelle que soit sa forme, alors que son terme se trouve dans la traduction devant le magistrat³²¹⁸ de l'article 5 § 3, indifféremment de la succession de titre de privation de liberté³²¹⁹ : la détention de police du suspect s'apprécie uniformément³²²⁰. Le magistrat de

³²¹³ V. *supra*, n° 644 et s.

³²¹⁴ CEDH, 27 juil. 2006, *Zervudacki c. France*, req. n° 73947/01 : RTDH, 2007, n° 70, p. 559, comm. M. PUECHAVY ; § 58 : « l'objet de l'article 5 § 3, qui forme un tout avec le paragraphe 1 c) du même article [...] consiste à fournir aux individus privés de leur liberté une garantie spéciale : une procédure judiciaire visant à s'assurer que nul n'est arbitrairement privé de sa liberté ».

³²¹⁵ Par ex. CEDH, sect. V, 21 avr. 2011, *Nechiporuk et Yonkalo c. Ukraine*, req. n° 42310/04 ; § 215.

³²¹⁶ Au sens de la Convention [v. *supra*, n° 663 et s.].

³²¹⁷ Le développement en droit français d'un *Habeas corpus* dépasse donc le standard européen [v. *supra*, n° 641 et s.].

³²¹⁸ L'article 5 § 3 vise « un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires ».

³²¹⁹ V. *supra*, n° 66.

³²²⁰ La seule limite à l'appréciation uniforme de la privation de liberté de police du suspect tient à l'exclusion de la détention extraditionnelle de l'article 5 § 3, alors pourtant que la détention reste liée à la commission d'une infraction [CEDH, sect. IV, 17 juin 2003, *Raf c. Espagne*, req. n° 53652/00 : Europe, 2003, comm. n° 295, obs. V. Lechevallier], dans une position conforme à la lettre de la Convention : la détention extraditionnelle est réglée par l'article 5 § 1^{er}-f), alors que le champ d'application de l'article 5 § 3 est déterminé par l'article 5 § 1^{er}-c). La solution a été reprise par le juge français. Ainsi la Cour de cassation rappelle-t-elle que « la garde à vue [...] et la rétention judiciaire résultant de l'exécution d'un mandat d'arrêt européen, sont des mesures de nature distincte qui n'ont pas le même objet » [Cass. crim., 13 avr. 2010, n° 10-81.810, Bull. crim., n° 68 ; AJP, 2010, p. 404, obs. G. ROYER]. L'ancienne loi française, qui autorisait la prolongation de police par le procureur général au bout de quarante-huit de détention [ou quatre-vingt-seize heures en cas de garde à vue préalable], apparaissait dès lors conventionnelle, puisque le recours devait obéir « au bref délai » de l'article 5 § 4 [art. 695-27 CPP]. On pouvait toutefois douter de la constitutionnalité du dispositif et le législateur, au cours de

l'*Habeas corpus* du suspect doit être indépendant³²²¹, pouvoir exercer un large contrôle de la privation de liberté³²²² et avoir le pouvoir de libération³²²³. La notion de traduction suppose enfin que le juge entende personnellement le suspect³²²⁴. À défaut d'une de ses critères cumulatifs de la qualification, toute traduction est insuffisante et la durée de la privation de liberté du suspect sans *Habeas corpus* se poursuit, altérant sa célérité.

750. Un exemple de construction de jurisprudence européenne.

La jurisprudence est une construction changeante faite d'évolutions progressives, de revirements brutaux, de stagnations, d'incertitudes, ou de progrès en attente de confirmation, qui n'est pas sans impact sur la sécurité juridique ou la prévisibilité de la loi, et la jurisprudence européenne est évidemment aussi concernée par ces mouvements. En droit de la privation de liberté, la jurisprudence européenne a connu une accélération concernant le droit à l'assistance d'un avocat durant les interrogatoires de garde à vue par l'arrêt *Salduz*³²²⁵, tandis que la portée du nouveau droit est incertaine, dans l'attente d'éclaircissements sur les développements de l'arrêt *Dayanan*³²²⁶. Le meilleur encadrement de la détention de police posé par l'arrêt de section *Medvedyev*³²²⁷, par l'exigence du contrôle en temps réel de l'autorité judiciaire indépendante³²²⁸ et par la consécration du *paquet* de droits généré par l'arrestation³²²⁹, passé sous silence par l'arrêt de Grande chambre³²³⁰, a été contredit par la

la réforme de la garde à vue, confiait le pouvoir de prolonger la privation de liberté, après la présentation au procureur général, au premier président de la cour d'appel ou au magistrat du siège désigné par lui.

³²²¹ V. *supra*, n° 644 et s.

³²²² CEDH, gde ch., 29 avr. 1999, *Aquilina c. Malte*, req. n° 25642/94 : *Rec. CEDH*, 1999-III ; § 52. La Cour affirme que « les questions que l'article 5 § 3 oblige le magistrat à examiner vont au-delà du seul aspect de la légalité cité par le Gouvernement » et que, « destiné à établir si la privation de liberté de l'individu est justifiée, le contrôle requis par l'article 5 § 3 doit être suffisamment ample pour couvrir les diverses circonstances militent pour ou contre la détention ». V. sur ce point par ex. CEDH, sect. III, 4 mars 2008, *Samoila et Cionca c. Roumanie*, req. n° 33065/03 ; § 50 ; le simple renvoi de la juridiction, dans le délai admis par la Convention, à une juridiction supérieure afin qu'elle tranche, ne constitue pas l'*Habeas corpus*.

³²²³ V. par ex. CEDH, gde ch., 29 mars 2010, *Medvedyev et autres c. France*, req. n° 3394/03 : *Rec. CEDH*, 2010 ; *D.*, 2010, p. 1386, obs. S. LAVRIC ; *ibid.*, p. 1390, note P. HENNION-JACQUET ; *ibid.*, p. 1386, note J.-F. RENUCCI ; *ibid.*, p. 952, entretien P. SPINOSI ; *ibid.*, p. 970, obs. D. REBUT ; *AJDA*, 2010, p. 648, obs. S. BRONDEL ; *RSC*, 2010, p. 685, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; § 124.

³²²⁴ *Ibid.*

³²²⁵ CEDH, gde ch., 27 nov. 2008, *Salduz c. Turquie*, req. n° 36391/02 : *Rec. CEDH*, 2008 ; *D.*, 2009, p. 2897, note J.-F. RENUCCI ; *AJDA*, 2009, p. 852, chron. J.-F. FLAUSSE ; *JCP*, 2009, I, n° 104, chron. F. SUDRE ; *Dr. pénal*, 2009, n° 4, chron. E. DREYER ; v. *supra*, n° 299.

³²²⁶ V. CEDH, sect. II, 13 nov. 2009, *Dayanan c. Turquie*, req. n° 7377/03 : *AJP*, 2010, p. 27, note C. SAAS ; *D.*, 2009, p. 2897, note J.-F. RENUCCI ; *RSC*, 2010, p. 231, obs. D. ROETS ; *Gaz. Pal.*, 3 déc. 2009, note H. MATSOPOULOU ; *Dr. pénal*, 2010, n° 3, chron. V. LESCLOUS ; *supra*, n° 299.

³²²⁷ CEDH, sect. V, 10 juil. 2008, *Medvedyev et autres c. France*, req. n° 3394/03 ; *D.*, 2008, p. 3055, note P. HENNION-JACQUET ; *AJP*, 2008, p. 469, obs. C. SAAS.

³²²⁸ V. *supra*, n° 622, sur l'abandon du contrôle en temps réel, et *supra*, n° 185, sur l'abandon du *paquet*.

³²²⁹ V. *supra*, n° 185.

³²³⁰ *Medvedyev*, gde ch. : *préc.*

jurisprudence ultérieure³²³¹. Le long mouvement du meilleur encadrement de la peine perpétuelle est désormais au ralenti³²³². Quant au nouveau principe dégagé qui ouvre un contrôle de la disproportion manifeste du *quantum* de la peine prononcée, celui-ci reste encore virtuel³²³³. Le contrôle européen de la durée de la garde à vue, définie largement donc, est un exemple intéressant de construction de jurisprudence européenne, pour avoir tiré d'un cas concret, une règle abstraite, d'abord appliquée sous les apparences d'un contrôle *in concreto*, avant que la Cour n'assume plus franchement la dimension normative de sa jurisprudence, au cours d'un long processus sans véritable progrès. Désormais, plusieurs arrêts établissent un contrôle plus strict de cette durée, pour une portée incertaine. L'appréciation *in abstracto* de la durée de la garde à vue a abouti à poser une limite maximale de quatre jours (1). La Cour européenne des droits de l'Homme tend à raffermir l'*Habeas corpus* par l'établissement d'une appréciation *in concreto* de la durée (2).

1) L'appréciation *in abstracto* de la durée de garde à vue : la limite maximale de quatre jours

751. **La loi d'airain : l'arrêt *Brogan*.** L'arrêt fondamental de la matière reste l'arrêt *Brogan*³²³⁴ de 1988, sur lequel la Cour s'est appuyé de nombreuses fois et a érigé une limite maximale abstraite de quatre jours de garde à vue sans contrôle judiciaire. La Commission avait fixé des limites *in abstracto* en s'appuyant sur les faits : cinq jours pour les infractions terroristes et quatre jours pour les infractions de droit commun. La Cour s'appuyait sur la différence dans les termes employés, celui d'« aussitôt » contenu dans la traduction française, par rapport au terme « promptly », utilisé par la version anglaise, pour en faire une sorte de synthèse, à mi-chemin : « *en interprétant et appliquant la notion de "promptitude" on ne peut témoigner de souplesse qu'à un degré très faible* ». Finalement, elle estimait que l'ensemble des durées des gardes à vue soumises à son examen violaient l'exigence de célérité, dont la plus courte, celle de quatre jours et six heures, sans poser pour autant de limite abstraite. Tel que formulé, le raisonnement posé par la Cour européenne des

³²³¹ *Vassis* : préc.

³²³² V. *supra*, n° 770 et s.

³²³³ V. *supra*, note n° 1522.

³²³⁴ CEDH, plén., 29 nov. 1988, *Brogan et autres c. Royaume-Uni*, req. n°s 11209/84, 11234/84, 11266/84 et 11386/85 : *Rec. CEDH*, série A, n° 145-B.

droits de l'Homme annonçait une appréciation plus sévère pour les infractions de droit commun, la Cour tenant compte dans l'arrêt *Brogan* du contexte terroriste³²³⁵.

752. Pourtant, la fameuse durée de quatre jours et six heures allait devenir le maître étalon de la jurisprudence de la Cour européenne, une limite abstraite, sans aucune distinction tenant à la nature de l'infraction. Par simple comparaison, la garde à vue sans contrôle judiciaire dépassant la durée est censurée³²³⁶, si bien que le rappel de l'appréciation *in concreto* de la promptitude³²³⁷, ou l'usage de la jurisprudence *Brogan* au titre de simple exemple³²³⁸, sont un trompe-l'œil. Inversement, cette appréciation abstraite de la Cour aboutit à ce qu'elle valide par principe les très courtes gardes à vue³²³⁹, comme elle écarte par principe les périodes assez éloignées de son seuil de référence³²⁴⁰. Puisque les faits de l'arrêt *Brogan* concernaient des infractions de cette nature, la Cour utilise logiquement la même durée de quatre jours et six heures comme limite abstraite et maximale à ne pas dépasser en matière terroriste : elle ne veut pas donner « *carte blanche* »³²⁴¹ aux États en cette matière³²⁴².

³²³⁵ *Brogan*, plén. : préc ; § 60 : « il n'y a pas lieu de déterminer en l'occurrence si, dans une affaire pénale ordinaire, une période donnée de garde à vue policière ou administrative – quatre jours par exemple – pourrait en principe cadrer avec le début de l'article 5 par. 3 ».

³²³⁶ Pour des exemples, CEDH, sect. III, 3 mai 2007, *Soysal c. Turquie*, req. n° 50091/99 ; § 75. – CEDH, sect. III, 12 avr. 2007, *Haci Ozen c. Turquie*, req. n° 46286/99, en angl. ; § 84 et s. – CEDH, sect. III, 20 juin 2002, *Igdeli c. Turquie*, req. n° 29296/95, en angl. ; § 29. – CEDH, sect. III, 16 oct. 2001, *O'Hara c. Royaume-Uni*, req. n° 37555/97 : *Rec. CEDH*, 2001-X ; § 46. – CEDH, ch., 26 nov. 1997, *Sakik et autres c. Turquie*, req. n°s 23878/94, 23879/94, 23880/94, 23881/94, 23882/94 et 23883/94 : *Rec. CEDH*, 1997-II ; *RSC*, 1998, p. 384, obs. R. KOERING-JOULIN [douze et quatorze jours]. – CEDH, sect. III, 10 novembre 2005, *Celik et Yildiz c. Turquie*, req. n° 51479/99 ; § 26 [six jours]. – CEDH, sect. II, 10 mars 2009, *Boke et Kandemir c. Turquie*, n°s 71912/01, 26968/02 et 36397/03, en angl. ; § 62 [sept jours] – CEDH, sect. II, *Yoldas c. Turquie*, req. n° 27503/04 ; § 43 [six jours].

³²³⁷ Pour un exemple CEDH, sect. II, 3 juin 2003, *Pantea c. Roumanie*, req. n° 33343/96 : *Rec. CEDH*, 2003-VI ; *D.*, 2003, p. 2268, obs. J.-F. RENUCCI ; § 238 et 239, concernant une privation de liberté de près de quatre mois, sans réel contrôle judiciaire indépendant.

³²³⁸ CEDH, sect. V, 21 oct. 2010, *Kornev et Karpenko c. Ukraine*, req. n° 17444/04, en angl. ; § 47.

³²³⁹ Ainsi, un délai de près de vingt heures « satisfait amplement aux garanties énoncées à l'article 5 § 3 » [CEDH, sect. III, 17 janv. 2012, *Costache Patricio c. Roumanie*, req. n° 43750/05, déc. ; § 74].

³²⁴⁰ Six jours avant traduction devant un juge apparaît comme « *an unacceptably long time* » [CEDH, sect. V, 21 avr. 2011, *Nechiporuk et Yonkalo c. Ukraine*, req. n° 42310/04, en angl. ; § 215].

³²⁴¹ En français dans les arrêts rédigés en anglais.

³²⁴² CEDH, sect. II, 2 nov. 2004, *Abdulsamet Yaman c. Turquie*, req. n° 32446/96, en angl. ; § 73 [sept jours]. – CEDH, sect. III, 20 juin 2002, *Igdeli c. Turquie*, req. n° 29296/95, en angl. – CEDH, sect. III, 20 juin 2002, *Filiz et Kalkan c. Turquie*, req. n° 34481/97, en angl. ; § 25 [huit jours]. – CEDH, sect. I, 22 mai 2001, *Altay c. Turquie*, req. n° 22279/93 [quatorze jours]. – CEDH, sect. III, 5 déc. 2002, *Dalkilic c. Turquie*, req. n° 25756/94. La Cour l'a constamment rappelé concernant la législation turque sur les crimes contre la sûreté de l'État [v. CEDH, sect. III, 6 févr. 2003, *Zeynep Avci c. Turquie*, req. n° 37021/97 ; § 51 : alors que la détention en cause avait duré une vingtaine de jours avant traduction, la Cour relevait que « elle l'a déjà maintes fois confirmé par le passé, une période de garde à vue de quatre jours et six heures sans contrôle judiciaire va au-delà des strictes limites de temps fixées par l'article 5 § 3, même quand elle a pour but de prémunir la collectivité dans son ensemble contre le terrorisme ». La formule a été ensuite reprise. [CEDH, sect. IV, 22 juil. 2003, *Ayse Tepe c. Turquie*, req. n° 29422/95, ou CEDH, sect. III, 8 avr. 2004, *Sadak c. Turquie*, req. n°s 25142/94 et 27099/958 ; § 63, ou CEDH, sect. II, 20 avr. 2004, *Mamac et autres c. Turquie*, req. n°s 29486/95, 29487/95 et 29853/96 ; § 33, ou CEDH, sect. III, 22 avr. 2004, *Sarikaya c. Turquie*, req. n° 36115/97 ; § 53. La

Cette appréciation *in abstracto* joue même lorsque la durée de la garde à vue s'approche de la limite de quatre jours et six heures, sans analyse plus fine, pour des infractions de droit commun³²⁴³ et pour des infractions en matière terroriste³²⁴⁴. Inversement, le dépassement du délai plus ténu, pour des gardes à vue de cinq jours, même en matière terroriste, sont également censurées abstraitement par référence à l'arrêt *Brogan*³²⁴⁵.

753. **La consécration de la limite abstraite de quatre jours.** Le contrôle classique de la Cour européenne des droits de l'Homme de la durée de la garde à vue, avant *Habeas corpus*, se limite à vérifier que celle-ci n'a pas dépassé la durée abstraite de quatre jours et six heures, même pour des infractions terroristes. La Cour rappelle d'ailleurs dans certaines décisions la force de ce contrôle, indiquant que celui-ci a été « *maintes fois confirmé par la suite* »³²⁴⁶, ou encore qu'« *une constante jurisprudence en la matière* » sanctionne la violation de l'article 5 § 3 « *pour tout dépassement [du délai de quatre jours et six heures] que ce soit de quelques jours ou quelques heures* »³²⁴⁷. Au regard de la jurisprudence de la Cour, la durée maximale se situe plus précisément à quatre jours. Aussi sanctionnait-elle dans un arrêt des gardes à vue en matière terroriste d'« *au moins quatre jours* »³²⁴⁸. Dans des arrêts plus francs, la Cour admettait cette limite abstraite de quatre jours³²⁴⁹ et affirmait, par exemple, dans une formule à la clarté affirmée, qu'une « *période de garde à vue dépassant quatre jours est prima facie trop longue, même dans un contexte de lutte contre le terrorisme* »³²⁵⁰. Dès lors, compte-tenu de cette jurisprudence déjà ancienne de la Cour, l'arrêt *Moulin* ne faisait qu'appliquer ces principes, sans véritable apport³²⁵¹.

Cour a particulièrement expliqué ses principes en la matière dans l'arrêt *Dikme* [CEDH, 11 juil. 2000, *Dikme c. Turquie*, req. n° 20869/92 : *Rec. CEDH*, 2000-VIII ; § 63 et s.].

³²⁴³ CEDH, sect. III, 1^{er} avr. 2008, *Varga c. Roumanie*, req. n° 73957/01 ; § 54. En l'espèce, cependant, il ne s'agissait pas d'une garde à vue au sens strict, mais d'une détention provisoire décidée par le magistrat du parquet, avant contrôle judiciaire ultérieur. – CEDH, sect. II, 5 déc. 2006, *Canoz c. Turquie*, req. n° 28480/02, *déc.* La garde à vue particulièrement longue, de trois jours et seize heures, pour des faits de cambriolage multiples et en réunion, était admise abstraitement.

³²⁴⁴ CEDH, sect. III, 30 mars 2010, *Sarigul c. Roumanie et Turquie*, req. n° 9936/04, *déc.* ; § 74. – CEDH, sect. IV, 5 déc. 2006, *Sar et autres c. Turquie*, req. n° 74347/01 ; § 28. Par exemple, une garde à vue de quatre-vingt-sept heures, dans le cadre d'infractions terroristes, était validée par la Cour qui appréciait cette durée par simple comparaison, constatant que la durée de la garde à vue était en l'espèce « *inférieure à celle qu'elle a relevé dans l'affaire Brogan* ».

³²⁴⁵ CEDH, sect. III, 22 juin 2006, *Ayaz et autres c. Turquie*, req. n° 11804/02 ; § 26. – CEDH, sect. IV, 4 mai 2006, *Ruzgar c. Turquie*, req. n° 59246/00 ; § 32. – CEDH, sect. II, 25 avr. 2006, *Ahmet Mete c. Turquie*, req. n° 77649/01, en angl. ; § 35.

³²⁴⁶ CEDH, sect. III, 22 déc. 2005, *Putun c. Turquie*, req. n° 31734/96 ; § 40.

³²⁴⁷ CEDH, sect. III, 9 févr. 2006, *Aydin et autres c. Turquie*, req. n° 47927/99, *déc.*

³²⁴⁸ CEDH, sect. III, 19 juil. 2007, *Tus et autres c. Turquie*, req. n°s 7144/02 et 39865/02 ; § 15.

³²⁴⁹ CEDH, sect. II, 3 févr. 2009, *Ipek et autres c. Turquie*, req. n°s 17019/02 et 30070/02, en angl. ; § 39.

³²⁵⁰ CEDH, sect. IV, 23 juin 2009, *Oral et Atabay c. Turquie*, req. n° 39686/02 ; § 43.

³²⁵¹ *Moulin* : *préc.* Une avocate était placée en garde à vue le 13 avril à 14 h 15. Un mandat d'amener succédant à la garde à vue, la suspecte était seulement traduite devant le magistrat d'instruction, pour l'interrogatoire de

754. Le détenu peut bien sûr être relâché avant ce délai de quatre jours sans traduction devant l'autorité judiciaire³²⁵². C'est donc avec justesse que la Cour de cassation a rappelé par un arrêt du 15 décembre 2010³²⁵³ la capacité du magistrat du parquet à prolonger la garde à vue de droit commun au regard de l'article 5 § 3, même sans être le magistrat devant qui le suspect doit être traduit au terme de la garde à vue, parce qu'« *il ne présente pas les garanties d'indépendance et d'impartialité requises par ce texte et qu'il est partie poursuivante* », puisque son intervention, au stade de la prolongation de la garde à vue de droit commun, au-bout de vingt-quatre heures, est antérieure à la limite maximale de quatre jours. La Chambre criminelle elle-même se réfère d'ailleurs à ce délai abstrait de quatre jours, lorsque la question de la durée de la détention du suspect est posée devant elle, reconnaissant elle-même le chaînage de la détention du suspect, qui doit s'apprécier de manière uniforme, indépendamment de l'existence de titres différents de détention³²⁵⁴.

première comparution, le 18 avril à 15 h 15. Appliquant l'ensemble de ses principes classiques développés dans l'article 5 § 3, la Cour considérait l'ensemble de la privation de liberté entre l'arrestation et la première traduction devant le magistrat indépendant, indépendamment de la qualification nationale [§ 52], comme soumise au contrôle de l'article 5 § 3, rejetant sur ce point l'argumentation du gouvernement [§ 39]. La Cour souloit alors que la prolongation de la garde à vue décidée par le juge d'instruction ne pouvait constituer la traduction devant le juge de l'article 5 § 3, dès lors qu'elle s'était réalisée sans présentation. La perquisition réalisée par les magistrats instructeurs en compagnie de l'avocate ne pouvait non plus constituer le terme de la détention de police, dès lors que la question de la légalité de la privation de liberté n'avait pas été posée selon les procès-verbaux. Enfin, la présentation devant le magistrat du parquet lors de l'exécution du mandat d'amener était disqualifiée, du fait du défaut d'indépendance du magistrat à l'égard du pouvoir exécutif comme des parties. Dès lors, seule la comparution devant le juge d'instruction marquait le terme de la détention réalisée sans traduction. Par comparaison *in abstracto* avec la durée la plus courte de l'espèce *Brogan*, la Cour constatait donc une violation de la Convention. La Cour rajoutait que les modalités d'organisation de la comparution ne pouvaient justifier un retard dans la traduction, rejetant ainsi l'argumentation du gouvernement qui avait invoqué le temps de repos, en fin de semaine, des magistrats et greffiers, pour justifier le dépassement de la durée *Brogan*.

³²⁵² CEDH, ch., 22 mai 1984, *De Jong, Baljet et Van den Brink c. Pays-Bas*, req. n^{os} 8805/79, 8806/79 et 9242/81 : *Rec. CEDH*, série A, n^o 77. Le fait qu'« *un détenu ne soit pas accusé ou traduit devant un tribunal ne méconnaît pas en soi la première partie de l'article 5 § 3* » et que c'est seulement « *si l'élargissement n'a pas lieu aussitôt, [que] la personne arrêtée a le droit de comparaître rapidement devant un juge ou autre magistrat judiciaire* ».

³²⁵³ Cass. crim., 15 déc. 2010, n^o 10-83.674 : *Bull. crim.*, n^o 207 ; *RSC*, 2011, p. 142, obs. A. GIUDICELLI ; *JCP*, 2011, n^o 214, note J. LEROY ; *Procédures*, 2011, comm. n^o 67, obs. A.-S. CHAVENT-LECLÈRE ; *D.*, 2011, p. 338, obs. S. LAVRIC ; *D.*, 2011, p. 338, comm. J. PRADEL ; *Gaz. Pal.*, 4 janv. 2011, p. 21, obs. D. ROETS.

³²⁵⁴ Cass. crim., 10 mai 2012, n^o 11-87.328 : *Bull. crim.*, n^o 116. Concernant une privation de liberté réalisée suite à la remise aux autorités françaises d'un suspect, dans le cadre d'un mandat d'arrêt européen, celui-ci était entendu en première comparution, par le juge d'instruction mandant, une heure avant l'écoulement d'un délai de quatre jours, à compter de la remise aux autorités françaises. La Cour de cassation validait une telle privation de liberté, au regard de l'article 5 § 3, dès lors que « *la durée de la privation de liberté [...] a été compatible avec l'exigence de brièveté résultant [de l'article 5 § 3 de la Convention européenne]* », sans s'attarder sur les raisons d'un tel délai, admettant donc abstraitement la durée inférieure à quatre jours. V. aussi pour l'application de l'art. 5 § 3 à la privation de liberté du suspect constituée de la garde à vue, à laquelle s'ajoutait douze heures de privation de liberté, réalisées dans l'attente de la comparution devant le juge d'instruction, sans dépasser quatre jours, Cass. crim., 25 oct. 2000, n^o 00-83.253 : *Bull. crim.*, n^o 316.

755. **Vers le dépassement du contrôle *in abstracto*.** Cette limite *in abstracto*, très bien ancrée dans la jurisprudence européenne, peut apparaître décevante, non seulement du fait de sa longueur, mais aussi du fait de son contrôle étanche à la nature des infractions reprochées au suspect. Au moins la Cour met-elle à la charge des autorités la preuve de la durée de la garde à vue³²⁵⁵. La jurisprudence plus récente laisse entrevoir le retour d'un contrôle *in concreto* de la durée de la garde à vue, participant au raffermissement de l'*Habeas corpus*.

2) Vers un contrôle *in concreto* de la nécessité de la garde à vue : le raffermissement de l'*Habeas corpus*

756. **Le refus français du contrôle *in concreto* de la durée de la garde à vue.** La Cour de cassation a établi que l'opportunité du placement en garde à vue³²⁵⁶, comme de sa durée³²⁵⁷, échappe à tout contrôle juridictionnel *a posteriori*, dès lors qu'elle ne dépasse pas sa limite légale. Si elle justifie le rejet de cette appréciation dans le contentieux de l'annulation par la volonté de la réserver au magistrat de l'autorité judiciaire, chargé en temps réel du contrôle de la privation de liberté de police du suspect, elle ne contrôle pas non plus fermement les conditions d'exercice de ce contrôle³²⁵⁸. Le contrôle du bien-fondé de la garde à vue est aussi interdit au juge de l'*Habeas corpus*³²⁵⁹. Le contrôle français de la garde à vue rejoint l'approche européenne, pour se concentrer sur le respect de la durée abstraite maximale. À l'inverse, la hausse d'intensité du contrôle européen, notamment par l'adoption d'une méthode d'appréciation *in concreto* du bien-fondé de la durée de la privation de liberté de police du suspect, pourrait contraindre la jurisprudence à modifier sa position. Les premières manifestations de ce contrôle *in concreto* ont été employées par la Cour européenne des droits de l'Homme pour justifier la validation de la garde à vue du suspect

³²⁵⁵ CEDH, sect. II, 31 juil. 2007, *Asan et autre c. Turquie*, req. n° 56003/00, en angl.

³²⁵⁶ Cass. crim., 4 janv. 2005, n° 04-84.876 : *Bull. crim.*, n° 3 ; *Dr. pén.*, 2005, comm. n° 49, obs. A. MARON ; *AJP*, 2005, p. 409, note M. HERZOG-EVANS ; *ibid.*, p. 160, obs. J. LEBLOIS-HAPPE : « *alors que la décision de placer en garde à vue une personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction relève d'une faculté que l'officier de police judiciaire tient de la loi et qu'il exerce, dans les conditions qu'elle définit, sous le seul contrôle du procureur de la République ou, le cas échéant, du juge d'instruction* ».

³²⁵⁷ Cass. mixte, 7 juil. 2000, n° 98-50.007 : *Bull. crim.*, n° 257 ; *JCP*, 2000, II, n° 10418, note O. GUÉRIN ; *Procédures*, 2001, comm. n° 17, note J. BUISSON ; *RSC*, 2001, p. 189, obs. A. GIUDICELLI : « *les personnes à l'encontre desquelles il existe des indices faisant présumer qu'elles ont commis ou tenté de commettre une infraction peuvent être gardées à vue pendant une durée n'excédant pas vingt-quatre heures* ».

³²⁵⁸ V. *supra*, n° 625 et s.

³²⁵⁹ V. *infra*, n° 922 et s.

sans contrôle judiciaire au-delà de quatre jours du fait de circonstances exceptionnelles (a). Ce n'est que récemment que la Cour européenne des droits de l'Homme a recouru au contrôle *in concreto* pour sanctionner des gardes à vue inférieures à la limite abstraite (b).

a. *Le contrôle in concreto comme cause d'allongement de la durée de la garde à vue : le contrôle de circonstances exceptionnelles*

757. Les circonstances exceptionnelles extérieures à l'infraction.

Les circonstances extérieures à l'infraction doivent être exceptionnelles pour justifier le dépassement du délai abstrait : des questions liées à l'organisation matérielle de la justice permettent de retarder la traduction devant un magistrat indépendant³²⁶⁰, ou de vagues mentions sur la météorologie ne peuvent convaincre la Cour³²⁶¹. L'acceptation du dépassement de la limite de la durée de quatre jours par l'analyse *in concreto* a principalement concerné les détentions policières suivant les arrestations réalisées en haute mer, dans des opérations de lutte internationale contre la délinquance internationale³²⁶² : la Cour y a admis la détention policière du suspect pendant encore treize jours³²⁶³, seize jours³²⁶⁴ et même dix-huit jours³²⁶⁵, avant traduction devant un magistrat indépendant. La Cour s'attache toutefois à vérifier que le délai de transport n'a pas retardé la traduction au-delà de ce qui est nécessaire, en tenant compte de la distance et du comportement des autorités, tout en ménageant une marge aux États³²⁶⁶. La nécessité d'apporter des soins du suspect permet

³²⁶⁰ CEDH, ch., 28 nov. 1991, *Koster c. Pays-Bas*, req. n° 12843/87 : *Rec. CEDH*, série A, n° 221 ; § 25. Elle avait posé ce principe concernant la justice militaire, alors qu'elle rejetait que l'organisation de manœuvres militaires justifie un délai de cinq jours, la traduction devant être organisée le samedi ou le dimanche au besoin

³²⁶¹ CEDH, gde ch., 12 mai 2005, *Öcalan c. Turquie*, req. n° 46221/99 : *Rec. CEDH*, 2005-IV : *RFDA*, 2006, p. 308, chron. H. LABAYLE ; *RSC*, 2006, p. 431, chron. F. MASSIAS ; *AJDA*, 2006, p. 466, chron. J.-F. FLAUSS ; § 103 et s.

³²⁶² Le droit interne a également été concerné concernant le contrôle de la légalité des arrestations et des détentions des suspects jusqu'à leur retour sur le sol national, montrant un contrôle plutôt lâche [v. *supra*, n° 202 et s.].

³²⁶³ *Medvedyev*, gde ch. : *préc.* ; § 127 et s.

³²⁶⁴ CEDH, sect. IV, 12 janv. 1999, *Rigopoulos c. Espagne*, req. n° 37388/97, *déc.* : *Rec. CEDH*, 1999-II.

³²⁶⁵ CEDH, 27 juin 2013, sect. V, 27 juin 2013, *Vassis et autres c. France*, req. n° 62736/09 ; *Gaz. Pal.*, 15 oct. 2013, p. 41, note F. FOURMENT ; *ibid.*, 4 juil. 2013, p. 3, obs. C. KLEITZ ; *AJP*, 2013, p. 549, obs. G. ROUSSEL ; *JCP*, 2013, n° 843, obs. L. MILANO ; *D.*, 2013, p. 1687, obs. O. BACHELET ; *RSC*, 2013, p. 656, note D. ROETS.

³²⁶⁶ L'État a seulement l'obligation de transporter le suspect avec des moyens raisonnables. Les juges TULKENS, BONELLO, ZUPANCIC, FURA, SPIELMANN, TSOTSORIA, POWER et POALELUNGI, dans leur opinion dissidente commune au sujet de l'arrêt *Medvedyev* de Grande chambre, regrettaient ce contrôle jugé insuffisant. La Cour ne contrôle pas par exemple le choix du navire pour le transport et n'impose pas que l'État envoie un magistrat à la rencontre du suspect : l'embarcation arraisonnée pouvant servir de moyen de transport, même si celle-ci, pas vraiment adaptée à la navigation en haute mer, présente une certaine lenteur [*Vassis* : *préc.*]. La Cour européenne

exceptionnellement³²⁶⁷ de retarder la traduction, sous le strict contrôle de la Cour, qui vérifie la gravité de l'état de santé³²⁶⁸.

758. Les circonstances exceptionnelles liées à l'infraction. Certains arrêts, minoritaires, ont utilisé la simplicité de l'infraction reprochée au suspect, dans un premier temps de la jurisprudence de la Cour, pour conclure à la violation de la Convention, cependant pour des détentions dépassant le délai de quatre jours et six heures³²⁶⁹. Une seule décision a retenu un délai de garde à vue supérieur à l'arrêt *Brogan*, en référence à la complexité de l'affaire, cumulée au nombre important de suspects³²⁷⁰. Sauf hypothèse exceptionnelle, servant au surplus à permettre le délai de l'arrêt *Brogan*, le contrôle de la durée de la garde à vue s'opérait principalement *in abstracto*, si bien que lorsque la Cour refusait d'« admettre qu'il ait été nécessaire de détenir le requérant » durant la période litigieuse pour conclure à la violation de la Convention³²⁷¹, il s'agissait plutôt d'une formule de style, et le principe d'un contrôle *in concreto* de la nécessité de la durée de la garde à vue à l'intérieur de la limite maximale de l'arrêt *Brogan*, contenu dans la formulation, est longtemps resté virtuel³²⁷².

759. La conventionnalité de la garde à vue française de six jours. Au regard de la durée abstraite maximale de quatre jours posée par la Cour européenne des droits de l'Homme, la conventionnalité de la garde à vue de six jours du droit français, concernant les

n'interprétait pas plus restrictivement dans ce dernier arrêt la nécessité du délai de transport, malgré l'opinion dissidente commune précitée.

³²⁶⁷ *Soysal* : préc. ; § 75. Il incombe « aux autorités judiciaires d'organiser le système de garde à vue de sorte que le requérant, même malade, ne soit pas détenu plus de quatre jours avant d'être présenté à un juge ». La traduction réalisée dix jours après l'arrestation, quand bien même les interrogatoires n'avaient été réalisés que durant trois jours, et que le suspect avait passé le reste du temps dans un centre de santé, afin de bénéficier de soins, viole en conséquence la Convention.

³²⁶⁸ CEDH, sect. I, 6 oct. 2005, *H. Y et Hu. Y c. Turquie*, req. n° 40262/98 ; § 142. En revanche, un état de santé plus détérioré justifiant une intervention chirurgicale lourde, pour un suspect se trouvant dans le coma, justifie le report de la traduction quatorze jours après l'arrestation.

³²⁶⁹ CEDH, sect. II, 8 nov. 2005, *Das c. Turquie*, req. n° 74411/01 ; § 24 et s., en angl. Ainsi, concernant des infractions terroristes, la Cour européenne des droits de l'Homme sanctionnait la garde à vue d'une durée de quatre jours et vingt heures notamment au regard des actes simplistes réalisés durant l'enquête. – CEDH, sect. V, 15 mars 2007, *Kaiser c. Suisse*, req. n° 17073/04 ; § 40. Dans une autre espèce, pour des infractions liées à la prostitution, la Cour refusait de valider une garde à vue de cinq jours compte tenu de l'« affaire pénale dont la complexité juridique et factuelle était relativement modeste ».

³²⁷⁰ *Aydın, déc.* : préc. En l'espèce, la Cour remarquait que trente-deux personnes avaient été arrêtées pour des faits de vols commis en réunion en lien avec une organisation internationale pour admettre des gardes à vue de plus de quatre jours. Si cet arrêt est isolé dans la jurisprudence de la Cour et fragilise sa jurisprudence, il faut admettre que les faits étaient exceptionnels.

³²⁷¹ CEDH, sect. III, 2 févr. 2006, *Duran Sekin c. Turquie*, req. n° 41968/98 ; § 26. – CEDH, sect. IV, 10 janv. 2006, *Imret c. Turquie*, req. n° 42572/98 ; § 31, pour une garde à vue de sept jours. – CEDH, sect. II, 27 juil. 2006, *Ferhat Berk c. Turquie*, req. n° 77366/01 ; § 18, pour une garde à vue de 9 jours. – CEDH, sect. III, 20 oct. 2005, *Ataoglu c. Turquie*, req. n° 77111/01 ; § 24, garde à vue de sept jours.

³²⁷² Ce qui rappelle que les principes virtuels contenus dans la jurisprudence européenne, même longtemps gelés, ont vocation à être activés par la Cour.

infractions terroristes³²⁷³, se pose³²⁷⁴. Pour autant, puisque la Convention européenne des droits de l'Homme semble se réserver la possibilité d'admettre des gardes à vue supérieures à quatre jours, notamment en tenant compte des circonstances exceptionnelles liées à l'infraction³²⁷⁵, le système français n'est pas par principe contraire à la convention. C'est *in concreto* que la Cour européenne validera ou non une telle garde à vue, sans que la nature terroriste des infractions ne suffise en tout cas à l'admettre. Le contrôle *in concreto* a été étendu plus récemment par la Cour, dans le sens inverse du raccourcissement du délai de la traduction.

b. Le contrôle in concreto comme cause de raccourcissement de la durée de la garde à vue

760. L'émergence du contrôle *in concreto* de la durée de la garde à vue ne dépassant pas la limite maximale abstraite. Deux premiers arrêts de la Cour européenne ont recouru à des raisonnements *in concreto* pour censurer des gardes à vue inférieures au délai de quatre jours, annonçant un contrôle plus approfondi de cette durée. La Cour a d'abord opéré un tel contrôle pour une garde à vue d'une durée de trois jours et vingt-trois heures, concernant une infraction de droit commun, en s'intéressant au comportement des autorités³²⁷⁶, au contrôle national réalisé en temps réel³²⁷⁷ et à la nature de l'infraction reprochée³²⁷⁸. La décision doit toutefois être relativisée. D'abord, la présentation avait eu lieu dans un délai très proche de la limite abstraite des quatre jours : une heure avant. Ensuite, l'arrestation contenait en elle-même un grave vice de légalité dès lors qu'elle avait été réalisée sous une qualification manifestement infondée³²⁷⁹. Elle a opéré ce même contrôle une deuxième fois en matière d'infractions terroristes, concernant des gardes à vue de trois jours subies par des mineurs³²⁸⁰. Elle se fondait sur la minorité des requérants, l'absence d'un

³²⁷³ V. l'art. 706-88-1 CPP.

³²⁷⁴ Les prolongations antérieures par présentation du suspect au juge judiciaire ne sauraient constituer l'*Habeas corpus* [v. *supra*, n° 724].

³²⁷⁵ V. *supra*, n° 758.

³²⁷⁶ CEDH, sect. V, 6 nov. 2008, *Kandzhov c. Bulgarie*, req. n° 68294/01, en angl. Les autorités avaient attendu le terme du délai légal sans réaliser des actes d'enquêtes.

³²⁷⁷ La garde à vue avait été prolongée sans donner de raisons concrètes et en utilisant un formulaire stéréotypé.

³²⁷⁸ L'infraction était de faible gravité et non-violente

³²⁷⁹ La Cour va également relever une violation de l'article 10.

³²⁸⁰ *Ipek* : *préc.*

paquet de droits reconnu au suspect et le faible nombre d'actes d'enquêtes réalisés³²⁸¹, éléments permettant de relativiser la portée de cet arrêt³²⁸².

761. **Dégagement des critères employés.** Ces deux premiers aboutissaient à une hausse de contrôle légère, appliquée aux longues gardes à vue³²⁸³, causant une atteinte particulièrement sévère à la liberté individuelle³²⁸⁴, pendant lesquelles la réalisation d'actes d'enquête n'avait pas été continuée³²⁸⁵ et pour lesquelles la législation nationale n'assurait pas au suspect une protection suffisante contre l'arbitraire³²⁸⁶. En tout cas, la Grande Chambre ne citait pas ces arrêts et leurs apports dans le rappel des principes de sa dernière décision importante sur la durée de la garde à vue³²⁸⁷, et la Cour prenait soin dans sa jurisprudence ultérieure à cantonner l'apport de ces deux arrêts à la garde à vue du mineur ou à celle concernant une infraction de faible gravité³²⁸⁸.

762. **La poursuite de l'appréciation *in concreto* : le rejet du report de la traduction par la réalisation d'actes d'enquête en cas de dépassement du délai *Brogan* justifié par la durée exceptionnellement longue du transport du suspect.** Pour les cas exceptionnels impliquant une longue durée de transport pour réaliser la traduction³²⁸⁹, l'arrêt *Medvedyev* ne s'était pas prononcé sur la capacité du délai de l'arrêt *Brogan* à renaître à l'arrivée sur le territoire national des suspects, auquel cas les nécessités de l'enquête

³²⁸¹ L'unique interrogatoire ayant été effectué par les autorités au cours du deuxième jour

³²⁸² La Cour continuait de hausser son contrôle de la privation de liberté du mineur. Par exemple, en matière de détention provisoire, la décision de placement doit tenir compte de la minorité et la détention provisoire doit être réalisée dans des lieux de détention différents de ceux des adultes [CEDH, sect. II, 6 juin 2008, *Nart c. Turquie*, req. n° 20817/04. – CEDH, sect. II, 20 janv. 2009, *Guvenc c. Turquie*, req. n° 70337/01, en angl. : *Rec. CEDH*, 2009].

³²⁸³ Ils concernent des durées de gardes dépassant trois jours.

³²⁸⁴ Dans une espèce du fait de la minorité du suspect, dans l'autre du fait du caractère bénin de l'infraction.

³²⁸⁵ Ce dernier critère a même été intégré dans une décision sur la recevabilité [CEDH, sect. III, 30 mars 2010, *Kaya Hasan c. Turquie et Roumanie*, req. n° 14131/02 ; § 77]. Pour écarter le grief « *tiré de la durée de la garde à vue* », la Cour indiquait que « *celle-ci n'a pas dépassé quatre jours ; au cours de cette période la police a procédé à des actes d'enquête* ». La Cour admettait que la garde à vue, même d'une durée inférieure à quatre jours, pouvait poser un problème sérieux au regard de la Convention, selon le comportement des autorités chargées de l'enquête.

³²⁸⁶ Pour l'une, le contrôle en temps réel faisait défaut, pour l'autre, la législation n'organisait pas de paquet de droits. Ce dernier critère a été utilisé en jurisprudence, pour valider la garde à vue, pendant « *moins de quatre jours* », d'un mineur de dix-sept ans, pour une infraction en lien avec le terrorisme [CEDH, sect. II, 22 mai 2012, *Fikri Yakar c. Turquie*, req. n° 23639/10 ; § 33]. La Cour notait que les parents du mineur avaient été prévenus rapidement, que le mineur avait eu accès à un avocat, ou que le mineur bénéficiait d'examen médicaux.

³²⁸⁷ *Medvedyev*, gde ch. : *préc.* L'arrêt *Vassiss* [*préc.*], plus récent encore, citait les formulations de principe de l'arrêt *Medvedyev*.

³²⁸⁸ *V. Oral et Atabay* : *préc.* ; § 43, ou CEDH, sect. IV, 26 janv. 2010, *Alici et Omak c. Turquie*, req. n° 57653/00 ; § 34 : « *la Cour considère que toute période de garde à vue dépassant quatre jours est prima facie trop longue, même dans un contexte de lutte contre le terrorisme (Brogan et autres [...]). Toutefois, elle rappelle, avoir conclu à la violation de cette disposition pour des périodes de garde à vue moins longues concernant les mineurs (İpek et autres c. Turquie [...]) et dans le cas de certains délits (Kandzhov c. Bulgarie [...])* »

³²⁸⁹ *V. supra*, n° 757 et s.

permettraient de reporter d'autant la traduction, au-delà du temps de transport³²⁹⁰, ou, au contraire, si l'admission des circonstances exceptionnelles obligeait à traduire immédiatement le suspect devant le juge judiciaire. Dans sa décision *Vassis*, la Cour rappela que le dépassement du délai *Brogan*, même reposant sur une cause justifiée, devait aboutir à entendre plus sévèrement le caractère immédiat de la traduction, une fois les suspects ramenés sur le territoire national, d'autant plus qu'en l'espèce, leur arrivée pouvait être prévue à l'avance, alors que le voyage avait duré dix-huit jours³²⁹¹. Dès lors, la réalisation d'actes d'enquête après l'arrivée des suspects sur le territoire français, aboutissant à repousser la traduction, était censurée. Surtout, la Cour revenait à une conception plus littérale de la traduction permise à l'article 5 § 3, non que celle-ci ait pour but premier de compléter l'accusation avant la mise en examen, mais de réaliser un premier contrôle automatique de légalité de la privation de liberté, pour protéger la liberté individuelle et prévenir les mauvais traitements³²⁹². Elle montrait une certaine opposition à l'utilisation trop large de la garde à vue et posait, dans un *obiter dictum*, les justifications d'un contrôle plus strict de la durée de celle-ci³²⁹³, voire du rejet, dans certaines hypothèses, d'admettre entre l'arrestation et la comparution, un temps propre de privation de libertés aux autorités de police pour approfondir les investigations³²⁹⁴. L'*obiter dictum* de l'arrêt *Vassis*, rédigé en termes généraux, apparaît en tout cas avoir vocation à entrer dans les futurs exposés des principes généraux applicables.

³²⁹⁰ *Medvedyev*, gde ch. : *préc.* La Cour s'était contentée de noter que les traductions, réalisées entre huit et neuf heures après l'arrivée sur le territoire, était immédiate au sens de l'article 5 § 3, ce qui ne permettait pas vraiment de résoudre le problème. Désormais, le droit français prévoit l'intervention à distance du juge des libertés et de la détention quarante-huit heures après le début de la détention de l'équipage pour réaliser un contrôle de leur détention et celui-ci peut autoriser la prolongation de la rétention pendant cent-vingt heures, renouvelable autant de fois que le temps de transport le rend nécessaire [art. L. 1521-11 et s. du Code de la défense].

³²⁹¹ *Vassis* : *préc.* ; § 58 et s.

³²⁹² *Vassis* : *préc.* ; § 61 : « on ne saurait donc en déduire une quelconque volonté de mettre à la disposition des autorités internes un délai dont elles auraient la libre jouissance pour compléter le dossier de l'accusation : en effet, le but poursuivi par l'article 5 § 3 de la Convention est de permettre de détecter tout mauvais traitement et de réduire au minimum toute atteinte injustifiée à la liberté individuelle afin de protéger l'individu, par un contrôle automatique initial, et ce dans une stricte limite de temps qui ne laisse guère de souplesse dans l'interprétation ».

³²⁹³ Une telle conception viendrait accentuer plus encore l'attraction pour la Cour vers le système accusatoire plutôt qu'inquisitoire.

³²⁹⁴ Au regard de la jurisprudence *Medvedyev*, même en cas de rejet de la possibilité de reporter la traduction par des actes d'enquête, une certaine marge d'appréciation semble laissée aux États, un délai de huit à neuf heures satisfaisant la Convention. Et peut-être, à l'instar du délai *Brogan* verra-t-on s'imposer dans la jurisprudence de la Cour un délai *Medvedyev*, pour certaines hypothèses.

763. **L’ancrage des critères d’ouverture du contrôle *in concreto* de la durée de la garde à vue respectant la limite abstraite maximale.** Rendu après *l’obiter dictum* de l’arrêt *Vassis*³²⁹⁵, l’arrêt *Gutsanovi*³²⁹⁶ a poursuivi le contrôle de la durée *in concreto* de la garde à vue ne dépassant pas la limite abstraite *Brogan*, en reprenant les critères dégagés précédemment, montrant que le contrôle reste pour l’instant cantonné à ces circonstances particulières : garde à vue de longue durée³²⁹⁷, atteinte exceptionnelle à la liberté individuelle³²⁹⁸ et défaut de continuité dans les investigations³²⁹⁹. L’arrêt *Gutsanovi* apprécie moins restrictivement la condition tenant à la nature de l’infraction reprochée, l’appliquant en l’espèce à une infraction présentant une certaine gravité³³⁰⁰, sans pour autant constituer « *une activité criminelle violente* »³³⁰¹. L’arrêt reconnaît toujours une grande marge d’appréciation aux États³³⁰².

764. **La jurisprudence *Brogan* : colosse aux pieds d’argile.** La jurisprudence européenne sur le contrôle de la garde à vue est passée par différentes étapes, même si la jurisprudence *Brogan* a trop longtemps abouti à un contrôle faible, sans véritable évolution, montrant une certaine péremption du droit de la privation de liberté. Désormais, la jurisprudence *Brogan* n’est plus une loi d’airain, sans pour autant être totalement remise en cause par la jurisprudence européenne : le contrôle *in concreto* reste cantonné à des circonstances particulières, que la jurisprudence prend soin de borner consciencieusement, comme si elle n’était pas encore prête à lui donner son plein régime³³⁰³.

³²⁹⁵ V. *supra*, note n° 3292.

³²⁹⁶ CEDH, sect. IV, 15 oct. 2013, *Gutsanovi c. Bulgarie*, req. n° 34529/10 ; D., actu., 30 oct. 2013, obs. O. BACHELET.

³²⁹⁷ *Ibid.*, § 154 : en l’espèce, la garde à vue avait duré trois jours et cinq heures.

³²⁹⁸ La Cour rappelait qu’elle avait conclu en l’espèce à l’existence d’un traitement inhumain et dégradant commis lors de l’arrestation [*ibid.*, § 156 ; v. *supra*, n° 176] et finissait, dans la conclusion de son raisonnement, par insister sur « *la fragilité psychologique du requérant pendant les premiers jours suivants son arrestation* » [*ibid.*, § 159].

³²⁹⁹ La Cour notait l’absence d’acte d’enquête réalisé le deuxième et le troisième jour de garde à vue [*ibid.*, § 158].

³³⁰⁰ *Ibid.*, § 155 : la Cour notait « *que le préjudice présumé était important, qu’il y avait plusieurs suspects et que l’affaire pénale était d’un grand intérêt pour le public et les médias* ».

³³⁰¹ *Ibid.*

³³⁰² Si la conclusion de la Cour notait « *l’absence de toute circonstance pouvant justifier la décision de ne pas le traduire devant un juge au cours des deuxième et troisième jours de sa détention* » [*ibid.*, § 159], la formulation prudente laissait entendre qu’une traduction au troisième jour, malgré le deuxième jour de garde à vue réalisé sans acte d’enquête, aurait pu être satisfaisante. La Cour rappelait aussi que « *des considérations d’ordre pratique et sécuritaire* » [*ibid.*, § 158], outre le transport du suspect entre son lieu de garde et le tribunal, permettaient de reporter la traduction, malgré l’arrêt des investigations, formulation laissant la place à l’admission d’un régime comme la retenue aux fins de défèrement du droit français, pour reporter la traduction aux heures ouvrables normales.

³³⁰³ La jurisprudence européenne concernant le droit à l’assistance de l’avocat durant les interrogatoires de la garde à vue a toutefois montré qu’un principe, d’abord exprimé en tenant compte des particularités de l’espèce, pouvait vite devenir général [v. *supra*, n° 299].

765. La lutte contre l'arbitraire : l'illusion du recours immédiat.

Enfin, l'exigence de promptitude se montre assez lâche. Le Conseil constitutionnel l'a réduite presque à néant, alors qu'elle était posée fermement au début de sa jurisprudence. La Cour européenne des droits de l'Homme suit un mouvement inverse, sa jurisprudence ancienne, qui laissait une marge d'appréciation trop importante aux États, faisant l'objet d'une évolution encore limitée concernant l'appréciation *in concreto* de la nécessité de la durée de la garde à vue. L'exigence de promptitude affaiblie, c'est le cœur même de l'*Habeas corpus* qui est atteint : difficile au regard du droit national et du droit international de caractériser un recours immédiat. Reste le contrôle de la proportionnalité de la privation de liberté, le recours à bref délai, qui est également soumis à une exigence de promptitude renforcée par rapport au droit commun, même si elle demeure moins forte. L'autre spécificité du recours tient dans son caractère périodique.

**§ 2./ LA LUTTE CONTRE LA DISPROPORTION : LE DROIT DE RECOURS
PÉRIODIQUE À BREF DÉLAI POUR CONTESTER LE MAINTIEN DU BIEN-FONDÉ
DE LA PRIVATION DE LIBERTÉ**

766. **Les recours à bref délai.** Le recours à bref délai de l'article 5 § 4 permet la contestation de la « *légalité* » de la privation de liberté aux fins d'obtenir la libération : il porte sur le principe même de la privation de liberté et son bien-fondé³³⁰⁴. Ulérieur au contrôle d'*Habeas corpus*, il concerne le maintien en détention et le contrôle de sa proportionnalité. Le recours au bref délai concerne au sens strict les demandes de remise en liberté formulée par la personne privée de liberté. Mais dans un sens plus large, il englobe aussi les décisions de prolongation du juge de la privation de liberté, saisi automatiquement³³⁰⁵. Le recours à bref délai est protéiforme.

767. **Un élément de la théorie générale des droits de la personne privée de liberté.** Son domaine d'élection réside dans la mesure de sûreté, celle-ci reposant sur la dangerosité, un motif qui peut évoluer au fil du temps. L'approche classique rejette toutefois tout contrôle périodique de la peine privative de liberté en raison de son sens univoque³³⁰⁶ : celle-ci étant uniquement punitive, le juge en fixe par avance le *quantum*, et puisque le motif de la privation de liberté ne change pas au cours du temps, il n'est pas nécessaire de contrôler sa proportionnalité au cours de son exécution. Une telle distinction menace de faire du recours à bref délai un élément relatif de la théorie générale : la question centrale posée par le contrôle périodique de la proportionnalité réside donc dans son application à la peine privative de liberté. Avant d'étudier les modalités du contrôle judiciaire de proportionnalité de la privation de liberté, exercé à travers le recours périodique à bref délai (*B*), c'est son champ d'application, et en particulier l'éventuelle remise en cause du contrôle incorporé, qu'il convient de rechercher (*A*).

³³⁰⁴ Ainsi, le recours portant sur le choix de l'établissement le plus approprié pour l'exécution de la privation de liberté est indifférent à l'article 5 § 4, en principe [CEDH, 28 mai 1985, *Ashingdane c. Royaume-Uni*, req. n° 8225/78 ; *Rec. CEDH*, série A, n° 95 ; § 52].

³³⁰⁵ V. *infra*, n° 805. L'ensemble de ces recours sont donc soumis à la célérité du bref délai, mais aussi aux grandes garanties du procès équitable.

³³⁰⁶ V. *supra*, n° 503 et s.

A) Le champ d'application du droit de recours à bref délai : la remise en cause du contrôle incorporé de la peine privative de liberté

768. **Un contrôle classique de la mesure de sûreté.** Le contrôle de proportionnalité de la privation de liberté suppose un contrôle périodique du maintien de la nécessité de la privation de liberté, au fil de son exécution. C'est directement sur le fondement de l'article 66 que le Conseil Constitutionnel fonde l'exigence d'un contrôle de proportionnalité de la mesure de sûreté et la confie au juge judiciaire³³⁰⁷, en lui réservant « *la possibilité d'interrompre à tout moment la prolongation du maintien en rétention, de sa propre initiative ou à la demande de l'étranger, lorsque les circonstances de droit ou de fait le justifient* »³³⁰⁸. Cette jurisprudence, cohérente, était de nature à faire de l'article 66 de la Constitution, à l'instar de l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'Homme, l'article traitant dans son ensemble la privation de liberté, que ce soit le contrôle immédiat de l'*Habeas corpus*, ou le contrôle périodique de la proportionnalité de la privation de liberté, d'autant plus que le Conseil constitutionnel a transposé directement dans sa jurisprudence la reconnaissance d'un recours à « *bref délai* » au profit de la personne privée de liberté³³⁰⁹. La jurisprudence européenne a établi, concernant une rétention pénale de sûreté³³¹⁰, que droit de recours à bref délai naît dès que « *les circonstances justifiant cette détention à l'origine peuvent changer au point de disparaître* », et à l'inverse, est écarté si « *aucune question nouvelle de légalité ne se pose* »³³¹¹. Dans l'arrêt *Winterwerp*, la Cour confirmait que le

³³⁰⁷ V. *supra*, n° 650 et s.

³³⁰⁸ Cons. const., déc. n° 2003-484 DC du 20 nov. 2003 portant sur la loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité : *J. O.*, 27 nov. 2003, p. 20154 ; *Gaz. Pal.*, 2005, doct., p. 685, comm. J. BOYER ; consid. n° 51 ; *LPA*, 20 janv. (partie I) et 21 janv. (partie II) 2004, p. 10, comm. J.-É. SCHOETTL ; consid. n° 66. En l'espèce, la question posée au Conseil constitutionnel tenait à l'allongement des délais entre les interventions obligatoires du juge judiciaire pour prolonger la privation de liberté de l'étranger. Le Conseil constitutionnel reprenait les éléments posés dans la décision de 2003, pour le même cas de privation de liberté [Cons. const., déc. n° 2011-631 DC du 9 juin 2011 portant sur la loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité : *J. O.*, 17 juin 2011, p. 10306 ; consid. n° 75]. Le Conseil constitutionnel a directement repris la formulation pour valider le système de la rétention de sûreté, rattachant là encore cette exigence à l'article 66 de la Constitution [Cons. const., déc. n° 2008-562 DC du 21 févr. 2008 portant sur la loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental : *J. O.*, 26 févr. 2008, p. 3272 ; *RSC*, 2008, p. 731, comm. CH. LAZERGES ; *D.*, 2008, p. 1359, comm. Y. MAYAUD ; *JCP*, 2008, actu., 166, obs. B. MATHIEU ; *JCP*, 2008, II, n° 10077, comm. J.-PH. FELDMAN].

³³⁰⁹ V. *supra*, n° 656.

³³¹⁰ Le régime du contrôle juridictionnel du bien-fondé de la mesure épouse en conséquence celui de la mesure de sûreté.

³³¹¹ CEDH, plén., 24 juin 1982, *Van Droogenbroeck c. Belgique*, req. n° 7906/77 : *Rec. CEDH*, série A, n° 50 ; § 48.

contrôle de proportionnalité s'appliquait en matière d'internement, même si le placement avait fait l'objet d'une décision judiciaire, en se fondant sur la « *nature* »³³¹² de ce cas de privation de liberté. La Cour refusait d'interpréter restrictivement l'article 5 § 4 et de le cantonner au contrôle juridictionnel du seul placement en privation de liberté décidé par un organe administratif, dans une sorte de recours d'*Habeas corpus* amputée de l'exigence maximale de promptitude, mais affublée des grandes garanties du procès équitable, ce qu'une lecture stricte du texte de la Convention permettait. Plus largement, au regard de ce critère comme de la jurisprudence de la Cour qui s'y applique, le contrôle périodique concerne la privation de liberté du malade mental ou somatique, celle du mineur en vue de son éducation surveillée, celle du suspect avant son procès, celle de l'étranger et même la détention pénale de sûreté.

769. **Le contrôle incorporé.** Le contrôle périodique échappe uniquement au domaine de la peine privative de liberté³³¹³. En cette matière, le contrôle juridictionnel de la proportionnalité serait « *incorporé* » à la décision de condamnation par la fixation du *quantum* de la peine, la finalité de la répression persistant sans qu'« *aucune question nouvelle de légalité ne se pose* ». Cette théorie du contrôle incorporé de la proportionnalité de la détention *sanction* est remise en cause pour la peine perpétuelle³³¹⁴ seulement par la Cour européenne des droits de l'Homme (1) et par le Conseil constitutionnel (2).

1) La remise en cause du contrôle incorporé de la proportionnalité de la peine perpétuelle par la Cour européenne des droits de l'Homme

770. **Hésitations européennes.** La question du contrôle de la peine perpétuelle sur le fondement de l'article 5 a donné lieu à une jurisprudence riche devant la Cour européenne des droits de l'Homme, qui a beaucoup évolué, montrant ainsi les hésitations européennes, marquée par un grand mouvement de remise en cause du contrôle incorporé, arrêté net. La Cour s'est reconnu un pouvoir de requalification de la peine perpétuelle en mesure de sûreté dont les contours doivent être délimités (a). À défaut de requalification, le

³³¹² CEDH, ch., 24 oct. 1979, *Winterwerp c. Pays-Bas*, req. n° 6301/73 : *Rec. CEDH*, série A, n° 33 ; § 55.

³³¹³ *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique* : *préc.* ; § 76.

³³¹⁴ La notion de peine perpétuelle, outre sa notion classique visant une peine prononcée sans limite de temps, englobe également l'hypothèse d'un cumul de peines aboutissant à une durée totale tellement longue qu'elle revient à imposer une privation de liberté perpétuelle [CEDH, sect. II, 11 oct. 2011, *Schuchter c. Italie*, req. n° 68476/10, *déc.*].

contrôle de la peine perpétuelle répressive s'opère sur le fondement de l'article 3, dans lequel la libération conditionnelle tient une place ambiguë³³¹⁵ (b).

a. *Les contours du pouvoir de requalification de la peine perpétuelle en mesure de sûreté*

771. **Le rejet européen du contrôle de la détention *sanction*.** La Cour européenne des droits de l'Homme rejette tout contrôle du bien-fondé de la peine privative de liberté, pour son prononcé³³¹⁶, son aménagement³³¹⁷ et son contenu³³¹⁸ : les autorités bénéficient d'une marge d'appréciation maximale pour l'ensemble de ses pans, la détention *sanction* restant l'outil privilégié de la politique pénale. La requalification de la peine perpétuelle en période de sûreté, en la soumettant au contrôle de proportionnalité, constitue un des rares exemples du contrôle de la peine, de surcroît réalisé sur le fondement de l'article 5. La mesure de sûreté pénale est double : celle par nature, qui prend la suite de la peine, à son terme³³¹⁹, et celle par destination, qui aboutit à requalifier la nature de la peine perpétuelle en cours d'exécution, et un lien de causalité doit être préservé, pour chacune³³²⁰, entre le maintien en privation de liberté et la condamnation. La présentation des grands mouvements contradictoires de la jurisprudence européenne (i) permet de dégager les critères employés par la Cour pour requalifier la peine perpétuelle en mesure de sûreté (ii).

³³¹⁵ Celle-ci apparaît comme l'aménagement de peine permettant d'assurer le contrôle de proportionnalité.

³³¹⁶ V. *infra*, n° 1021.

³³¹⁷ V. *supra*, n° 490.

³³¹⁸ V. *supra*, n° 494 et s.

³³¹⁹ V. *supra*, n° 437 et s.

³³²⁰ V. *supra*, n° 445 et s. La requalification de la peine perpétuelle en mesure de sûreté aboutit à faire naître un recours en droit interne pour accueillir la contestation juridictionnelle du bien-fondé du maintien en privation de liberté, sur le fondement de l'article 5 § 4, et à faire naître un contrôle européen léger de ce bien-fondé, par la recherche du maintien du lien de causalité.

i) *Les grands mouvements contradictoires de la jurisprudence européenne*

772. **Les premières affaires anglaises : la remise en cause limitée de la théorie du contrôle incorporé pour la peine perpétuelle.** La Cour européenne des droits de l'Homme s'est reconnu ce pouvoir de requalification lors de son contrôle de la peine perpétuelle anglaise discrétionnaire³³²¹, dans l'affaire *Weeks*³³²². La Cour remarquait, d'après les motivations du juge ayant prononcé la peine perpétuelle, que celle-ci avait pour motif de soumettre l'individu dangereux à une surveillance constante du ministre de l'Intérieur, plutôt que de réprimer une infraction grave³³²³. La mesure devait même permettre une libération rapide, en cas d'amélioration de l'état du requérant. La peine perpétuelle s'apparentait en conséquence plutôt à une mesure de sûreté, si bien que les motifs la justifiant pouvaient évoluer au fil du temps, justifiant l'application du contrôle périodique³³²⁴.

773. La décision ultérieure de la Cour européenne des droits de l'Homme concernant la peine perpétuelle discrétionnaire anglaise s'avérait plus déterminante³³²⁵. La Cour estimait que « *la peine perpétuelle "discrétionnaire" est manifestement devenue en droit anglais une mesure à appliquer à des criminels dangereux et mentalement instables* »³³²⁶, le cas particulier des trois requérants confirmant cet emploi généralisé, tendant à donner à la privation de liberté la nature de mesure de sûreté. Cependant, par rapport à

³³²¹ Celle décidée par la juge, sans que la loi ne l'oblige à la prononcer.

³³²² CEDH, plén., 2 mars 1987, *Weeks c. Royaume-Uni*, req. n° 9787/82 : *Rec. CEDH*, série A, n° 114. Le requérant, mineur au moment des faits, avait été condamné à une peine perpétuelle. Il était élargi au bénéfice d'une libération conditionnelle après dix ans de détention, mais celle-ci était révoquée par le ministre de l'Intérieur en raison de la commission d'une nouvelle infraction. Le requérant se plaignait de l'absence de recours pour contrôler la détention de sa peine privative de liberté depuis la révocation de sa libération conditionnelle.

³³²³ *Weeks* : *préc.* ; § 46. Le juge s'était prononcé ainsi : « (...) *les circonstances de l'infraction et les témoignages relatifs à la personnalité et au caractère de l'accusé (...) me convainquent qu'il s'agit (...) d'un jeune homme très dangereux. (...) Une sanction de durée indéterminée me paraît adéquate pour quelqu'un de cet âge, de cette personnalité et de ce caractère, enclin à un tel comportement. Il appartiendra donc au ministre de le libérer si les personnes chargées d'observer et d'examiner l'intéressé estiment que le temps l'a rendu raisonnable. Cela peut aller vite, ou au contraire ne pas se produire avant longtemps ; j'ignore ce qui arrivera. (...) quant au premier chef d'accusation, je pense que la juste conclusion, si terrible qu'elle puisse sembler, consiste à prononcer la peine que la loi m'autorise à infliger pour un vol qualifié et pour une agression avec intention de commettre ce type de vol : la prison à perpétuité. Le ministre pourra intervenir dans le cas et au moment où il jugera prudent de le faire* ».

³³²⁴ *Ibid.* : « *les éléments que les juridictions anglaises invoquèrent expressément pour prescrire cette forme de privation de liberté peuvent, par leur nature même, évoluer à la longue, tandis que la mesure, au contraire, restera en vigueur toute la vie de M. Weeks* ». Dès lors, la décision de révocation de la libération conditionnelle frappant le requérant était soumise au respect de l'article 5 § 4, et un contrôle périodique de la privation de liberté devait s'appliquer durant l'exécution de celle-ci.

³³²⁵ CEDH, plén., 25 oct. 1990, *Thynne, Wilson et Gunnell c. Royaume-Uni*, req. n°s 11787/85, 11978/86 et 12009/86 : *Rec. CEDH*, série A, n° 190-A ; RSC, 1991, p. 144, obs. L.-E. PETTITI.

³³²⁶ *Thynne, Wilson et Gunnell* : *préc.* ; § 73.

l'affaire *Weeks*, les infractions commises étaient particulièrement graves³³²⁷. La Cour en concluait que la peine perpétuelle discrétionnaire comprenait à la fois « *un élément répressif, puis un élément de sécurité destiné à confier au ministre le soin de déterminer quand l'intérêt public permet de relâcher le prisonnier* ». Le contrôle incorporé était maintenu pour la période répressive, tandis que la détention ultérieure seulement était soumise à un contrôle périodique, du fait de son changement de nature. Une telle analyse était confortée par la pratique judiciaire du *tariff*, consistant à ce que le juge fixe une durée de privation de liberté, considérée comme nécessaire à la répression du crime. En l'espèce cependant, aucun *tariff* n'avait été fixé. La Cour européenne des droits de l'Homme déterminait elle-même le terme de la période répressive, soit à l'obtention d'une libération conditionnelle par les requérants, soit au regard des déclarations des autorités réalisées sur la nature de la peine.

774. La Cour européenne des droits de l'Homme n'entendait pas pour autant remettre en cause toute peine perpétuelle. C'est ainsi que la Cour déterminait que la peine perpétuelle obligatoire du droit anglais, prononcée automatiquement pour réprimer un assassinat, se distinguait de celle discrétionnaire, en ce qu'elle était prononcée « *indépendamment de toute considération tenant à la dangerosité du délinquant* »³³²⁸. La Cour déduisait de l'analyse abstraite de la loi que la peine poursuivait un objectif unique de répression³³²⁹.

775. **La marche vers l'abandon du contrôle incorporé pour la peine perpétuelle.** La Cour poursuivait son contrôle de la peine perpétuelle sur le fondement de l'article 5, toujours concernant le droit anglais et le système de « *la détention selon la durée qu'il plaira à Sa Majesté* », autre catégorie de peine perpétuelle anglaise, s'appliquant automatiquement aux mineurs condamnés pour meurtre³³³⁰. Au regard de la jurisprudence *Wynne*, le caractère automatique de la peine perpétuelle lui conférait une fonction uniquement répressive. Mais c'est la minorité de la personne privée de liberté qui permettait à la Cour

³³²⁷ Il s'agissait de plusieurs viols et agressions sexuelles.

³³²⁸ CEDH, 18 juil. 1994, *Wynne c. Royaume-Uni*, req. n° 15484/89 : *Rec. CEDH*, série A, n° 294-A ; *RSC*, 1994, p. 796, obs. L.-E. PETTITI ; § 35.

³³²⁹ La Cour fondait cette appréciation quant à l'emploi différent du *tariff* entre les deux systèmes de peine perpétuelle. Suite à l'arrêt *Thynne*, le droit anglais avait réformé la peine perpétuelle facultative. Seule la notion de risque pouvait autoriser le maintien de la détention au-delà du *tariff*, alors que le détenu devenait à ce moment éligible à une éventuelle libération conditionnelle. En revanche, cette réforme n'avait pas été étendue à la peine perpétuelle obligatoire, le ministre pouvant encore refuser d'élargir, au-delà du *tariff*, au motif de poursuivre la répression.

³³³⁰ CEDH, ch., 21 févr. 1996, *Singh et Hussain c. Royaume-Uni*, 2 espèces, req. n°s 23389/94 et 21928/93 : *Rec. CEDH*, 1996-I ; *RSC*, 1997, p. 460, obs. R. KOERING-JOULIN ; *RSC*, 1996, p. 933, obs. L.-E. PETTITI.

d'imposer un contrôle juridictionnel périodique au terme de la partie répressive³³³¹, non pas au regard de l'évolution des motifs de la privation de liberté, mais au regard des possibilités d'évolution de la personnalité du condamné : le contrôle de la proportionnalité de la privation de liberté s'applique car il convient de « *tenir compte des modifications qui interviennent inévitablement avec la maturité* »³³³².

776. Seule la peine perpétuelle obligatoire du majeur demeurait aux yeux de la Cour une peine entièrement répressive et étanche à tout contrôle périodique. La Cour modifiait finalement sa solution au regard de l'examen abstrait de la législation anglaise, pour des considérations pouvant se rattacher au principe d'égalité devant la loi pénale³³³³. Passé le *tariff*, l'achèvement de la période répressive justifie un contrôle périodique de la proportionnalité de la privation de liberté, celle-ci ne reposant plus que sur la dangerosité.

777. Sans doute pouvait-on relativiser cette jurisprudence, au regard de son application aux peines perpétuelles anglaises, dont la différenciation entre période répressive et période de sûreté était marquée par le *tariff*. Mais la Cour européenne des droits de l'Homme appliquait un raisonnement similaire à la peine perpétuelle française³³³⁴, malgré « *l'extrême gravité de l'infraction* » pour laquelle le requérant avait été condamné à la peine perpétuelle. Elle rappelait aussi que la peine perpétuelle n'était pas assortie de la période de sûreté française, « *comparable "au tariff" anglais correspondant à l'élément punitif de la sentence* ». La Cour ajoutait même que « *le maintien en détention du requérant n'a jamais cessé d'être lié à l'objectif répressif initial* », celle-ci s'étant poursuivie sans interruption.

³³³¹ *Ibid.*, § 53 : « *la peine de détention indéterminée infligée à un jeune, qui peut être aussi longue que la durée de vie de ce condamné, ne saurait se justifier que par des considérations fondées sur la nécessité de protéger le public* ».

³³³² *Ibid.*

³³³³ CEDH, gde ch., 28 mai 2002, *Stafford c. Royaume-Uni*, req. n° 46295/99 : *Rec. CEDH*, 2002-IV ; *D.*, 2003, p. 919, chron. J.-P. CÉRÉ, M. HERZOG-EVANS, É. PÉCHILLON ; § 79 : « *rien ne distingue les détenus condamnés à une peine perpétuelle obligatoire des personnes purgeant une peine perpétuelle discrétionnaire et des mineurs condamnés pour meurtre quant à la nature de la fixation de la période punitive* ».

³³³⁴ CEDH, sect. II, 11 avr. 2006, *Léger c. France*, req. n° 19324/02 : *RSC*, 2007, p. 134, comm. F. MASSIAS ; *D.*, 2006, p. 1800, note J.-P. CÉRÉ ; *AJP*, 2006, p. 258, note S. ENDERLIN. Cette décision se fondait sur l'article 5 § 1^{er}-a), car ce n'était pas l'absence de recours conforme à l'article 5 § 4 qui était critiquée, celui-ci étant organisé par le droit interne à travers la libération conditionnelle, mais directement la légalité du maintien en privation de liberté pendant plus de quarante ans, et le maintien de l'existence d'un lien de causalité entre la condamnation et le maintien en privation de liberté. Cette question rejoint toutefois le champ d'application de l'article 5 § 4 puisque, ou bien la Cour estime que la peine perpétuelle a toujours conservé sa finalité répressive, et le lien de causalité est maintenu, ou bien la Cour emploie la requalification de la peine en mesure de sûreté, ouvrant le contrôle du bien-fondé du maintien en privation de liberté opéré par les autorités nationales pour vérifier le maintien du lien de causalité.

Bref, la Cour accumulait les arguments militant pour le maintien de la finalité répressive de la peine perpétuelle et exclure tout contrôle périodique³³³⁵.

778. Pourtant, elle ne se contentait pas de ces éléments et s'intéressait à la motivation des décisions internes, refusant l'octroi de la libération conditionnelle. Si elles ne s'étaient pas uniquement fondées sur la dangerosité, le simple fait « *qu'elles ne sont pas dénuées de lien avec la dangerosité du requérant* » suffisait à établir le terme de la période répressive et l'entrée de la peine perpétuelle dans la période de sûreté. Et de poser un principe fort quant au contrôle du maintien du bien-fondé de la peine perpétuelle au terme de sa période répressive : « *dès lors qu'il a été satisfait à l'élément punitif de la sentence, tout maintien en détention doit être motivé par des considérations de risque et de dangerosité* »³³³⁶. La Grande chambre saisie décidait de radier opportunément l'affaire du rôle, du fait du décès du requérant au cours de l'instance, malgré sa possibilité, au regard de sa jurisprudence, de traiter quand même le cas³³³⁷. L'opinion dissidente contre la radiation insistait sur l'intérêt pour la Grande chambre de se prononcer sur le problème juridique soulevé sous l'angle de l'article 3, validant implicitement les acquis de l'arrêt de Section sous l'angle de l'article 5³³³⁸. L'extension régulière des cas de requalification semblait conduire à l'abandon de la théorie du contrôle incorporé pour la peine perpétuelle.

779. **Le retour en grâce du contrôle incorporé.** Un premier arrêt particulier revenait au contrôle incorporé³³³⁹, concernant une peine perpétuelle appliquée à la suite d'une commutation de la peine de mort par le pouvoir exécutif : la Cour en tirait la conclusion que la peine perpétuelle avait pour seule finalité la répression, puisque la juridiction de jugement avait opté initialement pour la peine la plus grave, entendant réprimer le plus durement possible les infractions commises. Une décision de recevabilité poursuivait le recul du mouvement de l'abandon du contrôle incorporé³³⁴⁰, décision importante puisque la Cour y a

³³³⁵ Ces développements permettaient cependant a contrario de dégager un cas de peine perpétuelle française nécessairement requalifiée en mesure de sûreté au bout d'un certain temps par un contrôle périodique : la détention perpétuelle française assortie d'une période de sûreté.

³³³⁶ *Léger : préc.*

³³³⁷ CEDH, gde ch., 30 mars 2009, *Léger c. France*, req. n° 19324/02, *radiation* ; RSC, 2009, p. 654, note D. ROETS ; *D.*, 2009, p. 1453, obs. J.-F. RENUCCI.

³³³⁸ Opinion dissidente du juge Spielmann à laquelle se sont ralliés les juges Bratza, Gyulumyan et Jebens.

³³³⁹ CEDH, sect. V, 2 sept. 2010, *Iorgov c. Bulgarie (n° 2)*, req. n° 36295/02 : *Dr. pénal*, 2011, n° 4, chron. E. DREYER.

³³⁴⁰ CEDH, sect. I, 21 juin 2011, *Kafkaris c. Chypre (n° 2)*, req. n° 9644/09, *déc.*, en angl. Le requérant estimait que la période punitive de sa peine perpétuelle était achevée et qu'il pouvait en conséquence faire examiner la légalité de son maintien en détention sur le fondement de l'article 5 § 4.

fait référence dans sa jurisprudence ultérieure³³⁴¹. Auteur de trois assassinats, le requérant avait été condamné de manière automatique à la peine perpétuelle. La Cour en déduisait que la peine perpétuelle prononcée visait à assurer uniquement la répression de l'individu puisque, par définition, aucun élément de personnalité n'avait influé sur la décision³³⁴². Bien que le législateur ait récemment introduit en droit national la libération conditionnelle, même pour les condamnés à perpétuité automatiquement, ce dont la Cour se félicitait, une telle consécration n'était pas de nature à remettre en cause la nature de la peine perpétuelle.

780. La Cour européenne des droits de l'Homme, dans son contrôle sous l'article 3 de la peine perpétuelle, légitime désormais l'emploi de la peine perpétuelle, à des fins uniquement répressives : pour des faits particulièrement graves liés au terrorisme³³⁴³, la Cour estimait que le moment où la peine ne servirait plus aucun intérêt « *pénologique* » pourrait ne jamais arriver³³⁴⁴. Par principe, la théorie du contrôle incorporé a toujours vocation à exclure l'application du contrôle à bref délai de la peine perpétuelle, sauf pour celle prononcée contre le mineur³³⁴⁵, et son application suppose, à l'aide des critères de requalification, de montrer son changement de nature au cours de son exécution.

³³⁴¹ CEDH, sect. IV, 17 janv. 2012, *Vinter et autres c. Royaume-Uni*, req. n^{os} 66069/09, 130/10 et 3896/10 : JCP, 2012, doctr., n^o 924, chron. F. SUDRE ; D., 2012, p. 1294, chron. J.-P. CÉRÉ ; § 101. Dans ce dernier arrêt, la Cour estimait manifestement mal fondée la question du contrôle judiciaire de la peine perpétuelle de la requérante, dès lors que celle-ci avait pour seul but la répression, compte tenu des déclarations des juridictions ayant prononcé les peines ; § 103 et s. La déclaration d'irrecevabilité aboutissait à exclure que la Grande chambre, saisie de l'affaire, se prononce sur ce point.

³³⁴² *Kafkaris* : préc. ; § 58.

³³⁴³ CEDH, sect. IV, 10 avr. 2012, *Babar Ahmad et autres c. Royaume-Uni*, req. n^{os} 24027/07, 11949/08, 36742/08, 66911/09 et 67354/09, en angl. Le communiqué de presse de la Cour pour les résumait ainsi : « *entre 1999 et 2006, les six requérants furent inculpés de différents chefs de terrorisme aux États-Unis. M. Ahmad et M. Ahsan sont accusés de divers actes criminels, notamment de soutien à des terroristes et d'entente délictueuse en vue de tuer, d'enlever, de mutiler ou de blesser des personnes ou d'endommager des biens dans un pays étranger. Abu Hamza est sous le coup de onze chefs d'inculpation différents se rapportant à la prise de seize otages au Yémen en 1998, à l'apologie d'un Jihad violent en Afghanistan en 2001 et à une entente délictueuse en vue d'établir un camp d'entraînement au Jihad à Bly, dans l'Oregon (États-Unis) de juin 2000 à décembre 2001. M. Aswat a été inculpé en qualité de complice d'Abu Hamza pour les derniers chefs d'accusation. MM. Bary et Al-Fawwaz ont été inculpés, avec Oussama ben Laden et 20 autres personnes, pour leur participation ou leur soutien supposés au bombardement des ambassades américaines de Nairobi et Dar es Salaam en 1998. M. Al-Fawwaz est notamment inculpé de plus de 269 chefs de meurtre* ».

³³⁴⁴ *Babar Ahmad et autres* : préc. ; § 243 :

³³⁴⁵ Celle-ci est en conséquence conventionnelle.

ii) *Les critères de requalification de la peine perpétuelle en mesure de sûreté*

781. **Synthèse.** La fin d'une durée de privation de liberté minimale, spécialement fixée par le juge dans la condamnation en fonction de la personnalité du condamné par le juge, que ce soit le *tariff* anglais ou la période de sûreté française, est interprétée par la Cour comme le terme de la partie répressive de la peine perpétuelle. La Cour a haussé son contrôle en la matière, en imposant que la fixation d'une telle période répressive à l'intérieur de la peine perpétuelle, soit nécessairement décidée par une autorité juridictionnelle, sur le fondement de l'article 6 de la Convention cependant³³⁴⁶. La Cour européenne des droits de l'Homme considère également l'octroi de la libération conditionnelle comme le terme de la partie répressive. La Cour s'appuie enfin sur la motivation des décisions d'aménagement de peine, dont celle concernant la libération conditionnelle, justifiant le refus de libérer, ou celle de la décision de condamnation, lorsqu'elles portent sur la dangerosité de l'individu, pour requalifier. En revanche, la simple éligibilité à la libération conditionnelle ne suffit pas à marquer le terme de la partie répressive.

782. L'hypothèse classique de peine perpétuelle étanche à tout contrôle périodique demeure la peine perpétuelle automatique, résultant du simple effet de la législation, indépendamment de toute appréciation judiciaire, sur le bien-fondé de la peine. Le contrôle juridictionnel de la peine est alors minimum, puisque le juge est dépourvu du pouvoir d'individualisation et d'aménagement, la Convention accordant sur ce point une marge d'appréciation très importante aux États. L'autre hypothèse de peine perpétuelle demeurant répressive résulte du rejet de l'aménagement de la peine fondé sur la nécessité de poursuivre la répression. En dehors de ces deux hypothèses, l'exceptionnelle gravité de l'infraction réprimée pourrait permettre de déterminer le but uniquement répressif de la peine, en l'absence des autres éléments. Au regard de ces différentes solutions, la Cour tire surtout toutes les conséquences des décisions des autorités nationales sur la peine privative de liberté, son pouvoir de requalification demeurant limité.

783. **Critiques.** Le cloisonnement même entre peine perpétuelle purement répressive et celle mixte apparaît d'emblée artificiel, dès lors que la mesure de contrainte assure tout autant la répression de l'individu, que sa mise sous contrôle. La distinction

³³⁴⁶ CEDH, gde ch., 16 déc. 1999, *V. c. Royaume-Uni*, req. n° 24888/94 : *Rec. CEDH*, 1999-IX ; *LPA*, 28 janv. 2000, p. 6, note A. BULLIER ; § 106 et s.

n'apparaît en tout cas pas suffisamment nette pour justifier une telle différence de régime quant à l'application de l'article 5 § 4³³⁴⁷. Le maintien de la distinction aboutit à permettre que la peine perpétuelle puisse résulter automatiquement de la loi, sans appréciation juridictionnelle, niant non seulement le principe d'individualisation, même pour la peine perpétuelle, mais empêchant, en plus, son réexamen juridictionnelle et laisse une trop grande place au risque de disproportion. Même à continuer à admettre la peine perpétuelle automatique³³⁴⁸, au nom de la libre disposition des États de la politique criminelle, au moins devrait-elle au contraire favoriser l'admission du recours à bref délai, plutôt que de l'écarter, pour rattraper le risque de disproportion. La Cour devrait au minimum contrôler la qualité de la loi prévoyant la perpétuité automatique³³⁴⁹. De telles distinctions militent en tout cas pour imposer la motivation de la peine perpétuelle facultative, sur le fondement de l'article 5, afin que la Cour européenne des droits de l'Homme puisse déterminer la nature de la peine perpétuelle³³⁵⁰.

784. Finalement, les critères de qualification mis en place font apparaître une incohérence quant à la place inégale réservée au choix du législateur. Dès lors que la Cour reconnaît à la loi le pouvoir de déterminer abstraitement une peine perpétuelle entièrement répressive, sans doute doit-on lui reconnaître le même pouvoir inverse, celui de déterminer le terme de la période répressive, abstraitement, dès qu'elle rend éligible le condamné à la

³³⁴⁷ La différence est atténuée par le dégageant d'un droit au réexamen pour la peine perpétuelle entièrement répressive [v. *infra*, n° 788 et s.].

³³⁴⁸ Le jugement pénal, qui porte par définition « sur une accusation de matière pénale », est soumis à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme qui suppose l'accès à un tribunal de « pleine juridiction ». Cette notion suppose que le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation sans pour autant que la Cour européenne des droits de l'Homme y incorpore le choix de la peine. La Cour tolère d'ailleurs les peines accessoires [CEDH, ch., 23 sept. 1998, *Malige c. France*, req. n° 68/1997/852/1059 : *Rec. CEDH*, 1998-VII ; *RFDA*, 1999, p. 1004, comm. C. MAMONTOFF ; *RSC*, 1999, p. 112, obs. J.-P. DELMAS SAINT-HILAIRE ; *AJP*, 2008, p. 491, obs. D. BOTTEGHI] ou les peines forfaitaires [CEDH, sect. II, 21 mai 2002, *Peltier c. France*, req. n° 32872/96 : *Gaz. Pal.*, 11 mars 2004, p. 26, comm. A. HERMEL ; *D.*, 2002, p. 2968, note J.-P. CÉRÉ], au motif que le condamné dispose d'un recours de pleine juridiction pour faire apprécier « la réalité de l'infraction à l'origine », sans que les peines ne nécessitent un contrôle juridictionnel propre. S'il est vrai que l'article 6 évoque seulement « les accusations en matière pénale », l'article 5 § 1^{er}-a) qui est propre à la peine privative de liberté vise la « condamnation » décidée par tribunal. En usant de l'article 5, sans que sa solution ne déborde de la privation de liberté, la Cour pourrait sûrement consacrer la pleine juridiction du tribunal sur le choix de la peine et consacrer l'individualisation de la peine.

³³⁴⁹ À titre de comparaison, concernant la peine accessoire d'interdiction du droit de vote des personnes condamnées, alors que la Chambre avait exclu qu'elle puisse être automatique, sans ressortir d'une décision du juge [CEDH, sect. II, 18 janv. 2011, *Scoppola c. Italie (n° 3)*, req. n° 126/05], la Grande Chambre abandonnait cette exigence, tout en indiquant, qu'à prévoir l'automatisme, la loi devait assurer la conciliation entre « les intérêts concurrents afin d'éviter toute interdiction générale, automatique et d'application indifférenciée » [CEDH, gde ch., 22 mai 2012, *Scoppola c. Italie (n° 3)*, req. n° 126/05 ; § 97 et s.].

³³⁵⁰ Sur ce point, si la Cour européenne des droits de l'Homme a haussé ses exigences quant à la motivation des arrêts d'assises sur le fondement de l'article 6 de la Convention, celles-ci concernent d'abord les motifs de l'établissement de la culpabilité et n'apportent aucun élément quant à la peine [v. *infra*, n° 1037 et s.].

libération conditionnelle³³⁵¹. L'arrêt de la remise en cause du contrôle incorporé et son maintien, sauf requalification, aboutit à accroître le contrôle de la peine perpétuelle, celle entièrement répressive, sur le fondement de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

*b. Le contrôle de la peine perpétuelle répressive sur le fondement de l'article 3 :
la place ambiguë de la libération conditionnelle*

785. La libération conditionnelle du tribunal et l'article 5 § 4 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Puisque la Cour maintient le contrôle incorporé, c'est logiquement qu'elle n'impose pas aux États d'intégrer en droit interne la libération conditionnelle de la compétence du tribunal, sur le fondement de l'article 5 § 4, même pour la peine perpétuelle³³⁵². La libération conditionnelle reste un élément important pour déterminer la nature de la peine perpétuelle, même si la simple éligibilité à la mesure ne suffit pas à marquer sa transformation en mesure de sûreté³³⁵³. Une fois la requalification admise, la libération conditionnelle, à condition de dépendre d'un tribunal, satisfait l'article 5 § 4. Pour la peine perpétuelle, la Cour opère un léger contrôle de la révocation de la libération conditionnelle, son octroi marquant toujours le terme de la partie répressive de celle-ci³³⁵⁴, ou du rejet de la décision nationale d'octroi de la libération conditionnelle, à condition d'avoir démontré autrement le terme de la partie répressive³³⁵⁵ : la Cour vérifie alors la persistance du lien de causalité entre la condamnation initiale et le maintien de la privation de liberté³³⁵⁶. Si la libération conditionnelle n'échappe pas au contrôle de la Cour dans des hypothèses exceptionnelles, elle reste une garantie mieux-disante par rapport au

³³⁵¹ Le rejet actuel de cette solution est d'autant plus incohérent que les mécanismes comme le *tariff* ou la période de sûreté, qui marquent la fin de la période répressive de la peine, rendent au même moment le détenu éligible à la libération conditionnelle. La place de la libération conditionnelle au sein de l'article 5 de la Convention est similaire à celle du deuxième degré de juridiction, pour être supérieur au standard minimum. Pour ce cas cependant, l'interprétation téléologique de la Cour aboutit à tirer profit de la volonté de l'État de protéger au mieux la personne détenue, pour assurer un contrôle maximum du mécanisme, pourtant hors du cadre de l'article 5, en lui appliquant les mêmes exigences qu'au juge du premier degré [v. *supra*, n° 711]. De la même manière, la Cour devrait tirer toutes les conséquences de la volonté de l'État d'organiser un contrôle périodique de la peine privative de liberté pour imposer que le recours de la libération conditionnelle respecte les garanties de l'article 5 § 4 et marque le terme de la partie répressive de la peine.

³³⁵² CEDH, sect. I, 21 juin 2011, *Kafkaris c. Chypre* (n° 2), req. n° 9644/09, *déc.*, en angl.

³³⁵³ V. *supra*, n° 781 et s.

³³⁵⁴ *Kafkaris* : *préc.*

³³⁵⁵ *Léger*, sect. II : *préc.* V. *supra*, n° 777 et s.

³³⁵⁶ V. *supra*, n° 445 et s.

standard dont la Cour se félicite, lorsque le droit national l'organise pour les personnes condamnées à perpétuité³³⁵⁷.

786. La libération conditionnelle du tribunal et l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme. La Cour reconnaît que la peine perpétuelle incompressible répressive³³⁵⁸ « [peut] soulever une question sous l'angle de l'article 3 »³³⁵⁹. Il en ressort deux contrôles : l'un, encore virtuel, de la disproportion manifeste de la peine³³⁶⁰, l'autre, plus abouti, de l'existence pour le détenu d'une chance d'être libéré. En effet, la Cour a tiré de cette formule prudente l'interdiction de la peine perpétuelle *de facto* et *de jure*. Dès lors, c'est uniquement « *si l'on peut dire qu'un détenu condamné à perpétuité a des chances d'être libéré* » que la peine perpétuelle répressive est conforme à la Convention.

787. L'existence de la libération conditionnelle du tribunal permet de valider la conventionnalité de la peine perpétuelle, au regard de l'article 3, et caractérise, à l'évidence, l'existence d'une chance d'être libéré³³⁶¹. Mais elle n'est pas obligatoire, pour intégrer la politique pénale et échapper au standard européen³³⁶². Dans un premier temps de sa jurisprudence, la Cour se contentait de l'existence de la moindre chance d'être libéré pour valider la peine perpétuelle répressive, même la possibilité d'une libération conditionnelle très hypothétique³³⁶³, ou encore la grâce relevant « *exclusivement du pouvoir discrétionnaire du Président* »³³⁶⁴. N'importe quel mécanisme permettant l'obtention d'une libération anticipée,

³³⁵⁷ *Weeks* : préc.

³³⁵⁸ Il ne s'agit plus de qualifier sa nature, mais d'évaluer son caractère inhumain et dégradant et de discuter, par principe, de son admission.

³³⁵⁹ CEDH, gde ch., 12 févr. 2008, *Kafkaris c. Chypre*, req. n° 21906/04 : *Rec. CEDH*, 2008 : *RSC*, 2008, p. 692, obs. D. ROETS ; § 97. L'extradition d'un individu risquant d'être condamné à une telle peine perpétuelle incompressible violerait également l'article 3 [CEDH, sect. I, 3 juil. 2001, *Nivette c. France*, req. n° 44190/98, *déc.* : *Rec. CEDH*, 2001-VII ; *AJDA*, 2001, p. 1060, J.-F. FLAUS].

³³⁶⁰ *V. supra*, note n° 1522.

³³⁶¹ *Nivette* : préc. ; § 99.

³³⁶² *Kafkaris* : préc. ; § 104 : « *le choix que fait l'État d'un régime de justice pénale, y compris le réexamen de la peine et les modalités de libération, échappe en principe au contrôle européen exercé par elle, pour autant que le système retenu ne méconnaisse pas les principes de la Convention* ».

³³⁶³ CEDH, sect. III, 16 oct. 2001, *Einhorn c. France*, req. n° 71555/01 : *Rec. CEDH*, 2001-XI ; § 27. La libération conditionnelle était d'abord soumise à une décision préalable de commutation puis à l'arbitraire du pouvoir exécutif. – CEDH ; sect. V, 3 nov. 2009, *Meixner c. Allemagne*, req. n° 26958/07, *déc.*, en angl. : *Dr. pénal*, 2011, n° 3, chron. É. GARÇON. La décision de la juridiction d'aménagement de peine de refuser la demande de libération conditionnelle qui lui est soumise et de reporter l'étude d'une nouvelle demande lorsque le détenu aura purgé vingt-cinq ans de privation de liberté, car l'âge avancé du condamné à cette date permettrait d'écartier toute dangerosité, date correspondant à une peine de vingt-cinq ans, empêche la peine perpétuelle d'être qualifiée de traitement inhumain et dégradant.

³³⁶⁴ *Kafkaris* : préc. ; § 103. Plus précisément, la libération du requérant était visiblement soumise à la dénonciation du commanditaire de son crime [v. l'opinion partiellement dissidente du juge BORREGO BORREGO ; § 9]. Au regard de la jurisprudence européenne, c'était à juste titre que la Chambre criminelle considérait que la perpétuité réelle française n'était pas contraire à l'article 3, dès lors que son relèvement pouvait être demandé au bout de trente ans [Cass. crim., 20 janv. 2010, n° 08-88.301 : *Bull. crim.*, n° 14 ; *Procédures*, n° 2010,

même discrétionnaire et dépendant de l'exécutif, faisait échapper la peine perpétuelle à la violation de l'article 3³³⁶⁵. le principe de l'interdiction de la peine perpétuelle *de jure* et *de facto* incompressible apparaissait comme un affichage plutôt que comme un réel principe contraignant. La jurisprudence a récemment durci ses exigences.

788. **La consécration du droit au réexamen.** La dernière décision de la Cour européenne des droits de l'Homme en la matière a abouti à une solution mitigée³³⁶⁶. Alors que sa jurisprudence soumet depuis longtemps la conventionnalité de la peine perpétuelle répressive, celle échappant à l'article 5 § 4, au maintien de l'existence d'une chance pour le détenu d'être libéré, interdisant la peine perpétuelle incompressible dans son sens le plus strict, elle a longuement justifié, sur le fondement de l'article 3, cette solution³³⁶⁷. Ce long plaidoyer, utile à la pédagogie et appelé à justifier une hausse du contrôle par la Cour européenne des droits de l'Homme de la détention *sanction*³³⁶⁸, n'amenait pourtant pas à l'abandon du contrôle incorporé et montrait la prudence extrême de la Cour en la matière. La décision montrait toutefois un progrès, passant de la consécration du droit à une chance d'être libéré, au droit à un « *réexamen* »³³⁶⁹, l'existence de celui-ci caractérisant les peines perpétuelles « *compressibles* »³³⁷⁰, c'est-à-dire celles valides au regard de l'article 3.

comm. n° 129, note A.-S. CHAVENT-LECLÈRE ; *AJP*, 2010, p. 245, obs. J.-B. PERRIER ; *ibid.*, p. 252, obs. G. ROYER].

³³⁶⁵ *Schuchter, déc. : préc.* Concernant la demande d'une mesure provisoire pour bloquer l'extradition vers les États-Unis, en raison du risque d'y être condamné à une peine perpétuelle incompressible, la Cour rappelait que l'existence pour le requérant d'un espoir d'obtenir une commutation de peine, d'une réduction de peine pour des motifs, d'après la législation américaine, extraordinaires et impérieux, ou d'une mesure de clémence suffisait à écarter le risque pour le requérant d'être condamné à une peine contraire à l'article 3.

³³⁶⁶ CEDH, gde ch., 9 oct. 2013, *Vinter et autres c. Royaume-Uni*, req. n°s 66069/09, 130/10 et 3896/10 : *Rec. CEDH*, 2013.

³³⁶⁷ *Ibid.*, § 110 et s.

³³⁶⁸ La Grande chambre y posait notamment que « *les impératifs de châtement, de dissuasion, de protection du public et de réinsertion figurent au nombre des motifs propres à justifier une détention* » [*ibid.*, § 111], considérations de nature à définitivement renverser le sens univoque la peine privative de liberté [v. *supra*, n° 503 et s.] et à terme, à aligner le contrôle de la peine privative de liberté sur les autres cas de privation de liberté, y compris le contrôle périodique de sa proportionnalité, une fois le terme de la période répressive de la peine échu.

³³⁶⁹ *Ibid.*, § 110. La Cour n'évoquait pas l'exigence d'un recours juridictionnel, qui aurait marqué l'abandon de la théorie du contrôle incorporé pour la peine perpétuelle.

³³⁷⁰ *Ibid.*, § 119.

789. L'apport principal de la décision réside sans doute dans la fixation d'un délai d'épreuve au droit au réexamen, fixé à vingt-cinq ans³³⁷¹ : la peine privative de liberté perpétuelle sans réexamen ne peut dépasser vingt-cinq ans³³⁷². Le réexamen doit ensuite être périodique³³⁷³. La loi l'organisant doit être prévue dès le début de la peine, afin que le détenu puisse régler sa conduite³³⁷⁴. Le réexamen ne se confond pas avec un pouvoir de libération discrétionnaire, mais doit tendre à reconnaître une obligation « *de libérer tout détenu dont le maintien en détention se révélerait incompatible avec l'article 3, par exemple parce qu'aucun motif légitime d'ordre pénologique ne permettrait plus de justifier cette mesure* »³³⁷⁵. La législation anglaise, qui n'organisait pas un tel réexamen, est en conséquence sanctionnée abstraitement³³⁷⁶. Il ne s'agit plus de se contenter de la moindre chance d'être libéré, mais d'une chance détachée de tout pouvoir discrétionnaire, d'une chance qualifiée.

790. Dès lors, la Cour impose un modèle abstrait de libération conditionnelle à la peine perpétuelle répressive, la seule distinction entre le droit de recours à bref délai de l'article 5 § 4 et le droit au réexamen de l'article 3 tenant dans l'autorité compétente, un tribunal dans le premier cas, toute autorité, même non juridictionnelle, dans le second³³⁷⁷. Cette distinction, de plus en plus ténue, entre la peine perpétuelle uniquement répressive et celle requalifiée en mesure de sûreté, milite pour l'abandon définitif de la théorie du contrôle incorporé au moins pour cette catégorie de peine, d'autant plus que le rejet de la libération au cours du réexamen, à condition qu'il soit fondé sur la dangerosité du condamné, pourrait permettre de démontrer le terme de sa période répressive de la peine perpétuelle³³⁷⁸ et déclencher l'application du recours à bref délai. Le progrès de l'arrêt *Vinter* aboutit à un

³³⁷¹ *Ibid.*, § 120 : « *il se dégage des éléments de droit comparé et de droit international produits devant elle une nette tendance en faveur de l'instauration d'un mécanisme spécial garantissant un premier réexamen dans un délai de vingt-cinq ans au plus après l'imposition de la peine perpétuelle* ».

³³⁷² V. pour comparaison, CEDH, sect. III, 8 sept. 2005, *Scoppola c. Italie*, req. n° 10249/03, *déc.* : la Cour y avait décidé que la peine perpétuelle aménageable par la libération conditionnelle uniquement après vingt-six ans de réclusion ne posait aucun problème sérieux de conventionnalité.

³³⁷³ *Ibid.*

³³⁷⁴ *Ibid.*, § 122.

³³⁷⁵ *Ibid.*, § 125. Un tel réexamen ne peut en conséquence résider dans un recours humanitaire lié à l'état de santé du détenu [*ibid.*, § 126 et s.].

³³⁷⁶ La Cour prenait d'ailleurs le soin de rappeler que cette sanction abstraite du droit anglais « *ne saurait donc être comprise comme leur donnant une perspective d'élargissement imminent* » [§ 131]. Si cette précision était sans doute apportée pour porter court à toute polémique, elle rappelait *a contrario* que la violation de l'article 3, concrètement établie, est bien de nature à permettre la libération [v. *supra*, n° 588 et s.].

³³⁷⁷ La Cour étudiait en l'espèce une voie de réexamen interne confiée à un ministre, sans que la Cour ne le disqualifie par nature. La Cour notait cependant, au regard des réformes législatives internes, qu'« *il eût été plus logique, au lieu de le supprimer complètement, de prévoir que le réexamen au bout de vingt-cinq ans serait désormais conduit dans un cadre entièrement judiciaire plutôt que, comme auparavant, par l'exécutif sous le contrôle du juge* » [*ibid.*, § 124].

³³⁷⁸ V. *supra*, n° 781 et s.

certain détournement de l'article 3, non pas utilisé pour écarter par nature le recours à certaines peines, mais employé pour réglementer abstraitement la privation de liberté, tout en laissant une marge d'appréciation aux États supérieure par rapport à l'encadrement qui découlerait de la pleine application de l'article 5, comme la Cour l'a déjà fait pour la détention dans la détention³³⁷⁹.

791. **Synthèse : l'achèvement de la jurisprudence européenne.** Si la Cour refuse d'incorporer l'aménagement de peine à la protection de l'article 5, notamment par l'intégration de la libération conditionnelle, prononcée par un tribunal, au standard minimum, sa position apparaît de plus en plus hypocrite, au regard des moyens détournés qu'elle emploie, pour en opérer un contrôle, soit par la technique de requalification de la mesure de sûreté, soit par l'usage de l'article 6³³⁸⁰, soit, de manière plus originale, par le principe de l'égalité de la loi³³⁸¹.

792. La Cour européenne des droits de l'Homme laisse encore une large marge d'appréciation aux États. Les exigences de la Cour sont tellement souples qu'elles tolèrent une peine perpétuelle automatique, sans possibilité d'aménagement juridictionnelle, même si la formalisation du droit au réexamen a accru ses exigences. La Cour a mis en place pourtant tous les outils nécessaires à l'achèvement du mouvement de l'abandon du contrôle incorporé. Il lui suffirait d'établir au délai d'épreuve de vingt-cinq ans, établi dans la jurisprudence actuelle pour ouvrir un réexamen périodique, la fin de la partie répressive de la peine perpétuelle, si bien que le basculement en mesure de sûreté s'y opérerait toujours, et l'article 5 § 4 de la Convention s'imposerait, ce qui reviendrait à imposer la libération conditionnelle, confiée à un tribunal, dans le standard, et ouvrirait même un contrôle européen du maintien en privation de liberté au-delà, fondé sur la vérification de la persistance du lien de causalité.

793. Un tel système n'est pas exclusif de la conservation par les États d'une marge d'appréciation importante, dès lors qu'il conservera pleine compétence pour fixer le terme du délai d'épreuve dans la limite maximale de vingt-cinq ans. La remise en cause de la peine perpétuelle *de jure* et *de facto* se trouverait ainsi remise en cause définitivement, non pas par une hostilité idéologique susceptible d'heurter les conceptions nationales, mais par son meilleur encadrement judiciaire. Cette remise en cause partielle du contrôle incorporé de la peine perpétuelle se retrouve aussi dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

³³⁷⁹ V. *supra*, n° 556 et s.

³³⁸⁰ V. *infra*, n° 834.

³³⁸¹ CEDH, sect. IV, 13 juil. 2010, *Clift c. Royaume-Uni*, req. n° 7205/07, en angl. V. *infra*, note n° 1452.

2) La remise en cause par le Conseil constitutionnel du contrôle incorporé de la peine perpétuelle

794. **L'interdiction de la peine perpétuelle dépourvue de possibilité d'aménagement.** Dès 1978, lors de son examen de la période de sûreté³³⁸², le Conseil constitutionnel affirmait qu'« une telle mesure, qui ne concerne que l'exécution d'une peine, ne peut donc être regardée comme constituant elle-même une peine » et que, « dès lors, les décisions relatives à son application ne sont pas soumises aux règles qui régissent le prononcé des peines »³³⁸³, refusant tout contrôle du régime dérogatoire augmentant la partie de peine privative de liberté non aménageable³³⁸⁴. La question de l'aménagement de la peine se posait de nouveau devant le Conseil constitutionnel³³⁸⁵, concernant l'instauration de la perpétuité réelle en 1994, permettant, plus largement, d'empêcher l'aménagement de la peine à temps ou perpétuelle durant toute sa durée³³⁸⁶, par l'extension du domaine de la période de sûreté³³⁸⁷. Le Conseil constitutionnel consentait que les principes contenus à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen « ne concernent pas seulement les peines prononcées par les juridictions répressives mais s'étendent au régime des mesures de sûreté qui les assortissent »³³⁸⁸, sans distinction entre la peine à temps et la peine perpétuelle.

795. Le Conseil constitutionnel annonçait d'emblée que son contrôle serait lâche, au regard de la large marge d'appréciation accordée au législateur pour la matière de l'aménagement des peines, que ce soit pour l'encourager ou la réfréner. Mais en déclinant les

³³⁸² Cons. const., déc. n° 78-98 DC du 22 nov. 1978 portant sur la loi modifiant certaines dispositions du Code de procédure pénale en matière d'exécution des peines privatives de liberté : *J. O.*, 23 nov. 1978. La loi distinguait la période de sûreté automatique de celle facultative, celle-ci ne pouvant dépasser dix-huit ans pour une peine perpétuelle ou les deux-tiers de la peine prononcée à temps.

³³⁸³ Déc. n° 78-98 DC : *préc.* ; consid. n° 6. Les auteurs de la saisine contestaient la violation du principe de l'individualisation des peines, au stade du jugement, du fait du caractère automatique de la période de sûreté. En écartant l'application du principe de l'individualisation, car la mesure n'était pas une peine, le Conseil constitutionnel semblait au moins l'admettre implicitement pour la peine.

³³⁸⁴ V. les art. 720-2 et s. CPP créés par la loi. La période de sûreté ne couvrirait jamais la totalité de la peine, à temps ou perpétuelle.

³³⁸⁵ Cons. const., déc. n° 93-334 DC du 20 janv. 1994 relative à la loi instituant une peine incompressible et relative au nouveau Code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale : *J. O.*, 26 janv. 1994, p. 1380 ; *RFD const.*, 1994, p. 353, note TH. RENOUX ; *D.*, 1995, p. 340, obs. TH. RENOUX ; *ibid.*, p. 293, obs. É. OLIVA.

³³⁸⁶ La loi prévoyait, pour certaines infractions punies au maximum de la réclusion criminelle à perpétuité, « soit porter la période de sûreté jusqu'à trente ans, soit, si elle prononce la réclusion criminelle à perpétuité, décider qu'aucune des mesures énumérées à l'article 132-23 ne pourra être accordée au condamné » [art. 221-3 et 221-4 CP]. La première hypothèse permet en conséquence de couvrir par la période de sûreté la totalité de la peine de trente ans de réclusion et la seconde hypothèse de couvrir la totalité de la peine perpétuelle.

³³⁸⁷ Les auteurs de la saisine se plaçaient cette fois sur le principe de la nécessité de la peine pour contester la procédure permettant de relever la période de sûreté pour le condamné à perpétuité, laissée à l'initiative unique du juge de l'application des peines.

³³⁸⁸ *Ibid.*, consid. n° 13.

différents sens de la peine privative de liberté, « 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 », le Conseil constitutionnel dégagait une « affirmation d'une fonction constitutionnelle de l'exécution des peines privatives de liberté »³³⁸⁹, de nature à devenir le fondement tangible³³⁹⁰ de la réinsertion des délinquants³³⁹¹.

796. Finalement, le Conseil constitutionnel constatait que la période de sûreté assortissant la peine perpétuelle pouvait être relevée au bout de trente ans par le juge d'application des peines³³⁹². Le Conseil constitutionnel y ajoutait une réserve d'interprétation donnant l'initiative de la procédure de relèvement à la personne privée de liberté et au procureur de la République. Le Conseil notait enfin que la procédure pouvait être renouvelée. L'ensemble du dispositif permettait d'écarter le grief de la violation du principe de la nécessité des peines, si bien que, sans constitutionnaliser nettement l'aménagement des peines, la loi était validée du fait que la peine perpétuelle restait aménageable. Et le Conseil dans son contrôle vérifiait finalement que l'action en relèvement présente les caractéristiques du contrôle de la proportionnalité de la privation de liberté, plus précisément du recours à bref délai : compétence du juge judiciaire³³⁹³, recours à l'initiative de la personne privée de liberté et périodicité.

797. La Constitutionnalité de la peine à temps dépourvue de possibilité d'aménagement. En revanche, dès lors que le contrôle du Conseil constitutionnel ne portait pas sur la peine à temps, également visée par la loi, il semblait admettre par principe qu'une telle peine soit dépourvue de possibilité d'aménagement, même s'il est vrai que les auteurs de la saisine n'avaient pas argumenté sur ce point. Tous ces éléments posés dès 1994 étaient repris par le Conseil constitutionnel lors de l'examen de l'extension du dispositif en 2011³³⁹⁴, alors que cette fois-ci, c'est autant la possibilité de paralyser l'aménagement pour la totalité de la peine à temps et celle de la peine perpétuelle qui était contestée par les auteurs de la saisine.

³³⁸⁹ TH. RENOUX dans son commentaire précité de la décision.

³³⁹⁰ En réalité, la portée de la formule est largement réduite [v. *supra*, n° 503 et s.].

³³⁹¹ R. GASSIN, « Les fondements juridiques de la réinsertion des délinquants en droit positif français » ; *RSC*, 1996, p. 155.

³³⁹² Cette possibilité de relever la période de sûreté, uniquement au bout de trente ans pour le régime le plus sévère de la période de sûreté apparaît remise en cause par la jurisprudence *Vinter*, qui pose le droit à un réexamen au bout de vingt-cinq ans [v. *supra*, n° 788 et s.].

³³⁹³ La jurisprudence constitutionnelle se montre plus exigeante que la jurisprudence européenne, en posant un droit de réexamen juridictionnel [*ibid.*].

³³⁹⁴ Cons. const., déc. n° 2011-625 DC du 10 mars 2011 relative à la loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure : *J. O.*, 15 mars 2011, p. 4630. V. sur ce point précis F. FOURMENT, « Après l'abolition de la peine de mort, l'"abolition" de la peine de réclusion criminelle à perpétuité réelle ? » ; *Gaz. Pal.*, 3 sept. 2011, n° 246, p. 26.

En se positionnant de nouveau uniquement sur la perpétuité réelle, le Conseil constitutionnel semblait admettre implicitement qu'une peine à temps, même la plus sévère de trente ans, soit dépourvue de la possibilité d'être aménagée³³⁹⁵.

798. Le législateur : le gardien de la liberté individuelle du condamné.

Le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'Homme posent des exigences limitées quant au contrôle de la peine privative de liberté. Sur le fondement de l'article 5, les arrêts les plus audacieux de la Cour européenne des droits de l'Homme concernent les affaires anglaises et sont aujourd'hui datés, tandis que le renouvellement du contrôle s'opère sur le fondement de l'article 3. Cependant, le recul de la théorie du contrôle incorporé, pour la peine perpétuelle, est apparent, montrant la vocation de la détention *sanction*, au moins la plus lourde, à intégrer la théorie générale. Comme pour la judiciarisation de l'aménagement des peines³³⁹⁶, c'est donc le législateur qui se trouve à la pointe et impulse le dépassement des exigences supra-légales. La libération conditionnelle est en effet consacrée de manière générale³³⁹⁷. Le législateur a également participé à la création d'un véritable procès de l'aménagement des peines³³⁹⁸. Dès lors, la pleine reconnaissance du contrôle judiciaire de la proportionnalité de la peine privative de liberté et d'un droit de recours à bref délai pour la

³³⁹⁵ La loi prévoit également la possibilité de relèvement de cette période de sûreté, après vingt ans de réclusion.

³³⁹⁶ V. *supra*, n° 657 et s.

³³⁹⁷ L'obtention de la libération conditionnelle est permise pour toute infraction, une fois le délai d'épreuve passé [art. 729 CPP], même si le législateur complique parfois son obtention [l'article 730-2 du Code de procédure pénale oblige ainsi de recourir pour certains cas, à titre probatoire, d'abord d'une mesure de semi-liberté ou de placement sous surveillance électronique pendant une période d'un an à trois ans]. La période de sûreté de droit commun ne peut aller jusqu'à empêcher la libération conditionnelle durant la totalité de la peine [art. 132-23 CP]. Quant à l'extension de la période de sûreté à la totalité de la peine perpétuelle ou de la peine à temps pour quelques rares infractions [art. 221-3 et 221-4 CPP], celle-ci peut toujours être relevée en cours d'exécution et permettre l'octroi de la libération conditionnelle même si le délai d'épreuve est alors important [art. 720-4 CPP] : le relèvement est possible au bout de vingt ans lorsque la période de sûreté a été montée à trente ans et au bout de trente ans lorsque la période de sûreté a été étendue à la totalité de la peine perpétuelle.

³³⁹⁸ La consolidation du procès de l'aménagement des peines a notamment été renforcée par la loi du 15 juin 2000 [Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes : *J. O.*, 16 juin 2000, p. 9038 ; *RSC*, 2000, p. 753, comm. M. GUERRIN (spéc. sur les nullités) ; *ibid.*, p. 887, comm. P. PONCELA (spéc. sur l'aménagement des peines) ; *ibid.*, 2001, p. 7, comm. CH. LAZERGES ; *ibid.*, p. 25, comm. J. BUISSON (spéc. sur la garde à vue) ; *ibid.*, p. 51, comm. M. LEMONDE (spéc. sur le juge des libertés et de la détention) ; *ibid.*, p. 55, comm. B. BOULOC (spéc. sur les durées de procédure) ; *ibid.*, p. 43, comm. A. GIUDICELLI (spéc. sur le mis en examen et le témoin assisté) ; *ibid.*, p. 71, note B. ADER ; *ibid.*, p. 83, obs. H. TEMINE ; *ibid.*, p. 87, comm. M. É. CARTIER (spéc. sur la judiciarisation de l'aménagement des peines) ; *ibid.*, p. 107, comm. A. D'HAUTEVILLE (spéc. sur les droits des victimes) ; *ibid.*, p. 117, comm. D. N. COMMARET (spéc. sur l'indemnisation de la détention provisoire) ; *ibid.*, p. 123, comm. F. MASSIAS (spéc. sur le réexamen des condamnations pénales) ; *ibid.*, p. 193 et p. 619, chron. B. BOULOC ; *ibid.*, p. 593, comm. CH. CARDET (spéc. sur le contrôle judiciaire) ; *ibid.*, 2002, p. 134, comm. B. BOULOC (spéc. sur la détention provisoire) ; *D.*, 2000, p. 737, note S.-A. DUBERNAT (spéc. sur la présomption d'innocence) ; *D.*, 2001, p. 1039, comm. J. PRADEL ; *Dr. pén.*, 2000, chron. n° 39, comm. A. DORSNER-DOLIVET (spéc. sur la détention provisoire)]. V. notamment sur ce point plus spécialement, S. MAIL-FOUILLEUL, « Les droits de la défense et le juge de l'application des peines » ; *Dr. pén.*, 2001, chron. n° 7.

personne condamnée est d'autant plus facilitée, qu'elle ne bouleverserait pas le droit positif. Reste à étudier les modalités du droit de recours à bref délai, dont les attributs principaux résident dans le bref délai et la périodicité.

B) Les modalités du recours : un recours périodique à bref délai

799. **L'inscription du droit de recours dans un contrôle judiciaire automatique.** La Cour européenne des droits de l'Homme interprète littéralement l'article 5 § 4, en laissant le recours à l'initiative du détenu³³⁹⁹. Elle s'est quand même réservée la possibilité d'exiger un contrôle automatique « *pour d'autres catégories vulnérables de personnes arrêtées, telles celles atteintes d'une déficience mentale ou celles qui ne parlent pas la langue du magistrat* »³⁴⁰⁰, alors que dans le standard européen, l'absence d'*Habeas corpus* fait du recours à bref délai le premier contrôle juridictionnel de la privation de liberté, en dehors du cas du suspect, en cas de recours à la détention de police. Si la Cour renvoie en général à la marge d'appréciation des États pour fixer la contrôle judiciaire du début de la privation de liberté³⁴⁰¹, l'organisation d'un recours automatique, sur le fondement de l'article 5 § 4, lui est paru adapté pour l'internement d'un l'aliéné, privé de sa capacité juridique, décidé par une autorité non juridictionnelle, lorsque celui-ci a été réalisé avec l'accord de son représentant légal³⁴⁰².

800. La Cour se montre réticente à accepter que seul un tiers puisse agir en contestation de la légalité de la privation de liberté sur le fondement de l'article 5 § 4, pour la personne juridiquement incapable³⁴⁰³, confirmant la séparation qu'elle opère entre capacité en

³³⁹⁹ V. par ex., CEDH, sect. V, 23 nov. 2010, *Moulin c. France*, req. n° 37104/06 : *AJDA*, 2011, p. 889, chron. L. BURGORGUE-LARSEN ; *D.*, 2011, p. 277, obs. J.-F. RENUCCI ; *ibid.*, p. 338, obs. S. LAVRIC ; *ibid.*, note J. PRADEL ; *ibid.*, p. 26, point de vue F. FOURMENT ; *RSC*, 2011, p. 208, note D. ROETS ; *Dr. pénal*, 2011, comm. n° 26, obs. A. MARON et M. HAAS ; *Procédures*, 2011, comm. n° 30, note A.-S. CHAVENT-LECLÈRE ; *Gaz. Pal.*, 9 déc. 2010, p. 6, note O. BACHELET ; *JCP*, 2010, n° 1206, obs. F. SUDRE.

³⁴⁰⁰ CEDH, gde ch., 29 avr. 1999, *Aquilina c. Malte*, req. n° 25642/94 § 49 : *Rec. CEDH*, 1999-III.

³⁴⁰¹ CEDH, sect. II, 14 févr. 2012, *D. D. c. Lituanie*, req. n° 13469/06, en angl. ; § 165.

³⁴⁰² La Cour s'était jusqu'alors montré timide [CEDH, sect. IV, 22 oct. 2013, *M. H. c. Royaume-Uni*, req. n° 11577/06, en angl. ; 79]. Concernant un aliéné incapable d'agir en justice et qui ne pouvait en conséquence pas user du recours en *Habeas corpus*, et alors que sa mère ne pouvait pas plus agir, la Cour a rappelé que l'État restait libre d'adopter un moyen approprié pour protéger les aliénés, sans exiger de recours automatique, même si elle soulignait l'avantage d'un tel mécanisme. Au regard de l'incapacité du requérant de contester pendant vingt-sept jours la légalité de son internement devant une juridiction, la Cour établissait une violation de la Convention.

³⁴⁰³ CEDH, sect. I, 27 mars 2008, *Chtoukatourov c. Russie*, req. n° 44009/05 : *Rec. CEDH*, 2008 ; § 124 et s. En l'espèce, la mère du requérant pouvait agir pour demander la sortie du requérant, mais celle-ci avait initié la procédure d'internement contre son fils. – CEDH, gde ch., 17 janv. 2012, *Stanev c. Bulgarie*, req. n° 36760/06 : *Rec. CEDH*, 2012 ; *RDSS*, 2012, p. 863, note K. LUCAS ; *JDI*, 2013, chron. n° 8, obs. X. AUREY ; § 174 et s.

droit commun et capacité en droit de la privation de liberté³⁴⁰⁴, en lien avec l'autonomie de la détention. La compétence confiée au tiers pour contester la privation de liberté doit en conséquence être reliée juridiquement à la défense de la liberté individuelle de l'aliéné, pour être valable au regard de l'article 5 § 4³⁴⁰⁵.

801. Saisi du contrôle *a posteriori* du régime de l'internement des aliénés, qui n'organisait aucune intervention du juge judiciaire automatique, ni à son début, ni ultérieurement, le Conseil constitutionnel n'a pas censuré le défaut de contrôle judiciaire automatique de la proportionnalité de la privation de liberté³⁴⁰⁶, se contentant du recours laissé à l'initiative de la personne privée de liberté³⁴⁰⁷. Dans sa formulation classique consacrant le contrôle de la proportionnalité de la privation de liberté par le juge judiciaire, le Conseil insiste d'abord sur le droit de la personne privée de liberté de saisir le juge de la privation de liberté : le contrôle de la proportionnalité est d'abord envisagé par un droit de recours à l'initiative de celle-ci, comme dans le standard européen³⁴⁰⁸, même si le Conseil constitutionnel y ajoute le pouvoir du juge de la privation de liberté de se saisir d'office, lorsque les circonstances de fait ou de droit le justifient. Le Conseil constitutionnel ne contrôle d'ailleurs pas l'allongement du délai entre deux contrôles judiciaires automatiques organisés par législateur³⁴⁰⁹.

La Cour écartait que la possibilité pour la famille proche du requérant de contester les décisions du curateur, dont le contrat de placement dans l'institution civile, soit utile, au sens de l'article 5 § 4. – CEDH, sect. II, 28 oct. 2003, *Rakevich c. Russie*, req. n° 58973/00, en angl. ; § 44. L'ouverture de la contestation de la légalité de la privation de liberté aux seules autorités médicales n'est pas satisfaisante au regard de l'article 5 § 4.

³⁴⁰⁴ V. concernant le renversement par l'incapable du consentement de son représentant légal à son placement médico-social, *supra*, n° 424 et s.

³⁴⁰⁵ *M. H. c. Royaume-Uni* : *préc.*

³⁴⁰⁶ Il censurait seulement le défaut d'*Habeas corpus* automatique.

³⁴⁰⁷ Cons. const., déc. n° 2010-71 QPC du 26 nov. 2010, [M^{me} S.] : *J. O.*, 27 nov. 2010, p. 21119 ; *Dr. Famille*, 2011, comm. n° 11, note I. MARIA ; *RFDA*, 2011, p. 951, chron. A. PENA ; *JCP*, 2011, n° 189, note K. GRABARCZYK ; *AJDA*, 2011, p. 174, X. BIOY.

³⁴⁰⁸ Cons. const., déc. n° 2003-484 DC du 20 nov. 2003 portant sur la loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité : *J. O.*, 27 nov. 2003, p. 20154 ; *Gaz. Pal.*, 2005, doct., p. 685, comm. J. BOYER ; consid. n° 51 ; *LPA*, 20 janv. (partie I) et 21 janv. (partie II) 2004, p. 10, comm. J.-É. SCHOETTL ; consid. n° 66 : « l'autorité judiciaire conserve la possibilité d'interrompre à tout moment la prolongation du maintien en rétention, de sa propre initiative ou à la demande de l'étranger, lorsque les circonstances de droit ou de fait le justifient ».

³⁴⁰⁹ Déc. n° 2003-484 DC du 20 nov. 2003 : *préc.* ; consid. n° 64 et s. – Cons. const., déc. n° 2012-235 QPC du 20 avr. 2012, [*Association cercle de réflexion et de proposition d'actions sur la psychiatrie*] : *J. O.*, 21 avr. 2012, p. 7194 ; *RFDA*, 2012, p. 629, note K. BLAY-GRABARCZYK ; *Dr. adm.*, 2012, comm. n° 61, note C. CASTAING ; consid. n° 17. La question prioritaire de proportionnalité critiquait directement le système du contrôle judiciaire périodique automatique, créé par la dernière loi en matière d'internement des aliénés, prévu tous les six mois. Le Conseil constitutionnel rappelait d'abord qu'un tel dispositif n'empêchait pas la saisine du juge des libertés et de la détention à l'intérieur du délai et à tout moment, rappelant ainsi que le recours en proportionnalité appartient d'abord à l'initiative de la personne privée de liberté, et qu'un contrôle automatique périodique ne saurait suffire à lui seul.

802. Le législateur français a organisé, dans la plupart des détentions *sureté* et des détentions *moyen*, un contrôle automatique périodique du juge de la privation de liberté pour la prolonger³⁴¹⁰, si bien que le contrôle judiciaire automatique est un élément vertical de la théorie générale. Cette conception est logique, dès lors que l'écoulement du temps constitue en lui-même une modification des circonstances de droit ou de fait de la privation de liberté, dont la survenue est par définition prévisible, justifiant un nouveau contrôle de la proportionnalité. L'intérêt est alors de forcer le juge à se prononcer sur le bien-fondé du maintien en privation de liberté. Le législateur français organise aussi la possibilité pour le juge de la privation de liberté de se saisir d'office³⁴¹¹. En principe, la personne privée de liberté peut demander aussi à tout moment sa remise en liberté³⁴¹². Cette conception hybride du contrôle de la proportionnalité de la privation de liberté, pour ménager un droit de recours périodique à la personne privée de liberté, reconnaître le pouvoir du juge de la privation de liberté de se saisir d'office et imposer des saisines automatiques de celui-ci devrait pourtant être consacrée dans le standard supra-légal.

803. Le cœur du contrôle de la proportionnalité de la privation de liberté : un recours périodique. Le contrôle de proportionnalité, exercé à travers le recours à bref délai, vise à vérifier le maintien de la nécessité de la privation de liberté au cours de son exécution et se distingue de l'*Habeas corpus*, intéressé à la nécessité du placement en privation de liberté. Le cœur du contrôle de proportionnalité réside dans la périodicité, plutôt que l'immédiateté, dès lors que l'écoulement du temps peut modifier la situation en droit ou en fait : le recours à bref délai est périodique, caractéristique propre à sa fonction, liée à la lutte contre la disproportion (2). Mais le recours servant au contrôle de la proportionnalité

³⁴¹⁰ Ce système existe par exemple pour la garde à vue, domaine dans lequel elle constitue une garantie supérieure au standard européen [art. 63-1 et 706-88 CPP]. Il existe aussi pour la détention provisoire : celle-ci se prolonge de quatre mois en quatre mois en matière correctionnelle [art. 145-1 CPP], tandis que les délais varient entre un an, six mois ou encore quatre mois en matière criminelle pendant l'instruction [art. 145-2 CPP]. Il existe aussi pour l'internement des aliénés : celle-ci doit être prolongée par décision du juge des libertés et de la détention pour des périodes maximales de six mois [art. L. 3211-12-1 CSP]. La rétention administrative doit être prolongée au bout de vingt jours, après la première prolongation judiciaire [art. L. 552-7 CESEDA]. Le maintien en zone d'attente doit automatiquement être prolongé par le juge judiciaire au bout de douze jours de privation de liberté [art. L. 222-2 CESEDA]. En matière de rétention de sûreté, celle-ci est prononcée d'abord pour une durée d'un an, puis renouvelée pour la même période, par la juridiction régionale de la rétention de sûreté [art. 706-53-15 et 706-53-16 CPP].

³⁴¹¹ Pour la détention provisoire, le juge d'instruction et le juge des libertés et de la détention disposent de ce pouvoir [art. 147 CPP]. Pour la rétention de sûreté, la juridiction régionale de la rétention de sûreté peut ordonner d'office la libération du retenu [art. 706-53-18 CPP]. Pour l'internement des aliénés, le juge des libertés et de la détention peut également se saisir d'office pour prononcer la liberté [art. L. 3211-12 CSP].

³⁴¹² Pour la détention provisoire, voir l'art. 148 CPP. Pour l'internement de l'aliéné, le juge des libertés et de la détention peut être saisi « à tout moment » [art. L. 3211-12 CSP]. Pour la rétention de sûreté en revanche, le privé de liberté ne bénéficie d'un recours que trois mois à compter de la décision définitive de rétention de sûreté, renouvelable par période de trois mois [art. 706-53-17 CPP].

bénéficie aussi de la rapidité, caractéristique propre à la matière de la privation de liberté : c'est un recours à bref délai (I).

1) Le caractère lié à la matière de la privation de liberté : un recours à bref délai

804. **L'importation constitutionnelle.** Le Conseil constitutionnel a transposé l'exigence du recours à bref délai concernant le contrôle de la proportionnalité de la privation de liberté, contenu à l'article 5 § 4 de la Convention européenne des droits de l'Homme³⁴¹³, d'abord implicitement³⁴¹⁴, puis expressément, lors de son contrôle *a posteriori* de la constitutionnalité de l'internement des aliénés³⁴¹⁵. Le législateur encadre les différents recours en remise en liberté par des stricts délais, en première instance ou en appel³⁴¹⁶, tandis que la

³⁴¹³ « Toute personne privée de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal, afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale. »

³⁴¹⁴ Le Conseil constitutionnel a qualifié une demande de remise en liberté de recours à *bref délai*, sans être directement saisi de la contestation de ce point [Cons. const., déc. n° 2010-62 QPC du 17 déc. 2010, [M. M.] : *J. O.*, 19 déc. 2010, p. 22372 ; *AJP*, 2011, p. 136, obs. J.-B. PERRIER ; *Constitutions*, 2011, 531, obs. E. DAOUD et A. TALBOT ; *JCP*, 2011, n° 144, note V. TELLIER-CAYROL ; *RSC*, 2011, p. 864, obs. D. BOCCON-GIBOD ; consid. n° 3].

³⁴¹⁵ Déc. n° 2010-71 QPC du 26 nov. 2010 : *préc.* ; consid. n° 14 : « *s'agissant d'une mesure privative de liberté, le droit à un recours juridictionnel effectif impose que le juge judiciaire soit tenu de statuer sur la demande de sortie immédiate dans les plus brefs délais compte tenu de la nécessité éventuelle de recueillir des éléments d'information complémentaires sur l'état de santé de la personne hospitalisée* ».

³⁴¹⁶ Concernant, par exemple, la demande de remise en liberté du mis en examen en détention provisoire, le juge d'instruction doit communiquer immédiatement le dossier au procureur de la République aux fins de réquisitions, puis doit, dans les cinq jours suivants, la transmettre avec son avis motivé au juge des libertés et de la détention, ce dernier devant statuer dans un délai de trois jours ouvrables [art. 148 CPP]. En revanche, seul le défaut pour le juge des libertés et de la détention de se prononcer dans le délai est sanctionné, le prévenu pouvant saisir alors la chambre d'accusation, qui dispose de vingt jours pour trancher, sans quoi la personne est remise en liberté. La Cour de cassation rappelle que les autres délais sont dépourvus de sanction : « aucune sanction n'est prévue lorsque la communication du dossier au ministère public n'est pas immédiate, la loi ayant confié à la conscience du juge d'instruction le soin d'ordonner cette communication dans le plus bref délai, au sens de l'article 5 § 4 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales » [Cass. crim., 25 mars 1985, n° 85-90.523 : *Bull. crim.*, n° 122]. La rapidité est aussi prévue pour l'appel du rejet de la demande de remise en liberté. Ainsi, la chambre d'instruction est tenue de statuer « dans les plus brefs délais et au plus tard dans les dix jours de l'appel lorsqu'il s'agit d'une ordonnance de placement en détention et dans les quinze jours dans les autres cas, faute de quoi la personne concernée est mise d'office en liberté, sauf si des vérifications concernant sa demande ont été ordonnées ou si des circonstances imprévisibles et insurmontables mettent obstacle au jugement de l'affaire dans le délai prévu au présent article » [art. 194 CPP]. Un tel délai est rallongé de cinq jours si le suspect demande sa comparution devant la juridiction, celle-ci étant de droit, sauf possibilité pour le Président de la refuser, dans le cas où celui-ci a déjà comparu personnellement quatre mois auparavant, et si l'appel concerne une ordonnance rejetant une demande de mise en liberté [art. 199 CPP]. La Cour de cassation se montre stricte quant à l'appréciation de ce délai. Si le dépassement du délai tient au décalage entre la demande d'appel réalisée par le détenu au greffe de l'établissement pénitentiaire et sa transcription sur le registre d'appel de la juridiction qui a rendu la décision attaquée, il ne peut être admis qu'à la condition de « caractériser l'existence d'une circonstance imprévisible et insurmontable, extérieure au service de la justice » [Cass. crim., 18 janv. 2011, n° 10-87.525 : *Bull. crim.*, n° 7]. Tel n'est pas le cas lorsque le retard est dû à l'emploi d'un mauvais bordereau [Cass. crim., 9 déc. 2008, n° 08-86.590 : *Bull. crim.*, n° 247]. L'appel de la décision de prolongation de la rétention administrative doit être rendu dans un délai de quarante-huit heures,

Chambre criminelle impose l'exigence à bref délai pour la demande de remise en liberté, dans le silence de la loi³⁴¹⁷.

805. **Appréciation *in concreto* du bref délai.** Le bref délai, qui s'applique au recours périodique de l'article 5 § 4, se mesure depuis l'introduction de la contestation³⁴¹⁸, jusqu'à la communication de la décision du tribunal au détenu ou à son conseil³⁴¹⁹. Si le double degré de juridiction n'est pas imposé par le standard minimum, ni même un contrôle automatique, le bref délai s'applique à toutes les instances, indépendamment de son degré³⁴²⁰, ou de son automaticité³⁴²¹. Pour apprécier ce recours, seul le retard imputable aux autorités est

dont le dépassement dessaisit le juge et rend caduque l'ordonnance de prolongation [Cass. civ. II, 21 févr. 2002, n° 00-50.118 : *Bull. civ. II*, n° 24].

³⁴¹⁷ Cass. crim., 21 juin 1988, n° 88-82.743 : *Bull. crim.*, n° 282. Il s'agissait en l'espèce d'imposer à la juridiction de renvoi après la cassation d'une décision d'appel rejetant la remise en liberté de statuer « *dans les meilleurs délais pour satisfaire aux dispositions de l'article 5, paragraphe 4, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui imposent qu'il soit statué à bref délai sur la légalité de la détention* ». La Chambre commerciale, sur le fondement même de l'article 5 § 4 de la Convention européenne des droits de l'Homme, a en matière de contrainte par corps imposé comme préalable au recours à *bref délai* l'obligation à la charge des autorités d'informer le contraint d'un tel recours, le défaut de cette obligation justifiant la mainlevée de la contrainte [Cass. comm., 18 juin 2002, n° 00-13.774 : *Bull. civ. IV*, n° 107].

³⁴¹⁸ Le moment de l'introduction est apprécié strictement. Celui-ci peut se situer à l'introduction de la formalité administrative préalable, nécessaire à la saisine de la juridiction [CEDH, ch., 21 nov. 1986, *Sanchez-Reisse c. Suisse*, req. n° 9862/82 : *Rec. CEDH*, série A, n° 107]. Le délai débute également à la date d'émission de la demande et non de sa réception par la juridiction [CEDH, sect. V, 19 juil. 2007, *Rozhkov c. Russie*, req. n° 64140/00, en angl.]. Le délai s'interrompt une fois que le requérant a obtenu une décision régulière sur le fond de sa demande, même en cas de survenue d'une décision automatique de prolongation, dans l'intervalle [CEDH, sect. III, 29 oct. 2013, *Anderco c. Roumanie*, req. n° 3910/04].

³⁴¹⁹ CEDH, sect. II, 25 oct. 2005, *Vejmola c. République Tchèque*, req. n° 57246/00 ; § 46. V. aussi CEDH, sect. V, 27 sept. 2007, *Smatana c. République Tchèque*, req. n° 18642/04 ; § 125.

³⁴²⁰ CEDH, ch., 12 déc. 1991, *Toth c. Autriche*, req. n° 11894/85 : *Rec. CEDH*, série A, n° 224 ; RSC, 1992, p. 367, obs. L.-E. PETTITI ; § 84 : « *l'article [5 § 4] n'astreint pas les États contractants à instaurer un double degré de juridiction pour l'examen de demandes d'élargissement* », « *néanmoins, un État qui se dote d'un tel système doit en principe accorder aux détenus les mêmes garanties en appel qu'en première instance* ». La Cour impose même les exigences de l'article 5 § 4 au recours en cassation [v. pour le bref délai, CEDH, sect. III, 19 mai 2005, *Rapacciuolo c. Italie*, req. n° 76024/01 ; § 31 et s., ou encore CEDH, sect. III, 9 juin 2005, *Picaro c. Italie*, req. n° 42644/02 ; § 62 et s. ; v. pour le respect du contradictoire, CEDH, sect. III, 1^{er} juin 2006, *Fodale c. Italie*, req. n° 70148/01 ; § 39 et s.] et au recours à la juridiction constitutionnelle, lorsqu'elle peut être saisie d'un cas individuel [v. pour le bref délai, *Smatana : préc.* ; § 126 et s.].

³⁴²¹ Des arrêts plus anciens ont pu apprécier de manière globale le bref délai, compte tenu de l'ensemble des garanties offertes par la législation. V. par ex. CEDH, ch., 23 nov. 1993, *Navarra c. France*, req. n° 13190/87 : *Rec. CEDH*, série A, n° 273-B ; RSC, 1994, p. 362, chron. R. KOERING-JOULIN : la possibilité pour le requérant de formuler des recours à tout moment peut purger le défaut de promptitude d'un recours, même si le détenu n'a pas usé de cette possibilité. V. aussi CEDH, ch., 26 juin 1991, *Letellier c. France*, req. n° 12369/86 : *Rec. CEDH*, série A, n° 207 ; § 54 et s. ; la Cour tient compte que le détenu avait pu formuler six recours durant la même période, étudiés dans des délais rapides pour conclure au respect de la Convention, malgré la présence d'un recours plus long. V. aussi CEDH, sect. V, 15 févr. 2005, *Sulaoja c. Estonie*, req. n° 55939/00, en angl. ; la Cour notait qu'un délai unique de 8 jours séparait une décision judiciaire sur la détention provisoire d'une nouvelle demande de remise en liberté, pour estimer la procédure dans l'ensemble conforme à l'article 5 § 4. Désormais, la Cour rappelle que tout recours en légalité de la privation de liberté doit respecter le bref délai, l'État ne pouvant choisir quel recours serait prompt et lequel ne le serait pas. V. par ex. *Smatana : préc.*

pris en compte³⁴²². Les jours fériés ne peuvent permettre de retarder l'examen de la légalité de la privation de liberté³⁴²³. L'appréciation de la Cour diffère selon le cas de privation de liberté. Ainsi pose-t-elle que le bref délai doit s'apprécier strictement pour le suspect en détention provisoire, compte-tenu de l'atteinte à la présomption d'innocence³⁴²⁴, alors qu'au contraire, en matière d'internement des aliénés, l'appréciation de la Cour est plus souple, au regard de la nécessité de recourir à des expertises médicales, même si le respect de la Convention ne peut tolérer le dépassement de quelques semaines³⁴²⁵. L'appréciation du bref délai varie aussi selon les particularités de l'espèce³⁴²⁶, et la Cour s'est réservée la possibilité de découvrir « *des circonstances de nature exceptionnelle* »³⁴²⁷, hypothèse concernant par exemple la nécessité de recourir à une expertise pour apprécier une demande de remise en liberté fondée sur des motifs médicaux³⁴²⁸.

³⁴²² CEDH, sect. I, 25 oct. 2007, *Lebedev c. Russie*, req. n° 4493/04, en angl. : *Rec. CEDH*, série A, n° 107. La Cour censurait un recours qui avait duré 44 jours en appel, mais en imputant seulement 27 jours de retard aux autorités, alors que la défense avait pu tarder à présenter ses observations écrites. – CEDH, 7 avr. 2005, *Rokhlina c. Russie*, req. n° 54071/00, en angl. ; § 79 : la Cour constatait que le recours avait été retardé par la demande du requérant de comparaître. – CEDH, sect. III, 24 nov. 2009, *Shannon c. Lettonie*, req. n° 32214/03, en angl. : un délai d'un mois et deux jours a pu être admis compte-tenu que le retard pouvait être attribué à l'avocat du détenu qui n'avait pu se rendre deux fois à l'audience, obligeant le report de celle-ci.

³⁴²³ CEDH, sect. I, 25 oct. 2007, *Lebedev c. Russie*, req. n° 4493/04, en angl. : *Rec. CEDH*, série A, n° 107.

³⁴²⁴ CEDH, sect. V, 4 oct. 2001, *Ilowiecki c. Pologne*, req. n° 27504/95, en angl. ; § 76

³⁴²⁵ Dans un arrêt ancien, la Cour a ainsi validé un délai de neuf mois et vingt-cinq jours, l'affaire apparaissant toutefois particulière, puisque l'aliéné était en fuite durant une partie de ce temps et la juridiction avait sursis à statuer dans l'attente de la décision d'une autre juridiction, saisie par l'interné [CEDH, ch., 23 févr. 1984, *Luberti c. Italie*, req. n° 9019/80 : *Rec. CEDH*, série A, n° 75 ; § 36]. L'appréciation plus souple nécessite cependant de démontrer que le délai s'explique par la complexité de l'état de santé de l'aliéné, tel n'étant pas le cas, pour un délai d'un an et huit mois, causé en grande partie par un rapport d'expertise rendu dix mois après la réalisation de l'examen clinique [CEDH, gde ch., 25 mars 1999, *Musial c. Pologne*, req. n° 24557/94 : *Rec. CEDH*, 1999-II]. Un délai de quatre mois ne semble en tout cas pas respecter la Convention [CEDH, sect. V, 18 nov. 2010, *Baudoin c. France*, req. n° 35935/03 ; *RTD civ.*, 2011, p. 101, obs. J. HAUSER ; *AJDA*, 2010, p. 2239, obs. R. GRAND ; *AJP*, 2011, p. 144, obs. É. PÉCHILLON ; *JCP*, 2011, n° 189, note K. GRABARCZYK ; § 116 et s.]. Même un délai de huit semaines apparaît excessif, dès lors qu'un temps de latence au début de la procédure était constaté [CEDH, ch., 29 août 1990, *E. c. Norvège*, req. n° 11701/85 : *Rec. CEDH*, série A, n° 181-A ; *RSC*, 1990, p. 831, obs. L.-E. PETTITI ; *RFDA*, 1991, p. 843, chron. V. BERGER, H. LABAYLE et F. SUDRE ; § 63 et s.].

³⁴²⁶ La Cour peut tirer de la simplicité de l'affaire, par exemple en matière d'extradition, un motif d'appréciation plus strict du bref délai [v. CEDH, sect. V, 5 juin 2012, *Shakurov c. Russie*, req. n° 55822/10, en angl. : en l'espèce, la Cour sanctionnait un délai de 13 jours, ou v. aussi CEDH, ch., 21 nov. 1986, *Sanchez-Reisse c. Suisse*, req. n° 9862/82 : *Rec. CEDH*, série A, n° 107 : des délais de quarante-six jours et trente et un jours sont trop longs, dès lors que le problème posé devant le juge demeurerait simple, sans élément nouveau.

³⁴²⁷ CEDH, sect. II, 3 juin 2003, *Pantea c. Roumanie*, req. n° 33343/96 : *Rec. CEDH*, 2003-VI ; *D.*, 2003, p. 2268, obs. J.-F. RENUCCI ; § 252.

³⁴²⁸ La Cour contrôle alors la célérité des diligences et un délai de cinq mois est excessif [CEDH, sect. I, 28 mars 2000, *Baranowski c. Pologne*, req. n° 28358/95 : *Rec. CEDH*, 2000-III].

806. **La recherche des limites du recours à bref délai.** Le bref délai, étant moindre que l'immédiateté de l'*Habeas corpus*, peut logiquement dépasser le délai de quatre jours³⁴²⁹. Pour la détention provisoire, des délais de douze jours³⁴³⁰ ou de quatorze jours, pour une juridiction d'appel dans ce dernier cas, ont été validés en matière de détention provisoire³⁴³¹. Pour le même cas de privation de liberté, des délais supérieurs à vingt-jours, sauf à caractériser des hypothèses particulières, entraînent la violation de la Convention, qu'il s'agisse d'un recours en première instance³⁴³², ou d'un recours en appel³⁴³³. Des recours plus longs semblent admis concernant la détention du mineur pour son éducation surveillée, au regard des nombreux éléments de personnalité à rassembler³⁴³⁴. Par contre, la Cour européenne des droits de l'Homme se montre plus stricte en matière extraditionnelle, la Cour ayant censuré un délai de dix-sept jours³⁴³⁵, pour un recours constituant le premier contrôle judiciaire de la privation de liberté, ou un délai de treize jours, concernant un recours en appel³⁴³⁶. En généralisant ces différentes espèces, le bref délai ne saurait dépasser une quinzaine de jours en première instance ou en appel³⁴³⁷, même si la méthode *in concreto* de la Cour permet de la dépasser au regard de la complexité du cas de privation de liberté ou de

³⁴²⁹ Le délai de quatre jours constitue la limite abstraite maximale de la privation de liberté du suspect sans *Habeas corpus* [v. *supra*, n° 751 et s.].

³⁴³⁰ CEDH, sect. IV, 11 juil. 2006, *Harkmann c. Estonie*, req. n° 2192/03 ; en l'espèce, si la Cour d'appel avait tranché bien après ce délai de douze jours, le détenu avait été libéré au bout de ce délai, du fait du succès d'un autre recours, si bien que la Cour européenne des droits de l'Homme estimait que le requérant avait été libéré avant l'épuisement du bref délai.

³⁴³¹ CEDH, sect. III, 24 nov. 2009, *Shannon c. Lettonie*, req. n° 32214/03, en angl. ; § 74. Une décision plus ancienne et encore marquée par la jurisprudence de la Cour adoptant une appréciation globale de l'article 5 § 4 admettait un délai de quarante-un jours regroupant le recours de première instance et celui d'appel [CEDH, sect. I, 7 avr. 2005, *Rokhlina c. Russie*, req. n° 54071/00, en angl. ; § 79].

³⁴³² CEDH, sect. V, 7 févr. 2008, *Kostadinov c. Bulgarie*, req. n° 55712/00, en angl. : sanction d'un délai de vingt-six jours. – CEDH, sect. I, 28 nov. 2000, *Rehbock c. Slovaquie*, req. n° 29462/95 : *Rec. CEDH*, 2000-XII : sanction d'un délai de vingt-trois jours. Ce dernier arrêt a une place particulière dans la jurisprudence de la Cour, puisque celle-ci le cite régulièrement et en fait une référence.

³⁴³³ CEDH, sect. IV, 30 nov. 2000, *G. B. c. Suisse*, req. n° 27426/95, en angl. ; § 34 et s. : sanction d'un délai de trente-deux jours. – CEDH, sect. I, 1^{er} juin 2006, *Mamedova c. la Russie*, req. n° 7064/05, en angl. ; § 96 : sanction d'un délai de vingt-six jours. – CEDH, sect. I, 22 déc. 2012, *Utusov c. Russie*, req. n° 7923/04, en angl. ; § 29 et s. : sanction d'un délai de vingt jours. – CEDH, sect. I, 3 oct. 2013, *Nizomkhon Dzburayev c. Russie*, req. n° 31890/11, en angl. ; § 171 et s. : sanction d'un délai de vingt-trois jours. La Cour notait qu'un retard de dix-sept jours était dû à la transmission du dossier, que la défense du suspect n'avait pas entraîné de retard et que la contestation n'était pas complexe.

³⁴³⁴ Un délai de cinquante-cinq jours, pour un recours en appel, a ainsi été validé [CEDH, sect. III, 7 juin 2011, *S. T. S. c. Pays-Bas*, req. n° 277/05 : *Rec. CEDH*, 2011 ; § 45 et s.].

³⁴³⁵ CEDH, sect. I, 9 janv. 2003, *Kadem c. Malte*, recours n° 55263/00, en angl. ; § 43 et s.

³⁴³⁶ CEDH, sect. V, 29 juil. 2010, *Karimov c. Russie*, req. n° 54219/08, en angl. ; § 124 et s.

³⁴³⁷ L'appréciation du bref délai, pour le recours en cassation se pose, le caractère national de la juridiction pouvant justifier une appréciation plus souple. La Cour a déjà censuré un délai de cinq mois et vingt jours [*Picaro* : *préc.*], un délai de deux mois et vingt-sept jours [*Rapacciuolo* : *préc.*], ou, de manière plus évidente, un délai de 294 jours [*S. T. S. c. Pays-Bas* : *préc.* ; § 47 et s.]. Au regard du raisonnement mené par la Cour dans l'affaire *Picaro*, dans laquelle elle se réfère aux autres délais censurés par la Cour concernant des affaires de première ou deuxième instance, le pourvoi en cassation semble soumis à la même exigence de célérité.

l'affaire. La Cour européenne des droits de l'Homme attribue en tout cas un effet limité à la violation du bref délai, admettant que le recours indemnitaire constitue un recours interne efficace pour la constater, si bien qu'il doit être épuisé avant de saisir la Cour, sans exiger la création d'un « *recours préventif* » permettant de forcer le juge de la privation de liberté à statuer plus vite sur la remise en liberté³⁴³⁸ : sa violation n'est pas une cause de libération, mais d'indemnisation.

807. La modulation de l'appréciation du bref délai : vers un *Habeas corpus* européen généralisé. La Cour a posé, lorsque l'article 5 § 4 concrétise le premier contrôle judiciaire de la privation de liberté, le principe d'une appréciation plus stricte du bref délai par rapport aux recours postérieurs³⁴³⁹. Dès lors, puisque le placement en privation de liberté, s'il n'est pas décidé par le tribunal de l'article 5 § 4, ouvre droit à un recours en légalité devant lui, une appréciation très stricte du recours à bref délai reviendrait, dans cette hypothèse, à la mise en place d'un *Habeas corpus*, d'autant plus que la Cour développe l'automatisme du recours³⁴⁴⁰. La transposition, encore prudente, dans l'article 5 § 4, des garanties de l'article 5 § 3, pourrait aboutir à généraliser l'*Habeas corpus* à quatre jours. Le recours à bref délai bénéficie d'un caractère spécifique à sa fonction, liée à la lutte contre la disproportion : il doit être périodique.

2) Le caractère lié à sa fonction : la périodicité

808. Le fait générateur du contrôle périodique : la modification des circonstances de droit ou de fait. La Convention étant muette sur ce point, la Cour européenne des droits de l'Homme a fait preuve d'audace, en reconnaissant le caractère périodique du recours à bref délai. Si la Cour rattache parfois la périodicité du recours à la nature de la privation de liberté en cause³⁴⁴¹, elle l'applique plus généralement à toute privation de liberté soumise à l'article 5 § 4³⁴⁴². Le placement en privation de liberté par une

³⁴³⁸ CEDH, sect. V, 28 oct. 2010, *Knebl c. République Tchèque*, req. n° 20157/05 ; § 98 et s.

³⁴³⁹ V. par ex. CEDH, sect. I, 25 oct. 2007, *Lebedev c. Russie*, req. n° 4493/04, en angl. : *Rec. CEDH*, série A, n° 107 ; § 95 et s.

³⁴⁴⁰ V. *supra*, n° 799.

³⁴⁴¹ V. pour l'internement des aliénés, CEDH, gde ch., 17 janv. 2012, *Stanev c. Bulgarie*, req. n° 36760/06 : *Rec. CEDH*, 2012 ; *RDSS*, 2012, p. 863, note K. LUCAS ; *JDI*, 2013, chron. n° 8, obs. X. AUREY ; § 171. V. pour la détention provisoire par ex., CEDH, sect. III, 9 mars 2006, *Svipsta c. Lettonie*, req. n° 66820/01 : *Rec. CEDH*, 2006-III.

³⁴⁴² CEDH, sect. I, 1^{er} déc. 2005, *Popov c. Bulgarie*, req. n° 48137/99 ; § 55 : « la Cour rappelle que l'article 5 § 4 garantit à toute personne détenue d'avoir accès à un tribunal qui contrôle "la légalité", au sens de la Convention, de sa détention, à des "intervalles raisonnables" ».

autorité non juridictionnelle ou l'arrestation de police fait logiquement naître le droit de bénéficier d'un premier recours à bref délai³⁴⁴³, tandis que le contrôle incorporé, en cas de privation de liberté résultant du titre d'un tribunal, l'éteint dans un premier temps, le recours à bref délai se distinguant de l'appel³⁴⁴⁴. Au-delà du premier contrôle, le recours de l'article 5 § 4 renaît « *un certain temps après le début de [la privation de liberté], puis à des intervalles raisonnables* »³⁴⁴⁵. Le Conseil constitutionnel rappelle, dans son expression classique du contrôle judiciaire de la proportionnalité de la privation de liberté, que la personne privée de liberté doit disposer du recours à bref délai « *lorsque les circonstances de droit³⁴⁴⁶ ou de fait le justifient* »³⁴⁴⁷. Certaines décisions particulières prises au cours de la privation de liberté, en raison de leur nature, semblent générer le droit de recours de l'article 5 § 4.

809. La décision de réincarcération. La décision de révocation de la libération conditionnelle du détenu purgeant une peine perpétuelle fait naître le recours de l'article 5 § 4³⁴⁴⁸, lorsqu'elle est décidée par une autorité non juridictionnelle, principe qui doit être étendu à tous les autres cas de privation de liberté, soumis par nature à l'article 5 § 4, dès lors que le droit national prévoit la renaissance d'un titre initial de privation de liberté, dont le cours a été interrompu par une libération sous condition. Même cette décision extrême échappe en revanche au contrôle de l'article 5 § 4 pour la peine à temps³⁴⁴⁹, la Cour

³⁴⁴³ Même dans le cas de la détention du suspect, le contrôle judiciaire de l'article 5 § 4 se superpose à l'article 5 § 3, sauf à ce que la traduction devant le juge, exigé par le dernier article cité, ait les qualités du tribunal, au sens du premier [CEDH, ch., 22 mai 1984, *De Jong, Baljet et Van den Brink c. Pays-Bas*, req. n^{os} 8805/79, 8806/79 et 9242/81 : *Rec. CEDH*, série A, n^o 77 ; § 57].

³⁴⁴⁴ CEDH, plén., 24 juin 1982, *Van Droogenbroeck c. Belgique*, req. n^o 7906/77 : *Rec. CEDH*, série A, n^o 50.

³⁴⁴⁵ *Ibid.*, § 48.

³⁴⁴⁶ La modification substantielle de la législation en cours de détention est de nature à ouvrir le recours à bref délai [CEDH, sect. V, 26 avr. 2012, *Molotchko c. Ukraine*, req. n^o 12275/10, en angl. ; § 156]. La poursuite de la privation de liberté dans un nouveau cadre législatif fait renaître aussi le recours, au regard du critère, tandis que le maintien de la privation de liberté obéit alors à de nouvelles conditions juridiques.

³⁴⁴⁷ Cons. const., déc. n^o 2003-484 DC du 20 nov. 2003 portant sur la loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité : *J. O.*, 27 nov. 2003, p. 20154 : *Gaz. Pal.*, 2005, doct., p. 685, comm. J. BOYER ; consid. n^o 51 ; *LPA*, 20 janv. (partie I) et 21 janv. (partie II) 2004, p. 10, comm. J.-É. SCHOETTL ; consid. n^o 66.

³⁴⁴⁸ Ce principe apparaissait dès l'arrêt *Van Droogenbroeck* [préc. ; § 48] : « *un certain temps après le début de celle-ci, puis à des intervalles raisonnables [...] ainsi qu'au moment d'un réinternement éventuel s'il se trouvait en liberté* ». V. pour la mesure de sûreté CEDH, ch., 5 nov. 1981, *X. c. Royaume-Uni*, req. n^o 7215/75 : *Rec. CEDH*, série A, n^o 46, ou pour la peine perpétuelle requalifiée en mesure de sûreté, CEDH, plén., 2 mars 1987, *Weeks c. Royaume-Uni*, req. n^o 9787/82 : *Rec. CEDH*, série A, n^o 114.

³⁴⁴⁹ CEDH, sect. III, 7 sept. 1999, *Ganusauskas c. Lituanie*, req. n^o 47922/99, déc., en angl. On peut se demander toutefois si cette solution n'est pas amenée à être dépassée, alors que la Cour a déjà inclus, dans le contrôle de l'article 5, la décision d'aménagement de peine du condamné, bénéficiant d'une assignation à domicile, afin de contrôler le report de son exécution [v. *infra*, note n^o 4039].

maintenant dans cette hypothèse le contrôle incorporé, solution qui s'applique sans doute à la décision de révocation du sursis³⁴⁵⁰.

810. **La décision d'aménagement de la privation de liberté.** La décision d'aménagement de la privation de liberté, dont le cours n'a jamais été suspendu, échappe par principe toujours au recours la légalité de l'article 5 § 4 et même, plus largement, à l'ensemble des principes de l'article 5³⁴⁵¹. Par exception, la Cour a admis que la décision transformant une assignation à domicile, qualifiée de privation de liberté, au placement dans un établissement fermé³⁴⁵², ou la mise à exécution retardée de la décision octroyant l'assignation à domicile du détenu en établissement pénitentiaire³⁴⁵³, alors pourtant que la privation de liberté continuait à s'exécuter sur la même base légale, soit soumise au contrôle de l'article 5³⁴⁵⁴, ce qui pose la question de l'application du recours à bref délai devant le juge national, non pas pour obtenir la libération, mais pour contester le bien-fondé de la révocation de l'aménagement ou contester sa mauvaise exécution par les autorités³⁴⁵⁵.

811. **La décision modifiant la nature de la privation de liberté.** La Cour place également dans le champ de l'article 5 la décision qui « *a modifié de manière notable la nature de la détention ainsi que la situation du requérant pendant la période pertinente* »³⁴⁵⁶, malgré la poursuite du titre de détention initial, si bien que l'article 5 § 4 pourrait également s'appliquer pour contester la légalité de la modification. Si en l'espèce, la nature de la

³⁴⁵⁰ La révocation du sursis, dès lors qu'elle génère une détention relevant de l'article 5 § 1^{er}-a) en raison du lien de causalité avec la condamnation initiale [CEDH, sect. III, 3 nov. 2002, *Bohmer c. Allemagne*, req. n° 37568/97, en angl.] échappe sans doute au contrôle de la légalité en vertu de la théorie du contrôle incorporé. Sauf cas particulier de l'utilisation, pour révoquer, d'une motivation portant atteinte à la présomption d'innocence, par la mise en cause du condamné dans une autre affaire [*Bohmer : préc.*], la décision échappe aussi à l'article 6 [Cass. crim., 25 sept. 2002, n° 02-81.702 : *inédit*].

³⁴⁵¹ V. pour le contrôle de l'adéquation matérielle, *supra*, n° 490.

³⁴⁵² CEDH, sect. V, 6 nov. 2008, *Gouloub Atanassov c. Bulgarie*, req. n° 73281/01 : il s'agissait en l'espèce d'un aliéné interné. – CEDH, sect. V, 25 mars 2010, *Mitreski c. « L'Ex-République Yougoslave de Macédoine »*, req. n° 11621/09, en angl. ; § 31 : il s'agissait en l'espèce d'un suspect en détention provisoire.

³⁴⁵³ CEDH, sect. II, 2 août 2001, *Mancini c. Italie*, req. n° 44955/98 : *Rec. CEDH*, 2001-IX. – CEDH, sect. III, 3 mai 2005, *Sannino c. Italie*, req. n° 72639/01, *déc.* La Cour opérait même une extension de l'hypothèse de l'assignation à domicile en incorporant, dans le contrôle de l'article 5, la transformation de la détention après jugement, en une assignation dans « *une communauté* ».

³⁴⁵⁴ La première affaire aboutissait à constater la violation de la Convention, en raison du non-respect du droit interne, pour la décision de réinternement en hôpital pour l'aliéné auparavant en assignation à résidence. Dans la seconde affaire, la Cour constatait aussi une violation de la Convention, du fait du retard de l'exécution de la décision accordant l'assignation à domicile, au suspect détenu auparavant dans un établissement pénitentiaire. Dans la dernière affaire, la Cour réalisait le même contrôle, concernant le retard de la mise à exécution de la décision d'assignation, pour le condamné détenu en établissement pénitentiaire.

³⁴⁵⁵ L'article 5 § 4 n'a pas cette fonction en principe, puisqu'il vise la libération spécialement. Toutefois, le recours à l'article 5 § 4 doit déjà accueillir le grief des conditions matérielles inadaptées, dont la violation doit d'abord permettre au juge d'ordonner le placement de l'individu dans un lieu plus adapté, et pas forcément de libérer [v. *supra*, note n° 2071].

³⁴⁵⁶ CEDH, sect. II, 9 sept. 2013, *Ümit Bilgic c. Turquie*, req. n° 22398/05 ; § 92. En l'espèce, le suspect, en détention provisoire, avait dû être interné en raison de ses troubles mentaux.

privation de liberté avait évolué nettement, pour ressortir de plusieurs cas différents de la liste de l'article 5, le critère posé apparaît pourtant large, d'autant plus que ses éléments, la nature de la détention ou la situation du requérant, apparaissent alternatifs et non cumulatifs³⁴⁵⁷.

812. **La renaissance du recours à intervalles réguliers.** La jurisprudence européenne sanctionne abstraitement la législation nationale qui interdit pendant une trop longue période au détenu de demander sa remise en liberté, sans qu'il soit nécessaire de caractériser l'existence de circonstances nouvelles de droit ou de fait : même sans elles, le recours renaît automatiquement à intervalles réguliers, tandis que leur survenue génère le recours, même à l'intérieur de ceux-ci³⁴⁵⁸. L'impossibilité de faire contrôler la légalité de la privation de liberté durant quelques jours ne viole évidemment pas la Convention³⁴⁵⁹. L'intervalle au terme duquel le droit de recours renaît automatiquement semble fixé à un an pour le contrôle périodique de la peine perpétuelle, une fois sa période répressive passée³⁴⁶⁰, ou le contrôle périodique de l'internement des aliénés³⁴⁶¹. L'intervalle s'approche d'un mois en matière de détention provisoire³⁴⁶². Le modèle français du contrôle de proportionnalité de la privation de liberté apparaît en tout cas supérieur³⁴⁶³.

³⁴⁵⁷ Le contrôle, sous l'angle de l'article 5, de la transformation de l'assignation à résidence en détention pénitentiaire [v. *supra*, n° 811] peut se fonder, au regard de cette solution, sur la seule modification notable de la situation du requérant. Un tel critère pourrait justifier un contrôle plus important de l'aménagement des peines, débuté par le contrôle de l'exécution de la décision octroyant une assignation à résidence et marquer la réduction du contrôle incorporé même pour la peine à temps [v. *supra*, note n° 3453].

³⁴⁵⁸ CEDH, sect. I, 7 nov. 2013, *Ermakov c. Russie*, req. n° 43165/10, en angl. ; § 269 et s. En l'absence de circonstance nouvelle de fait ou de droit, l'impossibilité pour le requérant de contester la légalité de sa détention extraditionnelle pendant un délai de six mois ne viole pas la Convention. – CEDH, sect. I, 2 oct. 2012, *Abdulkhakov c. Russie*, req. n° 14743/11, en angl. ; § 216 et s. Le même délai de six mois viole en revanche la Convention, lorsque, durant son écoulement, la Cour avait adopté une mesure provisoire, qui bloquait l'extradition, ce qui constituait une circonstance nouvelle, ouvrant droit au recours.

³⁴⁵⁹ En l'espèce, sept jours [CEDH, sect. I, 1^{er} déc. 2005 *Popov c. Bulgarie*, req. n° 48137/99].

³⁴⁶⁰ CEDH, 26 sept. 2000, *Oldham c. Royaume-Uni*, req. n° 36273/97 : *Rec. CEDH*, 2000-X. – CEDH, sect. III, 24 juil. 2001, *Hirst c. Royaume-Uni*, req. n° 40787/98, en angl. ; § 38.

³⁴⁶¹ Des délais de quinze mois et de deux ans en cette matière violent en tout cas la Convention [CEDH, 24 sept. 1992, *Herczegfalvy c. Autriche*, req. n° 10533/83 : *Rec. CEDH*, série A, n° 244].

³⁴⁶² CEDH, 25 oct. 1989, *Bezicheri c. Italie*, req. n° 11400/85 : *Rec. CEDH*, série A, n° 164 : la détention provisoire « appelle de brefs intervalles car dans l'optique de la Convention il s'agit d'une mesure de durée strictement limitée, parce que fondée pour l'essentiel sur les besoins d'une instruction à mener avec célérité ». L'intervalle d'un mois, en l'espèce, satisfaisait la Convention. – CEDH, 28 oct. 1998, *Assenov et autres c. Bulgarie*, req. n° 24760/94 : *Rec. CEDH*, 1998-VIII : D., 1999, p. 266, note P. HENNION : RSC, 1999, p. 384, chron. R. KOERING-JOULIN : un seul recours ouvert sur une période de deux ans n'est pas satisfaisant. *Lebedev : préc.* ; § 112. – *Lebedev : préc.* ; § 112 : l'impossibilité de demander sa remise en liberté pendant sept semaines viole la Convention. – CEDH, sect. I, 15 juin 2006, *Jurjevs c. Lettonie*, req. n° 70923 ; § 63 : l'impossibilité de demander sa remise en liberté pendant trois mois viole la Convention.

³⁴⁶³ V. *supra*, n° 802.

813. **La lutte contre la disproportion : l'intégration de la peine privative de liberté à la théorie générale.** Si la théorie du contrôle incorporé domine encore dans les principes supra-légaux et empêche une pleine intégration de la peine perpétuelle dans la théorie générale, son renversement par le législateur, et son recul dans les jurisprudences européenne et constitutionnelle montrent que même la détention *sanction* a vocation à subir le contrôle de proportionnalité, au-delà du temps d'épreuve de la libération conditionnelle. Cette intégration de la détention *sanction* à la théorie générale, en progression, vient directement atténuer la fracture la plus grave de la privation de liberté, en mettant fin à une fiction, faisant de la sanction l'unique objectif de la peine. Si pour autant, l'objectif de punition ne peut-être nié, et que la paralysie du contrôle de proportionnalité durant la période initiale de la peine est logique, l'abandon définitif du contrôle incorporé passe par la consécration définitive de la libération conditionnelle dans les standards supra-légaux, et le contrôle de son régime. Une telle conception relativise aussi la réserve de certains principes protecteurs à la seule peine privative de liberté, comme la non-rétroactivité, ou encore la pleine application des règles du procès équitable, sauf à admettre, dans une nouvelle fiction, que la lourde peine privative de liberté est toujours étrangère à leur application.

814. Le droit à bénéficier d'un recours efficace : un droit périmé.

Périodicité du contrôle de proportionnalité et immédiateté du contrôle de la nécessité, ces deux garanties de l'efficacité des recours judiciaires spéciaux contre la privation de liberté ont été acquises au gré d'une jurisprudence audacieuse du Conseil constitutionnel ou de la Cour européenne des droits de l'Homme, désormais ancienne. Les deux juridictions restent fixées sur ces acquis. Au moins la Cour européenne des droits de l'Homme maintient-elle ces apports anciens, et un progrès apparaît même dans sa jurisprudence, lorsqu'elle entame un contrôle plus poussé de la durée de la garde à vue, s'oriente vers la généralisation d'un *Habeas corpus*, ou dégage un droit au réexamen de la peine perpétuelle. En revanche, la jurisprudence constitutionnelle a bradé le plus bel apport de l'article 66 de la Constitution en détériorant la célérité de l'*Habeas corpus*. L'efficacité des recours judiciaires spéciaux de la privation de liberté en est amoindrie, d'autant plus que s'ajoute une divergence contestable entre eux, concernant l'application du procès de la privation de liberté.

Section II./ LE DROIT AU PROCÈS DE LA PRIVATION DE LIBERTÉ : LA DIVERGENCE

CONTESTABLE DES RECOURS JUDICIAIRES SPÉCIAUX DE LA PRIVATION DE LIBERTÉ

815. **Le procès de la privation de liberté : cause d'affaiblissement de l'unité de la privation de liberté.** Si l'article 66 de la Constitution est muet sur les garanties procédurales permettant à l'autorité judiciaire d'exercer son rôle de gardien, la Convention européenne des droits de l'Homme a exclu la privation de liberté du champ d'application du procès équitable de l'article 6 et n'a pas choisi de le consacrer au sein de l'article 5, laissant une nouvelle fois une marge d'appréciation aux États. Une telle position, qui crée une nouvelle fracture dans la privation de liberté, aboutit à ce que le prononcé de la sanction la plus faible soit soumis à des garanties procédurales supérieures à celles entourant l'adoption d'un titre pérenne de privation de liberté en dehors de la matière pénale, et à l'artifice qui voudrait que l'application du procès équitable en cette matière serait indifférente au large recours à la peine privative de liberté. La définition du tribunal, compétent pour trancher le recours à bref délai, impose toutefois le respect des grandes garanties procédurales, atténuant cette première cassure.

816. **Le procès de la privation de liberté : cause d'affaiblissement de la consécration supra-légale de l'*Habeas corpus*.** En revanche, de telles garanties ne s'appliquent pas à la première intervention judiciaire automatique du juge de la privation de liberté en *Habeas corpus*. La célérité relative du recours³⁴⁶⁴ n'apparaît pourtant plus incompatible avec la tenue, dès ce stade, d'un tel procès. L'étude de la pleine protection supra-légale du droit au procès lors du recours à bref délai (§2) succédera à l'étude de l'absence de droit au procès lors du recours d'*Habeas corpus* (§1).

³⁴⁶⁴ V. *supra*, n° 728 et s.

§ 1./ L'ABSENCE DE DROIT AU PROCÈS LORS DU RECOURS D'*HABEAS CORPUS*

817. **Inefficacité des normes spécifiques à la privation de liberté : la poursuite de la péremption du droit de la privation de liberté.** Les normes fondamentales de la privation de liberté, l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'Homme ou l'article 66 de la Constitution, ne sont pas interprétées comme imposant les pleines garanties du procès équitable au contrôle de la nécessité de la privation de liberté. Il en ressort que, lorsque cette protection existe, elle résulte de dispositions non spécifiques à la privation de liberté, participant de la péremption du droit de la privation de liberté. L'article 66 de la Constitution est donc inefficace (A), tout comme l'article 5 § 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme (B).

A) *L'inefficacité de l'article 66 de la Constitution*

818. **La confusion constitutionnelle.** Le Conseil constitutionnel ne distingue guère ses solutions, en matière des garanties procédurales applicables, selon qu'elle concerne l'*Habeas corpus*, la première intervention du juge judiciaire pour contrôler la nécessité de l'entrée en privation de liberté, ou le recours à bref délai, marquant les interventions ultérieures au cours de l'exécution de la privation de liberté. Cette position montre que le procès de la privation de liberté à vocation à s'appliquer dès l'*Habeas corpus*, même si l'usage prioritaire par le Conseil constitutionnel de fondements spéciaux à certains cas de privation de liberté empêche de généraliser cette solution. Sa jurisprudence sur les garanties procédurales entourant le contrôle judiciaire de la privation de liberté manque de lisibilité, au surplus, pour cumuler celles prévues par le législateur pour valider, sans établir de hiérarchie³⁴⁶⁵. L'article 66 souffre d'une inefficacité partielle, pour ne pas assurer fermement le droit à la personne privée de liberté à être présentée devant le juge de l'*Habeas corpus* (1) et d'une inefficacité totale, pour ne pas imposer l'exercice des droits de la défense (2).

³⁴⁶⁵ V. par ex., Cons. const., déc. n° 2008-562 DC du 21 févr. 2008 portant sur la loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental : *J. O.*, 26 févr. 2008, p. 3272 ; *RSC*, 2008, p. 731, comm. CH. LAZERGES ; *D.*, 2008, p. 1359, comm. Y. MAYAUD ; *JCP*, 2008, actu., 166, obs. B. MATHIEU ; *JCP*, 2008, II, n° 10077, comm. J.-PH. FELDMAN ; consid. n° 22.

1) L'inefficacité partielle de l'article 66 : le droit à la présentation

819. **Le minimum de l'*Habeas corpus* : la présentation.** L'essence même de l'*Habeas corpus* réside dans la présentation de la personne privée de liberté au magistrat, garantie imaginée dès l'*Habeas corpus* de 1679. Cette présentation protège la personne privée de liberté : il s'agit de s'assurer de son identité et de mesurer l'effet de la privation de liberté sur elle, afin de s'enquérir de son bon traitement et d'apprécier sa capacité à subir une prolongation. Elle permet aussi d'apporter une contradiction, même dans sa forme la plus rudimentaire, et participe à l'exercice des droits de la défense. Elle rappelle aussi la solennité à la décision. Cette garantie procédurale est d'ailleurs la seule garantie procédurale expressément visée par la Convention européenne qui utilise le terme de « *traduction* », et la jurisprudence en fait logiquement un critère cumulatif servant à la qualification de l'*Habeas corpus*³⁴⁶⁶.

820. **La consécration constitutionnelle de la présentation du suspect.** Le Conseil constitutionnel, pour le défèrement, et sur le fondement de l'article 66, a consacré le droit pour la personne suspectée d'être « *effectivement présentée à un magistrat du siège* », dans une formulation se rapprochant de l'article 5 § 3 et dépassant le vocable habituel du Conseil constitutionnel, qui se réfère à une simple « *intervention* »³⁴⁶⁷. La consécration était limitée au suspect. Le législateur organise pour les différents cas d'*Habeas corpus* la présentation³⁴⁶⁸. Et la Cour de cassation a d'ailleurs fermement défendu le principe de la comparution de l'étranger en matière de rétention administrative³⁴⁶⁹. Pour le Conseil

³⁴⁶⁶ La Cour rappelle que l'article 5 § 3 « *vise à assurer que la personne arrêtée soit aussitôt physiquement conduite devant une autorité judiciaire* » [CEDH, gde ch., 29 mars 2010, *Medvedyev et autres c. France*, req. n° 3394/03 : *Rec. CEDH*, 2010 ; *D.*, 2010, p. 1386, obs. S. LAVRIC ; *ibid.*, p. 1390, note P. HENNION-JACQUET ; *ibid.*, p. 1386, note J.-F. RENUCCI ; *ibid.*, p. 952, entretien P. SPINOSI ; *ibid.*, p. 970, obs. D. REBUT ; *AJDA*, 2010, p. 648, obs. S. BRONDEL ; *RSC*, 2010, p. 685, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; § 118].

³⁴⁶⁷ V. par ex., pour la validation de l'absence d' « *intervention* » de l'autorité judiciaire pour le dégrisement, Cons. const., déc. n° 2012-253 QPC du 8 juin 2012, [M. D.] : *J. O.*, 9 juin 2012, p. 9796 ; *Gaz. Pal.*, 5 juil. 2012, p. 11, comm. S. DETRAZ ; *LPA*, 25 mars 2013, p. 4, chron. V. TELLIER-CAYROL.

³⁴⁶⁸ Ainsi, la prolongation de la garde à vue au-delà de quarante-huit heures oblige à présenter le suspect devant le juge judiciaire [art. 706-88 CPP]. L'article 145 du Code de procédure pénale prévoit également la comparution du suspect devant le juge des libertés et de la détention, avant de décider du placement en détention provisoire. L'article L. 552-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile prévoit également la présence de l'étranger à l'audience de première prolongation de la rétention administrative par le juge des libertés et de la détention. L'article L. 3211-12-2 du Code de la santé publique prévoit aussi la présence de l'aliéné lors du premier contrôle judiciaire automatique de l'internement.

³⁴⁶⁹ Cass. crim., 25 oct. 2011, n° 11-82.780 : *Bull. crim.*, n° 216 ; *D.*, 2012, p. 185, comm. CH. RAVIGNEAUX ; *D.*, 2012 p. 185, obs. C. GIRAULT ; *AJP*, 2012, p. 101, obs. L. ASCENSI ; *RSC*, 2012, p. 192, obs. J. DANET. Seule une circonstance insurmontable pouvait justifier l'absence de présentation de l'étranger, quand bien même, justement

constitutionnel, la comparution personnelle n'est en revanche pas indispensable à chaque recours relevant du contrôle de proportionnalité de la privation de liberté³⁴⁷⁰.

821. L'atteinte au droit à la présentation : l'usage d'un moyen de télécommunication à distance. La difficulté à assurer l'escorte des personnes privées de liberté a conduit le législateur à développer largement la comparution par des moyens de télécommunication à distance, en *Habeas corpus* ou pour le recours à bref délai³⁴⁷¹, sans égard pour les spécificités de l'affaire³⁴⁷². L'usage de la comparution à distance reste moins large pour l'*Habeas corpus*, par rapport à son champ pour le recours à bref délai³⁴⁷³. Le Conseil constitutionnel, confronté à ce système pour la détention de l'étranger³⁴⁷⁴, validait

convoqué et présent, son avocat avait pu défendre ses intérêts. La comparution de l'étranger, au même moment, à une audience devant le juge administratif ne constituait pas cette circonstance insurmontable.

³⁴⁷⁰ Cons. const., déc. n° 2010-62 QPC du 17 déc. 2010, [M. M.] : *J. O.*, 19 déc. 2010, p. 22372 ; *AJP*, 2011, p. 136, obs. J.-B. PERRIER ; *Constitutions*, 2011, 531, obs. E. DAUD et A. TALBOT ; *JCP*, 2011, n° 144, note V. TELLIER-CAYROL ; *RSC*, 2011, p. 864, obs. D. BOCCON-GIBOD : l'absence de comparution du suspect pour la demande d'une remise en liberté en première instance est constitutionnelle, dès lors que cette comparution est organisée pour le placement ou la prolongation de la détention provisoire et à condition que la procédure écrite soit contradictoire.

³⁴⁷¹ D'abord en matière de détention des étrangers [art. L. 552-12 CESEDA pour la rétention administrative et art. L. 222-4 du même Code pour le maintien en zone d'attente], la comparution par l'utilisation de moyens de télécommunication est permise pour toutes les décisions du juge du fond de la privation de liberté, sauf opposition de la personne arrêtée. La comparution à distance a aussi été introduite pour l'internement de l'aliéné, si un avis médical l'autorise et si la direction d'établissement de soin ne s'y oppose pas [art. L. 3211-12-2 CSP ; en cette matière, la dernière réforme législative, applicable au 1^{er} septembre 2014, a supprimé la comparution à distance]. Ce moyen a aussi été développé pour la privation de liberté pénale [art. 706-71 CPP]. Elle a été introduite pour la prolongation de la garde à vue en 2002 et s'est progressivement étendue par la suite. Elle est même autorisée devant le Tribunal correctionnel pour le suspect détenu, avec l'accord de toutes les parties. La présentation à distance est également permise pour le débat contradictoire avant le placement en détention provisoire, pour un suspect déjà détenu pour une autre cause, au débat contradictoire de la prolongation de la détention provisoire et au contentieux de la détention provisoire devant la chambre de l'accusation ou la juridiction de jugement. La présentation par un moyen de télécommunication est aussi autorisée pour l'*Habeas corpus* du suspect arrêté en vue de remise à la Cour pénale internationale, en vue de l'exécution d'un mandat d'arrêt européen et aux fins de l'extradition, dans sa procédure de droit commun et d'urgence, à la condition, à chaque fois, que la personne soit détenue pour une autre cause. La visioconférence est également permise pour le débat contradictoire de toute décision d'aménagement des peines [art. 712-6, 712-17 et 712-13 CPP].

³⁴⁷² Le juge judiciaire avait estimé que le recours à la visio-conférence, dans le contentieux de la détention provisoire, ne devait pas être motivé, malgré la précision l'article 706-71 al. 1^{er} du Code de la procédure pénale, qui visait les nécessités de l'instruction [Cass. crim., 2 mars 2011, 2 espèces, n^{os} 10-88.524 et 10-88.525 : *inédits* ; *RSC*, 2011, p. 419, obs. J. DANET, ou Cass. crim., 7 déc. 2010, n° 10-86.884 : *inédit* ; *ibid.*].

³⁴⁷³ Le suspect peut refuser la visioconférence pour les audiences concernant son placement en détention provisoire lorsqu'il est détenu pour une autre cause, ce refus pouvant être vaincu « *si son transport paraît devoir être évité en raison des risques graves de trouble à l'ordre public ou d'évasion* ». Si cette exception permettant de forcer la visioconférence reste large, la Chambre criminelle a rappelé que ces cas d'exception ne sauraient donner le pouvoir au juge du fond d'apprécier la pertinence du refus du détenu [Cass. crim., 11 oct. 2011, n° 11-85.602 : *Bull. crim.*, n° 97 ; *RSC*, 2012, p. 197, obs. J. DANET ; *D.*, 2011, p. 2732, obs. M. LÉNA]. Concernant la détention aux fins de remise à la Cour pénale internationale, celle en exécution d'un mandat d'arrêt européen, ou la détention extraditionnelle, l'*Habeas corpus* peut en revanche donner lieu à une comparution à distance, même sans l'accord du détenu, s'il est déjà privé de liberté pour une autre cause, cette dernière condition limitant toutefois son usage. Voir plus précisément pour le droit pénal, J. BOSSAN, « La visioconférence dans le procès pénal : un outil à maîtriser » ; *RSC*, 2011, p. 801.

³⁴⁷⁴ Cons. const., déc. n° 2003-484 DC du 20 nov. 2003 portant sur la loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité : *J. O.*, 27 nov. 2003, p. 20154 : *Gaz. Pal.*, 2005, doct.,

le moyen pour l'*Habeas corpus* et le recours à bref délai, en tenant compte des objectifs du législateur, tenant à la bonne administration de la justice³⁴⁷⁵ et à la préservation de la dignité de la personne, et en notant que la procédure était soumise à l'accord de l'étranger, sans pour autant en faire nettement une condition de validité. Finalement et alors même que la présentation est une garantie particulière du contrôle judiciaire de la privation de liberté, sa forme atténuée par les moyens de télécommunication est facilitée en matière de privation de liberté, par rapport aux conditions de droit commun³⁴⁷⁶. Pourtant la présentation au magistrat apparaît comme une garantie particulière du contrôle de la privation de liberté, et la visioconférence ne devrait être admise que très restrictivement, ce que le législateur a d'ailleurs récemment admis, en la supprimant de la matière de l'internement des aliénés³⁴⁷⁷.

822. **Une présentation publique.** La jurisprudence constitutionnelle, dans le domaine de la privation de liberté, rappelle que « *le jugement d'une affaire pénale pouvant conduire à une privation de liberté doit, sauf circonstances particulières nécessitant le huis clos, faire l'objet d'une audience publique* »³⁴⁷⁸ en se fondant sur la combinaison des articles 66 de la Constitution³⁴⁷⁹ et des articles 6, 8, 9 et 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, dans un raisonnement qui semble limité au prononcé de la peine³⁴⁸⁰. D'ailleurs, si le Conseil constitutionnel a bien censuré un dispositif permettant au juge des libertés et de la détention de statuer au sein d'une salle d'audience dans le centre de la rétention et donc

p. 685, comm. J. BOYER ; consid. n° 51 ; LPA, 20 janv. (partie I) et 21 janv. (partie II) 2004, p. 10, comm. J.-É. SCHOETTL ; consid. n° 80 et s.

³⁴⁷⁵ Son nouvel emploi, dans un sens élargi aussi aux commodités des services de garde assurant l'escorte, confirme que la notion est devenue un standard d'abaissement des garanties protégeant la liberté individuelle.

³⁴⁷⁶ Les audiences par télécommunication peuvent être organisées généralement en matière judiciaire par le juge, si chaque partie est d'accord et si les deux salles d'audience reliées à distance sont ouvertes au public [art. L. 111-12 du Code de l'organisation judiciaire].

³⁴⁷⁷ V. la loi n° 2013-869 du 27 sept. 2013 modifiant certaines dispositions issues de la loi n° 2011-803 du 5 juil. 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge : *J. O.*, 29 sept. 2013, p. 16230 ; *Procédures*, 2013, comm. n° 320 ; obs. J. BUISSON ; *JCP*, 2013, n° 1065, note M. PRIMEVERT ; *Dr. famille*, 2013, comm. n° 156, obs. I. MARIA. La suppression sera applicable au 1^{er} septembre 2014.

³⁴⁷⁸ Cons. const., déc. n° 2011-641 DC du 8 déc. 2011 portant sur la loi relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles : *J. O.*, 14 déc. 2011, p. 21121. – Cons. const., déc. n° 2004-492 DC du 2 mars 2004 relative à la loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité : *J. O.*, 10 mars 2004, p. 4637 ; *RSC*, 2005, p. 122, comm. V. BÜCK ; *D.*, 2004, p. 956, note M. DOBKINE ; *RSC*, 2004, p. 725, comm. CH. LAZERGES ; *JCP*, 2004, II, n° 10048, obs. J.-C. ZARKA ; consid. n° 117 ; le principe était découvert lors de l'examen de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité qui ne prévoyait pas une homologation publique de la peine.

³⁴⁷⁹ Si l'article 66 n'est pas employé seul, cette décision constitue une autre hypothèse d'application de l'article 66 à la peine privative de liberté.

³⁴⁸⁰ En plus de la formulation, dès lors que la combinaison utilise l'article 8, réservé à l'encadrement de la peine, un tel principe semble limité à la peine privative de liberté. L'usage de la combinaison semble confirmer que le seul article 66 de la Constitution est insuffisant pour imposer la publicité. L'usage de l'article 9 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen permettrait peut-être de dégager un principe similaire pour le placement en détention provisoire.

fermée au public, cette censure reposait sur le constat de la contradiction du texte législatif³⁴⁸¹ et non sur l'article 66 de la Constitution³⁴⁸². Pourtant, hormis la garde à vue pour des raisons évidentes, le législateur a organisé la publicité de l'*Habeas corpus*, y compris pour la détention provisoire³⁴⁸³, en matière de détention de l'étranger³⁴⁸⁴ ou dans le domaine de l'internement de l'aliéné³⁴⁸⁵.

823. **Une présentation au palais de justice.** La difficulté à assurer l'escorte des personnes privées de liberté a abouti à généraliser la délocalisation de la présentation d'*Habeas corpus* ou du recours à bref délai, dans une salle à proximité du lieu de privation de liberté³⁴⁸⁶. Un tel mécanisme est de nature à altérer l'équité de la procédure en restreignant sa

³⁴⁸¹ Cons. const., déc. n° 2011-625 DC du 10 mars 2011 relative à la loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure : *J. O.*, 15 mars 2011, p. 4630. Le texte imposait au juge des libertés et de la détention de « *statuer publiquement* »

³⁴⁸² Les auteurs de la saisine s'appuyaient sur le principe de publicité des débats et de procès équitable.

³⁴⁸³ La loi du 15 juin 2000 prévoyait que le débat contradictoire sur la détention provisoire soit public, sur la demande du mis en examen majeur, ou à la demande de son avocat, « *sauf si la publicité est de nature à entraver les investigations spécifiques nécessitées par l'instruction ou à nuire à la dignité de la personne ou aux intérêts d'un tiers* » [loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes : *J. O.*, 16 juin 2000, p. 9038 ; *RSC*, 2000, p. 753, comm. M. GUERRIN (spéc. sur les nullités) ; *ibid.*, p. 887, comm. P. PONCELA (spéc. sur l'aménagement des peines) ; *ibid.*, 2001, p. 7, comm. CH. LAZERGES ; *ibid.*, p. 25, comm. J. BUISSON (spéc. sur la garde à vue) ; *ibid.*, p. 51, comm. M. LEMONDE (spéc. sur le juge des libertés et de la détention) ; *ibid.*, p. 55, comm. B. BOULOC (spéc. sur les durées de procédure) ; *ibid.*, p. 43, comm. A. GIUDICELLI (spéc. sur le mis en examen et le témoin assisté) ; *ibid.*, p. 71, note B. ADER ; *ibid.*, p. 83, obs. H. TEMINE ; *ibid.*, p. 87, comm. M. É. CARTIER (spéc. sur la judiciarisation de l'aménagement des peines) ; *ibid.*, p. 107, comm. A. D'HAUTEVILLE (spéc. sur les droits des victimes) ; *ibid.*, p. 117, comm. D. N. COMMARET (spéc. sur l'indemnisation de la détention provisoire) ; *ibid.*, p. 123, comm. F. MASSIAS (spéc. sur le réexamen des condamnations pénales) ; *ibid.*, p. 193 et p. 619, chron. B. BOULOC ; *ibid.*, p. 593, comm. CH. CARDET (spéc. sur le contrôle judiciaire) ; *ibid.*, 2002, p. 134, comm. B. BOULOC (spéc. sur la détention provisoire) ; *D.*, 2000, p. 737, note S.-A. DUBERNAT (spéc. sur la présomption d'innocence) ; *D.*, 2001, p. 1039, comm. J. PRADEL ; *Dr. pén.*, 2000, chron. n° 39, comm. A. DORSNER-DOLIVET (spéc. sur la détention provisoire)]. La réforme ultérieure a maintenu le principe de la publicité, renversant simplement le mécanisme, l'audience publique étant de principe pour le mis en examen majeur, sauf à ce que celui-ci ou son avocat s'y oppose et sauf à ce que le procureur de la République s'y refuse, si la détention provisoire est requise dans le domaine de la criminalité organisée ou si l'audience « *est de nature à entraver les investigations spécifiques nécessitées par l'instruction, à porter atteinte à la présomption d'innocence ou à la sérénité des débats ou à nuire à la dignité de la personne ou aux intérêts d'un tiers* » [v. l'art. 145 CPP tel que modifié par la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale : *J. O.*, 6 mars 2007, p. 4206 ; *AJP*, 2007, p. 105, comm. CH. GUÉRY (spéc. sur l'instruction) ; *ibid.*, p. 117, comm. PH. VOULAND ; *ibid.*, p. 113, note M. NORD-WAGNER (spéc. sur la détention provisoire) ; *ibid.*, p. 357, comm. M. HERZOG-EVANS (spéc. sur la lutte contre la récidive) ; *ibid.*, p. 363, comm. PH. BONFILS (spéc. sur le droit des mineurs) ; *ibid.*, p. 351, comm. D. BLANC (spéc. sur les peines minimales) ; *ibid.*, p. 367, comm. J.-L. SENON et C. MANZANERA (spéc. sur l'obligation de soins) ; *RSC*, 2007, p. 573, chron. B. BOULOC ; *JCP*, 2007, I, n° 138, comm. J. PRADEL ; *Procédures*, 2007, ét. n° 4, comm. n°s 118, 149 et 170, comm. J. BUISSON ; *Dr. pénal*, 2007, étu. n° 6, comm. H. MATSOPOULOU].

³⁴⁸⁴ Si la loi ne prévoit pas spécialement la publicité [v. les art. L. 552-1 et L. 222-4 CESEDA pour la rétention administrative et pour le maintien en zone d'attente], celle-ci ressort du principe général du Code de procédure civile qui rappelle, pour toutes les juridictions dont le juge des libertés et de la détention, que les débats sont publics, sauf lorsque la loi impose ou permet d'y déroger [v. l'art. 22 du Code de procédure civile].

³⁴⁸⁵ Le juge des libertés et de la détention intervenant statue en effet publiquement, sauf demande expresse d'une des parties, la protection de la vie privée justifiant alors la dérogation au principe [art. 3211-12-2 I^{er} CSP].

³⁴⁸⁶ Le dispositif inventé en matière de détention des étrangers [art. L. 552-12 CESEDA pour la rétention administrative et art. L. 222-4 CESEDA pour le maintien en zone d'attente] a été aussi introduit en matière de

publicité et en plaçant le juge judiciaire, au moins symboliquement, sous la sujétion de l'administration. Ces considérations trouvent d'ailleurs une résonance dans le contrôle juridictionnel de la rétention de l'étranger, la vérification de la localisation de la salle d'audience en dehors du centre de rétention étant contrôlée par la Cour de cassation³⁴⁸⁷. Le Conseil constitutionnel a aussi validé le procédé de la délocalisation de l'audience, même lors de l'*Habeas corpus*, au regard des mêmes objectifs que ceux retenus pour valider la présentation à distance³⁴⁸⁸, tout en contrôlant la qualité de la salle³⁴⁸⁹. Implicite en indiquant qu'à ces conditions la délocalisation³⁴⁹⁰ assure « *la tenue d'un procès juste et équitable* »³⁴⁹¹, le Conseil constitutionnel a reconnu que les atteintes à la présentation idéale, soit par la délocalisation de l'audience, soit par l'usage d'un moyen de télécommunication à distance, sont bien de nature à porter atteinte à ces garanties.

824. De l'intervention du juge judiciaire à la présentation devant le juge judiciaire. Si le Conseil constitutionnel se réfère vaguement à l'« *intervention* »³⁴⁹² du juge judiciaire, réservant encore la définition précise de celle-ci, au moins le Conseil constitutionnel a-t-il précisé pour le suspect qu'il s'agit d'une présentation devant le juge judiciaire. Le modèle législatif en fait une présentation publique réalisée au palais de justice.

contrôle de l'internement des aliénés [art. L. 3211-12-2 CSP].]. Le juge des libertés et de la détention doit en principe statuer dans une « *salle d'audience attribuée au ministère de la justice [...] spécialement aménagée sur l'emprise ferroviaire, portuaire ou aéroportuaire* » [v. l'art. L. 222-4 CESEDA pour la rétention administrative] ou dans « *une salle d'audience attribuée au ministère de la justice [...] spécialement aménagée à proximité immédiate [du] lieu de rétention* » [v. l'art. L. 552-1 CESEDA pour le maintien en zone d'attente] plutôt qu'au Tribunal de grande instance, si une telle salle existe, la loi rappelant qu'il doit « *statuer publiquement* ». Quant à l'internement des aliénés, « *le juge des libertés et de la détention statue au siège du tribunal de grande instance* », sauf « *si une salle d'audience a été spécialement aménagée sur l'emprise de l'établissement d'accueil pour assurer la clarté, la sécurité et la sincérité des débats et permettre au juge de statuer publiquement* », le juge pouvant alors décider de statuer dans cette salle.

³⁴⁸⁷ Ainsi, la Cour de cassation a rappelé que « *la proximité immédiate exigée par l'article L. 552-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile est exclusive de l'aménagement spécial d'une salle d'audience dans l'enceinte d'un centre de rétention* », pour une salle qui en l'espèce se trouvait dans le centre de rétention, bien qu'équipée d'entrées et de sorties autonomes, lui donnant une certaine indépendance [Cass. civ. I, 16 avr. 2008, 2 espèces, n^{os} 06-20.390 et 06-20.978 : *Bull. civ. I*, n^o 116 et 118 ; *Rev. crit. DIP*, 2009, p. 716, obs. D. COHEN ; *JCP*, 2008, II, n^o 10167, note N. GUIMEZANES ; *Dr. Famille*, 2008, comm. 165, note É. FONGARO]. En revanche, la salle d'audience située à très proche proximité du centre de rétention, disposant d'une porte ouverte au public et obligeant l'étranger à quitter le centre de rétention, matérialisé par le franchissement d'une clôture, satisfait la loi [Cass. civ. I, 12 oct. 2011, n^o 10-24.205 : *Bull. civ. I*].

³⁴⁸⁸ V. *supra*, n^o 821.

³⁴⁸⁹ Déc. n^o 2003-484 DC du 20 nov. 2003 : *préc.* ; consid. n^o 89. Il s'assurait, au regard des travaux préparatoires de la loi, que la salle d'audience située à proximité du centre devait être aménagée spécialement « *pour assurer la clarté, la sécurité et la sincérité des débats et permettre au juge de "statuer publiquement"* »

³⁴⁹⁰ Et la comparution à distance.

³⁴⁹¹ Déc. n^o 2003-484 DC du 20 nov. 2003 : *préc.* ; consid. n^o 83.

³⁴⁹² Cons. const., déc. n^o 79-109 DC du 9 janv. 1980 portant sur la loi relative à la prévention de l'immigration clandestine et portant modification de l'ord. n^o 45-2658 du 2 nov. 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers et portant création de l'Office national d'immigration : *J. O.*, 11 janv. 1980, p. 84 ; consid. n^o 4 : « *la liberté individuelle ne peut être tenue pour sauvegardée que si le juge intervient dans le plus court délai possible* ».

Une telle définition forte de l'*Habeas corpus* devrait être consacrée par le Conseil constitutionnel sur le fondement de l'article 66, celui-ci se montrant pour l'instant inefficace pour s'opposer au développement de la délocalisation de la présentation ou de sa réalisation à distance. L'ajout du plein exercice des droits de la défense à cette présentation idéale, celle définie par le législateur, permettrait de caractériser dès l'*Habeas corpus* un premier procès de la privation de liberté. L'article 66 de la Constitution est inefficace à fonder l'exercice des droits de la défense.

2) L'inefficacité totale de l'article 66 : l'exercice des droits de la défense

825. La consécration des droits de la défense dans la privation de liberté pénale, sans rattachement à l'article 66. Le respect des droits de la défense est un principe à valeur constitutionnelle³⁴⁹³ et se manifeste tout au long de la privation de liberté pénale, sur des fondements distincts de l'article 66. En procédure pénale, le législateur a l'obligation d'établir « *une procédure respectueuse des droits de la défense* »³⁴⁹⁴ sur le fondement de la présomption d'innocence, consacré à l'article 9 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen³⁴⁹⁵, ce qui suppose l'application des droits de la défense aux décisions du juge judiciaire sur la détention provisoire, lors du placement et de la prolongation³⁴⁹⁶. Pendant la garde à vue, la consécration du droit à l'assistance d'un avocat durant les interrogatoires s'est faite sur le fondement de la défense pénale, sans impliquer l'avocat dans le contrôle en temps

³⁴⁹³ Dans un premier temps, le Conseil constitutionnel en avait fait un principe fondamental reconnu par les lois de la République en matière pénale [Cons. const., déc. n° 76-70 DC du 2 déc. 1976 portant sur la loi relative au développement de la prévention des accidents du travail : *J. O.*, 7 déc. 1976, p. 7052 ; consid. n° 2]. Désormais, le Conseil constitutionnel les fonde sur l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen [Cons. const., déc. n° 2006-535 DC du 30 mars 2006 relative à la loi pour l'égalité des chances : *J. O.*, 2 avr. 2006, p. 4964 ; consid. n° 24 : *J. O.*, 2 avr. 2006]. En l'espèce, le Conseil constitutionnel reconnaissait au licenciement pour faute l'application des principes des droits de la défense et la nécessité d'organiser une procédure contradictoire mais la refusait pour les autres motifs de la privation de liberté.

³⁴⁹⁴ Cons. const., déc. n° 2002-461 DC du 29 août 2002 relative à la loi d'orientation et de programmation pour la justice : *J. O.*, 10 sept. 2002, p. 14953 ; *RSC*, 2003, p. 606 et p. 612, comm. V. BÜCK ; *D.*, 2003, p. 1127, obs. L. DOMINGO et S. NICOT ; consid. n° 66. – Cons. const., déc. n° 2010-80 QPC du 17 déc. 2010, [M. F.] : *J. O.*, 19 déc. 2010, p. 22374 ; *Constitutions*, 2011, p. 525, note E. DAOUD et A. TALBOT ; *Procédures*, 2011, comm. n° 73, obs. J. BUISSON.

³⁴⁹⁵ Dans sa dernière décision concernant l'ensemble du contrôle juridictionnel au fond de la détention provisoire, le Conseil constitutionnel fondait les droits de la défense plus largement sur l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme dès lors que « *sont garantis par cette disposition le droit des personnes intéressées à exercer un recours juridictionnel effectif ainsi que le respect des droits de la défense qui implique en particulier l'existence d'une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droits des parties* » [déc. n° 2010-62 QPC du 17 déc. 2010, [M. M.] : *préc.* ; consid. n° 3].

³⁴⁹⁶ Cons. const., déc. n° 2011-153 QPC du 13 juil. 2011, [M. A.] : *J. O.*, 14 juil. 2011, p. 12251 ; « *l'existence d'une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droits des parties* » ouvre même le droit au mis en examen de pouvoir toujours contester l'ordonnance sur la détention provisoire.

réel réalisé par l'autorité judiciaire³⁴⁹⁷, même si une certaine ambiguïté demeure, puisque l'octroi au suspect des droits de la défense durant l'enquête suppose qu'il soit privé de liberté³⁴⁹⁸. Quant au prononcé de la peine privative de liberté, il est bien sûr soumis à l'exercice des droits de la défense, le Conseil se référant parfois à la notion de procès équitable³⁴⁹⁹.

826. La consécration incertaine des droits de la défense dans la privation de liberté extérieure au droit pénal. Si le Conseil constitutionnel a déjà admis l'application des droits de la défense en dehors du droit de la sanction ou de la présomption d'innocence³⁵⁰⁰, il rejette leur application aux mesures de police³⁵⁰¹. En matière de rétention des étrangers, le Conseil constitutionnel, pour l'*Habeas corpus* et le recours à bref délai, a imposé l'exigence d'une « *procédure juste et équitable* »³⁵⁰² et du « *respect des droits de la défense* »³⁵⁰³, sans pour autant donner de fondements à de telles exigences³⁵⁰⁴, dans une reconnaissance ambiguë³⁵⁰⁵.

³⁴⁹⁷ V. *supra*, n° 303 et s.

³⁴⁹⁸ V. *supra*, n° 317.

³⁴⁹⁹ Pour la comparaison sur reconnaissance préalable de culpabilité, v. déc. n° 2004-492 DC du 2 mars 2004 : *préc.* ; consid. n° 106 et s.

³⁵⁰⁰ Par exemple, concernant le demandeur d'asile, le Conseil déclarait que « *l'admission au séjour qui lui est ainsi nécessairement consentie doit lui permettre d'exercer effectivement les droits de la défense qui constituent pour toutes les personnes, qu'elles soient de nationalité française, de nationalité étrangère ou apatrides, un droit fondamental à caractère constitutionnel* » [consid. n° 84]. Le Conseil constitutionnel nuancait toutefois ce principe ultérieurement en cas de demande d'asile manifestement infondée et « *moyennant des garanties adéquates* » [Cons. const., déc. n° 92-307 DC du 25 févr. 1992 relative à la loi portant modification de l'ord. n° 45-2658 du 2 nov. 1945 modifiée, relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France : *J. O.*, 12 mars 1992, p. 3003 ; *RFDA*, 1992, p. 185, comm. B. GENEVOIX ; consid. n° 11].

³⁵⁰¹ Cons. const., déc. n° 2003-467 DC du 13 mars 2003 relative à la loi pour la sécurité intérieure : *J. O.*, 19 mars 2003, p. 4789 ; *RSC*, 2003, p. 602 et p. 614, obs. V. BÜCK ; *D.*, 2004, p. 1273, obs. S. NICOT. En l'espèce, il s'agissait du retrait de la carte de séjour pour des motifs d'ordre public.

³⁵⁰² Cons. const., déc. n° 97-389 DC du 22 avr. 1997 relative à la loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration : *J. O.*, 27 avr. 1997, p. 6432 ; *AJDA*, 1997, p. 524, comm. F. JULIEN-LAFERRIÈRE ; *JCP*, 1997, II, n° 22890, obs. J.-C. ZARCA ; *RDP*, 1997, p. 931, comm. F. LUCHAIRE ; consid. n° 61 : à propos du référé-détention, le Conseil constitutionnel indiquait que si « *le législateur peut prévoir des règles de procédure différentes selon les faits, les situations et les personnes auxquelles elles s'appliquent, mais à la condition que ces différences ne procèdent pas de discriminations injustifiées et que soient assurées aux justiciables des garanties égales notamment quant au respect du principe des droits de la défense, qui implique en particulier l'existence d'une procédure juste et équitable* ».

³⁵⁰³ Déc. n° 97-389 DC du 22 avr. 1997 : *préc.* ; consid. n° 98 : « *cette rétention ne peut intervenir que dans des cas et sous des formes et conditions strictement définis par lui, sous le contrôle du juge et dans le respect des droits de la défense* ».

³⁵⁰⁴ La Cour de cassation, indépendamment de tout visa législatif, estime d'ailleurs que les droits de la défense et l'égalité des armes s'appliquent à la décision de prolongation de la rétention administrative [Cass. civ. I, 12 oct. 2011, n° 10-24.205 : *Bull. civ. I*]. En l'espèce, elle rejetait un autre moyen tiré de l'atteinte à l'impartialité du tribunal, du fait de la salle d'audience située à proximité du centre de rétention, sur le fondement direct de l'article 6 § 1^{er} de la Convention européenne. Concernant les droits de la défense et l'égalité des armes, ces principes nécessitent, pour la Cour, la présence de l'avocat et de l'interprète au cours de l'audience, la possibilité de déposer des écritures et enfin l'organisation de conditions matérielles permettant l'exercice des droits de la défense avant l'audience et après.

³⁵⁰⁵ V. *supra*, n° 316.

827. L'insuffisance de développement du volet processuel de l'article 66 de la Constitution. L'article 66 de la Constitution est inopérant dans la définition du champ des droits de la défense et ne fonde pas leur exercice dès l'arrestation, ni à l'*Habeas corpus*, ni pour le recours à bref délai. Le Conseil constitutionnel n'a toujours pas formalisé l'« *intervention* » du juge de la privation de liberté en *Habeas corpus*, au-delà de la présentation du suspect. De manière générale, le législateur a lui-même organisé l'exercice des droits de la défense et du procès équitable, dès la première intervention du juge judiciaire, puis lors de l'exercice des recours à bref délai³⁵⁰⁶. Quant au droit européen, l'article 5 § 3 est aussi inefficace à imposer des garanties procédurales à l'*Habeas corpus* du suspect, au-delà de la présentation.

B) L'insuffisance de l'article 5 § 3

828. La pauvreté des apports de jurisprudence européenne à la privation de liberté de police. La jurisprudence européenne n'a pas inscrit dans l'article 5 § 1^{er} le *paquet* de droits généré par l'arrestation³⁵⁰⁷, ne contrôle pas véritablement les conditions de l'arrestation³⁵⁰⁸, se montre conciliante quant à l'obligation des autorités d'informer l'individu des raisons de son arrestation³⁵⁰⁹, n'impose pas de contrôle en temps réel par l'autorité judiciaire de la privation de liberté de police même pour le suspect³⁵¹⁰ et n'a pas généralisé d'*Habeas corpus*³⁵¹¹. Au moins impose-t-elle la présentation du suspect devant le juge sur le fondement de l'article 5 § 3³⁵¹².

829. Le maintien du principe : l'absence de tenue du procès de la privation de liberté lors de l'*Habeas corpus*. La Cour européenne des droits de l'Homme n'impose pas que la présentation du suspect devant l'autorité judiciaire indépendante, prévue par

³⁵⁰⁶ Ainsi, pour toute intervention judiciaire en matière de rétention administrative, de maintien en zone d'attente ou encore d'internement de l'aliéné, un débat contradictoire est organisé devant le juge de la privation de liberté, la défense de la personne privée de liberté peut être exercée par un avocat, et un appel reste même toujours possible [art. L. 3211-12-2 CSP et s. pour l'hospitalisation sous contrainte, art. L. 222-3 et L. 552-1 CESEDA et s. pour le maintien en zone d'attente et la rétention administrative].

³⁵⁰⁷ V. *supra*, n° 181 et s.

³⁵⁰⁸ La jurisprudence européenne, sur le fondement de l'article 3, s'engage cependant vers un meilleur contrôle de l'arrestation à domicile [v. *supra*, n° 176].

³⁵⁰⁹ V. *supra*, n° 254 et s. pour son contenu et sa forme et n° 264 pour sa célérité.

³⁵¹⁰ V. *supra*, n° 622.

³⁵¹¹ Une telle construction pourrait cependant voir le jour [v. *supra*, n° 649].

³⁵¹² V. *supra*, n° 67.

l'article 5 § 3, soit réalisée en présence d'un avocat³⁵¹³, principe rappelé récemment malgré la consécration du droit de l'assistance d'un avocat lors des interrogatoires en garde à vue. Même pour le suspect, seul cas *d'Habeas corpus* de la Convention, l'exercice des droits de la défense contre la privation de liberté est retardé au contrôle à bref délai de l'article 5 § 4. La Convention laisse encore en la matière une large marge d'appréciation, d'autant plus critiquable que le délai de quatre jours fixé pour réaliser la présentation³⁵¹⁴, permet largement d'organiser l'exercice des droits de la défense. Le droit français est donc sur ce point mieux-disant, puisqu'il impose toujours l'assistance d'un avocat lors de l'*Habeas corpus*³⁵¹⁵. La même incohérence qui frappe la jurisprudence du Conseil constitutionnel se retrouve dans ces solutions : l'assistance de l'avocat est imposée durant les interrogatoires dès le placement en garde à vue et dès le début de la détention provisoire³⁵¹⁶, en lien avec la privation de liberté³⁵¹⁷, mais disparaît, entre ces deux moments, durant l'*Habeas corpus*³⁵¹⁸.

830. **L'atténuation du principe.** La jurisprudence récente tend à imposer, sur le fondement de l'article 5 § 3, l'application des grandes garanties du procès équitable, à la décision de placement en détention provisoire³⁵¹⁹. Puisque le placement en détention provisoire réalise souvent en droit interne l'*Habeas corpus*³⁵²⁰, la solution européenne revient, dans de nombreux cas, à imposer l'exercice des droits de la défense à l'*Habeas corpus*.

³⁵¹³ CEDH, ch., 4 déc. 1979, *Schiesser c. Suisse*, req. n° 7710/76 : *Rec. CEDH*, série A, n° 34 ; § 36. – CEDH, sect. V, 6 mars 2012, *Marzohl c. Suisse*, req. n° 24895/06, *déc.* La décision *Marzohl* rappelait toutefois que l'interrogatoire devant le juge judiciaire sur les faits reprochés, à condition qu'elle présente un « *caractère crucial pour la suite de la procédure pénale dirigée contre le requérant* », établi selon sa nature et sa durée, générerait l'application des droits de la défense, sur le fondement de l'article 6.

³⁵¹⁴ *V. supra*, n° 748 et s.

³⁵¹⁵ Il en est ainsi de l'interrogatoire de première comparution du suspect déféré devant le juge d'instruction une fois la garde à vue achevée [art. 116 CPP], du débat contradictoire réalisé devant le juge des libertés et de la détention en vue d'un placement en détention provisoire dans l'attente de la comparution immédiate du suspect [art. 396 CPP] et de l'audience devant la juridiction de jugement en cas de comparution immédiate réalisée dans les délais les plus courts [art. 397 et s. CPP].

³⁵¹⁶ CEDH, sect. II, 13 nov. 2009, *Dayanan c. Turquie*, req. n° 7377/03 : *AJP*, 2010, p. 27, note C. SAAS ; *D.*, 2009, p. 2897, note J.-F. RENUCCI ; *RSC*, 2010, p. 231, obs. D. ROETS ; *Gaz. Pal.*, 3 déc. 2009, note H. MATSOPOULOU ; *Dr. pénal*, 2010, n° 3, chron. V. LESCLOUS ; § 32.

³⁵¹⁷ La Cour prend le soin de préciser qu'« *un accusé doit, dès qu'il est privé de liberté, pouvoir bénéficier de l'assistance d'un avocat et cela indépendamment des interrogatoires qu'il subit* » [*Dayanan* : *préc.* ; § 32].

³⁵¹⁸ *Dayanan* : *préc.* ; § 32.

³⁵¹⁹ CEDH, sect. I, 25 oct. 2007, *Lebedev c. Russie*, req. n° 4493/04, en angl. : *Rec. CEDH*, série A, n° 107 ; § 80 et s. En l'espèce, la présentation devant le juge s'était faite le lendemain de l'arrestation, alors que l'individu venait d'être hospitalisé en raison de maladies chroniques, que ses avocats étaient au courant de l'audience et qu'ils avaient préparé la défense, le juge ayant simplement refusé leur participation à l'audience du fait de leur retard. La Cour rappelait cependant le principe de l'exclusion, par principe, de l'exercice des droits de la défense. – CEDH, sect. V, 3 juil. 2012, *Lutsenko c. Ukraine*, req. n° 6492/11, en angl. ; § 89 et s. La Cour posait en principe la tenue d'une audience imposant le respect du contradictoire et de l'égalité des armes.

³⁵²⁰ Ce qui n'est pas le cas en droit français, puisque désormais le placement en détention provisoire est décidé par le juge des libertés et de la détention, alors que l'*Habeas corpus* est réalisé par l'interrogatoire de première comparution devant le juge judiciaire.

Il reste que l'*Habeas corpus*, qui n'aboutit pas à un interrogatoire « *crucial* » sur les faits³⁵²¹ et qui prolonge la privation de liberté sans aboutir au placement pérenne en détention provisoire³⁵²², n'est pas soumis aux grandes garanties du procès équitable.

831. La fonction supra-légale de l'*Habeas corpus* : la prolongation de la détention au terme de la privation de liberté de police jusqu'à la saisine d'un tribunal. Les principes supra-légaux n'imposent pas la tenue du procès de la privation de liberté au moment de l'*Habeas corpus* : si le recours marque le terme du temps de privation de liberté propre aux autorités de police³⁵²³, il ne correspond pas non plus à l'adoption d'un titre de privation de liberté par un tribunal, l'*Habeas corpus* pouvant servir à prolonger la privation de liberté jusqu'à la saisine de celui-ci, dans l'attente de sa décision sur la prolongation de la privation de liberté sous une forme pérenne. Le refus du Conseil constitutionnel de dépasser l'exigence d'une « *intervention* » pour décrire l'*Habeas corpus* aboutit à consacrer le même modèle.

³⁵²¹ V. *supra*, note n° 3523. L'application des droits de la défense repose alors sur le fondement de l'article 6 de la Convention.

³⁵²² L'application des droits de la défense ressort alors de l'article 5 § 3.

³⁵²³ V. *supra*, n° 724.

832. **Le modèle supra-légal du contrôle judiciaire de la privation de liberté : les quatre formes du contrôle judiciaire de la privation de liberté.** La fonction limitée de l'*Habeas corpus* revient à consacrer quatre formes distinctes de contrôle de l'autorité judiciaire de la privation de liberté. La privation de liberté de police peut-être soumise au contrôle en temps réel de l'autorité judiciaire³⁵²⁴, tolérant l'intervention de l'autorité judiciaire dépendante : cette forme la plus légère n'est pas imposée pour toute privation de liberté dans la jurisprudence constitutionnelle et n'est pas exigée par la jurisprudence européenne³⁵²⁵. L'*Habeas corpus*³⁵²⁶ suppose la présentation de la personne à l'autorité judiciaire indépendante, mettant un terme au temps propre de privation de liberté appartenant aux autorités de police et permettant de prolonger la détention, dans l'attente de la saisine du tribunal. À bref délai, la privation de liberté du suspect doit être prolongée par un premier titre pérenne du tribunal³⁵²⁷. Au-delà du placement dans le régime pérenne et pendant son exécution, le recours à bref délai permettra la saisine périodique du tribunal³⁵²⁸ et le renouvellement des titres de privation de liberté³⁵²⁹.

³⁵²⁴ Pour le suspect, le contrôle en temps réel par l'autorité judiciaire de la garde à vue s'exprime par ses différentes interventions expresses pour prolonger et par son pouvoir de mettre un terme à tout moment la mesure, et est permis par l'intervention du magistrat.

³⁵²⁵ V. *supra*, n° 615 et s.

³⁵²⁶ Pour le suspect, la comparution en première comparution devant le juge d'instruction.

³⁵²⁷ Pour le suspect, le placement en détention provisoire par le juge des libertés et de la détention. La jurisprudence européenne distingue bien le placement en détention provisoire du contrôle ultérieur de la privation de liberté, en y appliquant les différentes garanties procédurales sur le fondement de l'article 5 § 3. De manière plus générale, la jurisprudence européenne tend à développer des exigences supérieures pour la première saisine du tribunal [v. *supra*, n° 649].

³⁵²⁸ L'article 5 § 4 impose alors les garanties procédurales.

³⁵²⁹ Pour le suspect, les demandes de remise en liberté devant le juge judiciaire ou les interventions automatiques de celui-ci pour prolonger.

**§ 2./ LA PLEINE PROTECTION SUPRA-LÉGALE DU DROIT AU PROCÈS LORS DU
RECOURS À BREF DÉLAI**

833. **Le standard minimum du placement de la personne privée de liberté dans un régime pérenne : le bref délai.** En refusant de reconnaître l'application du plein procès de la privation de liberté, pour le recours immédiat de l'article 66 de la Constitution ou de l'article 5 § 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme, le premier véritable contrôle judiciaire assorti des grandes garanties du procès équitable de la privation de liberté se confond avec le premier recours à bref délai. Sauf à ce que le législateur national dépasse ce standard minimum plutôt faible, le placement de l'individu dans un régime pérenne de privation de liberté, décidé par un tribunal, peut être précédé par un temps de privation de liberté propre aux autorités de police, mais aussi d'un nouveau temps de privation de liberté, judiciaire parce qu'autorisé par l'*Habeas corpus*, servant à organiser la saisine du tribunal. L'article 5 § 4 apparaît comme la source principale imposant le procès de privation de liberté au recours à bref délai, tandis que la jurisprudence constitutionnelle, peu fournie, emploie en plus les principes de droit commun réglant l'activité juridictionnelle³⁵³⁰. S'il convient d'étudier le contenu du procès de la privation de liberté imposé par l'article 5 § 4 (B), il convient également de noter que la Cour européenne des droits de l'Homme a la tentation d'appliquer le procès de la privation de liberté à la matière de l'aménagement des peines par le recours à l'article 6 de la Convention européenne (A).

³⁵³⁰ Le Conseil constitutionnel emploie l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, duquel il tire « *le droit des personnes intéressées à exercer un recours juridictionnel effectif, le droit à un procès équitable, ainsi que le principe du contradictoire* ». Elle a imposé le recours à bref délai dans le domaine de l'internement de l'aliéné sur ce fondement [v. *supra*, n° 804]. Elle a aussi vérifié sur ce fondement le respect des garanties du procès équitable concernant la critique du maintien de la détention provisoire en cas de correctionnalisation durant l'instruction [Cons. const., déc. n° 2010-62 QPC du 17 déc. 2010, [M. M.] : *J. O.*, 19 déc. 2010, p. 22372 ; *AJP*, 2011, p. 136, obs. J.-B. PERRIER ; *Constitutions*, 2011, 531, obs. E. DAOUD et A. TALBOT ; *JCP*, 2011, n° 144, note V. TELLIER-CAYROL ; *RSC*, 2011, p. 864, obs. D. BOCCON-GIBOD ou Cons. const., déc. n° 2011-153 QPC du 13 juil. 2011, [M. A.] : *J. O.*, 14 juil. 2011, p. 12251 ou Cons. const., décision n° 2011-168 QPC du 30 septembre 2011, [M. Samir A.] : *J. O.*, 1^{er} oct. 2011, p. 16526 ; *LPA*, 4 juin 2012, p. 8, chron. V. TELLIER-CAYROL ; consid. n° 4 et s.].

A) La tentation de l'application du procès de la privation de liberté à la matière de l'aménagement des peines par le biais de l'article 6 de la Convention

834. **L'utilité limitée pour la privation de liberté du critère du « bien-fondé de toute accusation en matière pénale ».** L'extension du procès équitable, en matière pénale, au cours de l'enquête ou de l'instruction, n'a pas profité à l'*Habeas corpus* du suspect³⁵³¹. La matière pénale reste définie strictement et la mesure de police échappe à l'article 6³⁵³². En revanche, toute accusation réprimée par la privation de liberté doit être entourée des garanties de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme, celle-ci intégrant par nature la matière pénale. La Cour a adopté ce raisonnement concernant des jours de privation de liberté supplémentaires infligés à titre de sanction pénitentiaire³⁵³³ même si leur durée restait faible³⁵³⁴. *A contrario*, puisque le placement en cellule disciplinaire du droit français n'aboutit pas à ajouter de la privation de liberté en droit, l'article 6 ne s'y applique pas³⁵³⁵. La Cour européenne des droits de l'Homme a même estimé que l'infliction de privations de liberté de quelques jours seulement, prononcées à titre de sanction, suffisait à inclure la décision dans la matière pénale, si bien que l'application de l'article 6 à toute

³⁵³¹ *Marzohl, déc. : préc.* L'absence de l'avocat lors de la présentation devant le juge d'instruction, qui avait prononcé la détention provisoire, ne violait pas non plus l'article 6 de la Convention, dès lors que la présentation n'avait pas abouti à un véritable interrogatoire approfondi.

³⁵³² V. pour l'expulsion de l'étranger, CEDH, gde ch., 5 oct. 2000, *Maaouia c. France*, req. n° 39652/98 : *Rec. CEDH*, 2000-X : *AJDA*, 2000, p. 1006, chron. J.-F. FLAUSS ; *D.*, 2001, p. 2346, obs. B. DE LAMY. En revanche, la Cour de cassation a appliqué à la procédure de prolongation judiciaire de la rétention administrative l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme et vérifiait, sur ce fondement, que les conditions de l'audience délocalisée respectaient cette disposition [Cass. civ. I, 12 oct. 2011, n° 10-24.205 : *Bull. civ. I*].

³⁵³³ CEDH, gde ch., 9 oct. 2003, *Ezeh et Connors c. Royaume-Uni*, req. n°s 39665/98 et 40086/98 : *Rec. CEDH*, 2003-X ; *Dr. pénal*, 2004, ét. n° 7, comm. É. VERGES ; *RSC*, 2004, p. 173, note F. MASSIAS ; § 126.

³⁵³⁴ L'un des requérants devant subir sept jours supplémentaires alors qu'il encourait quarante-deux jours d'après la législation interne.

³⁵³⁵ CEDH, sect. V, 20 janv. 2011, *Payet c. France*, req. n° 19606/08 : *D.*, 2011, p. 380, obs. S. LAVRIC ; *D.*, 2011, p. 643, obs. J.-P. CÉRÉ ; *RSC*, 2011, p. 718, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *JCP*, 2011, n° 184, obs. B. PASTRE-BELDA ; *Procédures*, 2011, comm. n° 94, obs. N. FRICERO ; *Gaz. Pal.*, 21 avr. 2011, p. 11, comm. É. SENNA. Le requérant avait pourtant argué que la sanction disciplinaire entraînait dans la pratique automatiquement un retrait de réduction de peine. Sans écarter l'efficacité d'une telle affirmation, la Cour l'avait estimé insuffisamment démontré en l'espèce. Voir sur ce point, J.-P. CÉRÉ, « Le droit disciplinaire pénitentiaire ente jurisprudence interne et jurisprudence européenne » ; *AJP*, 2005, p. 393. La sanction disciplinaire semble pourtant bien avoir des conséquences pratiques sur l'aménagement de la peine [voir S. ROUBAUD, « Sanctions disciplinaires et rôle des autorités judiciaires » ; *AJP*, 2005, p. 404]. Le droit moderne tend malgré tout à améliorer les garanties du procès pénitentiaire [voir V. BLANCHI, « La défense en matière disciplinaire » ; *AJP*, 2005, p. 407]. V. pour une approche historique, M. FIZE, « L'impossible contrôle du pouvoir disciplinaire en prison au siècle dernier » ; *RSC*, 1988, p. 751.

décision prononçant une détention *sanction* apparaît incontournable³⁵³⁶. L'apport est cependant limité, puisque l'article 5 § 1^{er}-a) n'autorise l'infliction d'une détention *sanction* qu'« après condamnation par un tribunal compétent », la qualification de tribunal supposant le respect des grands principes du procès équitable³⁵³⁷.

835. Le développement de l'utilité du critère « des contestations sur les droits et obligations de caractère civil » : l'extension du procès équitable à l'aménagement des peines. L'aménagement de la peine n'est pas non plus intégré à la matière pénale par principe³⁵³⁸ et seul l'article 5 § 4, à l'application limitée en cette matière, est susceptible en principe de faire naître un droit supra-légal au juge³⁵³⁹, sauf à ce qu'un refus d'un aménagement de peines constitue une ingérence aux droits de la Convention³⁵⁴⁰. Sur le fondement des « droits et obligations à caractère civil », autre domaine d'application de l'article 6 de la Convention, la Cour a développé le champ du procès équitable dans l'exécution de la privation de liberté³⁵⁴¹. Elle l'a d'abord employé pour inclure dans le champ de l'article 6 l'isolement pénitentiaire, prononcé à titre de mesure de sûreté, particulièrement sévère³⁵⁴², posant même une formulation de principe large³⁵⁴³. La Deuxième section avait

³⁵³⁶ CEDH, sect. III, 31 juil. 2007, *Zaicevs c. Lettonie*, req. n° 65022/01. La privation de liberté subie par le requérant pour outrage au tribunal avait duré trois jours pour un maximum encouru de quinze jours. – CEDH, 10 févr. 2009, gde ch., *Zolotoukhine c. Russie*, req. n° 14939/03 : *Rec. CEDH*, 2009 : D., 2009, p. 2014, comm. J. PRADEL ; *RSC*, 2009, p. 675, obs. D. ROETS ; § 56. La privation de liberté administrative, réprimant un comportement perturbateur, n'avait duré que trois jours pour un maximum encouru de quinze jours. – CEDH, gde ch., *Kyprianou c. Chypre*, 15 déc. 2005, req. n° 73797/01, en angl. : *Rec. CEDH*, 2005-XIII. En l'espèce, un avocat avait subi une détention de cinq jours pour une offense au tribunal. – CEDH, gde ch., 16 déc. 2003, *Cooper c. Royaume-Uni*, req. n° 48843/99 : *Rec. CEDH*, 2003-XII. Une privation de liberté prononcée par une Cour martiale de près de cinquante-six jours de privation de liberté est également incluse dans la matière pénale de manière assez évidente.

³⁵³⁷ V. *supra*, n° 663 et s.

³⁵³⁸ V. par ex. CEDH, gde ch., 17 sept. 2009, *Enea c. Italie*, req. n° 74912/01 ; § 97.

³⁵³⁹ V. pour la requalification de la peine perpétuelle en mesure de sûreté ouvrant le recours, *supra*, n° 768 et s. V. pour des nouvelles interrogations liées à la modification « notable la nature de la détention ainsi que la situation du requérant », *supra*, n° 810 et s.

³⁵⁴⁰ Ainsi en est-il du refus d'accorder une permission de sortie demandée pour assurer le maintien des liens familiaux [CEDH, sect. II, 18 oct. 2005, *Schemkamper c. France*, req. n° 75833/01 ; *AJP*, 2005, p. 420, obs. J.-P. CÉRÉ ; § 31 et s.]. Dans ce cadre, la motivation de la décision de refus peut faire l'objet d'un contrôle de la Cour européenne des droits de l'Homme, afin de déterminer si le rejet de la mesure ne constituait pas une mesure disproportionnée. Les risques de réitération et le comportement en détention sont des critères pris en compte par le juge. Cette appréciation doit tenir compte de l'exercice global des liens familiaux permis au détenu, de l'état de santé et de l'âge du demandeur.

³⁵⁴¹ Le droit de la privation de liberté profitait sur ce point d'une tendance plus générale [voir J. PRALUS-DUPUY, « L'applicabilité de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme aux contentieux disciplinaires : état des lieux » ; *RFDA*, 2008, p. 317].

³⁵⁴² *Enea c. Italie*, gde ch. : *préc.* Le régime portait de nombreuses restrictions : limitation des visites des membres de la famille [au maximum une visite par mois, d'une durée d'une heure], interdiction de rencontrer des tiers, interdiction d'utiliser le téléphone, interdiction de recevoir ou d'envoyer à l'extérieur des sommes d'argent dépassant un montant déterminé, interdiction de recevoir plus de deux colis par mois, interdiction d'organiser des activités culturelles, récréatives et sportives, interdiction d'élire un représentant des détenus et d'être élu comme tel, interdiction d'exercer des activités artisanales, interdiction d'acheter des aliments qui requièrent une cuisson,

même étendu le raisonnement aux mesures d'aménagement de peine visant à préparer la réalisation d'un projet de réinsertion professionnelle³⁵⁴⁴. Sa décision restait prudente : elle tirait l'existence du droit d'obtenir une permission de sortie pour préparer la réinsertion de l'étude du droit national, appuyant seulement son raisonnement au regard des *Règles pénitentiaires européennes*³⁵⁴⁵. Cette jurisprudence était de nature à ouvrir l'article 6 pour de nombreux aménagements de peine, tandis que la Cour maintenait son refus d'appliquer la disposition au placement en cellule disciplinaire³⁵⁴⁶. La Grande chambre, saisie de l'affaire, reculait³⁵⁴⁷, qualifiant le mécanisme en droit interne de « *faveur* », soumise au pouvoir discrétionnaire des autorités et insusceptible de recours, au seul examen du droit interne, sans égard pour les *Règles pénitentiaires européennes*³⁵⁴⁸. Une telle volonté de mieux encadrer l'aménagement de peine conforte la nécessité d'abandonner le contrôle incorporé de la peine privative de liberté et la consécration de la libération conditionnelle, même pour la peine à temps, car c'est naturellement l'article 5 § 4 qui a vocation à encadrer la proportionnalité de la peine privative de liberté³⁵⁴⁹. À défaut, c'est l'externalisation du contrôle de la privation de liberté qui se

limitation du temps de promenade à deux heures par jour. La Cour caractérisait d'abord l'existence de droits atteints par ces restrictions par la comparaison avec les *Règles pénitentiaires européennes*. La Cour établissait ensuite que certaines restrictions entamaient bien des droits à caractère civil, retenant celles ayant une retombée patrimoniale et celles visant le contact familial.

³⁵⁴³ *Enea c. Italie*, gde ch. ; § 106 : « toute restriction touchant les droits de caractère civil de l'individu doit pouvoir être contestée dans le cadre d'une procédure judiciaire, et ce en raison de la nature des limitations (par exemple, une interdiction de bénéficier d'un nombre donné de visites par mois des membres de la famille ou le contrôle continu de la correspondance épistolaire et téléphonique, etc.) ainsi que des répercussions qu'elles peuvent entraîner (par exemple, des difficultés dans le maintien des liens familiaux ou des relations avec les tiers, l'exclusion des promenades) ». – CEDH, sect. V, 6 déc. 2011, *Rozhin c. Russie*, req. n° 50098/07, en angl. : une solution similaire était établie concernant un placement en colonie pénitentiaire. – CEDH, sect. II, 6 avr. 2010, *Stegarescu et Bahrin c. Portugal*, req. n° 46194/06 : une solution similaire était établie pour un placement en isolement qui avait entraîné la restriction des visites à une heure par semaine et uniquement par entretien au parloir vitré, la restriction de la promenade à une heure quotidienne et l'impossibilité de poursuivre ses études et de passer ses examens.

³⁵⁴⁴ CEDH, sect. II, 14 déc. 2010, *Boulois c. Luxembourg*, req. n° 37575/04 : *Dr. pén.*, 2011, n° 3, chron. E. DREYER. Il s'agissant en l'espèce de permissions de sortie. Saisie de la question une deuxième fois concernant une libération conditionnelle, la Cour avait éludé la question, en estimant que, même à admettre l'application de l'article 6, les garanties procédurales imposées par la disposition avaient été respectées [CEDH, sect. IV, 31 mai 2011, *Boguslaw Krawczak c. Pologne*, req. n° 24205/06, en angl.].

³⁵⁴⁵ *Ibid.*, § 61. Au regard de l'objectif de réinsertion, la Cour en déduisait que le refus du congé pénal du droit luxembourgeois, « outre une retombée patrimoniale, relève des droits de la personne, eu égard à l'importance de l'intérêt du requérant à retrouver une place dans la société », pour établir son caractère civil.

³⁵⁴⁶ CEDH, sect. V, 10 nov. 2011, *Plathey c. France*, req. n° 48337/09 : *JCP*, 2012, doctr., n° 87, chron. F. SUDRE ; *AJP*, 2011, p. 605, obs. J.-P. CÉRÉ ; *Dr. pénal*, 2012, n° 4, chron. E. DREYER. La sanction disciplinaire est exclue de la matière pénale.

³⁵⁴⁷ CEDH, gde ch., 3 avr. 2012, *Boulois c. Luxembourg*, req. n° 37575/04 : *Rec. CEDH*, 2012 : *AJP*, 2012, p. 352, note M. HERZOG-EVANS ; *Gaz. Pal.*, 19 avr. 2012, p. 30, obs. C. BERLAUD ; *JCP*, n° 924, chron. F. SUDRE.

³⁵⁴⁸ La Cour confirmait ainsi ses difficultés à dégager un véritable droit supra-légal pour le détenu à préparer sa réinsertion [v. *supra*, n° 492 et s.].

³⁵⁴⁹ En réalité, les articles 5 et 6 peuvent être complémentaires sur ce point. L'aménagement de peine aboutissant à la libération doit être contrôlé sous l'angle de l'article 5, au titre du contrôle de proportionnalité, tandis que

poursuite, les avancées du contrôle européen se réalisant en dehors de l'article 5, dans le maintien des solutions anciennes, contournées sur d'autres fondements. Le procès de la privation de liberté d'applique en tout cas au recours à bref délai de l'article 5 § 4.

B) Le procès de la privation de liberté imposé par l'article 5 § 4 de la Convention européenne des droits de l'Homme

836. **L'importation des garanties de l'article 6.** La Cour européenne des droits de l'Homme, au début de sa jurisprudence, entendait limiter la transposition des garanties du procès équitable de l'article 6 à l'article 5 § 4, celle-ci refusant, par exemple, d'y intégrer le principe d'égalité des armes³⁵⁵⁰. Une telle position s'appuyait sur la volonté de ne pas entraver la célérité du recours à bref délai et sur l'interprétation stricte de la Convention, l'article 5 § 4 ne faisant pas référence au procès équitable et l'article 6 n'incluant pas la privation de liberté dans le champ du procès équitable. Si la clause de l'arrêt *Neumeister* est encore maintenue³⁵⁵¹, la Cour a pourtant rapidement imposé les grandes garanties du procès équitable au procès de la privation de liberté lors du recours à bref délai : comparution du détenu devant le tribunal³⁵⁵², procédure contradictoire et égalité des armes³⁵⁵³, droits de la

l'aménagement poursuivant l'exécution de la peine privative de liberté sous un régime moins sévère, afin de faciliter la réinsertion, devrait être contrôlé sous l'angle de l'article 6.

³⁵⁵⁰ CEDH, ch., 27 juin 1968, *Neumeister c. Autriche*, req. n° 1936/63 : *Rec. CEDH*, série A, n° 17 ; § 22 et s. En l'espèce, le ministère public avait pu requérir le maintien en détention provisoire hors de la présence du détenu et de son avocat.

³⁵⁵¹ D'autres arrêts plus anciens ont aussi laissé une large marge d'appréciation aux États, par exemple en tolérant que la demande de remise en liberté en matière d'extradition soit instruite par un organe administratif puis transmise à la juridiction avec l'avis de celui-ci [CEDH, ch., 21 nov. 1986, *Sanchez-Reisse c. Suisse*, req. n° 9862/82 : *Rec. CEDH*, série A, n° 107 ; § 44 et s.].

³⁵⁵² La Cour a rappelé cette garantie au profit de l'aliéné, au besoin sous une forme adaptée aux troubles mentaux [CEDH, ch., 24 oct. 1979, *Winterwerp c. Pays-Bas*, req. n° 6301/73 : *Rec. CEDH*, série A, n° 33 ; § 60]. Après certaines tergiversations, la Cour finissait par poser l'obligation d'une audience pour le suspect en détention provisoire [CEDH, sect. IV, 19 oct. 2000, *Wloch c. Pologne*, req. n° 27785/95 : *Rec. CEDH*, 2000-XI]. Finalement, la Cour formulait un tel principe même en dehors de la détention provisoire : « *les instances judiciaires relevant de l'article 5 § 4 ne doivent pas toujours s'accompagner de garanties identiques à celles que l'article 6 § 1 prescrit pour les litiges civils ou pénaux. Encore faut-il que l'intéressé ait accès à un tribunal et l'occasion d'être entendu lui-même ou, au besoin, moyennant une certaine forme de représentation* » [CEDH, gde ch., 17 janv. 2012, *Stanev c. Bulgarie*, req. n° 36760/06 : *Rec. CEDH*, 2012 ; *RDSS*, 2012, p. 863, note K. LUCAS ; *JDI*, 2013, chron. n° 8, obs. X. AUREY].

³⁵⁵³ CEDH, ch., 30 mars 1989, *Lamy c. Belgique*, req. n° 10444/83 : *Rec. CEDH*, série A, n° 151. L'égalité des armes impose que le requérant bénéficie d'un accès aux pièces du dossier équivalent au magistrat du parquet, en matière de détention provisoire. – *Toth* : *préc.* L'égalité des armes s'oppose à ce que des éléments soient soulevés par le magistrat du parquet en l'absence du détenu. – CEDH, gde ch., 25 mars 1999, *Nikolova c. Bulgarie*, req. n° 31195/96 : *Rec. CEDH*, 1999-II. La procédure contradictoire et l'égalité des armes imposent que la requérante ait accès à l'ensemble des pièces en lien avec la légalité de la privation de liberté et puisse répondre à des observations écrites du magistrat du parquet. – CEDH, sect. I, 13 févr. 2001, *Lietzow c. Allemagne*, req. n° 24479/94 : *Rec. CEDH*, 2001-I. Concernant l'accès au dossier pénal, dans le cadre

défense et assistance effective par un avocat³⁵⁵⁴ de son choix³⁵⁵⁵, tribunal impartial³⁵⁵⁶ ou encore assistance par un interprète³⁵⁵⁷.

837. **La préservation d'une marge d'appréciation aux États.** Fidèle à son appréciation générale *in concreto*³⁵⁵⁸, la Cour rappelle que l'étendue des garanties processuelles peut varier en fonction de l'intensité de la privation de liberté – la marge des États est alors réduite pour les cas de privation de liberté les plus sévères³⁵⁵⁹ – et du type de

de la préparation du recours en privation de liberté, « la Cour reconnaît [que] la nécessité d'une conduite efficace des enquêtes pénales [puisse] impliquer qu'une partie des informations recueillies durant ces investigations doivent être gardées secrètes afin d'empêcher des suspects d'altérer des preuves et de nuire à la bonne administration de la justice », cependant « ce but légitime ne saurait être poursuivi au prix de restrictions importantes apportées aux droits de la défense », si bien que « des informations essentielles pour apprécier la légalité de la détention d'une personne doivent être mises à disposition de l'avocat du suspect d'une manière adaptée à la situation ». – CEDH, sect. II, 27 janv. 2009, *Ramishvili et Kokhreidze c. Géorgie*, req. n° 1704/06, en angl. ; § 124 et s. La Cour accorde une certaine souplesse aux États concernant la communication du dossier pénal, celui-ci ne devant être communiqué en entier, dès lors que les pièces transmises suffisent à indiquer les charges pesant sur le suspect. – CEDH, sect. I, 13 févr. 2001, *Garcia Alva c. Allemagne*, req. n° 23541/94, en angl. En revanche, l'information des charges ne peut se limiter à un résumé des faits, mais doit présenter aussi les preuves retenues contre le suspect, comme les témoignages ou les résultats des investigations scientifiques.

³⁵⁵⁴ CEDH, ch., 29 févr. 1988, *Bouamar c. Belgique*, req. n° 9106/80 : *Rec. CEDH*, série A, n° 129 ; *RSC*, 1988, p. 567, obs. L.-E. PETTITI et F. TEITGEN. – CEDH, sect. I, 5 juin 2012, *Khodzhamberdiyev c. Russie*, req. n° 64809/10, en angl. Le droit à l'assistance effective d'un avocat doit permettre des communications confidentielles entre l'avocat et le détenu, une simple croyance raisonnable de la rupture de cette confidentialité pouvant suffire à entraîner la violation de la disposition [v. aussi sur ce même point, CEDH, sect. IV, 10 mai 2007, *Modarca c. Moldavie*, req. n° 14437/05, en angl. ; § 84 et s.]. – CEDH, sect. III, 12 janv. 2010, *Bolos c. Roumanie*, req. n° 33078/03 ; § 36. La défense n'est pas effective et viole la Convention lorsque les défenseurs sont désignés d'office et sur le champ, sans possibilité de prendre connaissance du dossier du détenu et sans bénéficier du temps nécessaire à la préparation de la défense.

³⁵⁵⁵ CEDH, sect. V, 24 août 2010, *Prehn c. Allemagne*, req. n° 40451/06, en angl. La Cour rappelait dans cette décision le droit de la personne privée de liberté d'être assistée par un défenseur de son choix au cours du recours à bref délai. Elle admettait toutefois que les intérêts de la justice permettent aux autorités nationales de contrevenir à ce choix, applique *mutatis mutandis* les principes dégagés dans le domaine de l'article 6 [v. CEDH, ch., 25 sept. 1992, *Croissant c. Allemagne*, req. n° 13611/88 : *Rec. CEDH*, série A, n° 237-A ; § 29] à l'article 5. En l'espèce, le détenu avait choisi un avocat résidant trop loin de son lieu de privation de liberté, empêchant une communication idéale et menaçant d'entamer la rapidité de la procédure. De plus, il n'existait pas de relation particulière de confiance entre le détenu et l'avocat choisi. L'ensemble de ces motifs justifiait le choix des autorités de contrevenir à ce choix, dans les intérêts de la justice.

³⁵⁵⁶ CEDH, sect. II, 27 janv. 2009, *Ramichvili et Kokhreidze c. Géorgie*, req. n° 1704/06, en angl. ; § 128 et s. L'audience judiciaire doit permettre un échange « sobre » et ne pas être perturbée par la présence de journalistes et des forces de sécurité en nombre, ou encore par le placement des détenus dans une cage en acier à l'intérieur de laquelle ils ne pouvaient correctement communiquer avec leurs défenseurs. – CEDH, gde ch., 29 mars 2001, *D. N. c. Suisse*, req. n° 27154/95 : *Rec. CEDH*, 2001-III. Le droit au tribunal impose le respect de l'impartialité objective.

³⁵⁵⁷ En revanche, un document non traduit n'ayant pas empêché un recours ultérieur ne viole pas l'article 5 § 4 de la Convention [CEDH, sect. V, 25 févr. 2010, *Crabtree c. République Tchèque*, req. n° 41116/04, en angl.].

³⁵⁵⁸ V. par ex. CEDH, ch., 12 mai 1992, *Megyeri c. Allemagne*, req. n° 13770/88 : *Rec. CEDH*, série A, n° 237-A. La Cour y pose que l'article 5 § 4 peut imposer l'assistance d'un avocat au bénéfice de l'aliéné, et caractérisait *in concreto* la nécessité pour celui-ci d'être assisté par un avocat pour constater une violation de la Convention.

³⁵⁵⁹ CEDH, ch., 21 févr. 1996, *Singh et Hussain c. Royaume-Uni*, req. n°s 23389/94 et 21928/93 : *Rec. CEDH*, 1996-I ; *RSC*, 1997, p. 460, obs. R. KOERING-JOULIN ; *RSC*, 1996, p. 933, obs. L.-E. PETTITI : « la Cour estime que, dans une situation comme celle du requérant, où une longue période d'emprisonnement peut être en jeu et où des éléments touchant à la personnalité et au degré de maturité du détenu sont importants pour décider de sa dangerosité, l'article 5 par. 4 (art. 5-4) exige une audience contradictoire dans le cadre d'une procédure

recours soumis à son examen – la marge des États est alors réduite en première instance³⁵⁶⁰. En matière de détention provisoire, la jurisprudence européenne tend à imposer les garanties procédurales maximales – l'organisation d'une audience contradictoire – pour toute saisie d'un tribunal visant à contrôler la légalité de la privation de liberté³⁵⁶¹, la Cour allant même jusqu'à imposer l'obligation pour le tribunal d'interroger un témoin lorsque la détention repose, pour l'essentiel, sur ses déclarations³⁵⁶². Si la représentation à l'audience par le seul avocat semble être admise, c'est à condition de vérifier *in concreto* que la présence du suspect

emportant représentation par un défenseur et possibilité de citer et d'interroger des témoins ». – *A. et autres c. Royaume-Uni* : préc. Ainsi, dans une affaire particulière d'internement administratif potentiellement perpétuel, concernant des étrangers soupçonnés de participation à une activité terroriste, privation de liberté censurée au titre de l'article 5 § 1^{er}, la Cour a estimé que le secret d'une partie de la procédure n'avait pas permis une discussion contradictoire de la légalité de la privation de liberté, alors même que la procédure prévoyait l'assistance d'un avocat spécial pour prendre connaissance des éléments secrets, et que l'usage du secret s'expliquait par des motifs impérieux. La Cour sanctionnait donc cette procédure sur le fondement de l'article 5 § 4, tout en invoquant largement sa jurisprudence sur le fondement de l'article 6.

³⁵⁶⁰ Ainsi, la procédure en appel d'une décision judiciaire peut présenter des garanties procédurales moindres [*Khodzhamberdiyev* : préc.]. Cette considération est toutefois de moins en moins importante dans la jurisprudence européenne, qui tend à imposer les grandes garanties pour l'ensemble des saisines du tribunal en contestation de la légalité de la privation de liberté, qu'elle soit en première instance ou dans une instance supérieure, qu'elle résulte d'une demande en remise en liberté ou d'une saisine obligatoire du tribunal prévue par la loi [v. *supra*, note n° 676]. La première saisine du tribunal est isolée dans la jurisprudence européenne qui pourrait lui appliquer une certaine automaticité et une exigence de célérité plus élevée [v. *supra*, n° 649].

³⁵⁶¹ CEDH, gde ch., 22 mai 2012, *Idalov c. Russie*, req. n° 5826/03 : RSC, 2012, p. 687, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; § 161 et s. : la jurisprudence européenne exige la tenue d'audience au cours de laquelle « la possibilité pour un détenu d'être entendu lui-même ou moyennant une certaine forme de représentation » doit être prévue. La Cour semblait imposer la participation du suspect aux audiences, y compris en appel et pour chaque recours, même si ceux-ci étaient rapprochés. En l'espèce, le suspect avait pourtant saisi cinq fois la juridiction d'appel en un peu plus d'un an. Cette dernière décision venait renforcer la jurisprudence européenne, la Cour ayant déjà pu admettre l'absence de comparution en appel, dès lors que comparution avait été permise en première instance [CEDH, sect. V, 21 avr. 2011, *Nechiporuk et Yonkalo c. Ukraine*, req. n° 42310 ; § 244]. De manière plus générale, la Cour avait semblé limiter l'obligation de comparaitre pour le suspect en détention provisoire uniquement à « intervalles réguliers » [CEDH, sect. V, 28 oct. 2010, *Knebl c. République Tchèque*, req. n° 20157/05]. Un tel durcissement de la Cour européenne des droits de l'Homme pourrait aboutir selon les circonstances à la condamnation de la France pour la procédure écrite en matière de demande de remise en liberté. La Cour a même considéré que la participation du suspect en détention provisoire concernait un recours formé en appel par le ministère public contre la décision octroyant la libération sous caution [CEDH, sect. IV, 30 mars 2010, *Allen c. Royaume-Uni*, req. n° 18837/06, en angl.]. L'appréciation globale des garanties de la procédure perdure parfois dans la jurisprudence européenne [CEDH, sect. I, 5 juin 2012, *Soliyev c. Russie*, req. n° 62400/10, en angl.]. En l'espèce, l'absence d'assistance d'un avocat lors d'une audience était compensée par sa présence lors d'autres audiences pour d'autres recours tenus durant la même période.

³⁵⁶² Puisque la légalité de la détention provisoire suppose l'existence de soupçons, ceux-ci doivent être contrôlés par le tribunal, au regard de l'article 5 § 4, et peuvent lui imposer d'entendre des témoins, lorsque leurs déclarations ont une importance primordiale et que de sérieux doutes sur leur véracité existent [CEDH, sect. IV, 4 nov. 2005, *Becciev c. Moldavie*, req. n° 9190/03, en angl. ; § 72 et s.]. La jurisprudence a même élargi cette notion en constatant la violation de l'article 5 § 4 du fait de l'absence d'interrogatoire cette fois-ci non plus pour apprécier l'existence des soupçons mais pour vérifier la pertinence de la motivation des motifs de la détention provisoire, celle-ci reposant uniquement sur le risque de pressions sur un témoin qui n'avait pas été entendu sur ce point [CEDH, sect. V, 23 oct. 2007, *Turcan et Turcan c. Moldavie*, req. n° 39835/05, en angl. ; § 67 et s.]. Ce nouvel élément développé à travers l'article 5 § 4 est aujourd'hui repris par la Grande chambre dans l'énoncé de ses principes généraux, montrant que cet élément est bien implanté [CEDH, gde ch., 19 févr. 2009, *A. et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 3455/05 : *Rec. CEDH* ; RSC, 2009, p. 672, obs. J.-P. MARGUÉNAUD].

n'était pas nécessaire, et au moins faut-il alors recourir à l'avocat désigné³⁵⁶³. Les détentions particulièrement graves semblent devoir respecter les garanties proches du procès équitable, tel que développé à travers l'article 6, l'État ayant alors très peu de marge³⁵⁶⁴.

838. Certaines garanties de l'article 6 restent en revanche étanches au procès de la privation de liberté : l'article 5 § 4 n'induit pas un droit d'assurer soi-même sa défense³⁵⁶⁵, il n'impose pas aux États l'obligation d'organiser un système d'aide juridictionnelle³⁵⁶⁶, et il n'oblige pas le tribunal à statuer publiquement³⁵⁶⁷.

839. **La pleine protection supra-légale du droit au procès de la privation de liberté : pour intégrer le premier procès à l'*Habeas corpus*.** Au regard des principes supra-légaux, le premier procès de la privation de liberté et l'adoption du titre pérenne de la privation de liberté prononcée par un tribunal doivent intervenir seulement à bref délai. Pourtant, l'exigence de célérité souple de la célérité de l'*Habeas corpus*³⁵⁶⁸ n'empêche pas d'imposer l'ensemble des garanties procédurales dès la première intervention judiciaire immédiate, même à accentuer l'exigence de promptitude. C'est directement le sens de l'*Habeas corpus* qui devrait être modifié, pour ne plus servir qu'à limiter abstraitement un premier temps de privation de liberté propre aux autorités de police, à l'entrée de la privation de liberté³⁵⁶⁹, et autoriser un second temps, consécutif, permettant au tribunal d'adopter le

³⁵⁶³ CEDH, sect. III, 29 oct. 2013, *Anderco c. Roumanie*, req. n° 3910/04 ; § 62 et s.

³⁵⁶⁴ Ainsi, dans une affaire particulière d'internement administratif pouvant être perpétuel concernant des étrangers soupçonnés de participation à une activité terroriste, censuré au titre de l'article 5 § 1^{er}, la Cour a estimé que le secret d'une partie de la procédure n'avait pas permis une discussion contradictoire des soupçons, alors même que la procédure prévoyait l'assistance d'un avocat spécial, et que l'usage du secret s'expliquait par des motifs impérieux, dès lors que les détenus n'avaient pas reçu une information suffisante des charges pesant sur eux pour donner des instructions aux avocats spéciaux [*A. et autres c. Royaume-Uni : préc.*]. La Cour sanctionnait donc cette procédure sur le fondement de l'article 5 § 4, tout en invoquant largement sa jurisprudence sur le fondement de l'article 6.

³⁵⁶⁵ CEDH, ch., 21 nov. 1986, *Sanchez-Reisse c. Suisse*, req. n° 9862/82 : *Rec. CEDH*, série A, n° 107 ; § 46 et s. : « *aux yeux de la Cour, pareille intervention n'a pas entravé l'accès du requérant au Tribunal ni limité le contrôle de celui-ci. En outre, elle peut répondre à un souci légitime : comme l'extradition met en jeu, par sa nature même, les relations internationales de l'État, on conçoit que l'exécutif ait l'occasion de se prononcer sur une mesure propre à exercer une influence dans un domaine aussi délicat* ».

³⁵⁶⁶ CEDH, sect. I, 25 oct. 2007, *Lebedev c. Russie*, req. n° 4493/04, en angl. : *Rec. CEDH*, série A, n° 107. ; § 84. Un premier arrêt de la Cour avait pourtant laissé penser qu'un tel système pourrait être imposé par l'article 5, la Cour ne l'écartant pas par principe, mais compte-tenu des considérations particulières de l'espèce, puisque le requérant avait été assisté par deux avocats et n'était pas arrivé à démontrer que l'absence d'aide juridictionnelle avait atteint son droit à une assistance effective [CEDH, gde ch., 18 févr. 1999, *Hood c. Royaume-Uni*, req. n° 27267/95 : *Rec. CEDH*, 1999-I]. Sans encore franchir le gué, la Cour souligne toutefois dans le dernier état de sa jurisprudence que l'absence d'aide juridictionnelle peut poser un problème pour l'accessibilité du recours de l'article 5 § 4, lorsque l'assistance d'un avocat est obligatoire dans le droit interne [CEDH, sect. V, 23 juil. 2013, *Suso Musa c. Malte*, req. n° 42337/12, en angl. ; § 61].

³⁵⁶⁷ CEDH, *Lebedev : préc.* – CEDH, sect. IV, 15 nov. 2005, *Reinprecht c. Autriche*, req. n° 67175/01 : *Rec. CEDH*, 2005-XII ; § 31 et s.

³⁵⁶⁸ V. *supra*, n° 720 et s.

³⁵⁶⁹ V. *supra*, n° 724.

premier titre de privation de liberté³⁵⁷⁰, mais servir directement à l'adoption de celui-ci, ce qui suppose de recentrer la fonction de la privation de liberté de police et de la limiter à l'exécution forcée de la présentation.

840. Dans ces conditions, le délai *Brogan* de quatre jours, alors que le droit français a longtemps organisé la survenue du premier procès de la privation de liberté avant même ce délai³⁵⁷¹, pourrait être employé comme limite maximale abstraite de privation de liberté sans juge³⁵⁷², indépendamment du cas de privation de liberté, dans un retour à la vision unitaire de la privation de liberté, à condition de doter l'*Habeas corpus*, nécessaire au maintien de la privation de liberté au-delà, des grandes garanties procédurales, et de garnir l'office du juge du pouvoir d'apprécier concrètement que la durée de la privation de liberté précédant son intervention n'a pas dépassé celle strictement nécessaire. C'est donc trois formes de contrôle de l'autorité judiciaire et non quatre, comme actuellement³⁵⁷³, qui devraient s'imposer et ce, pour la totalité des cas de privation de liberté : le contrôle en temps réel de l'autorité judiciaire indépendante, l'*Habeas corpus* servant à l'adoption par le tribunal du titre pérenne de privation de liberté et les recours ultérieurs judiciaires à bref délai servant au contrôle de la proportionnalité de la privation de liberté.

³⁵⁷⁰ V. *supra*, n° 832.

³⁵⁷¹ V. *supra*, n° 734 et s.

³⁵⁷² Les auteurs de la Constitution avaient imaginé une traduction devant le juge judiciaire au bout de vingt-quatre heures et que l'*Habeas corpus* historique organisait un délai de trois jours.

³⁵⁷³ V. *supra*, n° 832.

841. **Le droit à un recours adapté pour contester le bien-fondé de la privation de liberté : l'essoufflement des textes fondamentaux de la privation de liberté.** Si l'étude des textes supra-légaux montrent des avancées audacieuses concernant le contrôle judiciaire de la privation de liberté, en *Habeas corpus*, ou à bref délai, ces acquis sont désormais anciens, et la jurisprudence moderne n'a pas réussi à les dépasser. Quant au contrôle de la peine privative de liberté d'abord, le maintien du contrôle incorporé empêche toute évolution nette : l'évolution entamée pour la peine perpétuelle apparaît désormais gelée, sur le fondement de l'article 5. Quant à l'exigence de célérité du recours de l'*Habeas corpus* ensuite, la Cour européenne des droits de l'Homme a longtemps préservé le dogme *Brogan* pour le suspect, et si sa jurisprudence actuelle semble le remettre en cause dans une portée qui reste à préciser, le Conseil constitutionnel a admis progressivement son recul, dans un mouvement plus général. L'article 5 de la Convention européenne des droits de l'Homme n'est plus à la pointe de la protection de la liberté individuelle et soit l'article 3, qu'il s'agisse de la consécration d'un droit au réexamen de la peine perpétuelle³⁵⁷⁴ ou du développement du mandat judiciaire d'arrestation³⁵⁷⁵, soit l'article 6, par exemple pour assurer un meilleur contrôle de l'aménagement de peine³⁵⁷⁶, servent aux progrès du contrôle de la privation de liberté. Quant à l'article 66 de la Constitution, il n'est pas encore le pendant à l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'Homme, à défaut de le doter d'un volet processuel³⁵⁷⁷. Le législateur français a souvent dépassé le standard minimum, si bien son renouvellement, au moins dans la jurisprudence constitutionnelle, apparaît facilité. Malgré ces limites, les droits recours judiciaires spéciaux contre la privation de liberté assurent une certaine efficacité à la contestation du bien-fondé de la privation de liberté. Ceux-ci ne portent cependant qu'une partie du droit de contester la privation de liberté.

³⁵⁷⁴ V. *supra*, n° 788.

³⁵⁷⁵ V. *supra*, n° 176.

³⁵⁷⁶ V. *supra*, n° 835.

³⁵⁷⁷ V. *supra*, n° 827.

Titre II./ LE DROIT DE CONTESTER LA LÉGALITÉ DE LA PRIVATION DE LIBERTÉ

842. **Le contenu du droit de contester la légalité de la privation de liberté : le contrôle de la régularité et du bien-fondé.** Le Conseil constitutionnel distingue le contrôle de la « régularité » de la privation de liberté du contrôle de la « nécessité de la privation de liberté »³⁵⁷⁸. L'intérêt de la distinction réside dans la fixation de la répartition des compétences entre juge judiciaire et juge administratif : seule l'appréciation du bien-fondé de la privation de liberté, le contrôle concret de la nécessité et de la proportionnalité³⁵⁷⁹, est réservée au juge judiciaire, dans les formes des recours spéciaux contre la privation de liberté, l'*Habeas corpus* ou les recours à bref délai³⁵⁸⁰. En revanche, l'appréciation de la régularité de la privation de liberté ne transcende pas la répartition classique des compétences des ordres juridictionnels, chacun en conservant une part. La Convention européenne des droits de l'Homme, pour sa part, confie au juge de l'article 5 § 4 le contrôle de « la légalité » de la privation de liberté, définie dans un sens large, incluant « chacune des conditions indispensables à la "légalité" de la détention d'un individu au regard du paragraphe 1 »³⁵⁸¹. La légalité de l'article 5 § 4 comprend bien la régularité, notion qui « renvoie pour l'essentiel à la législation nationale et consacre l'obligation d'en observer les normes de fond comme de

³⁵⁷⁸ V. par ex. Cons. const., déc. n° 2010-71 QPC du 26 nov. 2010, [M^{me} S.] : *J. O.*, 27 nov. 2010, p. 21119 ; *Dr. Famille*, 2011, comm. n° 11, note I. MARIA ; *RFDA*, 2011, p. 951, chron. A. PENA ; *JCP*, 2011, n° 189, note K. GRABARCZYK ; *AJDA*, 2011, p. 174, X. BIOY ; consid. n° 37.

³⁵⁷⁹ Dans l'approche globale, la nécessité s'appréciant à l'*Habeas corpus* et la proportionnalité dans les différents contrôles judiciaires ultérieurs, ou dans l'approche fractionnée, la nécessité concernant le recours à un cas de privation de liberté et la proportionnalité le maintien dans ce même cas.

³⁵⁸⁰ V. *supra*, n° 599 et s.

³⁵⁸¹ CEDH, gde ch., 17 janv. 2012, *Stanev c. Bulgarie*, req. n° 36760/06 : *Rec. CEDH*, 2012 ; *RDSS*, 2012, p. 863, note K. LUCAS ; *JDI*, 2013, chron. n° 8, obs. X. AUREY ; §° 168. En réalité, cette définition avait été posée dès 1990 [CEDH, ch., 29 août 1990, *E. c. Norvège*, req. n° 11701/85 : *Rec. CEDH*, série A, n° 181-A ; *RSC*, 1990, p. 831, obs. L.-E. PETTITI ; *RFDA*, 1991, p. 843, chron. V. BERGER, H. LABAYLE ET F. SUDRE ; § 50]. Concernant la privation de liberté du suspect, la Cour indique que ce contrôle doit comporter « l'observation des règles de procédure de [la législation interne] et le caractère raisonnable des soupçons motivant l'arrestation, ainsi que la légitimité du but poursuivi par celle-ci puis par la garde à vue » [CEDH, plén., 29 nov. 1988, *Brogan et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 11209/84, 11234/84, 11266/84 et 11386/85 : *Rec. CEDH*, série A, n° 145-B]. Dès lors, le juge dépourvu de la capacité de contrôler l'existence des soupçons pesant sur le suspect ne peut être le juge de la privation de liberté [CEDH, gde ch., 25 mars 1999, *Nikolova c. Bulgarie*, req. n° 31195/96 : *Rec. CEDH*, 1999-II].

procédure »³⁵⁸². La jurisprudence européenne y ajoute ses apports prétoriens de la lutte contre l'arbitraire³⁵⁸³, dont l'appréciation du bien-fondé³⁵⁸⁴, dans les limites posées dans la jurisprudence européenne.

843. **Le droit d'être privé de liberté sur un titre du tribunal.** Si le titre de liberté au tribunal servira, plus rarement, à l'entrée en privation de liberté de la personne qui comparaît libre, la personne aura le plus souvent subi une privation de liberté préalable, privation de liberté pouvant être prolongée par l'*Habeas corpus* jusqu'à la saisine du tribunal, si bien que son droit d'être privé de liberté sur un titre du tribunal est reporté au bref délai³⁵⁸⁵. Seule la survenue du titre de la privation de liberté du tribunal marque le premier contrôle entier de la légalité de la privation de liberté, régularité et bien-fondé, pour s'exercer au cours du procès de la privation de liberté, et dans la conception française, le titre de la privation de liberté appartient au juge judiciaire. Ce même titre sera renouvelé périodiquement au terme des recours à bref délai, qu'ils tiennent dans une demande de remise en liberté faite par la personne privée de liberté devant le tribunal, ou dans sa saisine automatique, ceux-ci ouvrant un nouveau contrôle de la légalité. Comme la privation de liberté sans loi constitue un cas de détention arbitraire, qui doit empêcher sa prolongation, ce que le droit français n'a pas toujours farouchement défendu³⁵⁸⁶, l'absence de titre de privation de liberté du tribunal constitue un cas de détention arbitraire équivalent³⁵⁸⁷ : ainsi en est-il du dépassement du terme de sa validité fixé par le titre lui-même³⁵⁸⁸ ou par la loi³⁵⁸⁹, la poursuite de la privation de

³⁵⁸² CEDH, gde ch., 29 janv. 2008, *Saadi c. Royaume-Uni*, req. n° 13229/03 : *Rec. CEDH* ; *AJDA*, 2008, p. 978, chron. J.-F. FLAUSS ; § 67.

³⁵⁸³ V. pour le résumé de ces apports, *Saadi*, gde ch. : *préc.* et *supra*, n° 76. Ainsi, le juge national qui ne peut opérer le contrôle de l'adéquation matérielle de la privation de liberté, tel que développé par la jurisprudence européenne, ne bénéficie pas d'une juridiction suffisamment étendue pour satisfaire le droit au juge de la privation de liberté, prévu par l'article 5 § 4 [CEDH, sect. V, 10 janv. 2013, *Claes c. Belgique*, req. n° 43418/09].

³⁵⁸⁴ La notion de régularité renvoie « pour l'essentiel à la législation nationale et consacre l'obligation d'en respecter les normes de fond comme de procédure, mais elle exige de surcroît la conformité de toute privation de liberté au but de l'article 5 : protéger l'individu contre l'arbitraire » et signifie que « la privation de liberté est une mesure si grave qu'elle ne se justifie que lorsque d'autres mesures, moins sévères, ont été considérées et jugées insuffisantes pour sauvegarder l'intérêt personnel ou public exigeant la détention » si bien qu'« il ne suffit donc pas que la privation de liberté soit conforme au droit national, encore faut-il qu'elle soit nécessaire dans les circonstances de l'espèce » [*Stanev*, gde ch. : *préc.* ; § 143].

³⁵⁸⁵ V. *supra*, n° 833.

³⁵⁸⁶ V. *supra*, n° 146 et s.

³⁵⁸⁷ La Cour réalise alors une certaine confusion et caractérise parfois, selon ses termes, une privation de liberté « sans base légale » [CEDH, sect. I, 11 déc. 2008, *Shulepova c. Russie*, req. n° 34449/03].

³⁵⁸⁸ CEDH, sect. IV, 17 juil. 2007, *Gorea c. Moldavie*, req. n° 21984/05, en angl.

³⁵⁸⁹ CEDH, sect. III, 9 févr. 2010, *Asatryan c. Arménie*, req. n° 24173/06, en angl. – CEDH, sect. III, 2 nov. 2010, *Bujac c. Roumanie*, req. n° 37217/03.

liberté malgré l'existence d'un titre de libération³⁵⁹⁰, ou encore sa poursuite malgré le dépassement de la limite dans laquelle le juge de la privation de liberté devait trancher en vertu de la loi interne, qu'il soit saisi d'office³⁵⁹¹, ou saisi d'une demande de libération³⁵⁹². Le constat de la privation de liberté sans titre doit logiquement empêcher sa poursuite, sous peine de tolérer une pure détention arbitraire³⁵⁹³.

844. **Le titre administratif de privation de liberté.** Dans le système dualiste français, le contrôle de la régularité se complique par l'existence de décisions administratives qui fondent la privation de liberté, et le contrôle de celles-ci, sauf à toucher le bien-fondé de la privation de liberté, reste de la compétence, par principe, du juge administratif³⁵⁹⁴. L'intégration de la régularité de la décision administrative, qui a pour objet le placement en privation de liberté ou sa prolongation³⁵⁹⁵, dans la régularité de la privation de liberté, est évidente. La même intégration, pour la décision administrative distincte de la décision de

³⁵⁹⁰ La Cour européenne des droits de l'Homme rappelle que si la libération d'un détenu peut engendrer un certain délai supplémentaire de détention inévitable, celui-ci doit être ramené au minimum et ne peut en aucun cas justifier un retard de plusieurs heures [CEDH, sect. III, 20 sept. 2007, *Tandogan c. Turquie*, req. n° 9244/02, en angl. : en l'espèce, la détention s'était poursuivie vingt-huit heures après la décision de libération], *a fortiori* de plusieurs jours [CEDH, sect. V, 6 sept. 2007, *Kucheruk c. Ukraine*, req. n° 2570/04]. La Cour impose alors aux États de ramener la preuve de leurs diligences [CEDH, sect. V, 7 janv. 2010, *Petyo Petkov c. Bulgarie*, req. n° 32130/03]. La Cour a admis un délai de 7 heures [CEDH, ch., 1^{er} juil. 1997, *Giulia Manzoni c. Italie*, req. n° 19218/91 : *Rec. CEDH*, 1997-III ; *D.*, 1997, p. 358, obs. J.-F. RENUCCI], reconnaissant qu'« un certain délai pour l'exécution d'une décision de mise en liberté est souvent inévitable, encore qu'il doive être réduit au minimum ». Le critère permettant de justifier cette privation de liberté tient dans le « commencement d'exécution du jugement » de libération, qui doit être immédiat, celui-ci devant être l'unique cause du retard. Le délai de l'arrêt *Giulia Manzoni* pourrait apparaître comme un maximum, et la Cour a déjà sanctionné par exemple un retard de douze heures [CEDH, gde ch., 6 avr. 2000, *Labita c. Italie*, req. n° 26772/95 : *Rec. CEDH*, 2000-IV : *RSC*, 2000, p. 667, comm. F. MASSIAS ; *RFDA*, 2001, p. 1250, chron. H. LABAYLE et F. SUDRE, ou CEDH, sect. III, 21 avr. 2009, *Raducu c. Roumanie*, req. n° 70787/01]. Le retard dans la libération ne peut être dû aux horaires de travail du personnel pénitentiaire, même pendant la nuit [CEDH, sect. V, 18 janv. 2007, *Rashid c. Bulgarie*, req. n° 47905/99], *a fortiori* dans l'après-midi un jour de semaine [CEDH, sect. III, 27 mai 2010, *Ogica c. Roumanie*, req. n° 24708/03]. Le retard dans la notification de la décision pourrait sans doute aussi entraîner une violation de la Convention [CEDH, sect. II, 18 déc. 2008, *Kats et autres c. Ukraine*, req. n° 29971/04, en angl. : en l'espèce, la Cour sanctionnait le retard de l'information, sur le constat de la violation du droit interne].

³⁵⁹¹ *Shulepova* : *préc.*

³⁵⁹² V. pour un exemple en matière d'internement des aliénés, en droit français, alors que la loi ne prévoyait pas la sanction du délai, Cass. civ. I, 27 févr. 2013, n° 11-20.405 : *à paraître au Bulletin*. Le juge du fond avait prolongé l'internement, alors qu'il avait statué après le terme du délai légal réglant sa saisine, en soulignant que la loi n'organisait pas de sanction du délai. La Cour de cassation cassait la décision, sur le visa du texte réglementaire. V. pour un exemple en matière de détention provisoire, alors que la loi prévoit expressément la libération d'office en cas de violation du délai, Cass. crim., 4 sept. 2012, n° 12-83.997 : *Bull. crim.*, n° 177 ; *Procédures*, 2012, comm. n° 330, obs. A.-S. CHAVENT-LECLÈRE. Dans cette hypothèse, la Cour de cassation constate directement que le prévenu est « détenu sans titre » et « ordonne sa mise en liberté s'il n'est détenu pour autre cause ».

³⁵⁹³ La Cour européenne des droits de l'Homme, dans une jurisprudence ancienne, s'est montrée toutefois conciliante concernant l'aliéné, admettant que la poursuite de la détention, après l'échéance du titre, dans l'attente de l'adoption du nouveau, ne viole pas la convention [v. *infra*, note n° 1801].

³⁵⁹⁴ V. *infra*, n° 858 et s.

³⁵⁹⁵ La loi l'organise pour l'internement d'office de l'aliéné, le placement en rétention administrative, ou le maintien en zone d'attente.

placement, qui fixe l'obligation dont l'exécution forcée justifie le recours à la privation de liberté³⁵⁹⁶, est moins nette³⁵⁹⁷. Il est vrai que la décision administrative fixant l'obligation a un lien plus distant avec la détention : l'exécution de l'obligation, notamment lorsqu'il s'agit d'éloigner l'étranger, ou de réaliser son extradition, porte en elle-même une atteinte grave aux libertés individuelles, peut-être même plus lourde que la privation de liberté de durée limitée, et au surplus, la décision fixant l'obligation n'entraîne pas systématiquement la détention. L'analyse détachable n'apparaît pourtant pas pertinente, dès lors que l'exécution de l'obligation gouverne bien le régime de la détention *moyen*³⁵⁹⁸, que la privation de liberté reste par définition, en vertu du principe de nécessité, le seul moyen d'obtenir l'exécution, au point d'ailleurs que la libération reste le meilleur moyen d'empêcher l'exécution de l'obligation irrégulière, et que la loi³⁵⁹⁹ et la jurisprudence³⁶⁰⁰ formalisent ce lien. La Cour européenne des droits de l'Homme défend cette vision large de la régularité de la privation de liberté³⁶⁰¹. Dès lors, la régularité de la privation de liberté intègre bien la légalité de ces décisions administratives, véritables titres administratifs de la privation de liberté, sans qu'un titre judiciaire de privation de liberté ultérieur ne puisse couvrir l'illégalité³⁶⁰².

³⁵⁹⁶ Par ex. la décision administrative d'éloignement ou le décret extraditionnel.

³⁵⁹⁷ Cette conception peut d'ailleurs s'appuyer sur une partie de la jurisprudence européenne, qui investit le juge interne du contrôle de l'ingérence à un droit de la Convention par une telle décision administrative, même lorsque son exécution est assurée par la détention, sur le fondement de l'article 13 de la Convention et non de l'article 5 § 4 [v. *infra*, n° 903].

³⁵⁹⁸ V. *supra*, n° 371 et s.

³⁵⁹⁹ La loi prévoit elle-même que l'annulation de la décision d'éloignement doit aboutir à la fin de la rétention administrative des étrangers [art. L. 554-2 CESEDA].

³⁶⁰⁰ CE, avis, 26 mai 1995, *M^{me} Yilmaz*, n° 164880 : *Rec. CE*, p. 217 ; *LPA*, 1995, p. 15, concl. B. DU MARAIS. Le juge administratif, saisi d'une demande d'annulation de la mesure de reconduite à la frontière, dans la procédure spécifique et rapide organisée par le droit des étrangers, à l'ancien article 22 *bis* de l'ordonnance de 1945, lui permet de se prononcer également sur la régularité de la décision de placement en rétention, dans le silence de la loi.

³⁶⁰¹ V. par ex., pour la décision administrative fixant l'obligation dont la privation de liberté sert à l'exécution forcée, CEDH, sect. II, 8 févr. 2011, *Seferovic c. Italie*, req. n° 12921/04. V. par ex., pour la décision administrative dont l'objet réside dans le placement ou la prolongation de la privation de liberté, *Baudoin : préc.*

³⁶⁰² Si le juge administratif a parfois tenu cette position [CE, réf., 29 nov. 2007, *Grabis*, n° 310912 : *inédit* : « la décision de l'autorité administrative ordonnant le placement en rétention ne peut produire effet que pendant quarante-huit heures et, qu'au terme de ce délai, seule une décision de l'autorité judiciaire peut maintenir un étranger en rétention, sans l'intervention d'aucune autorité administrative ; qu'ainsi, l'étranger maintenu en rétention, par ordonnance du juge des libertés et de la détention, ne peut utilement contester au-delà de ce terme l'arrêté par lequel le préfet l'a placé en rétention » ; v. également CE, 15 mars 2002, *min. Intérieur c. M. Benkhira*, n° 236539 : *Rec. CE*, T., p. 773 ; *LPA*, 20 déc. 2002, n° 254, p. 20, concl. I. DA SILVA]. Le juge judiciaire l'a écarté en rappelant que, même postérieurement à la prolongation judiciaire, l'annulation de l'arrêté administratif de reconduite à la frontière, comme l'annulation de l'arrêté de placement en rétention administrative, « entraîne l'annulation, pour perte de fondement juridique, de la décision [judiciaire] ayant ordonné la prolongation de la rétention » [Cass. civ. I, 14 mars 2012, n° 11-11.708 : *inédit*], reprenant à son compte une décision du Tribunal des conflits, utilisant le visa de l'article 66 de la Constitution [T. confl., 5 juin 2000, *pft Hérault c. Ramazan Yldirim*, n° 3187 : *Rec. CE* ; *JCP*, 2001, I, n° 10622, concl. J. SAINTE-ROSE : « l'annulation pour excès de pouvoir d'un arrêté de reconduite à la frontière prononcée par la juridiction administrative implique qu'il soit immédiatement mis fin à l'une ou l'autre des mesures de

845. Les forces et les faiblesses du contrôle juridictionnel de la régularité de la privation de liberté. L'article 5 § 4 consacre d'abord le droit de la personne privée de liberté de contester devant un juge la régularité de sa privation de liberté, c'est-à-dire de la critique du non-respect de l'ensemble des conditions de fond et de forme prévues par la loi, celles qui délimitent la privation de liberté, ou celles qui servent plus largement à assurer la lutte contre l'arbitraire, conditions adoptées dans le respect des principes cardinaux encadrant la privation de liberté. Dès lors que la loi est dotée de l'ensemble des éléments indispensables à sa conformité avec ces principes³⁶⁰³, le contrôle juridictionnel de la régularité permet d'en assurer le respect dans son application concrète, si bien que la protection contre la privation de liberté est pourvue d'une double ligne, en théorie efficace³⁶⁰⁴. L'inclusion du titre administratif de la privation de liberté dans la régularité de la privation de liberté aboutit à soumettre sa propre régularité à l'article 5 § 4. Dès lors, le contrôle de la régularité des décisions administratives, même échappant au juge judiciaire, est tout autant concerné par le recours spécial à bref délai et la sanction de la libération³⁶⁰⁵. Si le contrôle de la régularité souffre d'une faiblesse générée par la dualité, elle profite aussi de l'expansion de son étendue, qu'il s'agisse de l'inclusion du contrôle de la régularité de la privation de liberté de police, ou du contrôle de la dignité des conditions matérielles de la privation de liberté.

*surveillance prises à l'encontre d'un étranger sur le fondement des dispositions de l'article 35 bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945 ; que le retrait d'un arrêté de reconduite produit les mêmes effets ; que, dans de telles hypothèses, il est fait obligation au préfet de munir l'intéressé d'une autorisation provisoire de séjour jusqu'à ce qu'il soit statué à nouveau sur son cas ; qu'en outre, l'autorité judiciaire a compétence en vertu de l'ordonnance du 2 novembre 1945 pour ordonner, s'il y a lieu, qu'il soit mis fin à la mesure de rétention antérieurement décidée par le préfet et dont elle avait décidé la prolongation »]. La Cour européenne des droits de l'Homme rejette aussi que le titre judiciaire de privation de liberté ultérieur puisse purger le vice de la décision administrative [CEDH, sect. V, 18 nov. 2010, *Baudoin c. France*, req. n° 35935/03 ; *RTD civ.*, 2011, p. 101, obs. J. HAUSER ; *AJDA*, 2010, p. 2239, obs. R. GRAND ; *AJP*, 2011, p. 144, obs. É. PÉCHILLON ; *JCP*, 2011, n° 189, note K. GRABARCZYK].*

³⁶⁰³ Ce que le droit subjectif d'être privé de liberté selon une loi dénuée d'arbitraire est censé assurer [v. *supra*, n° 133 et s.].

³⁶⁰⁴ La Cour européenne des droits de l'Homme effectue directement ce transfert en exigeant que la compétence du juge judiciaire de la privation de liberté, celui de l'article 5 § 4, s'étende aux grands principes du contrôle qu'elle opère elle-même sur le fondement de l'article 5 § 1^{er} [*Claes : préc.*].

³⁶⁰⁵ Alors que la dualité est désormais supprimée en matière d'internement des aliénés, la loi prévoit elle-même que l'irrégularité de la décision administrative fondant l'internement est de nature à entraîner la libération, même si elle tente d'en limiter sa portée : l'article L. 3216-1 du Code de la santé publique prévoit que « la régularité des décisions [...] ne peut être contestée que devant le juge judiciaire » et que « l'irrégularité affectant une décision administrative mentionnée au premier alinéa du présent article n'entraîne la mainlevée de la mesure que s'il en est résulté une atteinte aux droits de la personne qui en faisait l'objet ». V. aussi *Baudoin : préc.*

846. **Les forces et les faiblesses du contrôle judiciaire du bien-fondé de la privation de liberté.** Si la vision plus ancienne de la protection de la liberté individuelle fait d'abord du législateur le gardien de la liberté individuelle³⁶⁰⁶, la vision plus moderne, portée par l'article 66 de la Constitution et l'article 5 § 4 de la Convention européenne des droits de l'Homme, insistent davantage sur le contrôle juridictionnel de la privation de liberté : la lutte contre la détention arbitraire est alors envisagée par le contrôle du juge, seul juge de la nécessité et de la proportionnalité de la privation de liberté. Ces deux notions impliquent d'établir un rapport, une mesure, une comparaison, une balance, ou une proportion³⁶⁰⁷, et encadrent l'appréciation du bien-fondé du recourir à la privation de liberté, au-delà du respect des conditions de fond et de forme de la privation de liberté, au-delà de la simple régularité. L'appréciation du bien-fondé est confiée en entier au juge judiciaire³⁶⁰⁸, son défaut permettant la libération³⁶⁰⁹. Le contrôle du bien-fondé de la privation de liberté bénéficie d'une force affichée, alors qu'il est encadré par les recours judiciaires spéciaux contre la privation de liberté : son appréciation est réservée au juge judiciaire, et même plus précisément au juge de

³⁶⁰⁶ La Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen se réfère d'abord à la loi et à la délimitation du champ de la privation de liberté qu'il revient au législateur d'opérer. L'article 8 l'impose pour la peine privative de liberté [« la Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires »] et l'article 9 pour la détention avant jugement [« tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi »]. L'article 7 rappelle que « nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la Loi, et selon les formes qu'elle a prescrites ». Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966, à l'article 9 relatif à la privation de liberté, formule également le droit à un recours devant un tribunal contre la privation de liberté à l'article 9 § 4. Le Code de procédure pénale dans son article préliminaire renvoie également au contrôle judiciaire : « les mesures de contraintes dont cette personne peut faire l'objet sont prises sur décision ou sous le contrôle effectif de l'autorité judiciaire ».

³⁶⁰⁷ V. *supra*, n° 90 et s.

³⁶⁰⁸ Cons. const., déc. n° 2010-71 QPC du 26 nov. 2010, [Mme S.] : *J. O.*, 27 nov. 2010, p. 21119 ; *Dr. Famille*, 2011, comm. n° 11, note I. MARIA ; *RFDA*, 2011, p. 951, chron. A. PENA ; *JCP*, 2011, n° 189, note K. GRABARCZYK ; *AJDA*, 2011, p. 174, X. BIOY ; consid. n° 37 : « si, en l'état du droit applicable, les juridictions de l'ordre judiciaire ne sont pas compétentes pour apprécier la régularité de la procédure et de la décision administratives qui ont conduit à une mesure d'hospitalisation sans consentement, la dualité des ordres de juridiction ne limite pas leur compétence pour apprécier la nécessité de la privation de liberté en cause ». L'*Habeas corpus*, consacré par la même formule selon laquelle « la liberté individuelle ne peut être tenue pour sauvegardée que si le juge intervient dans le plus court délai possible », est confié au juge judiciaire [v. pour l'internement des aliénés, Cons. const., déc. n° 2011-202 QPC du 2 déc. 2011, [Mme Q.] : *J. O.*, 3 déc. 2011, p. 20498 ; *Constitutions*, 2012, p. 140, obs. D. FALLON ; *RFDA*, 2012, p. 629, note K. BLAY-GRABARCZYK ou encore Cons. const., déc. n° 2011-135/140 QPC du 9 juin 2011, [M. B. et autre] : *J. O.*, 10 juin 2011, p. 9892 ; *Constitutions*, 2011, p. 400, obs. X. BIOY ; *RFDA*, 2012, p. 629, K. BLAY-GRABARCZYK ; v. pour la rétention administrative, v. Cons. const., déc. n° 2011-631 DC du 9 juin 2011 portant sur la loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité : *J. O.*, 17 juin 2011, p. 10306 ; *AJDA*, 2011, p. 1174, obs. M.-C. DE MONTECLER ; *Constitutions*, 2012, p. 597, obs. V. TCHEN ; consid. n° 4].

³⁶⁰⁹ Cons. const., déc. n° 97-389 DC du 22 avr. 1997 relative à la loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration : *J. O.*, 27 avr. 1997, p. 6432 ; *AJDA*, 1997, p. 524, comm. F. JULIEN-LAFERRIÈRE ; *JCP*, 1997, II, n° 22890, obs. J.-C. ZARCA ; *RDP*, 1997, p. 931, comm. F. LUCHAIRE ; consid. n° 60 : « lorsqu'un magistrat du siège a, dans la plénitude des pouvoirs que lui confère l'article 66 de la Constitution en tant que gardien de la liberté individuelle, décidé par une décision juridictionnelle qu'une personne doit être mise en liberté, il ne peut être fait obstacle à cette décision, fût-ce dans l'attente, le cas échéant, de celle du juge d'appel ».

la privation de liberté³⁶¹⁰, et pour le contrôle de proportionnalité à bref délai au moins, elle s'exerce au sein d'un véritable procès³⁶¹¹. Paradoxalement, ce contrôle est en pleine stagnation.

847. Expansion et stagnation du droit de contester la légalité de la privation de liberté. Le droit de contester la légalité de la privation de liberté comprend deux éléments distincts, réunissant le contrôle juridictionnel concret de la privation de liberté, celui de la régularité et celui du bien-fondé. La question de l'efficacité des deux contrôles se pose, alors que le droit de contester la régularité de la privation de liberté bénéficie d'un contrôle en expansion (*Chapitre I*), et qu'à l'inverse, le droit de contester le bien-fondé de la privation de liberté est en pleine stagnation (*Chapitre II*).

³⁶¹⁰ V. *supra*, n° 605 et s.

³⁶¹¹ V. *supra*, n° 715 et s.

Chapitre I./LE DROIT DE CONTESTER LA RÉGULARITÉ DE LA PRIVATION DE LIBERTÉ :

L'EXPANSION DU CONTRÔLE JURIDICTIONNEL

848. **L'étendue du droit de contester la régularité de la privation de liberté : le respect des voies légales.** Le droit de contester la régularité de la privation de liberté est d'abord un contrôle juridictionnel concret, qui s'oppose évidemment au contrôle abstrait de la conformité de la norme privative de liberté, aux principes cardinaux supérieurs. Le contrôle de la régularité n'épuise pas non plus le contrôle juridictionnel concret, puisque celui-ci comprend aussi le contrôle du bien-fondé de la privation de liberté. Le contrôle de la régularité, au sens strict, rejoint ainsi le contrôle du respect des « *voies légales* » visé par l'article 5 de la Convention européenne³⁶¹². Investie de ce contrôle par le texte même de la Convention, la Cour européenne des droits de l'Homme est autorisée à contrôler son respect³⁶¹³, se comportant dans ce domaine comme une juridiction de quatrième degré³⁶¹⁴. Le juge national demeure toutefois le juge principal de la matière, sans dérogation aux critères traditionnels de répartition des compétences entre les deux ordres juridictionnels, et celui-ci tient dans le respect des « *normes de fond comme de procédure* »³⁶¹⁵, qui conditionnent le placement ou le maintien dans un cas de privation de liberté.

³⁶¹² L'article 5 § 1^{er} vise d'ailleurs directement la régularité : détenir « *régulièrement* », réaliser « *une arrestation ou [...] une détention régulières* », « *de la détention régulière* ». Seul l'article 5 § 1^{er}-c) ne renvoie pas à cette notion.

³⁶¹³ La Cour européenne des droits de l'Homme vérifie ainsi, sur le fondement de l'article 5, le respect des conditions légales internes permettant l'extradition de la personne privée de liberté, au regard de sa nationalité [CEDH, sect. I, 7 juin 2007, *Garabayev c. Russie*, n° 38411/02, en angl.], ou son expulsion, au regard de sa qualité de réfugié [CEDH, sect. I, 26 févr. 2009, *Eminbeyli c. Russie*, req. n° 42443/02, en angl.] ou de son état de santé [CEDH, sect. II, 8 févr. 2011, *Seferovic c. Italie*, req. n° 12921/04], dans son examen de la régularité de la privation de liberté. De même, lorsque le droit national impose au juge national de vérifier l'opportunité de mesures moins attentatoires à la liberté individuelle, en l'espèce pour la détention du demandeur d'asile, du fait de la retranscription en droit interne d'une directive, la Cour vérifie que le juge national a bien procédé à cet examen dans son examen de la régularité [CEDH, sect. I, 1^{er} août 2013, *Horshill c. Grèce*, req. n° 70427/11 ; § 54 et s.]. De même, le maintien de la détention à l'étranger en situation régulière, le temps d'examen de sa demande d'asile, en contradiction avec le droit interne, viole la Convention [CEDH, sect. IV, 23 juil. 2013, *M. A. c. Chypre*, req. n° 41872/10, en angl. ; § 209 et s.]. De même, le constat par la Cour européenne des droits de l'Homme de l'amnistie des infractions poursuivies, en vertu du droit interne, aboutit à démontrer l'irrégularité de la détention provisoire [CEDH, sect. IV, 23 sept. 2008, *Lexa c. Slovaquie*, req. n° 54334/00, en angl.].

³⁶¹⁴ V. par ex. CEDH, gde ch., 9 juil. 2009, *Mooren c. Allemagne*, req. n° 11364/03 ; § 73 : « *dès lors qu'au regard de l'article 5 § 1^{er} l'inobservation du droit interne emporte violation de la Convention, la Cour peut et doit vérifier si le droit interne a bien été respecté* ».

³⁶¹⁵ CEDH, gde ch., 23 févr. 2012, *Creanga c. Roumanie*, req. n° 29226/03 : *Dr. pénal*, 2013, n° 4, chron. E. DREYER ; *Gaz. Pal.*, 15 mars 2012, p. 31, obs. C. BERLAUD ; § 84.

849. **Le respect des voies légales : les conditions de fond du recours à la privation de liberté.** Le contrôle de la régularité, dont le juge national est investi en vertu de l'article 5 § 4, porte d'abord sur les conditions de fond de la privation de liberté, prévues par le droit national, comme par la Convention européenne des droits de l'Homme³⁶¹⁶, ou même les conditions abstraites posées par la Cour européenne des droits de l'Homme sur le fondement de l'article 5 § 1^{er}(³⁶¹⁷). La violation des conditions de fond du recours à la privation de liberté doit nécessairement entraîner la libération, puisque celle-ci se retrouve en dehors de la délimitation réalisée par le législateur et viole directement la nécessité ou la proportionnalité abstraite.

850. **Le respect des voies légales : le formalisme de la privation de liberté.** La régularité porte aussi sur les conditions de forme et de procédure du recours à la privation de liberté. La sécurité juridique³⁶¹⁸ interdit sans doute que la moindre irrégularité formelle permette la libération. Pourtant, la sanction de la libération permet d'assurer leur respect, alors que ces conditions de forme participent parfois directement à la délimitation de la privation de liberté, ou contribuent à la justesse des décisions prises par les différentes autorités, sans pour autant interdire un nouvel usage de la privation de liberté, cette fois respectueux de la régularité³⁶¹⁹.

851. **Les principaux champs de l'irrégularité.** Le juge de la privation de liberté, saisi à bref délai, pour la première fois ou ultérieurement, doit donc vérifier la réunion des conditions de fond et de forme de la privation de liberté, au moment de sa saisine, pour décerner le titre du tribunal, ou au contraire élargir. En aval, le juge de la privation de liberté est sans doute compétent pour apprécier la régularité de sa saisine. En amont, la régularité du titre de privation de liberté, nouvellement adopté, peut aussi être contestée, avec l'usage des

³⁶¹⁶ La Cour européenne des droits de l'Homme réalise elle-même ce contrôle, par exemple de l'existence « *des raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis une infraction* » permettant le placement en garde à vue [CEDH, sect. III, 24 janv. 2012, *Brega et autres c. Moldavie*, req. n° 61485/08, en angl., ou encore CEDH, sect. IV, 6 nov. 2007, *Stepuleac c. Moldavie*, req. n° 8207/06, en angl.]. Le juge national doit également réaliser ce contrôle lorsqu'il est saisi en vertu de l'article 5 § 4 [CEDH, sect. V, 7 nov. 2013, *Gerashchenko c. Ukraine*, req. n° 20602/05, en angl. ; § 105].

³⁶¹⁷ V. pour un résumé de ces avancées, CEDH, gde ch., 29 janv. 2008, *Saadi c. Royaume-Uni*, req. n° 13229/03 : *Rec. CEDH* ; *AJDA*, 2008, p. 978, chron. J.-F. FLAUSS. Le juge de la privation de liberté de l'article 5 § 4 doit, en conséquence, pouvoir contrôler l'adéquation matérielle de la privation de liberté [*Claes* : *préc.*].

³⁶¹⁸ Prise cette fois-ci du versant de la protection de la société et non plus du versant de la protection de la personne privée de liberté.

³⁶¹⁹ V. pour le mandat de dépôt, Cass. crim., 1^{er} févr. 2005, n° 04-86.768 : *Bull. crim.*, n° 33 : « *aucune disposition légale ou conventionnelle n'interdit lorsque, comme en l'espèce, le mandat de dépôt a été annulé pour vice de forme, de placer à nouveau en détention provisoire la personne mise en examen, dans la même information et à raison des mêmes faits* ».

voies de recours. À côté de la régularité judiciaire, subsiste la régularité administrative de la privation de liberté, et plus précisément la régularité des décisions administratives sur lesquelles repose la privation de liberté. Spécialement pour l'*Habeas corpus*, la régularité, outre le constat de la réunion des conditions autorisant la prolongation de la privation de liberté, implique sans doute que ce premier contrôle judiciaire intègre celui de la régularité de la privation de liberté de police. Enfin, l'incidence du vice d'exécution sur la régularité de la privation de liberté, au regard du développement européen de son contrôle³⁶²⁰, est aussi posée, alors que la Convention européenne des droits de l'Homme développe une partie de son contrôle sur le fondement de l'article 5, même si la majorité de son contrôle est développée sur le fondement de l'article 3. Le droit de contester la régularité de la privation de liberté se renouvelle et dépasse bien le simple champ de la régularité du titre de privation de liberté.

852. Le standard minimum constitutionnel : le désintérêt pour la régularité formelle de la privation de liberté. Le législateur a lui-même admis l'efficacité de l'irrégularité formelle à entraîner la libération, tout en cherchant à la limiter, sur le modèle de la nullité en procédure pénale, en posant l'exigence d'une irrégularité causant grief et en instaurant un mécanisme de purge³⁶²¹. Ce dernier mécanisme, contesté devant le Conseil constitutionnel³⁶²², lui donnait l'occasion de préciser ses exigences sur l'étendue et les effets du contrôle de la régularité. Le raisonnement employé *a contrario* semblait interdire l'empêchement pur et simple de contester la régularité, y compris formelle, de la privation de liberté, mais le Conseil constitutionnel ne saisissait pas l'occasion pour préciser ses exigences au-delà et validait le mécanisme de purge³⁶²³. Le particularisme de la privation de liberté

³⁶²⁰ V. *supra*, n° 588 et s.

³⁶²¹ Pour le maintien en zone d'attente et la rétention administrative, la privation de liberté ne peut être levée, « en cas de violation des formes prescrites par la loi à peine de nullité ou d'inobservation des formalités substantielles », que lorsque l'irrégularité « a eu pour effet de porter atteinte aux droits de l'étranger » [art. L.552-13 et L. 222-8 CESEDA]. La loi modifiant l'internement psychiatrique a également prévu que la mainlevée de l'hospitalisation ne pouvait avoir lieu que « s'il en est résulté une atteinte aux droits de la personne qui en faisait l'objet » [art. L. 222-8 CESEDA].

³⁶²² Cons. const., déc. n° 2011-631 DC du 9 juin 2011 portant sur la loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité : *J. O.*, 17 juin 2011, p. 10306 ; *AJDA*, 2011, p. 1174, obs. M.-C. DE MONTECLER ; *Constitutions*, 2012, p. 597, obs. V. TCHEN.

³⁶²³ Déc. n° 2011-631 DC du 9 juin 2011 : *préc.* Le Conseil constitutionnel, raisonnant sur le droit au recours effectif et la bonne administration de la justice, se contentait de valider la loi en constatant que la purge n'empêchait pas l'étranger de contester la régularité, mais l'obligeait de le faire promptement. Le juge de la loi notait en effet « que les irrégularités qui ne pourront plus être soulevées postérieurement à la première audience de prolongation sont celles qu'il était possible d'invoquer lors de celle-ci ». Le Conseil reprenait finalement son contrôle limité, déjà utilisé pour la purge de l'ordonnance de renvoi en procédure pénale [Cons. const., déc. n° 93-326 DC du 11 août 1993 portant sur la loi modifiant la loi n° 93-2 du 4 janv. 1993 portant réforme du

n'était donc pas pris en compte, alors même que son effet est de nature à empêcher une contestation rapide et efficace de la régularité, sans pour autant que celle-ci résulte de la négligence du détenu. Le Conseil constitutionnel n'étudiait même pas le renforcement de la gravité de l'irrégularité formelle efficace, peu concerné par la limitation de la libération pour cause de vice de forme. À cette marge d'appréciation du législateur s'ajoute celle dont bénéficie le juge judiciaire pour déterminer les nullités soumises à la démonstration du grief ou de celles qui en sont dispensées³⁶²⁴, ou dont bénéficie le juge administratif pour déterminer le caractère substantiel des règles procédurales, dont la violation entraîne l'annulation de la décision administrative.

853. Le standard minimum européen : la restriction de la régularité de la privation de liberté. Si la violation de toute règle de droit interne en matière de privation de liberté est susceptible d'entraîner une violation de l'article 5, au regard du contrôle des « *voies légales* »³⁶²⁵, y compris des règles sur l'exécution de la privation de liberté³⁶²⁶, la Cour européenne pourrait forger son propre standard minimum, s'imposant au droit national, sans considération pour le respect de celui-ci, et fixant l'étendue de l'irrégularité efficace à provoquer la libération. L'annulation du titre de la privation de liberté, qu'il émane du tribunal, ou de l'autorité non juridictionnelle compétente pour placer en privation de liberté ou prolonger, est particulièrement critique, alors qu'un des fondements juridiques de la privation de liberté, à côté de la base légale, fait défaut. La Cour européenne des droits de l'Homme a rappelé expressément dans l'arrêt *Baudoin* que l'annulation du titre administratif de privation de liberté, constatée en droit interne, même pour une irrégularité formelle³⁶²⁷, devait permettre

Code de procédure pénale : *J. O.*, 15 août 1993, p. 11599 ; *RFD const.*, 1993, p. 848, note TH. RENOUX ; consid. n° 24].

³⁶²⁴ Par exemple, la violation des règles qui régissent la publicité des décisions de la chambre d'instruction sur la détention provisoire ne peuvent entraîner la nullité du titre de détention qu'en cas de grief, celui-ci n'étant pas caractérisé, lorsque le prévenu a bénéficié de l'assistance de son avocat, et que celui-ci n'a pas soulevé d'incident [Cass. crim., 23 janv. 2013, n° 12-87.382 : *Bull. crim.*, n° 27 ; *Gaz. Pal.*, 11 mai 2013, p. 42, obs. F. FOURMENT].

³⁶²⁵ La Cour européenne des droits de l'Homme sanctionne toute irrégularité du droit interne de la privation de liberté, y compris en dehors du titre de détention, se contentant sobrement de dégager tantôt une violation de l'article 5 ou tantôt une violation des « *voies légales* », sans préciser, au-delà, l'effet d'une telle illégalité sur la détention, si ce n'est qu'elle constitue par ricochet une violation de la Convention qui ouvre droit à une indemnisation, sur le fondement de l'article 5 § 5 [v. par ex. concernant le défaut de réalisation d'une note d'audience prévue par le droit interne, CEDH, sect. III, 30 juin 2005, *Nakach c. Pays-Bas*, req. n° 5379/02, en angl.]. La jurisprudence plus ancienne se référait à la notion de « *vice de forme essentiel* » pour constater la violation de l'article 5 [CEDH, ch., 21 févr. 1990, *Van der Leer c. Pays-Bas*, req. n° 11509/85 : *Rec. CEDH*, série A, n° 170-A ; § 24].

³⁶²⁶ CEDH, sect. I, 24 oct. 2013, *Housein c. Grèce*, req. n° 71825/11 ; § 71 et s.

³⁶²⁷ CEDH, sect. V, 18 nov. 2010, *Baudoin c. France*, req. n° 35935/03 ; § 109. La Cour y constatait que « *le requérant n'a disposé d'aucun recours effectif qui lui aurait permis d'obtenir une décision judiciaire*

la libération, sous peine d’entraîner une violation de la Convention. En revanche, la Cour censure la privation de liberté fondée sur un titre juridictionnel, jugé ultérieurement irrégulier au cours de l’exercice des voies de recours juridictionnelles internes, que lorsque le titre initial est frappé d’« *irrégularité grave et manifeste* »³⁶²⁸, y compris pour la décision de condamnation³⁶²⁹. Les autres vices « *peuvent être purgés par les juridictions d’appel internes dans le cadre d’une procédure de contrôle juridictionnel* »³⁶³⁰. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’Homme répugne à constater l’irrégularité de la privation de liberté lorsque son bien-fondé n’est pas remis en cause et se montre d’ailleurs complaisante avec les États, notamment lorsque la privation de liberté est maintenue malgré l’arrivée à échéance du titre de la privation de liberté³⁶³¹. De ces deux standards de faible intensité, il ressort que le

constatant l’irrégularité de l’acte fondant son internement et mettant fin, par voie de conséquence, à sa privation de liberté irrégulière ».

³⁶²⁸ *Mooren c. Allemagne*, gde ch. : préc. ; § 75 : « *une distinction fondamentale doit être établie entre les titres de placement en détention manifestement invalides – par exemple ceux émis par un tribunal en dehors de sa compétence [...] ou dans les cas où la partie intéressée n’a pas été dûment avertie de la date de l’audience [...] – et les titres de détention qui sont prima facie valides et efficaces tant qu’ils n’ont pas été annulés par une juridiction supérieure* ». En l’espèce, l’illégalité reposait sur la motivation insuffisante de la privation de liberté, qui n’entraîne pas en soi l’inconventionnalité de la privation de liberté [v. en même sens CEDH, sect. I, 6 déc. 2007, *Liu c. Russie*, req. n° 42086/05 ; § 76 et s.]. L’absence de notification de la décision de placement en privation de liberté peut aussi être couverte [CEDH, sect. II, 4 mars 2008, *Marturana c. Italie*, req. n° 63154/00]. De même, la composition erronée de la juridiction compétente est un vice qui peut être couvert par la juridiction supérieure [CEDH, sect. III, 18 oct. 2011, *Pavalache c. Roumanie*, req. n° 38746/03]. En revanche, l’adoption par l’autorité judiciaire de deux titres de privation de liberté, l’un pour une hospitalisation dans un hôpital psychiatrique et un autre, subsidiaire, en centre de détention ordinaire, que les autorités pouvaient employer selon les places disponibles, n’assure pas la sécurité juridique et constitue une irrégularité grave et manifeste [CEDH, sect. I, 7 févr. 2012, *Proshkin c. Russie*, req. n° 28869/03, en angl.]. Si l’irrégularité du fond semble constituer une irrégularité grave et manifeste entraînant forcément l’illégalité de la privation de liberté dès son origine [v. concernant la détention d’une femme qui venait d’accoucher en vue de son expulsion, tandis que dans ce cas l’expulsion était interdite, *Seferovic : préc.*, ou v. concernant la détention du suspect bénéficiait d’une immunité pénale, CEDH, sect. V, 5 nov. 2009, *Kolevi c. Bulgarie*, req. n° 1108/02, en angl.], la Cour admet parfois que les violations des conditions de fond de la détention moins évidentes, si elles empêchent sans nul doute la poursuite de la détention, ne permettent pas de corrompre la détention prise en vertu du titre judiciaire initial, jusqu’au constat ultérieur de l’irrégularité dans le cadre du contrôle juridictionnel supérieur [CEDH, sect. II, 1^{er} déc. 2009, *Hokic et Hrustic c. Italie*, req. n° 3449/05].

³⁶²⁹ V. par ex., concernant la violation de la loi établissant la composition de la juridiction de jugement, CEDH, sect. I, 12 févr. 2013, *Yefimenko c. Russie*, req. n° 152/04, en angl. La Cour avait d’abord refusé de sanctionner la détention réalisée sur le fondement d’une peine ultérieurement annulée, se refusant « *à accueillir des requêtes émanant de personnes reconnues coupables d’infractions pénales et qui tirent argument de ce que les juridictions d’appel ont constaté que le verdict de culpabilité ou la peine reposaient sur des erreurs de fait ou de droit* » [CEDH, gde ch., 10 juin 1996, *Benham c. Royaume-Uni*, req. n° 19380/92 : *Rec. CEDH*, 1996-III ; § 42]. Sa jurisprudence avait évolué légèrement, pour admettre de sanctionner la peine, il est vrai de très courte durée, de cinq jours, exécutée sur le fondement d’une décision de condamnation annulée, dès lors que le juge « *a [...] exercé son autorité en opposition manifeste avec les garanties procédurales prévues par la Convention* » [CEDH, sect. I, 9 mars 2006, *Menecheva c. Russie*, req. n° 59261/00 : *Rec. CEDH*, 2006-III ; § 92].

³⁶³⁰ *Mooren : préc.*

³⁶³¹ Cette jurisprudence ancienne, issue du contrôle de l’internement de l’aliéné pour laquelle la Cour a admis des dépassements importants, a été réactivée par la Cour pour la détention pénale de sûreté, la sanctionnant uniquement, non pas par principe, mais en constatant que le retard était uniquement imputable pour les autorités [V. *infra*, note n° 1801]. La Cour de la même manière a admis la régularité de la détention, au regard de sa brièveté, maintenue à la fin du délai légal de la garde à vue, alors que l’audience pour le placer en détention avait

législateur national et même le juge national dans le silence de la loi, bénéficient d'une large marge de manœuvre pour déterminer l'irrégularité formelle efficace à provoquer la libération, qui aboutit, pour la même irrégularité formelle légère, à une efficacité variable, selon les cas de privation de liberté ou les ordres de juridiction chargés du contrôle de la régularité de la privation de liberté³⁶³².

854. **Approche générale.** Plutôt que d'adopter une méthode casuistique pour présenter les différents contrôles de la régularité de la privation de liberté, alors que ses solutions sont particulières à certains cas de privation de liberté, ou même à l'ordre juridictionnel compétent, dont certaines ont déjà été présentées³⁶³³, nous étudierons les deux traits généraux du contentieux de la régularité, celui qui constitue sa faiblesse, la dualité, et celui qui constitue sa force, son expansion.

855. **La faiblesse de la régularité : la dualité.** Le contrôle de la régularité de la privation de liberté se trouve placé au cœur des règles de répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction, lorsque le recours à la privation de liberté ressort d'une décision administrative. La régularité est partagée selon les principes de droit commun de répartition entre les deux ordres, tandis que le juge judiciaire conserve toujours l'appréciation exclusive du bien-fondé de la privation de liberté. La question du maintien de la dualité, alors qu'elle nuit à l'efficacité de la protection de la liberté individuelle, est directement posée.

856. **La force de la régularité : l'expansion de son contenu.** Si l'apport minimal de la régularité aux droits des personnes privées de liberté réside dans la libération du détenu dont le titre de privation de liberté est frappé d'un vice de fond ou d'un vice de forme grave et manifeste, le contentieux de la régularité s'étend désormais au-delà et déborde sur le contrôle de la régularité de l'exécution de la privation de liberté, ainsi que sur le contrôle de la régularité de la privation de liberté de police. Cet accroissement du contrôle de la régularité, non encore achevé, notamment en ce que l'irrégularité n'est pas capable d'entraîner de

débuté une demi-heure plus tard [CEDH, sect. IV, 8 févr. 2011, *Ignatenco c. Moldavie*, req. n° 36988/07, en angl.].

³⁶³² Par exemple, le défaut de motivation du titre juridictionnel de la privation de liberté n'entraîne pas nécessairement l'inconventionnalité de la privation de liberté exécutée sur ce titre [*Mooren*]. Toutefois, le vice de motivation en droit interne entraîne l'annulation des décisions administratives de placement en rétention administratif, ou de maintien en zone d'attente et doit entraîner la libération selon la jurisprudence *Baudoin*. Désormais la contestation du titre de détention administratif revient également au juge judiciaire [art. L. 3216-1 CSP]. C'est dans ce cadre que le législateur a réduit l'efficacité formelle de l'irrégularité en prévoyant que « l'irrégularité affectant une décision administrative [...] n'entraîne la mainlevée de la mesure que s'il en est résulté une atteinte aux droits de la personne qui en faisait l'objet », si bien que la question de l'efficacité du vice est posée. Quant à la détention provisoire, si la question est débattue en doctrine, la sanction de la motivation par la Cour de cassation ne semble pas atteindre la validité du titre de détention [v. CH. GUÉRY et P. CHAMBON, *Rép. Droit et pratique de l'instruction préparatoire*, n° 145.64].

³⁶³³ V. par ex. pour la motivation des décisions administratives de placement en détention, *supra*, n° 258.

manière générale la libération du détenu, redonne de la vigueur à la matière et tend vers la reconnaissance d'un droit à contester plus largement la régularité de la détention, plutôt que celle, plus réduite, du droit de contester la régularité du titre de la détention.

857. Les deux traits généraux de la régularité seront successivement étudiés : d'abord la limite du droit de contester la régularité de la privation de liberté, la dualité (*Section I*), puis son regain, du fait de son expansion (*Section II*).

Section I./ LA LIMITE DU DROIT DE CONTESTER LA RÉGULARITÉ DE LA PRIVATION DE LIBERTÉ : LA DUALITÉ

858. **Le juge administratif, gardien de la liberté individuelle.** Le symbole de l'article 66 de la Constitution est fort : en faisant du juge judiciaire, le gardien de la liberté individuelle, c'est un certain désaveu pour le juge administratif, qui est posé. La dualité a toutefois été maintenue dans le contrôle de la régularité de la privation de liberté. Le juge administratif d'hier n'est bien sûr plus celui d'aujourd'hui : celui-ci a gagné son indépendance, de même que le seul recours en excès de pouvoir, inadapté à la protection de la liberté individuelle, notamment du fait de sa lenteur, n'est plus la seule voie utile de contestation de la régularité de la privation de liberté³⁶³⁴, si bien qu'il ne s'agit pas de le disqualifier par nature, mais de démontrer, au regard du droit positif, l'affaiblissement de la protection de la liberté individuelle généré par la dualité, pour la remettre en cause utilement. La réduction de la définition de la notion de liberté individuelle n'est sans doute pas étrangère à la volonté de préserver la compétence administrative en matière de libertés publiques³⁶³⁵, volonté logique au regard de l'évolution du droit administratif, conforme à l'analyse littérale de l'alinéa 1^{er} de l'article 66 de la Constitution et aux travaux préparatoires du texte fondamental³⁶³⁶, qui montrent que la disposition est née de la volonté d'encadrer la seule privation de liberté.

859. La compétence du juge administratif en matière de privation de liberté s'est même renforcée, avec l'abandon progressif des mesures d'ordre intérieur en droit pénitentiaire, de telle sorte qu'il se trouve, pour la majeure partie, le juge du contenu de la peine privative de liberté³⁶³⁷, celui du bien-fondé de l'isolement pénitentiaire³⁶³⁸ et celui, dans un contentieux en développement, du droit de bénéficier de conditions matérielles de détentions dignes³⁶³⁹ : il est devenu le juge principal de l'exécution de la détention *sanction*, le « *juge pénitentiaire* »³⁶⁴⁰, et l'amenuisement de la mesure d'ordre d'intérieur montre

³⁶³⁴ Voir G. ARMAND, « Juge administratif et autorité judiciaire : quelles fonctions dans la sauvegarde de la liberté individuelle après la loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives » ; *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, Presses universitaires de Caen, 2002.

³⁶³⁵ V. *supra*, n° 101.

³⁶³⁶ V. *supra*, n° 98 et s.

³⁶³⁷ V. *supra*, n° 503 et s.

³⁶³⁸ V. *supra*, n° 558.

³⁶³⁹ V. *infra*, n° 940 et s.

³⁶⁴⁰ M. GUYOMAR, « Le juge administratif, juge pénitentiaire » ; in *Mélanges offerts en l'honneur du professeur Jégouzo*, Terres du droit, D., 2009.

d'ailleurs l'investissement du juge administratif dans son rôle de gardien de la liberté individuelle, atténuant les critiques classiques de la dualité, même si ce mouvement trouve aussi sa source dans la pression européenne.

860. **L'autonomie de la privation de liberté.** Le contrôle de la régularité de la privation de liberté, par la dualité qu'elle laisse subsister, constitue la cause principale de limitation de la reconnaissance de l'autonomie de la mesure de contrainte, puisque par définition, elle s'oppose à ce que son contrôle soit confié en entier au juge de la privation de liberté, membre de l'autorité judiciaire : la régularité suit au contraire les critères traditionnels de répartition entre les deux ordres de juridiction, sans transcender le droit commun. La véritable consécration de l'autonomie, qui replace la privation de liberté au cœur de chaque institution qui supporte son recours et justifie la transcendance du droit spécial, passe sans doute par l'intégration pure et simple du contrôle de la régularité, même administrative, à l'office du juge judiciaire de la privation de liberté, dans les formes des recours spéciaux. Encore faut-il, pour remettre en cause la dualité, démontrer son défaut d'efficacité en matière de protection de la liberté individuelle.

861. **Le maintien de la dualité : la compétence du juge administratif de la régularité du titre administratif de la privation de liberté.** Si l'article 5 § 4 de la Convention oblige à ce qu'un tribunal adopte, à bref délai au plus tard, un titre de la privation de liberté, le droit français, pour la privation de liberté administrative, confie une large place à l'autorité administrative dans la privation de liberté, au point que les décisions administratives sur lesquelles reposent la privation de liberté, en constituent un titre administratif, en coexistence avec le titre du tribunal³⁶⁴¹. Ce sont les juridictions internes qui ont établi et appliqué les frontières entre les deux ordres juridictionnels, réservant une partie du droit de contestation de la régularité de la privation de liberté, celle de la régularité administrative du titre de privation de liberté, à la compétence du juge administratif (§1). La remise en cause de la dualité, cause d'affaiblissement de la protection de la liberté individuelle, apparaît justifiée (§2).

³⁶⁴¹ V. *supra*, n° 845.

**§ 1./ LA CONSTRUCTION DES FRONTIÈRES : LE DROIT DE CONTESTATION DE LA
RÉGULARITÉ DU TITRE DE LA PRIVATION DE LIBERTÉ DEVANT LE JUGE
ADMINISTRATIF**

862. La recherche des fondements de la dualité dans la privation de liberté.

La répartition des compétences entre l'ordre judiciaire et l'ordre administratif ont donné lieu à une jurisprudence riche et plutôt ancienne. Dès lors, plutôt que l'analyse des différentes solutions déjà connues, ce sont les fondements utilisés pour justifier la dualité qui seront mis en évidence. La dualité a subsisté grâce à une interprétation restrictive de la compétence judiciaire (A). Les frontières ont été maintenues par le Conseil constitutionnel (B).

***A) L'établissement des frontières par la jurisprudence judiciaire et administrative :
l'interprétation restrictive de la compétence judiciaire***

863. **Une position ancienne.** L'établissement des frontières, qui a permis de préserver une partie de la régularité de la privation de liberté sous le giron du juge administratif, est issu de solutions anciennes, qui doivent être réexaminées. La dualité a été maintenue par une interprétation restrictive des fondements généraux de la compétence judiciaire en matière de privation de liberté (I), ainsi que des textes spéciaux (2).

**1) L'interprétation restrictive des fondements généraux de la compétence
judiciaire en matière de privation de liberté**

864. **L'article 112 du Code d'instruction criminelle.** Le Code d'instruction criminelle, à son article 112, tel que modifié par la loi du 7 février 1933 sur les garanties de la liberté individuelle, prévoyait que « *les tribunaux judiciaires sont toujours exclusivement compétents dans toute instance civile fondée sur des faits qui seraient constitutifs des infractions prévues par les articles 114 à 122 et 184 du Code pénal* »³⁶⁴², soit les atteintes arbitraires à la liberté individuelle. Le juge administratif interprétait restrictivement le

³⁶⁴² La loi précisait au sujet de certaines formalités visées que « *le conflit d'attribution ne peut jamais être soulevé et les tribunaux de l'ordre judiciaire sont toujours exclusivement compétents* ».

texte³⁶⁴³, suivi par le Tribunal des conflits³⁶⁴⁴, qui estimait, au regard « *de l'ensemble des règles relatives à la séparation des pouvoirs* », tout en visant l'article 112 du Code d'instruction criminelle, que le juge administratif conservait la compétence des actions en responsabilité menées contre l'État³⁶⁴⁵. Cette interprétation, contraire à l'esprit de la loi, refusait de consacrer la théorie de la « *juridiction civile, gardienne de la liberté individuelle et des droits attachés à la personne* », déjà formulée par la Cour de cassation pour étendre sa compétence, indépendamment de l'article 112 du Code d'instruction criminelle, qui allait trouver des résonances dans l'article 66 de la Constitution³⁶⁴⁶.

865. L'article 136 du Code de procédure pénale. Avec l'entrée en vigueur du Code de procédure pénale, le législateur entendait mettre fin aux interprétations restrictives passées de la réserve du juge judiciaire³⁶⁴⁷. Le Tribunal des Conflits continuait malgré tout dans cette voie, et la nouvelle disposition était analysée comme une exception au principe de séparation des autorités dans sa valeur législative :

s'il appartient au juge judiciaire de « statuer au fond sur toute action tendant à la réparation de dommages causés par les faits visés [...], que cette action soit dirigée contre les agents publics qui se sont rendus coupables de telles infractions, ou qu'elle le soit contre une personne morale de droit public », elle « n'[attribue] compétence aux tribunaux civils, ni pour se prononcer sur la légalité d'actes administratifs, ni pour interpréter des décisions administratives individuelles »³⁶⁴⁸.

³⁶⁴³ CE, 7 nov. 1947, *Alexis et Wolff* : *Rec. CE*, p. 416. Le juge administratif maintenait sa compétence en cas de faute de service sans aucune référence au texte de 1933 dans son raisonnement.

³⁶⁴⁴ T. confl., 27 mars 1952, *Dame de La Murette*, n° 01339 : *Rec.*, p. 626. Au regard « *de l'ensemble des règles relatives à la séparation des pouvoirs* », tout en visant l'article 112 du Code d'instruction criminelle, le Tribunal des conflits estimait que le juge administratif conservait sa compétence pour les actions en responsabilité menées contre l'État.

³⁶⁴⁵ La décision se référait en revanche au principe du juge judiciaire, gardien de la liberté individuelle, limité cependant à la compétence du juge judiciaire pour juger de la voie de fait, absente en l'espèce compte tenu des circonstances exceptionnelles de l'espèce, traitant d'arrestations et de détentions administratives durant la Libération.

³⁶⁴⁶ V. par ex. Cass. req., 23 juil. 1947 ; *Gaz. Pal.*, 1947, jur., p.267. En l'espèce, le juge judiciaire se trouvait compétent pour apprécier la responsabilité des fonctionnaires qui avaient exécuté un internement administratif en violation de la réglementation administrative.

³⁶⁴⁷ Le texte prévoyait expressément que « *dans tous les cas d'atteinte à la liberté individuelle, le conflit ne peut jamais être élevé par l'autorité administrative et les tribunaux de l'ordre judiciaire sont toujours exclusivement compétents* », la même interdiction pesant sur les actions civiles « *fondée sur des faits constitutifs des infractions prévues par les articles 114 à 122 et 184 du Code pénal, qu'elle soit dirigée contre la collectivité publique ou contre ses agents* ». Cette précision condamnait directement la jurisprudence *Dame de la Murette*.

³⁶⁴⁸ T. confl., 16 nov. 1964, *Clément* : *Rec. CE*, p. 796.

866. Les effets de l'article 136 étaient donc limités au contentieux de la réparation³⁶⁴⁹.

867. **La restriction de la théorie de la voie de fait.** Quant à la théorie de la voie de fait³⁶⁵⁰, directement fondée sur le rôle de gardien de la liberté individuelle du juge judiciaire, si elle permet au juge judiciaire de se saisir d'un cas relevant en principe de la compétence administrative³⁶⁵¹, à la condition que l'administration se livre à un comportement portant atteinte à la liberté individuelle, soit par l'exécution légale d'une décision illégale, soit par l'exécution illégale d'une décision légale, le Tribunal des conflits a aussi réduit son étendue. Dans une décision de 1997, il a ajouté à la voie de fait résidant dans une exécution irrégulière la condition limitative déjà existante pour la décision illégale, à savoir que l'atteinte à la liberté individuelle soit « *manifestement insusceptible d'être rattachées à un pouvoir appartenant à l'administration* »³⁶⁵² : la solution écarte toute voie de fait pour exécution irrégulière d'une décision intervenant dans un domaine où l'administration dispose d'un pouvoir d'exécution forcée. Le Tribunal des conflits a en plus limité le domaine de la voie de fait à l'atteinte à la liberté individuelle et à l'extinction d'un droit de propriété³⁶⁵³. Si la réduction de la voie de fait ne concernait pas cette fois la liberté individuelle, au moins la décision faisait clairement de l'article 66, utilisé comme visa, la justification de l'« *exception* », aussi ténue restait-elle, justifiant la compétence judiciaire, en cas d'atteinte à la liberté individuelle.

³⁶⁴⁹ T. confl., 12 mai 1997, *pft Police c. TGI Paris*, n° 03056 : *Rec. CE*, p. 1226 ; *AJDA*, 1997, p. 635, chron. D. CHAUX et T.-X. GIRARDOT ; *RFDA*, 1997, p. 514, concl. J. ARRIGHI DE CASANOVA ; *Gaz. Pal.*, 1997, jur., p. 393, comm. S. PETIT ; *LPA*, 19 janv. 1998, p. 15, comm. J.-P. MARKUS ; *JCP*, 1997, II, n° 22861, comm. P. SARGOS. Les dispositions de l'article 136 « *ne sauraient être interprétées comme autorisant les tribunaux judiciaires à faire obstacle à l'exécution des décisions prises par l'administration en dehors des cas de voie de fait* » dès lors que « *le pouvoir d'adresser des injonctions à l'administration, qui permet de priver les décisions de celle-ci de leur caractère exécutoire, est [...] de même nature que celui consistant à annuler ou à réformer les décisions prises par elles dans l'exercice de ses prérogatives de puissance publique, pouvoir dont l'exercice relève de la seule compétence de la juridiction administrative, à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire* ». Le premier examen avait donné lieu à un partage des voies impliquant un nouvel examen en présence du garde des sceaux.

³⁶⁵⁰ Si la théorie de la voie de fait n'est évidemment pas de nature à fonder de manière générale la compétence du juge judiciaire en matière de privation de liberté, sa restriction perpétue le mouvement jurisprudentiel de limitation de la compétence judiciaire.

³⁶⁵¹ Le juge administratif reste compétent pour la constater [T. confl., 27 juin 1966, *Guigon c. Armées* : *Rec. CE*, p. 830 ; *AJDA*, 1966, p. 547, note A. DE LAUBADÈRE].

³⁶⁵² T. confl., 12 mai 1997 : *préc.* En l'espèce, l'illégalité concernait l'exécution irrégulière, à savoir la consignation à bord d'un cargo d'étranger, d'une décision légale, à savoir le refus d'entrée sur le territoire. Dès lors que le législateur autorisait en la matière l'administration à procéder à l'exécution forcée de sa décision par un placement en zone d'attente, le Tribunal des conflits écartait abstraitement la voie de fait, sans tenir compte de la gravité de l'illégalité, celle-ci étant en l'espèce élevée, puisque les étrangers n'avaient pu bénéficier de l'ensemble des garanties de la privation de liberté.

³⁶⁵³ T. confl., 17 juin 2013, *Bergoend c. Société ERDF Annecy Léman*, n° 3911 : *Rec. CE* ; *RFDA*, 2013, p. 1041, comm. P. DELVOLVÉ ; *AJDA*, 2013, p. 1568, chron. X. DOMINO ET A. BRETONNEAU.

868. Sous l'impulsion du Tribunal des conflits, les fondements généraux d'une compétence étendue du juge judiciaire en matière d'atteinte à la liberté individuelle ont toujours reçu une interprétation restrictive, préservant la compétence du juge administratif et son contrôle de la légalité des actes administratifs. La dualité ainsi préservée s'est d'abord appuyée sur le principe de séparation des autorités dans sa valeur législative uniquement. Pour les décisions les plus récentes pourtant, la valeur fondamentale de l'article 66 de la Constitution semblait de nature à modifier ce raisonnement. La même interprétation restrictive a frappé les fondements spéciaux de la compétence judiciaire.

2) L'interprétation restrictive des fondements spéciaux de la compétence judiciaire en matière de privation de liberté

869. **L'internement des aliénés.** La loi de 1848 plaçait dans la compétence du juge judiciaire le recours de l'aliéné ou de ses proches pour obtenir la « *sortie immédiate* »³⁶⁵⁴. Le Tribunal des conflits consacrait pourtant en 1948 sa célèbre formule, qui allait guider les principes de répartition des compétences entre les ordres juridictionnels :

*« s'il appartient à la juridiction administrative de connaître de la régularité de la décision administrative par laquelle l'autorité préfectorale ordonne un internement dans un établissement d'aliénés, l'autorité judiciaire est seule compétente, en vertu de la loi du 30 juin 1838, pour apprécier la nécessité de cette mesure et les conséquences qui peuvent en résulter »*³⁶⁵⁵.

870. C'est donc d'abord sur l'interprétation de la loi de 1838 que le Tribunal des conflits établissait la réserve de la compétence judiciaire de la nécessité de la privation de liberté, tandis qu'elle fondait la réserve de la compétence administrative sur le principe de séparation des autorités dans sa valeur législative³⁶⁵⁶. L'article 112 du Code d'Instruction criminelle était écarté du raisonnement, le Tribunal des conflits n'entendant pas lui donner une portée générale. La jurisprudence du Tribunal des conflits évoluait en 1997 pour confier

³⁶⁵⁴ L'article 29 de la loi rend compétent le « *tribunal du lieu de situation de l'établissement* » pour demander « *la sortie immédiate* », « *après les vérifications nécessaires* ». Le Conseil d'État a dans un premier temps interprété la disposition comme conférant un monopole au juge judiciaire [CE, 16 déc. 1881, *dpt Sarthe*, cité par C. LANDAIS et F. LENICA, « Le placement d'office et ses deux juges » ; *AJDA*, 2005, p. 1231]. Les auteurs rappellent que la Cour de cassation n'avait pourtant pas saisi cette opportunité, en estimant que l'action en responsabilité des dommages créés par un agent public au cours du placement relevaient du juge administratif, dans un arrêt du 16 nov. 1908 [*Préfet de l'Aude c. Vié*], si bien que le juge administratif s'était arrogé le contrôle formel de la régularité des décisions d'hospitalisation d'office par un arrêt de 1911 [CE, 21 juil. 1911, *Dame veuve Fervel et fils Fervel* : *Rec. CE*, p. 844].

³⁶⁵⁵ T. confl., 22 mars 2004, *M. Deshayes c. CHS de la Sarthe*, n° 3341 ; *RTD civ.*, 2004, p. 487, obs. J. HAUSER ; *JCP*, 2004, II, n° 10082, note M.-C. ROUAULT.

³⁶⁵⁶ Les lois des 16 et 24 août 1790 et 16 fructidor an III.

au juge judiciaire le monopole des actions en réparation, si bien que les règles de répartition étaient modifiées³⁶⁵⁷. Celui-ci se fondait toujours dans ses visas sur le principe de séparation des autorités dans sa valeur législative³⁶⁵⁸ et sur l'article 136 du Code de procédure pénale³⁶⁵⁹, reconnu de portée générale, mais dont l'effet attributif était cantonné à la réparation. La répartition des compétences était actée par le juge administratif, qui refusait de se saisir de la légalité interne de la décision administrative d'internement d'office, sur le fondement des dispositions du Code de la santé publique³⁶⁶⁰.

871. **La détention de l'étranger.** Le juge administratif s'est attribué la compétence du contrôle de la légalité du placement en rétention administrative, en se fondant sur l'analyse des dispositions législatives du droit des étrangers et en interprétant littéralement l'étendue de la compétence judiciaire délimitée par le législateur³⁶⁶¹. Dès 1988, la Cour de cassation s'était reconnue incompétente pour apprécier la régularité de la décision de placement en rétention administrative, sous le visa de la loi³⁶⁶². Plus largement, il avait décliné sa compétence pour apprécier la légalité de toutes les décisions administratives qui précèdent la rétention et en sont le support, sur la simple interprétation de la loi³⁶⁶³. Plus tard, la Cour de cassation reprenait les mêmes solutions, mais en visant « *le principe de la séparation des pouvoirs, ensemble l'article 35 bis de l'ordonnance n° 45-2-652 du*

³⁶⁵⁷ T. confl., 17 févr. 1997, *pft région Ile-de-France, pft Paris*, n° 97-03.045 : *Bull. Trib. Confl.*, n° 1 : *Rec. CE*, p. 525 : *JCP*, 1997, II, n° 22885, concl. J. SAINTE-ROSE ; « *si l'autorité judiciaire est seule compétente [...] pour apprécier la nécessité d'une mesure de placement d'office en hôpital psychiatrique et les conséquences qui peuvent en résulter, il appartient à la juridiction administrative d'apprécier la régularité de la décision administrative qui ordonne le placement ; que lorsque cette dernière s'est prononcée sur ce point, l'autorité judiciaire est compétente pour statuer sur les conséquences dommageables de l'ensemble des irrégularités entachant la mesure de placement d'office* ».

³⁶⁵⁸ La décision visait en effet la loi des 16-24 août 1790 et le décret du 16 fructidor an III.

³⁶⁵⁹ Au regard de l'interprétation donnée à cette disposition, celle-ci fondait vraisemblablement l'extension de la compétence du juge judiciaire concernant le recours en indemnisation plutôt que l'appréciation de la nécessité de la privation de liberté.

³⁶⁶⁰ En ce qui concerne l'erreur manifeste d'appréciation et le détournement de procédure, CE, 11 mars 1996, *cne Saint-Herblain*, n° 164453 : *inédit* ; *JCP*, 1996, II, n° 22743, obs. F. MALLOL : « *si le juge administratif est compétent pour connaître de la régularité des mesures prises sur le fondement des dispositions précitées de l'article L. 343 du Code de la santé publique, il n'appartient qu'à l'autorité judiciaire d'apprécier la nécessité de ces mesures ; qu'ainsi, l'intéressée ne peut utilement soutenir, à l'appui de son recours pour excès de pouvoir dirigé contre l'arrêté du 7 juillet 1993, que cette décision serait entachée d'erreur manifeste d'appréciation et de détournement de pouvoir* ».

³⁶⁶¹ CE, avis, 26 mai 1995, n° 164880, *M^{me} Yilmaz* : *Rec. CE*, p. 217 ; *LPA*, 1995, p. 15, concl. B. DU MARAIS.

³⁶⁶² Cass. civ. II, 20 avr. 1989, n° 88-11.610 : *Bull. civ. II*, n° 92.

³⁶⁶³ Cass. civ. I, 29 nov. 1989, n° 87-18.660 : *Bull. civ. I*, n° 370 ; « *si l'autorité judiciaire s'est vu conférer par l'article 35 bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945 l'appréciation de l'opportunité et de la régularité des mesures de surveillance et de contrôle qui peuvent être prises par l'autorité pour assurer le départ de l'étranger ayant fait l'objet d'un refus d'autorisation d'entrée sur le territoire français, d'un arrêté d'expulsion ou d'une mesure de reconduite à la frontière, elle est incompétente pour se prononcer sur la régularité de la mesure de reconduite à la frontière prise en application de l'ordonnance du 2 novembre 1945, hormis l'existence d'une voie de fait* ».

2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers et l'article 66 de la Constitution du 4 octobre 1958 »³⁶⁶⁴, utilisant pour une fois la disposition constitutionnelle, sans lui donner un plein effet attractif. La fixation des compétences s'opérait sans que le Tribunal des conflits ne soit saisi³⁶⁶⁵, montrant un certain consensus.

872. Le juge judiciaire conserve une compétence minimale pour apprécier la régularité de la mesure d'éloignement, au cours de sa saisine pour prolonger la rétention administrative, lorsque l'étranger appartient à une catégorie pour laquelle l'éloignement est interdit, sans que le juge judiciaire ne donne le fondement de cette intrusion dans la compétence administrative³⁶⁶⁶. Celle-ci pourrait parfois se rattacher à la compétence du juge judiciaire du contrôle de l'état civil, sans pour autant que ce lien n'explique tous les cas. Ce contrôle limité du juge de la privation de liberté revient exceptionnellement à caractériser l'illégalité de la décision administrative d'éloignement par voie d'exception. Il est vrai que le vice frappant la décision administrative est dans cette hypothèse particulièrement grave, au point de rendre la décision inexistante plutôt qu'illégale, autorisant le juge judiciaire à libérer du fait du défaut de titre de privation de liberté.

873. **L'aménagement des peines.** Les compétences administratives en matière d'aménagement de peine et l'usage, par le législateur, de la qualification de mesures d'administration judiciaire pour viser les décisions du juge de l'application des peines plaçaient également la matière au cœur des règles de répartition entre les deux ordres³⁶⁶⁷. Le Tribunal des conflits réglait la question : « *il n'appartient qu'à la juridiction judiciaire de connaître des litiges relatifs à la nature et aux limites d'une peine infligée par une juridiction*

³⁶⁶⁴ Cass. civ. II, 24 oct. 1990, n° 89-12.269 : *Bull. civ. II*, n° 213. V. pour le détail des autres décisions en la matière S. TRASSOUDAIN, « L'intervention judiciaire dans le maintien des étrangers en rétention administrative et en zone d'attente » ; *Bull. inf. C. cass.*, juin 2001, H.-S., p. 8. L'incompétence judiciaire concerne également la décision administrative d'expulsion, la décision fixant le pays de renvoi, la décision relative à une demande de régularisation, la décision relative à l'évacuation d'étrangers, les décisions concernant les demandes d'asile, la décision de maintien en zone d'attente. L'incompétence judiciaire concerne également la décision administrative d'expulsion, la décision fixant le pays de renvoi, la décision relative à une demande de régularisation, la décision relative à l'évacuation d'étrangers, les décisions concernant les demandes d'asile, la décision de maintien en zone d'attente.

³⁶⁶⁵ Seule une décision précisait que le contentieux des conditions matérielles de la rétention relevait du juge administratif [T. confl., 20 juin 1994, *MM. Madaci et Youbi*, req. n° 2932 ; *AJDA*, 1994, p. 496, note C. MAUGÜÉ ; *D.*, 1995, jur., p. 193].

³⁶⁶⁶ Cass. civ. II, 10 nov. 1999, n° 98-50.014 : *inédit* ; *Rev. crit. DIP*, 2000, p. 697, obs. N. GUIMEZANES. En l'espèce, l'étranger bénéficiait d'une durée de résidence empêchant l'éloignement. – Cass. civ. I, 10 mai 2006, n° 04-50.149, *Bull. civ. I*, n° 229. Le juge judiciaire de la prolongation de la rétention administrative peut contrôler la minorité de l'étranger. – Cass. civ. I, 17 nov. 2010, n° 09-70.413 : *inédit*. La Cour de cassation validait le refus de prolonger fondé sur la nationalité de l'étranger, ressortissant de l'Union européenne, rendant illégale la mesure d'éloignement prise contre lui.

³⁶⁶⁷ Voir J.-P. CÉRÉ, « Prospective sur la répartition juridictionnelle des compétences en droit de l'exécution des peines » ; *RSC*, 1999, p. 874.

judiciaire »³⁶⁶⁸. Le Conseil d'État avait repris la formulation pour refuser de contrôler les décisions d'aménagement des peines, en s'appuyant sur les dispositions du Code de procédure pénale³⁶⁶⁹. Finalement, la Chambre criminelle se déclarait compétente pour contrôler les décisions de révocation de la libération conditionnelle des condamnés criminels, même celles prises par le ministre de la justice, sur le fondement de l'article 710³⁶⁷⁰ du Code de procédure pénale³⁶⁷¹. La loi du 15 juin 2000 mettait définitivement fin à la dualité, en achevant la judiciarisation de l'aménagement des peines et en entamant la juridictionnalisation³⁶⁷².

874. **La détention extraditionnelle.** La dualité en la matière, en nette régression également, puisque la procédure simplifiée du mandat d'arrêt européen ne comprend pas de phase administrative, est particulière : si la compétence administrative porte sur la régularité de l'un des éléments indispensables à la poursuite de la procédure, à savoir le décret d'extradition³⁶⁷³, élément de la régularité de la détention extraditionnelle puisque la Cour européenne des droits de l'Homme rappelle que l'existence d'une procédure d'extradition en cours est une condition de la conventionnalité de la privation de liberté³⁶⁷⁴,

³⁶⁶⁸ T. confl., 22 févr. 1960, *Dame Fargeaud d'Epied*. Le juge administratif s'est toutefois assez tôt déclaré incompétent en la matière pour « toutes les questions se rattachant aux conditions d'exécution des peines » [CE, 3 mai 1901, *Scrosoppi*].

³⁶⁶⁹ CE, 9 nov. 1990, *Théron*, n° 101168 : *Rec. CE*, p. 855 : *AJDA*, 1991, p. 546, comm. N. BELLOUBET-FRIER ; *D.*, 1991, p. 390, note J.-Y. PLOUVIN. La décision, qualifiée de mesure d'administration judiciaire par la loi, ne pouvait faire l'objet, d'après l'article 733-1 du Code de procédure pénale, d'un recours uniquement pour violation de la loi, à la seule disposition du magistrat du parquet. – CE, 4 nov. 1994, *Korber*, n° 157435 : *Rec. CE*, p. 489 : *LPA*, 23 janv. 1995, p. 4, concl. J.-C. BONICHOT ; *JCP*, 1995, II, n° 22422, comm. F. LEMAIRE ; *RFDA*, 1995, p. 817, note J. PRADEL. Le Conseil d'État étendait son incompétence à l'ensemble des mesures d'aménagement des peines en reprenant la formule employée par le Tribunal des conflits et visait cette fois-ci l'article 733 du Code de procédure pénale, soit l'article organisant la révocation, en refusant de contrôler une décision de libération conditionnelle.

³⁶⁷⁰ L'article disposait que « tous incidents contentieux relatifs à l'exécution sont portés devant le tribunal ou la cour qui a prononcé la sentence ».

³⁶⁷¹ Cass. crim., 27 avr. 1994, n°s 94-80.651 et 94-80.736 : *Bull. crim.*, n° 156.

³⁶⁷² Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes : *J. O.*, 16 juin 2000, p. 9038 ; *RSC*, 2000, p. 753, comm. M. GUERRIN (spéc. sur les nullités) ; *ibid.*, p. 887, comm. P. PONCELA (spéc. sur l'aménagement des peines) ; *ibid.*, 2001, p. 7, comm. CH. LAZERGES ; *ibid.*, p. 25, comm. J. BUISSON (spéc. sur la garde à vue) ; *ibid.*, p. 51, comm. M. LEMONDE (spéc. sur le juge des libertés et de la détention) ; *ibid.*, p. 55, comm. B. BOULOC (spéc. sur les durées de procédure) ; *ibid.*, p. 43, comm. A. GIUDICELLI (spéc. sur le mis en examen et le témoin assisté) ; *ibid.*, p. 71, note B. ADER ; *ibid.*, p. 83, obs. H. TEMINE ; *ibid.*, p. 87, comm. M. É. CARTIER (spéc. sur la judiciarisation de l'aménagement des peines) ; *ibid.*, p. 107, comm. A. D'HAUTEVILLE (spéc. sur les droits des victimes) ; *ibid.*, p. 117, comm. D. N. COMMARET (spéc. sur l'indemnisation de la détention provisoire) ; *ibid.*, p. 123, comm. F. MASSIAS (spéc. sur le réexamen des condamnations pénales) ; *ibid.*, p. 193 et p. 619, chron. B. BOULOC ; *ibid.*, p. 593, comm. CH. CARDET (spéc. sur le contrôle judiciaire) ; *ibid.*, 2002, p. 134, comm. B. BOULOC (spéc. sur la détention provisoire) ; *D.*, 2000, p. 737, note S.-A. DUBERNAT (spéc. sur la présomption d'innocence) ; *D.*, 2001, p. 1039, comm. J. PRADEL ; *Dr. pén.*, 2000, chron. n° 39, comm. A. DORSNER-DOLIVET (spéc. sur la détention provisoire).

³⁶⁷³ V. l'art. 696-18 CPP.

³⁶⁷⁴ CEDH, ch., *Quinn c. France*, 22 mars 1995, req. n° 18580/91 : *Rec. CEDH*, série A, n° 311 ; *RSC*, 1995, p. 643, obs. L.-E. PETTITI ; *ibid.*, 1996, p. 466, obs. R. KOERING-JOULIN ; *D.*, 1996, p. 198, obs. J.-F. RENUCCI ;

les décisions de placement en privation de liberté et de sa prolongation restent toujours entre les mains de l'autorité judiciaire³⁶⁷⁵. La dualité en matière d'extradition naît de la variété des phases de la procédure, l'exécution de celle-ci nécessitant un avis favorable de la chambre de l'instruction³⁶⁷⁶, dont la contestation de la régularité appartient logiquement à l'ordre judiciaire³⁶⁷⁷, puis un décret du Premier ministre, dont la contestation de la régularité revient, au regard des règles classiques de répartition, au juge administratif³⁶⁷⁸. La chambre de l'instruction se trouve en conséquence compétente pour apprécier le bien-fondé de la détention extraditionnelle, dans le cadre d'une action spécifique de remise en liberté, mais aussi à l'occasion de son examen automatique de la régularité judiciaire de la demande d'extradition, au terme duquel elle rendra son avis³⁶⁷⁹. Au-delà, le contrôle de la régularité de la procédure d'extradition, condition de la régularité de la détention extraditionnelle, relève du juge administratif.

875. Si la loi a maintenu la dualité dans le Code de procédure pénale, la répartition des compétences juridictionnelles ont été établies sous l'empire de la loi de 1927³⁶⁸⁰, dont la codification a conservé l'architecture principale, notamment le découpage de la procédure en une phase judiciaire et une phase administrative, en ajoutant les grands principes établis par la jurisprudence. Le Tribunal des conflits s'était contenté de déterminer les compétences selon le rattachement de la contestation à la phase judiciaire ou

§ 48. En l'espèce, la Cour constatait une violation de la Convention notamment du fait du délai de dix mois entre l'avis donné par la chambre d'accusation et l'édiction du décret d'extradition.

³⁶⁷⁵ V. l'art. 696-10 CPP pour l'arrestation de police réalisée à la suite de la demande d'extradition formulée par l'État étranger. Une traduction judiciaire est ensuite organisée, assurant un véritable *Habeas corpus* de l'extradable [art. 696-11 CPP]. Le maintien en détention peut ensuite faire l'objet de recours en contestation de la proportionnalité de la détention tout au long de la procédure d'extradition devant la chambre de l'instruction [art. 696-19 CPP].

³⁶⁷⁶ Le refus de l'étranger d'être extradé implique que la chambre de l'instruction rende un avis motivé sur l'extradition : « *cet avis est défavorable si la cour estime que les conditions légales ne sont pas remplies ou qu'il y a une erreur évidente* » [art. 695-15 CPP]. L'avis négatif définitif bloque l'extradition est abouti à la remise en liberté.

³⁶⁷⁷ Art. 696-15 CPP : « *le pourvoi formé contre un avis de la chambre de l'instruction ne peut être fondé que sur des vices de forme de nature à priver cet avis des conditions essentielles de son existence légale* ».

³⁶⁷⁸ Art. 696-18 CPP : « *Le recours pour excès de pouvoir contre le décret mentionné à l'alinéa précédent doit, à peine de forclusion, être formé dans le délai d'un mois. L'exercice d'un recours gracieux contre ce décret n'interrompt pas le délai de recours contentieux.* »

³⁶⁷⁹ Art. 696-15 CPP. L'extradable doit comparaître devant la chambre de l'instruction dix jours après sa présentation devant le procureur général, celle-ci ayant lieu au maximum deux jours après l'arrestation, pour réaffirmer son opposition à l'extradition, et ensuite la chambre de l'instruction doit rendre son avis, au maximum un mois après cette comparution : « *cet avis est défavorable si la cour estime que les conditions légales ne sont pas remplies ou qu'il y a une erreur évidente* ».

³⁶⁸⁰ Loi du 10 mars 1927 relative à l'extradition des étrangers : *J. O.*, 11 mars 1927, p. 2874.

administrative³⁶⁸¹. De manière plus intéressante, les juridictions judiciaires et administratives s'étaient réparties le contrôle de la régularité de la procédure d'extradition, non pas par égard pour les critères classiques de répartition, mais par égard à l'efficacité du contrôle de la régularité de la procédure, sans pour autant que la privation de liberté ne soit utilisée pour justifier ces solutions³⁶⁸². La demande de remise en liberté de l'étranger sous écrou extraditionnel ne peut en tout cas se fonder sur la contestation de la régularité de la procédure, éclatée entre la compétence judiciaire et administrative, puisque le juge judiciaire saisi de l'appréciation du bien-fondé de la détention « *ne doit se référer qu'aux garanties qui sont offertes par l'intéressé en vue de satisfaire à la demande de l'État requérant* »³⁶⁸³. Reste que les décisions établissant la répartition des compétences de la contestation de la régularité de la procédure d'extradition, notamment l'immixtion du juge administratif, ont montré que l'efficacité de la protection de la liberté individuelle, prise dans son sens large, était de nature à guider les compétences.

876. Le rejet du caractère attributif de l'article 66 de la Constitution. Si les juridictions nationales ont toujours réservé au juge judiciaire le contrôle du bien-fondé de la mesure privative de liberté, tout en ménageant le contrôle du juge administratif de la régularité des décisions administratives privatives de liberté, c'est principalement du fait de

³⁶⁸¹ T. confl., 6 mars 1989, n° 02552 : *Rec. CE*. La décision du ministre de la justice refusant de donner mainlevée de l'ordre de recherche délivré à l'encontre d'un étranger à la suite d'une demande d'extradition relève du juge judiciaire car elle n'est pas « *détachable de la phase judiciaire de la procédure d'extradition* ».

³⁶⁸² L'article 16 de la loi précitée prévoyait que la Chambre d'accusation statuait « *sans recours* », si bien que la Cour de cassation rejetait tout pourvoi contre l'avis, sauf ceux formés dans l'intérêt de la loi. Le Conseil d'État s'était arrogé quant à lui le contrôle de la légalité externe du décret d'extradition, écartant la qualification d'acte de gouvernement, mais aussi des conditions de fond de la procédure d'extradition [CE, *ass.*, 24 juin 1977, *Astudillo Calleja* : *Rec. CE*, p. 290 ; *D.*, 1977, p. 695, concl. B. GENEVOIS], alors pourtant qu'un tel contrôle semblait relever de la compétence judiciaire, le juge administratif prenant acte de l'absence de contrôle de la Cour de cassation. La Chambre criminelle réinvestissait alors son contrôle et admettait le pourvoi contre l'avis judiciaire, dans un raisonnement fondé sur un principe général du droit, imposant l'ouverture du « *pourvoi en cassation lorsque celui-ci est fondé sur une violation de la loi qui, à la supposer établie, serait de nature à priver la décision rendue des conditions essentielles de son existence légale* » [Cass. crim., 17 mai 1984, *Doré*, n° 83-92.068 : *Bull. crim.*, n° 183 ; *D.*, 1984, p. 536, note W. JEANDIDIER ; *JCP*, 1985, II, p. 20332, note J. BORRICAND], sans pour autant lever toutes les interrogations sur la répartition des compétences, la dualité causant des complications [v. par ex. pour un résumé des différentes solutions jurisprudentielles, J.-C. BONICHOT, « *L'évolution récente de l'extradition passive en France* » ; *AFDI*, 1984, p. 19]. L'article 696-14 du Code de procédure pénale définit désormais clairement le contrôle judiciaire de la régularité de la procédure d'extradition : « *cet avis est défavorable si la cour estime que les conditions légales ne sont pas remplies ou qu'il y a une erreur évidente* ». L'article 696-15 du Code de procédure pénale a consacré l'ouverture du pourvoi en cassation contre l'avis de la chambre de l'instruction, fixant l'étendue de la régularité judiciaire de la procédure de l'extradition : « *le pourvoi formé contre un avis de la chambre de l'instruction ne peut être fondé que sur des vices de forme de nature à priver cet avis des conditions essentielles de son existence légale* ». La régularité administrative de la procédure d'extradition, dont la compétence du juge administratif a été aussi consacrée par la loi, [art. 696-18 CPP], tient en conséquence dans l'appréciation de la régularité externe du décret et dans le respect de l'ordre public extraditionnel français.

³⁶⁸³ V. par ex. Cass. crim., 8 mars 2011, n° 10-88.762 : *Bull. crim.*, n° 49.

l'interprétation restrictive de la législation spéciale ou générale organisant l'intervention du juge judiciaire, sur le fondement du principe législatif de la séparation des autorités, dans un raisonnement proche du « *parti pris* »³⁶⁸⁴. L'usage de l'article 66 de la Constitution, pourtant autorisé par le juge qui n'était jamais saisi de l'appréciation de la constitutionnalité de la loi mais de son interprétation, a longtemps été écarté. Il a donc fallu attendre que le Conseil Constitutionnel bâtit sa jurisprudence, tirant de l'article 66 de la Constitution l'*Habeas corpus* judiciaire³⁶⁸⁵, pour que le caractère attributif de la disposition soit découvert plus tard, sans remise en cause des solutions anciennes³⁶⁸⁶. Ces frontières ont été maintenues par le Conseil constitutionnel, clôturant, au moins temporairement, le débat.

B) Le maintien des frontières par le Conseil constitutionnel

877. **La question de l'édification d'un bloc de compétence.** C'est d'abord sur l'interprétation de la loi, que les juridictions nationales ont préservé la dualité juridictionnelle en matière de régularité du titre de détention. Le Conseil constitutionnel a validé ces distinctions, en préservant la compétence administrative de la régularité des décisions administratives, sur un principe fondamental reconnu par les lois de la République, efficace même en matière de privation de liberté³⁶⁸⁷. Si l'édification d'un bloc de compétence concernant la régularité de la privation de liberté au profit du seul juge administratif est en tout cas impossible en l'état de la rédaction de l'article 66 de la Constitution, ce que le

³⁶⁸⁴ J. NORMAND, « Le juge judiciaire, gardien non-exclusif des libertés : le cas des étrangers » ; *RTD civ.*, 1996, p. 235.

³⁶⁸⁵ Cons. const., déc. n° 79-109 DC du 9 janv. 1980 portant sur la loi relative à la prévention de l'immigration clandestine et portant modification de l'ord. n° 45-2658 du 2 nov. 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers et portant création de l'Office national d'immigration : *J. O.*, 11 janv. 1980, p. 84 ; consid. n° 4.

³⁶⁸⁶ Désormais, le Tribunal des conflits fonde la compétence judiciaire de la nécessité de l'internement de l'aliéné sur la disposition [T. confl. 26 juin 2006, *président du Conseil de Paris c. pf police de Paris*, req. n° C3513 : *Rec. CE*]. En revanche, les conditions matérielles de rétention relèvent de la juridiction administrative, sans que l'article 66 de la Constitution, utilisé, ne permette de donner compétence au juge judiciaire [T. confl., 25 avr. 1994, *Morelli*, n° 02920 : *Rec. CE* ; *D.*, 1994, p. 389, concl. R. ABRAHAM ; *ibid.*, note P. DIDIER]. Le seul exemple significatif d'usage de l'article 66 de la Constitution et de l'article 136 du Code de procédure pénale, pour accroître la compétence judiciaire, réside dans le contentieux de la légalité du contrôle d'identité, même réalisé dans le cadre d'une opération de police administrative [Cass. crim., 25 avr. 1985, *Bogdan et Vuckovic*, nos 84-92.916 et 85-91.324 : *Bull. crim.*, n° 159 ; *JCP*, 1985, II, n° 20465, concl. H. DONTENWILLE ; *ibid.*, comm. W. JEANDIDIER].

³⁶⁸⁷ Cons. const., déc. n° 89-261 DC du 28 juil. 1989 portant sur la loi relative aux conditions de séjour et d'entrée des étrangers en France : *J. O.*, 1^{er} août 1989 ; *RFDA*, 1989, p. 691, note B. GENEVOIS ; *AJDA*, 1989, p. 619, note J. CHEVALLIER ; *D.*, 1990, p. 161, note X. PRÉTOT ; consid. n° 17 et s.

Conseil constitutionnel a justement rappelé dès 1992³⁶⁸⁸, celle d'un bloc de compétence au juge judiciaire n'a pas été totalement exclue en matière de privation de liberté, si bien que la pertinence de l'unification de la régularité au profit du juge judiciaire reste posée. En réalité, les solutions constitutionnelles diffèrent selon que la décision administrative fixe l'obligation dont l'exécution forcée peut être assurée par la détention, hypothèse dans laquelle l'article 66 de la Constitution est inapplicable (1), ou que la décision administrative constitue directement le titre de détention, hypothèse dans laquelle l'article 66 de la Constitution est applicable pour partie (2).

1) La décision administrative fixant l'obligation dont l'exécution forcée peut être assurée par la détention : l'inapplicabilité de l'article 66 de la Constitution

878. **Le principe de la pleine compétence administrative.** Le Conseil constitutionnel³⁶⁸⁹ saisi en 1989 d'un projet de loi qui, dans une vision large de l'article 66 de la Constitution, avait fait du président du tribunal de grande instance³⁶⁹⁰, le juge de l'arrêté préfectoral de reconduite à la frontière, dans un recours rapide et suspensif, édictait un principe fondamental reconnu par les lois de la République, relié à la « *conception française de la séparation des pouvoirs* », pour préserver la compétence administrative :

« à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle ».

879. Le Conseil constitutionnel estimait que la légalité des décisions administratives d'éloignement n'entrait pas dans le champ d'application de l'article 66 de la Constitution, c'est-à-dire dans « *l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire* », mais restait dans le champ de droit commun « *des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique* » :

³⁶⁸⁸ Cons. const., déc. n° 92-307 DC du 25 févr. 1992 relative à la loi portant modification de l'ord. n° 45-2658 du 2 nov. 1945 modifiée, relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France : *J. O.*, 12 mars 1992, p. 3003 ; *RFDA*, 1992, p. 185, comm. B. GENEVOIX ; consid. n° 17.

³⁶⁸⁹ Déc. n° 89-261 DC du 28 juil. 1989 : *préc.* ; consid. n° 17 et s.

³⁶⁹⁰ Magistrat déjà chargé des atteintes les plus graves aux atteintes à la liberté individuelle jusqu'à la création du juge des libertés et de la détention. Les auteurs de la saisine contestaient la violation de « *la séparation des pouvoirs entre la juridiction administrative et la juridiction judiciaire qui est un principe fondamental reconnu par les lois de la République* ».

« la compétence ainsi reconnue à l'autorité judiciaire pour contrôler une mesure de surveillance qui met en cause la liberté individuelle, s'exerce indépendamment du contrôle de la légalité des décisions administratives de refus d'accès au territoire national, de reconduite à la frontière ou d'expulsion »³⁶⁹¹.

880. La décision administrative nécessaire et préalable à la privation de liberté est donc soumise par principe et en entier – son bien-fondé et sa régularité, sa légalité interne et sa légalité externe – à la compétence exclusive du juge administratif.

881. **Le contrôle des conditions de l'édification d'un bloc de compétence favorable à la compétence administrative.** L'attribution au juge judiciaire de la compétence de la régularité de l'arrêté de reconduite à la frontière, dérogeant aux principes de répartition, n'était donc possible qu'à la condition que le législateur soit autorisé à dégager en la matière un bloc de compétence, et le Conseil constitutionnel vérifiait les conditions de sa validation sans considération pour la privation de liberté, mais selon des principes de droit commun applicables à toute matière³⁶⁹². Si la décision semblait investir le législateur d'un large pouvoir pour établir un bloc de compétence, lui reconnaissant le « *loisir* »³⁶⁹³ d'unifier au profit de l'ordre de juridiction « *principalement intéressé* », le Conseil constitutionnel établissait pour un contrôle strict. Il contrôlait d'abord l'existence de « *contestations contentieuses diverses* » devant les deux ordres de juridictions, critère matériel permettant l'unification d'un bloc de compétence, dans une matière précise. En l'espèce, il rejetait la prise en compte de l'existence d'une compétence judiciaire pénale dans son raisonnement³⁶⁹⁴. S'il tenait compte de l'*Habeas corpus* et de la compétence du juge judiciaire pour prolonger la privation de liberté, au bout de vingt-quatre heures de privation de liberté dans le droit positif, en cas seulement de « *nécessité absolue* », il notait que « *la prolongation ne saurait revêtir un caractère systématique et s'appliquer, tant s'en faut, à tous les cas où il y a intervention d'une décision administrative d'éloignement d'un étranger du territoire national* », si bien que l'intérêt du recours rapide est suspensif contre la décision administrative n'était pas établi

³⁶⁹¹ Déc. n° 89-261 DC du 28 juil. 1989 : *préc.* ; consid. n° 25.

³⁶⁹² « *Lorsque l'application d'une législation ou d'une réglementation spécifique pourrait engendrer des contestations contentieuses diverses qui se répartiraient, selon les règles habituelles de compétence, entre la juridiction administrative et la juridiction judiciaire, il est loisible au législateur, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, d'unifier les règles de compétence juridictionnelle au sein de l'ordre juridictionnel principalement intéressé* ».

³⁶⁹³ Déc. n° 89-261 DC du 28 juil. 1989 : *préc.* ; consid. n° 20.

³⁶⁹⁴ *Ibid.*, consid. n° 26 : « *cette compétence spécifique ne saurait justifier qu'il soit fait échec à la compétence générale du juge administratif dans le domaine de l'annulation des actes de puissance publique* ». Le Conseil constitutionnel se montrait en retrait par rapport à sa décision sur le Conseil de la concurrence où, tout en utilisant les mêmes critères, il tenait compte toutefois des compétences pénales en droit de la concurrence [Cons. const., déc. n° 86-224 DC du 23 janv. 1987 relative à la loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence : *J. O.*, 25 janv. 1987, p. 924 ; consid. n° 15 et s.].

dans tous les cas, le défaut de prolongation empêchant l'exécution forcée. Quant au contentieux de l'état civil de l'étranger, autre compétence réservée au juge judiciaire, il n'était pas « *d'une nature ou d'une fréquence telle qu'ils puissent entraîner une dérogation aux règles normales de compétence* »³⁶⁹⁵. Le critère matériel permettant une unification faisait donc défaut.

882. Le Conseil constitutionnel établissait enfin un critère finaliste en recherchant si l'aménagement assurait une « *bonne administration de la justice* »³⁶⁹⁶. En l'espèce, le Conseil constitutionnel rappelait que la nouvelle répartition ne pouvait se justifier que par une amélioration de « *la garantie effective des droits* »³⁶⁹⁷ qu'il estimait pouvoir être « *satisfaite aussi bien par la juridiction judiciaire que par la juridiction administrative* ». Cette affirmation relevait de l'incantation, sans argumentation, alors même que le Conseil constitutionnel n'imposait aucun aménagement du recours administratif, pour l'adapter à l'urgence de la privation de liberté. Au moins la notion de la bonne administration de la justice était-elle utilisée dans le sens de l'amélioration des droits de la personne privée de liberté et non pas comme une cause justifiant leur restriction, sens que la jurisprudence plus récente lui donne³⁶⁹⁸.

883. **La remise en cause du rejet du bloc de compétence.** Si le Conseil constitutionnel rejetait l'établissement d'un bloc de compétence en l'espèce, il n'est pas certain que cette décision ait définitivement figé la compétence du juge administratif pour apprécier la régularité de la décision d'éloignement. Seule la reconduite à la frontière était confiée par la loi au juge judiciaire à la différence de l'arrêté d'expulsion, si bien que la solution était de nature à éclater encore plus le droit positif. Ensuite, la privation de liberté a été largement étendue dans le domaine du droit de étrangers, ne serait-ce que par la durée régulièrement accrue de la rétention et n'est pas nettement détachée, dans ses conditions légales, de l'existence de la décision³⁶⁹⁹. Même le contrôle judiciaire du bien-fondé de cette

³⁶⁹⁵ *Ibid.*, consid. n° 28.

³⁶⁹⁶ *Ibid.*, consid. n° 29 : le Conseil retenait que l'unification satisfaisait cette notion dès lors qu'elle permettait d'éviter les divergences dans l'application et l'interprétation du droit.

³⁶⁹⁷ *Ibid.*, consid. n° 29.

³⁶⁹⁸ V. *supra*, n° 738 pour l'effritement de l'*Habeas corpus*, ou v. *supra*, n° 821, pour l'admission de la comparution du détenu par un moyen de télécommunication.

³⁶⁹⁹ V. *supra*, n° 392 et s., pour la nécessité abstraite, v. *supra*, n° 258 et s., pour le contrôle de la motivation de la décision de placement en rétention administrative, et v. *infra*, n° 896 et s., pour l'appréciation de la nécessité concrète par le juge administratif. La dernière loi en matière de rétention administrative accroît ses liens en distinguant le recours contre l'obligation de quitter le territoire français sans privation de liberté et le recours accéléré en cas de privation de liberté [v. *infra*, n° 903].

privation de liberté est amoindri, pour favoriser le recours à la détention³⁷⁰⁰. Le recul de la première intervention du juge judiciaire pour prolonger la privation de liberté n'empêche plus que l'exécution forcée de l'obligation précède l'intervention judiciaire, neutralisant l'un des arguments employés dans la décision du Conseil constitutionnel. Enfin, l'allègement de la charge des services ayant la garde de la personne privée de liberté, inclus comme un élément de la bonne administration de la justice par le Conseil constitutionnel³⁷⁰¹, critère finaliste de l'admission d'un bloc de compétence, milite même pour l'édification d'un bloc de compétence. Un réaménagement des compétences au profit du juge judiciaire n'apparaît donc pas totalement exclu, malgré cette jurisprudence, somme toute assez ancienne, alors que le droit des étrangers a été constamment remanié depuis. La décision minimisait en tout cas encore la portée de l'article 66 de la Constitution, en écartant de son champ d'application les décisions administratives préalables mais nécessaires à la privation de liberté, celles fixant l'obligation dont la privation de liberté réalise l'exécution forcée, et en étudiant la création d'un bloc de compétence sans considération pour la privation de liberté, au regard des conditions de droit commun³⁷⁰². En revanche lorsque la décision administrative réalise le placement en privation de liberté, l'article 66 de la Constitution s'y applique en partie, pour confier au juge judiciaire le contrôle de sa nécessité.

2) La décision administrative de placement en privation de liberté : l'efficacité de l'article 66 de la Constitution limitée au contrôle du bien-fondé

884. **La consécration constitutionnelle de la distinction entre nécessité et régularité.** Le contrôle *a posteriori* du Conseil constitutionnel du régime de privation de liberté de l'aliéné lui a permis de préciser ses exigences sur la décision administrative privative de liberté³⁷⁰³. La dualité était alors directement étudiée sous l'angle du recours juridictionnel effectif³⁷⁰⁴. Le Conseil constitutionnel, sous les vises de l'article 66 et du

³⁷⁰⁰ V. *infra*, n° 1017 et s.

³⁷⁰¹ V. *supra*, n° 754.

³⁷⁰² V. pour une critique de la minimisation de la portée de l'article 66 de la Constitution, la note précitée de X. PRÉTOT.

³⁷⁰³ Cons. const., déc. n° 2010-71 QPC du 26 nov. 2010, [M^{me} S.] : *J. O.*, 27 nov. 2010, p. 21119 ; *Dr. Famille*, 2011, comm. n° 11, note I. MARIA ; *RFDA*, 2011, p. 951, chron. A. PENA ; *JCP*, 2011, n° 189, note K. GRABARCZYK ; *AJDA*, 2011, p. 174, X. BIOY.

³⁷⁰⁴ Ce principe est tiré par le Conseil constitutionnel de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen.

Principe fondamental reconnu par les lois de la République préservant la compétence administrative, validait la loi :

« si, en l'état du droit applicable, les juridictions de l'ordre judiciaire ne sont pas compétentes pour apprécier la régularité de la procédure et de la décision administratives³⁷⁰⁵ qui ont conduit à une mesure d'hospitalisation sans consentement, la dualité des ordres de juridiction ne limite pas leur compétence pour apprécier la nécessité de la privation de liberté en cause »³⁷⁰⁶.

885. Si le Conseil constitutionnel n'expliquait pas son raisonnement, la compétence du juge judiciaire pour apprécier le bien-fondé de la privation de liberté reposait nécessairement sur l'article 66 de la Constitution. Validant les solutions plus anciennes, notamment celles du Tribunal des conflits³⁷⁰⁷, l'article 66 se voyait encore interprété limitativement, même concernant la décision administrative plaçant en privation de liberté. Pourtant, l'article 66 de la Constitution, règle spéciale à la privation de liberté, est de nature à déroger à la règle générale de compétence du juge administratif en matière d'annulation et réformation des actes de puissance publique.

886. La liberté d'édification d'un bloc de compétence judiciaire.

La formulation employée ouvrait largement la porte à la suppression de la dualité en la matière des aliénés³⁷⁰⁸, porte dans laquelle s'engouffrait immédiatement le législateur³⁷⁰⁹. À la

³⁷⁰⁵ En reprenant le terme de la « régularité », plutôt que celui plus large de la légalité administrative, terme identique à celui utilisé par le Tribunal des conflits, le Conseil constitutionnel indiquait que le juge administratif se trouvait amputé d'une partie de son contrôle classique de légalité, correspondant à la notion de nécessité.

³⁷⁰⁶ Déc. n° 2010-71 QPC du 26 nov. 2010 : *préc.* ; consid. n° 37.

³⁷⁰⁷ V. *supra*, n° 869.

³⁷⁰⁸ En se référant à la possibilité d'unifier le contentieux, alors qu'elle était inutile à la résolution du conflit, et alors même que le Conseil insistait trancher « en l'état du droit applicable », il semblait militer pour une unification, même s'il ne sanctionnait pas la dualité. Celui-ci avait déjà admis l'unification en matière de contrôle d'identité, validant ainsi la jurisprudence de la Cour de cassation [Cons. const., déc. n° 93-323 DC du 5 août 1993 portant sur la loi relative aux contrôles et vérifications d'identité : *J. O.*, 7 août 1993, p. 11193 ; *AJDA*, 1993, p. 815, note P. WACHSMANN ; *RFDA*, 1994, p. 959, comm. É. PICARD ; consid. n° 10 : « il revient à l'autorité judiciaire gardienne de la liberté individuelle de contrôler en particulier les conditions relatives à la légalité, à la réalité et à la pertinence des raisons ayant motivé les opérations de contrôle et de vérification d'identité »]. Dans une décision précédente, il s'était montré beaucoup plus prudent, pour ménager la dualité : « il appartient aux autorités judiciaires et administratives de veiller au respect intégral de cette prescription ainsi qu'aux juridictions compétentes de censurer et de réprimer, le cas échéant, les illégalités qui seraient commises et de pourvoir éventuellement à la réparation de leurs conséquences dommageables » [Cons. const., déc. n° 93-325 DC du 13 août 1993 portant sur la loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France : *J. O.*, 18 août 1993, p. 11722 ; *RFDA*, 1993, p. 871, comm. B. GENEVOIS ; consid. n° 16].

³⁷⁰⁹ Art. L. 3216-1 CSP tel que créé par la loi n° 2011-803 du 5 juil. 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge : *J. O.*, 6 juil. 2011, p. 11705 ; *RDSS*, 2011, comm. V. VIOUJAS ; *ibid.*, 2012, p. 97, comm. M. COUTURIER ; *ibid.*, 111, comm. A. FARINETTI ; *AJDA*, 2011, p. 2055, comm. C. CASTAING ; *RFDA*, 2011, p. 951, comm. A. PENA ; *LPA*, 25 oct. 2011, p. 5, comm. Y. BROUSSOLLE ; *JCP A*, 2011, n° 2295, comm. É. PÉCHILLON ; *Procédures*, 2011, comm. n° 310, note M. DOUCHY-OUODOT : « la régularité des décisions administratives prises en application des chapitres II à IV du présent titre ne peut être contestée que devant le juge judiciaire ». Le juge administratif a lui-même pris acte de la volonté législative d'ériger un bloc de compétence judiciaire, en rappelant que « le juge administratif n'est manifestement pas compétent pour connaître du bien-fondé des décisions prises par les

différence de la décision administrative fixant l'obligation dont l'exécution forcée peut être assurée par la privation de liberté, la décision administrative de placement en détention est par définition toujours étroitement attachée à la privation de liberté, si bien que les différents critères d'édification du bloc de compétence sont remplis³⁷¹⁰. Cette autorisation constitutionnelle implicite à unifier les compétences au profit du juge judiciaire n'augure pas de réelle évolution des critères de répartition pour le reste de la régularité administrative. Néanmoins, une réforme législative confiant au juge judiciaire la régularité de la décision administrative du placement en rétention administrative ou de maintien en zone d'attente, et seulement de celles-ci, apparaît d'ores et déjà valable.

887. La réunion des conditions de la réattribution au juge judiciaire de la régularité administrative du titre de détention. Le maintien de la compétence administrative est une position ancienne. S'il fait l'objet d'un consensus entre les différentes juridictions, l'opportunité semble guider les solutions, pour préserver l'office du juge administratif, plutôt que la rigueur juridique. L'impératif de préservation de la compétence administrative en matière de privation de liberté est désormais moins fort, alors que l'existence de la juridiction administrative n'apparaît plus menacée, que l'aptitude du juge administratif à défendre les libertés individuelles, développée dans d'autres domaines, ne serait pas remise en cause par l'unification judiciaire des compétences de la régularité de la privation de liberté, et que sa compétence en la matière, protégée constitutionnellement, est désormais résiduelle. La compétence administrative fermement défendue concerne l'appréciation de la légalité de seule décision administrative, préalable et distincte, mais nécessaire à la décision administrative de placement, pour fixer l'obligation dont la privation de liberté sert l'exécution. Même cette dernière position reste relative, alors que l'édification d'un bloc de compétence judiciaire y reste possible, aux conditions de droit commun, et que l'évolution du droit des étrangers apparaît désormais plus favorable à sa consécration³⁷¹¹. Au surplus, la reconnaissance d'une compétence judiciaire étendue sur le fondement de l'article 66 de la Constitution n'aboutirait pas à entamer largement la compétence administrative en dehors de la privation de liberté, puisque la jurisprudence constitutionnelle a

médecins qui participent à la prise en charge de patients faisant l'objet d'une mesure d'admission en soins psychiatriques sans leur consentement » [CE, 16 juil. 2012, n° 360793, *M^{me} A.* : inédit ; LPA, 9 avr. 2013, p. 8, note A. CHOPLET]. V. plus précisément sur les directions que pourraient suivre le juge judiciaire dans sa nouvelle compétence de l'appréciation de la régularité administrative du titre de détention, M. VIALETES et M. GROSSET, « L'unification du contentieux de l'hospitalisation sans consentement : de quelques questions posées par sa mise en œuvre au 1^{er} janvier 2013 » ; *JCP*, 2013, ét. n° 157.

³⁷¹⁰ V. *supra*, n° 881 et s.

³⁷¹¹ V. *supra*, n° 878 et s.

largement réduit la notion de liberté individuelle³⁷¹². La préservation de la compétence administrative ne doit plus aboutir à contrer l'effet attractif de l'article 66 et seule l'effectivité de la liberté individuelle doit guider les solutions.

³⁷¹² V. *supra*, n° 101.

888. **La consécration du droit de contestation de la régularité du titre de détention devant le juge administratif : le rejet injustifié de l'effet attributif de l'article 66 de la Constitution.** L'article 66 de la Constitution a toujours été interprété restrictivement, parfois même au profit du simple principe de séparation des autorités dans son expression législative. Cette interprétation restrictive a été maintenue au profit du principe constitutionnel qui réserve au juge administratif le contentieux de l'annulation des décisions administratives, alors même que la force d'un tel principe est relative, puisque le législateur conserve la possibilité d'y déroger en édifiant des blocs de compétences. Cette position est d'autant plus critiquable que l'article 66 de la Constitution, spécifique à la liberté individuelle, apparaît comme une norme d'exception ayant vocation à s'imposer au principe général fondant le maintien de la compétence administrative. Son effet attractif a toutefois toujours été rejeté³⁷¹³, et le législateur, jusqu'à récemment, n'a jamais souhaité modifier la donne³⁷¹⁴.

889. Par comparaison, on comprend mal que des fondements aussi incertains, dans leur définition, source et valeur, que « *l'exigence de bonne administration de la justice* » et « *les principes généraux qui gouvernent le fonctionnement des juridictions, en vertu desquels tout justiciable a droit à ce que sa demande soit jugée dans un délai raisonnable* », réussissent là où une disposition expresse de la Constitution a toujours échoué, à savoir permettre au juge judiciaire d'apprécier la légalité d'actes administratifs, même à la condition stricte de l'illégalité manifeste au regard d'une jurisprudence bien établie³⁷¹⁵. Une telle jurisprudence apparaît toutefois de nature à permettre au juge judiciaire, saisi du contrôle de la nécessité de la privation de liberté, de se prononcer ponctuellement sur la légalité de l'acte administratif, entamant de nouveau la compétence administrative de la régularité de la détention déjà résiduelle. Si les conditions juridiques pour la pleine reconnaissance judiciaire du contrôle de la régularité administrative de la détention apparaissent réunies au regard de l'évolution du droit de la privation de liberté, encore doit-elle améliorer la protection de la liberté individuelle.

³⁷¹³ Voir aussi J. NORMAND, « *Le juge judiciaire, juridiction d'exception des atteintes portées par les autorités administratives à la liberté individuelle* » ; *RTD civ.*, 1998, p. 181.

³⁷¹⁴ V. à l'inverse sur le contrôle de légalité de l'acte administratif réalisé par le juge répressif, L. S. MOYEN, « Vers un déclin du principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire : réflexions sur le nouveau Code pénal » ; *Gaz. Pal.*, 28 juil. 2001, p. 16.

³⁷¹⁵ T. confl., 17 oct. 2011, *SCEA du Chéneau*, n^{os} 11-03.828 et 11-03.829 : *Bull. Trib. confl.*, n^o 24 ; *AJDA*, 2012, p. 27, chron. M. GUYOMAR et X. DOMINO ; *D.*, 2011, p. 3046, note F. DONNAT ; *Dr. admin.*, 2012, comm. n^o 10, note F. MELLERAY ; *JCP A*, 2011, n^o 2354, note H. PAULIAT ; *JCP G*, 2011, n^o 1423, note B. PLESSIX ; *RFDA*, 2011, p. 1122, concl. J.-D. SARCELET ; *ibid.*, p. 1129, note B. SEILLER ; *ibid.*, p. 1135, note A. ROBLLOT-TROIZIER ; *RTD civ.*, 2011, p. 735, note P. REMY-CORLAY.

§ 2./ LA REMISE EN CAUSE DE LA DUALITÉ, CAUSE D’AFFAIBLISSEMENT DE LA PROTECTION DE LA LIBERTÉ INDIVIDUELLE

890. **La régularité administrative, partie minoritaire de la régularité du titre de détention, soumise à l’article 5 § 4.** La dualité consacre le juge administratif comme gardien de la liberté individuelle pour partie, même si sa compétence en la matière est plutôt limitée, puisque, par principe, l’appréciation du bien-fondé de la détention lui échappe. Sa réserve de compétence concerne uniquement « *la régularité de la procédure et de la décision administratives* »³⁷¹⁶ qui ont conduit à la privation de liberté, et dans cette hypothèse, le législateur est autorisé à établir un bloc de compétence au profit du juge judiciaire concernant le contrôle de la régularité de la décision administrative plaçant en privation de liberté³⁷¹⁷. Même lorsque la privation de liberté résulte d’une décision administrative, le juge judiciaire, y compris pour le premier contrôle en *Habeas corpus*, reste compétent pour apprécier la régularité de son intervention et de sa saisine³⁷¹⁸. En tout cas, la compétence

³⁷¹⁶ Déc. n° 2010-71 QPC du 26 nov. 2010 : *préc.* ; consid. n° 37.

³⁷¹⁷ V. *infra*, n° 886.

³⁷¹⁸ V. pour une étude détaillée S. TRASSOUDAINÉ, « L’intervention judiciaire dans le maintien des étrangers en rétention administrative et en zone d’attente » : *Bull. inf. C. cass.*, juin 2001, H.-S., p. 8. Ainsi, le juge judiciaire reste compétent pour apprécier la légalité de sa saisine, alors même qu’elle résulte d’une décision administrative, montrant ainsi malgré tout une interprétation restrictive de la compétence administrative [Cass. crim., 31 janv. 1996, n° 95-50.016 : *Bull. civ. II*, n° 21 ; *D.*, 1997, p. 49, obs. F. JULIEN-LAFERRIÈRE]. Si la saisine par l’autorité administrative peut intervenir même quelque temps après l’arrestation [Cass. civ. II, 22 mai 1996, n° 95-50.071 : *Bull. civ. II*, n° 104 ; *D.*, 1997, p. 47, obs. F. JULIEN-LAFERRIÈRE], elle ne saurait être anticipée, avant le début de l’exécution de la rétention administrative [Cass. civ. II, 10 juin 1999, n° 97-50.031 : *Bull. civ. II*, n° 115 ; en l’espèce, le préfet avait anticipé la fin de l’exécution d’une peine privative de liberté pour adopter l’acte de rétention à son échéance et saisir déjà le juge d’une demande de prolongation]. Le contrôle de sa saisine porte également sur la forme de la requête de l’autorité administrative. Le juge judiciaire est ainsi compétent pour sanctionner le défaut de signature [Cass. civ. II, 28 juin 1995, n° 94-50.001 : *Bull. civ. II*, n° 216] ou apprécier une délégation de procédure [Cass. civ. II, 16 nov. 2000, n° 99-50.077 : *inédit*]. L’absence de transmissions des pièces justificatives par l’administration au juge judiciaire permet également de refuser de prolonger [Cass. civ. II, 28 juin 1995, nos 94-50.015 et 94-50.018 : *Bull. civ. II*, n° 215], le procès-verbal d’interpellation étant une de ces pièces nécessaires [Cass. civ. II, 11 juin 1997, n° 96-50.069 : *Bull. civ. II*, n° 180]. De même, les pièces justificatives de la rétention doivent être, dès leur arrivée, mise à disposition de l’avocat de l’étranger, ou en tout cas avant le dépôt de sa requête [Cass. civ. I, 9 mars 2011, n° 09-71.232 : *Bull. civ. I* ; *Gaz. Pal.*, 19 févr. 2013, p. 16, note S. DETRAZ ; *Dr. pén.*, 2013, comm. n° 43, obs. J.-H. ROBERT]. Ce contrôle a permis au juge judiciaire de déterminer le début du maintien en zone d’attente non pas au moment de la notification de la décision, mais au moment de l’« *interpellation* » où l’étranger a été effectivement « *privé de liberté* » [Cass. civ. II, 15 mars 2001, 7 espèces, nos 99-50.097, 99-50.098, 99-50.099, 99-50.100, 99-50.101, 99-50.102 et 99-50.103 : *inédits*]. Cette jurisprudence protectrice, qui n’est pas sans rappeler la détermination du début de la garde à vue par la Chambre criminelle, bien que restée inédite, se fondait directement sur l’article 66 de la Constitution et l’article 136 du Code de procédure pénale. V. aussi pour d’autres présentations des compétences judiciaires, H. GACON, « *L’intervention du juge judiciaire dans la procédure de rétention administrative : une garantie pour les étrangers, mais pour combien de temps ?* » ; *AJP*, 2008, p. 16, ou R. ERRERA, « Les limites d’une contrainte : l’exécution d’office dans le droit des étrangers » ; *AJDA*, 1999, num. spécial, p. 49, ou J. SAINTE-ROSE et P. MUCCHIELLI, « Le contrôle du juge judiciaire sur la rétention administrative » ; *Gaz. Pal.*, 5 sept. 1996, doct., p. 989.

administrative n'interfère pas sur l'application de l'article 5 § 4, puisque la « *légalité* », visée dans la disposition européenne, englobe la conformité de la privation de liberté aux conditions de fond et de forme prévues par la législation nationale³⁷¹⁹ : la contestation juridictionnelle de la régularité administrative est aussi soumise à la célérité du bref délai, comme au prononcé de la libération en cas d'irrégularité. Au moins, le contrôle de la régularité administrative est-il parfaitement balisé par la théorie générale de la légalité de l'acte administratif.

891. **La régularité judiciaire, partie majoritaire de la régularité de la privation de liberté.** Le reste de la régularité appartient à la compétence judiciaire, son juge principal, en vertu des principes de répartition des compétences juridictionnels de droit commun. Par accessoire, le recours en régularité judiciaire de la privation de liberté profite en droit interne des formes des recours judiciaires spéciaux³⁷²⁰, ce qui lui confère une efficacité. La dualité porte en elle-même des inconvénients, accentués par la privation de liberté, qui perturbe la préparation de la contestation juridictionnelle : elle est porteuse d'insécurité juridique et de complexité pour le justiciable et n'est pas un gage de rapidité. S'il n'est pas question de dénier au juge administratif, par principe, la qualité de gardien de la liberté individuelle, la dualité présente des vices militant pour la remise en cause de son application stricte : elle a abouti à doter le juge administratif d'un contrôle variable en matière de privation de liberté (A) et n'a pas réussi à assurer l'effectivité même du recours devant le juge administratif (B).

A) Le juge administratif, gardien de la liberté individuelle : des compétences variables

892. **La comparaison de l'étendue de la compétence administrative en matière d'internement de l'aliéné et en matière de détention de l'étranger.** La dualité s'est principalement développée en matière d'internement de l'aliéné et de détention de l'étranger, en application des mêmes principes. L'étude comparée de la compétence administrative dans les deux domaines reste éclairante quant à la pertinence de la dualité, même si le droit positif confie désormais au juge judiciaire l'appréciation de la régularité administrative du titre de privation de liberté de l'aliéné.

³⁷¹⁹ V. *supra*, n° 845 et s.

³⁷²⁰ V. *supra*, n° 599 et s.

893. **L'interprétation stricte de la régularité administrative de l'internement des aliénés : le cantonnement à la régularité formelle.** Le fond de la privation de liberté n'est pas cantonné à la simple appréciation de son bien-fondé, mais concerne aussi l'appréciation des conditions de fond de celle-ci, définies par le législateur dans son œuvre de délimitation abstraite du champ de la privation de liberté. En matière d'internement de l'aliéné, le Conseil État a défendu une interprétation large de l'appréciation du bien-fondé, réservée au juge judiciaire, en refusant de se prononcer sur l'erreur manifeste d'appréciation ou le détournement de procédure de l'arrêté d'internement³⁷²¹, abandonnant tout contrôle du fond et de la qualification des faits au juge judiciaire. Pour autant, la répartition des compétences n'était pas non plus parfaitement étanche, et le juge administratif s'était approprié, à la différence de la détention administrative de l'étranger, le contrôle du *paquet* de droits de la privation de liberté de police, aboutissant à la neutralisation de leur effectivité³⁷²².

894. **L'interprétation large de la régularité administrative de la rétention de l'étranger : l'acquisition de la régularité du fond.** En revanche, en matière de détention de l'étranger, dès lors que le juge administratif assure le contrôle de l'intégralité de la décision d'éloignement, la régularité réservée au juge administratif comprend cette fois l'appréciation complète du critère de fond de la privation de liberté³⁷²³, en plus de la régularité formelle. La légalité de la mesure d'éloignement reste dominée par l'appréciation de sa proportionnalité, au regard de l'atteinte qu'elle génère sur le droit à mener une vie familiale normale, reconnu sur le fondement de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme et composante de la liberté personnelle dans la jurisprudence constitutionnelle, depuis son retrait de la notion de liberté individuelle³⁷²⁴. Le législateur a réglé en partie la conciliation entre l'éloignement et la liberté fondamentale, en excluant l'éloignement pour certaines catégories d'étrangers³⁷²⁵, et la délimitation ainsi opérée pose les conditions de

³⁷²¹ CE, 11 mars 1996, *cne Saint-Herblain*, n° 164453 : *inédit* ; *JCP*, 1996, II, n° 22743, obs. F. MALLOL.

³⁷²² V. *infra*, n° 916 et s. Le juge judiciaire du fond semblait aussi empiéter sur le contrôle de la régularité formelle de la décision administrative [voir Y. BENHAMOU, « Le contrôle du juge judiciaire sur les hospitalisations psychiatriques sous contrainte : l'exemple de la cour d'appel de Douai » ; *Gaz. Pal.*, 26 avr. 2012, p. 5].

³⁷²³ Le juge se trouve en conséquence compétent pour apprécier le bien-fondé de la décision de l'éloignement de l'étranger en situation irrégulière, dans un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, celui-ci devant porter sur « l'appréciation des conséquences de cette décision sur la situation personnelle de l'étranger qui en fait l'objet », en prenant compte « de l'intérêt supérieur de l'enfant, de la vie familiale et de l'état de santé du ressortissant concerné » [CE, avis, 4 juin 2012, *Ghevondyan*, n° 356505 : *Rec. CE*, T. ; *AJDA*, 2012, p. 1134, obs. M.-CH. DE MONTECLER].

³⁷²⁴ V. *supra*, n° 101.

³⁷²⁵ V. par ex. pour l'obligation de quitter le territoire, l'art. L. 511-4 CESEDA.

régularité de la mesure, toujours réservée au contrôle du juge administratif³⁷²⁶. Le juge judiciaire de la prolongation de la rétention administrative s'est en partie attribué le contrôle de cette régularité³⁷²⁷.

895. Au-delà, le juge administratif doit encore s'assurer concrètement que l'atteinte au droit de l'étranger de mener une vie familiale n'est pas disproportionnée au regard de l'objectif de l'éloignement, et il est ainsi investi du contrôle du bien-fondé de l'éloignement. Les mêmes éléments servent au contrôle du bien-fondé de la privation de liberté, en ce qu'ils peuvent attester de l'existence de gages de représentation, militant pour l'adoption de mesures alternatives, ou qu'ils démontrent le caractère disproportionné de la privation de liberté, au regard de la personnalité de l'étranger. En la matière, le juge judiciaire abandonne presque totalement au juge administratif l'appréciation de la licéité de l'atteinte à la vie familiale générée par la mesure de rétention, au regard du droit de mener une vie familiale normale, montrant ainsi sa volonté de ne pas interférer sur le contrôle de légalité du juge administratif de la mesure d'éloignement, sauf à caractériser une circonstance nouvelle entre la décision d'éloignement et la décision de placement en rétention, appréciée strictement³⁷²⁸.

896. **L'interprétation excessive de la régularité administrative de la rétention de l'étranger : l'acquisition du bien-fondé du placement en détention.** Surtout, si le juge administratif a refusé d'apprécier la légalité interne de l'arrêté d'internement, il n'en va pas de même concernant le placement en rétention administratif, dont le juge administratif apprécie le bien-fondé, au-delà du contrôle de la qualité de la motivation de l'autorité de police³⁷²⁹, empiétant directement sur la compétence judiciaire³⁷³⁰. Si certains arrêts du Conseil d'État ont relativisé cette compétence³⁷³¹, ses dernières décisions reconnaissent au juge

³⁷²⁶ V. *supra*, n° 878 et s.

³⁷²⁷ V. *supra*, n° 872.

³⁷²⁸ Cass. civ. I, 9 déc. 2009, n° 08-19.491 : *Bull. civ. I*, n° 241 ; *Rev. crit. DIP*, 2010, p. 333, comm. S. CORNELOUP. En l'espèce, le mariage de l'étranger avec une ressortissante française enceinte n'était pas de nature, pour la Cour de cassation, à « rendre légalement impossible l'exécution de la mesure d'éloignement ».

³⁷²⁹ V. *supra*, n° 258 et s.

³⁷³⁰ V. par ex. CAA Marseille, 28 mars 2006, *Aznag c. pft région Languedoc Roussillon et pft Hérault*, n° 05MA01822 : *Légifrance*. – CAA Bordeaux, 20 mars 2012, n° 11BX02932 : *AJDA*, 2012, p. 1023. – CAA Lyon, 14 févr. 2008, *pft Haute-Savoie c. Methennin*, n° 07LY00711 : *Légifrance*.

³⁷³¹ CE, 6 mars 2002, *pft Bas-Rhin*, n° 226408 : *Rec. CE, T.*, p. 773. Le juge administratif estime que la mention abstraite à l'un des quatre motifs permettant le placement en rétention selon l'article 35 *bis* suffit : en l'espèce la motivation notait que l'individu « n'était pas en mesure de quitter le territoire français ». – CE, 10 mars 2003, *Ahmet X*, n° 247632 : *inédit*. Le juge administratif valide la légalité de la décision administrative, qui constate simplement que l'étranger entrait bien dans le cadre de la mesure d'éloignement, celle-ci autorisant le placement en rétention.

administratif le pouvoir de se prononcer sur le bien-fondé du placement en privation de liberté, notamment au regard de l'insuffisance des garanties effectives de représentation de l'étranger³⁷³². La jurisprudence du Conseil d'État, certes peu développée en la matière, détermine l'existence des garanties de représentation au regard de l'exercice par l'étranger d'une vie familiale sur le territoire, de sa disposition d'un domicile stable et fixe et de sa possession de documents d'identité, la réunion de ces trois circonstances semblant vaincre la nécessité de la décision de placement, une seule n'apparaissant en tout cas pas suffisante³⁷³³. Désormais, cette appréciation est d'autant plus importante que le législateur a décalé l'intervention du juge judiciaire et organisé une action prioritaire devant la juridiction administrative, en contestation des décisions administratives d'éloignement et de placement en rétention³⁷³⁴, si bien que le juge administratif devient potentiellement le premier juge à pouvoir apprécier sa nécessité.

897. Les juridictions du fond exercent en tout cas cette appréciation du bien-fondé du placement en rétention³⁷³⁵, dans un contrôle normal³⁷³⁶, y compris depuis la réforme. Le cumul entre plusieurs circonstances comme l'absence de possession des documents de voyage, la dissimulation des éléments de son identité, la soustraction à une précédente mesure d'éloignement, l'absence de charges de famille, l'absence de domicile fixe ou encore l'absence de ressources, permet de caractériser la nécessité de la privation de

³⁷³² CE, 14 mars 2005, *pft Haute-Garonne c. M. Dalache*, n° 259881 : *inédit*. Le juge administratif estimait « qu'il ressort également des pièces du dossier que [l'étranger] était titulaire d'un passeport en cours de validité et que sa domiciliation chez un compatriote était connue des services de la préfecture depuis plus de six mois à la date de la décision attaquée ; que, dès lors, [il] est fondé à soutenir que cette décision [...] n'était pas nécessaire ». – CE, 7 avr. 2006, *M. Benayad*, n° 261595 : *inédit*. Le Conseil validait la légalité de la décision de placement, tout en notant que la simple circonstance de la domiciliation de l'étranger chez sa sœur, au moment de la décision, ne suffisait pas à compromettre la nécessité de la rétention. – CE, 9 janv. 2006, *X c. pft Haute-Savoie*, n° 272843 : *inédit*. Les affirmations inexactes de l'étranger, sur l'ancienneté de son domicile, démontrent l'absence de garanties suffisantes.

³⁷³³ CE, 7 avr. 2006, *M. Benayad*, n° 261595 : *inédit*.

³⁷³⁴ Art. L. 512-1 II° CESEDA.

³⁷³⁵ V. par ex. CAA Marseille, 28 mars 2006, *Aznag c. pft région Languedoc Roussillon et pft Hérault*, n° 05MA01822 : *Légifrance*. Le juge y observe que l'étranger « était doté d'un passeport et d'un domicile, disposait des garanties de représentation suffisantes ; que, dès lors, il est fondé à soutenir que cette décision, qui n'était pas nécessaire, est intervenue en méconnaissance des dispositions précitées et à en demander l'annulation ». – CAA Bordeaux, 20 mars 2012, n° 11BX02932 : *AJDA*, 2012, p. 1023. Le juge administratif estime que l'autorité administrative n'a pas commis d'erreur d'appréciation quant au placement, notamment parce que l'étranger « ne disposait ni d'un passeport en cours de validité, ni d'un domicile propre, ni de ressources, et ne présentait donc pas de garanties de représentation ». – CAA Lyon, 14 févr. 2008, *pft Haute-Savoie c. Methennin*, n° 07LY00711 : *Légifrance* : « considérant [que l'étranger] s'est présenté de lui-même à la convocation de la gendarmerie, qu'il dispose d'un passeport tunisien en règle, qu'il justifie d'un domicile stable, que, dans ces conditions, le [préfet] a commis une erreur manifeste d'appréciation en estimant que l'intéressé ne présentait pas de garanties effectives de représentation ».

³⁷³⁶ Quelques décisions du fond font référence à un contrôle limité à l'erreur manifeste d'appréciation [CAA Bordeaux, 26 févr. 2013, *pft Pyrénées-Orientales c. Sanchez Reyes*, n° 12BX01735 : *Légifrance* ; CAA Nancy, 14 févr. 2013, *pft Haut-Rhin c. Halimi*, n° 12NC00332 : *Légifrance*].

liberté³⁷³⁷. L'absence de domicile déclaré en France et l'absence de possession des documents de voyage ou d'identité apparaissent comme les critères principaux justifiant la rétention, particulièrement lorsqu'ils sont cumulés³⁷³⁸, tandis que leur existence ne suffit pas forcément au constat de garanties de représentation suffisantes³⁷³⁹. L'absence de possession des documents d'identité ou de voyage apparaît même comme une circonstance justifiant à elle-seule la nécessité du recours à la privation de liberté³⁷⁴⁰. De même, la soustraction de l'étranger à une précédente mesure d'éloignement est un critère démontrant à lui seul la nécessité de la privation de liberté, même en cas de domicile stable³⁷⁴¹, y compris en cas de possession des documents de voyage et d'identité³⁷⁴², ou lorsque la présence de l'étranger en France est ancienne³⁷⁴³. La jurisprudence du fond semble considérer l'état de santé de l'étranger comme un élément pertinent de l'appréciation de la nécessité³⁷⁴⁴. À l'inverse, la preuve des éléments établissant l'existence de gages de représentation, à la charge de l'étranger, est entendue strictement³⁷⁴⁵. L'ensemble de la jurisprudence du fond apparaît guidé par la même interprétation stricte de l'existence des garanties de représentation, compromise par la seule soustraction à une précédente mesure d'éloignement et caractérisée uniquement par la démonstration cumulative de la disposition d'un domicile stable et fixe, de la possession des documents de voyage ou d'identité et de l'exercice de liens familiaux sur le territoire. Quelques décisions, plus audacieuses, ont rejeté la nécessité du placement en rétention dans les hypothèses où l'administration avait déduit celle-ci du seul comportement de l'étranger³⁷⁴⁶. Ce contrôle, qui empiète directement sur l'office judiciaire, montrant la

³⁷³⁷ CAA Paris, 30 avr. 2013, *Ashraf c. pft Police*, n° 12PA01771 : *Légifrance*. – CAA Paris, 30 avr. 2013, *Tahenni c. pft Seine-et-Marne*, n° 12PA02376 : *Légifrance*.

³⁷³⁸ CAA Lyon, 26 mars 2013, *pft Rhône c. Mballo*, n° 12LY02309 : *Légifrance*. – CAA Nancy, 19 mars 2012, *Diouf c. pft Meurthe-et-Moselle*, n° 11NC01775 : *Légifrance*.

³⁷³⁹ CAA Versailles, 20 déc. 2012, *pft Val d'Oise c. Rhabani*, n° 11VE03247 : *Légifrance*.

³⁷⁴⁰ CAA Paris, 7 déc. 2012, *Avalos Ferreira c. pft Police*, n° 12PA02064 : *Légifrance*. – CAA Paris, 20 janv. 2012, *pft Police c. Silva Da Costa*, n° 11PA04240 : *AJDA*, 2012, p. 1161, obs. F. ROUSSEL. – CAA Nancy, 5 juin 2012, *Longot c. pft Bas-Rhin*, n° 12NC00256 : *Légifrance*.

³⁷⁴¹ CAA Paris, 25 mars 2013, *Chetitah c. pft Police*, n° 12PA01580 : *Légifrance*.

³⁷⁴² CAA Paris, 12 mars 2013, *Bouslimani c. pft Police*, n° 12PA03413 : *Légifrance*. – CAA Nancy, 25 oct. 2012, *Cakir contre pft Meurthe-et-Moselle*, n° 11NC01933 : *Légifrance*.

³⁷⁴³ CAA Nancy, 31 janv. 2013, *pft Haut-Rhin c. Orsulic*, n° 12NC01080 : *Légifrance*. Ce dernier critère n'est de toute manière pas pertinent pour certains juges du fond [CAA Versailles, 18 déc. 2012, *Seva c. pft Hauts de Seine*, n° 11VE02221 : *Légifrance*].

³⁷⁴⁴ Encore faut-il démontrer que la rétention a empêché l'étranger de bénéficier de soins [CAA Nancy, 14 févr. 2013, *pft Haut-Rhin c. Halimi*, n° 12NC00332 : *Légifrance*].

³⁷⁴⁵ V. pour la preuve du domicile fixe et de la paternité à venir, CAA Bordeaux, 2 nov. 2012, *Barhouni c. pft Haute-Garonne*, n° 11BX03046 : *AJDA*, 2013, p. 39, note G. DE LA TAILLE.

³⁷⁴⁶ CAA Bordeaux, 2 nov. 2012, *pft Haute-Garonne c. Fadika*, n° 12BX00650 : *Légifrance*. La juridiction considérait que le défaut de collaboration de l'étranger à l'éloignement ne suffisait pas à écarter les garanties de représentation. – CAA Nancy, 2 août 2012, *Kemamen Nouchum c. pft Meurthe-et-Moselle*, n° 12NC00170 : *Légifrance*.

porosité de la répartition des compétences, se montre au surplus léger, rappelant que le droit positif a tendance à dessiner une présomption de nécessité du placement en privation de l'étranger, qui a fait l'objet d'une décision d'éloignement³⁷⁴⁷. L'autonomie de la détention³⁷⁴⁸ reste en cette matière faiblement reconnue. Plus gravement, le recours devant le juge administratif en contestation de la régularité du titre de détention souffre d'un défaut d'efficacité.

B) Le juge administratif, gardien de la liberté individuelle : un recours dont l'effectivité n'est pas assurée

898. **L'application de l'article 5 § 4.** Le contrôle juridictionnel interne de la privation de liberté, tel qu'imposé par l'article 5 § 4, doit s'étendre à l'ensemble de la régularité du titre de détention³⁷⁴⁹. Même pour la part qui appartient au juge administratif, la contestation de la régularité doit être tranchée à bref délai et sanctionnée de la libération. Pourtant, le défaut d'effectivité du recours administratif concerne la promptitude (1), comme l'impossibilité de libérer la personne privée de liberté (2).

1) Le défaut de promptitude

899. **L'absence d'exigence constitutionnelle.** L'exigence particulière de promptitude, caractéristique propre des recours judiciaires spéciaux, exigés immédiatement ou à bref délai³⁷⁵⁰, n'a pas été transposée au contrôle administratif de la régularité de la privation de liberté dans la jurisprudence constitutionnelle. Si l'article 66 de la Constitution demeure inefficace pour imposer la promptitude du recours administratif, le Conseil constitutionnel a développé la notion de recours effectif sur le fondement de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme, utilisé pour imposer l'intervention périodique du juge judiciaire dans un

³⁷⁴⁷ V. pour l'insuffisante délimitation abstraite de la détention de l'étranger, *supra*, n° 392 et s. et v. pour l'insuffisant contrôle de la qualité de la motivation, *supra*, n° 258 et s.

³⁷⁴⁸ V. *supra*, n° 70.

³⁷⁴⁹ CEDH, gde ch., 17 janv. 2012, *Stanev c. Bulgarie*, req. n° 36760/06 : *Rec. CEDH*, 2012 ; *RDSS*, 2012, p. 863, note K. LUCAS ; *JDI*, 2013, chron. n° 8, obs. X. AUREY ; § 168. V. aussi CEDH, plén., 29 nov. 1988, *Brogan et autres c. Royaume-Uni*, req. n°s 11209/84, 11234/84, 11266/84 et 11386/85 : *Rec. CEDH*, série A, n° 145-B. Ce contrôle doit comporter « l'observation des règles de procédure de [la législation interne] et le caractère raisonnable des soupçons motivant l'arrestation, ainsi que la légitimité du but poursuivi par celle-ci puis par la garde à vue » et suppose « un contrôle assez ample pour s'étendre à chacune des conditions indispensables à la "légalité" de la détention d'un individu au regard du paragraphe 1 ».

³⁷⁵⁰ V. *supra*, n° 715.

recours à bref délai pour apprécier la proportionnalité de la privation de liberté³⁷⁵¹. Alors que dans la même décision le Conseil constitutionnel traitait également du contrôle administratif de la régularité, il ne posait aucune exigence particulière à ce recours³⁷⁵². Il ressort donc du droit constitutionnel des exigences différentes entre le contrôle de la régularité administrative, qui peut s'exercer à travers un recours de droit commun, et le contrôle de la régularité judiciaire, qui est soumis aux exigences de promptitudes des recours spéciaux de la privation de liberté. Cette vision, qui confirme le désintéret constitutionnel pour le contrôle de la régularité³⁷⁵³ est au moins rattrapé par la Convention européenne des droits de l'Homme, qui impose le recours à bref délai.

900. **L'insuffisance des référés administratifs.** Le droit des étrangers a parfois été critiqué quant au défaut de rapidité du recours administratif, pouvant l'empêcher de se prononcer sur la régularité de la détention, avant même l'exécution de l'éloignement³⁷⁵⁴. La contestation de la mesure d'éloignement, soutien nécessaire au placement en rétention, a longtemps été soumise au droit commun du contentieux de l'excès de pouvoir. Le juge administratif bénéficie cependant désormais de référés, à même d'assurer la célérité de la contestation de la régularité administrative du titre de privation de liberté. L'étendue du référé pose une première difficulté, dès lors qu'il est soumis à différentes conditions restrictives³⁷⁵⁵. Pour la rétention administrative, les recours en référé sont en plus inefficaces, sauf à ce que le juge administratif tranche avant la prolongation de la rétention par le juge judiciaire pour la

³⁷⁵¹ Déc. n° 2010-71 QPC du 26 nov. 2010 : *préc.* ; consid. n° 39.

³⁷⁵² Le Conseil constitutionnel n'avait pas non plus posé d'exigence lorsqu'il avait estimé le juge administratif suffisamment armé pour protéger les libertés et refusé au législateur la possibilité d'établir au profit du juge judiciaire un bloc de constitutionnalité lui permettant d'apprécier la régularité de l'arrêt de reconduite à la frontière [v. *supra*, n° 882].

³⁷⁵³ V. pour le désintéret constitutionnel dans le cadre de la définition du contenu de la régularité, *supra*, n° 852 et s.

³⁷⁵⁴ Voir F. JULIEN-LAFERRIÈRE, « La délimitation des compétences de la juridiction administrative et de la juridiction judiciaire en matière de rétention administrative et de maintien en zone d'attente » ; *RCDI*, 2002, p. 255. Voir surtout pour la sanction du droit français par la Cour européenne des droits de l'Homme, sur le fondement de l'article 13 de la Convention, pour un défaut d'effectivité du recours administratif en légalité de la décision d'éloignement, en raison de son exécution forcée pratiquement immédiatement après l'introduction du recours, empêchant les juridictions de se prononcer sur le grief de l'atteinte au droit à mener une vie familiale normale consacré par l'article 8 de la Convention, CEDH, gde ch., 13 déc. 2012, *De Souza Ribeiro c. France*, req. n° 22689/07 : *Rec. CEDH*, 2012 : *ADL*, 16 déc. 2012, comm. N. HERVIEU ; *RFDA*, 2013, p. 576, chron. H. LABAYLE et F. SUDRE ; *AJDA*, 2012, p. 2408, obs. D. NECIB ; *D.*, 2013, p. 324, obs. K. PARROT ; *Rev. crit. DIP*, 2013 p. 448, note F. JAULT-SESEKE ; *JCP*, 2013, doct. n° 64, chron. F. SUDRE.

³⁷⁵⁵ V. pour le refus de considérer les référés administratifs français comme des recours satisfaisant l'article 5 § 4, CEDH, sect. V, 18 nov. 2010, *Baudoin c. France*, req. n° 35935/03 ; *RTD civ.*, 2011, p. 101, obs. J. HAUSER ; *AJDA*, 2010, p. 2239, obs. R. GRAND ; *AJP*, 2011, p. 144, obs. É. PÉCHILLON ; *JCP*, 2011, n° 189, note K. GRABARCZYK ; § 103.

contestation du placement en rétention³⁷⁵⁶, ou avant que la décision d'éloignement ne soit exécutée pour la contestation de celle-ci. Justifiée par la volonté de ne pas empiéter sur le pouvoir judiciaire concernant la contestation de l'arrêté de placement en détention³⁷⁵⁷, cette dernière position se montrait quelque peu hypocrite, dès lors que la prolongation de la rétention administrative par le juge judiciaire n'empêchait pas le juge administratif d'apprécier ultérieurement le bien-fondé du placement en rétention, une fois l'éloignement réalisé³⁷⁵⁸. Quant à l'internement des aliénés, si le juge administratif a admis l'efficacité du référé-liberté contre la décision administrative de placement, à condition que la contestation ne concerne que la régularité de la mesure et non sa nécessité³⁷⁵⁹, la condition de l'urgence limitait de nouveau la recevabilité de la mesure³⁷⁶⁰.

901. L'introduction législative inachevée d'un recours rapide et complet du contrôle de la régularité administrative. Le législateur a en partie comblé ce défaut de promptitude en créant un recours spécial, rapide et suspensif, permettant de contester devant le juge administratif la décision de refus d'entrée sur le territoire au titre de l'asile³⁷⁶¹ ou l'arrêté de reconduite à la frontière³⁷⁶², la décision de placement en rétention pouvait alors être contestée, à titre d'accessoire, dans la même procédure spécialement organisée pour critiquer la mesure d'éloignement³⁷⁶³, le principal de l'action. La nouvelle refonte législative du

³⁷⁵⁶ CE, réf., 29 nov. 2007, *Grabis*, n° 310912 : inédit : « la décision de l'autorité administrative ordonnant le placement en rétention ne peut produire effet que pendant quarante-huit heures et, qu'au terme de ce délai, seule une décision de l'autorité judiciaire peut maintenir un étranger en rétention, sans l'intervention d'aucune autorité administrative ; qu'ainsi, l'étranger maintenu en rétention, par ordonnance du juge des libertés et de la détention, ne peut utilement contester au-delà de ce terme l'arrêté par lequel le préfet l'a placé en rétention ». – CE, réf., 12 sept. 2007, *Benamara*, n° 309317 : *Rec. CE*, T. – CE, 15 mars 2002, *min. Intérieur c. M. Benkhira*, n° 236539 : *Rec. CE*, T., p. 773 ; *LPA*, 20 déc. 2002, n° 254, p. 20, concl. I. DA SILVA. Le Commissaire du gouvernement avait pourtant présenté une autre solution.

³⁷⁵⁷ V. en même sens, CH. BÉROUJON, « Le contentieux de la rétention administrative des étrangers en situation irrégulière » ; *RSC*, 2011, p. 69.

³⁷⁵⁸ CE, 17 nov. 2004, *pft Pyrénées-Orientales c. Azzouni*, n° 259119 : inédit.

³⁷⁵⁹ CE, 1^{er} avr. 2010, *Sarabia*, n° 335753 : *Rec. CE*, T. : *LPA*, 29 juil. 2010, p. 15, comm. R. BONNEFONT.

³⁷⁶⁰ Concernant un arrêté de prolongation de l'internement d'office, malgré le constat de l'illégalité de l'arrêté pour défaut de motivation, dans le cadre d'un recours en référé-suspension, le juge administratif avait écarté la satisfaction de la condition de l'urgence, en s'appuyant, notamment, sur le constat médical de la nécessité de l'internement, ce qui indirectement, en faisait le juge du bien-fondé de l'internement, pris comme un fait justificatif de l'irrégularité [CE, 9 nov. 2001, *Deslandes*, n° 235247 : *Rec. CE*, p. 547 ; *Dr. admin.*, 2002, comm. n° 74, obs. C. LANDAIS].

³⁷⁶¹ L'étranger peut saisir le président du tribunal administratif quarante-huit heures, au plus tard, après la notification de la décision de refus d'entrée au titre de l'asile, et celui-ci devra trancher dans les soixante-douze heures de sa saisine [art. L. 213-9 CESEDA]. L'exécution forcée du refus d'entrée est suspendue, jusqu'au terme de la procédure. L'appel est permis, mais non-suspensif. L'annulation de la décision de refus d'entrée doit entraîner la fin du maintien en zone d'attente.

³⁷⁶² Ancien art. L. 512-2 CESEDA. Le reliquat des cas de reconduite à la frontière [art. L. 533-1 CESEDA] peut encore être contesté sur ce fondement [art. R. 776-1 du Code de justice administrative].

³⁷⁶³ CE, avis, 26 mai 1995, n° 164880, *M^{me} Yilmaz* : *Rec. CE*, p. 217 ; *LPA*, 1995, p. 15, concl. B. DU MARAIS. L'article 22 *bis* de l'ordonnance de 1945 sur les étrangers prévoyait en effet que deux jours après la notification

recours l'étendait à l'obligation de quitter le territoire³⁷⁶⁴, mais aussi à la décision de placement en rétention administrative, non plus par accessoire, mais à titre principal, la contestation rapide du placement en rétention étant, en principe, toujours possible, même pour celui pris en exécution d'une décision administrative d'éloignement contre laquelle le recours rapide n'est pas ouvert³⁷⁶⁵. La modification du recours rapide contre la décision de placement en rétention administrative³⁷⁶⁶, cumulé au recul de l'intervention du juge judiciaire³⁷⁶⁷, aboutit à ce que le juge administratif se prononce le premier. Et puisque le juge administratif a empiété sur le contrôle du bien-fondé de la rétention, sauf à modifier sa jurisprudence³⁷⁶⁸, il devient le plein gardien de la liberté individuelle de l'étranger³⁷⁶⁹.

par voie administrative ou sept jours après notification par voie postale, l'étranger pouvait saisir le président du Tribunal administratif qui devait statuer dans les trois jours. L'exécution de la mesure d'éloignement était alors suspendue.

³⁷⁶⁴ Nouvel art. L. 512-1 CESEDA. L'obligation de quitter le territoire a été consacré par le législateur comme mesure principale d'éloignement, à la place de l'arrêté de reconduite à la frontière, celle-ci subsistant pour quelques cas. Le recours spécial concerne tout autant la contestation par accessoire de la décision relative au séjour, de la décision refusant un délai de départ volontaire, de la décision mentionnant le pays de destination et de la décision d'interdiction de retour sur le territoire français accompagnant l'obligation de quitter le territoire.

³⁷⁶⁵ CE, avis, 29 oct. 2012, *Ayari*, n° 360584 : *Rec. CE : AJDA*, 2012, p. 2084, obs. D. POUPEAU : le Conseil d'État rappelait que le recours rapide pouvait être utilisé par l'étranger retenu « à l'égard des décisions mentionnées par ce III [soit la décision de placement en rétention ou d'assignation à résidence, l'obligation de quitter le territoire français, la décision de refus de délai de départ volontaire, celle mentionnant le pays de destination et la décision d'interdiction de retour sur le territoire français], quelle que soit la mesure d'éloignement, autre qu'un arrêté d'expulsion, en vue de l'exécution de laquelle le placement en rétention ou l'assignation à résidence ont été pris, y compris en l'absence de contestation de cette mesure ». En conséquence, le Conseil d'État admettait l'utilité de ce recours pour contester la seule décision administrative mentionnant le pays de destination prise dans le cadre de son éloignement en vertu d'une interdiction judiciaire du territoire.

³⁷⁶⁶ « L'étranger peut demander au président du tribunal administratif l'annulation de cette décision dans les quarante-huit heures suivant sa notification », celui-ci devant statuer « au plus tard soixante-douze heures à compter de sa saisine » [art. L. 512-1 CESEDA].

³⁷⁶⁷ Le juge judiciaire intervient désormais « quand un délai de cinq jours s'est écoulé depuis la décision de placement en rétention » et le juge des libertés et de la détention saisi « statue dans les vingt-quatre heures de sa saisine » [art. L. 552-1 CESEDA].

³⁷⁶⁸ Le juge du fond même sous l'empire de la loi nouvelle continue ce contrôle complet de la décision de placement en rétention administrative englobant le contrôle de nécessité [CAA Lyon, 12 juil. 2012, *pft Isère c. Benyettou*, n° 12LY00162 : *Légifrance*].

³⁷⁶⁹ V. *supra*, n° 896. Un tel empiétement sur la compétence judiciaire demeure malgré tout mesuré, puisque celui-ci, saisi juste après, conserve la possibilité de libérer, malgré la validation de la procédure par le juge administratif.

902. En revanche, ni la décision d'expulsion³⁷⁷⁰, ni *a priori* la décision d'éloignement de la procédure de reconduite à la frontière *Schengen*³⁷⁷¹, ni l'arrêté de reconduite à la frontière du droit dérogatoire prévu pour l'Outre-Mer³⁷⁷², ne peuvent être contestés par la procédure spéciale, et leur critique reste soumise au droit commun, recours en excès de pouvoir et référés généraux, de même que l'action contre la décision de placement en rétention administrative prise pour l'exécution forcée de ces décisions, sauf pour l'expulsion³⁷⁷³. L'architecture des différents recours aboutit à neutraliser le contrôle rapide de la régularité administrative du titre de privation de liberté dans plusieurs hypothèses.

903. **Le remède inachevé du recours effectif de l'article 13 de la Convention : la poursuite de la péremption du droit de la détention.** La force de l'article 5 est d'imposer spécialement un recours juridictionnel interne, permettant la contestation de la « *légalité* » de la détention, y compris la régularité administrative, recours spécial par rapport à celui de l'article 13 et en principe adapté, du fait de sa célérité renforcée et du pouvoir de libération dont il est doté. La Cour européenne des droits de l'Homme a même reconnu l'effet suspensif du recours de l'article 5 § 4, concernant la privation de liberté de l'étranger, dans des hypothèses exceptionnelles, en cas de mauvaise foi des autorités³⁷⁷⁴ : le recours à bref délai, à condition d'exiger une célérité plus importante dans ce cas, apparaît capable de provoquer le contrôle juridictionnel de la régularité de la détention *moyen*, notion intégrant la

³⁷⁷⁰ Le législateur a d'ailleurs pris soin de préciser à l'article R. 776-1 du Code de justice administrative que des conclusions tendant à l'annulation de l'arrêté d'expulsion ne pouvaient être reçues lors de la contestation de la rétention administrative, dans le cadre de la procédure rapide.

³⁷⁷¹ Le juge administratif considère en effet que cette procédure « *constitue une mesure distincte* » de la reconduite à la frontière de droit commun et ne lui applique pas les règles de droit commun [CE, réf., 24 nov. 2010, *Eddomari*, n° 344411 : *Rec. CE* ; *AJDA*, 2011, p. 804, note O. LECUCQ ; *RTD eur.*, 2011, p. 490, obs. A. BOUVERESSE ; *D.*, 2012 p. 390, chron. K. PARROT].

³⁷⁷² Art. L. 514-1 CESEDA. Ce régime dérogatoire, applicable en Guyane et à Saint-Martin en Guadeloupe, était d'abord prévu pour cinq ans, avant d'être pérennisé par le législateur, avec l'aval du Conseil constitutionnel, au regard de « *la situation particulière et [des] difficultés durables du département de la Guyane et, dans le département de la Guadeloupe, de la commune de Saint-Martin, en matière de circulation internationale des personnes* » [Cons. const., déc. n° 2003-467 DC du 13 mars 2003 relative à la loi pour la sécurité intérieure : *J. O.*, 19 mars 2003, p. 4789 ; *RSC*, 2003, p. 602 et p. 614, obs. V. BÜCK ; *D.*, 2004, p. 1273, obs. S. NICOT consid. n° 10]. Si les auteurs de la saisine invoquaient une violation des droits de la défense, le Conseil constitutionnel rappelait, sans poser de fondement, que le juge administratif pouvait toujours être saisi en la forme des référés, même si les faits de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme *De Souza Ribeiro* [v. *infra*, n° 903 et s.] montraient que cette voie restait parfois illusoire. Le Conseil d'État a rappelé l'inapplication du recours spécial, tout en admettant que le référé-liberté ou le référé-suspension puisse s'exercer à l'encontre des différentes décisions, sans toutefois que l'efficacité de ceux-ci ne soit assurée, puisque ces recours ne suspendent pas l'éloignement dès leur introduction [CE, avis, 1^{er} mars 2012, n° 355133 : *Rec. CE*, T. ; *AJDA*, 2012, p. 466, obs. S. BRONDEL].

³⁷⁷³ L'article L. 512-1 vise en effet la décision de placement en rétention administrative, sans distinction selon la mesure d'éloignement dont elle assure l'exécution. À la différence de la reconduite *Schengen* ou du régime dérogatoire de l'outre-mer, la procédure d'expulsion n'est pas écartée en totalité du champ de l'article L. 512-1, mais uniquement pour la décision d'expulsion [v. l'art. R. 776-1 du Code de justice administrative].

³⁷⁷⁴ V. *supra*, n° 665 et s.

régularité de la décision fixant l'obligation pour l'exécution de laquelle la privation de liberté a été adoptée, avant toute exécution de l'obligation³⁷⁷⁵.

904. La Cour européenne des droits de l'Homme a préféré utiliser l'article 13 de la Convention, la disposition générale consacrant un droit au juge national pour la contestation de la violation de la Convention, pour imposer l'instauration d'un recours juridictionnel interne suspensif, pour contrôler l'ingérence disproportionnée à un droit protégé par la Convention, que causerait l'exécution de l'éloignement ou de l'extradition. Le caractère suspensif de plein droit du recours interne est posé fermement par Cour, pour la contestation de la décision d'extradition³⁷⁷⁶ ou de la décision d'éloignement³⁷⁷⁷ fondée sur l'exposition à un traitement inhumain et dégradant qui résulterait de l'exécution de la mesure. En revanche, la Cour a rejeté pareille exigence pour la contestation de l'éloignement, du fait de l'atteinte disproportionnée que son exécution générerait au droit de l'étranger à mener une vie familiale normale, estimant de manière contestable, que l'atteinte n'est alors pas irréversible³⁷⁷⁸, dans son examen du droit dérogatoire français en Outre-mer³⁷⁷⁹. Le principe était maintenu par la Grande chambre³⁷⁸⁰. Le juge européen y refusait de tenir compte du contexte particulier de la

³⁷⁷⁵ Le Conseil d'État a rappelé que ni l'article 5 § 4, ni l'article 15 § 2 de la directive *retour* [directive n° 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier], qui fondent le principe d'« un contrôle juridictionnel accéléré de la légalité de la rétention [...] le plus rapidement possible à compter du début de la rétention », n'imposent un recours suspensif empêchant l'exécution de l'éloignement avant que la régularité du placement en détention n'aient été tranchée [CE, 4 mars 2013, *min. Intérieur c. Mehrzi*, n° 359428 : à paraître au *Lebon* ; *Dr. admin.*, 2013, comm. n° 35, note V. TCHEN ; *JCP A*, 2013, actu., 251, obs. L. ERSTEIN ; *ibid.*, actu., n° 2232, obs. G. MARTI].

³⁷⁷⁶ CEDH, gde ch., 21 janv. 2011, *M. S. S. c. Belgique et Grèce*, req. n° 30696/09 : *Rec. CEDH*, 2011 : *JCP*, 2012, doct. n° 924, chron. F. SUDRE ; *AJDA*, 2011, p. 138, obs. M.-C. DE MONTECLER ; *AJDA*, 2011, p. 1993, chron. L. BURGORGUE-LARSEN ; § 385. En l'espèce, un recours suspensif existait, sans présenter la qualité suffisante pour être considéré comme effectif. En droit français, si le recours en excès de pouvoir permis contre le décret d'extradition n'est pas suspensif, l'usage veut que le Gouvernement attende l'épuisement du délai, ou la décision du juge administratif s'il a été saisi, pour extraditer, raison pour laquelle le juge administratif rejette pour défaut d'urgence le référé-liberté formé par l'étranger contre le décret [CE, 19 juil. 2012, n° 361143 : *inédit*].

³⁷⁷⁷ Le principe a été reconnu implicitement pour l'éloignement de l'étranger en situation irrégulière [CEDH, sect. V, 30 juin 2011, *De Souza Ribeiro c. France*, req. n° 22689/07 ; *ADL*, 1^{er} juil. 2011, comm. N. HERVIEU ; *AJDA*, 2011, p. 1993, chron. L. BURGORGUE-LARSEN ; § 43]. Il a été expressément reconnu pour l'étranger, demandeur d'asile, détenu en zone d'attente [CEDH, sect. II, 26 avr. 2007, *Gebremedhin [Gaberramadhi] c. France*, req. n° 25389/05 : *Rec. CEDH*, 2007-II ; *Procédures*, 2007, comm. n° 150, obs. L. MILANO ; *AJP*, 2007, p. 476, comm. H. GACON ; *D.*, 2007, p. 2780, comm. J.-P. MARGUÉNAUD ; *AJDA*, 2007, p. 1918, chron. J.-F. FLAUSS]. La solution est désormais bien intégrée, puisque le droit français a de nouveau été sanctionné pour le défaut d'effectivité de la procédure dérogatoire de traitement d'une demande d'asile [CEDH, sect. V, 2 févr. 2012, *I. M. c. France*, req. n° 9152/09 : *JCP*, 2012, n° 222, obs. L. MILANO ; *AJDA*, 2012, p. 1726, chron. L. BURGORGUE-LARSEN ; *JCP A*, 2012, n° 2212, comm. G. MARTI ; *D.*, 2013, p. 324, chron. S. CORNELOUP].

³⁷⁷⁸ *Ibid.*, § 41 et s.

³⁷⁷⁹ *V. supra*, note n° 3772

³⁷⁸⁰ CEDH, gde ch., 13 déc. 2012, *De Souza Ribeiro c. France*, req. n° 22689/07 : *Rec. CEDH*, 2012 : *ADL*, 16 déc. 2012, comm. N. HERVIEU ; *RFDA*, 2013, p. 576, chron. H. LABAYLE et F. SUDRE ; *AJDA*, 2012, p. 2408, obs. D. NECIB ; *D.*, 2013, p. 324, obs. K. PARROT ; *Rev. crit. DIP*, 2013 p. 448, note F. JAULT-SESEKE ; *JCP*,

pression migratoire en Outre-mer, à la différence du Conseil constitutionnel, qui l'avait employé pour justifier l'existence du droit dérogatoire³⁷⁸¹. Sans exiger de recours suspensif, la Grande chambre sanctionnait malgré tout l'État français, incapable d'assurer un recours juridictionnel « réel »³⁷⁸², au regard de l'exécution de l'éloignement subi par le requérant « selon des modalités rapides, voire expéditives »³⁷⁸³. Si bien que sans exiger de plein droit l'existence d'un recours suspensif, c'est bien l'absence de recours suspensif en l'espèce, qui justifiait le constat de violation, dans un raisonnement timide, dont la portée exacte reste équivoque. Un tel développement de la jurisprudence européenne, qui tend à mettre à l'écart de la régularité de la privation de liberté la conventionnalité de l'obligation pour l'exécution forcée de laquelle la mesure de contrainte est permise, amoindrit son autonomie. L'importance croissante de l'usage de l'article 13 dans le contrôle de la privation de liberté, phénomène déjà visible s'agissant de la contestation de l'isolement pénitentiaire³⁷⁸⁴, rappelle la préemption du droit de la privation de liberté et la mise en veille de l'article 5, alors que les avancées les plus récentes dans le contrôle de la privation de liberté sont réalisées sur d'autres fondements.

905. **La poursuite du démantèlement de l'*Habeas corpus*.** La régularité administrative, pour sa part encore réservée à la compétence du juge administratif, si elle est soumise à la contestation rapide de l'article 5 § 4, se trouve en revanche exclue de la première intervention judiciaire immédiate, imposée par l'article 66 de la Constitution³⁷⁸⁵. Cette compétence réduite du juge de la privation de liberté, lorsqu'il intervient pour la première fois, nuance encore la reconnaissance d'un véritable *Habeas corpus*, alors pourtant que son intervention est justifiée par la lutte contre l'arbitraire, nature qui justifie d'autant plus

2013, doct. n° 64, chron. F. SUDRE ; § 83 : « S'agissant d'éloignements d'étrangers contestés sur la base d'une atteinte alléguée à la vie privée et familiale, l'effectivité ne requiert pas que les intéressés disposent d'un recours de plein droit suspensif. Il n'en demeure pas moins qu'en matière d'immigration, lorsqu'il existe un grief défendable selon lequel une expulsion risque de porter atteinte au droit de l'étranger au respect de sa vie privée et familiale, l'article 13 combiné avec l'article 8 de la Convention exige que l'État fournisse à la personne concernée une possibilité effective de contester la décision d'expulsion ou de refus d'un permis de séjour et d'obtenir un examen suffisamment approfondi et offrant des garanties procédurales adéquates des questions pertinentes par une instance interne compétente fournissant des gages suffisants d'indépendance et d'impartialité ».

³⁷⁸¹ *Ibid.*, § 97 et s. V. *supra*, note n° 3772, pour la décision constitutionnelle.

³⁷⁸² *Ibid.*, § 93 : « sans préjudice du caractère suspensif ou non des recours, l'effectivité requiert, pour éviter tout risque de décision arbitraire, que l'intervention du juge ou de "l'instance nationale" soit réelle ».

³⁷⁸³ *Ibid.*, § 96. L'individu avait été éloigné trente-six heures après son placement en rétention, malgré sa formulation d'un recours en référé-suspension.

³⁷⁸⁴ V. *supra*, n° 558 et s. L'usage de l'article 13 sert plus largement à imposer un recours juridictionnel efficace en droit interne pour contester les conditions de détention contraires à l'article 3 [v. *supra*, n° 517 et s.].

³⁷⁸⁵ La création du recours administratif spécial pour contester une partie des décisions d'éloignement et de placement en rétention administrative, d'une célérité supérieure d'ailleurs à la première intervention judiciaire, nuance évidemment ce défaut, sans couvrir la totalité des décisions d'éloignement [V. *supra*, n° 899 et s.].

son contrôle du titre administratif de privation de liberté. Le défaut s'ajoute au recul de la célérité de l'*Habeas corpus*³⁷⁸⁶ et à l'absence de l'application du procès de la privation de liberté³⁷⁸⁷. Outre le vice de promptitude, le défaut du pouvoir de libérer du juge administratif est une autre critique de l'effectivité de la contestation devant lui de la régularité du titre de détention.

2) Le défaut du pouvoir de libérer

906. **La sanction de l'irrégularité administrative : de la libération à la simple réparation pécuniaire.** Dépourvu de l'usage de l'article L. 911-1 du Code de justice administrative pour forcer la libération³⁷⁸⁸, l'annulation par le juge administratif de l'arrêté préfectoral de placement ou de prolongation de l'internement d'office n'avait qu'une simple conséquence indemnitaire, de surcroît accordée ultérieurement par le juge judiciaire³⁷⁸⁹. En revanche, l'annulation de la décision administrative d'éloignement, dont la privation de liberté est le support, entraîne nécessairement la fin de la privation de liberté³⁷⁹⁰.

907. **La libération, sanction de l'irrégularité administrative du titre de détention.** Pourtant, la Cour européenne des droits de l'Homme a rappelé dans l'arrêt *Baudoin*³⁷⁹¹ que l'irrégularité administrative aboutissant, en droit interne, à l'annulation du titre de privation de liberté administratif, devait être sanctionnée par la libération. En l'espèce, le juge administratif avait annulé plusieurs arrêtés administratifs prolongeant l'internement, sans permettre la libération de l'intéressé. Le requérant avait attaqué directement sur le

³⁷⁸⁶ V. *supra*, n° 728 et s.

³⁷⁸⁷ V. *supra*, n° 815 et s.

³⁷⁸⁸ V. sur ce point les faits de l'arrêt *Baudoin* [CEDH, sect. V, 18 nov. 2010, *Baudoin c. France*, req. n° 35935/03 ; *RTD civ.*, 2011, p. 101, obs. J. HAUSER ; *AJDA*, 2010, p. 2239, obs. R. GRAND ; *AJP*, 2011, p. 144, obs. É. PÉCHILLON ; *JCP*, 2011, n° 189, note K. GRABARCZYK].

³⁷⁸⁹ Cass. civ. I, 31 mars 2010, n° 09-11.803 : *Bull. civ. I*, n° 77 ; *D.*, 2010, p. 1259, avis J.-D. SARCELET ; *RTD civ.*, 2010 p. 301, obs. J. HAUSER. La Cour de cassation l'a rappelé, faisant sienne la motivation du juge du fond : « l'annulation des arrêtés préfectoraux, ordonnant l'hospitalisation d'office par le juge administratif, constituait le fait générateur de l'obligation à indemnisation [...], l'atteinte à la liberté individuelle résultant de l'hospitalisation d'office se trouvant privée de tout fondement légal, [...] et qu'en conséquence l'intéressée disposait contre l'État d'une créance en responsabilité du chef des conséquences dommageables des irrégularités ayant entaché les mesures de placement ».

³⁷⁹⁰ La loi le prévoit pour la rétention administrative des étrangers et l'annulation de la mesure de d'éloignement [art. L. 554-2 CESEDA]. La jurisprudence attribue le même effet à la rétractation de la décision d'éloignement. La jurisprudence a aussi admis que l'annulation de la décision de refus d'entrée sur le territoire entraîne l'annulation de la décision de maintien en zone d'attente [CAA Paris, 17 févr. 1998, *M^{me} Sumiko Kawana*, n° 96PA01880 : *RFDA*, 1999, p. 509, concl. É. COROUGE]. Pour cet autre cas de détention de l'étranger, la loi prévoit désormais que la nullité de forme peut entraîner la mainlevée du maintien en zone d'attente, à la condition que l'irrégularité ait porté atteinte aux droits de l'étranger [art. L. 222-8 CESEDA].

³⁷⁹¹ *Baudoin* : *préc.*

fondement de l'article 5 § 4 le principe même de la dualité en matière du contrôle de la privation de liberté³⁷⁹². La Cour plaçait plus justement son raisonnement sur un examen *in concreto* de l'effectivité des recours, refusant de condamner abstraitement la dualité³⁷⁹³. Elle écartait l'efficacité des recours en référé, liberté ou suspension, pour ne pas permettre un examen complet au fond de la légalité³⁷⁹⁴. Quant au recours en excès de pouvoir de droit commun, la Cour ne pouvait que constater l'impasse du droit français, dès lors que le juge administratif ne pouvait prononcer la sortie immédiate, alors que le juge judiciaire, doté de ce pouvoir, ne pouvait le faire sur le fondement de l'irrégularité administrative du titre de privation de liberté, pour laquelle sa compétence est écartée. Finalement, la Cour rappelait *in fine* qu'elle ne s'opposait pas à la dualité, à condition qu'elle soit complémentaire et qu'elle permette d'aboutir à la libération de l'interné. C'est donc l'impossibilité d'obtenir la libération pour vice de forme du titre de détention qui était sanctionnée. Depuis le 1^{er} janvier 2013, la suppression de la dualité en matière d'internement, confiant au juge judiciaire l'ensemble du contentieux, prévoit expressément la mainlevée de l'internement en raison de l'irrégularité administrative³⁷⁹⁵, et la dualité, si souvent critiquée en la matière, sera éradiquée³⁷⁹⁶.

908. Avant cette suppression, la dualité, imposée sur des fondements identiques dans chaque domaine, aboutissait à confier au juge administratif un contrôle marginal et inoffensif de la privation de liberté en matière de l'internement des aliénés et un contrôle plus

³⁷⁹² *Ibid.*, § 99.

³⁷⁹³ La Cour avait déjà constaté l'ineffectivité du recours devant le juge administratif, au regard de l'article 5 § 4, sans constater de violation de la Convention sur ce point, puisqu'elle était saisie du contrôle de son bien-fondé, non de sa régularité, mais son avertissement était resté lettre morte [CEDH, sect. IV, 18 juin 2002, *Delbec c. France*, req. n° 43125/98 ; § 30 : la Cour constatait que « l'action devant le juge administratif, portant sur un contrôle formel des décisions en cause, avait pour seul effet éventuel l'annulation des actes irréguliers, mais ne pouvait conduire à la libération de l'intéressé », pour exclure d'en faire pas « un recours pertinent sous l'angle de l'article 5 § 4 »]. Les organes de la Convention avaient d'abord reconnu une certaine efficacité à l'organisation des recours en droit français, notamment pour permettre l'indemnisation des violations de la Convention [Comm.EDH, 23 janv. 1996, *J.-C. C. c. France*, req. n° 18526/91, *rap.* ; CEDH, sect. IV, 8 janv. 2002, *Laidin c. France*, req. n° 43191/98].

³⁷⁹⁴ *Baudoin : préc.* ; § 103. – CEDH, sect. V, 14 avr. 2011, *Patoux c. France*, req. n° 35079/06 : D., 2011, p. 1137, obs. S. LAVRIC ; *RTD civ.*, 2011 p. 514, obs. J. HAUSER ; *JCP A*, 2011, actu., n° 307, note N. ALBERT.

³⁷⁹⁵ L'article L. 3216-1 du Code de la santé publique prévoit que « la régularité des décisions [...] ne peut être contestée que devant le juge judiciaire » et que « l'irrégularité affectant une décision administrative mentionnée au premier alinéa du présent article n'entraîne la mainlevée de la mesure que s'il en est résulté une atteinte aux droits de la personne qui en faisait l'objet ».

³⁷⁹⁶ C. LANDAIS et F. LENICA, « Le placement d'office et ses deux juges » ; *AJDA*, 2005, p. 1231 ; les auteurs, qui estiment que la répartition nécessitait des aménagements, approuvaient une solution permettant au juge administratif, tout en conservant sa compétence, de pouvoir lui aussi dans ce domaine prononcer la libération. R. BONNEFONT, note. sous CE, 27 mai 2011, *M^{me} Kupfersteinn*, n° 330267 : *Rec. CE*, T., p. 1056 ; *LPA*, 23 sept. 2011, p. 8. J. HAUSER, *RTD civ.*, 2005, p. 573, obs. sous CE, sect. 1^{er} avr. 2005, *Laporte*, n° 264627 : *Rec. CE*. V. dans le sens d'une plénitude de compétence du juge judiciaire les conclusions de J. SAINTE-ROSE sous T. confl., 17 févr. 1997, *pft Ile-de-France, pft Paris*, n° 97-03.045 : *Bull. Trib. Confl.*, n° 1 : *Rec. CE*, p. 525 : *JCP*, 1997, II, n° 22885.

large, jusqu'à empiéter sur la compétence du juge judiciaire, et efficace en partie, pour souffrir d'un défaut de promptitude, en matière de privation de liberté de l'étranger. Le maintien de la dualité dans le contrôle de la régularité de la privation de liberté, fondé sur un raisonnement contestable³⁷⁹⁷, aboutissait en plus à lui réserver un rôle de gardien de la liberté individuelle variable selon les cas, tout en fragilisant la protection de la liberté individuelle.

³⁷⁹⁷ V. *supra*, n° 862 et s.

909. **Pour un droit de contester la régularité administrative du titre de détention devant le juge de la privation de liberté par voie d'exception au cours des recours judiciaires spéciaux.** La dualité, toujours maintenue en matière de privation de liberté du fait d'une interprétation restrictive de l'article 66 de la Constitution, a abouti à une protection insuffisante de la liberté individuelle, tant au regard du défaut de promptitude de la contestation devant le juge administratif, que de l'impossibilité d'obtenir la libération par cette action. Les empiétements, l'insécurité juridique et l'alourdissement de la contestation juridictionnelle de la régularité, vices inhérents à la dualité, sont plus critiques pour la privation de liberté, alors que la soumission de l'individu aux autorités complique déjà la défense, et que la célérité de l'*Habeas corpus* ne saurait être entravée sans compromettre l'efficacité de la lutte contre l'arbitraire. L'unification du contentieux pour la privation de liberté de l'aliéné repose la question du maintien de la dualité, en voie de disparition, alors que son éradication définitive du domaine de la régularité de la privation de liberté n'est pas de nature à nier la capacité du juge administratif à défendre les libertés fondamentales, ni à remettre en cause le système dualiste français en général³⁷⁹⁸.

910. Dégager un véritable bloc de compétence est souvent préconisé dans la matière de l'éloignement des étrangers, parfois sans préférence pour un ordre juridictionnel³⁷⁹⁹, parfois au profit du juge judiciaire³⁸⁰⁰ et parfois au profit du juge administratif³⁸⁰¹, l'unification étant plus rarement rejetée³⁸⁰². Elle est aussi défendue dans la matière de l'extradition, au profit du juge judiciaire³⁸⁰³. Comme l'a montré le législateur concernant l'internement des aliénés, avec l'aval implicite du Conseil constitutionnel, l'appréciation de la

³⁷⁹⁸ V. pour une discussion sur les avantages et les inconvénients de la dualité de manière plus générale, J. CAILLOSSE, « Les justifications du maintien actuel du dualisme juridictionnel » ; *AJDA*, 2005, p. 1781. Pour une approche historique, voir M. JORAT, « Supprimer la justice administrative... deux siècles de débats » ; *RFDA*, 2008, p. 456.

³⁷⁹⁹ CH. BONNOTTE, « La contestation des décisions de maintien en rétention administrative et en zone d'attente devant le juge judiciaire et le juge administratif » ; *AJDA*, 2004, p. 694. – B. BRUNET, « Le juge judiciaire et les libertés individuelles à l'occasion de l'application de l'article 35 bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945 » ; *Gaz. Pal.*, 16 janv. 1996, doct., p. 61.

³⁸⁰⁰ Voir F. JULIEN-LAFERRIÈRE, « La délimitation des compétences de la juridiction administrative et de la juridiction judiciaire en matière de rétention administrative et de maintien en zone d'attente » ; *Rev. crit. DIP*, 2002, p. 255. V. également l'avis de J. SAINT-ROSE sous Cass. civ. II, 28 juin 1995, *Brechtia* ; *JCP*, 1995, II, n° 22504.

³⁸⁰¹ Le Président de la République Nicolas Sarkozy en avait fait la proposition durant la campagne présidentielle de 2012 [v. son entretien donné au *Figaro Magazine* le 10 février 2012].

³⁸⁰² Le rapport MAZEAUD a exclu l'unification du contentieux [P. MAZEAUD, *Pour une politique des migrations transparente, simple et solidaire*, La Documentation française, 2008, 248 p. ; v. la synthèse, p. 11, et la deuxième partie, consacrée à cette question, p. 51 et s.]. JEAN-ÉRIC SCHOETTL a plus précisément critiqué cette hypothèse, dans une contribution personnelle [J.-É. SCHOETTL, « L'unification du contentieux de l'entrée et du séjour des étrangers : fausse bonne réponse à une vraie question » ; in RAPPORT MAZEAUD, *préc.*, p. 157].

³⁸⁰³ Voir J.-M. POISSON, *Les droits de l'Homme et les libertés fondamentales à l'épreuve de la dualité de juridictions*, l'Harmattan, 2003, p. 129.

décision administrative de placement en privation de liberté ou celle de prolongation, doit rentrer dans l'office du juge judiciaire en vertu de l'article 66 de la Constitution. L'attribution de la compétence judiciaire à la décision administrative fixant l'obligation, dont l'exécution forcée permet la privation de liberté, est plus délicate. Si le maintien de la dualité pour la contestation de la personne privée de liberté n'apparaît pas cohérent au regard du caractère spécial de l'article 66 de la Constitution, la création d'un bloc de compétence judiciaire pour apprécier la légalité de l'éloignement ou du décret d'extradition, même pour l'étranger libre, dépasse cette fois-ci la portée de la disposition.

911. C'est la privation de liberté qui devrait toujours guider la répartition, achevant la reconnaissance de son autonomie : la compétence du juge judiciaire de l'entier contrôle de la régularité du titre de privation de liberté, y compris de la décision administrative fixant l'obligation dont l'exécution sera assurée par la mesure de contrainte, doit être reconnue dans le seul cadre des recours spéciaux judiciaires contre la privation de liberté. La légalité de la décision administrative d'éloignement et du décret d'extradition doit être appréciée par le juge de la privation de liberté par voie d'exception, sur le fondement de l'article 66 de la Constitution, au cours des recours spéciaux contre la privation de liberté dont bénéficie la personne détenue³⁸⁰⁴. Lorsque les procédures d'éloignement ou d'extradition concernent l'étranger libre, aucun raisonnement juridique ne permet de retenir la compétence du juge judiciaire³⁸⁰⁵, sauf à établir un bloc de compétence, pour lequel le Conseil constitutionnel a déjà exprimé son opposition³⁸⁰⁶. Le juge administratif doit conserver sa compétence naturelle de l'annulation par voie d'action. Cette solution apparaît d'autant plus cohérente que le juge pénal connaît déjà de cette technique, lorsqu'il apprécie la légalité de l'acte administratif, fondement de la prévention, domaine dans lequel la Cour de cassation se réfère directement à la jurisprudence administrative, comme plus généralement à chaque fois qu'il est concerné par un contentieux relevant principalement du juge administratif³⁸⁰⁷. Si la dualité, même en voie de disparition, est plutôt une cause d'affaiblissement de la protection de la liberté individuelle, les développements les plus récents du contrôle juridictionnel de la régularité montrent son expansion.

³⁸⁰⁴ V. en même sens, les concl. de J. SAINTE-ROSE, sur T. confl., 5 juin 2000, *pft Hérault c. Ramazan Yldirim*, n° 3187 : *JCP*, 2001, I, n° 10622.

³⁸⁰⁵ De surcroît, le juge administratif est alors tout à fait apte à défendre la liberté individuelle, dès lors que la seule annulation, même à l'issue d'un recours plus lent, suffit à empêcher un placement ultérieur en privation de liberté.

³⁸⁰⁶ La solution constitutionnelle pourrait sans doute être renversée désormais [v. *supra*, n° 887].

³⁸⁰⁷ J.-L. GALLET, « Juge judiciaire et droit administratif » ; *AJDA*, 2013, p. 391.

Section II./ LE REGAIN DU DROIT DE CONTESTER LA RÉGULARITÉ DE LA PRIVATION DE LIBERTÉ : L'EXPANSION

912. **Du droit de contester la régularité du titre de privation de liberté au droit de contester la régularité de la privation de liberté.** La légalité de la privation de liberté, dans ses dimensions minimales, repose sur deux fondements, l'existence d'une base légale de qualité et l'adoption d'un titre de privation de liberté régulier du tribunal, parfois affublé, dans le système français, d'un titre administratif, dont la réunion est indispensable à l'application de la privation de liberté, et la disqualification d'un des deux éléments doit entraîner mécaniquement la libération, sans quoi la privation de liberté deviendrait arbitraire dans sa dimension la plus simple, pour s'exécuter sans base légale, ou sans titre. L'exécution de la privation de liberté, dans une approche classique, est sans incidence sur sa régularité, si bien que son vice n'est pas sanctionné par la libération. Si la Cour européenne des droits de l'Homme contrôle plus largement le respect de l'ensemble des normes nationales, elle se contente pragmatiquement de constater la violation de l'article 5 § 1^{er} pour les violations du droit interne détachables des conditions de régularité du titre de privation de liberté, sans s'attacher à les distinguer, ni définir leurs éventuelles conséquences : ces violations du droit interne ne semblent pas de nature à intégrer le champ de la détention arbitraire, et ces violations plus mineures de la Convention ouvrent droit à la seule indemnisation, en vertu de l'article 5 § 5 de la Convention.

913. L'élargissement de la régularité aux principes directeurs les plus importants de l'exécution de la détention, induisant que leur violation soit sanctionnée par la libération, accroît évidemment la protection de la liberté individuelle et étend la lutte contre l'arbitraire, au-delà de l'existence d'un titre de privation de liberté régulier. En droit interne, deux pôles de l'exécution, la régularité de la privation de liberté de police et la qualité des conditions matérielles de détention, font l'objet d'un contrôle juridictionnel renforcé, parfois susceptible d'obtenir la libération, montrant que la détention arbitraire a vocation à s'étendre aux principaux vices d'exécution. C'est un véritable droit à contester la régularité de sa privation de liberté qui se construit et non le droit plus réduit de contester la régularité de son titre de privation de liberté. Ce phénomène, non encore abouti, montre la vigueur du contrôle de la régularité, alors que le maintien de la dualité caractérisait plutôt son affaiblissement. Le premier dépassement inachevé concerne le droit de contester la régularité de la privation

de liberté de police (§1). Le second dépassement inachevé réside dans le droit de contester les conditions matérielles de la détention (§2).

**§ 1./ LE DÉPASSEMENT INACHEVÉ DU DROIT DE CONTESTER LA RÉGULARITÉ DE
LA PRIVATION DE LIBERTÉ DE POLICE**

914. **Le chaînage de la privation de liberté : la régularité de la privation de liberté de police, fondement factuel de la privation de liberté judiciaire.** La première intervention du juge judiciaire pour prolonger la privation de liberté, en *Habeas corpus*, aboutit à mettre un terme à la privation de liberté de police, phase placée sous la mainmise des autorités de police et encadrée par le *paquet* de droits généré par l'arrestation et le contrôle en temps réel de l'autorité judiciaire³⁸⁰⁸ et marque le début de la privation de liberté judiciaire, phase placée sous le contrôle du juge de la privation de liberté et encadrée par le recours périodique à bref délai. Dès lors que la privation de liberté de police, en vertu du principe de nécessité, vise à assurer la comparution de l'individu devant le juge de la privation de liberté, sans qu'aucune autre mesure moins attentatoire à la liberté individuelle ne le permette, l'analyse juridique aboutit à faire de la privation de liberté de police un fondement matériel de la privation de liberté judiciaire³⁸⁰⁹. Cette analyse juridique est toutefois relativisée par le sens de la privation de liberté de police dans le droit positif, qui se détache du seul objectif d'assurer la présentation de l'individu devant le juge de la privation de liberté, mais tient plus dans la consécration d'un temps propre de détention aux autorités de police³⁸¹⁰. Même à admettre l'atténuation du lien juridique entre la privation de liberté de police et la privation de liberté judiciaire, l'analyse factuelle, dès lors qu'il n'y a pas eu de discontinuité entre les deux phases de la privation de liberté, permet d'aboutir à la même conclusion. Puisque sans la privation de liberté de police, la privation de liberté judiciaire n'aurait pas été possible, l'annulation de la première doit interdire sa transformation dans la forme ultérieure.

915. **La violation du *paquet* de droits généré par l'arrestation : cause de libération.** Avant l'*Habeas corpus*, le *paquet* de droits généré par l'arrestation, élément de la théorie générale mis en évidence par comparaison, constitue la première ligne de défense contre l'arbitraire et participe à l'établissement d'un véritable droit à la sûreté³⁸¹¹ : la régularité de la privation de liberté de police dépend principalement de son respect, ce que

³⁸⁰⁸ V. *supra*, n° 615 et s.

³⁸⁰⁹ En refusant d'imposer au stade de l'*Habeas corpus* le premier procès de la privation de liberté et à défaut de dépasser ce standard minimal, le premier titre de privation de liberté du tribunal sera ultérieurement encore à l'*Habeas corpus* [v. *supra*, n° 833].

³⁸¹⁰ V. *supra*, n° 724.

³⁸¹¹ V. *supra*, n° 222 et s.

finalement le droit de la garde à vue reconnaît, d'une certaine manière, en permettant l'annulation sans grief de la mesure en cas violation du droit à l'assistance de l'avocat, ou encore du droit à l'information des droits³⁸¹². La protection de la liberté individuelle suppose donc de faire de la violation du *paquet* une cause de libération, dès lors que celle-ci corrompt la totalité de la privation de liberté de police et doit empêcher le juge de l'*Habeas corpus* de prolonger la privation de liberté.

916. **La dualité, cause d'affaiblissement du contrôle de la régularité de la privation de liberté de police : l'exemple de l'internement de l'aliéné.** Le contrôle du *paquet* de droits généré par l'arrestation est en principe judiciaire, puisqu'il est entièrement détachable de la légalité et de la régularité des décisions administratives. Le juge judiciaire s'est d'ailleurs justement approprié son contrôle concernant la rétention administrative, sur le fondement même de l'article 66 de la Constitution³⁸¹³, reconnaissant leur rôle majeur dans la lutte contre l'arbitraire : leur irrespect, pour ce cas de privation de liberté, justifie la libération³⁸¹⁴. Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs rappelé que le juge judiciaire, intervenant pour prolonger la rétention administrative, devait s'assurer « *que l'étranger a été placé en situation de faire valoir ses droits* »³⁸¹⁵, fixant ses solutions. Si le *paquet* de droits généré par l'arrestation bénéficie aussi à la personne internée contre sa volonté³⁸¹⁶, la dualité, désormais supprimée en ce domaine, aboutissait à anéantir son effectivité. Le juge administratif, après des hésitations, s'était estimé compétent pour contrôler l'exercice par l'aliéné des ses droits prévus à l'ancien article L. 326-3 du Code de la santé publique³⁸¹⁷, dans le contentieux de

³⁸¹² V. *supra*, n° 226.

³⁸¹³ Cass. civ. I, 31 janv. 2006, 5 espèces, n^{os} 04-50.093, 04-50.121, 04-50.128, 04-50.129 et 04-50.157 : *Bull. civ. I*, n° 45 : *AJP*, 2006, p. 165, obs. H. GACON ; *Rev. crit. DIP*, 2006 p. 369, obs. P. LAGARDE. Toutes les décisions sanctionnaient le retard dans l'exercice des droits de la personne privée de liberté. V. *supra*, n° 339.

³⁸¹⁴ V. *infra*, n° 934 et s.

³⁸¹⁵ Cons. const., déc. n° 2003-484 DC du 20 nov. 2003 portant sur la loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité : *J. O.*, 27 nov. 2003, p. 20154 : *Gaz. Pal.*, 2005, doct., p. 685, comm. J. BOYER ; consid. n° 51 ; *LPA*, 20 janv. (partie I) et 21 janv. (partie II) 2004, p. 10, comm. J.-É. SCHOETTL ; consid. n° 64.

³⁸¹⁶ Art. L. 3211-3 CSP.

³⁸¹⁷ Dans un premier temps, le Conseil d'État s'était approprié le contrôle des décisions administratives portant atteinte aux droits de l'aliéné, reconnus par l'article, celui-ci incluant le *paquet* de droits, mais réglant aussi plus largement l'exercice des droits de l'aliéné tout au long de la privation de liberté [CE, 17 nov. 1997, *CHS Rennes*, n° 168606 : *Rec. CE*, s'agissant du droit de l'individu à bénéficier d'une assistance juridique et médicale]. Il acceptait même que la violation d'un des droits prévus au profit de l'aliéné, par une décision administrative, donne lieu à un référé-liberté, concernant le droit de l'aliéné à émettre et recevoir des courriers [CE, 15 mai 2002, *Baudoin*, n° 239487 : *inédit*]. Il déclinaît par la suite sa compétence pour reconnaître celle du juge judiciaire, concernant le contrôle des seules restrictions à la liberté individuelle, utilisant le sens le plus large de la notion, incluant le refus d'une visite [CE, 27 nov. 2003, *assoc. fr. c. l'abus psychiatrique*, n° 261947 : *inédit*], ou encore le droit à bénéficier d'une assistance médicale et juridique [CAA Paris, 19 mai 2005, *Bernardet*, n° 03PA01855 : *Légifrance*]. Finalement, le Conseil d'État s'estimait de nouveau compétent pour contrôler la violation d'un droit nommément visé par la disposition, concernant le droit d'émettre et de recevoir

l'indemnisation³⁸¹⁸, ou du référé-suspension³⁸¹⁹, y compris ceux inclus dans le *paquet*, comme l'assistance de l'avocat³⁸²⁰ ou la notification immédiate des droits³⁸²¹. Dans une approche conforme à la théorie générale de la légalité de l'acte administratif, il estimait que la violation du *paquet* de droits restait sans effet sur la légalité des décisions administratives de placement, lorsqu'elle était invoquée dans un recours en excès de pouvoir³⁸²².

917. Dans la même matière, le juge administratif s'était approprié le contrôle de la notification de la décision administrative³⁸²³, qui réalise pourtant l'information des raisons de l'arrestation et dont l'irrégularité restait « *sans influence sur [la] légalité* » des décisions³⁸²⁴. Le juge administratif appliquait sa jurisprudence classique en matière de notification des décisions administratives individuelles, sans aménagement pour la décision administrative valant titre de privation de liberté³⁸²⁵. En réalité, l'information spécifique exigée au titre de l'article 5 § 2 de la Convention européenne des droits de l'Homme ne se

du courrier [CE, 6 avr. 2007, *Bernardet*, n° 280494 : *Rec. CE*, T., p. 847 ; *AJDA*, 2008, p. 47, note H. RIHAL ; *ibid.*, p. 416, concl. C. LANDAIS]. Pourtant, la répartition des compétences fixée par le Tribunal des conflits semblait accorder au juge judiciaire cette compétence [T. confl., 17 févr. 1997, *pft région Ile-de-France*, *pft Paris*, n° 97-03.045 : *préc.* : « *l'autorité judiciaire est seule compétente, en vertu des articles L. 333 et suivants du Code de la santé publique, pour apprécier la nécessité d'une mesure de placement d'office en hôpital psychiatrique et les conséquences qui peuvent en résulter* » tandis qu'« *il appartient à la juridiction administrative d'apprécier la régularité de la décision administrative qui ordonne le placement ; que lorsque cette dernière s'est prononcée sur ce point, l'autorité judiciaire est compétente pour statuer sur les conséquences dommageables de l'ensemble des irrégularités entachant la mesure de placement d'office* »].

C'est d'ailleurs en reprenant cette formulation du Tribunal des conflits que le Conseil d'État avait décliné sa compétence, dans la décision précitée du 27 novembre 2003. Désormais, ces droits figurent à l'article L. 3211-3 du Code de la santé publique.

³⁸¹⁸ CE, 6 avr. 2007, *Bernardet*, n° 280494 : *préc.*

³⁸¹⁹ CE, 15 mai 2002, *Baudoin*, n° 239487 : *inédit*.

³⁸²⁰ CE, 20 nov. 2009, *pft police c. assoc. GIA*, n° 313598 : *Rec. CE*, T., p. 954 ; *AJDA*, 2009, p. 2202, obs. E. ROYER ; *AJP*, 2010, p. 197, obs. É. PÉCHILLON ; *RDSS*, 2010, p. 160, note O. RENAUDIE.

³⁸²¹ CE, 16 avr. 2012, *Schnitzer c. Mgen*, n° 339110 : *inédit*. V. aussi CE, 13 mars 2013, *Segura c. CH Charles Perrens*, n° 348165 : *inédit*.

³⁸²² CE, 13 mars 2013, *Segura c. CH Charles Perrens*, n° 348165 : *inédit*.

³⁸²³ La Cour d'appel de Paris s'est reconnue compétente pour statuer sur le défaut de notification de la décision administrative sur le fondement, notamment, de l'article 5 § 2 de la Convention européenne des droits de l'Homme [CA Paris, 31 mai 1996 ; *D.*, 1997, jur., p.554, obs. J. PRÉVAULT].

³⁸²⁴ CE, sect., 31 mars 1989, *min. Intérieur et Monsieur Lambert*, n°^{os} 69547 et 71747 : *Rec. CE*, p. 110 ; *AJDA*, 1989, p. 308, obs. E. HONORAT et É. BAPTISTE. Cette solution était adoptée contre l'avis du Commissaire du gouvernement, qui appuyait son argumentation sur les dispositions de la loi de 1979 et sur la Convention européenne des droits de l'Homme. Voir les observations précitées d'E. HONORAT et É. BAPTISTE.

³⁸²⁵ Si le juge administratif admettait l'application de l'article 5 § 2 à la décision administrative, il limitait, en l'état de sa jurisprudence, ses effets à l'exigence de motivation de l'acte administratif [CE, 3 nov. 1997, *min. Intérieur et sécurité publique c. G.*, n° 146447 : *Rec. CE*, p. 409]. La Cour administrative d'appel de Paris avait quant à elle essayé de contourner la difficulté [CAA Paris, plén., 7 juil. 1998, *M. A. B.*, n° 96PA01545 : *Rec. CE* ; *RDSS*, 1999, p. 112, concl. M. HEERS.]. Le juge administratif considérait que le préfet qui s'abstient dans son arrêté « *d'imposer que les motifs de la mesure qu'il prescrivait à l'encontre de [l'aliéné] fussent portés à la connaissance de ce dernier, le préfet a entaché ledit arrêté d'un vice qui, eu égard aux termes des Conventions européennes internationales précitées, est de nature à entraîner son annulation* ».

confond pas avec l'obligation générale de notification de la décision administrative³⁸²⁶ et s'en détache. Ultérieurement, le Conseil d'État, tout en reconnaissant pour la première fois l'obligation d'« *informer le plus rapidement possible* » l'aliéné des motifs de sa privation de liberté « *d'une manière appropriée à son état* », maintenait que l'irrégularité de la notification, « *qui se rapporte à l'exécution de la mesure de placement d'office* », ne peut être sanctionnée de la nullité par le juge administratif³⁸²⁷, montrant plus généralement l'incapacité du juge administratif à étendre la notion de régularité de la privation de liberté, enserrée par les limites classiques du recours en excès de pouvoir : le Conseil d'État cantonnait ce défaut à des fins indemnitaires³⁸²⁸, suivant l'avis du Commissaire du gouvernement³⁸²⁹. En refusant de laisser au juge judiciaire la compétence du contrôle du *paquet* de droits, le juge administratif empêchait de faire de sa violation une cause de libération, ce qu'il n'aurait pu de toute manière imposer, même en faisant du respect du *paquet* une condition de légalité de la décision administrative³⁸³⁰. La fin de la dualité, qui restitue au juge judiciaire le contrôle de la régularité de la privation de liberté de police, est de nature à faire, pour l'aliéné aussi, de la violation du *paquet* de droits une cause de libération.

³⁸²⁶ Les deux notions sont de nature différente : l'information des raisons de la privation de liberté n'a aucune influence sur son applicabilité, et l'information est même générée par l'applicabilité de la décision de privation de liberté. De plus, l'information des raisons de la privation de liberté dépasse le simple aspect processuel, prise pour lutter contre l'arbitraire, mais assure aussi la protection de l'intégrité de la personne détenue, en refusant de la maintenir dans l'incertitude, alors que l'arrestation la place déjà dans une situation angoissante, participant à la prévention des traitements inhumains et dégradants [CEDH, gde ch., 26 oct. 2000, *Kudla c. Pologne*, req. n° 30210/96 : *Rec. CEDH*, 2000-XI ; *AJDA*, 2000, p. 1006, chron. J.-F. FLAUSS ; *RFDA*, 2001, p. 1250, chron. H. LABAYLE et F. SUDRE ; § 94 : « *la Convention impose à l'État de s'assurer que tout prisonnier est détenu dans des conditions qui sont compatibles avec le respect de la dignité humaine, que les modalités d'exécution de la mesure ne soumettent pas l'intéressé à une détresse ou à une épreuve d'une intensité qui excède le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention et que, eu égard aux exigences pratiques de l'emprisonnement, la santé et le bien-être du prisonnier sont assurés de manière adéquate* »].

³⁸²⁷ CE, sect., 28 juil. 2000, *M. E. A.*, n° 151068 : *Rec. CE.*, p. 347 ; *RFDA*, 2001, p. 1239, concl. S. BOISSARD ; *JCP*, 2001, IV, n° 1368, obs. M.-CH. ROUAULT.

³⁸²⁸ Le juge administratif ajoutait : « *il appartient à l'intéressé de demander au juge judiciaire, compétent pour statuer sur les conséquences dommageables de l'ensemble des irrégularités commises à l'occasion ou à la suite de la mesure de placement d'office, la réparation du préjudice résultant de la faute commise par l'administration en ne satisfaisant pas à cette obligation d'information postérieure au placement d'office* ». Le Conseil d'État avait jugé auparavant qu'un défaut de notification constitue une faute, lorsque la décision met fin au placement d'office [CE, 22 oct. 1986, *M^{me} Doursoux*, n° 35666 : *Rec. CE*, p. 242]. Le juge judiciaire avait également indemnisé le défaut d'information des raisons de l'internement, laissant dans l'ignorance l'aliéné et rendant impossible tout recours [TGI Paris, 22 nov. 1990, *M. Boiret* : cité par M. HEERS dans ses concl. précitées sur CAA Paris, 7 juil. 1998, *M. A. B.* – CA Paris, 5 juil. 1996 : *Gaz. Pal.*, 2-6 janv. 1998].

³⁸²⁹ Concl. S. BOISSARD sur CE, 28 juil. 2000, *E. A.* : *RFDA*, 2001, p. 1239. Son argumentation, pour refuser de faire de l'absence de l'information une condition de légalité de l'arrêté, reposait avant tout sur des considérations d'opportunité. Elle estimait la solution de la Cour administrative d'appel de Paris dans la décision *M. A. B.* vaine, dès lors qu'une simple mention du préfet tenant à l'obligation d'information suffisait à en assurer la légalité. Selon elle, faire de la notification une condition de légalité aurait contraint le juge administratif à assurer un contrôle délicat du moment de la notification et aurait poussé l'administration à notifier systématiquement pour éviter la nullité, même au malade incapable de comprendre.

³⁸³⁰ V. *supra*, n° 906 et s.

918. Plus gravement, le juge judiciaire maintient la confusion entre notification de la décision administrative et information des raisons de l'arrestation, concernant la décision de placement en rétention administrative, estimant que le contrôle de sa notification relève de la seule compétence administrative³⁸³¹, ce qui revient à neutraliser l'effet de son défaut³⁸³². Une telle jurisprudence entraîne de nouveau des solutions opposées pour des situations proches³⁸³³, dans une nouvelle illustration des inconvénients de la dualité.

919. **L'inachèvement du droit de contester la régularité de la privation de liberté de police devant le juge de l'*Habeas corpus*.** Le droit de contester la régularité de la privation de liberté de police, notamment au regard du *paquet* de droits, au moment de l'*Habeas corpus*, afin d'obtenir la libération, n'était pas consacré, pendant la dualité, au profit de l'aliéné. Si le droit de contester la régularité de la privation de liberté de police se trouve au milieu du gué concernant la détention du suspect (A), il est consacré³⁸³⁴ en matière de détention administrative de l'étranger et constitue le modèle à suivre (B).

A) Le droit du suspect contester la régularité de la privation de liberté de police : une reconnaissance au milieu du gué

920. **L'autonomie de la privation de liberté, source de la distinction entre la régularité de la privation de liberté et la régularité de la preuve.** L'irrespect du *paquet* de droits du suspect, en tant que violation d'une règle procédurale de l'enquête, peut être d'abord invoqué, comme tout autre vice procédural, dans le cadre de l'action en annulation et du contrôle de la régularité de la preuve. Dans le droit de la privation de liberté, la violation du

³⁸³¹ Cass. civ. II, 7 juin 2001, n° 99-50.053 : *inédit*. – Cass. civ. II, 9 déc. 2004, n° 03-50.094 : *inédit*. Dans une autre formule, alors que l'étranger se plaignait d'une notification réalisée vingt-quatre heures après l'arrestation, le juge judiciaire précisait que « le contrôle des conditions d'intervention et de notification des décisions prises par l'autorité administrative relève de la compétence des juridictions administratives ». – Cass. civ. II, 23 mai 2001, 4 espèces, n°s 00-50.024, 00-50.025, 00-50.026 et 00-50.027 : *Bull. civ. II*, n° 104. – Cass. civ. II, 7 juin 2001, n° 99-50.053 : *inédit*.

³⁸³² En vertu de la jurisprudence classique du juge administratif, son vice doit être considéré comme sans effet sur la légalité de la décision et en conséquence, inapte à provoquer la libération, alors pourtant que la détention administrative de l'étranger est le domaine dans lequel le contrôle judiciaire de la régularité de la privation de liberté de police est le plus vigoureux [v. *infra*, n° 934 et s.].

³⁸³³ Lorsque l'étranger ne parle pas la langue française, le défaut de notification entraîne le refus de prolonger la rétention, celui-ci rejoignant le défaut d'assistance d'un interprète, garanti par la loi [Cass. civ. II, 4 mars 1999, n° 98-50.003 : *Bull. civ. II*, n° 38]. De même, le juge judiciaire dispose du moyen d'annuler la procédure de rétention administrative correctement notifiée, si l'information des motifs de la garde à vue qui la précède n'a pas été apportée [Cass. civ. II, 22 mai 2003, n° 02-50.008 : *Bull. civ. II*, n° 152]. Enfin, le défaut de motivation, pourtant destiné en partie à informer le détenu, peut entraîner la nullité de la décision administrative, alors que le défaut de notification est sans influence sur celle-ci [CE, sect., 28 juil. 2000, *E. A.*, n° 151068 : *préc.*].

³⁸³⁴ Même si la notification de la décision de placement en privation de liberté y échappe [v. *supra*, n° 918].

paquet de droits pourrait servir à contester devant le juge de l'*Habeas corpus* la régularité de la privation de liberté de police, pour empêcher la prolongation de la contrainte dans la forme judiciaire. L'autonomie de la privation de liberté, dont l'achèvement contribue à détacher l'action contre la privation de liberté des autres contestations et de la confier à un juge spécial³⁸³⁵, doit aboutir à distinguer la contestation de la régularité de la privation de liberté, de la contestation de la régularité de la procédure, quand bien bien-même les deux contestations proviendraient de la même violation du *paquet* de droits³⁸³⁶ : la contestation de la régularité de la privation sert à assurer la protection de la liberté individuelle et vise à provoquer la libération. Si l'autonomie, protectrice de la liberté individuelle, ne peut tolérer la dualité, en ce qu'elle retire au juge de la privation de liberté une partie du contrôle de sa régularité, elle n'empêche pas une concurrence entre le juge de la libération et le juge de l'annulation – celui de la procédure pénale ou celui de l'acte administratif – malgré la menace des divergences, pour assurer l'efficacité de la lutte contre l'arbitraire.

921. **Un droit au milieu du gué.** Le contrôle du respect du *paquet* de droits bénéficie d'une place particulière dans le contentieux de l'annulation, montrant malgré tout la reconnaissance de leur valeur exceptionnelle, de telle sorte qu'on ne peut totalement écarter la protection de la liberté individuelle sur ces solutions. En revanche, la violation du *paquet* de droits n'a aucune incidence sur la décision du juge de l'*Habeas corpus*, qui intervient pour prolonger la privation de liberté dans sa forme *judiciaire*. Le traitement exclusif de la violation du *paquet* de droits par le contentieux de l'annulation revient à rejeter l'autonomie de la privation de liberté de police, et dans le même mouvement, le couronnement de la régularité de la privation de liberté de police comme une des conditions de la régularité de la privation de liberté judiciaire. Si le droit de la garde à vue réalise une confusion entre la régularité de la privation de liberté et la régularité de la procédure en rejetant l'autonomie (1), l'annulation n'apparaît pas comme un remède efficace pour assurer l'efficacité du *paquet* de droits, de telle sorte que la consécration de l'autonomie apparaît indispensable (2).

³⁸³⁵ V. *supra*, n° 605 et s.

³⁸³⁶ La même autonomie devrait aboutir à différencier l'action en contestation de la régularité de la décision administrative, par voie d'exception devant le juge judiciaire pour démontrer l'irrégularité du titre de détention, de la même contestation réalisée par voie d'action, devant le juge administratif, pour obtenir l'annulation de l'acte [v. *supra*, n° 909 et s.].

1) La confusion entre la régularité de la privation de liberté et la régularité de la procédure : le rejet de l'autonomie

922. **Le rejet de la prise en compte de la régularité de la garde à vue lors du placement en détention provisoire.** La jurisprudence judiciaire refuse au juge de la détention provisoire de tenir compte des vices procédurux frappant la garde à vue³⁸³⁷, principalement la violation du *paquet* de droits, lorsqu'il décide du placement dans ce régime de privation de liberté³⁸³⁸. Cette solution constante semble confortée par une décision du Conseil constitutionnel³⁸³⁹, qui a rappelé que l'assistance de l'avocat en garde à vue n'avait pas pour fonction de discuter de « *la légalité des actes d'enquête ou du bien-fondé des éléments de preuve* », ces éléments ayant « *vocation, le cas échéant, à être discutés devant les juridictions d'instruction ou de jugement* »³⁸⁴⁰. Le Conseil constitutionnel et le juge judiciaire rejettent la pleine consécration de la notion du chaînage entre la privation de liberté de police et sa prolongation dans sa forme judiciaire, avec ambiguïté, puisqu'ils utilisent l'approche globale

³⁸³⁷ Cass. crim., 30 janv. 1995, n° 94-85.241 : *inédit*. Le suspect ne peut contester devant la chambre de l'instruction « *la régularité de son interpellation et alléguer de prétendues violations des droits de la défense qui auraient été commises au cours de sa garde à vue* » au cours de la critique de la prolongation de la détention provisoire qui le frappe. – Cass. crim., 25 avr. 1995, n° 95-80.804 : *inédit*. Le suspect ne peut pas contester devant la même chambre l'ordonnance de placement en détention provisoire en usant des mêmes moyens. – Cass. crim., 29 mars 2000, n° 00-80.166 : *inédit*. La Cour de cassation y indiquait, concernant la critique de la prolongation de la détention provisoire, « *que la personne mise en examen ne saurait, à l'occasion de son appel en matière de détention provisoire, invoquer une exception de nullité de la procédure, concernant sa garde à vue, étrangère à l'unique objet de l'appel* ». – Cass. crim., 22 janv. 2013, n° 12-87.042 : *inédit*. – Cass. crim., 23 févr. 2011, n° 10-88.184 : *Bull. crim.*, n° 36 ; *D.*, 2011, p. 2231, chron. J. PRADEL. Le principe a été étendu à la rétention judiciaire du suspect aux fins de défèrement devant le juge d'instruction ou le procureur de la République, dont la régularité ne peut être contestée à l'occasion de la critique devant la Chambre de l'instruction du placement en détention provisoire. – Cass. crim., 3 mars 2010, n° 09-88.234 : *Bull. crim.*, n° 45 ; *Procédures*, 2010, comm. n° 241, obs. A.-S. CHAVENT-LECLÈRE. La question du contrôle de la légalité de la privation de liberté de police, qui a permis l'adoption du titre de privation de liberté du tribunal, est soumise au même principe d'exclusion, au cours de la contestation de la détention provisoire, que toute autre question de légalité procédurale étrangère à la privation de liberté, comme par exemple des exceptions de prescription de l'action publique et de violation du principe *non bis in idem* [Cass. crim., 3 mars 2010, n° 09-88.234 : *Bull. crim.*, n° 45 ; *Procédures*, 2010, comm. n° 241, obs. A.-S. CHAVENT-LECLÈRE].

³⁸³⁸ Si désormais, la séparation des fonctions d'instruction et de gardien de la liberté individuelle du suspect aboutit à ce que le juge de la privation de liberté et de la détention prononce la détention provisoire [v. *supra*, n° 681], ce qui revient à faire de l'*Habeas corpus*, dans le droit commun, l'interrogatoire en première comparution devant le juge d'instruction [v. *supra*, n° 839], les solutions ont été dégagées lorsque le juge d'instruction disposait encore de la compétence du placement en détention provisoire.

³⁸³⁹ Cons. const., déc. n° 2011-191/194/195/196/197 QPC du 18 nov. 2011, [Mme A.] : *J. O.*, 19 nov. 2011, p. 19480 ; *D.*, 2011, p. 3034, comm. H. MATSOPOULOU ; *Dr. pén.*, 2012, ét. n° 4, comm. J. LEROY ; *JCP*, 2011, n° 452, note J. PRADEL ; *Gaz. Pal.*, 22 nov. 2011, comm. O. BACHELET ; *Gaz. Pal.*, 7 juil. 2011, p. 12, comm. G. STRAEHLI ; *Gaz. Pal.*, 3 mai 2011, p. 12, obs. D. MARAIS ; *LPA*, 4 juin 2012, p. 8, chron. V. TELLIER-CAYROL.

³⁸⁴⁰ *Ibid.*, consid. n° 28.

pour apprécier la célérité de l'*habeas corpus*³⁸⁴¹, mais l'écartent pour définir le contenu de la régularité de la privation de liberté, alors que dans les faits, la première a nécessairement permis l'exécution de la seconde.

923. La nullité sans grief de la garde à vue réalisée en violation de certains droits du *paquet*, en considération pour la sûreté. Dans le contentieux de l'annulation de la garde à vue, le juge pénal a largement modifié sa jurisprudence, celle-ci étant au départ hostile à la nullité³⁸⁴². Alors que la loi de janvier 1993³⁸⁴³ avait instauré des nullités textuelles, notamment concernant la notification des droits, sans aboutir à une hausse du contrôle de la Cour de cassation³⁸⁴⁴, et dès la suppression des nullités textuelles³⁸⁴⁵, la jurisprudence revenait à l'exigence du grief pour sanctionner la notification tardive des droits³⁸⁴⁶. La Cour de cassation abandonna en 1996 l'exigence de la démonstration du grief, pour sanctionner la notification tardive³⁸⁴⁷ : la violation des règles encadrant l'information des droits entraîne en conséquence automatiquement la nullité, sans qu'il soit nécessaire de caractériser un grief, qui fait l'objet d'une présomption irréfragable. La nullité protège autant la rapidité de l'information³⁸⁴⁸ que son intelligibilité³⁸⁴⁹. La neutralisation du grief a été étendue à la violation des règles organisant le droit à l'assistance d'un avocat³⁸⁵⁰.

³⁸⁴¹ V. *supra*, n° 743.

³⁸⁴² Cass. crim., 17 mars 1960 : *Bull. crim.*, n° 156 ; *JCP*, 1960, II, n° 11641, obs. P. CHAMBON ; la violation des règles de la garde à vue « ne saurait par elle-même entraîner la nullité des actes de la procédure lorsqu'il n'est pas démontré que la recherche et l'établissement de la vérité s'en sont trouvés viciés ». Le commentateur approuvait une telle solution voyant dans les dispositions de la garde à vue des règles « plus indicatives qu'impératives ».

³⁸⁴³ Loi n° 93-2 du 4 janv. 1993 portant réforme de la procédure pénale : *J. O.*, 5 janv. 1993, p. 215 ; *JCP*, 1993, actu., n° 100067, note J. BOYER ; *D.*, 1993, p. 39, obs. J. PRADEL ; *RSC*, 1993, p. 238, chron. D. SALAS (spéc. sur le droit des mineurs). L'article 171 du Code de procédure pénale prévoyait alors expressément la nullité comme sanction de la notification des droits de la personne placée en garde à vue.

³⁸⁴⁴ Cass. crim., 4 janv. 1994, n° 93-84.793 : *Bull. crim.*, n° 1 ; la Cour s'assurait uniquement dans cette décision que l'individu avait bien reçu la notification de ses droits sans autre enseignement. Deux autres décisions avaient été aussi rendues concernant d'autres dispositions de la garde à vue sanctionnées de nullité textuelle sans indication particulière, concernant la prolongation de la garde à vue sans présentation à l'autorité judiciaire [Cass. crim., 4 janv. 1994, n° 93-84.697 : *inédit*] et concernant l'entretien du suspect avec un avocat [Cass. crim., 9 mai 1994, n° 94-80.802 : *Bull. crim.*, n° 174 ; *D.*, 1995, p. 145, obs. J. PRADEL].

³⁸⁴⁵ Loi n° 93-1013 du 24 août 1993 modifiant la loi n° 93-2 du 4 janv. 1993 portant réforme de la procédure pénale : *J. O.*, 25 août 1993, p. 10751 ; *Gaz. Pal.*, 1993, chron., p. 388, comm. V. TURCEY ; *JCP*, 1993, I, n° 3720, p. 490, comm. F. LE GUNHEC ; *D.*, 1993, p. 299, comm. J. PRADEL.

³⁸⁴⁶ Cass. crim., 18 juil. 1995, n° 95-82.319 : *Bull. crim.*, n° 258 ; en l'espèce, la notification réalisée était tardive, mais l'individu avait pu exercer l'ensemble de ses droits et n'avait pas été auditionné avant la notification. – Cass. crim., 17 févr. 1998, n° 96-86.477 : *inédit*.

³⁸⁴⁷ Cass. crim., 29 avr. 1998, n° 98-80.121 : *Bull. crim.*, n° 145 ; *RSC*, 1998, p. 785, obs. J.-P. DINTILHAC : l'officier de police judiciaire « a le devoir de notifier les droits attachés au placement en garde à vue dès que la personne retenue se trouve en état d'en être informée ; que tout retard injustifié dans la mise en œuvre de cette obligation porte nécessairement atteinte aux intérêts de la partie qu'elle concerne ». – Cass. crim., 30 avr. 1996, n° 95-82.217 : *Bull. crim.* n° 182 ; *RSC*, 1996, p. 879, obs. J.-P. DINTILHAC.

³⁸⁴⁸ V. pour une notification tardive par rapport au début réel de la garde à vue, Cass. crim., 6 mai 2003, n° 02-87.567 : *Bull. crim.*, n° 93 ; *Procédures*, 2003, comm. n° 178, obs. J. BUISSON. V. pour une notification

924. Ces solutions exceptionnelles, par rapport au reste de la théorie de l'annulation, s'expliquent d'abord par la nature des normes ainsi protégées, dont la prééminence justifie une sanction forte, et sont à relier à la volonté d'assurer l'effectivité de la sûreté, ce qui les distingue des autres règles procédurales. D'ailleurs, ces solutions ont été posées lorsque l'intervention de l'avocat, consacrée au cours de seuls entretiens, constituait d'abord une émanation de la protection de la liberté individuelle³⁸⁵¹, tant son apport aux droits de la défense restait faible. L'existence d'une solution similaire pour l'information des droits, garantie plus éloignée des droits de la défense, montre que la justification de l'annulation sans grief dépasse la considération pour ceux-ci.

925. La relativisation de la prise en compte de la privation de liberté dans le contentieux de l'annulation : le maintien du grief pour une partie du *paquet* de droits. La protection du *paquet* par des solutions dérogoires dans le contentieux de l'annulation ne concerne pas la totalité de ses éléments. Déjà, le vice dans le droit de prévenir un tiers de l'arrestation reste soumis à la démonstration du grief pour entraîner l'annulation³⁸⁵².

tardive du fait de la réalisation d'un acte d'enquête, Cass. crim., 14 déc. 1999, 2 espèces, n^{os} 99-82.855 et 99-84.148 : *Bull. crim.*, n^{os} 301 et 302 ou Cass. crim., 5 janv. 2000, 2 espèces, n^{os} 99-83.314 et 99-81.852 : *inédits* ou Cass. crim., 22 mars 2000, n^o 99-87.922 : *inédit* ou Cass. crim., 29 mars 2000, n^o 00-80.189 : *inédit* ou Cass. crim., 2 mai 2002, n^o 01-88.453 : *inédit* ou Cass. crim., 4 mai 2000, n^o 00-80.398 : *inédit* ou Cass. crim., 17 mai 2000, n^o 00-80.244 : *inédit* ; *Procédures*, 2000, comm. n^o 205, obs. J. BUISSON ou Cass. crim., 31 mai 2007, n^o 07-80.928 : *Bull. crim.*, n^o 146 ; *Dr. pén.*, 2007, comm. n^o 163, obs. A. MARON ; *RSC*, 2008, p. 651, obs. J. BUISSON ; *AJP*, 2007, p. 385, obs. G. ROUSSEL. V. pour une notification retardée au-delà du temps nécessaire à l'arrivée du suspect au commissariat, Cass. crim., 19 déc. 2007, n^o 07-83.340 : *inédit*.

³⁸⁴⁹ V. pour la sanction de la notification tardive causée par l'attente d'un interprète, alors que l'officier de police judiciaire n'avait pas réalisé les diligences nécessaires Cass. civ. II, 24 févr. 2000, n^o 98-50.042 : *Bull. civ. II*, n^o 34 ; *Rev. crit. DIP*, 2000, p. 697, obs. N. GUIMEZANES ou Cass. civ. I, 26 avr. 2001, n^o 00-50.011 : *inédit* ou Cass. civ. II, 11 avr. 2002, n^o 00-50.087 : *Bull. civ. II*, n^o 75 ou Cass. civ. I, 18 mai 2005, n^o 04-50.057 : *Bull. civ. I*, n^o 214 ; *AJP*, 2006, p. 414, obs. H. GACON. V. pour l'erreur manifeste d'appréciation de l'officier de police judiciaire concernant les capacités de compréhension du suspect ivre, Cass. crim., 27 oct. 2004, n^o 04-81.150 : *inédit*.

³⁸⁵⁰ Cass. crim., 10 mai 2001, n^o 01-81.762 : *Bull. crim.*, n^o 118 : « la poursuite de l'audition de la personne concernée [...] sans qu'elle ait été mise en mesure, par les policiers, de bénéficier [...] de l'entretien qu'elle avait sollicité avec un avocat, a porté nécessairement atteinte à ses droits ». Pour comparaison, le principe similaire pour la violation des dispositions de la notification des droits était posé en 1998 [Cass. crim., 29 avr. 1998, n^o 98-80.121 : *Bull. crim.*, n^o 145 ; *RSC*, 1998, p. 785, obs. J.-P. DINTILHAC]. – Cass. crim., 29 nov. 2006, n^o 06-82.699 : *inédit*. La même nullité sans grief s'applique lorsque les diligences ont été tardives. – Cass. crim., 3 juin 2008, n^o 08-81.771 : *Bull. crim.*, n^o 138 ; *AJP*, 2008, p. 379, obs. G. ROYER ; *Dr. pén.*, 2008, comm. n^o 137, obs. A. MARON En revanche, la Cour de cassation estime que le non-respect du choix du suspect quant à l'avocat à contacter n'est cause de nullité que si un grief est constaté. En l'espèce, les officiers de police judiciaires avaient refusé de joindre l'avocat désigné par le suspect. Le suspect avait pu s'entretenir avec un autre avocat désigné par lui. Cette solution semble justifiée par les particularités de l'espèce. Le suspect avait demandé à bénéficier de l'assistance d'un avocat sur lequel portaient des charges dans la même instruction.

³⁸⁵¹ V. *supra*, n^o 291 et s.

³⁸⁵² Cass. crim., 18 juin 2008, n^o 08-82.356 : *inédit*. En l'espèce, la connaissance par la fille du suspect de l'arrestation de son père, en raison de sa présence au commissariat lorsque son père s'y livrait, après un contact téléphonique avec elle, écartait le grief. – Cass. civ. I, 27 mars 2007, n^o 06-15.849 : *Bull. civ. I*, n^o 133. Le juge judiciaire de la prolongation de la rétention administrative est autorisé à libérer l'étranger lorsque les officiers de

Concernant le droit à un examen médical, la jurisprudence a dernièrement enrichi son contrôle de l'état de santé incompatible : elle applique une nullité sans grief en cas de poursuite de la garde à vue malgré l'état de santé incompatible³⁸⁵³, et la Cour de cassation a même tiré de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme l'obligation pour les forces de l'ordre d'obtenir l'autorisation préalable d'un médecin pour entendre le suspect hospitalisé³⁸⁵⁴. Globalement, la jurisprudence reste hostile à l'annulation³⁸⁵⁵. Si la considération pour la sûreté explique sans doute le développement de la nullité sans grief, le phénomène n'est donc pas achevé. La sûreté en elle-même ne suffit pas non plus à déclencher la protection maximale, l'atteinte au procès équitable devant l'ajouter à l'atteinte à la sûreté pour justifier la neutralisation du grief. Le maintien du grief pour une partie du *paquet* de droits généré par l'arrestation montre déjà l'inefficacité de l'action en nullité à assurer la pleine régularité de la privation de liberté de police.

2) Le remède inefficace de l'annulation : l'indispensable consécration de l'autonomie

926. **L'interprétation limitative de la portée de l'irrégularité de la privation de liberté de police dans le contentieux de l'annulation : la quasi impossibilité d'obtenir la libération.** Le traitement de la régularité de la privation de liberté de police par la voie de l'annulation a pour première conséquence de retarder la contestation de celle-ci, par rapport à la célérité particulière qui caractérise les recours judiciaires spéciaux contre la privation de liberté. Elle revient en plus à soumettre la sanction de l'irrégularité de la privation de liberté de police aux différentes forclusions et à l'exception cas de présomption du grief, au droit

police judiciaire en garde à vue n'ont pas réalisé les diligences nécessaires à l'exercice de ce droit, dans le délai législatif de trois heures .

³⁸⁵³ Cass. crim., 27 oct. 2009, n° 09-82.505 : *Bull. crim.*, n° 176 ; *JCP*, 2010, n° 85, note M.-C. GUÉRIN ; *D.*, 2010, p. 245, obs. C. GIRAULT. La Chambre criminelle rappelait que « la poursuite de la garde à vue d'une personne dans des conditions qui sont, selon le constat médical, incompatibles avec son état de santé, porte nécessairement atteinte à ses intérêts ». La solution n'avait pas été posée fermement avant. Dans une première affaire, alors que le premier médecin avait conclu à l'incompatibilité, les policiers avaient procédé à un deuxième examen qui avait conclu l'inverse [Cass. crim., 18 juin 1997, n° 96-85.271 : *inédit*]. *V. supra*, note n° 946.

³⁸⁵⁴ Cass. crim., 25 oct. 2011, n° 11-82.780 : *Bull. crim.*, n° 216 ; *D.*, 2012, p. 185, comm. CH. RAVIGNEAUX ; *D.*, 2012 p. 185, obs. C. GIRAULT ; *AJP*, 2012, p. 101, obs. L. ASCENSI ; *RSC*, 2012, p. 192, obs. J. DANET. *V. supra*, note n° 947.

³⁸⁵⁵ *V. supra*, n° 226.

commun du contentieux de l'annulation³⁸⁵⁶. Surtout, l'étendue de l'annulation en la matière est tellement limitée qu'elle n'est pas vraiment capable d'entraîner la libération. Si logiquement la nullité de la garde à vue est sans incidence « *sur les actes antérieurs régulièrement accomplis* »³⁸⁵⁷, la Chambre criminelle admet une vision large de l'antériorité, en y incluant le procès-verbal d'interpellation³⁸⁵⁸, alors pourtant que la privation de liberté démarre dès l'application de la contrainte³⁸⁵⁹. Ensuite, la Chambre criminelle admet que la réalisation des formalités imposées par la loi, même en retard, préserve la validité des auditions postérieures à la régularisation, l'annulation portant uniquement sur les auditions antérieures³⁸⁶⁰, et lorsque la loi prévoit un délai maximal à l'intérieur duquel les diligences doivent être réalisées, seules les auditions postérieures à celui-ci sont annulées³⁸⁶¹.

927. Surtout, la Chambre criminelle considère de jurisprudence constante que l'annulation de la garde à vue ne permet pas l'annulation de l'interrogatoire de première comparution et l'éventuel placement en détention provisoire³⁸⁶², dès lors que d'autres éléments extérieurs aux auditions au gardé à vue annulées permettent d'établir les charges³⁸⁶³ : la violation du *paquet* de droits ne saurait empêcher la prolongation de la

³⁸⁵⁶ V. par ex., concernant l'obligation de soulever la nullité avant toute défense au fond, Cass. crim. 20 nov. 2012, n° 12-83.934 : *inédit*. V. sur cet arrêt et d'autres exemples, *Dr. pén.*, 2013, chron. n° 8, obs. V. LESCLOUS.

³⁸⁵⁷ Cass. crim., 9 juin 1999, n° 98-84.165 : *Bull. crim.*, n° 129. V. par ex. Cass. crim., 6 mai 2003, n° 02-87.567 : *Bull. crim.*, n° 93 ; *Procédures*, 2003, comm. n° 178, obs. J. BUISSON, concernant un dépôt de plainte préalable à la garde à vue.

³⁸⁵⁸ Cass. crim., 29 févr. 2000, n° 99-82.092 : *Bull. crim.*, n° 91 ; *Dr. pén.*, 2000, comm. n° 108, 1^{er} arrêt, obs. A. MARON ; *Procédures*, 2000, comm. n° 153, obs. J. BUISSON. – Cass. crim., 6 mai 2003, n° 02-87.567 : *Bull. crim.*, n° 93 ; *Procédures*, 2003, comm. n° 178, obs. J. BUISSON. – Cass. crim., 1^{er} févr. 2005, n° 04-85.952 : *inédit*.

³⁸⁵⁹ V. *supra*, n° 7 et s.

³⁸⁶⁰ V. pour la notification des droits Cass. crim., 22 juin 2000, n° 00-82.632 : *Bull. crim.*, n° 242 ; *Dr. pén.*, 2000, comm. n° 108, 2^e arrêt, obs. A. MARON. V. pour l'assistance d'un avocat Cass. crim., 20 déc. 2000, n° 00-86.757 : *inédit*.

³⁸⁶¹ Cass. crim., 16 mai 2012, n° 11-85.874 : *inédit*.

³⁸⁶² Concernant la poursuite de la mesure de garde à vue malgré l'existence d'un certificat médical concluant à l'incompatibilité, la Chambre criminelle rappelait que « la poursuite de la garde à vue d'une personne dans des conditions qui sont, selon le constat médical, incompatibles avec son état de santé, porte nécessairement atteinte à ses intérêts » [Cass. crim., 27 oct. 2009, n° 09-82.505 : *Bull. crim.*, n° 176 ; JCP, 2010, n° 85, note M.-C. GUÉRIN ; *D.*, 2010, p. 245, C. GIRAULT]. En visant la poursuite de la garde à vue, c'est bien une obligation de mettre fin à la mesure, lors de son exécution, qui est posée par la Chambre criminelle et ses effets dépassent en réalité le contentieux de l'annulation : l'autorité judiciaire, en charge du contrôle diffus et direct de la garde à vue, doit mettre fin à la garde à vue immédiatement. Dès lors, le juge de la détention provisoire pourrait sans doute refuser de placer en détention provisoire dans ce cas, lorsqu'il est saisi immédiatement après la garde à vue viciée, et que la privation de liberté a été permise devant lui à l'aide d'une détention arbitraire, en violation de l'obligation de libération, qui aurait dû être acquise de plein droit, en raison de l'état de santé incompatible.

³⁸⁶³ Cass. crim., 19 avr. 2000, n° 00-80.357 : *Bull. crim.*, n° 160 ; en l'espèce, la Cour de cassation validait la décision du juge du fond qui considérait que la mise en examen pouvait être établie au regard de deux témoignages, indépendamment de l'audition annulée. – Cass. crim., 26 janv. 2000, n° 99-86.166 : *Bull. crim.*, n° 46 ; *Dr. pén.*, 2000, comm. n° 95, obs. A. MARON. – Cass. crim., 26 mai 1999, n° 99-81.764 : *Bull. crim.*,

privation de liberté dans sa forme judiciaire, ni lors de l'intervention du juge en *Habeas corpus*³⁸⁶⁴, ni postérieurement lors de l'action en nullité. De même, la jurisprudence considère que l'annulation de la garde à vue ne permet pas d'annuler la saisine du tribunal correctionnel en comparution immédiate³⁸⁶⁵. Cette vision étriquée de l'étendue de l'annulation a même été rappelé fermement et pratiquement abstraitement³⁸⁶⁶.

928. La jurisprudence de la Chambre criminelle applique strictement le critère classique délimitant l'étendue la nullité, celui du « *support nécessaire* », dans une analyse juridique limitée, pour ne pas considérer que la privation de liberté de police est en principe le seul moyen de forcer la présentation devant le juge, en vertu du principe de la nécessité de la privation de liberté, aboutissant à exclure toute approche factuelle. Cette jurisprudence, dans sa dimension la plus absurde, se retrouvait finalement dans l'affaire du *Judor*, dans laquelle l'illégalité de la rétention en mer, qui avait duré dix-huit jours, pour acheminer les suspects arrêtés en pleine mer sur le territoire français, était considérée sans effet sur la garde à vue ultérieure, alors pourtant qu'elle en était le support incontestable³⁸⁶⁷.

929. En réalité, la théorie du support nécessaire, appréciée ainsi, devrait conduire à rejeter toute nullité, même de l'audition réalisée en garde à vue, puisque celle-ci est toujours possible sans garde à vue, si le suspect y consent. Au regard de son usage, la théorie du support nécessaire apparaît plutôt comme un instrument permettant opportunément d'adapter l'étendue de la nullité³⁸⁶⁸. L'appréciation de l'étendue de la nullité causée par la

n° 106. – Cass. crim., 26 mai 1999, n° 99-81.764 : *Bull. crim.*, n° 106. – Cass. crim., 18 oct. 2000, n° 00-81.373 : *inédit*. – Cass. crim., 9 juil. 2003, n° 00-87.633 : *inédit*. – Cass. crim., 16 mai 2012, n° 11-85.874 : *inédit*.

³⁸⁶⁴ V. *supra*, note n° 3837.

³⁸⁶⁵ Cass. crim., 26 mars 2008, n° 07-83.814 : *Bull. crim.*, n° 76 ; *D.*, 2008, p. 1063, note M. LÉNA ; *AJP*, 2008, p. 286, obs. C. SAAS ; *RSC*, 2008, p. 926, obs. R. FINIELTZ ; *Dr. pén.*, 2008, comm. n° 92, obs. A. MARON et M. HAAS ; *AJP*, 2008, p. 286, obs. C. SAAS : « *la saisine du tribunal correctionnel ne [peut] être affectée par l'annulation de [la garde à vue], qui n'en [est] pas le support nécessaire* ». – Cass. crim., 19 janv. 2005, n° 04-81.455 : *inédit*. – Cass. crim., 3 sept. 2003, n° 02-85.697 : *Bull. crim.*, n° 152 ; la juridiction estime que le seul procès-verbal d'interpellation en flagrance, antérieur à l'annulation, suffit à saisir la juridiction. – Cass. crim., 4 févr. 2004, n° 03-85.786 : *inédit* ; *Dr. pénal*, 2004, comm. n° 75, note A. MARON.

³⁸⁶⁶ Cass. crim., 26 mai 1999, n° 99-81.764 : *Bull. crim.*, n° 106 : « *le fait que l'intéressé ait été conduit devant le magistrat instructeur à l'issue d'une procédure de garde à vue irrégulière ne peut être de nature à affecter la régularité de sa mise en examen et de son placement en détention ainsi que des actes subséquents, dès lors que la garde à vue n'est pas le préalable nécessaire à ces mesures* ». – Cass. crim., 17 oct. 2007, n° 07-81.506 : *inédit* : « *attendu que, d'autre part, l'annulation des mesures de retenue douanière et de garde à vue ne peuvent affecter la régularité de la procédure de comparution immédiate, dont elles ne sont pas le support nécessaire* ». – Cass. crim., 12 avr. 2012, n° 11-87.667 : *inédit*.

³⁸⁶⁷ Cass. crim., 29 avr. 2009, n° 09-80.157 : *Bull. crim.*, n° 83 ; *RSC*, 2009, p. 853, obs. R. FINIELTZ ; *D.*, 2010, p. 187, note G. POISSONNIER ; *AJP*, 2009, p. 273, obs. G. ROYER.

³⁸⁶⁸ Cette même appréciation s'applique aux actes d'enquête autres que les auditions, qui ne sont pas annulés si la garde à vue ne constitue pas son cadre juridique nécessaire. Pour la perquisition réalisée durant la garde à vue, v. Cass. crim., 22 juin 2000, n° 00-82.632 : *Bull. crim.*, n° 242 ; *Dr. pén.*, 2000, comm. n° 108, 2^e arrêt, obs. A. MARON. Pour les vérifications du taux d'alcoolémie, v. Cass. crim., 29 févr. 2000, n° 99-82.092 :

violation du *paquet* reste ainsi guidée par les principes du droit commun, alors même que son établissement obéit à des principes dérogatoires, lorsqu'elle est déliée du grief. Ces raisonnements ne sont pas satisfaisants, en ce que d'une part ils ruinent les effets de la nullité sans grief et d'autre part ils n'incitent pas le magistrat exerçant le contrôle en temps réel³⁸⁶⁹ de la privation de liberté à assurer le respect du *paquet*. Même à conserver l'appréciation juridique de l'étendue de la nullité, le principe de la nécessité de la privation de liberté, permet d'établir le lien de causalité entre la privation de liberté de police et la présentation ultérieure au juge judiciaire, et la nullité de la garde à vue doit s'étendre plus largement. L'admission de la solution inverse rappelle la large tolérance du droit français pour la garde à vue illégale, puisque le bien-fondé de la mesure ne peut pas non plus être critiqué devant le juge de l'annulation³⁸⁷⁰.

930. Une solution d'autant plus critiquable pour la comparution immédiate. La limitation de l'étendue de la nullité de la garde à vue est particulièrement critiquable en matière de comparution immédiate, alors pourtant que le Code de procédure pénale organise clairement lui-même le chaînage entre la fin de la garde à vue, le défèrement et la comparution immédiate, montrant ainsi leur imbrication, l'esprit de la procédure étant clairement de profiter de la maîtrise exercée sur l'individu pour le juger rapidement. Au moins dans cette hypothèse, même l'approche juridique limitée de l'appréciation de l'étendue de la nullité devrait faire tomber la procédure. À l'inverse, la jurisprudence de la Chambre criminelle applique les mêmes solutions, que la saisine de la juridiction se réalise immédiatement après la garde à vue au moyen d'une contrainte continue, ou lorsque celle-ci est décalée par rapport à la garde à vue, après remise en liberté du suspect³⁸⁷¹. La Chambre criminelle montre ainsi son hostilité à l'entrave de la procédure rapide³⁸⁷².

Bull. crim., n° 91 ; *Dr. pén.*, 2000, comm. n° 108, 1^{er} arrêt, obs. A. MARON ; *Procédures*, 2000, comm. n° 153, obs. J. BUISSON.

³⁸⁶⁹ V. *supra*, n° 615 et s.

³⁸⁷⁰ V. *supra*, n° 215.

³⁸⁷¹ V. Cass. crim., 28 mars 2012, n° 11-83.012 : *inédit* pour la convocation par officier de police judiciaire ou Cass. crim., 25 oct. 2011, n° 11-80.877 : *inédit* pour la convocation par procès-verbal.

³⁸⁷² Cass. crim., 23 févr. 2011, n° 10-84.922 : *Bull. crim.*, n° 39 ; *AJP*, 2005, p. 27, obs. J. LEBLOIS-HAPPE. Quand bien même la juridiction de comparution immédiate choisirait de recevoir la nullité et renverrait le ministère public à mieux se pourvoir, la Chambre criminelle admet que le magistrat puisse faire appel de cette décision, et que la juridiction de second degré se saisisse de la régularité de la procédure en plus du fond. La Chambre criminelle distingue en effet le renvoi du procureur à mieux se pourvoir pour saisine du juge d'instruction, insusceptible d'appel, de celui en l'espèce, pour nullité d'une partie des pièces de la procédure.

931. **L'exception du vice du défèrement.** La Chambre criminelle a admis exceptionnellement la nullité de la saisine du tribunal correctionnel en comparution immédiate du fait de la nullité du défèrement³⁸⁷³, le tribunal correctionnel devant alors remettre en liberté. Cet arrêt, qui ajoute à la difficulté de compréhension de la notion du support nécessaire³⁸⁷⁴, semblait admettre une vision plus large de l'étendue de la nullité, à condition, en apparence au moins, que le vice de la privation de liberté de police se trouve en aval de la garde à vue, que l'irrégularité soit particulièrement grave, puisqu'en l'espèce, la durée maximale du défèrement avait été dépassée, si bien que la personne aurait dû être libérée, et que le cas de privation de liberté irrégulier ait pour fonction expresse de permettre la présentation. Ce dernier critère apparaît établir fermement, même dans l'approche juridique limitée, que la privation de liberté irrégulière est bien le support nécessaire à la présentation devant le juge judiciaire, plus nettement en tout cas que pour la garde à vue. L'opportunité apparaît encore guider la solution de la Cour de cassation, alors qu'une telle nullité n'entache pas gravement le contenu de la procédure, puisqu'elle n'aboutit pas à annuler les auditions réalisées en garde à vue. D'ailleurs, cette solution semble directement contradictoire avec un autre arrêt, rejetant la nullité cette fois-ci de l'interrogatoire de première comparution, du fait de la nullité du mandat qui l'avait permis, en raison du dépassement de la durée maximale de la privation de liberté permise dans ce cadre, sans présentation devant un magistrat³⁸⁷⁵.

932. **Une solution conforme au droit européen.** La Cour européenne des droits de l'Homme définit largement la compétence du juge de *l'Habeas corpus*, sans non plus clairement inclure dans celle-ci la régularité de la privation de liberté précédant son intervention³⁸⁷⁶. La Cour européenne des droits de l'Homme, saisie de la critique de la régularité de la détention provisoire, en raison de l'irrégularité de la garde à vue qui l'avait précédée sans remise en liberté, a rappelé que le titre de privation de liberté du tribunal prononçant la détention provisoire pouvait être affecté par le vice de la privation de liberté de

³⁸⁷³ Cass. crim., 6 déc. 2005, n° 05-82.450 : *Bull. crim.*, n° 321. En l'espèce, la durée de la privation de liberté avait dépassé le cadre légal.

³⁸⁷⁴ C. GIUDICELLI, « L'étendue des nullités au cours de l'enquête pénale : quel contrôle de la police judiciaire ? » ; *AJP*, 2008, p. 445.

³⁸⁷⁵ Cass. crim., 14 févr. 2006, n° 05-86.058 : *Bull. crim.*, n° 39.

³⁸⁷⁶ CEDH, gde ch., 29 mars 2010, *Medvedyev et autres c. France*, req. n° 3394/03 : *Rec. CEDH*, 2010 ; *D.*, 2010, p. 1386, obs. S. LAVRIC ; *ibid.*, p. 1390, note P. HENNION-JACQUET ; *ibid.*, p. 1386, note J.-F. RENUCCI ; *ibid.*, p. 952, entretien P. SPINOSI ; *ibid.*, p. 970, obs. D. REBUT ; *AJDA*, 2010, p. 648, obs. S. BRONDEL ; *RSC*, 2010, p. 685, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; § 125 : *l'Habeas corpus* du suspect « doit [...] permettre d'examiner les questions de régularité et celle de savoir s'il existe des raisons plausibles de soupçonner que la personne arrêtée a commis une infraction ».

police, à condition que celui-ci constitue une « *irrégularité grave et manifeste* »³⁸⁷⁷, la Cour reprenant une notion déjà développée par ailleurs³⁸⁷⁸. La Cour prenait soin de préciser que l'irrégularité efficace de la privation de liberté de police devait s'entendre plus sévèrement encore que le vice efficace interne au titre de privation de liberté, déjà apprécié restrictivement³⁸⁷⁹. La Cour observait, dans un raisonnement proche finalement de celui de la Cour de cassation, que l'audition irrégulière³⁸⁸⁰ n'était pas un élément déterminant sur lequel s'était fondé le juge d'instruction pour prononcer la détention provisoire. Si cette décision doit être relativisée, puisqu'elle ne porte pas directement sur l'étendue de l'autorité juridictionnelle de l'*Habeas corpus*, elle semble conforter, au moins, l'interprétation restrictive de la portée de l'annulation de la garde à vue sur le reste de la procédure pénale.

933. Pour la pleine intégration du respect du *paquet* de droits encadrant la privation de liberté de police dans la régularité de la privation de liberté judiciaire. L'approche globale de la privation de liberté, celle qui s'intéresse à son chaînage, bénéficie d'une utilité cantonnée à l'appréciation de la célérité de la première intervention du juge judiciaire en *Habeas corpus*, sans qu'elle s'étende au contrôle de la régularité : le juge de l'*Habeas corpus* du suspect n'est pas saisi de la régularité de la privation de liberté de police, qui a pourtant permis la traduction devant lui. L'ouverture de la voie de l'annulation, par son étendue limitée commandée par l'opportunité, ne permet pas de compenser ce défaut et la jurisprudence audacieuse, qui a neutralisé le grief pour une partie du *paquet* de droits, se retrouve souvent vidée de sa substance. Une telle position aboutit à faire des éléments du *paquet* de droits de simples principes d'encadrement des auditions, dans une confusion entre la régularité de la privation de liberté et la régularité de la procédure. Il est difficile de trouver la cohérence entre le développement de la nullité sans grief pour la violation d'une partie du *paquet* de droits dans le contentieux de l'annulation et l'absence d'incidence de celle-ci dans l'appréciation globale de la privation de liberté, soit directement au cours de l'*Habeas corpus*, soit indirectement au cours de la contestation de la régularité de la procédure. De telles solutions finissent de montrer que la privation de liberté de police du suspect constitue un temps propre laissé aux autorités de police, sauf le contrôle distant en temps réel de l'autorité judiciaire, déjà assez lâche³⁸⁸¹, La lutte contre l'arbitraire, dans laquelle s'inscrit directement

³⁸⁷⁷ CEDH, sect. II, 9 juil. 2013, *Dinc et Cakir c. Turquie*, req. n° 66066/09, *déc.* : § 50.

³⁸⁷⁸ CEDH, gde ch., 9 juil. 2009, *Mooren c. Allemagne*, req. n° 11364/03.

³⁸⁷⁹ V. *supra*, n° 853.

³⁸⁸⁰ Le droit interne prévoyait que l'enquête réalisée contre un mineur devait être menée par le magistrat du parquet en personne, ce qui n'avait pas été le cas en l'espèce, au cours d'une audition.

³⁸⁸¹ V. *supra*, n° 615.

le *paquet* de droits³⁸⁸² et le principe de nécessité de la privation de liberté, qui fait de celle de police le support indispensable pour réaliser la présentation forcée du suspect devant le juge de la privation de liberté, non seulement dans une approche matérielle, mais aussi juridique, impliquent pourtant que l'irrégularité du *paquet* interdise la prolongation de la privation de liberté dans sa phase *judiciaire*. L'autonomie de la privation de liberté, ainsi reconnue, ne ferait que retranscrire le mouvement jurisprudentiel de la neutralisation du grief, en partie reliée à la protection de la liberté individuelle, tout en lui donnant enfin une pleine efficacité, et permettrait d'unifier les solutions jurisprudentielles, puisque le droit de la détention administrative de l'étranger impose au juge judiciaire saisi, en *Habeas corpus*, de ne pas prolonger la détention, lorsqu'il constate l'irrégularité de la privation de liberté de police.

B) Le droit de l'étranger de contester la régularité de la privation de liberté de police : le modèle à suivre

934. **La violation du *paquet* de droits généré par le placement en rétention administrative, cause de refus de prolongation.** Après s'être désintéressé dans un premier temps de la régularité de la procédure³⁸⁸³, le juge judiciaire, saisi aux fins de prolongation de la détention administrative de l'étranger en *Habeas corpus*³⁸⁸⁴, refuse en cas de violation du *paquet* de droits généré par le placement en détention administrative³⁸⁸⁵, dans une jurisprudence désormais bien établie³⁸⁸⁶ : le juge de la privation de liberté, sur le fondement

³⁸⁸² V. *supra*, n° 222 et s.

³⁸⁸³ Le juge judiciaire semblait d'abord limiter son intervention à l'appréciation du bien-fondé de la détention [Cass. civ. II, 26 nov. 1990, n° 87-13.658 : *Bull. civ. II*, n° 246 : « le magistrat saisi d'une demande relative à la rétention ne peut que statuer sur une ou plusieurs mesures de surveillance et de contrôle nécessaires au départ de l'étranger et limitativement énumérées par l'article 35 bis de l'ordonnance de 1945, mesures suffisantes pour lui permettre d'exercer les pouvoirs que l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, tient de l'article 66 de la Constitution » ; v. également pour une formule approchante, Cass. civ. II, 10 févr. 1993, n° 92-50.009 : *Bull. civ. II*, n° 54]. Il avait plus tard admis la recevabilité de la contestation de la violation du *paquet* de droits, tout en subordonnant l'annulation de la procédure au grief [Cass. civ. II, 25 nov. 1999, n° 98-50.016 : *inédit* ; *Rev. crit. DIP*, 2000, p. 697, obs. N. GUIMEZANES]. L'étranger se plaignait de n'avoir pu bénéficier d'une assistance juridique dans le centre de rétention, l'entretien avec son avocat n'ayant pu avoir lieu qu'au tribunal. La Cour de cassation approuvait le juge du fond, investi en la matière d'un pouvoir souverain d'appréciation, qui estimait que les droits de la défense n'avaient pas été atteints, dès lors que l'étranger ne démontrait pas l'impossibilité de préparer sa défense et avait été assisté d'un avocat pendant les phases judiciaires de la procédure.

³⁸⁸⁴ Art. L. 552-1 et s. CESEDA pour la rétention administrative des étrangers et art. L. 221-1 et s. du même code pour le maintien en zone d'attente.

³⁸⁸⁵ V. l'art. L. 551-2 CESEDA pour le *paquet* généré par le placement en rétention administrative et l'art. L. 221-4 du même code pour le *paquet* généré par le maintien en zone d'attente.

³⁸⁸⁶ Par ex. pour la sanction de la tardiveté de l'information pour le maintien en zone d'attente, CA Paris, 4 oct. 2000, n° 1107Q/00 : *Légifrance*. Concernant l'absence physique de l'interprète au cours de la notification

de l'article 66 de la Constitution, doit s'assurer que l'étranger était bien, « *au moment de la notification de la décision de placement en rétention, pleinement informé de ses droits et placé en mesure de les faire valoir* »³⁸⁸⁷, la seule irrégularité au *paquet* justifiant l'annulation de la procédure et la libération, indépendamment du grief³⁸⁸⁸. L'usage de l'article 66 de la Constitution rappelait que le *paquet* de droits est à relier à la lutte contre l'arbitraire, objectif qui justifie la remise en liberté, tandis que d'autres droits de l'étranger, détachables de la privation de liberté, n'ont pas le même effet³⁸⁸⁹.

935. La violation du *paquet* de droits de l'étranger au cours de la privation de liberté préalable à son placement en détention administrative, cause de refus de prolongation³⁸⁹⁰. La Cour de cassation, par ses célèbres décisions de 1995, a acquis le contrôle de la contrainte de l'étranger précédant, sans discontinuité, son placement de l'étranger en rétention administrative ou son maintien en zone d'attente – interpellation, rétention factuelle dans l'attente de l'adoption du titre administratif de privation de liberté, ou garde à vue de l'étranger³⁸⁹¹ –, dont le respect du *paquet* de droits généré par l'arrestation, en se fondant directement sur l'article 66 de la Constitution³⁸⁹². En tout cas le juge de la privation

des droits, pour le maintien en zone d'attente, avant que la loi ne soit modifiée, voir Cass. civ. II, 25 janv. 2001, 3 espèces, n^{os} 99-50.078, 99-50.079 et 99-50.080 : *Bull. civ. II*, n^o 27. V. pour la sanction du non-respect des règles de l'intervention de l'interprète au téléphone, toujours pour le maintien en zone d'attente, Cass. civ. I, 30 oct. 2006, n^o 04-50.162 : *Bull. civ. I*, n^o 451.

³⁸⁸⁷ Cass. civ. I, 31 janv. 2006, 5 espèces, n^{os} 04-50.093, 04-50.121, 04-50.128, 04-50.129 et 04-50.157 : *Bull. civ. I*, n^o 45 : *AJP*, 2006, p. 165, obs. H. GACON ; *Rev. crit. DIP*, 2006 p. 369, obs. P. LAGARDE. Toutes les décisions sanctionnaient le retard dans l'exercice des droits de la personne privée de liberté du fait du report du transfert au centre de rétention.

³⁸⁸⁸ Dans les deux espèces, le juge du fond avait rejeté la nullité, en ce qu'elle n'avait pas causé grief au retenu administrativement, qui, à son arrivée au centre, n'avait pas demandé à exercer les droits qui lui avaient été notifiés [Cass. civ. I, 31 janv. 2006, 2 espèces, n^{os} 04-50.157 et 04-50.158 : *inédits*].

³⁸⁸⁹ Par exemple, l'information des dispositions sur le droit d'asile imposée par l'article L. 551-3 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile n'est pas sanctionnée de la nullité, son « *inobservation a seulement pour effet d'empêcher le délai de courir* » [Cass. civ. I, 6 juil. 2005, n^o 04-50.055 : *Bull. civ. I*, n^o 304. – Cass. civ. I, 14 mars 2006, n^o 05-15.295 : *inédit*]. De la même manière, l'absence de traduction d'une pièce de la procédure à l'étranger détenu ne permet d'annuler la procédure qu'à la condition de démontrer une atteinte aux droits de la défense [Cass. civ. I, 12 mai 2010, n^o 09-12.803 : *inédit*].

³⁸⁹⁰ V. *supra*, n^o 218.

³⁸⁹¹ Si désormais le recours à la garde à vue en préalable de la rétention administrative n'est plus possible [v. *supra*, n^o 215 et s.], les solutions dégagées en la matière peuvent être transposées désormais à la nouvelle rétention pour vérification du droit au séjour, lorsqu'elle précède le placement en rétention administrative sans discontinuer, alors que la nouvelle mesure de contrainte consacre un *paquet* de droits globalement équivalent à celui de la garde à vue [v. *supra*, n^o 218].

³⁸⁹² Cass. civ. II, 28 juin 1995, *Bechta et autres*, n^{os} 94-50.001, 94-50.002, 94-50.005 et 94-50.006 : *Bull. Civ. II*, n^{os} 216, 221, 211 et 212 ; *JCP*, 1995, II, n^o 22504, avis J. SAINT-ROSE ; *D.*, 1996, p. 102, obs. F. JULIEN-LAFERRIÈRE ; *AJDA*, 1996, p. 72, A. LEGRAND ; *Rev. crit. DIP*, 1996, p. 275, N. GUIMEZANES ; *RTD civ.*, 1996, p. 235, comm. J. NORMAND ; *Gaz. Pal.*, 1995, doct., p. 1356, comm. J.-É. MALABRE : « *en vertu des articles 66 de la Constitution du 4 octobre 1958 et 136 du Code de procédure pénale, il appartient au juge, saisi par le préfet en application de l'article 35 bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945, de se prononcer comme gardien de la liberté individuelle, sur les irrégularités attentatoires à cette liberté, invoquées par l'étranger, d'une mesure de [contrainte], lorsque cette mesure précède immédiatement un maintien en rétention* »

de liberté, dès son intervention en *Habeas corpus*, s'est approprié la majeure partie du contrôle de la régularité de la privation de liberté, c'est-à-dire le contrôle de sa saisine et de la régularité de la privation de liberté de police, notamment au regard du *paquet* de droits, qu'il s'agisse de celui généré par le placement en détention administrative et même de celui généré au préalable par l'arrestation, lorsque la privation de liberté se décompose en titres juridiques différents³⁸⁹³ : seule la régularité administrative de la décision lui échappe encore³⁸⁹⁴. Ce contrôle pratiquement entier de la régularité de la procédure antérieure à sa saisine était d'autant plus indispensable que le juge administratif en faisait un contrôle limité³⁸⁹⁵. La violation du *paquet* de droits qui encadre la privation de liberté de police, est donc une cause de nullité de la procédure, sans démonstration du grief, aboutissant à la liberté. Pour ce contentieux, la Cour de cassation reconnaît non seulement le caractère uniforme de la privation de liberté de police, mais en plus son chaînage avec la privation de liberté judiciaire et l'irrégularité de la phase de police, notamment à cause de la violation du *paquet* de droits, entraîne la remise en liberté³⁸⁹⁶. La régularité de la privation de liberté de police permet même au juge judiciaire de la prolongation de libérer s'il constate « *une atteinte portée à la personne* » de l'étranger, dans une notion qui rejoint sûrement l'atteinte à la dignité de la

administrative ». Les autres arrêts rendus le même jour, qui autorisaient le juge judiciaire à contrôler la régularité de sa saisine ne se référaient pas à l'article 66 de la Constitution, [Cass. civ. II, 28 juin 1995, 3 espèces, n^{os} 94-50.015, 94-50.018 et n^o 94-50.001 : *Bull. civ. II*, n^{os} 215 et 216].

³⁸⁹³ V. par ex. pour le refus de prolonger la rétention administrative de l'étranger en raison du défaut de la notification des droits de l'étranger en garde à vue, Cass. civ. II, 24 févr. 2000, 2 espèces, n^{os} 99-50.001 et 99-50.002 : *inédits*. C'est à tort que le juge du fond estime que « *le retard, même injustifié, voire l'absence de notification de garde à vue, n'ont pas nécessairement et irrévocablement vicié la procédure administrative, menée de façon autonome par rapport à l'interpellation de l'intéressé* ».

³⁸⁹⁴ V. *supra*, n^o 890 et s.

³⁸⁹⁵ Le juge administratif estimait ainsi que l'irrégularité du contrôle d'identité révélant la situation administrative était sans effet sur la légalité de la décision administrative d'éloignement [CE, 23 févr. 1990, *Sioui*, n^o 92973 : *Rec. CE*, p. 776 ; *RFDA*, 1990, p. 525, concl. R. ABRAHAM]. V. pour une critique de cette solution, B. ROTTIER, « Irrégularité du contrôle d'identité et arrêté préfectoral de reconduite à la frontière : point de vue sur la connaissance illégalement acquise » ; *AJDA*, 2010 p. 241.

³⁸⁹⁶ Cette jurisprudence, très protectrice de la liberté individuelle, semble trouver sa seule limite dans le découpage de la privation de liberté de police entre plusieurs mesures de gardes à vue successives, certaines pour des infractions de droit commun et la dernière seulement pour infraction au droit au séjour, seule l'irrégularité de celle-ci pouvant entraîner l'annulation de la procédure [Cass. civ. I, 6 juin 2012, n^o 11-11.384 : *Bull. civ. I*, n^o 120]. L'étranger avant l'arrestation avait fait l'objet de trois gardes à vue successives, la première pour viol, puis la seconde, sur procédure incidente, pour détention et usage de faux documents administratifs et enfin une troisième, sur procédure incidente, en raison de l'irrégularité de sa situation. La Cour de cassation refusait tout contrôle, dans le cadre de la prolongation de la rétention, de l'irrégularité qui « *affectait une garde à vue qui ne précédait pas immédiatement la mesure de rétention litigieuse* ». En revanche, la vérification d'identité, qui s'impute ensuite sur la garde à vue, au terme de laquelle le suspect est placé en rétention administrative, intègre le contrôle du juge judiciaire de la régularité de la procédure, lorsqu'il prolonge la rétention [Cass. civ. I, 6 juin 2012, n^o 11-11.429 : *inédit*].

personne³⁸⁹⁷. Le contrôle judiciaire de la matière reste vigoureux, alors que l'Assemblée plénière y a reconnu, sans report de l'effet de l'inconventionnalité, la nullité de la détention administrative de l'étranger réalisée immédiatement après la garde à vue, lorsque l'étranger « n'avait eu accès à un avocat qu'après son interrogatoire »³⁸⁹⁸.

936. **Le quasi Habeas corpus en droit des étrangers : la synthèse des critères de qualification de l'Habeas corpus.** La prolongation par le juge judiciaire de la détention administrative de l'étranger apparaît sans doute comme la forme d'*Habeas corpus* la plus aboutie. Sa première force tient dans l'organisation d'un véritable procès de la privation de liberté³⁸⁹⁹, prévu par le législateur, au-delà des standards internationaux, qui ne l'exige que pour le recours à bref délai³⁹⁰⁰, et l'*Habeas corpus* correspond à l'adoption du titre de privation de liberté par le tribunal. Son second atout réside dans le contrôle large qu'il permet, qui, au-delà du bien-fondé, incorpore une grande partie de la régularité, reconnaissant le chaînage de la privation de liberté dans tous ses effets, c'est-à-dire l'appréciation uniforme de la privation de liberté de police et l'inclusion de la régularité de celle-ci dans son examen, et sur ce point, l'*Habeas corpus* du suspect est largement dépassé³⁹⁰¹. Les droits de la défense contre la privation de liberté y reçoivent une expression maximale³⁹⁰², nouvelle supériorité sur l'*Habeas corpus* du suspect³⁹⁰³. Sa faiblesse réside dans le recul de sa célérité, l'*Habeas corpus* du suspect étant le plus rapide, même si cette altération est générale et n'est pas spécifique au cas de l'étranger³⁹⁰⁴. Son autre faiblesse réside dans le maintien de la dualité pour une partie de la régularité du titre de détention, celle administrative, qui échappe en conséquence au juge judiciaire intervenant en *Habeas corpus*, même si le défaut est en partie réparé par l'existence d'un recours immédiat devant le juge administratif, bien qu'incomplet, pour contester l'irrégularité administrative du titre de détention³⁹⁰⁵. Au regard de ces

³⁸⁹⁷ Cass. civ. I, 1^{er} juin 2011, n° 10-30.609 : *inédit*. En l'espèce, l'atteinte à la dignité de l'étranger était moins grave que la poursuite de la détention malgré un état de santé incompatible constaté par un médecin, mais relevait du défaut d'alimentation subi par ce dernier durant près dix-neuf heures. En acceptant qu'une atteinte à la dignité même légère permette au juge de mettre fin à la privation de liberté, les simples conditions matérielles de détention indignes pourraient suffire en la matière à rejeter la poursuite de la détention.

³⁸⁹⁸ Cass., ass. plén., 15 avr. 2011, 4 espèces, n°s 10-17.049, 10-30.242, 10-30.313 et 10-30.316 : *Bull. crim., ass. plén.*, n°s 1 à 4 ; *RTD civ.*, 2011, p. 725, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *AJP*, 2011, p. 311, obs. C. MAURO ; *Constitutions*, 2011, p. 326, obs. A. LEVADE ; *RSC*, 2011, p. 410, obs. A. GIUDICELLI.

³⁸⁹⁹ Art. L. 552-1 et s. CESEDA pour la rétention administrative des étrangers et art. L. 221-1 et s. du même code pour le maintien en zone d'attente.

³⁹⁰⁰ V. *supra*, n° 815 et s.

³⁹⁰¹ V. *supra*, n° 920 et s.

³⁹⁰² V. *supra*, n° 320 et s.

³⁹⁰³ V. *supra*, n° 290 et s.

³⁹⁰⁴ V. *supra*, n° 733 et s.

³⁹⁰⁵ V. *supra*, n° 858 et s.

différents aspects, c'est un *quasi Habeas corpus* qui est octroyé à l'étranger, supérieur en tout cas à celui qui profite au suspect et qui pourrait être transposé à l'aliéné, maintenant qu'il a été imposé par le Conseil constitutionnel³⁹⁰⁶. Ce dernier cas d'*Habeas corpus*, sauf sa célérité, pourrait même devenir son illustration la plus riche, tandis que le juge judiciaire est désormais pourvu de l'entier contrôle de la régularité, y compris celle du titre administratif de privation de liberté³⁹⁰⁷.

937. **Le modèle de l'*Habeas corpus*.** Au final, l'*Habeas corpus* idéal, celui qui refonde le cas historique et dépasse largement les critères actuels de sa qualification dans le standard supra-légal³⁹⁰⁸, tient dans

un recours automatique généré immédiatement³⁹⁰⁹ après l'arrestation, confiant au juge de la privation de liberté, l'appréciation du bien-fondé de la privation de liberté, de sa nécessité concrète, mais aussi l'entier contrôle de sa régularité, y compris celle administrative, mais aussi celle de la privation de liberté de police qui précède son intervention, principalement appréciée au regard du respect du paquet de droits, celui-ci bénéficiant du pouvoir de libération même pour ses deux contestations, statuant dans les formes du procès de la privation de liberté, qui impose de reconnaître au profit de la personne l'exercice des droits de la défense contre la privation de liberté ou de pouvoir de maintenir la privation de liberté, en adoptant le premier titre de privation de liberté du tribunal.

938. **La refonte de l'entrée en privation de liberté.** Au regard de cette définition, le droit français, ni pour le suspect, ni pour l'aliéné, ni pour l'étranger, même si la première intervention judiciaire, dans ce dernier domaine s'en approche, ne consacre de véritable *Habeas corpus*. Une telle définition modifie le modèle d'entrée en privation de liberté, pour refaire du titre du tribunal la voie normale et la privation de liberté de police la voie exceptionnelle, son recours étant autorisé d'abord pour assurer la présentation forcée de l'individu devant le juge de la privation de liberté. Dans cette dernière hypothèse, c'est immédiatement et non à bref délai, que la personne doit être privée de liberté selon le titre

³⁹⁰⁶ V. *supra*, n° 740 et s.

³⁹⁰⁷ La jurisprudence développée par la Chambre criminelle dans le contentieux de l'annulation pourrait en tout cas servir dans le contentieux de l'*Habeas corpus* de l'aliéné et de l'étranger, alors que le législateur a nouvellement posé une condition qui semble rejoindre le grief pour accorder la libération pour irrégularité formelle, en étendant la présomption irréfragable de grief en cas de violation du *paquet* de droits. Pour le maintien en zone d'attente et la rétention administrative, la détention ne peut être levée « *en cas de violation des formes prescrites par la loi à peine de nullité ou d'observation des formalités substantielles* » qu'en cas où l'irrégularité « *a eu pour effet de porter atteinte aux droits de l'étranger* » [art. L.552-13 et L. 222-8 CESEDA]. La loi modifiant l'internement psychiatrique a également prévu que la mainlevée de l'hospitalisation ne pouvait avoir lieu que « *s'il en est résulté une atteinte aux droits de la personne qui en faisait l'objet* » [art. L. 222-8 CESEDA].

³⁹⁰⁸ V. *supra*, n° 67.

³⁹⁰⁹ Un délai de quatre jours apparaîtrait raisonnable, pour ménager célérité et l'examen complet qui s'imposerait dès ce recours [v. *supra*, n° 839].

d'un tribunal, celui-ci faisant basculer les privations de liberté dans sa phase judiciaire. Celle-ci doit alors reposer sur trois fondements distincts : une base légale de qualité, un titre régulier d'un tribunal et, lorsqu'elle a servi préalablement, une privation de liberté de police régulière.

939. **Pour l'achèvement de la reconnaissance du droit de contester la régularité de sa privation de liberté de police au cours de l'*Habeas corpus*.** Le contrôle de la régularité de la privation de liberté de police, tantôt intégré dans l'office du juge d'*Habeas corpus* pour l'étranger³⁹¹⁰, mais écarté pour le suspect, est un étalon important du niveau de protection de la liberté individuelle. Sa consécration aboutit à valider le chaînage de la privation de liberté en entier, à conférer une importance remarquable au *paquet* de droits, à renforcer la vigueur du contrôle de l'*Habeas corpus* et même à donner son plein effet à l'autonomie de la privation de liberté. Le raisonnement, qui conduit à reconnaître la privation de liberté de police comme un fondement de la privation de liberté judiciaire, apparaît justifié, tant dans une approche factuelle au regard du maintien continu de la contrainte, que dans une approche juridique, au regard du principe de nécessité de la privation de liberté. Dès lors, les solutions en matière d'*Habeas corpus* du suspect devraient sans doute s'aligner sur celles, plus protectrices, reconnues dans l'*Habeas corpus* de l'étranger, et leur divergence actuelle révèle une césure d'importance dans l'unité de la privation de liberté. L'opportunité n'est pas sans entraîner un certain morcellement de la protection de la liberté individuelle, et la détention administrative de l'étranger, qui apparaît plutôt secondaire dans la protection de l'ordre public, par rapport à la détention de l'aliéné ou celle du suspect, fait l'objet de solutions plus audacieuses. Un autre prolongement encore inachevé du droit de contester la régularité de la privation de liberté tient dans le droit de contester les conditions matérielles de détention.

³⁹¹⁰ De manière d'autant plus remarquable que le raisonnement s'appuie sur l'article 66 de la Constitution, dans une rare utilisation audacieuse de la disposition, servant à accroître la compétence du juge de la privation de liberté.

§ 2./ LE DÉPASSEMENT INACHEVÉ DU DROIT DE CONTESTER LES CONDITIONS MATÉRIELLES DE LA DÉTENTION

940. **Les différents principes supra-légaux encadrant l'exécution de la privation de liberté.** La Cour européenne des droits de l'Homme a développé quatre principes, qui encadrent désormais l'exécution de la privation de liberté, sur des fondements différents – ou l'article 3, ou l'article 5 –, en leur reconnaissant une portée différente – ou qu'ils permettent l'obtention de la libération, le moyen étant alors parfaitement intégré dans la légalité de la privation de liberté³⁹¹¹, ou qu'ils permettent l'obtention de conditions de détention conformes au standard européen. Les nouveaux droits tirés de ces principes tiennent dans le droit de contester devant un juge le maintien bien-fondé de la mise forcée en isolement, reconnue sur le fondement de l'article 3 de la Convention, pour obtenir sa mainlevée³⁹¹² ; dans le droit de contester devant un juge maintien en détention, malgré un état de santé incompatible, sur le fondement de l'article 3, pour obtenir la libération³⁹¹³ ; dans le droit de contester devant un juge le défaut l'adaptation du lieu et du régime de détention avec l'objectif de celle-ci, sur le fondement de l'article 5 § 1^{er}(³⁹¹⁴), pour obtenir le transfert dans un lieu adapté, voire d'obtenir sa libération³⁹¹⁵ ; dans le droit de contester devant un juge l'indignité des conditions matérielles de détention, sur le fondement de l'article 3, pour obtenir des conditions de détention conformes au standard européen³⁹¹⁶.

941. **Exécution de la privation de liberté et bien-fondé.** C'est le traitement uniforme des différents vices de la privation de liberté que nous avons proposé³⁹¹⁷. Si le vice d'exécution est irréparable et compromet durablement le sens de la privation de liberté, et il doit alors être efficace à obtenir la libération. Le contrôle appartient alors au juge judiciaire, et intègre l'appréciation du bien-fondé de la privation de liberté, en confrontation avec l'exception de dangerosité. À la différence de l'état de santé incompatible ou de l'inadéquation matérielle, la jurisprudence européenne n'a jamais reconnu pour le contentieux de masse des conditions matérielles de détention indignes, à cause de la surpopulation, de la

³⁹¹¹ La contestation du vice d'exécution n'intègre alors pas la régularité, mais plutôt le bien-fondé, pour être un élément de son appréciation, pouvant être mis en échec par l'exception de dangerosité [v. *supra*, n° 582 et s.].

³⁹¹² V. *supra*, n° 556 et s.

³⁹¹³ V. *supra*, n° 564 et s.

³⁹¹⁴ Si bien que cette dernière contestation intègre directement la légalité de la privation de liberté au sens de l'article 5 § 4.

³⁹¹⁵ V. *supra*, n° 476 et s.

³⁹¹⁶ V. *supra*, n° 519 et s.

³⁹¹⁷ V. *supra*, n° 588 et s.

vétusté ou de l'insalubrité³⁹¹⁸, un droit à la libération : elle s'est toujours contentée de forger un droit à obtenir, devant le juge interne, de meilleures conditions matérielles de détention.

942. **Exécution de la privation de liberté et régularité.** Lorsque le vice d'exécution est réparable, et que le sens de la privation de liberté peut être rétabli, celui-ci fait naître un droit à l'obtention de meilleures conditions de détention, soit qu'elles assurent l'adéquation matérielle, soit qu'elles assurent son traitement médical, soit qu'elles respectent le standard minimum de la dignité des conditions matérielles de détention³⁹¹⁹. Ce droit à l'obtention de meilleures conditions de détention, que la Cour a bâti en employant l'article 5 § 4³⁹²⁰ ou l'article 13³⁹²¹, aboutit à forger un véritable juge de l'exécution de la privation de liberté. Le respect de ce droit intègre en conséquence pleinement la régularité de la privation de liberté, définie non plus strictement comme le contrôle du respect des conditions de fond et de forme autorisant le recours à la privation de liberté, sanctionnée par la libération, mais plus largement comme incluant aussi l'ensemble des moyens permettant d'abaisser la sévérité irrégulière³⁹²² de la privation de liberté³⁹²³, tout en maintenant son principe.

943. **La recherche du recours efficace de la contestation des conditions matérielles de détention en droit français.** Le droit français a souvent relégué l'exécution de la privation de liberté, notamment pour la peine privative de liberté, à la compétence réglementaire³⁹²⁴ et a préféré développer le contrôle extérieur des établissements pénitentiaires³⁹²⁵, plutôt que son contrôle juridictionnel³⁹²⁶, mouvement finalisé par

³⁹¹⁸ Le contentieux se distingue donc de l'état de santé incompatible, de l'isolement pénitentiaire, ou de l'inadéquation matérielle, mais concerne la conformité des conditions de détention avec le standard minimum européen [v. *supra*, n° 519].

³⁹¹⁹ Cette dimension est reconnue pour les trois vices.

³⁹²⁰ Pour la contestation de l'adéquation matérielle.

³⁹²¹ Pour la contestation de la dignité des conditions matérielles de détention ou pour celle de la compatibilité de l'état de santé.

³⁹²² Cette interprétation plus large peut s'appuyer sur l'article 5 § 4 de la Convention européenne des droits de l'Homme, la Cour incluant dans le recours à bref délai le contrôle de l'adéquation matérielle, dont la contestation doit permettre d'obtenir des conditions de détention adaptées devant le juge national [CEDH, sect. V, 10 janv. 2013, *Claes c. Belgique*, req. n° 43418/09].

³⁹²³ Ce qui devrait aboutir à scinder le contentieux du contrôle de l'exécution de la privation de liberté, pour inclure le contrôle du vice réparable dans la régularité et le vice irréparable dans le bien-fondé.

³⁹²⁴ V. *supra*, n° 187 et s.

³⁹²⁵ Voir le rapport au Ministre de la Justice de la commission sur l'amélioration du contrôle extérieur des établissements pénitentiaires présidée par G. CANIVET, La Documentation française, 1999. Voir J. BUISSON, « Rapport de la Commission sur l'amélioration du contrôle extérieur des établissements pénitentiaires, présidée par M. Guy Canivet, Premier président de la Cour de cassation » : *RSC*, 2001, p. 199. Voir le rapport de G.-P. CABANEL au nom de la commission d'enquête du Sénat sur les conditions de détention en France : *Les rapports du Sénat*, 2000, t. 1, pp. 157 et s. Voir également le rapport de J. FLOCH au nom de la commission d'enquête de l'Assemblée nationale sur la situation dans les prisons françaises : *La Documentation française*, 2000, t. I, pp. 151 et s.

³⁹²⁶ Le Code de procédure pénale permet aux députés et sénateurs de visiter à tout moment les locaux de garde à vue, les centres de rétention, les zones d'attente et les établissements pénitentiaires. Le juge administratif a

l'institution du Contrôleur général des lieux de privation de liberté³⁹²⁷. Le contrôle extérieur, même en strates empilées, reste de portée limitée pour assurer le contrôle des conditions matérielles de détention, dès lors qu'il est dépourvu du pouvoir d'injonction³⁹²⁸. La voie de l'annulation de l'acte d'enquête a été employée, et la Cour de cassation avait semblé reconnaître dans un premier temps l'efficacité du moyen de l'indignité des conditions matérielles de détention³⁹²⁹, avant de l'écarter par principe³⁹³⁰. L'efficacité du même moyen a été rejetée pour appuyer une demande de remise en liberté³⁹³¹, sauf à critiquer un état de santé incompatible³⁹³², principes fixés désormais dans une jurisprudence rappelée au Bulletin³⁹³³.

rappelé que ce droit a pour but de « vérifier que les conditions de détention répondent à l'exigence du respect de la dignité de la personne » [CE, réf., 27 mai 2005, sect. fr. OIP, n° 280866 : Rec. CE, p. 232 ; AJDA, 2005, p. 1579, comm. A. RAINAUD].

³⁹²⁷ La nouvelle institution dépasse le simple contrôle des prisons et concerne toute privation de liberté. Son périmètre d'action porte directement sur « les conditions de prise en charge et de transfèrement des personnes privées de liberté », ce qui recoupe les conditions matérielles de détention ce que confirme les travaux parlementaires [v. le Rapport de J.-J. HYEST, au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale du Sénat sur le projet de loi instituant un contrôleur général des lieux de privation de liberté, 2007, document n° 414, p. 38 et s.]. La mission du Contrôleur vise notamment « les conditions matérielles de privation de liberté susceptible de mettre en cause la dignité de la personne ».

³⁹²⁸ Leur rôle est d'abord d'alerter sur l'indigence des conditions matérielles de détention et de proposer des évolutions normatives. Le Contrôleur général des lieux de privation de liberté a finalement pleinement investi ce rôle.

³⁹²⁹ Cass. crim., 7 mai 2008, n° 08-81.419 : inédit ; RSC, 2008, p. 930, obs. R. FINIELTZ.

³⁹³⁰ Cass. crim., 22 juin 2010, n° 09-86.658 : inédit. La Cour affirmait sans équivoque « qu'une éventuelle violation des dispositions de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, de l'article 10 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et de l'article préliminaire du Code de procédure pénale, si elle est susceptible d'engager la responsabilité de la puissance publique en raison du mauvais fonctionnement du service public, ne saurait constituer une cause de nullité de procédure ».

³⁹³¹ Cass. crim., 8 nov. 1988, n° 88-85.185 : inédit. La Cour de cassation validait le raisonnement de la chambre d'accusation qui avait décidé de prolonger une détention provisoire, dès lors que « les conditions matérielles dans lesquelles s'exécute la détention et qui seraient contraires aux recommandations des conventions internationales échappent à la compétence de la chambre d'accusation ». En l'espèce, le requérant avait fondé la critique de ses conditions matérielles de détention sur la Convention de New-York contre la torture de 1984 et sur la Convention européenne des droits de l'Homme. – Cass. crim., 27 janv. 1998, n° 97-86.014 : inédit. La Cour de cassation validait la décision du juge du fond qui rejetait la demande de remise en liberté se fondant sur l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme, puisque la personne mise en examen est « irrecevable à critiquer ses conditions de détention à l'occasion d'une demande de mise en liberté, la chambre d'accusation énonce que celles-ci sont étrangères aux prévisions de l'article 144 du Code de procédure pénale ». – Cass. crim., 13 avr. 1999, n° 99-80.481 : inédit. La Cour de cassation validait la solution du juge du fond qui refusait une demande de remise en liberté fondée sur les conditions de détention « dans un quartier disciplinaire non chauffé ». Le juge du fond avait rejeté l'argument de santé incompatible, dès lors qu'un rapport d'expertise concluait à la compatibilité, si bien qu'il estimait que « les dispositions de l'article 3 de ladite Convention concernant la torture et le traitement inhumain ne sauraient être invoquées en l'espèce ».

³⁹³² Cass. crim., 3 sept. 1997, n° 97-83.280 : inédit. La Cour de cassation admettait l'efficacité du moyen de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme, mais l'écarterait en l'espèce, car le mis en examen bénéficiait d'une thérapie de soutien suffisant à assurer la compatibilité.

³⁹³³ Cass. crim., 29 fév. 2012, n° 11-88.441 : Bull. crim., n° 58 ; AJP, 2012, p. 471, note E. SENNA ; RSC, 2013, p. 879, obs. X. SALVAT ; Gaz. Pal., 19 juil. 2012, p. 17, avis G. LACAN. La Cour rappelle que le moyen de l'article 3, pour demander la remise en liberté, se limite aux « éléments propres à la personne concernée, suffisamment graves pour mettre en danger sa santé physique ou mentale ».

L'action pénale³⁹³⁴ a aussi été utilisée, sur le fondement de l'incrimination d'hébergement incompatible avec la dignité humaine³⁹³⁵, mais cette voie a été clôturée par la Cour de cassation avec vigueur, sans argumentation³⁹³⁶. La critique de la légalité de la décision administrative a aussi été employée³⁹³⁷, y compris par l'usage du référé-liberté³⁹³⁸, sans véritable succès, à cette époque.

³⁹³⁴ Art. 225-14 CP : « le fait de soumettre une personne, dont la vulnérabilité ou l'état de dépendance sont apparents ou connus de l'auteur, à des conditions de travail ou d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende ».

³⁹³⁵ Le détenu avait tenté de saisir la Cour européenne des droits de l'Homme mais celle-ci lui avait opposé l'épuisement des voies de recours interne, notamment du fait de non usage de la voie pénale. Le juge d'instruction avait refusé d'instruire, dès lors que l'infraction était reprochée à l'administration. La chambre d'accusation de Nancy invalida cette décision en retenant une vision large des éléments constitutifs [CA Nancy, 1^{er} mars 2007 : *AJP*, 2007, p. 335, obs. M. HERZOG-EVANS : « les conditions de détention ne sont pas exclues par nature du champ d'application de l'article 225-14 du Code pénal. Certes l'État ne peut être mis en cause, mais il appartient au juge d'instruction désigné de déterminer si des personnes physiques ont été en position du fait notamment de leurs fonctions, de créer ou de mettre un terme à des conditions d'hébergement éventuellement incompatibles avec la dignité de la personne détenue »], semblant viser le personnel de l'administration pénitentiaire et en particulier le directeur de l'établissement. L'épuisement de la voie pénale avait permis au requérant de saisir efficacement la Cour européenne des droits de l'Homme, qui constata une violation de l'article 3 [CEDH, sect. V, 25 avr. 2013, *Canali c. France*, req. n° 40119/09 ; D., 2013, p. 1138, obs. M. LÉNA ; *AJDA*, 2013, p. 1794, chron. L. BURGORGUE-LARSEN ; *AJP*, 2013, p. 403, note J.-P. CÉRÉ].

³⁹³⁶ Cass. crim., 20 janv. 2009, n° 08-82.807 : *Bull. crim.*, n° 18 ; *AJP*, 2009, p. 139, obs. M. HERZOG-EVANS ; *Dr. pén.*, 2009, comm. n° 42, obs. A. MARON et M. HAAS ; *RSC*, 2009, p. 377, obs. Y. MAYAUD.

³⁹³⁷ Voir CE, 9 avr. 2008, *sect. fr. OIP*, n° 311707 : *inédit* ; *AJDA*, 2008, p. 1447, note J. BIRNBAUM. La Section française de l'Observatoire international des prisons avait demandé au directeur de la maison d'arrêt de Fleury-Mérogis de mettre fin à tout placement en quartier disciplinaire, en raison des conditions matérielles de détention détériorées y régnant, sur le fondement de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Devant le juge administratif, l'association demandait la suspension en référé de la décision implicite de refus [CAA Paris, 27 avr. 2006, *Dominique X*, n° 05PA03468 : *Légifrance*]. Le juge administratif du fond avait rejeté la demande, pour défaut de la condition d'urgence. Son argumentation était validée par le Conseil d'État, dès lors que l'effet du placement en cellule disciplinaire sur la santé des détenus n'était pas suffisamment corrélé, même s'il relevait que l'état des locaux « était particulièrement dégradé ». Le juge rappelait également qu'un nouveau quartier disciplinaire devait être ouvert à l'été 2008. Le Conseil d'État rappelait aussi que « le juge des référés [...] a tenu compte, d'une part, de la situation invoquée par l'association requérante, et, d'autre part, de l'intérêt public tenant à la sauvegarde de l'ordre public invoqué par l'administration », admettant que la suspension aurait entraîné des difficultés pour l'ordre pénitentiaire. Ce dernier élément revenait finalement à reconnaître que les conditions de détention posaient indéniablement des difficultés, sans pouvoir les sanctionner, pour préserver l'ordre pénitentiaire. V. pour un autre ex., CAA Paris, 27 avr. 2006, *Dominique X*, n° 05PA03468 : *Légifrance*. Le détenu contestait la décision de son placement en isolement sur le fondement de l'article 3 de la Convention, en raison des conditions matérielles de détention dégradées, en arguant se trouver « dans une cellule de 6,84 m², vétuste, mal isolée et dont l'aération est limitée à une fenêtre étroite ». La Cour d'appel, reprenant la formulation de la Cour européenne des droits de l'Homme, écartait cet argument, dès lors que la mesure ne constituait pas « un isolement sensoriel et social complet » et que ces conditions de détention, du propre aveu du juge « difficiles », sans générer de conditions de détention « plus sévères que [...] du régime ordinaire de détention ».

³⁹³⁸ CE, réf., 8 sept. 2005, *Bunel*, n° 284803 : *Rec. CE*, p. 388 ; *AJP*, 2005, p. 377, obs. M. HERZOG-EVANS ; *LPA*, 21 févr. 2007, p. 15, note F. FOURNIÉ et É. MASSAT. Le détenu demandait à ne plus être soumis au tabagisme passif : il avait d'abord été détenu dans une cellule avec trois fumeurs, alors que l'exposition à la fumée avait aggravé sa pathologie. Le référé-liberté se fondait d'abord sur l'atteinte à l'état de santé. Le juge du fond avait accepté la demande et enjoint à l'administration « de mettre en œuvre, dans un délai d'un mois, les mesures appropriées afin de soustraire [le détenu] au tabagisme ou en cas d'impossibilité absolue liée aux contraintes de l'organisation carcérale, de l'affecter dans une cellule où l'exposition au tabagisme sera limitée, sans que ces mesures puissent avoir pour conséquence de priver l'intéressé de son emploi aux cuisines ». Le Conseil d'État déniait au droit à la santé la qualification de liberté fondamentale au sens de la disposition et

944. **Quelques illustrations en droit français des hésitations à dépasser le standard européen.** La consécration de la dignité comme un élément plein et entier de la régularité de la privation de liberté de police apparaît aisée³⁹³⁹, dès lors que sa courte durée facilite la gestion du flux des détenus et impose la mise en place de structures moins lourdes que l'établissement pénitentiaire. Le Conseil constitutionnel, dans son contrôle *a posteriori* de la garde à vue, a directement consacré le droit du suspect au respect de la dignité, sans apporter d'éléments véritablement nouveau sur les conditions matérielles de détention³⁹⁴⁰. Dans son contrôle de la rétention aux fins de défèrement du suspect, le Conseil constitutionnel a évoqué plus précisément les conditions de détention matérielles indignes, en confiant à l'autorité judiciaire la tâche du contrôle des lieux de détention, sans autre précision³⁹⁴¹. Cette apparition de la dignité de la personne privée de liberté, dans la jurisprudence constitutionnelle, s'est accompagnée du développement de la notion dans la législation, au-delà d'ailleurs de la privation de liberté de police³⁹⁴². Toutefois, l'obligation

rejetait le référé-liberté. Même la démonstration de l'atteinte à l'état de santé ne suffisait pas à rendre recevable le référé-liberté. Bien que décevante, la décision ne fermait pas la porte à l'emploi de la procédure d'urgence à la privation de liberté, notamment en cas d'atteinte à la liberté personnelle, définie comme un droit « *qui implique en particulier qu'il ne puisse subir de contraintes excédant celles qu'imposent la sauvegarde de l'ordre public ou le respect des droits d'autrui* ». Cette assertion était immédiatement limitée par le Conseil d'État qui rappelait que, « *s'agissant des personnes détenues dans les établissements pénitentiaires, leur situation est nécessairement tributaire des sujétions inhérentes à leur détention* ».

³⁹³⁹ L'atteinte à la dignité permettrait ainsi d'empêcher le juge de l'*Habeas corpus* de prolonger la privation de liberté, à condition d'inclure systématiquement le contrôle de la régularité de la privation de liberté dans son office [v. *supra*, n° 914 et s.].

³⁹⁴⁰ Cons. const., déc. n° 2010-14/22 QPC du 30 juil. 2010, [M. W.] : *J. O.*, 31 juil. 2010, p. 14198 ; *RTD civ.*, 2010 p. 513, obs. P. PUIG ; *RSC*, 2011, p. 139, obs. A. GIUDICELLI ; *D.*, 2010, p. 2254, obs. J. PRADEL ; *AJP*, 2010, p. 470, comm. J.-B. PERRIER ; *Constitutions*, 2010, p. 571, comm. E. DAOUD et E. MERCIER ; *RSC*, 2011, p. 165, obs. B. DE LAMY ; consid. n° 19. En visant les « *agissements* » portant atteinte à la dignité et la répression de ces comportements par les infractions pénales, c'est d'abord les mauvais traitements volontaires que le Conseil constitutionnel visait toutefois. Même à considérer que le Conseil constitutionnel visait plus largement toute atteinte à la dignité humaine, même celle involontaire générée par des conditions de détention indignes, le Conseil constitutionnel se référerait d'abord à la voie de la réparation ou de « *l'indemnisation* ».

³⁹⁴¹ Cons. const., déc. n° 2010-80 QPC du 17 déc. 2010, [M. F.] : *J. O.*, 19 déc. 2010, p. 22374 ; *Constitutions*, 2011, p. 525, note E. DAOUD et A. TALBOT ; *Procédures*, 2011, comm. n° 73, obs. J. BUISSON. Concernant le défèrement dans les geôles du tribunal, le Conseil constitutionnel rappelait qu'il appartenait à l'autorité judiciaire de « *veiller à ce que la privation de liberté des personnes retenues soit, en toutes circonstances, mise en œuvre dans le respect de la dignité humaine ; qu'il appartient ainsi à ces autorités de veiller à ce que les locaux des juridictions dans lesquels ces personnes sont retenues soient aménagés et entretenus dans des conditions qui assurent le respect de ce principe* ».

³⁹⁴² V. pour l'internement des aliénés, l'art. L. 3211-3 CSP : « *en toutes circonstances, la dignité de la personne hospitalisée doit être respectée et sa réinsertion recherchée* ». V. pour la détention pénitentiaire l'art. 22 de la loi n° 2009-1436 du 24 nov. 2009 pénitentiaire [*J. O.*, 25 nov. 2009, p. 20192 ; *D.*, 2010, p. 31, comm. M. HERZOG-EVANS ; *RSC*, 2010, p. 190, comm. P. PONCELA ; *RFDA*, 2010, p. 15, comm. F. FÉVRIER ; *AJDA*, 2010, p. 494, comm. C.-M. SIMONI ; *Procédures*, comm. n° 21, note J. BUISSON ; *Dr. pén.*, 2010, ét. n° 2, obs. J.-P. CÉRÉ ; *JCP*, 2009, I, n° 552, comm. J.-P. CÉRÉ ; *RSC*, 2010, p. 444, obs. E. GALLARDO ; *AJP*, 2009, p. 473, obs. E. PÉCHILLON ; *AJP*, 2009, p. 483, comm. M. HERZOG-EVANS (spéc. sur l'aménagement des peines) ; *AJF*, 2009, p. 484, obs. M. HERZOG-EVANS (spéc. sur le maintien des liens familiaux) ; *Gaz. Pal.*, 26 juin 2010, p. 18, note D. VIRIOT-BARRIAL (spéc. sur les dispositions sanitaires) ; *ibid.*, p. 23,

constitutionnelle dégagée semble se cantonner à un devoir de surveillance de l'autorité judiciaire chargée du contrôle en temps réel. Le juge judiciaire de la prolongation de la rétention de l'étranger a bien semblé faire de « *l'atteinte portée à la personne* » une cause d'irrégularité de la privation de liberté de police³⁹⁴³, sur le fondement direct de l'article 3³⁹⁴⁴. Le juge de la régularité de la procédure pénale avait aussi admis l'efficacité du moyen des conditions matérielles de détention indignes comme cause de nullité, à condition que l'atteinte à la dignité du suspect dépasse un certain seuil³⁹⁴⁵, avant que la Cour de cassation, de manière plus critiquable, ne recule, pour l'écarter désormais par principe³⁹⁴⁶. Certaines décisions du juge judiciaire ont pris en compte des atteintes à la dignité de la personne détenue, pour justifier l'octroi de mesures d'aménagement de peine, même si les seules conditions matérielles de détention n'étaient pas utilisées³⁹⁴⁷. Un juge d'instruction a même accordé une

note P. LAMOTHE (spéc. sur les dispositions sanitaires) qui prévoit que « *l'administration pénitentiaire garantit à toute personne détenue le respect de sa dignité et de ses droits* ».

³⁹⁴³ Cass. civ. I, 1^{er} déc. 2010, n° 09-13.207 : *inédit*. L'atteinte à la personne de l'étranger résultait de l'absence de son alimentation entre 9 h et 17 h dans l'attente d'une audience. – Cass. civ. I, 1^{er} juin 2011, n° 10-30.609 : *inédit*. L'atteinte à la personne, y compris pendant la garde à vue, qui précède la rétention, autorise le rejet de la prolongation de la détention de l'étranger. Elle relevait aussi du défaut d'alimentation subi par ce dernier en garde à vue, durant près dix-neuf heures. Par comparaison, un défaut d'alimentation d'un suspect en garde à vue pendant 22 heures ne permet pas d'annuler la mesure, dans le contentieux de la régularité de la procédure pénale, en raison du défaut de dépassement de seuil [Cass. crim., 9 mars 2011, n° 09-81.138 : *inédit*]. La Cour européenne des droits de l'Homme a qualifié de traitement dégradant l'absence de fourniture d'eau et de nourriture à des témoins, retenus pour audition, de 19 h 30 à 5 h du matin [CEDH, sect. III, 22 févr. 2011, *Soare et autres c. Roumanie*, req. n° 24329/02].

³⁹⁴⁴ V. *supra*, n° 519 et s.

³⁹⁴⁵ Cass. crim., 7 mai 2008, n° 08-81.419 : *inédit* ; RSC, 2008, p. 930, obs. R. FINIELTZ. Tétraplégique, la garde à vue avait duré trois jours. La mesure s'était réalisée à l'hôpital, en raison du handicap du suspect, et ce dernier avait bénéficié de transferts à son domicile, pour recevoir les soins de son infirmière personnelle. Deux examens médicaux avaient conclu à la compatibilité de l'état de santé avec la mesure de contrainte, sous réserve de la réaliser en milieu hospitalier. Le juge du fond avait rejeté l'annulation, dès lors qu'il estimait que toutes les mesures avaient été prises pour adapter la garde à vue à l'état de santé du suspect, et que le suspect, incapable de se déplacer seul, avait été menotté pendant le seul temps nécessaire à son installation dans une chambre assurant les conditions de sécurité. Cette motivation était censurée par la Cour de cassation dès lors que le juge du fond s'était prononcé « *sans vérifier les conditions précises dans lesquelles [le suspect] avait été soumis au port des menottes ou d'entraves, notamment la durée de cette mesure, et sans analyser les circonstances particulières qui imposaient, en l'espèce, d'adopter une telle forme de contrainte physique à l'encontre d'une personne paralysée des bras et des jambes, d'autre part, sans s'interroger sur l'adaptation des conditions de la garde à vue à la situation de l'intéressé, [...] enfin, sans rechercher si les conditions matérielles de son détènement après la fin de la garde à vue avaient été adaptées à ses besoins spécifiques, la chambre de l'instruction n'a pas justifié sa décision* ». La Cour de cassation admettait en conséquence que des conditions de détention matérielles indignes constituent un motif d'annulation, indépendamment de l'état de santé incompatible, et la décision semblait même ouvrir, dans ce cas, le contrôle de l'opportunité du recours à la garde à vue.

³⁹⁴⁶ Cass. crim., 22 juin 2010, n° 09-86.658 : *inédit*. La Cour affirmait sans équivoque « *qu'une éventuelle violation des dispositions de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, de l'article 10 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et de l'article préliminaire du Code de procédure pénale, si elle est susceptible d'engager la responsabilité de la puissance publique en raison du mauvais fonctionnement du service public, ne saurait constituer une cause de nullité de procédure* ».

³⁹⁴⁷ Cass. crim., 25 nov. 2009, n° 09-82.971 : *Bull. crim.*, n° 197 ; *AJP*, 2010, note M. HERZOG-EVANS. Sur le fondement de l'article 3, la Cour de cassation avait reproché au juge du fond d'avoir rejeté la demande de placement sous surveillance électronique du condamné, « *sans rechercher si, compte tenu de son handicap, il ne*

remise en liberté, en se fondant en partie sur les conditions de détention indignes³⁹⁴⁸. Pour cette dernière matière, la Cour de cassation a rapidement fermé l'efficacité du moyen, les conditions de détention indignes, prises isolément, ne pouvant suffire à fonder la remise en liberté³⁹⁴⁹. Ces différentes illustrations, entre audace certaine et reculades, ne suffisent pas à caractériser la supériorité du droit français sur la jurisprudence européenne et ne consacrent pas non plus un droit à obtenir la libération, en cas de conditions matérielles de détention indignes³⁹⁵⁰.

945. Le dépassement du droit français : le refus de prolonger la rétention administrative de l'étranger en cas de conditions matérielles de détention indignes. Le juge judiciaire, qui s'était déjà octroyé une part du contrôle des conditions matérielles de détention de l'étranger³⁹⁵¹, semblant ainsi dépasser sa compétence naturelle au regard de la dualité³⁹⁵², s'est aussi approprié le contrôle de l'adaptation des conditions matérielles de détention de la famille placée en rétention, au cours de sa saisine, pour prolonger la rétention : le refus de prolonger la rétention des parents, que les enfants accompagnent³⁹⁵³, au visa de

serait pas exposé, en raison des conditions effectives de détention dans un [...] établissement pénitentiaire, à une détresse ou à une épreuve qui excéderait le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention », si bien que le critère, plutôt lié à l'état de santé incompatible, au regard de la décision, apparaissait bien comme un des principes devant guider l'aménagement des peines. – TGI Bobigny, 26 mai 2011 : *AJP*, 2013, p. 113, obs. M. HERZOG-EVANS. Le juge du fond octroyait une libération conditionnelle, sur le seul fondement de l'atteinte à la dignité humaine, même si de nouveau, le juge utilisait un pan de l'article 3 différent des conditions matérielles de détention indignes, sa décision s'appuyant sur les brimades subies par le demandeur en détention de la part d'un surveillant

³⁹⁴⁸ TGI Versailles, 26 juin 2013 : *inédit*. L'affaire, qui concernait l'établissement pénitentiaire de Bois-d'Arcy, avait bénéficié d'une exposition dans la presse généraliste. Le juge d'instruction avait visité la cellule avant de se prononcer. D'après les affirmations de son avocat, retranscrites dans différents articles, la cellule, composée de 9 m², accueillait trois détenus, tandis que les murs de la cellule n'étaient pas étanches aux intempéries et que celle-ci était dépourvue de chauffage.

³⁹⁴⁹ Cass. crim., 29 févr. 2012, n° 11-88.441 : *préc.* La Cour rappelait que le moyen de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme, efficace à provoquer la remise en liberté, se limitait aux « éléments propres à la personne concernée, suffisamment graves pour mettre en danger sa santé physique ou mentale ».

³⁹⁵⁰ V. pour la jurisprudence européenne, *supra*, n° 519 et s.

³⁹⁵¹ Cass. civ I, 1^{er} déc. 2010, n° 09-13.207 : *inédit*. L'atteinte à la personne de l'étranger résultant de l'absence de son alimentation, entre 9 h et 17 h, dans l'attente de l'audience, aux geôles du tribunal, permet au juge judiciaire de refuser de prolonger la rétention.

³⁹⁵² Le Tribunal des conflits a estimé que « les litiges relatifs aux conditions matérielles d'exécution de la rétention des étrangers en instance d'éloignement [...] fût-elle prolongée par le juge judiciaire, ressortissent, en l'absence de voies de fait dont les éléments constitutifs ne sont pas réunis en l'espèce, à la seule compétence des juridictions administratives » [T. confl., 25 avr. 1994, *Morelli*, n° 02920 : *Rec. CE ; D.*, 1994, p. 389, concl. R. ABRAHAM ; *ibid.*, note P. DIDIER]. Si la théorie générale de la légalité administrative exclut en principe que l'exécution de l'acte ait des conséquences sur sa légalité, certains juges administratifs, dans le cas de la rétention d'une famille avec des jeunes enfants, ont pu recourir au référé-suspension, pour mettre fin à la rétention, en raison de son affliction trop élevée [v. par ex., TA Mayotte, 20 févr. 2012, n°s 1200106, 1200107 et 1200108], montrant les difficultés à séparer nettement les compétences juridictionnelles en matière de dualité.

³⁹⁵³ La rétention administrative, en droit, concerne les seuls parents, puisque la loi écarte la rétention administrative du mineur, ceux-ci s'y trouvant uniquement pour accompagner leurs parents, sans titre de détention propre. La Cour européenne des droits de l'Homme avait d'ailleurs sanctionné le droit français au titre

l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme, est licite, à condition de « caractériser, en l'espèce, un traitement inhumain ou dégradant »³⁹⁵⁴, ce que ne constitue pas, par principe, la rétention administrative du très jeune enfant. Les conditions matérielles de privation de liberté indignes autorisent alors la libération. Un dernier arrêt de la Cour de cassation, pouvant apparaître en retrait³⁹⁵⁵, censurait la décision du juge du fond, qui avait refusé de prolonger la rétention pour cause de traitement inhumain et dégradant, caractérisé pour les parents comme pour leur enfant de quatre ans, malgré la motivation du juge du fond, qui s'était attelé à caractériser *in concreto* le traitement inhumain et dégradant, en s'inspirant des arrêts européens³⁹⁵⁶. En réalité, la Cour de cassation ne faisait que poursuivre l'intégration du contrôle européen, en s'en appropriant les solutions : en l'absence de séparation entre les parents et leurs enfants, le seuil n'a pas été dépassé pour caractériser un traitement inhumain et dégradant à l'égard des adultes, pourtant retenu par le juge du fond, justifiant la censure, sans évocation de la situation des enfants. Dès lors, l'arrêt ne condamne pas le refus de prolongation de la détention de la famille, pour le seul constat du traitement inhumain et dégradant infligé aux enfants, et si cette solution apparaît boiteuse³⁹⁵⁷, elle reste la seule permettant d'interrompre le traitement inhumain et dégradant. D'ailleurs, le Tribunal des

de l'article 5 § 4, puisque les enfants se trouvent dépourvus du droit de contester leur propre placement en détention [Popov c. France : préc., § 122 et s.].

³⁹⁵⁴ Cass. civ. I, 10 déc. 2009, n° 08-14.141 : *Bull. civ. I*, n° 249 ; *AJDA*, 2010, p. 435, avis P. CHEVALIER ; *Rev. crit. DIP*, 2010, p. 116, note S. CORNELOUP ; *Constitutions*, 2010, p. 260, obs. P. CHEVALIER ; *JCP*, 2010, n° 127, note N. GUIMEZANES ; *Dr. Famille*, 2010, ét. n° 14, comm. M. FARGE. En l'espèce, le juge du fond s'était prononcé par des motifs abstraits à savoir « des conditions de vie anormales imposées à ce très jeune enfant quasiment dès sa naissance, après avoir été gardé à vue avec sa mère, et, d'autre part, de la grande souffrance morale et psychique infligée à la mère et au père par cet enfermement, souffrance manifestement disproportionnée avec le but poursuivi, c'est-à-dire la reconduite à la frontière ». L'enfant détenu avec ses parents était âgé de deux mois et demi.

³⁹⁵⁵ Cass. civ., 28 mars 2012, n° 10-26.141 : inédit.

³⁹⁵⁶ « L'ordonnance retient que l'enfant, comme ses parents, a été conduit dans le véhicule de la gendarmerie, de Mayenne au Centre de rétention de Saint-Jacques de la Lande, que M. X... a indiqué à l'audience que l'enfant vivait mal la situation, pleurait fréquemment et souffrait en particulier de devoir subir le rythme d'alimentation réservé aux adultes retenus, qu'il résultait du rapport 2008 de la CIMADE que le séjour des enfants dans ce centre, quoique équipé de locaux et matériels prévus à l'intention des enfants, leur fait subir les répercussions néfastes de l'enfermement et de la situation de stress aigu vécue par leurs parents, que, dans un avis du 20 octobre 2008, la Commission nationale de déontologie de la sécurité a fait siennes des considérations selon lesquelles les conditions de vies anormales imposées à un jeune enfant accompagnant ses parents dans un centre de rétention et la souffrance morale ou psychique infligée à ses père et mère du fait de cet enfermement dépassent le seuil de gravité requis pour constituer un traitement inhumain au sens de l'article 3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et que, doit également être regardé comme relevant du même article, le choix auquel sont confrontés les parents de devoir soit maintenir leur enfant auprès d'eux dans ces conditions soit s'en séparer alors même qu'ils se trouvent en pays étranger et qu'ils sont en voie d'en être éloignés ».

³⁹⁵⁷ Si seule la privation de liberté des enfants caractérise une violation de l'article 3, sauf à caractériser pour les parents un franchissement du seuil de l'article 3, selon les critères classiques de la vétusté, de la surpopulation, ou de l'insalubrité, seuls les parents sont privés de liberté selon le droit national. De telles difficultés rappellent l'insuffisance de l'arrêt Popov [v. *supra*, note n° 2260].

conflits a indirectement consacré le pouvoir du juge judiciaire de refuser de prolonger la rétention, en raison de conditions de détentions indignes³⁹⁵⁸.

946. La recherche du respect par le droit français du standard européen.

À défaut de dépassement du standard européen, au moins le droit français doit-il l'intégrer et rendre effectif le droit à l'obtention de meilleures conditions de détention. Le droit français a longtemps échoué en cette matière, comme le montre sa longue recherche de la voie de droit idoine³⁹⁵⁹. Le juge administratif a réalisé des progrès significatifs, méritant sur ce point, sa qualité de gardien de la liberté individuelle, qui lui a été préservée. Devant lui, l'action en responsabilité de l'État pour faute simple est devenue une voie de droit efficace de la contestation des conditions matérielles de détention passées (A). Il a aussi amélioré l'efficacité de la contestation des conditions matérielles de détention actuelles, sans doute en vain (B).

A) L'action en responsabilité de l'État pour faute simple : voie de droit efficace de la contestation des conditions matérielles de détention passées

947. L'admission de l'action en responsabilité de l'État en droit administratif français. La juridiction spéciale chargée de l'indemnisation de la détention provisoire injuste³⁹⁶⁰ a directement retenu que les conditions de détention dégradées justifient une augmentation de l'indemnisation du préjudice moral, gouverné par l'appréciation du choc de l'incarcération³⁹⁶¹. La réparation de la détention provisoire injuste est une manifestation

³⁹⁵⁸ T. confl., 29 déc. 2004, *pft Deux-Sèvres c. TGI Niort*, n° 3429 : *Rec. CE* ; *AJDA*, 2005, p. 1011, note L. DOMINGO. Concernant l'action destinée à permettre le constat de la preuve des conditions matérielles de détention de l'étranger, le Tribunal des conflits confirmait la compétence judiciaire de l'action, dès lors que le constat pouvait être soumis au juge judiciaire saisi pour prolonger la rétention administrative.

³⁹⁵⁹ V. *supra*, n° 943.

³⁹⁶⁰ Art. 149-3 CPP.

³⁹⁶¹ Cass., CNRD, 23 sept. 2005, n° 04-CRD004 : *inédit*. La décision tenait compte pour réparer le préjudice moral généré par la détention provisoire de « l'insalubrité et de la vétusté de l'établissement où celle-ci a été subie ». – Cass., CNRD, 20 févr. 2006, n° 05-CRD055 : *Bull. crim. CNRD*, n° 4. De même, « la surpopulation et les mauvaises conditions d'hygiène et de confort de la maison d'arrêt » aggravent le préjudice moral. – Cass., CNRD, 29 mai 2006, n° 05-CRD077 : *inédit*. Le requérant relevait au sujet de la maison d'arrêt de Nancy que « cet établissement pénitentiaire est dans un état très dégradé, à certains endroits d'une saleté répugnante ; que la promiscuité et le danger y sont en outre constants ». La décision tenait compte « des conditions de vétusté de cette prison ». – Cass., CNRD, 21 mai 2007, n° 6C-RD082 : *Bull. CNRD*, n° 3. La Commission accorde cependant une indemnisation moins importante lorsque précédemment il a déjà été incarcéré et se trouve en quelque sorte habitué à la privation de liberté. Toutefois, lorsque cette première incarcération a été réalisée dans des conditions matérielles de détention plus favorables, car elle a été réalisée dans un quartier mineur, elle ne joue pas quant à l'appréciation du préjudice moral. – Cass., CNRD, 25 juin 2012, n° 12 CRD001 : *Bull. CNRD*, n° 3. La juridiction s'appuie sur les constatations du Contrôleur général des lieux de privation de liberté pour établir les conditions matérielles de détention indignes, permettant d'accroître le préjudice moral. V. plus largement sur le contentieux de l'indemnisation de la détention provisoire injuste, R. GOMA MACKOUNDI,

particulière de la responsabilité de l'État, qui reste évidemment limitée, et la contestation des conditions de détention indignes à des fins indemnitaires, en l'absence de législation spéciale, est soumise au droit commun. Pour la peine privative de liberté, particulièrement concernée par le contentieux de la contestation des conditions matérielles de détention, du fait de la surpopulation, de la vétusté et de l'insalubrité, l'action est de la compétence du juge administratif, dès lors qu'elle relève du dysfonctionnement d'un service public³⁹⁶². La compétence administrative est également retenue pour la rétention administrative des étrangers³⁹⁶³, ou encore le dégrisement³⁹⁶⁴.

948. Certains détenus ont d'abord utilisé les procédures en référé permettant la désignation d'un expert³⁹⁶⁵ ou d'un huissier de justice³⁹⁶⁶, afin d'amener la preuve de l'indignité des conditions matérielles de détention, en vue d'engager une action future en responsabilité³⁹⁶⁷, ce que le Conseil d'État a validé³⁹⁶⁸. Au fond, les juridictions administratives ont admis le principe de l'action dans un régime de responsabilité pour faute simple³⁹⁶⁹. Une décision, particulièrement éclairante a établi la responsabilité, en raison de la

« La réparation des préjudices nés de la détention provisoire et du placement sous contrôle judiciaire » ; *AJP*, 2013, p. 391, et sur la création du régime, D. KARSENTY, « La réparation des détentions » ; *JCP*, 2003, I, n° 108. V. pour les premières fondations doctrinales, jurisprudentielles et législatives de la responsabilité de l'État à raison de la détention provisoire, A. TOUFFAIT et L. AVERSENG, « Détention provisoire et responsabilité de l'État » ; *D.*, 1974, chron., n° 40 et J. LÉAUTÉ, « Pour une responsabilité de la puissance publique en cas de détention préventive abusive » ; *D.*, chron., 1966, p. 61.

³⁹⁶² Voir É. PÉCHILLON, *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, LGDJ, 1998, pp. 365 et s. V. pour une illustration, TGI Brest, 22 juil. 2004 ; *AJP*, 2004, p. 454, obs. É. PÉCHILLON : le juge civil en référé n'est pas compétent pour désigner un expert pour évaluer les conditions de sa détention en établissement pénitentiaire, dans le but d'engager ensuite une action en responsabilité

³⁹⁶³ T. confl., 25 avr. 1994, *Morelli*, n° 02920 : *Rec. CE* ; *D.*, 1994, p. 389, concl. R. Abraham ; *ibid.*, note P. DIDIER. Le tribunal des conflits a rappelé que « les litiges relatifs aux conditions matérielles d'exécution de la rétention des étrangers en instance d'éloignement prévue par l'article 35 bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945, fût-elle prolongée par le juge judiciaire [ressortent] en l'absence de voies de fait dont les éléments constitutifs ne sont pas réunis en l'espèce, à la seule compétence des juridictions administratives ». En l'espèce, les requérants avaient demandé au juge judiciaire de nommer un expert pour évaluer « les conditions de [la] rétention », dont la même demande était motivée pour « vérifier les conditions d'hébergement, d'hygiène et de salubrité ». Cette décision justifie par principe la compétence du juge administratif pour l'action en indemnisation des conditions de détention indignes, sans renseigner sur les principes généraux de répartition.

³⁹⁶⁴ T. confl., 18 juin 2007, *M^{me} A.*, n° C3620 : *Rec. CE*. Concernant l'action née du suicide d'une personne en dégrisement, le Tribunal des conflits relevait que la mesure « dont l'objet était relatif tant à la protection de la personne concernée qu'à la préservation de l'ordre public, ne relevait pas d'une opération de police judiciaire ». En conséquence, la juridiction décidait que « les litiges relatifs aux dommages pouvant survenir à l'occasion de son exécution ressortissent à la compétence des juridictions de l'ordre administratif ».

³⁹⁶⁵ TA Clermont-Ferrand, 1^{er} mars 2004 ; *AJP*, 2004, p. 332, obs. É. PÉCHILLON. – TA Nantes, 19 juil. 2004 ; *AJP*, 2004, p. 413, obs. M. HERZOG-EVANS.

³⁹⁶⁶ TA Nantes, 21 juil. 2004 ; *AJP*, 2004, p. 453, obs. É. PÉCHILLON.

³⁹⁶⁷ Voir M. HERZOG-EVANS, « Les voies du droit contre la surpopulation carcérale » ; in *Mélanges Ottenhorf, Dalloz*, 2006, p. 197.

³⁹⁶⁸ CE, réf., 15 juil. 2004, *min. Justice c. Korber*, n° 265594 : *inédit* ; *RSC*, 2006, p. 423, chron. P. PONCELA ; *D.*, 2005 p. 995, chron. J.-P. CÉRÉ, É. PÉCHILLON et M. HERZOG-EVANS ; *AJP*, 2004, p. 453, obs. É. PÉCHILLON.

³⁹⁶⁹ TA Caen, 21 déc. 2004 : *inédit* ; *AJP*, 2005, p. 120, obs. C. S. ENDERLIN. Le détenu reprochait à l'administration de l'avoir maintenu dans une cellule avec des détenus fumeurs, alors qu'un certificat médical

violation de la réglementation précise réglant l'exécution dans le Code de procédure pénale, mais aussi en raison de la violation des principes généraux guidant l'exécution de la privation de liberté, dont le respect de la dignité humaine, sans viser ni l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme, ni le Préambule de la Constitution³⁹⁷⁰. Deux fautes étaient retenues par le Tribunal administratif : l'une tenant aux conditions d'hygiène³⁹⁷¹ et l'autre à la surpopulation³⁹⁷², les deux s'entremêlant en l'espèce³⁹⁷³. Désormais, l'engagement de la responsabilité de l'État en cas de conditions de détention indignes est largement reconnue par les juges du fond, si bien qu'« *il ne reste plus au Conseil d'État qu'à valider les principes dégagés par les différents arrêts des cours administratives d'appel* »³⁹⁷⁴, pour achever ce mouvement jurisprudentiel.

concluait à son inaptitude à supporter une consommation tabagique. Si le tribunal rejetait la demande en indemnisation, c'était parce que le détenu n'ayant pas joint le certificat médical à sa demande de changement d'affectation, l'administration, ignorante de cette situation, n'ayant commis aucune faute. – TA Versailles, 18 mai 2004 : *inédit* ; *AJP*, 2004, p. 413, obs. M. HERZOG-EVANS. La faute de l'administration relevée par le juge administratif résidait dans la violation du principe de l'encellulement individuel des détenus âgés de moins de vingt-et-un ans, consacré par l'art. D. 85 du Code de procédure pénale. En l'espèce, trois jeunes détenus avaient été enfermés dans une cellule de 9 m². L'un des codétenus, désirant changer de cellule et protestant contre la promiscuité, avait mis le feu à un matelas, les vapeurs toxiques dégagées causant la mort d'un autre codétenu.

³⁹⁷⁰ TA Rouen, 27 mars 2008, n° 0602590 : *inédit*. En l'espèce, ce sont uniquement les conditions de détention indignes qui ont conduit à la reconnaissance de la responsabilité de l'État, sans que ne soit relevé une atteinte à l'état de santé du détenu. Le Tribunal administratif cite d'abord les différentes dispositions du Code de procédure pénale qui imposent l'encellulement individuel. Les différentes exceptions textuelles permettaient toutefois de ne pas appliquer ce principe au demandeur. Le Tribunal emploie également les dispositions qui imposent le respect de la dignité de la personne privée de liberté. C'est donc la combinaison de ces différentes dispositions qui permet au tribunal de dégager un principe selon lequel, « *si l'administration pénitentiaire peut déroger au principe de l'encellulement individuel du fait de la distribution intérieure des maisons d'arrêt, elle ne peut le faire que dans le respect de conditions satisfaisantes d'hygiène et de salubrité et le respect de la dignité inhérente à la personne humaine* ». La faute réside bien dans la soumission du détenu à des conditions matérielles de détention indignes, sans avoir à démontrer la violation d'une disposition précise du Code de procédure pénale, la démonstration de celle-ci caractérisant plus nettement encore la faute.

³⁹⁷¹ Le juge note que la détention a eu lieu « *dans différentes cellules [...] en présence de deux autres codétenus ; que ces cellules, d'une superficie de 10,80 à 12,36 mètres carré, ne comportaient pas de ventilation spécifique du cabinet d'aisance ni de cloisonnement véritable avec la pièce principale ; que ces cabinets d'aisance sont au surplus non munis d'occlusion de la cuvette et situés à proximité immédiate du lieu de prise des repas* » et retient une violation des règles d'hygiène et de salubrité de l'art. D. 350 du Code de procédure pénale pour le Tribunal.

³⁹⁷² Le Tribunal relève que « *la durée particulièrement longue de l'encellulement dans de telles conditions, à la taille des cellules, à la promiscuité et l'absence de respect de l'intimité du requérant* » n'a pas permis d'assurer le respect de la personne humaine du détenu, imposée par l'article D. 89 du Code de procédure pénale. Dans cette deuxième faute, c'est directement la surpopulation qui est visée, quand bien même la réglementation permettait en l'espèce de déroger au principe de l'encellulement individuel.

³⁹⁷³ Le Tribunal administratif établissait que les conditions de détention avaient causé un préjudice moral au demandeur, sans justification particulière, mais estimait les demandes d'injonction, tenant à contraindre l'administration à entreprendre des travaux de rénovation, irrecevables.

³⁹⁷⁴ N. DEFFAINS, « De la responsabilité de l'État du fait des conditions de détention » ; *Gaz. Pal.*, 9 févr. 2013, p. 12, spéc. II. L'auteur y présente la synthèse de la jurisprudence sanctionnant l'inadaptation des conditions de détention avec l'état de santé compatible et celle sanctionnant les conditions matérielles de détention indignes, domaines dans lesquels le juge administratif a même admis la recevabilité de l'usage du référé pour obtenir une provision. Au regard de l'ensemble de cette jurisprudence, la prise en compte des considérations sécuritaires, souvent écartées à défaut de prescription dans le Code de procédure pénale, apparaît comme un des éléments

949. **L'action en responsabilité de l'État, recours effectif de la contestation des conditions matérielles de détention passées.** La combinaison des articles 3 et 13 de la Convention européenne des droits de l'Homme aboutit à imposer l'existence en droit interne d'un recours juridictionnel effectif pour contester l'indignité des conditions matérielles de détention³⁹⁷⁵. Dans l'hypothèse de la contestation des conditions matérielles de détention passées, l'action en réparation est pertinente, à condition qu'elle soit certaine, rapide et non restreinte par un formalisme trop sévère³⁹⁷⁶. Alors même que l'action en responsabilité de l'État n'a prospéré que devant le juge du fond, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme a reconnu l'efficacité du recours, si bien que le détenu, qui entend contester les conditions matérielles de détention passées, doit saisir le juge administratif avant de saisir le juge européen, et en cette matière, la Cour européenne estime comme manifestement mal fondée la critique du droit français sur le fondement de l'article 13³⁹⁷⁷, même si le montant des indemnités obtenues lui a paru limité³⁹⁷⁸. Le développement de l'action en responsabilité a évidemment un coût pour l'État, d'autant plus qu'il risque de s'accroître au fil du temps, alors que la vétusté de certains lieux de privation de liberté est

importants de l'appréciation de l'engagement de la responsabilité de l'État, tandis que l'atteinte au principe général du respect de la dignité, l'usage du standard européen minimum des conditions de détention pouvant alors servir de référence, semble suffire à engager la responsabilité.

³⁹⁷⁵ V. *supra*, n° 519.

³⁹⁷⁶ CEDH, sect. I, 2 févr. 2006, *Iovchev c. Bulgarie*, req. n° 41211/98, en angl. ; § 142 et s.

³⁹⁷⁷ CEDH, sect. V, 13 sept. 2011, *Lienhardt c. France*, req. n° 12139/10, *déc.* – CEDH, sect. V, 2 avr. 2013, *Théron c. France*, req. n° 21706/10, *déc.* – CEDH, sect. V, 10 avr. 2012, *Rhazali et autres c. France*, req. n° 37568/09, *déc.* La jurisprudence de la Cour européenne s'était montrée conciliante, car dans la première affaire, l'État français ne s'était appuyé que sur quatre décisions, dont deux provenant du même Tribunal administratif et une seule de Cour d'appel.

³⁹⁷⁸ *Lienhardt*, *déc.* : *préc.* : la Cour reconnaissait l'efficacité de l'action en responsabilité devant le juge administratif et déclarait irrecevable le grief, pour non-épuisement des voies de recours internes, alors que le requérant n'avait agi que devant le Tribunal administratif, qui lui avait alloué 2.000 € d'indemnisation. La Cour notait qu'elle aurait sûrement accordé une meilleure indemnisation au requérant, que celle obtenue devant le juge français, sans que cette circonstance ne suffise à disqualifier le recours. Le montant de l'indemnisation du préjudice subi devant le juge interne, s'il est considérablement inférieur au montant que la Cour pourrait allouer pour une affaire similaire, ne permet pas de retirer au requérant sa qualité de victime au sens de l'article 34 de la Convention, ce qui lui permet d'agir devant la Cour [CEDH, sect. IV, 20 juil. 2010, *Ciorap c. Moldavie (n° 2)*, req. n° 7481/06, en angl.]. En l'espèce, le requérant avait obtenu 600 € en réparation du préjudice moral, pour une détention indigne. La Cour félicitait en l'espèce l'État pour avoir ouvert une voie en droit interne, mais allouait au requérant 4.000 € d'indemnisation au titre du préjudice moral. La Cour citait deux exemples dans sa jurisprudence récente, exemples qui ont donc vocation à éclairer la matière, dans lesquelles elle avait accordé à chaque fois 6.000 € de préjudice moral [*ibid.*, § 24], l'une pour des conditions de détention sévères de cinq jours dans un commissariat, alors que la mère du suspect venait de décéder, sans que celui-ci puisse voir les membres de sa famille [CEDH, sect. IV, 15 déc. 2009, *Gavrilovici c. Moldavie*, req. n° 25464/05, en angl.], l'autre pour une détention provisoire de deux mois, réalisée dans des conditions indignes, alors que le requérant avait aussi attendu trois heures avant de recevoir un traitement urgent [CEDH, sect. IV, 27 mars 2007, *Istratii c. Moldavie*, req. n° 8721/05, 8705/05 et 8742/05, en angl.].

dénoncée depuis longtemps³⁹⁷⁹, même si son prix est aujourd'hui trop modeste pour constituer une véritable pression à l'amélioration des conditions de détention³⁹⁸⁰. L'action en responsabilité n'est en tout cas plus suffisante lorsque la personne privée de liberté conteste ses conditions actuelles de privation de liberté, et le juge administratif a réalisé de récents progrès en la matière pour un introduire dans le droit français un véritable droit au juge pour obtenir de meilleures conditions de détention.

B) La vaine amélioration de l'efficacité de la contestation des conditions de détention matérielles indignes actuelles

950. Le droit à l'amélioration des conditions de détention indignes actuelles : la modification du *statu quo*. Lorsque le détenu est toujours en détention et souffre encore des conditions matérielles de détention qu'il conteste, la Cour européenne des droits de l'Homme a rappelé que l'efficacité de la voie de recours interne, imposée sur le fondement de l'article 13 de la Convention, supposait de pouvoir mettre fin au « *statu quo* », et la décision du juge national doit « *avoir une incidence immédiate sur ses conditions de détention* »³⁹⁸¹ : le juge des conditions matérielles de détention doit disposer d'un pouvoir d'injonction de nature à modifier la situation ayant abouti à la violation de la Convention au sein du même établissement pénitentiaire³⁹⁸², ou d'un pouvoir lui permettant de forcer le transfèrement du détenu dans un autre établissement respectant le standard minimum³⁹⁸³, recours en construction en droit français³⁹⁸⁴. Si l'incompatibilité médicale exige de créer une

³⁹⁷⁹ Voir pour les établissements pénitentiaires, le rapport de G.-P. CABANEL au nom de la commission d'enquête du Sénat sur les conditions de détention en France, Les rapports du Sénat, 2000 et le rapport de J. FLOCH au nom de la commission d'enquête de l'Assemblée nationale sur la situation dans les prisons françaises, La Documentation française, 2000. V. pour les locaux de garde à vue, P. CHARLOT, « L'intervention du médecin en garde à vue » ; *AJP*, 2004, p. 279. Voir pour les centres de rétention administrative, le rapport de A. GIL-ROBLES, commissaire européen aux droits de l'Homme, sur le respect effectif des droits de l'Homme en France, 2006 ; §. 237.

³⁹⁸⁰ Selon le Rapport d'information de la Commission des Lois constitutionnelles sur les moyens de lutte contre la surpopulation carcérale [v. *AJP*, 2013, p. 66, obs. E. ALLAIN], « le montant des condamnations liées aux conditions de détention s'élevait à 46.000 € en 2009, à 140.250 € en 2010 et à 343.000 € en 2011, soit une progression de 645 % entre 2009 et 2011 », tandis que, citant Éric Senna, le rapport estimait que ce montant pourrait atteindre 500.000 € en 2012.

³⁹⁸¹ CEDH, sect. IV, 22 oct. 2009, *Sikorski c. Pologne*, req. n° 17599/05 ; § 115 et s.

³⁹⁸² CEDH, sect. IV, 22 oct. 2009, *Orchowski c. Pologne*, req. n° 17885/04, en angl. : RSC, 2010, p. 497, chron. C. NOWAK ; § 105 et s.

³⁹⁸³ Cette solution apparaît cependant délicate à coordonner avec d'autres droits du détenu que le changement d'affectation pourrait atteindre.

³⁹⁸⁴ V. *supra*, n° 941 et s.

voie légale pour élargir³⁹⁸⁵, la voie efficace de la contestation des conditions matérielles de détention indignes réside dans le pouvoir d'injonction du juge permettant de contraindre l'administration pénitentiaire à améliorer les conditions matérielles de détention.

951. **L'efficacité partielle du référé-liberté administratif.** La Cour européenne des droits de l'Homme, saisie de l'appréciation de la qualité du recours français en indemnisation pour les conditions de détention passées, a d'abord émis des doutes sur la qualité des recours français, y compris du référé-liberté, pour remédier aux conditions de détention indignes actuelles, laissant planer la menace d'une nouvelle sanction du droit pénitentiaire français³⁹⁸⁶. L'usage du recours en excès de pouvoir est en effet inadapté, au regard de l'urgence à statuer ou de la capacité du juge administratif à formuler des injonctions pour forcer l'amélioration des conditions de détention. Sur ces deux points, le référé-liberté apparaît plus adapté. Poursuivant son contrôle croissant de l'exécution de la privation de liberté, le Conseil d'État a reconnu récemment son application à la contestation des conditions de détention indignes actuelles³⁹⁸⁷, alors qu'il avait auparavant exclu son application³⁹⁸⁸. Le juge du fond³⁹⁸⁹ avait accueilli certaines demandes et formulé des injonctions à l'administration³⁹⁹⁰, en se référant aux recommandations rendues précédemment par le Contrôleur général des lieux de privation de liberté³⁹⁹¹, aussi bien pour caractériser la condition de l'urgence, que la preuve des atteintes « *au droit des personnes détenues à ne pas être victimes de traitements inhumains et dégradants* »³⁹⁹², droit reconnu comme une liberté fondamentale.

³⁹⁸⁵ V. *supra*, n° 564 et s.

³⁹⁸⁶ CEDH, sect. V, 10 avr. 2012, *Martzloff c. France*, req. n° 6183/10, *déc.*

³⁹⁸⁷ CE, 22 déc. 2012, *Section française de l'observatoire international des prisons*, n° 364584 : à paraître au *Lebon* ; D., 2013, p. 1304, chron. É. PÉCHILLON ; *AJP*, 2013, p. 232, obs. É. PÉCHILLON ; *JCP*, 2013, n° 87, note O. LE BOT ; *ADL*, 27 déc. 2012, note S. SLAMA ; *JCP A*, 2013, n° 2017, obs. G. KOUBI.

³⁹⁸⁸ CE, 9 avr. 2008, *sect. fr. OIP*, n° 311707 : *inédit* ; *AJDA*, 2008, p. 1447, note J. BIRNBAUM.

³⁹⁸⁹ TA Marseille, 13 déc. 2012, *Section française de l'observatoire international des prisons*, n° 1208103 : *AJDA*, 2012, p. 2414, obs. D. NECIB. La requête visait à contraindre l'administration à faire examiner l'ensemble du système électrique, à retirer l'ensemble des objets susceptibles de présenter un danger pour les détenus dans les cellules, notamment des bris de verre, à procéder à la désinfection et à la dératification des locaux, de remplacer les ampoules défectueuses, d'assurer l'accès à l'eau courante dans les cellules, d'améliorer le système de distribution des repas pour éviter tout contact avec le sol et enfin d'enlever les ordures et les détrit.

³⁹⁹⁰ Il avait enjoint à l'administration pénitentiaire « *de contrôler que chaque cellule dispose d'un éclairage artificiel et d'une fenêtre en état de fonctionnement* », de « *faire procéder à l'enlèvement des détrit présents dans les parties collectives et les cellules* » et de « *modifier immédiatement les méthodes de distribution des repas pour que ces derniers ne soient pas entreposés sur le sol, ni à proximité des poubelles* », soit des éléments, apparaissant certes dérisoires, mais servant bien à caractériser la violation du standard minimum consacré par la Cour européenne des droits de l'Homme [v. *supra*, n° 525 et s.].

³⁹⁹¹ Recommandations en urgence du 12 nov. 2012 relatives au centre pénitentiaire des Baumettes à Marseille : *J. O.*, 6 déc. 2012.

³⁹⁹² À l'inverse, le juge du fond avait écarté au regard des recommandations l'absence d'un « *péril imminent* » pour la vie des détenus, excluant une atteinte au droit à la vie consacré par l'article 2 de la Convention

952. Saisi de l'affaire pour la partie des demandes rejetées par le juge du fond, le Conseil d'État a confirmé l'application du référé-liberté au contentieux, en se référant au principe législatif de la dignité³⁹⁹³ et à l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme³⁹⁹⁴, pour qualifier le « *droit de ne pas être soumis à des traitements inhumains ou dégradants* » de liberté fondamentale³⁹⁹⁵. Le Conseil d'État, en considération de la situation du détenu, de sa vulnérabilité et de sa dépendance, établit l'obligation légale pour l'administration de prendre toutes les mesures utiles pour prévenir tout traitement inhumain et dégradant, dans un raisonnement qui n'était pas sans rappeler l'obligation positive dégagée par la Cour européenne des droits de l'Homme dans l'arrêt *Kudla*³⁹⁹⁶ : seule la démonstration de la carence de l'administration, « *qui [...] expose [les personnes détenues] à être soumises, de manière caractérisée* » au traitement inhumain et dégradant, justifie que le juge administratif adopte les injonctions nécessaires au rétablissement des conditions de détention conformes. Même en cas d'action en cours de l'administration³⁹⁹⁷, le juge administratif peut

européenne des droits de l'Homme et du citoyen, si bien qu'il rejetait les demandes d'injonction concernant l'inspection du système électrique et la fouille des cellules, pour retirer l'ensemble des objets dangereux pouvant s'y trouver. Quant aux conditions matérielles de détention indignes, le juge du fond avait écarté les demandes d'injonction concernant la dératification de l'établissement, au regard de l'existence « *d'un contrat de prestations de dératification et de désinsectisation* ». De même, le juge du fond rejetait les demandes tendant à l'accès à l'eau potable et à l'installation d'éclairage dans les parties communes de l'établissement, au regard de l'absence de précisions sur ces points dans les recommandations.

³⁹⁹³ L'article 22 de la loi pénitentiaire prévoit que « *l'administration pénitentiaire garantit à toute personne détenue le respect de sa dignité et de ses droits* » [loi n° 2009-1436 du 24 nov. 2009 pénitentiaire : *J. O.*, 25 nov. 2009, p. 20192 ; *D.*, 2010, p. 31, comm. M. HERZOG-EVANS ; *RSC*, 2010, p. 190, comm. P. PONCELA ; *RFDA*, 2010, p. 15, comm. F. FÉVRIER ; *AJDA*, 2010, p. 494, comm. C.-M. SIMONI ; *Procédures*, comm. n° 21, note J. BUISSON ; *Dr. pén.*, 2010, ét. n° 2, obs. J.-P. CÉRÉ ; *JCP*, 2009, I, n° 552, comm. J.-P. CÉRÉ ; *RSC*, 2010, p. 444, obs. E. GALLARDO ; *AJP*, 2009, p. 473, obs. É. PÉCHILLON ; *AJP*, 2009, p. 483, comm. M. HERZOG-EVANS (spéc. sur l'aménagement des peines) ; *AJF*, 2009, p. 484, obs. M. HERZOG-EVANS (spéc. sur le maintien des liens familiaux)].

³⁹⁹⁴ Le juge administratif utilisait également l'article 2 de la Convention pour viser les hypothèses où les conditions matérielles de détention présenteraient directement un risque pour la vie du détenu.

³⁹⁹⁵ Il reconnaissait aussi l'utilité du recours pour neutraliser les conditions matérielles de détention générant « *un danger caractérisé et imminent pour la vie des personnes* », sur le fondement du droit à la vie.

³⁹⁹⁶ CEDH, gde ch., 26 oct. 2000, *Kudla c. Pologne*, req. n° 30210/96 : *Rec. CEDH*, 2000-XI ; *AJDA*, 2000, p. 1006, chron. J.-F. FLAUSSE ; *RFDA*, 2001, p. 1250, chron. H. LABAYLE et F. SUDRE ; § 94 : « *l'article 3 de la Convention impose à l'État de s'assurer que tout prisonnier est détenu dans des conditions qui sont compatibles avec le respect de la dignité humaine, que les modalités d'exécution de la mesure ne soumettent pas l'intéressé à une détresse ou à une épreuve d'une intensité qui excède le niveau inévitable de souffrances inhérent à la détention et que, eu égard aux exigences pratiques de l'emprisonnement, la santé et le bien-être du prisonnier sont assurés de manière adéquate* ».

³⁹⁹⁷ En l'espèce, l'administration pénitentiaire avait réalisé une inspection des différentes cellules, concernant les installations électriques, l'accès à l'eau potable et le retrait des objets dangereux. L'inspection avait répertorié 32 cellules présentant un problème lié à l'alimentation en eau courante, 131 cellules comportant une chasse d'eau défectueuse et 121 cellules présentant un problème au regard de l'équipement électrique, entraînant la fermeture immédiate de huit cellules et la réalisation en urgence de travaux de réfection, au rythme annoncé par l'administration pénitentiaire de 5 cellules par jour en ce qui concerne l'approvisionnement en eau et de 10 par jour en ce qui concerne les équipements électriques. Au final, des commandes avaient été passées pour 60.000 € et 6 personnes avaient été recrutées pour réaliser les travaux. Le Conseil d'État se fondait sur l'ensemble de ces

encore démontrer son inefficacité pour adopter des injonctions³⁹⁹⁸. C'est une appréciation souple des conditions du référé-liberté qui est posée, s'inspirant sans doute de la collaboration établie entre la Cour européenne des droits de l'Homme et le Comité de prévention contre la torture et aboutissant, en quelque sorte, à ce que l'autorité juridictionnelle sanctionne les recommandations, pourtant non obligatoires, de l'autorité dotée d'un pouvoir d'investigation³⁹⁹⁹. L'usage du référé-liberté n'apparaissant pas subordonné à la démonstration d'une violation précise d'une disposition interne, la jurisprudence nationale rappelle la valeur *quasi* normative du standard européen.

953. **L'efficacité partielle du référé « mesures utiles ».** L'efficacité de la contestation administrative des conditions matérielles de détention a également été renforcée par l'admission, toujours concernant la prison des Baumettes, d'un référé « *mesures utiles* »⁴⁰⁰⁰, par le juge du fond⁴⁰⁰¹, qui a imposé à l'administration de prendre des mesures conservatoires, « *pour prévenir ou faire cesser un péril dont il n'est plus sérieusement contestable qu'il trouve sa cause dans l'action ou la carence de l'autorité publique* », en se fiant de nouveau à l'obligation de respecter la dignité du détenu, tant au regard de sa consécration législative, qu'au regard des dispositions de la Convention européenne des droits de l'Homme, et aux conclusions du Contrôleur général des lieux de privation de liberté⁴⁰⁰².

éléments pour confirmer le rejet de prendre des injonctions concernant l'accès à l'eau potable, la rénovation des installations électriques et le retrait des objets dangereux pouvant se trouver dans la cellule.

³⁹⁹⁸ Le Conseil d'État estimait ainsi, contrairement au juge du fond, que le contrat dont disposait le centre pénitentiaire des Baumettes, pour désinsectiser et dératiser le lieu de détention, n'était pas suffisant et enjoignait à l'administration pénitentiaire « *de procéder à la détermination des mesures nécessaires à l'éradication des animaux nuisibles présents dans les locaux du centre pénitentiaire des Baumettes* ».

³⁹⁹⁹ V. *supra*, n° 522.

⁴⁰⁰⁰ L'article L. 521-3 du Code de justice administrative permet au juge administratif des référés, « *en cas d'urgence et sur simple requête qui sera recevable même en l'absence de décision administrative préalable* », d'« *ordonner toutes autres mesures utiles sans faire obstacle à l'exécution d'aucune décision administrative* ». La section française de l'Observatoire international des prisons demandaient au juge au titre de mesures conservatoires de « *procéder à la fermeture des bâtiments A, B et D à titre conservatoire, dans l'attente de la réalisation des travaux* », de « *prendre toutes les mesures nécessaires à l'arrêt de toute nouvelle affectation au sein des bâtiments A, B et D, à compter de l'ordonnance à intervenir* », de « *prendre les mesures nécessaires pour assurer le changement d'affectation des personnes détenues au sein des bâtiments A, B et D dans le respect du droit au maintien de leurs liens familiaux* », de « *procéder, au besoin après avoir ordonné une expertise aux travaux indispensables à l'accueil des détenus* ».

⁴⁰⁰¹ TA Marseille, 10 janv. 2013, *Section française de l'Observatoire international des prisons*, n° 1208146 : AJDA, 2013, p. 80, obs. D. NECIB.

⁴⁰⁰² Le juge du fond accentuait encore l'étendue de ses injonctions, enjoignant à l'administration « *de procéder aux travaux indispensables en matière d'étanchéité du bâtiment D* », de réaliser « *l'installation de cloisons d'intimité dans 161 cellules* », de « *mettre à exécution la deuxième phase des travaux de mise en conformité électrique tels que demandés par la sous-commission sécurité incendie des Bouches-du-Rhône* » et de procéder à « *la remise en état des monte-charges destinés au transport des déchets* », cette dernière mesure visant expressément à assurer l'efficacité des injonctions prises par le Conseil d'État précédemment concernant le même lieu. Le juge administratif fixait même un délai de trois mois à l'administration pour débiter les travaux. En revanche, les demandes tendant à la fermeture des plusieurs ailes du bâtiment et à la modification

Ces développements du référé-liberté et du référé « *mesures utiles* » établissent sans doute une voie de droit utile et satisfaisante, au sens de l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'Homme, pour contester une partie des cas de détention indignes, ceux tenant à la vétusté ou l'insalubrité du lieu de privation de liberté. En revanche, ces recours sont inopérants pour assurer le règlement de la surpopulation.

954. **L'inefficacité du recours français à résoudre la surpopulation.** Comme le montrent les différents arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme⁴⁰⁰³, y compris pour des affaires françaises⁴⁰⁰⁴ et ceux des juridictions administratives françaises⁴⁰⁰⁵, les conditions matérielles indignes sont le plus souvent causées par la surpopulation. Dès lors, la voie efficace de la contestation de la dignité des conditions matérielles de détention est celle capable d'y mettre un terme, et le référé-liberté n'apparaît pas suffisant, sauf à ce que le juge administratif impose à l'autorité administrative de changer l'affectation du détenu pour un établissement épargné par la surpopulation⁴⁰⁰⁶, possibilité incertaine, d'abord en raison du caractère provisoire de la mesure d'injonction, toujours de principe en matière de référé administratif⁴⁰⁰⁷, ensuite au regard de l'atteinte aux autres droits du détenu que le changement d'affectation pourrait provoquer. Même à admettre que le juge administratif puisse forcer le transfèrement, la solution ne suffirait à régler les problèmes structurels⁴⁰⁰⁸. Dans ces

d'affectation des détenus présents dans ces ailes, étaient écartées pour outrepasser le pouvoir d'injonction du juge des référés, limité par la loi, celui-ci ne pouvant « *faire obstacle à l'exécution d'aucune décision administrative* ».

⁴⁰⁰³ CEDH, sect. V, 25 avr. 2013, *Canali c. France*, req. n° 40119/09 ; *D.*, 2013, p. 1138, obs. M. LÉNA ; *AJDA*, 2013, p. 1794, chron. L. BURGORGUE-LARSEN ; *AJP*, 2013, p. 403, note J.-P. CÉRÉ. V. *supra*, n° 525 et s.

⁴⁰⁰⁴ CEDH, sect. V, 25 avr. 2013, *Canali c. France*, req. n° 40119/09 ; *D.*, 2013, p. 1138, obs. M. LÉNA ; *AJDA*, 2013, p. 1794, chron. L. BURGORGUE-LARSEN ; *AJP*, 2013, p. 403, note J.-P. CÉRÉ.

⁴⁰⁰⁵ Voir N. DEFFAINS, *op. cit.*

⁴⁰⁰⁶ Concernant le cas particulier du détenu souffrant en détention des violences de ses codétenus, en raison de sa qualité d'informateur, la Cour a intégré dans son analyse l'absence de recours efficace à disposition du détenu pour obtenir son changement d'affectation, élément qui apparaissait comme un élément essentiel de son constat de violation de l'article 3 [CEDH, sect. IV, 29 oct. 2013, *D. F. c. Lettonie*, req. n° 11160/07, en angl. ; § 88 et s.].

⁴⁰⁰⁷ Ce principe est toutefois largement relativisé en matière de référé-liberté [CE, réf., 30 mars 2007, *Ville de Lyon*, n° 304053 ; *Rec. CE*, T. ; *Dr. admin.*, 2007, comm. n° 90, note F. MELLERAY ; *JCP A*, 2007, n° 2293, comm. F. DIEU]. Voir A. BOURREL, « Le pouvoir d'injonction du juge des référés d'urgence » ; *RDP*, 2010, p. 927. Le tribunal administratif de Marseille, dans sa décision accueillant son référé « *mesures utiles* », avait d'ailleurs rejeté son pouvoir de modifier les affectations.

⁴⁰⁰⁸ Selon le Rapport d'information de la Commission des Lois constitutionnelles sur les moyens de lutte contre la surpopulation carcérale au 1^{er} déc. 2012 [v. *AJP*, 2013, p. 66, obs. E. ALLAIN], « *le taux moyen d'occupation des maisons d'arrêt s'établissait, pour la seule métropole, à 135,4 %, alors que celui des établissements pour peines s'élevait à 92 %* », tandis qu'au 1^{er} juillet 2012, le taux d'occupation de certaines maisons d'arrêt était bien supérieur encore à cette moyenne nationale : celle de Béthune [246 %], d'Orléans [228 %], de La Roche-sur-Yon [225 %] ou encore de Nîmes [204 %]. Le même rapport notait une surpopulation plus sévère encore dans les Département d'outre-mer au 1^{er} décembre 2012, avec un taux moyen d'occupation de 143,2 % pour les maisons d'arrêt et de 117,7 % pour les établissements pour peines, si bien que 45 % des personnes détenues dans la première catégorie d'établissement se trouvaient en surnombre et 23 % pour la seconde catégorie. Le principe de l'encellulement personnel apparaît dans ces conditions illusoire en maison d'arrêt.

conditions, l'effectivité du droit de contester les conditions matérielles actuelles de la détention n'apparaît pas achevée, notamment pour le détenu qui se plaindrait de la surpopulation.

955. Le Contrôleur général des lieux de privation de liberté, les yeux du juge. Si la Cour européenne des droits de l'Homme s'appuie largement sur les rapports de visite du Comité pour la prévention contre la torture pour établir la réalité des conditions de détention⁴⁰⁰⁹, le juge français des conditions de détention établit une collaboration similaire avec le Contrôleur général des lieux de privation de liberté⁴⁰¹⁰, d'autant plus bienvenue que l'activité du Contrôleur est fournie⁴⁰¹¹. Au-delà de cet aspect probatoire, comme la Cour européenne des droits de l'Homme se réfère en droit aussi aux recommandations du Comité⁴⁰¹², l'influence des avis du Contrôleur général sur le droit de la privation de liberté semble établie, alors que la dernière loi sur l'internement psychiatrique a supprimé les Unités pour malades difficiles⁴⁰¹³, après, il est vrai, une censure constitutionnelle⁴⁰¹⁴, mais aussi un avis critique du Contrôleur général⁴⁰¹⁵. La création de cette nouvelle autorité administrative indépendante⁴⁰¹⁶, dont le bilan reste à parfaire⁴⁰¹⁷, apparaît comme un succès, malgré son

En comparaison et sans tenir compte des autres critères des conditions de détention indignes, la Cour a rappelé qu'un dépassement de la capacité d'accueil d'un établissement pénitentiaire de 14,5 % à 30 % n'atteint pas de « *disproportions dramatiques* » [CEDH, sect. II, 16 juil. 2009, *Sulejmanovic c. Italie*, req. n° 22635/03 ; § 46].

⁴⁰⁰⁹ V. *supra*, n° 522.

⁴⁰¹⁰ V. pour son illustration la plus notable, les référés concernant les Baumettes, *supra*, n° 951 et s. Mais avoir également pour la prise en compte des conclusions d'une visite dans un avis d'avocat général, conclusions elles-mêmes reprises au moyen, Cass. crim., 29 fév. 2012, n° 11-88.441 : *Bull. crim.*, n° 58 ; *AJP*, 2012, p. 471, note E. SENNA ; *RSC*, 2013, p. 879, obs. X. SALVAT ; *Gaz. Pal.*, 19 juil. 2012, p. 17, avis G. LACAN. V. aussi pour la prise en compte des échanges épistolaires entre un détenu et le CGLPL par la Cour européenne des droits de l'Homme, CEDH, sect. V, 21 déc. 2010, *Raffray Taddei c. France*, req. n° 36435/07 : *D.*, 2011, p. 793, obs. J.-F. RENUCCI ; *ibid.*, p. 1306, chron. J.-P. CÉRÉ ; *AJP*, 2011, p. 129, note J.-P. CÉRÉ. V. enfin pour la prise en compte des observations du CGLPL en conclusion d'une visite, dans le contentieux de l'indemnisation de la détention provisoire injuste, Cass., CNRD, 25 juin 2012, n° 12 CRD001 : *Bull. CNRD*, n° 3.

⁴⁰¹¹ Ainsi comptait-il déjà plus de 500 visites au moment de son quatrième rapport d'activité, avec un objectif de 150 visites par an, dont 74 % sont inopinées. Voir CGLPL, *Rapport d'activité 2011*, Dalloz, 2012 : *AJP*, 2012, p. 272, comm. É. SENNA. Sur les modalités des visites, v. plus précisément le premier et le deuxième rapport d'activité annuelle du contrôleur et ses commentaires par É. SENNA [*AJP*, 2009 p. 219 ; *ibid.*, 2010, p. 229].

⁴⁰¹² V. *supra*, n° 522.

⁴⁰¹³ Loi n° 2013-869 du 27 sept. 2013 modifiant certaines dispositions issues de la loi n° 2011-803 du 5 juil. 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge : *J. O.*, 29 sept. 2013, p. 16230 ; *Procédures*, 2013, comm. n° 320 ; obs. J. BUISSON ; *JCP*, 2013, n° 1065, note M. PRIMEVERT ; *Dr. famille*, 2013, comm. n° 156, obs. I. MARIA.

⁴⁰¹⁴ Cons. const., déc. n° 2012-235 QPC du 20 avr. 2012, [*Association cercle de réflexion et de proposition d'actions sur la psychiatrie*] : *J. O.*, 21 avr. 2012, p. 7194 ; *RFDA*, 2012, p. 629, note K. BLAY-GRABARCZYK ; *Dr. adm.*, 2012, comm. n° 61, note C. CASTAING. La censure ne sanctionnait cependant pas le principe même de l'existence de ces unités mais le défaut de leur encadrement légal [*ibid.*, consid. n° 26].

⁴⁰¹⁵ CGLPL, *Avis du 17 janv. 2013 relatif aux séjours injustifiés en unités pour malades difficiles* : *J. O.*, 5 févr. 2013 ; *Dr. famille*, 2011, actu., n° 41, obs. M. BRUGGEMAN.

⁴⁰¹⁶ Loi n° 2007-1545 du 30 oct. 2007 instituant un Contrôleur général des lieux de privation de liberté : *J. O.*, 31 oct. 2007, p. 17891 ; *LPA*, 8 nov. 2007, p. 3, comm. F. CHALTIEL ; *JCP*, 2007, actu., n° 551, obs. P. PÉDRON ; *AJP*, 2007, p. 525, comm. J.-P. CÉRÉ ; *Procédures*, 2007, comm. n° 291, obs. J. BUISSON ; *AJDA*, 2008, p. 84,

absence de pouvoir d'injonction et certaines résistances⁴⁰¹⁸, et un succès même inespéré, à la vue de l'état du droit français au moment de sa création, encore à la recherche d'une voie efficace pour contester les conditions de détention indignes. C'est bien un regard acéré que le Contrôleur général a apporté sur la détention⁴⁰¹⁹.

956. La contestation des conditions matérielles de détention : un droit paralysé par la surpopulation. Si la Cour européenne des droits de l'Homme a fermement formulé l'obligation de libération du détenu à l'état de santé incompatible au regard de l'impossibilité, sauf amélioration de l'état de santé, de remédier à l'indignité, elle n'a jamais formulé une telle obligation pour les conditions normales de détention, parce qu'elle considère finalement que l'État a toujours le moyen de remédier, pour l'avenir et pour la situation du seul requérant, à l'indignité. Même dans les hypothèses dans lesquelles l'obtention de meilleures conditions de détention semble compromise, l'obligation de libération, vue comme unique moyen de mettre un terme à la détention indigne, sauf à caractériser une dangerosité exceptionnelle⁴⁰²⁰, n'a jamais été formulée, et la Cour européenne participe aussi du « *statu quo* »⁴⁰²¹. Le contentieux de la dignité des conditions matérielles de détention souffre d'un paradoxe : la généralisation de la surpopulation, malgré l'atteinte aux droits des détenus qu'elle génère, empêche de prendre des sanctions efficaces contre elle, et la gravité de la situation contribue à sa pérennité. L'usage des arrêts pilotes, dans lesquels la Cour demeure pour l'instant timide quant aux recommandations faites aux États pour résorber la surpopulation, montre que la Cour préfère pour l'instant la traiter dans un processus plus collaboratif et consensuel que contraignant⁴⁰²². La Cour européenne des droits de l'Homme

comm. M. MOLINER-DUBOST ; RSC, 2009, p. 911, comm. P. PONCELA ; *ibid.*, 2008, p. 112, obs. B. BOULOC ; *ibid.*, p. 958, obs. A.-G. ROBERT ; RPD, 2008, p. 287, comm. L. MORTET ; *ibid.*, p. 485, comm. M. DANTI-JUAN.

⁴⁰¹⁷ Voir É. SENNA, « Le contrôle général des lieux privatifs de liberté : le temps des propositions de réforme et de sa réforme » ; AJP, 2013, p. 331.

⁴⁰¹⁸ V. É. SENNA, dans son commentaire du troisième rapport d'activité, AJP, 2011, p. 404

⁴⁰¹⁹ V. notre comm. précité.

⁴⁰²⁰ V. pour le développement de ce fait justificatif au défaut d'exécution de la détention, empêchant la libération, en cas de conditions de détention inadaptées, *supra*, n° 499, ou en cas d'état de santé incompatible, *supra*, n° 582 et s.

⁴⁰²¹ Si bien que finalement, la position de la Cour de cassation n'apparaît pas forcément contraire au droit européen, lorsqu'elle rejette l'efficacité des conditions de détention indignes comme moyen de remise en liberté [Cass. crim., 29 fév. 2012, n° 11-88.441 : *Bull. crim.*, n° 58 ; AJP, 2012, p. 471, note E. SENNA ; RSC, 2013, p. 879, obs. X. SALVAT ; *Gaz. Pal.*, 19 juil. 2012, p. 17, avis G. LACAN]. Les faits concernaient pourtant un département d'outre-mer dans lequel la surpopulation est un problème structurel, pour un établissement pénitentiaire délabré selon le constat même du Contrôleur général des lieux de privation de liberté, dans un rapport rendu public le 6 décembre 2011, qui constatait « *des cellules de 12 m² où cohabitent jusqu'à six personnes comportant trois lits superposés d'un côté, deux lits superposés de l'autre côté, et souvent entre les deux rangées de lit, un matelas posé à même un sol crasseux et humide où circulent des rats et des cafards...* ».

⁴⁰²² V. *supra*, n° 537.

pourrait toutefois dans l'avenir s'inspirer d'une décision de la Cour suprême des États-Unis, issue d'un recours en *class action* de détenus, qui a validé une obligation juridictionnelle imposant à l'État de Californie de réduire sa population carcérale de près de 46.000 détenus en deux ans, pour remédier à la surpopulation, cause d'atteinte à la dignité des détenus⁴⁰²³. Si les évolutions de la jurisprudence administrative restent vaines, au moins permettent-elles « *une prise de conscience collective* »⁴⁰²⁴.

⁴⁰²³ Cour suprême des États-Unis, *Brown v. Plata*, 563 U.S. 2011 : AJP ; 2012, p. 108, obs. D. VAN ZYL SMIT ; *ADL*, 3 juin 2011, obs. J. MORRI.

⁴⁰²⁴ A.-G. ROBERT, « Conditions de détention : lorsque les juges nationaux prennent le relais de la Cour européenne des droits de l'Homme » ; *Dr. pén.*, 2013, ét. n° 15, p. 7.

957. **Le droit de contester les conditions matérielles de détention : le *numerus clausus* pour sortir de l'impasse.** En droit français, on voit mal comment assurer le droit à être détenu dans des conditions dignes, sauf à intégrer le principe du *numerus clausus*. Celui-ci existe déjà en principe dans les textes, du fait de la consécration de l'encellulement individuel, déjà de droit positif pour les établissements pour peines⁴⁰²⁵ et en voie de l'être pour les maisons d'arrêt⁴⁰²⁶, mais largement illusoire en droit et en fait, dès lors que l'autorité pénitentiaire a obligation de garder les personnes mises sous sa garde par l'autorité judiciaire. S'il n'est pas satisfaisant de soumettre le traitement de la population pénale à la gestion de flux et à la variation du stock de détenus par la fixation d'un *numerus clausus*, principe qui gagne en appuis sans faire non plus consensus⁴⁰²⁷, les autres solutions de la réduction de la surpopulation pénitentiaire, que ce soit le développement des mesures alternatives à la détention provisoire, des mesures alternatives aux courtes peines d'emprisonnement, ou de l'extension du parc pénitentiaire, ont toutes échoué⁴⁰²⁸. Dès lors qu'il est indispensable de mettre un terme à la surpopulation, situation de fait qui empêche sans doute le dépassement des dernières limites du contrôle de l'exécution de la privation de liberté⁴⁰²⁹, le *numerus clausus* apparaît comme la solution la plus efficace pour atteindre ce résultat.

⁴⁰²⁵ L'article 717-2 du Code de procédure pénale rappelle que la détention en établissement pour peine est soumise à l'isolement de nuit, autorisant des exceptions uniquement « *si les intéressés en font la demande ou si leur personnalité justifie que, dans leur intérêt, ils ne soient pas laissés seuls, ou en raison des nécessités d'organisation du travail* ».

⁴⁰²⁶ Le principe sera pleinement intégré à partir du 24 novembre 2014, dès lors que le moratoire contenu à l'article 100 de loi pénitentiaire [préc.], prévu pour cinq ans et permettant de déroger au principe de l'encellulement individuel au « *motif tiré de ce que la distribution intérieure des locaux ou le nombre de personnes détenues présentes ne permet pas son application* », disparaîtra. À cette date et sauf probable prolongation du moratoire, si l'article 716 comportera toujours des exceptions à l'encellulement individuel [lorsque les intéressés en font la demande, lorsque leur personnalité le justifie, ou en raison des nécessités d'organisation du travail], la loi imposera que la surface de la cellule collective soit adaptée au nombre de détenus.

⁴⁰²⁷ V. le Rapport d'information précité. Le député Dominique Raimbourg, qui participait à ce rapport, avait porté en 2010 une proposition de loi n° 2753, visant à instaurer un mécanisme de prévention de la surpopulation pénitentiaire, qui disposait qu'« *aucune détention ne peut ni être effectuée ni mise à exécution dans un établissement pénitentiaire, au-delà du nombre de places disponibles* ».

⁴⁰²⁸ V. sur les différentes recommandations destinées à réduire la surpopulation carcérale en dehors de l'instauration du *numerus clausus*, CGLPL, *Avis du 22 mai 2012 relatif au nombre de personnes détenues : J. O.*, 13 juin 2012. V. aussi P. PONCELA, « *La crise du logement pénitentiaire* » ; *RSC*, 2008, p. 972, qui expose les différents inconvénients du *numerus clausus*, ou encore É. SENNA, « *Des moyens de combattre le fléau de la surpopulation carcérale* » ; *Gaz. Pal.*, 20 sept. 2012, p. 7, ou encore M. HERZOG-EVANS, « *Les voies du droit contre la surpopulation carcérale* » ; in *Mélanges Ottenhof*, Le champ pénal, Dalloz, 2006, p. 197.

⁴⁰²⁹ V. *supra*, n° 563 et n° 956.

958. **L'achèvement de l'expansion : le modèle du plein contrôle judiciaire de la régularité de la privation de liberté.** Le contrôle judiciaire de la régularité de la privation de liberté a le mérite de s'exercer à travers des recours adaptés à la lutte contre l'arbitraire⁴⁰³⁰ et de pouvoir aboutir à la libération⁴⁰³¹ : l'achèvement de l'expansion de la régularité de la privation de liberté nécessite d'y intégrer de nouveaux champs. L'appréciation de la régularité du titre administratif de la privation de liberté doit être permise pour le juge judiciaire de la privation de liberté, soit par voie d'action, pour la décision administrative ayant pour objet direct le placement dans un cas de privation de liberté ou sa prolongation, soit par voie d'exception pour la décision administrative fixant l'obligation dont la privation de liberté assure l'exécution forcée.

959. Quant au contrôle de l'exécution de la privation de liberté, pour sa partie liée à la régularité⁴⁰³², le droit à l'obtention de meilleures conditions de détention suppose que la contestation de l'exécution de la privation de liberté puisse être portée rapidement devant un juge, qui dispose du pouvoir de mettre un terme au *statu quo*⁴⁰³³. Par nature, cette compétence nous semble judiciaire, pour toucher à la proportionnalité de la privation de liberté, même s'il ne s'agit pas de libérer, mais de s'assurer que la sévérité de la privation de liberté ne dépasse pas l'affliction nécessaire⁴⁰³⁴ : dans une interprétation liée des deux aliéas de l'article 66 de la Constitution⁴⁰³⁵, l'autorité judiciaire n'est pas que le gardien de la liberté individuelle⁴⁰³⁶, mais le garant de l'interdiction de la détention arbitraire⁴⁰³⁷. Le juge de la privation de liberté devrait être le juge de son exécution, compétence indéniable pour la partie de l'exécution incluse dans le bien-fondé, mais compétence qui devrait être imposée aussi pour l'autre partie incluse dans la régularité. Même à maintenir la dualité, le développement du contrôle administratif n'est pas suffisant, et nécessite vraisemblablement la création d'un recours *sui generis*, celui-ci devant être rapide, sans être limité par les conditions restrictives

⁴⁰³⁰ V. *supra*, n° 715 et s.

⁴⁰³¹ V. *supra*, n° 696 et s.

⁴⁰³² V. *supra*, n° 942.

⁴⁰³³ Il doit notamment avoir le pouvoir de forcer le transfèrement de la personne privée de liberté dans un autre établissement, capable d'assurer l'exécution dans le respect des principes directeurs de l'exécution de la privation de liberté.

⁴⁰³⁴ V. *supra*, n° 514 et s.

⁴⁰³⁵ V. *supra*, n° 641.

⁴⁰³⁶ Si l'on fonde la compétence réservée du juge judiciaire sur son seul rôle de gardien de la liberté, individuelle, ce que le Conseil constitutionnel opère dans sa jurisprudence, on peut en effet soutenir que cette compétence ne concerne que les moyens de libération, c'est-à-dire ceux qui permettent au juge de restituer la liberté.

⁴⁰³⁷ Si l'on fonde la réserve de compétence du juge judiciaire sur son rôle de garant de l'interdiction des détentions arbitraires, c'est plus largement l'ensemble du contrôle de la privation de liberté qui doit lui être confié, au regard de l'élargissement de la définition de la privation de liberté arbitraire, portée par la Cour européenne des droits de l'Homme [v. *supra*, n° 74 et s.].

des recours en référé, ou par les pouvoirs du juge, notamment celui de forcer le transfèrement. Cette expansion du contrôle juridictionnel de la régularité de la privation de liberté compense en partie sa faiblesse, liée au maintien de la dualité, tandis que le contrôle judiciaire du bien-fondé est en stagnation.

Chapitre II./ LE DROIT DE CONTESTER LE BIEN-FONDÉ DE LA PRIVATION DE LIBERTÉ :

LA STAGNATION DU CONTRÔLE JUDICIAIRE

960. **La réserve du juge judiciaire de l'appréciation du bien-fondé de la privation de liberté : un monopole constitutionnel imprécis.** En réservant au juge judiciaire la compétence de la « *nécessité* » de la privation de liberté par opposition à « *la régularité* », qui peut être partagée avec le juge administratif, le Conseil constitutionnel confie clairement au juge judiciaire le monopole de l'appréciation de l'opportunité de la privation de liberté⁴⁰³⁸. La jurisprudence constitutionnelle n'a pas défini de manière générale les éléments de ce contrôle⁴⁰³⁹, adoptant différentes formulations propres aux différents cas soumis à son contrôle⁴⁰⁴⁰ : elles se rassemblent autour de la notion de nécessité et de proportionnalité et

⁴⁰³⁸ Le Conseil constitutionnel, sous les vises de l'article 66 et du Principe fondamental reconnu par les lois de la République dans sa dernière décision de l'internement des aliénés, se référerait encore récemment à la « *nécessité* » de la détention, pour décrire le contenu de la réserve de compétence judiciaire, par opposition à la « *régularité* », soumise à la dualité [Cons. const., déc. n° 2010-71 QPC du 26 nov. 2010, [Mme S.] : *J. O.*, 27 nov. 2010, p. 21119 ; *Dr. Famille*, 2011, comm. n° 11, note I. MARIA ; *RFDA*, 2011, p. 951, chron. A. PENA ; *JCP*, 2011, n° 189, note K. GRABARCZYK ; *AJDA*, 2011, p. 174, X. BIOY ; consid. n° 37 : « *si, en l'état du droit applicable, les juridictions de l'ordre judiciaire ne sont pas compétentes pour apprécier la régularité de la procédure et de la décision administratives qui ont conduit à une mesure d'hospitalisation sans consentement, la dualité des ordres de juridiction ne limite pas leur compétence pour apprécier la nécessité de la privation de liberté en cause* »]. Le Tribunal des conflits avait consacré, pour l'internement des aliénés, dès 1948, la réserve de la compétence judiciaire pour l'appréciation de la « *nécessité* » de la détention, sur le fondement de la législation spéciale [T. confl., 6 avr. 1946, *Sieur Machinot c. pft Police* : *Rec. CE*, p. 326 : « *s'il appartient à la juridiction administrative de connaître de la régularité de la décision administrative par laquelle l'autorité préfectorale ordonne un internement dans un établissement d'aliénés, l'autorité judiciaire est seule compétente, en vertu de la loi du 30 juin 1838, pour apprécier la nécessité de cette mesure et les conséquences qui peuvent en résulter* »]. Dès 1988, pour la rétention administrative de l'étranger, la Cour de cassation s'était reconnue compétente pour apprécier l'« *opportunité* » de la rétention [Cass. civ. I, 29 nov. 1989, n° 87-18.660 : *Bull. civ. I*, n° 370 ; « *si l'autorité judiciaire s'est vu conférer par l'article 35 bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945 l'appréciation de l'opportunité et de la régularité des mesures de surveillance et de contrôle qui peuvent être prises par l'autorité pour assurer le départ de l'étranger ayant fait l'objet d'un refus d'autorisation d'entrée sur le territoire français, d'un arrêté d'expulsion ou d'une mesure de reconduite à la frontière, elle est incompétente pour se prononcer sur la régularité de la mesure de reconduite à la frontière prise en application de l'ordonnance du 2 novembre 1945, hormis l'existence d'une voie de fait* »].

⁴⁰³⁹ Le Conseil évoque la notion d'« *intervention* » ou encore la notion de privation de liberté « *placée sous le contrôle de l'autorité judiciaire* », ou enfin la notion de « *sauvegarde de la privation de liberté* » lorsqu'il évoque de manière générale la compétence judiciaire découlant de l'article 66 de la Constitution.

⁴⁰⁴⁰ Par exemple, concernant la rétention administrative des étrangers, le Conseil constitutionnel évoque l'obligation pour l'autorité judiciaire « *de porter une appréciation immédiate sur l'opportunité de cette rétention* » [Cons. const., déc. n° 2010-80 QPC du 17 déc. 2010, [M. F.] : *J. O.*, 19 déc. 2010, p. 22374 ; *Constitutions*, 2011, p. 525, note E. DAOUD et A. TALBOT ; *Procédures*, 2011, comm. n° 73, obs. J. BUISSON]. Le Conseil Constitutionnel pour le placement en zone d'attente précise que l'intervention du juge judiciaire s'impose « *en vue d'autoriser, s'il y a lieu, la prolongation du maintien, et en lui permettant ainsi d'apprécier, de façon concrète, la nécessité d'une telle mesure* » [Cons. const., déc. n° 92-307 DC du 25 févr. 1992 relative à la loi portant modification de l'ord. n° 45-2658 du 2 nov. 1945 modifiée, relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France : *J. O.*, 12 mars 1992, p. 3003 ; *RFDA*, 1992, p. 185, comm. B. GENEVOIX ;

dotent toutes les formes d'intervention du juge de la privation de liberté du contrôle du bien-fondé⁴⁰⁴¹. Pourtant, le Conseil constitutionnel ne semble pas exigeant quant à l'ampleur du monopole judiciaire du bien-fondé, admettant que le législateur réduise son champ par rapport au droit antérieur, pour une décision dans laquelle il se contentait d'affirmer laconiquement que la réduction ne violait « aucune exigence constitutionnelle »⁴⁰⁴², comme il s'était montré peu regardant à la limitation de l'efficacité de l'irrégularité formelle du titre de détention⁴⁰⁴³.

961. Le report du contrôle juridictionnel du bien-fondé de la privation de liberté au recours à bref délai dans la jurisprudence européenne. Quant à la Convention européenne des droits de l'Homme, la Cour a semblé confier, dès l'arrêt *Schiesser*, un contrôle large incluant l'opportunité de la privation de liberté, au juge de l'*Habeas corpus* du suspect de l'article 5 § 3⁴⁰⁴⁴. Si elle a d'ailleurs parfois visé le « bien-fondé » de la privation de liberté⁴⁰⁴⁵ pour décrire l'office du juge de l'*Habeas corpus*, la Grande Chambre a

consid. n° 16]. Concernant l'ensemble des mesures restrictives ou privatives de liberté dérogatoires prises dans le cadre de la criminalité organisée, le Conseil constitutionnel rappelle l'exigence « que ces mesures soient conduites dans le respect des prérogatives de l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle » et « qu'il appartient à l'autorité judiciaire de veiller au respect de ces principes, rappelés à l'article préliminaire du Code de procédure pénale, dans l'application des règles de procédure pénale spéciales instituées par la loi », l'article préliminaire renvoyant à la nécessité et la proportionnalité [Cons. const., déc. n° 2004-492 DC du 2 mars 2004 relative à la loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité : *J. O.*, 10 mars 2004, p. 4637 ; *RSC*, 2005, p. 122, comm. V. BÜCK ; *D.*, 2004, p. 956, note M. DOBKINE ; *RSC*, 2004, p. 725, comm. CH. LAZERGES ; *JCP*, 2004, II, n° 10048, obs. J.-C. ZARKA]. Concernant la rétention aux fins de défèrement, le Conseil constitutionnel demandait au juge judiciaire de « porter une appréciation immédiate sur [son] opportunité » [déc. n° 2010-80 QPC du 17 déc. 2010 : *préc.*]. Concernant la garde à vue, le Conseil constitutionnel confie au juge judiciaire le rôle d'« apprécier si le maintien de la personne en garde à vue et, le cas échéant, la prolongation de cette mesure sont nécessaires à l'enquête et proportionnés à la gravité des faits que la personne est suspectée d'avoir commis » [Cons. const., déc. n° 2010-14/22 QPC du 30 juil. 2010, [M. W.] : *J. O.*, 31 juil. 2010, p. 14198 ; *RTD civ.*, 2010 p. 513, obs. P. PUIG ; *RSC*, 2011, p. 139, obs. A. GIUDICELLI ; *D.*, 2010, p. 2254, obs. J. PRADEL ; *AJP*, 2010, p. 470, comm. J.-B. PERRIER ; *Constitutions*, 2010, p. 571, comm. E. DAOUD et E. MERCINIER ; *RSC*, 2011, p. 165, obs. B. DE LAMY ; consid. n° 29].

⁴⁰⁴¹ *V. supra*, n° 832.

⁴⁰⁴² Cons. const., déc. n° 2011-631 DC du 9 juin 2011 portant sur la loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité : *J. O.*, 17 juin 2011, p. 10306 ; *AJDA*, 2011, p. 1174, obs. M.-C. DE MONTECLER ; *Constitutions*, 2012, p. 597, obs. V. TCHEN ; consid. n° 28 et s. Le législateur avait ajouté, pour le maintien en zone d'attente, que « l'existence de garanties de représentation de l'étranger n'est pas à elle seule susceptible de justifier le refus de prolongation de son maintien en zone d'attente » [art. L. 222-3 CESEDA]. Les requérants contestaient un tel mécanisme qui, « en supprimant la faculté, pour le juge des libertés et de la détention, de tenir compte uniquement des garanties de représentation de l'étranger pour décider de sa remise en liberté, cette disposition porte atteinte à l'office du juge dans son rôle de gardien de la liberté individuelle ; qu'elle méconnaîtrait, en outre, le principe selon lequel la privation de liberté constitue une mesure d'exception et ne saurait devenir le principe ».

⁴⁰⁴³ *V. supra*, n° 852.

⁴⁰⁴⁴ CEDH, ch., 4 déc. 1979, *Schiesser c. Suisse*, req. n° 7710/76 : *Rec. CEDH*, série A, n° 34. Ce contrôle tient à l'examen des « circonstances qui militent pour ou contre la détention, de se prononcer selon des critères juridiques sur l'existence de raisons la justifiant et, en leur absence, d'ordonner l'élargissement » ; § 31.

⁴⁰⁴⁵ CEDH, gde ch., 29 avr. 1999, *T. W. c. Malte*, req. n° 25644/94 ; § 41. – CEDH, gde ch., 29 avr. 1999, *Aquilina c. Malte*, req. n° 25642/94 : *Rec. CEDH*, 1999-III ; § 47. En l'espèce, la référence au bien-fondé n'était

finalement décidé que l'appréciation du bien-fondé pouvait échapper au juge de l'*Habeas corpus*⁴⁰⁴⁶, et son contrôle se limiter à la régularité de la privation de liberté au sens strict⁴⁰⁴⁷. Une telle solution, conforme au texte de la Convention, qui laisse dans ce domaine, il est vrai, une certaine marge d'appréciation aux États⁴⁰⁴⁸, n'est pas conforme à l'interprétation extensive de l'article 5, désormais habituelle, fondé sur l'impératif de la lutte contre l'arbitraire⁴⁰⁴⁹. Par ailleurs, une telle solution reporte l'examen du bien-fondé de la détention au recours à bref délai⁴⁰⁵⁰. Cette solution, qui a d'ailleurs fait débat au sein des organes de la Convention⁴⁰⁵¹, apparaît conciliante au regard de l'exigence de promptitude de l'intervention judiciaire, qui demeure suffisamment souple⁴⁰⁵² pour supporter un examen plus approfondi. La solution rappelle que l'*Habeas corpus* ne se confond pas avec le titre de privation de liberté du tribunal⁴⁰⁵³, mais sert à prolonger la mesure de contrainte jusqu'à sa saisine à bref délai⁴⁰⁵⁴.

toutefois qu'un *obiter dictum*. Au regard de l'énoncé des principes généraux de la Cour européenne des droits de l'Homme rappelé par l'arrêt *Medvedyev* de Grande chambre, c'est également un contrôle du bien-fondé de la privation de liberté que le magistrat de l'article 5 § 3 doit mener : il doit contrôler « la légalité et la justification de l'arrestation et de la détention » ou encore « examiner les circonstances qui militent pour ou contre la détention, de se prononcer selon des critères juridiques sur l'existence de raisons la justifiant et, en leur absence, d'ordonner l'élargissement [...] soit, en un mot, que le magistrat se penche sur le bien-fondé de la détention » [CEDH, gde ch., 29 mars 2010, *Medvedyev et autres c. France*, req. n° 3394/03 : *Rec. CEDH*, 2010 ; *D.*, 2010, p. 1386, obs. S. LAVRIC ; *ibid.*, p. 1390, note P. HENNION-JACQUET ; *ibid.*, p. 1386, note J.-F. RENUCCI ; *ibid.*, p. 952, entretien P. SPINOSI ; *ibid.*, p. 970, obs. D. REBUT ; *AJDA*, 2010, p. 648, obs. S. BRONDEL ; *RSC*, 2010, p. 685, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; § 124].

⁴⁰⁴⁶ « La Grande Chambre n'est pas en mesure de souscrire à une interprétation selon laquelle les magistrats devraient avoir le pouvoir d'accorder la mise en liberté provisoire à une personne détenue dès sa première comparution après son arrestation » [CEDH, gde ch., 30 oct. 2006, *McKay c. Royaume-Uni*, req. n° 543/03 : *Rec. CEDH*, 2006-X ; § 39].

⁴⁰⁴⁷ Et la Grande chambre dans l'énoncé de ses principes généraux rajoute d'ailleurs que le contrôle judiciaire doit uniquement « permettre d'examiner les questions de régularité et [...] de savoir s'il existe des raisons plausibles de soupçonner que la personne arrêtée a commis une infraction » [*Medvedyev*, gde ch. : *préc.* ; § 125].

⁴⁰⁴⁸ Le texte de la Convention n'évoque pas, à cette occasion, le pouvoir de libérer, à la différence des autres contrôles judiciaires de la privation de liberté organisée par la Convention.

⁴⁰⁴⁹ V. *supra*, n° 213.

⁴⁰⁵⁰ Si bien que lorsque la Cour se réfère au contrôle du bien-fondé de la détention du suspect, il s'agit plutôt d'une clause de style [v. par ex., CEDH, sect. V, 23 nov. 2010, *Moulin c. France*, req. n° 37104/06 : *AJDA*, 2011, p. 889, chron. L. BURGORGUE-LARSEN ; *D.*, 2011, p. 277, obs. J.-F. RENUCCI ; *ibid.*, p. 338, obs. S. LAVRIC ; *ibid.*, note J. PRADEL ; *ibid.*, p. 26, point de vue F. FOURMENT ; *RSC*, 2011, p. 208, note D. ROETS ; *Dr. pénal*, 2011, comm. n° 26, obs. A. MARON et M. HAAS ; *Procédures*, 2011, comm. n° 30, note A.-S. CHAVENT-LECLÈRE ; *Gaz. Pal.*, 9 déc. 2010, p. 6, note O. BACHELET ; *JCP*, 2010, n° 1206, obs. F. SUDRE].

⁴⁰⁵¹ Si le constat de non-violation a été rendu à seize voies contre une, c'est parce que les partisans d'exiger un plein contrôle de la détention du suspect s'était rangé à cette conclusion au motif qu'en l'espèce le suspect avait malgré tout bénéficié d'un tel recours dans le délai de l'article 5 § 3. Voir sous l'arrêt cité l'opinion dissidente du juge JEBENS et l'opinion séparée commune aux juges ROZAKIS, TULKENS, BOTOCHAROVA, MYJER et ZIEMELE.

⁴⁰⁵² V. *supra*, n° 748 et s.

⁴⁰⁵³ Lorsque l'intervention du magistrat de l'article 5 § 3 aboutit directement au placement en détention provisoire, la Cour lui applique évidemment ses exigences naissantes quant au placement en détention provisoire, qu'il s'agisse des garanties procédurales spécifiques, et du contrôle naissant européen de son

962. Quant au contrôle judiciaire périodique de l'article 5 § 4, la Cour européenne des droits de l'Homme a consacré dès l'arrêt *Brogan* un contrôle dépassant la régularité et incluant le bien-fondé⁴⁰⁵⁵. Désormais, elle renvoie à la notion de « régularité » pour évoquer l'étendue du contrôle du juge de la proportionnalité, notion qui dépasse la définition que nous avons adoptée⁴⁰⁵⁶ et qui regroupe les conditions de conventionnalité de la privation de liberté développés par la Cour sous le visa de l'article 5 § 1^{er}(⁴⁰⁵⁷) : ces conditions s'appliquent en conséquence au législateur dans sa délimitation abstraite de la privation de liberté, au juge interne qui assure son contrôle concret⁴⁰⁵⁸, et sont contrôlées, en dernier lieu, par la Cour européenne des droits de l'Homme elle-même. La Cour européenne des droits de l'Homme a inscrit les exigences de nécessité⁴⁰⁵⁹ et de proportionnalité⁴⁰⁶⁰ à l'article 5 § 1^{er}, même si sa jurisprudence y fait échapper certains cas de privation de liberté.

963. Le bien-fondé : le contrôle de la nécessité et la proportionnalité.

Par principe, le standard supra-légal confie au juge de la privation de liberté l'appréciation de son bien-fondé, organisée autour des notions de nécessité et de proportionnalité⁴⁰⁶¹. Les deux principes, aux conséquences d'abord abstraites, servent à guider le législateur dans la

opportunité [v. par ex. CEDH, sect. I, 31 mai 2011, *Khodorkoskiy c. Russie*, req. n° 5829/04, en angl. ; § 188 et s.].

⁴⁰⁵⁴ V. *supra*, n° 832.

⁴⁰⁵⁵ CEDH, plén., 2 mars 1987, *Weeks c. Royaume-Uni*, req. n° 9787/82 : *Rec. CEDH*, série A, n° 114. Dans l'arrêt *Brogan*, la Cour se satisfaisait du contrôle judiciaire : « les requérants devaient disposer d'un recours qui permit au tribunal compétent de vérifier à la fois l'observation des règles de procédure de l'article 12 de la loi de 1984 et le caractère raisonnable des soupçons motivant l'arrestation, ainsi que la légitimité du but poursuivi par celle-ci puis par la garde à vue » [CEDH, plén., 29 nov. 1988, *Brogan et autres c. Royaume-Uni*, req. n°s 11209/84, 11234/84, 11266/84 et 11386/85 : *Rec. CEDH*, série A, n° 145-B].

⁴⁰⁵⁶ V. *supra*, n° 848.

⁴⁰⁵⁷ L'article 5 § 4 « ne garantit pas le droit à un examen judiciaire d'une portée telle qu'il habiliterait le tribunal à substituer sur l'ensemble des aspects de la cause, y compris des considérations de pure opportunité, sa propre appréciation à celle de l'autorité dont émane la décision » mais impose « un contrôle assez ample pour s'étendre à chacune des conditions indispensables à la régularité de la détention d'un individu au regard du paragraphe 1 » [CEDH, ch., 29 août 1990, *E. c. Norvège*, req. n° 11701/85 : *Rec. CEDH*, série A, n° 181-A ; *RSC*, 1990, p. 831, obs. L.-E. PETTITI ; *RFDA*, 1991, p. 843, chron. V. BERGER, H. LABAYLE ET F. SUDRE ; § 50].

⁴⁰⁵⁸ CEDH, sect. I, 3 juil. 2012, *Rustamov c. Russie*, req. n° 11209/10, en angl. – CEDH, sect. V, 26 avr. 2012, *Molotchko c. Ukraine*, req. n° 12275/10, en angl. ; § 189 ; la Cour exige que le contrôle du juge national sur l'extradition, imposé par l'article 5 § 4, intègre le contrôle de la durée raisonnable tel qu'opéré par la Cour sur le fondement de l'article 5 § 1^{er}. – CEDH, sect. I, 7 nov. 2013, *Ermakov c. Russie*, req. n° 43165/10, en angl. – CEDH, sect. V, 10 janv. 2013, *Claes c. Belgique*, req. n° 43418/09 : le contrôle du juge national sur le fondement de l'article 5 § 4 doit intégrer le contrôle de l'adéquation matérielle tel que développé par la Cour européenne des droits de l'Homme.

⁴⁰⁵⁹ CEDH, gde ch., 17 janv. 2012, *Stanev c. Bulgarie*, req. n° 36760/06 : *Rec. CEDH*, 2012 ; *RDSS*, 2012, p. 863, note K. LUCAS ; *JDI*, 2013, chron. n° 8, obs. X. AUREY ; § 171 : « la privation de liberté est une mesure si grave qu'elle ne se justifie que lorsque d'autres mesures, moins sévères, ont été considérées et jugées insuffisantes pour sauvegarder l'intérêt personnel ou public exigeant la détention », si bien qu'« il ne suffit donc pas que la privation de liberté soit conforme au droit national, encore faut-il qu'elle soit nécessaire dans les circonstances de l'espèce ».

⁴⁰⁶⁰ *Saadi*, gde ch. : *préc.* ; § 70.

⁴⁰⁶¹ V. *supra*, n° 90 et s.

délimitation de la privation de liberté⁴⁰⁶². Elles servent aussi à guider le juge de la privation de liberté dans son contrôle concret de l'application de la norme privative de liberté. La nécessité rappelle que la privation de liberté est une mesure de dernier recours : elle impose de démontrer l'insuffisance des mesures moins attentatoires à la liberté individuelle pour obtenir le résultat recherché par rapport à la privation de liberté. La nécessité s'intéresse à la justification originale de la privation de liberté. La notion de proportionnalité, autre principe de modération ou de pondération, suppose le maintien d'un rapport équilibré, malgré l'évolution des constantes qui ont permis d'établir la nécessité initiale. Puisque l'affliction de la détention évolue avec le temps, la proportionnalité, à la différence de la nécessité, s'intéresse moins à la justification originale de la privation de liberté qu'à celle de son maintien.

964. Le contrôle de la nécessité et de la proportionnalité de la courte privation de liberté. La courte privation de liberté, qui n'a pas vocation à être prolongée, ne nécessite pas l'instauration d'un *Habeas corpus*. Son bien-fondé pourrait cependant être contrôlé par l'autorité judiciaire en temps réel, ce que le Conseil constitutionnel a refusé de consacrer lors de son examen du dégrèvement, pour toute privation de liberté⁴⁰⁶³. Ce contrôle est reconnu pour le suspect dans la jurisprudence constitutionnelle⁴⁰⁶⁴, mais les modalités de son exercice ne font pas l'objet d'exigences sévères⁴⁰⁶⁵. Si la Cour européenne des droits de l'Homme n'intègre pas toujours dans le champ de l'article 5 la très courte détention, c'est au moins à la condition d'établir son bien-fondé⁴⁰⁶⁶, ce que le juge national a aussi établi dans la reconnaissance de courtes rétentions factuelles⁴⁰⁶⁷.

965. Le contrôle de la nécessité et de la proportionnalité de la privation de liberté de police. Dès lors que la privation de liberté de police est un temps de privation de liberté propre appartenant aux autorités de police⁴⁰⁶⁸, le juge de l'*Habeas corpus* n'a pas à apprécier la nécessité de la durée séparant l'arrestation de son intervention, soit, pour les cas de privation de liberté de police administrative, que la loi organise fixement l'intervention du juge⁴⁰⁶⁹, soit, pour le suspect, que le principe d'un tel contrôle soit posé⁴⁰⁷⁰, mais que le

⁴⁰⁶² V. *supra*, n° 353 et s.

⁴⁰⁶³ V. *supra*, n° 634 et s.

⁴⁰⁶⁴ Il n'est pas consacré pour le suspect dans la jurisprudence européenne [v. *supra*, n° 622].

⁴⁰⁶⁵ V. *supra*, n° 625 et s.

⁴⁰⁶⁶ V. *supra*, n° 21 et s.

⁴⁰⁶⁷ V. *supra*, n° 152.

⁴⁰⁶⁸ V. *supra*, n° 724.

⁴⁰⁶⁹ C'est le cas de la première intervention du juge judiciaire dans un cas de privation de liberté de police administrative, qu'il s'agisse de celle de l'étranger ou de celle de l'aliéné.

contrôle soit laissé entièrement au magistrat chargé de la direction de l'instruction ou de l'enquête⁴⁰⁷¹, sans possibilité pour le juge de l'*Habeas corpus* d'en opérer le contrôle⁴⁰⁷².

966. **Le contrôle de la nécessité et de la proportionnalité de la privation de liberté judiciaire.** Dans l'approche globale, la nécessité concerne l'*Habeas corpus*, et la proportionnalité le recours à bref délai. Dans le standard supra-légal, le sens limité de l'*Habeas corpus*⁴⁰⁷³ aboutit à saisir le juge de la privation de liberté du seul bien-fondé du maintien de la privation de liberté dans l'attente de la saisine du tribunal⁴⁰⁷⁴, compétent, au plus tard à bref délai, pour prendre le titre pérenne de privation de liberté. C'est le titre de privation de liberté du tribunal qui formalise le plein exercice du bien-fondé⁴⁰⁷⁵.

967. **L'intégration d'un pan de l'exécution de la privation de liberté dans l'appréciation de son bien-fondé : la nouvelle dimension de la proportionnalité concrète.** L'état de santé incompatible et l'adéquation matérielle sont les deux vices d'exécution capables d'engendrer la libération, au regard des solutions dégagées par la Cour européenne des droits de l'Homme, non pas parce qu'ils vicient l'un des fondements de la privation de liberté, mais parce qu'ils caractérisent des cas de disproportion. D'abord dans la dimension classique de la proportionnalité intéressée à la durée : les mauvaises conditions d'exécution retardent l'acquisition de l'objectif législatif par rapport à la privation de liberté dénuée de tout vice⁴⁰⁷⁶. D'abord dans la nouvelle dimension de la proportionnalité intéressée à la sévérité de l'affliction générée : la privation de liberté ne doit pas dépasser le seuil de souffrance de déclenchement du traitement inhumain et dégradant⁴⁰⁷⁷. Si ces solutions européennes sont désormais acquises, la libération n'est pas pour autant aisée, puisque l'exceptionnelle dangerosité constitue un fait justificatif neutralisant le vice, de même que la démonstration du caractère irréparable du défaut doit être démontré⁴⁰⁷⁸, et nous avons déjà évoqué le traitement par le droit français de ce nouveau pan du bien-fondé⁴⁰⁷⁹.

⁴⁰⁷⁰ Déc. n° 2010-14/22 QPC du 30 juil. 2010 ; consid. n° 29 : juge judiciaire a pour tâche d'« apprécier si le maintien de la personne en garde à vue et, le cas échéant, la prolongation de cette mesure sont nécessaires à l'enquête et proportionnés à la gravité des faits que la personne est suspectée d'avoir commis ».

⁴⁰⁷¹ V. *supra*, n° 615 et s.

⁴⁰⁷² V. *supra*, n° 922 et s.

⁴⁰⁷³ V. *supra*, n° 831.

⁴⁰⁷⁴ Cette étendue n'est même pas reconnue par la jurisprudence européenne pour le seul cas d'*Habeas corpus* du suspect [v. *supra*, n° 961].

⁴⁰⁷⁵ En droit français, l'adoption du premier titre de privation de liberté par le tribunal réalisera simultanément l'*Habeas corpus*,

⁴⁰⁷⁶ V. *supra*, n° 479.

⁴⁰⁷⁷ V. *supra*, n° 514 et s.

⁴⁰⁷⁸ V. *supra*, n° 588 et s. et les renvois réalisés.

⁴⁰⁷⁹ Dès lors que les implications de l'adéquation matérielle des conditions de détention développées par la Cour européenne des droits de l'Homme restent faibles, le droit français apparaît le plus souvent supérieur au standard

968. **La recherche de l'étendue du contrôle du bien-fondé par le juge du fond de la privation de liberté : la lutte contre l'arbitraire législatif et l'arbitraire de l'autorité non juridictionnelle.** La large étendue du contrôle du juge de la privation de liberté, au cours de l'*Habeas corpus* ou lorsqu'il délivre le titre de privation de liberté à bref délai, aboutit d'abord à assurer la lutte contre l'arbitraire de l'autorité non juridictionnelle, qui bénéficie du pouvoir de placement en privation de liberté, ou sa prolongation, pour exercer le contrôle maximum sur le recours de la privation de liberté. Même sans implication d'une autorité non juridictionnelle, l'appréciation du juge judiciaire du bien-fondé interdit la privation de liberté automatique, celle qui résulte de la simple réunion des conditions de la régularité, et permet une adaptation maximale de la privation de liberté au cas concret soumis au juge, de sorte qu'elle participe aussi à la lutte contre l'arbitraire législatif.

969. **La recherche de l'intensité du contrôle du bien-fondé par le juge du droit de la privation de liberté : la lutte contre l'arbitraire judiciaire.** Si la Convention européenne des droits de l'Homme organise un contrôle juridictionnel horizontal de la privation de liberté, caractérisé par sa périodicité, sans imposer de double degré de juridiction⁴⁰⁸⁰, l'ajout du contrôle juridictionnel vertical permet d'encadrer l'appréciation du juge du fond, si bien qu'il s'inscrit aussi dans la lutte contre l'arbitraire, celui judiciaire : il renforce la garantie du contrôle judiciaire du bien-fondé du fond de la privation de liberté. Quant au pourvoi en cassation, s'il ne vise plus véritablement à offrir à la personne privée de liberté une voie de droit lui permettant d'obtenir la libération⁴⁰⁸¹, il permet un contrôle en

minimum, y compris pour la peine privative de liberté [v. *supra*, n° 476 et s.], de sorte que ces développements, dans l'attente de leur renforcement, n'apparaissent pas de nature à modifier le droit français. Si le droit à la libération pour état de santé incompatible s'est développé en droit français, notamment sous la pression du droit européen, nous avons déjà défini les éléments du contrôle juridictionnel réalisé par le juge français, montrant certaines faiblesses, au-delà des apparences, mais la suspension médicale de peine a reçu son brevet de conventionnalité [v. *supra*, n° 564 et s.]. Quant au contrôle de la dignité des conditions matérielles de détention, si le droit français ne reconnaît qu'un droit à l'amélioration des conditions de détention, sans permettre de libération, conformément au droit européen, il s'inscrit plutôt dans la régularité de la privation de liberté, et les progrès réalisés en la matière ne suffisent sans doute pas encore à assurer la conventionnalité du droit français [v. *supra*, n° 940 et s.].

⁴⁰⁸⁰ CEDH, ch., 12 déc. 1991, *Toth c. Autriche*, req. n° 11894/85 : *Rec. CEDH*, série A, n° 224 ; *RSC*, 1992, p. 367, obs. L.-E. PETTITI ; § 84 : « l'article [5 § 4] n'astreint pas les États contractants à instaurer un double degré de juridiction pour l'examen de demandes d'élargissement », « néanmoins, un État qui se dote d'un tel système doit en principe accorder aux détenus les mêmes garanties en appel qu'en première instance ». L'article 2 du Protocole additionnel n° 7 organise uniquement ce droit d'appel en matière pénale.

⁴⁰⁸¹ Les délais de procédure ne permettent pas, pour les courtes privations de liberté, au juge de cassation de se prononcer avant son terme. C'est ainsi que les cassations en matière de privation de liberté des étrangers sont prononcées systématiquement sans renvoi, puisque la détention a pris fin. En revanche, pour les cas où la personne se trouve toujours détenue lorsqu'elle statue, notamment pour la détention provisoire, le constat de la poursuite de la détention, malgré une période non couverte par un titre de détention, soit que celui-ci soit arrivé à son terme sans qu'un nouveau titre n'ait été adopté à temps, soit que le juge judiciaire, saisi d'une demande de remise en liberté, n'ait pas statué à temps, ou encore que la détention ait été maintenue malgré l'existence d'une

droit de l'appréciation du juge du fond et limite son arbitraire, dans un rôle classique d'uniformisation de la jurisprudence⁴⁰⁸². Quant à la Cour européenne des droits de l'Homme, en développant sous l'angle de l'article 5 § 1^{er} le contrôle du bien-fondé de la privation de liberté⁴⁰⁸³, elle agit sur la totalité de son contrôle, régularité et bien-fondé, comme une juridiction de quatrième degré. Mais les principes dégagés par sa jurisprudence servent aussi à encadrer, en droit, l'appréciation du juge du fond national.

970. La motivation du titre de privation de liberté du tribunal : une pièce centrale du contrôle judiciaire du bien-fondé échappant au standard supra-légal. La motivation impose un effort intellectuel au juge, réalise l'information de la personne privée de liberté des motifs de sa privation de liberté et permet au juge du droit de la privation de liberté d'assurer son contrôle⁴⁰⁸⁴. Pièce centrale du contrôle judiciaire du bien-fondé de la privation de liberté, la motivation du titre de privation de liberté du tribunal n'est pas imposée fermement par les standards supra-légaux. La motivation du titre de privation de liberté apparaît dans la jurisprudence, sans en faire une exigence nette, même en matière pénale⁴⁰⁸⁵.

décision d'une libération, ou enfin que le titre résulte d'une juridiction incompétente aboutit à ce que la Cour de cassation, selon la formule classique, « *ordonne sa mise en liberté s'il n'est détenu pour autre cause* » [v. par ex. Cass. crim., 21 août 2013, n° 13-84.062 : *inédit*].

⁴⁰⁸² Le contrôle de cassation permet aussi de lutter contre l'arbitraire normatif, en participant à l'établissement d'une loi qualité, puisque la norme privative de liberté, prise dans son sens matériel, inclut la jurisprudence

⁴⁰⁸³ Elle développe ce contrôle sous l'angle des principes prétoriens développés dans l'article 5 § 1^{er} [CEDH, gde ch., 29 janv. 2008, *Saadi c. Royaume-Uni*, req. n° 13229/03 : *Rec. CEDH* ; *AJDA*, 2008, p. 978, chron. J.-F. FLAUS].

⁴⁰⁸⁴ Voir C. SÉVELY-FOURNIÉ, « Répression et motivation : réflexions sur la motivation des arrêts et jugements des juridictions répressives » ; *RSC*, 2009, p. 783.

⁴⁰⁸⁵ Le Conseil constitutionnel cite parfois l'exigence législative de motivation au titre des différentes garanties prévues par le législateur pour valider la loi, sans autre enseignement [v. pour les prolongations exceptionnelles de garde à vue, déc. n° 2004-492 DC du 2 mars 2004 : *préc.* ; consid. n°s 25 et 26, ou pour l'interdiction du territoire français, étudiée au regard de son atteinte à la liberté individuelle, Cons. const., déc. n° 93-325 DC du 13 août 1993 portant sur la loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France : *J. O.*, 18 août 1993, p. 11722 ; *RFDA*, 1993, p. 871, comm. B. GENEVOIS ; consid. n° 45]. Concernant plus spécialement la motivation des arrêts de condamnation de la Cour d'assises, le Conseil constitutionnel s'est félicité d'une telle réforme, rattachée à un simple objectif constitutionnel tiré de la combinaison des articles 7, 8 et 9 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, qui, bien que fondé sur la lutte contre l'arbitraire par la décision, est général à la matière pénale, sans reconnaissance spécifique pour la privation de liberté : le législateur se doit « *de fixer des règles de droit pénal et de procédure pénale de nature à exclure l'arbitraire dans la recherche des auteurs d'infractions, le jugement des personnes poursuivies ainsi que dans le prononcé et l'exécution des peines* » [Cons. const., déc. n° 2011-635 DC du 4 août 2011 relative à la loi sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs : *J. O.*, 11 août 2011, p. 13763 ; *RSC*, 2011, p. 728, chron. CH. LAZERGES (spéc. I) ; *AJFP*, 2012, p. 121, note J. WOLIKOW ; *D.*, 2012, p. 1638, chron. V. BERNAUD et N. JACQUINOT]. Si le Conseil constitutionnel a parfois rattaché des principes encadrant la peine privative de liberté à l'article 66 de la Constitution, cette décision ne le faisait pas. L'emploi d'un tel fondement laissait au législateur la plus grande marge d'appréciation. Le Conseil constitutionnel ne lui imposait pas d'ailleurs d'étendre la motivation à la peine, toujours pas concernée par la réforme législative, alors pourtant qu'en visant l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, l'objectif de l'exclusion de l'arbitraire s'y applique tout autant. Dans une autre décision, le Conseil constitutionnel ne s'était pas avancé sur la motivation, alors que les auteurs de la saisine invoquaient une violation de « *l'exigence de motivation des décisions de justice* », au sujet du contrôle judiciaire de

La décision administrative privative de liberté n'est pas plus soumise à motivation au regard des principes constitutionnels⁴⁰⁸⁶.

971. De même, l'obligation de motivation du titre de privation de liberté du tribunal n'apparaît pas encore fermement dans la jurisprudence européenne. Le tumulte provoqué par la jurisprudence européenne, sur la motivation des condamnations de Cour d'assises, s'est fondé sur l'article 6 de la Convention et non l'article 5 § 1^{er}(⁴⁰⁸⁷). Dès lors qu'elle fonde pourtant une partie de son contrôle sur l'étude des motivations des décisions internes, notamment concernant la durée raisonnable de la détention provisoire⁴⁰⁸⁸ mais aussi concernant l'établissement de la nature de la peine perpétuelle⁴⁰⁸⁹, la motivation du titre de privation de liberté doit s'imposer en ces matières⁴⁰⁹⁰. La Cour commence d'ailleurs à dégager l'exigence de la motivation de la nécessité et de la proportionnalité au sein de l'article 5 § 1^{er} et de la notion de la sécurité juridique pour la détention provisoire⁴⁰⁹¹, jurisprudence qui pourrait s'étendre⁴⁰⁹², pour lui permettre d'exercer au mieux son contrôle sur la privation

la détention provisoire [Cons. const., déc. n° 2010-81 QPC du 17 déc. 2010, [M. B.] : *J. O.*, 19 déc. 2010, p. 22375 ; *JCP*, 2011, n° 144, note V. TELLIER-CAYROL]. Enfin, le renversement des principes, obligeant le juge judiciaire à motiver non pas sa décision de placer en privation de liberté, mais sa décision de ne pas placer, ne heurte pas l'article 66 de la Constitution, ni aucun autre principe constitutionnel [Cons. const., déc. n° 2005-527 DC du 8 déc. 2005 portant sur la loi relative au traitement de la récidive des infractions pénales : *J. O.*, 13 déc. 2005, p. 19162 ; *D.*, 2006, p. 966, comm. F. ROUVILLOIS ; *AJP*, 2007, p. 357, comm. M. HERZOG-EVANS (spéc. sur la prévention de la récidive) ; *ibid.*, p. 352, comm. D. BLANC (spéc. sur les peines minimales) ; *ibid.*, p. 356, comm. PH. BONFILS (spéc. sur le droit des mineurs) ; *ibid.*, p. 367, comm. C. MANZANERA (spéc. sur l'obligation de soins) ; consid. n° 7].

⁴⁰⁸⁶ Cons. const., déc. n° 2004-497 DC du 1^{er} juil. 2004 portant sur la loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle : *J. O.*, 10 juil. 2004, p. 12506 ; consid. n° 4 : « *considérant que les règles et principes de valeur constitutionnelle n'imposent pas par eux-mêmes aux autorités administratives de motiver leurs décisions dès lors qu'elles ne prononcent pas une sanction ayant le caractère d'une punition* ».

⁴⁰⁸⁷ V. *infra*, n° 1037 et s.

⁴⁰⁸⁸ V. *infra*, n° 982 et s.

⁴⁰⁸⁹ V. *supra*, n° 771 et s.

⁴⁰⁹⁰ CEDH, sect. III, 1^{er} juil. 2008, *Calmanovici c. Roumanie*, req. n° 42250/02 ; § 92. La Cour, dans ses principes généraux tenant à l'appréciation de la durée raisonnable de la détention provisoire, plébiscitait la motivation de la décision interne sur cette privation de liberté pour apporter la preuve « *que les parties ont été effectivement entendues* », permettre « *à la partie intéressée de faire appel* », donner « *à la juridiction d'appel la possibilité d'examiner la décision en question au regard des moyens ainsi soulevés* » et rendre possible « *un contrôle public de l'administration de la justice* ». – CEDH, sect. III, 6 juil. 2010, *Degeratu c. Roumanie*, req. n° 35104/02 ; § 41 et s. La motivation collective, sauf à son début, n'est en tout cas pas justifiée pour prolonger la détention provisoire.

⁴⁰⁹¹ CEDH, sect. III, 21 mars 2002, *Stasaitis c. Lituanie*, req. n° 47679/99. – CEDH, sect. V, 1^{er} mars 2007, *Belevitskiy c. Russie*, req. n° 72967/01, en angl. – CEDH, sect. V, 11 févr. 2010, *Sabirov c. Russie*, req. n° 13465/04 ; § 34. – CEDH, sect. I, 2 mai 2013, *Barjamaj c. Grèce*, req. n° 36657/11 ; § 39. – CEDH, sect. IV, 15 oct. 2013, *Gutsanovi c. Bulgarie*, req. n° 34529/10 ; *D.*, actu., 30 oct. 2013, obs. O. BACHELET ; § 166. Dans cette affaire, l'absence de motivation de la décision de prolongation de la détention provisoire était une des causes principales aboutissant au constat de violation de la durée raisonnable, sur le fondement de l'article 5 § 3.

⁴⁰⁹² Elle s'est aussi appuyée à une reprise, dans une affaire particulière, sur la motivation lacunaire du maintien en détention, pour justifier une violation de l'article 5 § 1^{er}, dès lors qu'elle ne permettait pas à la Cour de la rattacher à des cas de la liste [CEDH, sect. III, 17 sept. 2013, *Danalachi c. Moldavie*, req. n° 25664/09, en angl. ;

de liberté. Toujours est-il que lorsque le droit national exige cette motivation du titre judiciaire de privation de liberté, son défaut fait partie des irrégularités que le juge d'appel peut couvrir, sans entraîner de violation de l'article 5 pour la partie de privation de liberté exécutée sur le fondement du titre originel⁴⁰⁹³.

972. La loi organise généralement la motivation du titre de privation de liberté du tribunal⁴⁰⁹⁴ et même plus largement de l'ensemble des décisions que la régularité de la privation de liberté exige⁴⁰⁹⁵. Le droit administratif est sur ce point protecteur, puisque la loi, de manière générale, oblige l'administration à motiver la décision défavorable individuelle qui restreint une liberté publique, principe qui reçoit plutôt une appréciation large dans le domaine de la privation de liberté⁴⁰⁹⁶. Cette exigence de motivation, dans le droit de la

§ 21 et s.]. En l'espèce, la condamnation de première instance avait été annulée, et la juridiction d'appel avait renvoyé l'affaire à une juridiction de premier degré, en prescrivant le maintien en privation de liberté, sans s'expliquer sur ces fondements.

⁴⁰⁹³ CEDH, gde ch., 9 juil. 2009, *Mooren c. Allemagne*, req. n° 11364/03. V. *supra*, note n° 3632.

⁴⁰⁹⁴ Le placement ou le maintien en détention provisoire décidé par le juge des libertés et de la détention donne lieu à une ordonnance toujours motivée [art. 137-3 CPP]. L'article 179 impose une décision motivée du juge d'instruction pour maintenir en détention provisoire le suspect après l'ordonnance de renvoi devant le Tribunal correctionnel. Le même article prévoit aussi que le délai dans lequel le suspect doit être jugé peut être prolongé par le tribunal correctionnel en invoquant les motifs de droit ou de fait justifiant le report du jugement. En cas de condamnation à une peine, « à l'égard du prévenu détenu, le tribunal peut, en tout état de cause, par décision spéciale et motivée, lorsque les éléments de l'espèce justifient la prolongation d'une mesure particulière de sûreté, maintenir la détention », possibilité permise aussi contre le prévenu qui a comparu libre, et aux mêmes conditions [art. 464, 464-1 et 465-1 CPP]. La peine d'emprisonnement ferme doit être motivée [art. 132-19 du Code de procédure pénale ; v. *infra*, n° 1030 et s.]. La décision sur la détention de sûreté donne lieu aussi à motivation [art. 706-53-15 CPP]. La décision de prolongation de la rétention administrative de l'étranger par le juge judiciaire doit être motivée, sous peine de cassation, en vertu des dispositions de droit commun du Code de procédure civile [Cass. civ. I, 12 sept. 2012, n° 11-21.296 : *inédit*].

⁴⁰⁹⁵ Concernant la privation de liberté de l'aliéné, l'article 3213-1 du Code de santé publique précise que les arrêtés préfectoraux « sont motivés et énoncent avec précision les circonstances qui ont rendu l'admission en soins nécessaire ». Plus généralement, c'est l'ensemble des certificats médicaux qui doivent être « précis et motivés », « dactylographiés » et « lorsqu'ils concluent à la nécessité de lever une mesure d'hospitalisation complète, ils sont motivés au regard des soins nécessités par les troubles mentaux de la personne intéressée et des incidences éventuelles de ces troubles sur la sûreté des personnes » [art. R. 3213-3 CSP]. En revanche, la décision d'admission pour l'internement à la demande d'un tiers ou en cas de péril imminent n'est pas directement motivée selon la loi, mais doit être accompagnée de deux certificats médicaux circonstanciés [art. L. 3212-1 CSP]. La forme en urgence de cet internement nécessite un certificat médical qui « constate l'état mental de la personne malade, indique les caractéristiques de sa maladie et la nécessité de recevoir des soins ». La prolongation tous les mois de l'internement est soumise à l'obtention d'un certificat médical qui se prononce sur le caractère adapté ou non de la forme de l'hospitalisation et tous les ans un avis fouillé est demandé. Quant aux mandats d'amener, d'arrêt et de dépôt, ils doivent comprendre le nom de la personne visée, la nature des faits reprochés et leur qualification juridique [art. 123 CPP]. Le principe de motivation de la privation de liberté s'étend également à la concrétisation de l'emprisonnement conditionnel [v. l'art. 132-51 CP concernant la révocation totale ou partielle du sursis], ou à certaines décisions dérogatoires au droit commun de la privation de liberté [v. par ex. l'art. 20-2 de l'ord. n° 45-174 du 2 févr. 1945 relative à l'enfance délinquante pour la dispense de l'excuse de minorité pour le mineur de plus de seize ans], et s'étend même jusqu'aux décisions aggravant les conditions matérielles de détention [v. pour l'isolement pénitentiaire, art. D. 283-1-7 CPP].

⁴⁰⁹⁶ V. l'art. 1^{er} de la loi n° 79-587 du 11 juil. 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public. V. pour son application en matière d'internement des aliénés ou de détention de l'étranger, *supra*, n° 257 et s. Le défaut de qualité de motivation, qui entraîne

privation de liberté, rappelle que son recours doit être exceptionnel⁴⁰⁹⁷. La seule exception notable à cette obligation de motivation réside finalement dans la peine privative de liberté criminelle.

973. **Approche fractionnée.** Dès lors que l'exercice du bien-fondé de la privation de liberté se concentre sur le titre du tribunal, l'approche fractionnée apparaît la plus appropriée pour étudier l'étendue du contrôle dans les différents cas : le contrôle de nécessité concerne dans cette analyse le placement dans un titre de privation de liberté, et celui de proportionnalité, le maintien dans le même titre de privation de liberté.

974. **La contestation du bien-fondé de la privation de liberté : le droit fondamental de la personne privée de liberté.** Le droit de contester le bien-fondé de la privation de liberté, en lutte contre l'arbitraire sur différents plans, celui de l'autorité d'application non juridictionnelle, celui du juge de la privation de liberté au fond, et celui législatif, est forcément un des droits essentiels de la personne privée de liberté. Il constitue l'essence même de l'article 66 de la Constitution, puisque la jurisprudence constitutionnelle, sur ce fondement, réserve seulement à l'autorité judiciaire l'appréciation du bien-fondé : plutôt que le gardien de la liberté individuelle, celle-ci est le gardien du bien-fondé de la privation de liberté⁴⁰⁹⁸. L'acquisition de la libération, en cas de constat judiciaire de l'inopportunité de la détention, ne laisse d'ailleurs aucun doute. Au regard de son importance, c'est un droit d'une exceptionnelle vigueur qui devrait être mis en évidence.

l'annulation de la décision administrative dans la théorie de la légalité administrative, et donc l'annulation du titre administratif de privation de liberté, doit entraîner la libération [*Baudoin : préc.*].

⁴⁰⁹⁷ Inversement, le législateur moderne développe de plus en plus la motivation de la libération ou du non placement en privation de liberté, comme si, dans certains cas, la préservation de la liberté individuelle apparaissait anormale [v. pour les peines minimales, art. 132-19-1 CP et s.].

⁴⁰⁹⁸ Les formes qui caractérisent les recours spéciaux de la privation de liberté sont d'ailleurs prévues pour donner toute son efficacité à la contestation du bien-fondé, qu'il s'agisse de la célérité exceptionnelle de l'*Habeas corpus*, ou de la périodicité du recours à *bref délai*.

975. **Le contrôle judiciaire du bien-fondé : le mètre étalon de la détention provisoire.** Le contrôle du bien-fondé concerne d'abord la privation de liberté judiciaire⁴⁰⁹⁹ étudiée dans l'approche fractionnée, lorsqu'elle repose sur le titre d'un tribunal⁴¹⁰⁰ : le titre du placement intéresse la nécessité, et ceux ultérieurs la proportionnalité. Parmi les remises en cause induites par l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'Homme des droits nationaux, la plus importante réside sans doute dans la limitation de la détention provisoire à une « *durée raisonnable* ». Contentieux ancien dans la jurisprudence de la Cour, le contrôle a donné lieu à une jurisprudence importante, et alors que le droit de la privation de liberté souffre parfois d'une certaine péremption⁴¹⁰¹, il s'est renouvelé. Ce contentieux touche le bien-fondé de la privation de liberté, dans sa dimension classique liée à la disproportion de la durée. L'intensité du contrôle du bien-fondé et la détermination de ses éléments peuvent être puisées dans le contrôle de la durée raisonnable de la détention provisoire réalisé par la Cour européenne des droits de l'Homme, qui constitue d'une certaine manière le mètre étalon en la matière ou le modèle, et celui-ci, une fois établi, doit être comparé contrôle régnant dans les autres cas de privation de liberté. Cette méthodologie permet de démontrer la stagnation du contrôle du bien-fondé, à la différence du contrôle de la régularité. Le droit de contester le bien-fondé de la privation de liberté fait l'objet d'un contrôle en accroissement pour la détention provisoire (*Section I*), alors qu'il est marqué par d'importantes limites dans les autres cas (*Section II*).

⁴⁰⁹⁹ V. pour le contrôle judiciaire du bien-fondé de la privation de liberté de police, *supra*, n° 964.

⁴¹⁰⁰ Lorsque la privation de liberté de police a débuté par une privation de liberté de police, celui-ci doit intervenir au mieux à bref délai, et ne correspond pas toujours à la réalisation de l'*Habeas corpus* [v. *supra*, n° 843].

⁴¹⁰¹ V. *supra*, n° 814, sur le droit à un recours adapté.

Section I./ LE DROIT DE CONTESTER LE BIEN-FONDÉ DE LA DÉTENTION PROVISOIRE :
L'ACCROISSEMENT DU CONTRÔLE

976. **La recherche des éléments du plein contrôle judiciaire du bien-fondé de la privation de liberté au fond.** Dans un raisonnement éculé, la Cour européenne des droits de l'Homme apprécie la durée raisonnable de la détention provisoire au regard de la motivation utilisée par les autorités nationales pour la prolonger : son contrôle porte sur la proportionnalité de la détention provisoire, dans sa dimension traditionnelle, qui s'intéresse à la durée de la privation de liberté, qui ne saurait dépasser celle strictement nécessaire à l'obtention de l'objectif législatif. L'analyse de cette jurisprudence, que le juge européen a réussi à renouveler, apporte même des éléments sur l'appréciation de la nécessité de la détention provisoire, et couvre l'ensemble des composantes du bien-fondé : la détention provisoire est une mesure exceptionnelle, qui doit être prononcée en dernier recours⁴¹⁰². L'étude du modèle européen de la détention provisoire permet d'y puiser les différents éléments du contrôle judiciaire du bien-fondé de la privation de liberté (§1). Ce modèle est difficilement intégré par le juge national (§2).

⁴¹⁰² V. pour l'application contrastée du principe devant les juridictions internationales, N. FAUVEAU IVANOVIC et P. MORICEAU, « *La détention et la mise en liberté provisoire devant les juridictions internationales* » ; *D.*, 2011, p. 1368.

**§ 1./ LE MODÈLE EUROPÉEN : LA RECHERCHE DES ÉLÉMENTS DU CONTRÔLE
JUDICIAIRE DU BIEN-FONDÉ DE LA PRIVATION DE LIBERTÉ**

977. **Présentation générale du contrôle européen du bien-fondé de la détention provisoire.** L'article 5 § 3 de la Convention reconnaît le droit pour la personne suspectée d'être jugée « *dans un délai raisonnable ou libérée pendant la procédure* ». Fidèle à son interprétation protectrice de la liberté individuelle, le juge européen a tiré de cette formule le pouvoir de contrôler la durée raisonnable de la détention provisoire, au fond mais également en droit, en définissant pour le juge national les orientations de cette appréciation. Laissant une marge d'appréciation aux États, elle ne s'est longtemps pas intéressée à la décision de placement en détention provisoire, sauf à opérer un simple contrôle de la régularité et à vérifier l'existence des éléments de suspicion : la commission d'une infraction grave, *a fortiori* criminelle, suffit alors à justifier le placement en détention provisoire⁴¹⁰³.

978. **La proportionnalité et la nécessité, techniques de contrôle juridictionnel approfondies du bien-fondé.** Les termes de proportionnalité et de nécessité servent aussi à mesurer l'intensité des atteintes aux libertés fondamentales. La nécessité, contrôle plus faible, s'intéresse d'abord à l'utilité de l'atteinte à la liberté fondamentale et à son gain, en démontrant sa poursuite d'un objectif légitime. La proportionnalité « *impose la recherche d'un équilibre entre les atteintes portées aux droits et libertés constitutionnels et les objectifs poursuivis* »⁴¹⁰⁴. Elle vient rajouter une strate et oblige à comparer le gain, avec les suggestions créées sur les droits de l'individu. Si nous avons distingué la nécessité et la proportionnalité, principalement par considération pour le moment de l'intervention du contrôle judiciaire, la nécessité s'appliquant au contrôle du début de la privation de liberté⁴¹⁰⁵ et la proportionnalité à celui de son maintien⁴¹⁰⁶, cette distinction temporelle se recoupe avec celle commandée par l'intensité du contrôle du bien-fondé. Pour le maintien en privation de liberté, l'exercice d'un contrôle juridictionnel de proportionnalité est indispensable : le juge de la privation de liberté bénéficie du temps et des éléments permettant l'exercice du contrôle

⁴¹⁰³ CEDH, sect. I, 5 nov. 2009, *Shabani c. Suisse*, req. n° 29044/06 ; § 59. – CEDH, sect. IV, 23 févr. 2010, *Pinkowski c. Pologne*, req. n° 16579/03 ; § 48.

⁴¹⁰⁴ V. GOESEL-LE-BIHAN, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel » ; *CCC*, 2007, n° 22.

⁴¹⁰⁵ Au cours de l'*Habeas corpus* dans l'approche globale de la privation de liberté, ou au placement dans un cas de privation de liberté par le titre du tribunal dans l'approche fractionnée de la privation de liberté.

⁴¹⁰⁶ Ultérieurement à l'*Habeas corpus* dans l'approche globale [si bien que strictement dans cette approche, le premier titre du tribunal concerne la proportionnalité s'il intervient postérieurement à l'*Habeas corpus*], ultérieurement au placement dans l'approche fractionnée.

le plus large, tandis que l'écoulement du temps a accru l'effet afflictif de la mesure de contrainte et a éventuellement permis la survenue d'un élément nouveau. À l'inverse, le contrôle du bien-fondé du placement dans un cas de privation de liberté, d'intensité moindre, plus tourné sur le gain de la mesure, que sur les suggestions générées, correspond, en termes de technique juridictionnelle, à un contrôle de nécessité.

979. En réalité, cette distinction, qui apparaît nettement dans le contrôle européen du bien-fondé de la détention provisoire, n'est pas admissible dans le standard supra-légal, tandis que le juge de la privation de liberté pleinement chargé du contrôle du bien-fondé de la privation de liberté, à travers l'adoption du titre judiciaire de privation de liberté, n'est finalement jamais saisi dans une célérité telle qu'elle l'empêcherait de réaliser le contrôle le plus approfondi, soit que la personne compare libre devant lui, soit qu'il statue à bref délai de l'arrestation, soit que le nouveau titre judiciaire de privation de liberté succède sans discontinuité à un ancien cadre privatif de liberté reposant déjà sur un titre judiciaire. La vigueur maximale du droit de contester le bien-fondé de la privation de liberté doit aboutir à montrer le dépassement du schéma traditionnel, et caractériser, dès l'adoption du premier titre judiciaire formalisant le placement dans un cas pérenne de détention, un contrôle incluant l'ensemble des éléments du bien-fondé, c'est-à-dire un contrôle de proportionnalité.

980. **L'individualisation de la privation de liberté : éléments de personnalité contre mise en péril de l'ordre public.** L'existence du contrôle approfondi de proportionnalité suppose la prise en compte de l'ensemble des éléments qui alimentent l'opportunité de la privation de liberté, ceux qui militent pour et ceux qui militent contre. Évidemment, l'élément central qui milite pour le placement ou le maintien en privation de liberté réside dans la gravité de la mise en péril de l'ordre public, celle-ci établissant sa nécessité, sa preuve pouvant être ramenée matériellement, au regard des actes que l'individu a commis, ou qu'il est suspecté d'avoir commis, ou plus intellectuellement, au regard de l'analyse de sa personnalité, démontrant sa personnalité. À l'inverse, les éléments qui militent contre la privation de liberté, ou pour la liberté, tiennent dans le vice d'exécution⁴¹⁰⁷ et dans les éléments de personnalité, qui nuancent la dangerosité de l'individu. La prise en compte des éléments de personnalité, non pas seulement ceux qui établissent la dangerosité, mais aussi ceux qui la nuancent, contribue fortement à l'existence du contrôle juridictionnel de

⁴¹⁰⁷ V. pour l'inclusion dans l'appréciation du bien-fondé les conditions de l'exécution de la privation de liberté, *supra*, n° 967, et les renvois opérés.

proportionnalité, marqué par l'individualisation poussée de la privation de liberté, autre élément de sa personnalisation⁴¹⁰⁸.

981. **Le renouvellement de l'appréciation du bien-fondé de la détention provisoire.** Si la détermination des éléments de l'appréciation judiciaire du bien-fondé de la détention intéresse, son étendue permet évidemment de déterminer son intensité, notamment au regard de la place laissée à l'individualisation de la détention, afin de contrecarrer tout excès de détention. Si nous opérons un bref retour sur le contrôle classique de la durée raisonnable de la détention (A), en usant d'illustrations récentes, la hausse du contrôle ressort du développement par la Cour européenne des droits de l'Homme de nouveaux critères d'appréciation de la durée raisonnable (B).

A) *Bref retour sur les critères classiques*

982. **La définition de la détention provisoire.** La Cour européenne des droits de l'Homme estime, depuis ses premiers arrêts, que la détention provisoire s'arrête à la première décision de culpabilité, même si celle-ci n'est pas encore définitive⁴¹⁰⁹. La poursuite de la privation de liberté au-delà relève du champ de l'article 5 § 1^{er}-a), et la durée de la privation de liberté entre la première condamnation et la condamnation définitive échappe au délai raisonnable de l'article 5 § 3⁴¹¹⁰. Si une telle solution peut s'expliquer par le refus de pénaliser les États organisant des voies de recours⁴¹¹¹, l'usage du critère de la diligence des autorités à conduire la procédure, critère classique de l'appréciation de la durée raisonnable,

⁴¹⁰⁸ V. *supra*, n° 564 et s.

⁴¹⁰⁹ CEDH, ch., 27 juin 1966, *Wemhoff c. Allemagne*, req. n° 2122/64 : *Rec. CEDH*, série A, n° 7.

⁴¹¹⁰ Si le délai raisonnable de procédure de l'article 6 § 1^{er} s'applique, celui-ci est logiquement moins ferme : si le deuxième en matière répressive « *vise à éviter qu'une personne inculpée ne demeure trop longtemps dans l'incertitude de son sort* », le premier « *se rapporte aux seuls prévenus détenus* » et « *implique qu'une diligence particulière doit être apportée à la poursuite de la procédure les concernant* », de sorte que « *même si la longueur de l'instruction ne prête pas à critique, celle de la détention ne saurait excéder un laps de temps qui soit raisonnable* » [CEDH, 10 nov. 1969, *Stögmüller c. Autriche*, req. n° 1602/62 : *Rec. CEDH*, série A, n° 9]. En l'espèce, la Cour relevait une violation du délai raisonnable de la détention provisoire mais pas du délai de l'instruction. Cette autonomie des deux délais amène parfois la Cour à constater inversement un délai raisonnable pour la détention, mais déraisonnable pour l'instruction [CEDH, ch., 28 mars 1990, *B. c. Autriche*, req. n° 11968/86 : *Rec. CEDH*, série A, n° 175 : *RSC*, 1990, p. 829, note L.-E. PETTITI]. Cette autonomie n'empêche pas la Cour d'utiliser une méthode commune d'appréciation *in concreto* gouvernée par des critères communs.

⁴¹¹¹ M. PICARD et P. TITUIN, « Article 5 § 3 » ; in *La Convention européenne des droits de l'Homme : commentaire article par article*, sous la direction de L.-E. PETTITI et E. DECAUX, Economica, 2^e éd., 1999, p. 219 : « *en englobant dans la période à prendre en considération les instances d'appel et de cassation, on parvient à un allongement tel du délai couvert par l'article 5 § 3 que le constat de violation sera d'autant plus fréquent que les États auront accordé des voies de recours aux justiciables, ce qui est pour le moins paradoxal* ».

est pourtant de nature à permettre de trier durant cette période les temps imputables à l'équilibre normal des voies de recours de ceux relevant de l'inertie des autorités. Ce principe jurisprudentiel a en tout cas toujours été maintenu, même s'il a autrefois fait débat au sein des institutions de la Convention⁴¹¹². Cette position, peu protectrice de la liberté individuelle, est au moins conforme à la lecture de l'article 5 § 1^{er}-a)⁴¹¹³.

983. **La délimitation abstraite de la détention provisoire.** La détention provisoire doit d'abord répondre à « *une véritable exigence d'intérêt public justifiant une dérogation à la règle du respect à la liberté individuelle* » tout au long de son maintien⁴¹¹⁴ : si l'existence de soupçons est indispensable, cette cause ne saurait à elle seule justifier sa prolongation. La Cour, dans son analyse classique, a isolé quatre motifs pertinents justifiant la poursuite de la détention provisoire : le risque de renouvellement de l'infraction⁴¹¹⁵, le risque de fuite⁴¹¹⁶, les troubles à l'ordre public⁴¹¹⁷ et le risque d'entrave à l'administration de la preuve⁴¹¹⁸. Comme la Convention européenne des droits de l'Homme établit une liste exhaustive de cas de détention au sein de l'article 5 § 1^{er}, la jurisprudence de la Cour a établi une liste exhaustive des cas autorisant le maintien de la détention provisoire au sein de l'article 5 § 3, et à l'instar de la première, cette liste prétorienne n'a pas servi à remettre en cause les motifs répandus dans les États autorisant la prolongation de la détention provisoire⁴¹¹⁹. La Convention européenne des droits de l'Homme n'est définitivement pas un

⁴¹¹² V. Comm.EDH, 14 déc. 1988, *B. c. Autriche*, req. n° 11968/86, *rap.*, en angl. et l'opinion dissidente du juge TRECHSEL partagée par les juges SOYER, SCHERMERS, CAMPINOS et THUNE militant pour un revirement de jurisprudence. La Cour rappelait fermement sa solution dans l'arrêt *Van Droogenbroeck* : « *par condamnation au sens de l'article 5 § 1^{er}-a), il faut entendre, eu égard surtout au texte français, à la fois une déclaration de culpabilité, consécutive à l'établissement légal d'une infraction, et l'infliction d'une peine ou autre mesure privative de liberté* ».

⁴¹¹³ La vision limitée de la Cour européenne des droits de l'Homme est confirmée par le rejet de la prise en compte de la durée de la détention extraditionnelle dans l'État requis dans celle de la détention provisoire entamée à la suite de l'extradition [CEDH, sect. III, 20 déc. 2011, *Zanbergs c. Lettonie*, req. n° 71092/01, en angl.].

⁴¹¹⁴ *Wemhoff* : *préc.*

⁴¹¹⁵ CEDH, ch., 10 nov. 1969, *Matznetter c. Autriche*, req. n° 2178/64 : *Rec. CEDH*, série A, n° 10.

⁴¹¹⁶ Le risque de fuite doit s'apprécier sur des circonstances tenant « *au caractère de l'intéressé, à sa moralité, à son domicile, sa profession, ses ressources, ses liens familiaux, ses liens de tous ordres avec le pays où il est poursuivi* » [CEDH, ch., 27 juin 1968, *Neumeister c. Autriche*, req. n° 1936/63 : *Rec. CEDH*, série A, n° 17]. Seuls des liens particulièrement forts avec un État étranger semblent de nature à justifier une détention provisoire longue [v. pour un exemple validant une détention provisoire de deux ans sur le risque de fuite, CEDH, sect. II, 29 oct. 2013, *Bolech c. Suisse*, req. n° 30138/12 ; § 50 et s.].

⁴¹¹⁷ CEDH, ch., 26 juin 1991, *Letellier c. France*, req. n° 12369/86 : *Rec. CEDH*, série A, n° 207 : « *la Cour admet que par leur gravité particulière et par la réaction du public à leur accomplissement, certaines infractions peuvent susciter un trouble social de nature à justifier une détention provisoire, au moins pendant un temps* ». – CEDH, sect. III, 9 juil. 2013, *Hamvas c. Roumanie*, req. n° 6025/05.

⁴¹¹⁸ V. par ex. CEDH, sect. III, 16 mars 2010, *Jiga c. Roumanie*, req. n° 14352/04 ; § 75.

⁴¹¹⁹ V. *supra*, n° 212.

outil efficace à restreindre le champ de la privation de liberté, et les législateurs nationaux conservent une large marge d'appréciation⁴¹²⁰.

984. **Le contrôle concret du bien-fondé : la « pertinence » et la « suffisance » des motifs.** Par l'analyse de la motivation des décisions du juge national du fond de la privation de liberté, la Cour exerce le contrôle du bien-fondé de la mesure, en appréciant la pertinence et la suffisance des motifs⁴¹²¹ avancés pour prolonger la détention provisoire⁴¹²². La démonstration du bien-fondé impose que le juge national se soit fondé sur des éléments concrets et s'oppose à ce que la juridiction invoque des motifs stéréotypés ou abstraits⁴¹²³, ce qui présuppose l'existence de la motivation de la détention provisoire⁴¹²⁴. Souvent, la Cour caractérise l'érosion au fil du temps de ces motifs⁴¹²⁵, sauf à caractériser une circonstance concrète exceptionnelle⁴¹²⁶, si bien que le contrôle de la Cour dépasse la simple qualité de la motivation du juge interne, pour inclure l'opportunité de la prolongation de la détention

⁴¹²⁰ V. *supra*, n° 591.

⁴¹²¹ La Cour ne distingue pas vraiment les deux notions de suffisance et de pertinence.

⁴¹²² *Wemhoff*: *préc.* ; § 12 : « la Cour doit apprécier si les motifs donnés par les autorités nationales pour justifier le maintien en détention sont pertinents et suffisants pour faire admettre que la détention n'a pas dépassé les limites raisonnables ». – *Neumeister* : *préc.* : « c'est essentiellement sur la base des motifs dans les décisions relatives aux demandes de mise en liberté provisoire, ainsi que les faits non controversés indiqués par le requérant dans ses recours, que la Cour est appelée à apprécier s'il y a eu ou non violation de la Convention ».

⁴¹²³ V. par ex. CEDH, sect. II, 13 oct. 2010, *Sagnak c. Turquie*, req. n° 45465/04 ; § 31. Le motif du risque de renouvellement de l'infraction ne peut justifier un maintien en détention provisoire que « si les circonstances de l'affaire, comme les antécédents et la personnalité de l'intéressé, rendent le danger plausible » [CEDH, sect. V, 29 oct. 2009, *Paradysz c. France*, req. n° 17020/05 ; § 70]. De même, la simple facilité à pouvoir franchir la frontière ne suffit pas à caractériser un risque de fuite [*Stögmüller* : *préc.*] Plus récemment, la Grande chambre a rappelé que « la Cour a souvent conclu à la violation de l'article 5 § 3 dans les affaires où les tribunaux internes avaient maintenu le requérant en détention en invoquant essentiellement la gravité des charges et en recourant à des formules stéréotypées sans évoquer des faits précis ou sans envisager d'autres mesures préventives » [CEDH, gde ch., 22 mai 2012, *Idalov c. Russie*, req. n° 5826/03 : RSC, 2012, p. 687, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; § 147].

⁴¹²⁴ La Cour relie aussi ces exigences sur la motivation au pouvoir du citoyen de contrôler l'administration de la justice : CEDH, sect. III, 6 oct. 2010, *Stoican c. Bulgarie*, req. n° 3097/02 ; § 43 : « the Court reiterates that it is only by giving a reasoned decision that there can be public scrutiny of the administration of justice » ; § 43. Le développement de cette notion pourrait permettre de généraliser les exigences de motivation dans le domaine de la privation de liberté et pourrait induire comme corollaire la publicité de l'audience qui n'est pas pour l'instant intégrée dans les garanties du procès de la privation de liberté.

⁴¹²⁵ Dès *Wemhoff*, la Cour considérait que le danger de fuite et la protection des preuves pouvaient justifier une détention provisoire, tout en précisant que « si la gravité de la peine à laquelle l'accusé peut s'attendre en cas de condamnation peut être légitimement retenue comme de nature à l'inciter à fuir, encore que l'effet de cette crainte diminue au fur et à mesure que la détention provisoire se prolonge et que diminue par la suite le solde de la peine que l'accusé peut s'attendre à devoir subir, l'éventualité d'une condamnation sévère ne suffit pas à cet égard » [*Wemhoff* : *préc.*].

⁴¹²⁶ CEDH, sect. I, 8 oct. 2009, *Bordikov c. Russie*, req. n° 921/3, en angl. ; § 91 et s. : une détention provisoire de près de dix-huit mois est justifiée par un risque de fuite, dès lors que le suspect n'a pas répondu pendant trois ans à des convocations, tout en se cachant des autorités. – CEDH, sect. II, 20 sept. 2007, *Muhamet Akyol c. Turquie*, req. n° 23438/02, en angl. : une précédente évasion renforce la pertinence et la suffisance du risque de fuite. – CEDH, sect. V, 20 sept. 2012, *Titarenko c. Ukraine*, req. n° 31720/02, en angl. : la Cour validait une détention provisoire de trois ans et huit mois, fondée sur la gravité de l'infraction et les risques de fuite, concernant un individu s'étant caché à l'étranger sous une fausse identité durant quatre ans,

provisoire⁴¹²⁷. L'effritement de la pertinence et de la suffisance est net pour les infractions d'une gravité relative⁴¹²⁸, mais touche également les infractions graves⁴¹²⁹, révélant un contrôle d'une certaine vigueur. Le raisonnement classique rappelle que le maintien de la proportionnalité au fil du temps, alors que l'effet afflictif de la détention s'accroît, exige des justifications de plus en plus fortes et un contrôle juridictionnel de plus en plus sévère, tandis que des justifications plus basiques suffisent à justifier le placement. Cependant, la Cour ménage une marge d'appréciation aux autorités nationales dans le domaine de la criminalité organisée, *a fortiori* lorsqu'elle est internationale⁴¹³⁰, ou lorsque le suspect présente une dangerosité particulière⁴¹³¹, dans son examen de la durée raisonnable. Finalement, les décisions tolérant des détentions provisoires de plusieurs années apparaissent rares, sauf concernant des affaires complexes et des détenus particulièrement dangereux⁴¹³².

985. Le contrôle de la « diligence particulière » des autorités à conduire la procédure. Même lorsque les motifs de prolongation sont pertinents et suffisants, la durée de la détention provisoire peut être déraisonnable, si les autorités nationales n'ont pas agi avec « une diligence particulière », autre critère posé dès l'arrêt *Wemhoff*⁴¹³³. C'est d'abord le comportement des autorités qui permet d'apprécier ce critère. L'encombrement des juridictions, quel que soit le domaine de délinquance, ne peut justifier l'allongement de la durée de détention provisoire⁴¹³⁴, comme les dysfonctionnements liés à la mauvaise organisation du service⁴¹³⁵, ou encore les lenteurs dans la conduite de l'enquête, même dues « à un éventuel manque d'effectifs ou d'équipements »⁴¹³⁶, ou dans la conduite de

⁴¹²⁷ V. par ex., pour le rejet de la justification de la prolongation de la détention provisoire fondée sur le risque de réitération de l'infraction, la Cour notant que le suspect n'exerçait plus la profession qui lui avait donné les moyens de réaliser l'infraction, CEDH, sect. III, 29 oct. 2013, *Anderco c. Roumanie*, req. n° 3910/04 ; § 45.

⁴¹²⁸ V. par ex. CEDH, sect. IV, 15 sept. 2009, *Jamrozny c. Pologne*, req. n° 6093/04, en angl. ; § 40.

⁴¹²⁹ CEDH, sect. V, 3 oct. 2013, *Vosgien c. France*, req. n° 12430/11.

⁴¹³⁰ V. par ex. CEDH, sect. V, 8 oct. 2010, *Naudo c. France*, req. n° 35469/06 ; § 41. – *Shabani* : préc. ; § 58 et s.

⁴¹³¹ CEDH, sect. V, 25 juin 2009, *Titovi c. Bulgarie*, req. n° 3475/03, en angl.

⁴¹³² V. par ex. CEDH, sect. V, 18 oct. 2012, *Rossi c. France*, req. n° 60468/08 ; *Procédures*, 2012, comm. n° 368, obs. A.-S. CHAVENT-LECLÈRE. La Cour validait une détention provisoire de quatre ans, soit une durée exceptionnelle au regard de la jurisprudence de la Cour, en notant la complexité du dossier instruit contre le détenu, qui concernait onze vols à main armée, et « la dangerosité du requérant [...] attestée par ses condamnations criminelles antérieures pour des faits graves et violents », causes qui légitimaient la pertinence du risque de pressions sur les témoins et ses antécédents – il avait été condamné à sept reprises entre 1980 et 1997, parfois pour des faits similaires –, qui légitimaient la pertinence du risque de fuite, alors que le détenu était exposé au surplus à une lourde condamnation.

⁴¹³³ Ce dernier critère est commun avec l'appréciation de la durée raisonnable de la procédure pénale.

⁴¹³⁴ *Naudo* : préc. ; § 44 et s.

⁴¹³⁵ *Paradysz* : préc. : le dépôt tardif d'un rapport d'expertise ne peut justifier le maintien en détention provisoire.

⁴¹³⁶ CEDH, ch., 26 janv. 1993, *W. c. Suisse*, req. n° 14379/88 : *Rec. CEDH*, série A, n° 254-A ; *RSC*, 1994, p. 362, chron. R. KOERING-JOULIN.

l'instruction⁴¹³⁷. En revanche, seul le retard imputable aux autorités est pris en compte, indépendamment des retards causés par les co-accusés, ou leurs avocats⁴¹³⁸, la Cour pouvant sur ce point faire preuve d'une certaine mansuétude critiquable⁴¹³⁹. La complexité de l'affaire, notamment lorsqu'elle implique la collaboration avec un état étranger⁴¹⁴⁰ ou qu'elle concerne la criminalité organisée⁴¹⁴¹, permet d'apprécier avec souplesse le comportement des autorités. À l'inverse, la simplicité de l'infraction poursuivie réduit la marge de l'État et permet de censurer des délais de détention provisoire relativement courts, y compris pour des infractions très graves⁴¹⁴². L'usage du critère de la « *diligence particulière* », dans l'appréciation de la durée raisonnable, rappelle que le temps de privation de liberté n'est pas un temps inutile, mais soumis à la réalisation de sa *ratio legis*, la latence aboutissant nécessairement à retarder le terme de la privation de liberté au-delà de la durée strictement nécessaire et à caractériser une privation de liberté disproportionnée. Si les éléments plus anciens du contrôle de la détention provisoire montraient déjà un contrôle vigoureux, sauf la définition limitée de la détention provisoire et le refus de porter un contrôle élevé du placement, l'émergence de nouveaux critères a renforcé son intensité.

⁴¹³⁷ Par exemple, quand bien même les motifs des prolongations de la détention provisoire seraient pertinents et suffisants, un comportement déficient des autorités judiciaires en raison du temps de transmission de l'intégralité du dossier aux autorités compétentes à chaque demande de remise en liberté ou à chaque demande de prolongation de détention peut aboutir au constat de violation [CEDH, 12 déc. 1991, *Toth c. Autriche*]. Pour un autre exemple concernant un retard dans le dépôt d'un rapport d'expertise, *Paradysz : préc.* ; § 74.

⁴¹³⁸ Par ex., CEDH, sect. V, 28 janv. 2010, *Simeonov c. Bulgarie*, req. n° 30122/03 ; § 57.

⁴¹³⁹ *W. c. Suisse : préc.* Elle a ainsi validé une détention de quatre ans et trois jours dès lors que « *la longueur de la détention incriminée se révèle imputable, pour l'essentiel, à l'exceptionnelle complexité de l'affaire et au comportement du requérant* » même si « *celui-ci n'avait certes pas l'obligation de coopérer avec les autorités, mais il doit supporter les conséquences que son attitude a pu entraîner dans la marche de l'instruction* ». Cette affaire particulière donnait lieu à des opinions dissidentes véhémentes, les juges notant que la Cour avait à plusieurs reprises réprimé des détentions provisoires d'approximativement deux ans.

⁴¹⁴⁰ Dès *Wemhoff*, la Cour relevait l'exceptionnelle complexité de l'affaire, rappelant que la célérité particulière de l'article 5 § 3 « *doit ne pas nuire aux efforts poursuivis par les magistrats afin de faire pleinement la lumière sur les faits dénoncés, de fournir tant à la défense qu'à l'accusation toutes facilités pour produire leurs preuves et pour présenter leurs explications, et de ne se prononcer qu'après mûre réflexion sur l'existence des infractions et sur la peine* ». Pour un exemple de validation de la durée raisonnable en lien avec la nécessité de recourir à la collaboration avec un État étranger, v. *Pinkowski : préc.* ; § 53.

⁴¹⁴¹ V. par ex. *Naudo : préc.* ; § 41 – *Shabani : préc.* ; § 58 et s.

⁴¹⁴² CEDH, sect. IV, 19 mai 2009, *Kulikowski c. Pologne*, req. n° 18353/03. Il s'agissait d'un meurtre pour lequel le prévenu avait fait deux ans de détention provisoire.

B) L'émergence de nouveaux critères

986. L'examen par les juridictions nationales des « mesures alternatives »⁴¹⁴³ à la détention provisoire. Ce critère, devenu usuel, figure le plus souvent dans la jurisprudence de la Cour comme un élément, cumulé à d'autres, justifiant le constat de violation, lorsque le juge national n'a pas réalisé l'examen des mesures alternatives, lorsqu'il a décidé de la prolongation de la détention provisoire⁴¹⁴⁴. Un arrêt isolé renforce la place de ce nouveau critère⁴¹⁴⁵, puisque l'absence de recherche d'alternative figure comme le critère principal de violation, développé dans une subdivision propre, isolé des autres critères classiques. La Cour force même le juge national à réaliser cette recherche d'office⁴¹⁴⁶, dès lors que la détention provisoire est une « solution ultime, qui se justifie seulement lorsque toutes les autres options disponibles s'avèrent insuffisantes »⁴¹⁴⁷, cette recherche s'inscrivant dans l'établissement de la nécessité de la détention provisoire⁴¹⁴⁸. Derrière les principes, le contrôle européen de l'examen du juge du fond reste d'intensité limitée, et la Cour se contente d'une référence abstraite les écartant⁴¹⁴⁹. De manière plus remarquable, l'examen par le juge national de mesures alternatives à la privation de liberté devient une condition de conventionnalité du bien-fondé du placement en détention⁴¹⁵⁰, sauf pour les infractions

⁴¹⁴³ Dans ses arrêts en anglais, la Cour utilise la notion d'« alternative measures » [v. par ex., CEDH, sect. I, 9 juil. 2009, *Avdeyev et Veryayev c. Russie*, req. n° 2737/04, en angl. ; § 67].

⁴¹⁴⁴ V. par ex. CEDH, sect. IV, 8 nov. 2005, *Khudoyorov c. Russie*, req. n° 6847/02. – CEDH, sect. IV, 15 févr. 2005, *Sulaoja c. Estonie*, req. n° 55939/00, en angl. – CEDH, sect. IV, 21 déc. 2000, *Jablonski c. Pologne*, req. n° 33492/96, en angl. – CEDH, sect. I, 22 déc. 2008, *Alexanian c. Russie*, req. n° 46468/06, en angl. : *AJDA*, 2009, p. 872, chron. J.-F. FLAUSS. – CEDH, sect. II, 20 janv. 2009, *Guvéc c. Turquie*, req. n° 70337/01, en angl. : *Rec. CEDH*, 2009 – *Avdeyev et Veryayev : préc.* ; § 69. – CEDH, sect. I, 23 avr. 2009, *Popov et Vorobyev c. Russie*, req. n° 1606/02, en angl. ; § 85. – CEDH, sect. I, 28 mai 2009, *Kokoshkina c. Russie*, req. n° 2052/08, en angl. ; § 81. – CEDH, sect. IV, 9 juin 2009, *Jan Pawlak c. Pologne*, req. n° 8661/06, en angl. ; § 44 et 45. – *Kulikowski : préc.* ; § 48.

⁴¹⁴⁵ CEDH, sect. I, 8 nov. 2007, *Lelièvre c. Belgique*, req. n° 11287/03. En l'espèce, la durée de la détention provisoire était exceptionnellement longue, de 7 ans et dix mois, si bien que cet examen devenait sans doute de plus en plus primordial avec le temps.

⁴¹⁴⁶ *Ibid.*

⁴¹⁴⁷ *Shabani : préc.* ; § 62.

⁴¹⁴⁸ CEDH, sect. V, 3 juil. 2012, *Lutsenko c. Ukraine*, req. n° 6492/11, en angl. ; § 89 et s. : « the Court has further observed that in its decision ordering the applicant's detention the first-instance court did not examine the necessity of the applicant's deprivation of liberty in a satisfactory manner »].

⁴¹⁴⁹ *Shabani : préc.* ; § 62 et 63. En l'espèce, le juge national avait rejeté une libération sous caution du fait de la possibilité du suspect d'obtenir des fonds à l'origine frauduleuse, concernant une affaire de criminalité organisée.

⁴¹⁵⁰ CEDH, sect. IV, 18 mars 2008, *Ladent c. Pologne*, req. n° 11036/03 ; § 56. La Cour censurait le placement en détention provisoire, selon ses termes, « disproportionné », dès lors que le juge national n'avait pas examiné l'opportunité d'adopter des mesures alternatives, alors que l'infraction était minime, et que la peine privative de

graves⁴¹⁵¹, tandis que la Cour opère un contrôle plus sérieux de l'examen du juge du fond pour les infractions légères⁴¹⁵². La Cour ne semble en tout cas pas exercer le contrôle du bien-fondé des mesures alternatives pour l'instant⁴¹⁵³, se contentant de vérifier l'existence de l'examen par le juge national, de même qu'elle n'a pas non plus défini les éléments qui doivent guider les juridictions nationales, sinon que ses exigences fluctuent selon la gravité de l'infraction poursuivie. Le contrôle limité du placement en cas d'infractions graves⁴¹⁵⁴, y compris de l'examen des alternatives, et l'admission du trouble à l'ordre public comme un motif légitime de détention provisoire⁴¹⁵⁵ rappellent que le placement en détention provisoire reste dominé par la gravité de la mise en péril de l'ordre public. D'ailleurs, si l'exigence pour le juge interne de procéder à l'examen des mesures alternatives à la détention provisoire figure bien désormais dans l'énoncé des principes généraux de la Cour pour apprécier la durée raisonnable, le même principe appliqué à la décision de placement n'y figure pas⁴¹⁵⁶.

987. En tout cas, le développement du contrôle européen de la recherche des mesures alternatives à la détention provisoire pourrait rejallir sur le contrôle de la libération sous caution, alternative à la détention provisoire spécialement prévue par le texte de la Convention et qui figure, en conséquence, dans le standard minimum européen. La Cour en a déduit logiquement que les demandes de libération sous caution ne peuvent être rejetées automatiquement, même pour des infractions graves⁴¹⁵⁷, sauf à ce que le droit interne, sans reconnaître la possibilité d'obtenir la libération sous caution, reconnaisse la possibilité d'obtenir la libération pure et simple⁴¹⁵⁸. La Cour ne contrôle pas pour l'instant l'opportunité

liberté n'était pas encourue. Le défaut de bien-fondé de la détention provisoire était en l'espèce manifeste, cependant.

⁴¹⁵¹ CEDH, sect. II, 26 avr. 2011, *Tinner c. Suisse*, req. n^{os} 59301/08 et 8439/09 ; en l'espèce, les requérants avaient été placés en détention provisoire durant trois ans alors qu'ils étaient soupçonnés de trafic d'armes avec la Lybie.

⁴¹⁵² V. concernant des ventes de drogues « douces » en petites quantités, CEDH, sect. I, 29 oct. 2009, *Shuvaev c. Grèce*, req. n^o 8249/07 ; § 55. V. pour la même infraction CEDH, sect. I, 2 juil. 2009, *Vafiadis c. Grèce*, req. n^o 24981/07 ; § 50 et s.

⁴¹⁵³ La Cour pourrait s'approprier ce contrôle, tandis que dans une affaire, pour une détention de deux ans reposant sur le risque de fuite, elle a elle-même estimé que la surveillance électronique mobile n'était pas suffisante pour empêcher le suspect de fuir [*Bolech* : préc. ; § 66 et s.], ou que dans une autre, la Cour s'est appuyée sur l'obtention ultérieure par le suspect de la libération, au bout de six mois de privation de liberté, pour des motifs déjà existants au moment du placement, pour estimer que le placement était injustifié [*Nerratini* : préc.].

⁴¹⁵⁴ *Shabani* : préc. ; § 59. – *Pinkowski* : préc. ; § 48.

⁴¹⁵⁵ *Letellier* : préc.

⁴¹⁵⁶ *Bolech* : préc. ; § 63 et s.

⁴¹⁵⁷ CEDH, sect. III, 26 juin 2012, *Piruzyan c. Arménie*, req. n^o 33376/07, en angl. ; § 103 et s. – CEDH, sect. IV, 10 juin 2008, *Boicenco c. Moldavie*, req. n^o 41088/05, en angl. – CEDH, sect. III, 19 juin 2001, *S. B. C. c. Royaume-Uni*, req. n^o 39360/98, en angl.

⁴¹⁵⁸ V. par ex. CEDH, sect. V, 26 mars 2009, *Krejcir c. République Tchèque*, req. n^{os} 39298/04 et 8723/05 ; § 100 et s. La Cour admettait que la législation interdise le recours à la libération sous caution, pendant les neuf

du refus de la libération sous caution, mais effectue uniquement le contrôle de la proportionnalité de son montant, notamment lorsque celui-ci, trop élevé, empêche le prévenu de réunir la somme et entraîne son maintien en détention, contrôle au surplus plutôt limité pour s'orienter aussi vers l'édification de la gravité de l'infraction comme le critère principal⁴¹⁵⁹. Il est vrai que la Convention évoque « *un droit* » à être libéré, alors que pour la libération sous caution, le texte emploie le verbe, plus souple, de « *pouvoir* ».

988. **La minorité du prévenu.** La minorité implique pour la Cour européenne des droits de l'Homme un contrôle particulièrement élevé de la durée raisonnable de la détention provisoire, justifiant même la censure d'une détention provisoire de quarante-huit jours seulement⁴¹⁶⁰. Et puisqu'en l'espèce le suspect était âgé de dix-sept ans, un tel contrôle pourrait être plus élevé encore pour un mineur plus jeune. Au surplus, l'infraction reprochée était grave⁴¹⁶¹, sans que cette circonstance n'entre dans le raisonnement de la Cour. La Cour dégageait même dans cet arrêt des principes généraux applicables à la détention provisoire du mineur, y compris à la décision de placement : celle-ci doit être employée en dernier recours, elle doit être la plus courte possible, elle doit être strictement nécessaire et doit être exécutée

premiers mois de détention, dès lors que l'autorité juridictionnelle bénéficiait durant cette période du pouvoir de libérer sans condition.

⁴¹⁵⁹ Dès l'arrêt *Neumeister*, la Cour s'appropriait le contrôle de la proportionnalité du montant de la caution, celle-ci devant être fixé « *par rapport à l'intéressé, à ses ressources, à ses liens avec les personnes appelées à servir de cautions et pour tout dire à la confiance qu'on peut avoir que la perspective de perte du cautionnement ou de l'exécution des cautions en cas de non-comparution à l'audience agira sur lui comme un frein suffisant pour écarter toute velléité de fuite* » [*Neumeister* : préc. ; § 14]. La Cour autorise toutefois que l'exceptionnelle gravité devienne l'élément principal de fixation du montant de la caution afin d'assurer la présentation de l'individu devant les juridictions, montrant un contrôle limité [CEDH, sect. IV, 8 janv. 2009, *Mangouras c. Espagne*, req. n° 12050/04 ; RSC, 2009, p. 180, obs. J.-P. MARGUÉNAUD]. La caution contrôlée concernait le capitaine du pétrolier le *Prestige* qui subit une avarie au large de la Galice provoquant une importante marée noire. Le capitaine du navire, placé en détention provisoire, a été libéré après le paiement, par son assureur, d'une caution d'un montant de 3 millions d'euros, montant exceptionnellement élevé. La Cour a validé un tel montant « *compte tenu de l'intérêt juridique protégé, de la gravité du délit en cause et des conséquences catastrophiques aussi bien du point de vue environnemental qu'économique* ». La Grande chambre a approuvé un tel raisonnement, indiquant ne pouvoir « *ignorer la préoccupation croissante et légitime qui existe tant au niveau européen qu'international à l'égard des délits contre l'environnement* » [CEDH, gde ch., 28 sept. 2010, *Mangouras c. Espagne*, req. n° 12050/04 ; AJDA, 2011, p. 889, chron. L. BURGORGUE-LARSEN]. Si l'espèce restait exceptionnelle, le critère principal de droit commun de la fixation de la caution, la situation de l'intéressé, n'y était pas seulement atténuée par la gravité exceptionnelle de l'infraction mais disparaissait, la Cour se contentant d'une analyse très abstraite, notamment du risque de fuite, malgré ses décisions précédentes. C'est le sens de l'opinion dissidente commune qui reproche aux autorités nationales de n'avoir apprécié « *ni ses ressources, ni le fait qu'il avait 67 ans et qu'il était de bonne moralité, ni la circonstance qu'il était citoyen d'un autre État membre de l'Union européenne, ni sa situation familiale, tous éléments qui étaient pertinents pour l'appréciation du risque de fuite* ».

⁴¹⁶⁰ CEDH, sect. II, 6 juin 2008, *Nart c. Turquie*, req. n° 20817/04, en angl. Si la Cour opère un contrôle de la persistance des motifs invoqués pour justifier le maintien, comme elle le ferait pour un adulte, c'est de son propre aveu la minorité de l'accusé qui lui permet de constater la violation [§ 34].

⁴¹⁶¹ Un vol à main armée.

dans un lieu de détention permettant la séparation des mineurs des adultes⁴¹⁶². Le contrôle de la détention provisoire du mineur est d'autant plus remarquable qu'il étend l'article 5 § 3 aux conditions d'exécution de celles-ci, montrant que l'appréciation du bien-fondé doit aussi intégrer ce pan, au moins celui de l'adéquation matérielle⁴¹⁶³. La Cour européenne des droits de l'Homme rejette en tout cas fermement que les conditions matérielles indignes doivent incorporer le contrôle de la durée raisonnable⁴¹⁶⁴. La minorité justifie en tout cas un examen plus poussé de la détention provisoire dès le placement. La Cour européenne des droits de l'Homme impose également aux juridictions internes de réaliser un contrôle de proportionnalité de la durée raisonnable, c'est-à-dire le contrôle le plus étendu : l'âge est un critère important pour apprécier l'équilibre entre les éléments militants pour la détention et ceux militants pour la liberté⁴¹⁶⁵. La Cour a même censuré la détention provisoire d'un mineur d'une durée de quatre ans et demi, au terme d'un raisonnement *in abstracto*⁴¹⁶⁶, et elle censure fréquemment des détentions de courtes durées⁴¹⁶⁷. Dans ces conditions, la détention provisoire du mineur dépassant plusieurs mois doit sans doute reposer sur des fondements exceptionnels pour être validée.

989. **L'état de santé du prévenu.** De manière similaire, la Cour européenne a posé le principe d'un contrôle d'intensité plus poussée de la détention provisoire, concernant le prévenu mourant⁴¹⁶⁸, dans son arrêt *Alexanian*⁴¹⁶⁹, en tenant compte de son état de santé,

⁴¹⁶² *Nart* : préc. ; § 31. La Cour reprochait aux autorités de n'avoir jamais pris en compte l'âge du requérant, y compris au stade de la décision de placement en détention provisoire.

⁴¹⁶³ *V. supra*, n° 499.

⁴¹⁶⁴ *V. par ex.* pour des arrêts où la Cour était saisie des deux questions, *Kokoshkina* : préc., ou encore *Popov et Vorobyev* : préc. De même, la Cour ne relie pas la violation de l'article 8 en raison de l'ingérence de l'État dans la vie privée et familiale du détenu à la durée raisonnable de la détention provisoire [*Jan Pawlak* : préc.].

⁴¹⁶⁵ CEDH, sect. V, 12 janv. 2012, *Korneykova c. Ukraine*, req. n° 39884/05, en angl. ; § 43 et s. : la Cour y affirme : « *for the Court, detention pursuant to Article 5 § 1^{er}-c) must embody a proportionality requirement, which requires a reasoned decision balancing relevant arguments for and against release* » et « *further, a very important factor in the balancing exercise is a defendant's age* ».

⁴¹⁶⁶ *Guvec* : préc. ; § 191 et s. En l'espèce, le jeune mineur était âgé de quinze ans au moment de son incarcération, et la Cour raisonnait par référence aux affaires précédentes, dans lesquelles elle avait sanctionné des détentions provisoires de quelques mois pour caractériser la durée déraisonnable, dans une démarche abstraite, la Cour notant uniquement l'absence de recherche d'alternative à la détention.

⁴¹⁶⁷ CEDH, sect. IV, 10 janv. 2006, *Selçuk c. Turquie*, n° 21768/02, en angl. ; § 35 : censure détention provisoire de 4 mois pour un mineur de moins de seize ans. – CEDH, sect. II, 22 mai 2012, *Turgut Ozkan c. Turquie*, req. n° 23601/10 : censure d'une détention provisoire d'un an pour un mineur de 16 ans. – CEDH, sect. II, 3 juil. 2012, *Mahmut Oz c. Turquie*, req. n° 6840/08 : censure d'une détention provisoire de six mois pour un mineur de dix-sept ans.

⁴¹⁶⁸ La Cour avait jusque-là exclu la prise en compte de l'état de santé du détenu, sur le fondement de l'article 5 § 3, malgré plusieurs occasions, préférant employer l'article 3 de la Convention. *Matznetter* : préc. – CEDH, 16 juil. 1971, *Ringeisen c. Autriche*, req. n° 2614/65 : *Rec. CEDH*, série A, n° 13. – CEDH, sect. II, 28 nov. 2002, *Lavents c. Lettonie*, req. n° 58442/00.

dans l'appréciation de la pertinence des motifs de la prolongation⁴¹⁷⁰. La Cour a estimé dans le même arrêt que l'engagement du pronostic vital du suspect rendait probable sa mort avant même le début du procès, si bien que la poursuite de la détention provisoire, jusqu'à cette échéance, rendait cette privation de liberté en quelque sorte définitive et n'était plus conforme à son but⁴¹⁷¹. En dehors du cas du détenu mourant, la Cour a rappelé dans plusieurs décisions que les juridictions nationales devaient tenir compte de l'état de santé du prévenu, pour prolonger la détention provisoire⁴¹⁷². L'infiltration de la prise en compte de l'état de santé dans la détention provisoire est désormais totale, puisque, sur le fondement de l'article 3, la Cour impose que l'État se dote d'« *un cadre légal [...] permettant [au prévenu malade], si nécessaire, d'obtenir le sursis de sa détention provisoire* »⁴¹⁷³. La prise en compte de l'état de santé au stade de la prolongation de la détention provisoire, sur le fondement de l'article 5 § 3, valide la prise en compte du vice d'exécution, de nature à compromettre le sens de la privation de liberté, dans l'appréciation du bien-fondé de la privation de liberté, au moins dans le recours à bref délai.

990. L'effet du contrôle en hausse : la réduction de la durée raisonnable et l'apparition de limites maximales abstraites. Si la Cour développe son contrôle abstrait de la législation interne assurant la délimitation de la détention provisoire⁴¹⁷⁴, l'appréciation de la durée raisonnable par la Cour européenne des droits de l'Homme s'opère toujours selon un raisonnement *in concreto*, sans que la Cour n'érige clairement de limites maximales⁴¹⁷⁵, même si elle conclut toujours à la violation pour les durées les plus longues⁴¹⁷⁶. En revanche,

⁴¹⁶⁹ *Alexanian* : préc. Le suspect, impliqué dans plusieurs escroqueries, atteint du sida, souffrait de plusieurs maladies opportunistes, dont certaines incurables, entraînant l'engagement de son diagnostic vital. La Cour a tenu un raisonnement similaire pour la décision de placement [*Nerratini* : préc.].

⁴¹⁷⁰ Ainsi, le motif des risques de fuite étaient limités par le traitement lourd subi par le suspect [*Alexanian* : préc. ; § 190 et s.].

⁴¹⁷¹ La Cour utilise l'expression « *indefinitely* » et affirme : « *the applicant's detention has lost any meaningful purpose* » [§ 195].

⁴¹⁷² CEDH, sect. III, 12 mai 2009, *Tanase c. Roumanie*, req. n° 5269/02 ; § 95. – CEDH, sect. V, 28 mai 2009, *Isayev c. Ukraine*, req. n° 28827/02, en angl. ; § 75. – *Vafiadis* : préc. ; § 55. – CEDH, sect. IV, 2 mars 2010, *Hajol c. Pologne*, req. n° 1127/06 ; § 86.

⁴¹⁷³ *Tanase* : préc. ; § 69.

⁴¹⁷⁴ CEDH, sect. IV, 3 févr. 2009, *Kauczor c. Pologne*, req. n° 45219/06, en angl. La Cour, constatant le nombre important des saisines de la Cour et des constats de violations contre la Pologne concernant la durée de la détention provisoire, demande à l'État, malgré des améliorations récentes, de poursuivre son effort normatif pour résoudre cette difficulté.

⁴¹⁷⁵ V. pour comparaison avec la durée de la garde à vue et la construction d'une durée maximale abstraite de quatre jours, *supra*, n° 751 et s.

⁴¹⁷⁶ Pour des détentions de onze ans, v. CEDH, sect. II, 16 juil. 2009, *Mucek c. Turquie*, req. n° 7605/05, en angl. ; § 7 et s. et CEDH, sect. II, 15 sept. 2009, *Etem Karagoz c. Turquie*, req. n° 32008/05, en angl. ; § 17 et s. Pour une détention de treize ans et cinq mois, v. CEDH, sect. II, 16 juin 2009, *Ayul c. Turquie*, req. n° 43550/04 ; § 11 et s. Pour une détention de neuf ans, v. CEDH, sect. II, 22 sept. 2009, *Uyanik et Kabadayi c. Turquie*, n° 7945/05, en angl. ; § 15. Pour une détention de 8 ans et 1 mois, v. CEDH,

l'introduction des nouveaux critères de l'appréciation de la durée raisonnable se traduit par la sanction fréquente de détentions provisoires ayant duré près d'une année et moins⁴¹⁷⁷, et cette durée, par convergence, tend à devenir une limite maximale abstraite simple de la détention provisoire pour une affaire simple. La Cour précise désormais, même pour des infractions graves, qu'une détention provisoire supérieure à quatre ans « *apparaît prima facie déraisonnable et doit être accompagnée de justifications particulièrement fortes* »⁴¹⁷⁸, la Cour ayant admis déjà le dépassement de cette durée⁴¹⁷⁹. La jurisprudence européenne se rejoint en tout cas dans la fixation de plusieurs seuils, la détention provisoire du mineur ne pouvant dépasser quelques mois en principe, celle du majeur pour une infraction simple une année, et celle du majeur pour une affaire complexe quatre ans, et la jurisprudence, au moins pour la durée raisonnable, tend à imposer au juge du fond d'opérer un véritable contrôle de proportionnalité, pour se détacher de la gravité de l'infraction.

sect. II, 15 sept. 2009, *Arzu c. Turquie*, req. n° 1915/03, en angl. ; § 41 et 42. Tout juste soulève-t-elle parfois des problèmes généraux concernant la durée des détentions provisoires dans certains États, leur rappelant l'obligation de prendre des mesures de nature à remédier à ces situations. V. par ex. CEDH, sect. II, 7 juil. 2009, *Cahit Demirel c. Turquie*, req. n° 18623/03, en angl. ; § 44 et s.

⁴¹⁷⁷ Pour la sanction d'une détention de treize mois et dix-sept jours, v. *Popov et Vorobyev : préc.* ; § 73 et s. Pour la sanction d'une détention d'un an et quinze jours, v. CEDH, sect. V, 25 juin 2009, *Titovi c. Bulgarie*, req. n° 3475/03, en angl. ; § 24 et s. Pour la sanction d'une détention de huit mois et huit jours, v. *Avdeyev et Veryayev : préc.* ; § 63 et s. Pour la sanction d'une détention de 118 jours, v. CEDH, sect. IV, 15 oct. 2013, *Gutsanovi c. Bulgarie*, req. n° 34529/10 ; *D.*, actu., 30 oct. 2013, obs. O. BACHELET ; § 165.

⁴¹⁷⁸ Pour la sanction d'une détention provisoire de quatre ans et huit mois, v. CEDH, sect. V, 26 janv. 2012, *Soria Valderrama c. France*, req. n° 29101/09 : *AJP*, 2012, p. 231, obs. S. LAVRIC. Pour la sanction d'une détention provisoire de quatre ans et neuf mois, v. CEDH, sect. V, 26 janv. 2012, *Esparza Luri c. France*, req. n° 29119/09. Pour la sanction de détentions provisoires de cinq ans et dix mois, v. CEDH, sect. V, 26 janv. 2012, *Guimon Esparza c. France*, req. n° 29116/09 et CEDH, sect. V, 26 janv. 2012, *Berasategi c. France*, req. n° 29095/09. Pour la sanction d'une détention provisoire de cinq ans et quatre mois, v. CEDH, sect. V, 26 janv. 2012, *Sagarzazu c. France*, req. n° 29109/09. La simple justification de la gravité de l'infraction ne suffit en tout cas plus [v. pour la sanction d'une détention provisoire de cinq ans, CEDH, sect. II, 29 oct. 2013, *Oner Aktas c. Turquie*, req. n° 59860/10].

⁴¹⁷⁹ V. par ex., pour une affaire de terrorisme international, qui avait nécessité un nombre très important d'audiences, CEDH, sect. V, 26 juil. 2006, *Chraidi c. Allemagne*, req. n° 65655/01.

991. **Le modèle européen : la synthèse des éléments du plein contrôle du bien-fondé de la privation de liberté par le juge du fond.** La jurisprudence européenne, soit qu'elle opère directement un contrôle – la suffisance et la pertinence des motifs –, soit qu'elle oblige le juge national à faire un examen dont elle vérifie l'existence – l'examen des mesures alternatives –, dresse un modèle du contrôle du bien-fondé de la privation de liberté, qui appartient au juge du fond de la privation de liberté, saisi pour libérer ou rendre le titre de privation de liberté. Au stade du placement, le juge doit vérifier d'abord l'insuffisance des mesures alternatives, ce qui constitue le cœur du contrôle et inclut dès ce stade la prise en compte d'éléments de personnalité. La Cour européenne des droits de l'Homme a rappelé aussi que le placement en privation de liberté suppose l'existence d'un lien de proportionnalité entre la gravité de l'atteinte à la liberté individuelle causée et la gravité de la mise en péril de l'ordre public, dès lors que la fenêtre abstraite de privation de liberté ouverte par le législateur ne suffit jamais à réaliser seule cette médiation. Ce contrôle reste commandé par la gravité de la mise en péril de l'ordre public, et caractérise, par la confrontation moins poussée des éléments militant pour la privation de liberté et ceux militant contre, le contrôle de nécessité de la privation de liberté. Seuls des cas exceptionnels liés à la santé du détenu, ou à sa minorité, justifient un contrôle plus étendu du placement.

992. Au stade de la prolongation, l'appréciation du bien-fondé du maintien en privation de liberté est plus exigeante. Le juge doit d'abord plus sévèrement apprécier les éléments de nécessité, la pertinence et la suffisance des motifs initiaux s'effritant : les éléments de personnalité militant contre la privation de liberté deviennent plus impérieux⁴¹⁸⁰. Surtout, le maintien d'un lien de proportionnalité entre la gravité de l'atteinte à la liberté individuelle causée et la gravité de la mise en péril de l'ordre public doit désormais tenir compte des conditions d'exécution, soit qu'elles fassent tomber le sens de la privation de liberté, soit qu'elles aboutissent à générer une affliction trop élevée. Le contrôle juridictionnel peut alors être qualifié de contrôle de proportionnalité, au regard de sa large étendue.

⁴¹⁸⁰ Les éléments de personnalité doivent alors être plus nettement pris en compte : ainsi la Cour sanctionne le juge national qui a choisi « *de s'appuyer principalement sur la gravité des faits commis sans examiner le cas particulier du requérant* » [CEDH, sect. III, 9 juil. 2013, *Hamvas c. Roumanie*, req. n° 6025/05 ; § 45].

993. **Le modèle européen : la synthèse des éléments du contrôle du juge du droit de la privation de liberté sur la motivation du juge du fond.** Au regard de la jurisprudence européenne, c'est bien un contrôle précis de la motivation du juge du fond, qui permet un contrôle riche en droit du bien-fondé de la détention. Il revient d'abord au juge du droit de vérifier que la motivation du juge du fond sur le bien-fondé de la privation de liberté est suffisante : la motivation de qualité s'oppose à ce que le juge du fond puisse simplement énumérer abstraitement les éléments légaux et oblige à vérifier que le juge a bien apporté des éléments de fait, des éléments concrets, sans non plus que ceux-ci ne soient stéréotypés. Il revient également au juge du droit de vérifier la pertinence de la motivation du juge du fond, non pas qu'il s'approprie lui-même le contrôle du fond du bien-fondé, mais qu'il définisse les éléments utiles par nature. Enfin le juge du droit de la privation de liberté doit guider le juge dans l'intensité de son contrôle. Il revient au juge de droit de contrôler, au-delà de la simple existence de la motivation, sa qualité ou sa suffisance, sa pertinence et son intensité. Ce modèle européen subit des difficultés d'intégration par le juge national dans le domaine de la détention provisoire.

§ 2./ LA DIFFICILE INTÉGRATION PAR LE JUGE NATIONAL DU MODÈLE EUROPÉEN DU CONTRÔLE DU BIEN-FONDÉ DE LA DÉTENTION PROVISOIRE

994. **La transposition législative du modèle européen.** La volonté de restreindre le recours à la détention provisoire, d'autant plus indispensable en cas de problème structurel de surpopulation, a guidé en droit français de nombreuses réformes : la liste des motifs légaux autorisant la détention provisoire a été restreinte⁴¹⁸¹, sa durée a été limitée, notamment par l'intégration de la durée raisonnable⁴¹⁸², et les mesures alternatives ont été développées⁴¹⁸³ : pratiquement toutes les grandes lois de procédure pénale ont participé au mouvement⁴¹⁸⁴, sans que le droit français n'échappe encore totalement aux critiques⁴¹⁸⁵.

⁴¹⁸¹ La loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale [*J. O.*, 6 mars 2007, p. 4206 ; *AJP*, 2007, p. 105, comm. CH. GUÉRY (spéc. sur l'instruction) ; *ibid.*, p. 117, comm. PH. VOULAND ; *ibid.*, p. 113, note M. NORD-WAGNER (spéc. sur la détention provisoire) ; *ibid.*, p. 357, comm. M. HERZOG-EVANS (spéc. sur la lutte contre la récidive) ; *ibid.*, p. 363, comm. PH. BONFILS (spéc. sur le droit des mineurs) ; *ibid.*, p. 351, comm. D. BLANC (spéc. sur les peines minimales) ; *ibid.*, p. 367, comm. J.-L. SENON et C. MANZANERA (spéc. sur l'obligation de soins) ; *RSC*, 2007, p. 573, chron. B. BOULOC ; *JCP*, 2007, I, n° 138, comm. J. PRADEL ; *Procédures*, 2007, ét. n° 4, comm. n°s 118, 149 et 170, comm. J. BUISSON ; *Dr. pénal*, 2007, étu. n° 6, comm. H. MATSOPOULOU] a précisé la nature du trouble à l'ordre public justifiant le recours à la détention provisoire et a supprimé ce motif en matière correctionnelle. Au-delà, la loi a rappelé que la détention provisoire doit être « au regard des éléments précis et circonstanciés résultant de la procédure [...] l'unique moyen de parvenir à l'un ou plusieurs des objectifs » dans l'article 144 de procédure pénale.

⁴¹⁸² L'article 144-1 du Code de procédure pénale, introduisant directement dans la loi la notion de durée raisonnable de la détention provisoire (« la détention provisoire ne peut excéder une durée raisonnable »), a été créé par la loi n° 96-1235 du 30 décembre 1996 relative à la détention provisoire et aux perquisitions de nuit en matière de terrorisme [*J. O.*, 1^{er} janv. 1997, p. 9]. Sans doute peut-on regretter que la loi ait limité l'appréciation de cette durée raisonnable « au regard de la gravité des faits reprochés à la personne mise en examen et de la complexité des investigations nécessaires à la manifestation de la vérité », sans reprendre l'ensemble des éléments par la jurisprudence européenne, et sans inclure les éléments de la personnalité militant contre la privation de liberté.

⁴¹⁸³ Ainsi, la loi pénitentiaire a développé l'assignation à résidence sous surveillance électronique à côté de la détention provisoire [v. les art. 142-5 et s. du Code de procédure pénale tels que créés par la loi n° 2009-1436 du 24 nov. 2009 pénitentiaire : *J. O.*, 25 nov. 2009, p. 20192 ; *D.*, 2010, p. 31, comm. M. HERZOG-EVANS ; *RSC*, 2010, p. 190, comm. P. PONCELA ; *RFDA*, 2010, p. 15, comm. F. FÉVRIER ; *AJDA*, 2010, p. 494, comm. C.-M. SIMONI ; *Procédures*, comm. n° 21, note J. BUISSON ; *Dr. pén.*, 2010, ét. n° 2, obs. J.-P. CÉRÉ ; *JCP*, 2009, I, n° 552, comm. J.-P. CÉRÉ ; *RSC*, 2010, p. 444, obs. E. GALLARDO ; *AJP*, 2009, p. 473, obs. É. PÉCHILLON ; *AJP*, 2009, p. 483, comm. M. HERZOG-EVANS (spéc. sur l'aménagement des peines) ; *AJF*, 2009, p. 484, obs. M. HERZOG-EVANS (spéc. sur le maintien des liens familiaux)]. V. sur le dispositif R. MÉSA, « Lacunes et incohérences du régime de l'assignation à résidence avec surveillance électronique des articles 142-5 et suivants du Code de procédure pénale » ; *Gaz. Pal.*, 16 avr. 2013, p. 12.

⁴¹⁸⁴ Pour une liste non exhaustive des lois ayant modifié significativement la détention provisoire, v. la loi n° 84-576 du 9 juil. 1984 tendant à renforcer le droit des personnes en matière de placement en détention provisoire et d'exécution d'un mandat de justice, la loi n° 87-1062 du 30 déc. 1987 relative aux garanties individuelles en matière de placement en détention provisoire ou sous contrôle judiciaire et portant modification du Code de procédure pénale, la loi n° 93-2 du 4 janv. 1993 portant réforme de la procédure pénale, la loi n° 93-1013 du 24 août 1993 modifiant la loi n° 93-2 du 4 janv. 1993 portant réforme de la procédure pénale, la loi n° 96-1235 du 30 déc. 1996 relative à la détention provisoire et aux perquisitions de nuit en matière de terrorisme, la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits

Un tel enchevêtrement a permis de créer des recours adaptés pour contester le bien-fondé de la détention provisoire⁴¹⁸⁶. Le législateur a même retranscrit la hausse du contrôle judiciaire du bien-fondé de la détention provisoire au fil du temps, notamment en exigeant une « *surmotivation* » de son opportunité, lorsque celle-ci se prolonge au-delà de ce qui apparaît normal⁴¹⁸⁷. Dès lors, c'est le contrôle en droit du bien-fondé qui apparaît déficient, puisque le juge du fond bénéficie d'un pouvoir d'appréciation d'une étendue satisfaisante octroyé par la législation. Le juge du fond bénéficie d'un pouvoir discrétionnaire pour apprécier le bien-fondé de la détention provisoire (A). C'est uniquement pour les détentions provisoires anormalement longues que le contrôle du juge du droit de la privation de liberté s'accroît (B).

A) La consécration d'un pouvoir discrétionnaire au juge du fond

995. Le contrôle discrétionnaire du juge du fond de l'appréciation de la nécessité de la détention provisoire. Si la loi impose la motivation de l'insuffisance des mesures moins attentatoires à la liberté individuelle que la détention provisoire dans la décision⁴¹⁸⁸, malgré des arrêts annonciateurs d'un contrôle approfondi de la motivation⁴¹⁸⁹, la

des victimes, la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale et la loi n° 2009-1436 du 24 nov. 2009 pénitentiaire.

⁴¹⁸⁵ V. par ex. pour l'analyse d'un juge des libertés et de la détention, L. BEN KEMOUN, « Modestes propositions pour limiter la détention provisoire, cette autre addiction française » ; *D.*, 2013, p. 1079.

⁴¹⁸⁶ Art. 143-1 et s. CPP. La décision de placement est directement prise par le juge judiciaire, et même un juge indépendant de toute autre fonction pénale, tandis qu'un recours à bref délai est périodiquement organisé pour assurer le contrôle de la proportionnalité de la détention, l'ensemble de ces décisions donnant lieu à un véritable procès de la privation de liberté.

⁴¹⁸⁷ Au-delà d'un certain délai au cours de l'instruction, la poursuite de la détention provisoire implique pour le juge de préciser « *les indications particulières qui justifient en l'espèce la poursuite de l'information et le délai prévisible d'achèvement de la procédure* » [art. 145-3 CPP]. La jurisprudence défend au surplus un champ d'application large à cette obligation, ne la cantonnant pas à la phase de l'instruction initiale, mais l'applique aussi en cas de supplément d'information, ordonné par la Chambre de l'instruction, à la suite de sa saisine pour contester l'ordonnance de mise en accusation [Cass. crim., 25 oct. 2005, n° 05-84.961 : *Bull. crim.*, n° 264 ; *D.*, 2005, p. 2969, obs. C. GIRAULT ; *Gaz. Pal.*, 2006, 6 mai 2006, p. 18, obs. Y. MONNET]. Dans la même logique, une fois l'instruction terminée, la loi prévoit également, pour le prévenu faisant l'objet d'une ordonnance de mise en accusation ou pour le prévenu renvoyé devant le tribunal correctionnel et maintenu en détention provisoire, un nouveau délai maximum, dont le dépassement est également soumis à une « *surmotivation* », le juge devant alors préciser « *les raisons de fait ou de droit faisant obstacle au jugement de l'affaire* » [art. 179 et 181 CPP].

⁴¹⁸⁸ Art. 144 CPP : la détention provisoire n'est permise que lorsque ses objectifs « *ne sauraient être atteints en cas de placement sous contrôle judiciaire ou d'assignation à résidence avec surveillance électronique* ».

⁴¹⁸⁹ Cass. crim., 7 août 1990, n° 90-83.294 : *Bull. crim.*, n° 296 ; *D.*, 1991, p. 210, obs. J. PRADEL. Alors que les juges du fond avait justifié la détention provisoire par les faits qui avaient « *gravement et durablement troublé l'ordre public, fondé sur le respect de l'intégrité physique* », la Cour de cassation sanctionnait cette motivation du fait du défaut de précision, le juge n'ayant pas indiqué « *si, d'après les éléments de l'espèce, la détention était nécessaire pour préserver l'ordre public du trouble actuellement causé par l'infraction, la chambre d'accusation n'a pas donné une base légale à sa décision* ».

jurisprudence se contente en réalité de simples mentions abstraites ou stéréotypées de l'insuffisance des mesures moins attentatoires à la liberté⁴¹⁹⁰, seule l'absence de toute motivation permettant la cassation⁴¹⁹¹. La motivation servant à caractériser l'existence des motifs de l'article 144, qui pose les conditions de fond de la régularité du placement en détention provisoire, font l'objet du même contrôle léger⁴¹⁹². Le juge du droit de la privation de liberté n'opère qu'un contrôle de l'existence de la motivation des éléments exigés par la loi.

996. Le pouvoir discrétionnaire du juge du fond de l'appréciation de la durée raisonnable. Quant à l'appréciation de la durée raisonnable, notion incluse désormais dans la loi, celle-ci n'oblige pas le juge à motiver son non dépassement, lorsqu'il prolonge la détention provisoire⁴¹⁹³. En vertu du principe selon lequel « *les juges sont tenus de répondre aux chefs péremptoires des conclusions dont ils sont saisis* »⁴¹⁹⁴, le juge doit cependant motiver son raisonnement, s'il est saisi de la contestation du délai raisonnable. En revanche, la critique de l'appréciation de la durée raisonnable réalisée par le juge du fond est inopérante devant la Cour de cassation, « *une telle appréciation échappant au contrôle de la Cour de cassation* »⁴¹⁹⁵. En conséquence, la simple existence de la motivation, même limitée à la simple évocation de « *difficultés de procédure* »⁴¹⁹⁶, suffit. On retrouve les mêmes solutions pour la « *surmotivation* », exigée pour les longues détentions provisoires au stade de l'instruction, alors pourtant que la *ratio legis* du mécanisme tient à obliger le juge du fond à faire un effort de rédaction exceptionnel : seule l'inexistence de la motivation, y compris de la

⁴¹⁹⁰ Cass. crim., 16 juin 2011, n° 11-81.628 : *Bull. crim.*, n° 136. – Cass. crim., 3 mai 2011, n° 11-80.879 : *Bull. crim.*, n° 87.

⁴¹⁹¹ Cass. crim., 18 août 2010, n° 10-83.819 : *Bull. crim.*, n° 124 ; *Gaz. Pal.*, 04 janv. 2011, p. 18, comm. R. MÉSA ; Procédures, 2010, comm. n° 381, obs. A.-S. CHAVENT-LECLÈRE ; *Dr. pén.*, 2010, comm. n° 128, obs. A. MARON et M. HAAS ; *AJP*, 2011, p. 37, obs. L. ASCENSI ; *RSC*, 2011, p. 147, obs. J. DANET.

⁴¹⁹² Cass. crim., 3 mai 2011, n° 11-80.879 : *Bull. crim.*, n° 87. – Cass. crim., 9 déc. 2008, n° 08-86.240 : *Bull. crim.*, n° 248.

⁴¹⁹³ Art. 144-1 CPP.

⁴¹⁹⁴ V. pour la contestation de la durée raisonnable de la détention provisoire, avant sa consécration législative, et fondée directement sur l'article 5 § 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme, Cass. crim., 20 janv. 1993, n° 92-85.534 : *Bull. crim.*, n° 32. V. pour un autre exemple au visa cette fois-ci de l'art. 144-1 CPP, qui inscrit dans la loi la durée raisonnable, Cass. crim., 22 juil. 1997, n° 97-82.854 : *Bull. crim.*, n° 277.

⁴¹⁹⁵ Cass. crim., 23 nov. 2005, n° 05-85.359 : *Bull. crim.*, n° 309 ; *Gaz. Pal.*, 11 mai 2006, p. 25, obs. Y. MONNET ; *AJP*, 2006, p. 86, obs. C. GIRAULT. – Cass. crim., 27 sept. 2005, n° 05-84.234 : *Bull. crim.*, n° 236. – Cass. crim. 3 juin 2003, n° 03-81.389 : *Bull. crim.*, n° 111 ; *RSC*, 2003, p. 887, obs. J.-F. RENUCCI : « *le demandeur ne saurait être admis à critiquer les motifs pour lesquels la chambre de l'instruction a estimé que la durée de la détention provisoire n'excédait pas le délai raisonnable prévu par l'article 144-1 du Code de procédure pénale, une telle appréciation échappant au contrôle de la Cour de cassation* ».

⁴¹⁹⁶ *Crim.*, 27 sept. 2005 : *préc.*

mention du délai prévisible d'achèvement de la procédure, entraîne la cassation⁴¹⁹⁷. L'absence de contrôle en droit de la qualité de la motivation de l'appréciation de la durée raisonnable empêche en conséquence la Cour de cassation de réaliser le tri des critères pertinents, comme de guider le juge du fond dans la méthodologie à adopter et dans l'intensité du contrôle qu'il doit mener, celui-ci bénéficiant d'une liberté dans ces deux dimensions⁴¹⁹⁸ : c'est plutôt un pouvoir discrétionnaire, plutôt qu'un pouvoir souverain d'appréciation, qui profite au juge du fond.

997. La Cour européenne des droits de l'Homme a été directement interrogée de l'utilité du recours en cassation en contestation de la durée raisonnable de la détention provisoire en droit français⁴¹⁹⁹. La position majoritaire, tenant compte de la nature du pourvoi en cassation limité aux questions de droit, a estimé qu'à défaut de se prononcer directement sur la durée raisonnable, le contrôle de la Cour de cassation sur la seule motivation du juge du fond suffisait, dès lors qu'elle s'octroyait le pouvoir de « *contrôler l'adéquation entre, d'une part, les faits établis par les juges du fond et d'autre part, la conclusion à laquelle ces derniers ont abouti sur le fondement de ces constatations* ». La position minoritaire estimait plus frontalement que l'utilité du recours, même en cassation, était conditionnée par le pouvoir d'apprécier en fait le caractère raisonnable de la durée de la détention provisoire⁴²⁰⁰. La solution retenue par la Grande chambre est sans doute bienvenue dans ses principes, dans la mesure où elle respecte la conception française du pourvoi en cassation. Si l'efficacité du recours en cassation se mesure bien au contrôle exercé sur la motivation du juge du fond, la Grande chambre s'est en revanche montrée très conciliante dans son appréciation de l'étendue du contrôle de la Chambre criminelle. Elle s'est en effet fondée plus largement sur des décisions de la Chambre criminelle traitant d'autres questions que celles de la durée raisonnable et celles retenues, bien concernées par la durée raisonnable, sont limitées à des

⁴¹⁹⁷ Cass. crim., 22 sept. 1999, n° 99-84.604 : *Bull. crim.*, n° 192. – Cass. crim., 21 juin 2005, n° 05-82.010 : *Bull. crim.*, n° 182 ; *Gaz. Pal.*, 14 janv. 2006, p. 14, obs. Y. MONNET. – Cass. crim., 25 oct. 2005, n° 05-84.961 : *Bull. crim.*, n° 264 ; *D.*, 2005, p. 2969, obs. C. GIRAULT ; *Gaz. Pal.*, 2006, 6 mai 2006, p. 18, obs. Y. MONNET. – Cass. crim., 24 nov. 2010, n° 10-86.347 : *Bull. crim.*, n° 187 ; *Procédures*, 2011, comm. n° 109, obs. A.-S. Chavent-Leclère. La motivation du délai prévisible de la fin de l'instruction, s'il doit exister, n'a pas de conséquence, puisque le juge de la détention provisoire n'a pas à justifier les motifs de son déassement [Cass. crim. 3 juin 2003, n° 03-81.389 : *Bull. crim.*, n° 111 ; *RSC*, 2003, p. 887, obs. J.-F. RENUCCI].

⁴¹⁹⁸ V. pour l'exemple d'une motivation du juge du fond validée, alors pourtant qu'elle se montre problématique au regard de la jurisprudence européenne, notamment parce qu'elle s'intéresse principalement à la gravité des faits, alors que la détention provisoire avait duré deux ans, sans analyse progressive des motifs de la détention, Cass. crim., 11 sept. 2013, n° 13-84857 : *à paraître au Bulletin*.

⁴¹⁹⁹ CEDH, gde ch., 28 sept. 1999, *Civet c. France*, n° 29340/95 : *Rec. CEDH*, 1999-VI ; *RSC*, 2000, p. 239, comm. F. MASSIAS.

⁴²⁰⁰ V. l'opinion dissidente commune aux juges PALM, BRATZA, FISCHBACH et ZUPANCIC.

exemples de cassation, pour défaut de réponse à l'argument soulevé⁴²⁰¹. Pourtant, au regard de la jurisprudence de la Chambre criminelle déjà citée, celle-ci n'opère aucun contrôle sur la qualité de la motivation du juge du fond. L'admission du caractère utile du recours en cassation est d'autant plus dommageable pour ce contentieux devenu massif, qu'elle n'avantage pas la Cour européenne des droits de l'Homme, en ne favorisant pas le constat par le juge national de la violation de la Convention⁴²⁰², et en limitant l'effet du principe de subsidiarité. Bien que contestable, cette jurisprudence a été maintenue par la Cour européenne des droits de l'Homme⁴²⁰³, si bien que l'épuisement des voies de recours internes suppose l'exercice du pourvoi en cassation⁴²⁰⁴.

998. Le développement du contrôle de la motivation sur l'état de santé.

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme a consacré la prise en compte de l'état de santé dans l'appréciation de l'opportunité de la détention provisoire⁴²⁰⁵, sans que ce critère n'apparaisse dans la législation⁴²⁰⁶. Toutefois, dès 1966, la Cour de cassation a accepté que le juge du fond puisse accueillir la demande de remise en liberté du prévenu justifiée par l'état de santé incompatible⁴²⁰⁷. La libération du prévenu rentrait alors dans le « *pouvoir discrétionnaire pour apprécier une demande de mise en liberté provisoire* » du juge

⁴²⁰¹ V. la jurisprudence citée au § 31 et s.

⁴²⁰² De manière plus opportune, le maintien du caractère utile du pourvoi en cassation a sans doute un effet dissuasif et limite les saisines de la Cour européenne des droits de l'Homme.

⁴²⁰³ CEDH, sect. III, 20 janv. 2000, *Yahiaoui c. France*, req. n° 30962/96 : *Procédures*, 2000, comm. n° 120, obs. N. FRICERO. – CEDH, sect. III, 30 mai 2000, *Laurent Bernard c. France*, req. n° 38164/97].

⁴²⁰⁴ CEDH, sect. V, 3 oct. 2013, *Vosgien c. France*, req. n° 12430/11.

⁴²⁰⁵ V. *supra*, n° 989.

⁴²⁰⁶ La suspension médicale de peine de l'article 720-1-1 du Code de procédure pénale ne s'applique qu'aux « *condamnés* », ce qui exclut les prévenus. Cette évidence a été confirmée par la Cour de cassation [Cass. crim., 26 févr. 2003, n° 02-88.131 : *Bull. crim.*, n° 55]. La loi ne permet la libération du mis en examen que lorsque les conditions légales de la détention provisoire ne sont plus réunies [art. 140 CPP], sans existence d'une voie spéciale pour l'état de santé incompatible. De manière indirecte, l'état de santé peut jouer un rôle dans la décision du placement en détention provisoire. Un état de santé très dégradé peut, par exemple, diminuer considérablement le risque de réitération et justifier le placement sous contrôle judiciaire [v. par ex. Cass. crim., 29 janv. 2008, n° 07-87.802 : *Bull. crim.*, n° 21 ; *AJP*, 2008, p. 240, obs. S. LAVRIC]. En droit comparé, l'Italie et l'Espagne ont consacré des dispositions permettant aux prévenus malades d'être assignés à domicile [J. DANET, *op. cit.*].

⁴²⁰⁷ Cass. crim., 10 fév. 1966, n° 65-93.217 : *Bull. crim.*, n° 40. La Cour de cassation admettait le principe d'une libération fondée sur l'état de santé, « *motif légitime* », alors même que le juge du fond avait relevé « *la gravité des faits poursuivis et les lourdes présomptions de culpabilité* » pour justifier la soumission du suspect à un cautionnement. En conséquence, l'état de santé n'est pas employé comme un élément d'appréciation qui permet d'écarter les motifs justifiant la détention provisoire, mais comme un motif autonome de remise en liberté. Un auteur écrivait alors « *qu'avant le moment où le jugement est irrévocable, la détention de l'inculpé ou du prévenu peut cesser lorsque son état de santé est incompatible avec sa prolongation* » [J. PRADEL, « La santé du détenu » ; *RSC*, 1974, p. 269]. – Cass. crim., 7 mars 1991, n° 90-87.728 : *Bull. crim.*, n° 116. La Cour de cassation qualifiait même cette action particulière, admise en dehors de tout cadre législatif, de « *demande de mise en liberté pour raisons médicales* ». Cette décision facilitait même cette action d'un point de vue procédural, puisqu'elle autorisait la juridiction à prononcer « *en l'état* » le maintien en détention, dans l'attente d'une expertise médicale, pour se prononcer définitivement.

du fond. En pratique, peu de libérations sont prononcées sur ce fondement, le juge du fond, dans son pouvoir souverain d'appréciation, estimant souvent l'état de santé compatible⁴²⁰⁸.

999. Si la Chambre criminelle a toujours dégagé un pouvoir souverain d'appréciation au juge du fond quant à l'état de santé, elle a tantôt laissé au juge du fond le pouvoir discrétionnaire le plus étendu, touchant à l'arbitraire, en le dispensant de toute motivation en cas de refus⁴²⁰⁹, tantôt augmenté son contrôle en exigeant au moins la motivation⁴²¹⁰. La jurisprudence de la Cour de cassation s'était stabilisée pour ne pas imposer au juge du fond, saisi de l'argument, la motivation du refus de la remise en liberté⁴²¹¹. Le critère souffrait de son absence de reconnaissance textuelle⁴²¹², et la Cour de cassation s'en tenait aux exigences légales.

⁴²⁰⁸ Cass. crim., 13 nov. 1979, n° 79-93.608 : *Bull. crim.*, n° 315. – Cass. crim., 8 nov. 1988, n° 88-85.185 : *inédit*. – Cass. crim., 12 nov. 1987, n° 87-84.956 : *inédit*. – Cass. crim., 6 déc. 1989, n° 89-86.111 : *inédit*. – Cass. crim., 25 sept. 1990, n° 90-84.238 : *inédit*. – Cass. crim., 1^{er} juil. 1992, n° 92-82.157 : *inédit*. – Cass. crim., 14 déc. 1993, n° 93-84.505 : *inédit*. – Cass. crim., 26 mai 1994, n° 94-81.374 : *inédit*. – Cass. crim., 4 nov. 1998, n° 98-84.495 : *inédit*. – Cass. crim., 22 mars 2000, n° 00-80.199 : *inédit*. – Cass. crim., 17 janv. 2001, n° 00-83.327 : *inédit*. – Cass. crim., 10 juil. 2002, n° 02-83.182 : *Bull. crim.*, n° 151. – Cass. crim., 26 févr. 2003, n° 02-88.131 : *Bull. crim.*, n° 55. – Cass. crim., 11 mars 2003, n° 02-88.496 : *inédit*. – Cass. crim., 27 sept. 2005, n° 05-84.234 : *Bull. crim.*, n° 236.

⁴²⁰⁹ Cass. crim., 17 janv. 1989, n° 88-86.400 : *inédit*. La juridiction du fond, qui « *n'était pas tenue de s'expliquer spécialement sur la simple allégation relative à l'état de santé de l'inculpé* », a respecté la motivation exigée par la législation par ailleurs, si bien que sa décision était validée. – Cass. crim., 6 nov. 2001, n° 01-85.803 : *inédit*. Alors que le mis en examen arguait de l'absence de réponse du juge du fond aux articulations du mémoire tenant à l'état de santé et à la durée raisonnable, seule cette dernière était relevée par la Cour de cassation.

⁴²¹⁰ Cass. crim., 7 juin 1983 : *inédit*. Elle vérifiait que le juge s'était expliqué « *sur la compatibilité de l'état de santé du demandeur avec son maintien en détention* ». – Cass. crim., 12 nov. 1987, n° 87-84.956 : *inédit*. – Cass. crim., 25 sept. 1990, n° 90-84.238 : *inédit*. – Cass. crim., 16 juil. 1999, n° 99-83.093 : *inédit*.

⁴²¹¹ Cass. crim., 20 mars 2002, n° 02-80.057 : *inédit*. Alors que le pourvoi se fondait sur l'absence de réponse de la Cour d'appel sur le moyen de l'état de santé, la Cour de cassation répondait que la juridiction du fond « *n'était pas tenue de répondre mieux qu'elle ne l'a fait à l'argumentation dont elle était saisie* » et se contenter des seuls éléments de motivation imposés par les différentes obligations légales. – Cass. crim., 17 mars 2004, n° 03-87.936 : *inédit*. Alors que le pourvoi reprochait au juge du fond d'avoir rejeté « *la demande de mise en liberté sans s'assurer, comme cela le lui était demandé, que le maintien en détention provisoire était compatible avec l'état de santé du détenu* », la Cour de cassation y répondait simplement que « *la chambre de l'instruction s'est déterminée par des considérations de droit et de fait répondant aux exigences des articles 137-3, 143-1 et suivants du Code de procédure pénale* ».

⁴²¹² Le défaut de reconnaissance légale est d'autant plus préjudiciable qu'il ne permet pas d'encadrer l'obtention de la preuve de l'état de santé incompatible. La réalisation d'une expertise médicale, pour déterminer la compatibilité de l'état de santé, appartient au pouvoir souverain du juge du fond, qui est libre d'en apprécier la nécessité [Cass. crim., 28 sept. 2005, n° 05-84.442 : *inédit* ; Cass. crim., 25 juil. 2007, n° 07-83.353 : *inédit*]. En revanche, le refus d'accorder une expertise semble a pu sembler soumis à motivation, puisque la Cour de cassation rejette l'argument de l'absence de réponse par le juge du fond du moyen de l'expertise, en s'assurant au préalable que ce moyen n'avait pas été soumis au juge du fond [Cass. crim., 26 nov. 2003, n° 03-85.405 : *inédit*]. Sans encourir la cassation, le juge du fond peut se fonder sur une expertise ancienne de huit mois pour estimer l'état de santé compatible [Cass. crim., 25 sept. 1990, n° 90-84.238 : *inédit*].

1000. Cette solution critiquable a fait l'objet d'un revirement net et bienvenu de la Cour de cassation⁴²¹³ qui, dans un arrêt récent, s'oriente vers un contrôle de la qualité de la motivation du juge du fond⁴²¹⁴. Par l'interprétation d'une décision rejetant l'efficacité de la critique des seules conditions matérielles de détention indignes pour obtenir une remise en liberté⁴²¹⁵, la jurisprudence a même défini le critère permettant la libération : le juge du fond doit caractériser des « *éléments propres à la personne concernée, suffisamment graves pour mettre en danger sa santé physique ou mentale* »⁴²¹⁶. La formulation ainsi consacrée apparaît large. D'abord elle inclut la santé mentale, qui est intégrée au contrôle de l'état de santé compatible dans la jurisprudence européenne et permet d'exiger la continuation de la détention dans un établissement sanitaire et non pénitentiaire⁴²¹⁷. Ensuite, le critère dégagé ne semble pas contraindre le juge du fond à apprécier l'état de santé au regard de la seule vision objective de l'incompatibilité et tend même plutôt à l'établir d'un point de vue subjectif. Cette appréciation plus souple, par rapport à l'incompatibilité de la peine privative de liberté⁴²¹⁸, est logique, dès lors qu'elle concerne une personne privée de liberté qui bénéficie encore de la présomption d'innocence. Ce meilleur encadrement semble d'ailleurs avoir déjà influencé le juge du fond⁴²¹⁹. Cette hausse de contrôle, qui ressort de la volonté d'intégrer en matière de détention provisoire la jurisprudence européenne, apparaît aussi pour les détentions anormalement longues, montrant une certaine volonté de restreindre la part discrétionnaire dans le contrôle du bien-fondé du juge du fond.

⁴²¹³ Cass. crim., 2 sept. 2009, n° 09-84.172 : *Bull. crim.*, n° 149 ; *AJP*, 2009, p. 452, obs. J. LASSERRE-CAPDEVILLE. La cassation reposait sur l'absence de réponse « *au mémoire dans lequel la personne mise en examen faisait valoir que son état de santé était incompatible avec une mesure de détention provisoire* ». On pourra toutefois regretter que le juge de cassation se fonde sur la législation de la motivation, sans viser l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme visé au moyen, ni même l'article 3.

⁴²¹⁴ Cass. crim., 3 oct. 2012, n° 12-85.054 : *Bull. crim.*, n° 209 ; *RSC*, 2012, p. 879, obs. X. SALVAT. La Cour de cassation validait la motivation du juge du fond, qui se fondait sur une expertise médicale qui avait constaté la compatibilité du maintien, le traitement médical adéquat apporté au détenu et l'origine extérieure aux conditions de détention de la pathologie du prévenu, pour valider la motivation.

⁴²¹⁵ Cass. crim., 29 fév. 2012, n° 11-88.441 : *Bull. crim.*, n° 58 ; *AJP*, 2012, p. 471, note E. SENNA ; *RSC*, 2013, p. 879, obs. X. SALVAT ; *Gaz. Pal.*, 19 juil. 2012, p. 17, avis G. LACAN.

⁴²¹⁶ V. pour une application du juge du fond, TGI Paris, 14 juin 2012 ; *AJP*, 2013, p. 293, obs. M. HERZOG-EVANS.

⁴²¹⁷ V. *supra*, n° 581.

⁴²¹⁸ V. *supra*, n° 577 et s.

⁴²¹⁹ V. TGI Paris, 14 juin 2006 : *AJP*, 2013, p. 293, obs. M. HERZOG-EVANS. Le juge du fond faisait prévaloir l'état de santé incompatible sur la nécessité du maintien en détention, qui lui semblait pourtant établie, au regard du contexte pénal.

B) Vers une hausse du contrôle du juge du droit du bien-fondé de la détention provisoire pour les détentions anormalement longues

1001. **L'introduction des « diligences particulières ».** Concernant d'abord la prolongation exceptionnelle de détention provisoire, dans l'attente du jugement, qui nécessite une « *surmotivation* »⁴²²⁰, la Cour de cassation en avait toujours réalisé un contrôle faible, similaire à celui opéré pour la démonstration de l'existence des critères de l'article 144⁴²²¹, autorisant le placement et la prolongation de la détention provisoire pour le droit commun. C'est au sujet de la Cour d'assises de Paris spécialement composée et de ses difficultés à juger rapidement les affaires du fait de son rôle surchargé, que la Chambre criminelle a augmenté son contrôle sur la « *surmotivation* » du juge du fond de la prolongation de la détention provisoire⁴²²², concernant des espèces qui allaient aboutir à la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'Homme⁴²²³. Le juge du fond avait octroyé la prolongation exceptionnelle en se fondant sur la complexité de l'affaire et la surcharge du rôle de la juridiction. La Chambre criminelle, qui tirait de l'article 5 § 3 le principe selon lequel « *toute personne détenue a le droit d'être jugée dans un délai raisonnable ou libérée pendant la procédure* »⁴²²⁴, lui déniait la capacité de se fonder sur « *les difficultés récurrentes de fonctionnement de la juridiction appelée à statuer au fond* » et lui reprochait de ne pas avoir recherché « *si les autorités compétentes avaient apporté une diligence particulière à la poursuite de la procédure* ». Ce contrôle de la motivation du juge du fond réalisait une double

⁴²²⁰ Le délai est d'un an en principe depuis la fin de l'instruction, la détention provisoire ne pouvant être prolongée au-delà dans l'attente du jugement à deux reprises de six mois sous réserve pour le juge de motiver son ordonnance en plus des considérations normales par les « *raisons de droit et de fait* » justifiant le retard de la saisine de la juridiction de jugement [art. 181 CPP].

⁴²²¹ Pour un exemple, Cass. crim., 23 juil. 2003, 03-82.726 : *inédit*. Le juge du fond s'était appuyé sur l'encombrement de la Cour d'assises dans une motivation validée par la Cour de cassation.

⁴²²² Cass. crim., 2 sept. 2009, n° 09-83.950 : *Bull. crim.*, n° 148 ; *D.*, 2009, p. 2348, obs. M. LÉNA ; *AJP*, 2009, p. 501, obs. J. LASSERRE-CAPDEVILLE ; *Dr. pén.*, 2009, comm. 145, obs. A. MARON et M. HAAS.

⁴²²³ V. CEDH, sect. V, 26 janv. 2012, *Soria Valderrama c. France*, req. n° 29101/09 : *AJP*, 2012, p. 231, obs. S. LAVRIC, pour une détention provisoire de quatre ans et huit mois, CEDH, sect. V, 26 janv. 2012, *Esparza Luri c. France*, req. n° 29119/09 pour une détention provisoire de quatre ans et neuf mois, CEDH, sect. V, 26 janv. 2012, *Guimon Esparza c. France*, req. n° 29116/09 et CEDH, sect. V, 26 janv. 2012, *Berasategi c. France*, req. n° 29095/09 pour des détentions provisoires de cinq ans et dix mois et CEDH, sect. V, 26 janv. 2012, *Sagarzazu c. France*, req. n° 29109/09 pour une détention provisoire de cinq ans et quatre mois.

⁴²²⁴ L'article 144-1 du Code de procédure pénale, qui vise littéralement les juridictions de l'instruction, ne s'applique logiquement pas au suspect maintenu en détention provisoire après la fin de l'instruction dans l'attente du jugement [Cass. crim., 31 mars 1998, n° 98-80.173 : *Bull. crim.*, n° 120]. Toutefois, l'article 5 § 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme est alors directement applicable, jusqu'à la première condamnation.

transcription de la jurisprudence européenne, en rejetant le critère de la surcharge des juridictions de jugement⁴²²⁵ et en imposant au juge du fond la recherche de la « *diligence particulière* » menée par les autorités, reprenant textuellement un critère posé par la Cour européenne des droits de l'Homme⁴²²⁶.

1002. Par un autre arrêt de mars 2012⁴²²⁷, concernant cette fois-ci la détention provisoire après jugement, dans l'attente de l'arrêt d'appel, alors que la juridiction d'appel avait prononcé un supplément d'information, la Chambre criminelle a adopté un raisonnement similaire, pour une personne détenue depuis novembre 2007, alors même que la prolongation n'est pas soumise à « *surmotivation* » selon la loi, ni même à la durée raisonnable de l'article 5, en raison du champ limité de la détention provisoire dans la jurisprudence de la Cour⁴²²⁸. Reprenant à son compte la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, elle estimait d'abord inapplicable en l'espèce l'article 5 § 3, qui « *concerne les seules personnes détenues avant jugement* »⁴²²⁹. En revanche, la Chambre criminelle estimait qu'une telle détention provisoire restait soumise à l'article 6 de la Convention et à son exigence de la durée raisonnable de la procédure pénale. La cassation, fondée sur l'insuffisance de motivation⁴²³⁰, censurait le juge du fond, qui aurait dû caractériser la « *diligence particulière* » avec laquelle les autorités ont mené le supplément d'information. La Chambre criminelle n'admettait pas que celui-ci justifie la prolongation de la détention provisoire sur la seule nécessité de recueillir encore des éléments⁴²³¹.

1003. **La synthèse de la hausse de contrôle.** Matérialisée par deux arrêts de cassation, la hausse du contrôle de la Cour de cassation sur la motivation du fond aboutit à venir intégrer directement un pan de la jurisprudence européenne en droit national. Le phénomène revient à imposer au juge du fond de la privation de liberté des critères d'appréciation du bien-fondé et à le guider dans la méthode à adopter, tendant à imposer un véritable contrôle juridictionnel de proportionnalité. Les deux arrêts, qui ont repris le critère de la diligence particulière, sont d'autant plus importants que l'article 144-1 du Code de

⁴²²⁵ Pour un exemple, CEDH, sect. II, 23 janv. 2007, *Cretello c. France*, req. n° 2078/04 ; § 36 : « *la Cour rappelle à cet égard qu'il incombe aux États d'agencer leur système judiciaire de manière à permettre à leurs tribunaux de répondre aux exigences de l'article 5* ».

⁴²²⁶ V. *supra*, n° 985.

⁴²²⁷ Cass. crim., 7 mars 2012, n° 11-88.739 : *Bull. crim.* ; *AJP*, 2012, p. 290, obs. P. DE COMBLES DE NAYVES.

⁴²²⁸ V. *supra*, n° 982.

⁴²²⁹ V. sur la définition de la détention provisoire dans la jurisprudence de la Cour, *supra*, n° 982.

⁴²³⁰ Là encore, la motivation du juge est imposée sur le fondement général de l'article 593 du Code de procédure pénale lorsque l'argument est présenté au mémoire.

⁴²³¹ Celui-ci avait indiqué « *que sont toujours attendus les résultats de commissions rogatoires délivrées aux autorités judiciaires italiennes, en particulier afin de vérifier les éléments contenus dans les documents produits pour la première fois par l'avocat de l'accusée lors de l'audience de la cour d'assises du 13 septembre 2010* ».

procédure pénale, celui qui intègre à la loi la notion de durée raisonnable. Ils ont pour point commun d'intervenir lorsque la détention provisoire apparaît anormalement longue et qu'un dysfonctionnement de l'autorité judiciaire semble vraisemblable, soit l'instruction⁴²³², soit l'audience⁴²³³, alors que la Cour de cassation n'a pas poursuivi l'introduction de la recherche de la diligence particulière en cas d'anormalité moins apparente⁴²³⁴. Ce contrôle plus approfondi devrait en tout cas logiquement s'appliquer aussi à l'autre hypothèse de « *surmotivation* », concernant cette fois-ci la personne contre laquelle une information est toujours ouverte⁴²³⁵. L'achèvement de l'extension du contrôle de la motivation du juge du fond, qu'il s'agisse de l'obligation de motiver son rejet de la demande de remise en liberté médicale⁴²³⁶, ou de l'obligation de caractériser la diligence particulière des autorités pour les détentions anormalement longues, nécessite cependant que la Chambre criminelle assure désormais le contrôle de la qualité de ses nouveaux éléments obligatoires, sans permettre au juge du fond de s'en décharger par des motifs abstraits ou stéréotypés, sans quoi son contrôle continuerait à se limiter à la simple existence d'une motivation complète. On peut évidemment regretter le cantonnement de ce contrôle plus strict de la motivation de la détention provisoire aux seules hypothèses dans lesquelles la détention provisoire est particulièrement sévère, si bien que le principe selon lequel la détention provisoire demeure une mesure exceptionnelle ne bénéficie pas, en droit, d'une réelle effectivité.

⁴²³² Du fait du recours à un supplément d'information.

⁴²³³ Du fait de l'usage de la surmotivation.

⁴²³⁴ Pour comparaison, la Cour de cassation n'a pas exigé que le juge du fond caractérise la diligence particulière avec laquelle les autorités ont mené la procédure concernant une prolongation de détention provisoire après condamnation, dans l'attente de l'appel, sans qu'un supplément d'information n'ait été pris et sans que la loi n'exige de surmotivation, alors que le moyen visait les articles 5 § 3 et 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme et le dépassement du délai raisonnable, causé par l'engorgement de la Cour d'assises saisie en appel [Cass. crim., 17 oct. 2012, n° 12-85.139 : *Bull. crim.*, n° 219]. La loi n'organise alors pas de « *surmotivation* ».

⁴²³⁵ Art. 145-3 CPP.

⁴²³⁶ V. *supra*, n° 998 et s.

1004. **Le défaut d'intégration du modèle européen : le prolongement de la banalisation du début de la privation de liberté.** Si le contrôle européen du bien-fondé de la détention provisoire établit un modèle exigeant du juge national d'opérer un contrôle de nécessité du placement, et un contrôle de proportionnalité de sa prolongation, que le législateur a transposé, le contrôle de la Cour de cassation se montre défaillant. La hausse d'intensité du contrôle de la motivation de la détention provisoire est principalement développée pour la détention anormalement longue. En dehors de cette hypothèse, le peu de contrôle de la Chambre criminelle sur la motivation du juge du fond revient à lui laisser un pouvoir discrétionnaire, et l'intégration du modèle européen reste à se poursuivre. C'est qu'à l'admission large de la privation de liberté de police⁴²³⁷ et le recul de *l'Habeas corpus*⁴²³⁸ s'ajoute le contrôle léger par le juge du droit de la privation de liberté du placement en détention provisoire, contrôle léger qui se poursuit même la plupart du temps au-delà. Il en ressort un certain désintérêt pour le début de la privation de liberté, sans que l'opportunité ne soit étrangère à une telle position, pour filtrer les recours, et les admettre uniquement pour les hypothèses les plus graves. Les autres cas de la privation de liberté dévoilent aussi un contrôle judiciaire insuffisant du bien-fondé de la privation de liberté.

⁴²³⁷ V. *supra*, n° 169 et s.

⁴²³⁸ V. *supra*, n° 728 et s.

Section II./ LE DROIT DE CONTESTER LE BIEN-FONDÉ DES AUTRES CAS DE DÉTENTION :
LES LIMITES DU CONTRÔLE DU BIEN-FONDÉ DE LA PRIVATION DE LIBERTÉ

1005. **La comparaison avec le contrôle du bien-fondé de la détention provisoire : l'admission de l'unification de la privation de liberté.** C'est au regard du modèle européen du contrôle du bien-fondé de la détention provisoire, parfaitement établi, qu'il faut comparer les autres cas de privation de liberté, pour identifier l'intensité du contrôle judiciaire en ces matières. Le juge du fond doit être doté du plein contrôle de la nécessité, au moins, au stade du placement, et son contrôle de la prolongation de la privation de liberté doit être le plus poussé, pour tenir compte des éléments de personnalité et des conditions d'exécution⁴²³⁹. Le juge du droit de la privation de liberté doit effectuer un véritable contrôle de cette motivation du juge du fond, en s'assurant que celle-ci soit de qualité, pertinente et suffisamment intense⁴²⁴⁰.

1006. La validité d'une telle comparaison suppose d'admettre que le contrôle du bien-fondé de la privation de liberté peut être identique pour les trois grandes catégories de privation de liberté, et défendre une vision unitaire de la détention. Cette vision unitaire bénéficie d'une reconnaissance variable, alors qu'elle a prospéré concernant le développement du *paquet* de droits généré par l'arrestation⁴²⁴¹, mais qu'elle est désormais nettement rejetée concernant la détermination de la célérité de l'*Habeas corpus*⁴²⁴² ou concernant l'office du juge qui en est chargé⁴²⁴³. Le modèle de la détention provisoire, détention *moyen*, devrait logiquement pouvoir être étendu pour les autres cas de privation de même nature, par exemple la détention extraditionnelle ou la détention de l'étranger pour réaliser son éloignement ou son refoulement. Quant à la détention *sûreté*, le contrôle périodique de sa proportionnalité, par l'usage du recours à bref délai, est consacré par le standard supra-légal⁴²⁴⁴, et la Cour européenne des droits de l'Homme y a inclus les éléments les plus en pointe du contrôle⁴²⁴⁵. Le standard supra-légal tend à conditionner le placement en détention *sûreté* à la

⁴²³⁹ V. *supra*, n° 991 et s.

⁴²⁴⁰ V. *supra*, n° 993.

⁴²⁴¹ Pour le *paquet* de droits généré par l'arrestation, des solutions protectrices du droit de la garde à vue ont été étendues à l'arrestation de l'étranger [v. *supra*, n° 266 et s.].

⁴²⁴² V. *supra*, n° 733 et s.

⁴²⁴³ La prise en compte de l'irrégularité de la privation de liberté de police lors du premier contrôle judiciaire de la privation de liberté sur sa prolongation n'a pas la même incidence selon les cas de privation de liberté [v. *supra*, n° 914 et s.].

⁴²⁴⁴ V. *supra*, n° 768 et s.

⁴²⁴⁵ Ainsi, le vice d'exécution, celui de l'inadéquation matérielle, est bien inclus dans l'appréciation du contrôle du bien-fondé de la privation de liberté [v. *supra*, n° 476 et s.].

démonstration par le tribunal de l'insuffisance des moyens moins contraignants⁴²⁴⁶. Quant à la détention *sanction*, le contrôle incorporé ou le sens univoque de la peine limitent forcément le contrôle du bien-fondé de la privation de liberté, pour s'appliquer, dans les principes, à la seule décision de condamnation⁴²⁴⁷. La législation organise en réalité le contrôle à bref délai⁴²⁴⁸, si bien qu'un contrôle similaire du bien-fondé de la peine privative de liberté peut être transposé aussi en cette matière. Le développement même pour ce cas du droit à la libération pour état de santé incomptable tend aussi à aligner le contrôle de son bien-fondé sur les autres cas. Deux exemples intéressent particulièrement l'étude du contrôle par le juge judiciaire du bien-fondé de la privation de liberté, notamment du fait d'une jurisprudence nationale importante : l'étranger bénéficie seulement d'un droit incomplet de contester le bien-fondé de sa privation de liberté (§1), situation que connaît aussi la personne condamnée (§2).

⁴²⁴⁶ La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme tend à l'imposer pour l'internement de l'aliéné, sous le contrôle des garanties prévues par la loi contre l'arbitraire [v. *supra*, note n° 591]. Le Conseil constitutionnel a mentionné, dans sa rubrique liée à la nécessité, l'obligation pour le tribunal de démontrer l'insuffisance des mesures moins contraignantes avant de prononcer la rétention de sûreté, pour valider le nouveau cas de privation de liberté [Cons. const., déc. n° 2008-562 DC du 21 févr. 2008 portant sur la loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental : *J. O.*, 26 févr. 2008, p. 3272 ; *RSC*, 2008, p. 731, comm. CH. LAZERGES ; *D.*, 2008, p. 1359, comm. Y. MAYAUD ; *JCP*, 2008, actu., 166, obs. B. MATHIEU ; *JCP*, 2008, II, n° 10077, comm. J.-PH. FELDMAN ; consid. n° 18]. Le législateur a introduit pour l'internement des aliénés de nouvelles mesures moins contraignantes que l'hospitalisation d'office complète, dont un régime de soins obligatoires [art. L. 3211-2-1 CSP]. Le Conseil constitutionnel a rappelé que ces mesures, moins contraignantes, ne pouvaient priver de liberté la personne la subissant [Cons. const., déc. n° 2012-235 QPC du 20 avr. 2012, [*Association cercle de réflexion et de proposition d'actions sur la psychiatrie*] : *J. O.*, 21 avr. 2012, p. 7194 ; *RFDA*, 2012, p. 629, note K. BLAY-GRABARCZYK ; *Dr. adm.*, 2012, comm. n° 61, note C. CASTAING].

⁴²⁴⁷ V. *supra*, n° 768 et s.

⁴²⁴⁸ V. *supra*, n° 798.

§ 1./ LE DROIT INCOMPLET DE L'ÉTRANGER DE CONTESTER LE BIEN-FONDÉ DE SA PRIVATION DE LIBERTÉ

1007. **Marge d'appréciation.** Le droit des étrangers touche directement la souveraineté de l'État, qui bénéficie d'une large marge d'appréciation pour définir les conditions d'entrée et de séjour des étrangers sur son territoire⁴²⁴⁹. Lorsque la privation de liberté de l'étranger est en lien avec l'extradition, la coopération et les relations internationales constituent un autre motif, laissant aux autorités nationales une large marge d'appréciation⁴²⁵⁰. Cette marge n'est en principe pas compatible avec la privation de liberté, même si la délimitation supra-légale abstraite de la privation de liberté la tolère⁴²⁵¹. La limitation du droit de contester le bien-fondé de la privation de liberté en ces domaines confirme la souplesse dont bénéficient les autorités nationales : le juge national exerce un contrôle incomplet du bien-fondé de la privation de liberté (B), et la jurisprudence européenne ne peut servir à y remédier, puisqu'elle réalise ce même contrôle incomplet (A).

A) Le contrôle incomplet de la Cour européenne des droits de l'Homme

1008. **Le débordement initial de la clémence accordée à la détention extraditionnelle : le contrôle limité de la durée raisonnable.** L'article 5 § 1^{er}-f) de la Convention vise la privation de liberté de l'étranger en vue de son extradition, en vue de son refoulement, après que son entrée sur le territoire a été refusée, et en vue de son expulsion⁴²⁵². C'est d'abord au sujet du contrôle de la durée raisonnable de la détention extraditionnelle que la Cour a développé une jurisprudence conciliante⁴²⁵³ pour faciliter la coopération

⁴²⁴⁹ V. *supra*, n° 392 et s.

⁴²⁵⁰ Cette considération justifie un contrôle limité de l'arrestation [v. *supra*, n° 202].

⁴²⁵¹ V. *supra*, n° 392 et s., pour la nécessité abstraite de la détention et v. *supra*, n° 466 et s., pour sa proportionnalité abstraite.

⁴²⁵² Au sens de la Convention, l'expulsion contient l'hypothèse française de l'éloignement de l'étranger en raison de menaces sur l'ordre public, l'expulsion au sens strict, mais l'éloignement de l'étranger en raison de sa situation irrégulière [CEDH, sect. V, 19 janv. 2012, *Popov c. France*, req. n°s 39472/07 et 39474/07 : *JCP*, 2012, n° 221, obs. F. SUDRE ; *Dr. famille*, 2012, comm. n° 43, note M. BRUGGEMAN ; *AJDA*, 2012, p. 1726, chron. L. BURGORGUE-LARSEN ; *D.*, 2012, p. 363, obs. C. FLEURIOT ; *ibid.*, p. 864, entretien S. SLAMA ; *ibid.*, p. 2267, chron. A. GOUTTENOIRE ; *ibid.*, 2013, p. 324, chron. K. PARROT ; *AJP*, 2012, p. 281, note S. SLAMA ; *Rev. crit. DIP*, 2012, p. 826, comm. K. PARROT].

⁴²⁵³ Sauf à démontrer l'existence d'une véritable extradition déguisée du fait du détournement d'une autre procédure d'éloignement [CEDH, ch., 18 déc. 1986, *Bozano c. France*, req. n° 9990/82].

internationale⁴²⁵⁴. De l'ensemble des éléments de la pleine appréciation du bien-fondé de la privation de liberté, seul le contrôle de la diligence des autorités à réaliser l'extradition est admis⁴²⁵⁵. Dès lors que l'article 5 § 3 de la Convention ne s'applique pas à cette détention⁴²⁵⁶, la pertinence et la suffisance des motifs pour justifier de la détention, échappe au contrôle de la Cour, tout comme celui de la nécessité de la privation de liberté, les autorités nationales n'ayant pas à démontrer l'insuffisance des mesures moins attentatoires à la liberté individuelle⁴²⁵⁷. La solution était étendue aux autres cas de privation de liberté de l'étranger, celle en vue de son expulsion⁴²⁵⁸ ou de son refoulement⁴²⁵⁹, alors pourtant que les nécessités de faciliter la coopération internationale apparaissent moins impérieuses dans ces cas⁴²⁶⁰.

⁴²⁵⁴ Cette clémence de la Cour apparaît toutefois en régression, alors que, concernant deux États, parties à la Convention, elle a admis que l'irrégularité du mandat d'arrêt émis par l'État requérant aboutissait à rendre irrégulière la détention extraditionnelle subie dans l'État requis, même si la Cour reconnaissait que l'État requis n'avait pas à contrôler la légalité du mandat interne, la violation de la Convention étant alors imputable à l'État requérant [CEDH, sect. IV, 21 avr. 2009, *Stephens c. Malte (n° 1)*, req. n° 11956/07, en angl. ; § 77 et s.].

⁴²⁵⁵ CEDH, ch., *Quinn c. France*, 22 mars 1995, req. n° 18580/91 : *Rec. CEDH*, série A, n° 311 ; *RSC*, 1995, p. 643, obs. L.-E. PETTITI ; *ibid.*, 1996, p. 466, obs. R. KOERING-JOULIN ; *D.*, 1996, p. 198, obs. J.-F. RENUCCI ; § 48. Puisque « le libellé tant du texte français que du texte anglais [...] signifie que seul le déroulement de la procédure d'extradition justifie la privation de liberté fondée sur cet alinéa », il y a violation de la Convention « si la procédure n'est pas menée par les autorités avec la diligence requise ». En l'espèce, la Cour constatait une violation de la Convention notamment du fait du délai de dix mois entre l'avis donné par la chambre d'accusation et l'édiction du décret d'extradition.

⁴²⁵⁶ CEDH, sect. IV, 17 juin 2003, *Raf c. Espagne*, req. n° 53652/00.

⁴²⁵⁷ CEDH, gde ch., 9 oct. 2003, *Slivenko c. Lettonie*, req. n° 48321/99 : *Rec. CEDH*, 2003-X ; *AJDA*, 2004, p. 534, chron. J.-F. FLAUSS. – CEDH, sect. I, 12 juin 2008, *Chtchebet c. Russie*, req. n° 16074/07, en angl.

⁴²⁵⁸ CEDH, gde ch., 15 nov. 1996, *Chahal c. Royaume-Uni*, req. n° 22414/93 : *Rec. CEDH*, 1996-V ; *RSC*, 1997, p. 452, p. 458, p. 462 et p. 485, obs. R. KOERING-JOULIN ; *ibid.*, p. 687, obs. L.-E. PETTITI ; *AJDA*, 1997, p. 977, chron. J.-F. FLAUSS.

⁴²⁵⁹ CEDH, sect. IV, 11 juil. 2006, *Saadi c. Royaume-Uni*, req. n° 13229/03 ; § 44 : « la Cour admet que pour décider s'il y a lieu de mettre en détention des immigrants potentiels l'État jouit d'une plus grande latitude que lorsqu'il s'agit d'autres atteintes au droit à la liberté ». Pour un résumé de la jurisprudence de la Cour, v. CEDH, sect. I, 24 janv. 2008, *Riad et Idiab c. Belgique*, req. nos 29787/03 et 29810/03 ; § 70 : « la Cour rappelle que pour qu'une détention se concilie avec l'article 5 § 1^{er}-f) de la Convention, il suffit qu'une procédure d'expulsion soit en cours et que celle-ci soit effectuée aux fins de son application ; il n'y a donc pas lieu de rechercher si la décision initiale d'expulsion se justifiait ou non au regard de la législation interne ou de la Convention ou si la détention pouvait être considérée comme raisonnablement nécessaire, par exemple pour empêcher un risque de fuite ou d'infraction [...]. La Cour a plus particulièrement jugé normal que les États, en vertu de leur "droit indéniab le de contrôler [...] l'entrée et le séjour des étrangers sur leur territoire" [...], aient la faculté de placer en détention des candidats à l'immigration ayant sollicité – que ce soit ou non par le biais d'une demande d'asile – l'autorisation de pénétrer sur le territoire. Toutefois, la détention d'une personne constitue une atteinte majeure à la liberté individuelle et doit toujours être soumise à un contrôle rigoureux. Subsiste aussi toujours la question de savoir si la détention a été effectuée "selon les voies légales", au sens de l'article 5 § 1^{er} ». – Pour la confirmation de cette jurisprudence v. CEDH, gde ch., 29 janv. 2008, *Saadi c. Royaume-Uni*, req. n° 13229/03 : *Rec. CEDH* ; *AJDA*, 2008, p. 978, chron. J.-F. FLAUSS.

⁴²⁶⁰ Chahal : préc. : « nul ne conteste que M. Chahal est détenu dans le cadre "d'une procédure d'expulsion" au sens de l'article 5 § 1 f) [...]. Cette disposition n'exige pas que la détention d'une personne contre laquelle une procédure d'expulsion est en cours soit considérée comme raisonnablement nécessaire, par exemple pour l'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir ; à cet égard, l'article 5 § 1^{er}-f) ne prévoit pas la même protection que l'article 5 § 1^{er}-c). De fait, il exige seulement qu'"une procédure d'expulsion [soit] en cours" ». Que la décision d'expulsion initiale se justifie au regard de la législation interne ou de la Convention n'entre donc pas en ligne de compte aux fins de l'article 5 § 1^{er}-f) ». – CEDH, sect. II, 25 janv. 2005, *Singh c. République Tchèque*, req. n° 60538/00 ; § 61.

La même clémence apparaît dans le contentieux de la violation de la Convention par ricochet, seule le risque d'exposition à une détention particulièrement grave en violation de l'article 5 empêchant la remise à l'État étranger⁴²⁶¹.

1009. Le contrôle européen de la durée raisonnable limité à la diligence des autorités, pour la détention de l'étranger en vue de son extradition, de son éloignement ou de son refoulement, se montre en tout cas particulièrement conciliant. La Cour a ainsi validé une détention d'un an et vingt-sept jours « *même si la procédure d'extradition aurait pu être plus rapide* »⁴²⁶². Seule l'inactivité des autorités pendant plusieurs semaines, pour l'étranger en instance d'éloignement, permet de constater une violation de la Convention⁴²⁶³. Et des détentions de quelques mois semblent ne pas poser de problèmes au regard de la Convention⁴²⁶⁴. Ce contrôle très restreint apparaît désormais acquis, puisqu'il a été validé par la Grande Chambre, alors même qu'elle s'appropriait pour d'autres privations de liberté un contrôle étendu du bien-fondé⁴²⁶⁵.

1010. **Le refus d'admettre une détention sûreté spécifique à l'étranger.** La Cour impose qu'une « *action engagée en vue d'une expulsion* »⁴²⁶⁶ soit maintenue tout au long de la privation de liberté, même pour des étrangers soupçonnés de terrorisme pour qui la détermination d'un pays d'accueil se révèle complexe, comme c'était le cas en l'espèce.

⁴²⁶¹ CEDH, sect. IV, 17 janv. 2012, *Othman (Abu Qatada) c. Royaume-Uni*, req. n° 8139/09 : *Rec. CEDH*, 2012 ; *JCP*, 2012, n° 141, obs. L. MILANO ; *AJDA*, 2012, p. 1726, chron. L. BURGORGUE-LARSEN ; *RFDA*, 2013, p. 576, chron. H. LABAYLE, F. SUDRE, L. MILANO et X. DUPRÉ DE BOULOIS ; § 233. La Cour donnait des exemples de ces hypothèses flagrantes, comme la détention pendant plusieurs années sans aucune intention de jugement ou le risque d'une condamnation sévère à la suite d'une condamnation manifestement inéquitable. Dès lors, la détention avant jugement de cinquante jours sans contrôle judiciaire ne constitue pas une violation flagrante empêchant la remise.

⁴²⁶² CEDH, sect. III, 14 déc. 2006, *Bogdanovski c. Italie*, req. n° 72177/01 ; § 64. La Cour chiffrait pourtant à six mois les retards causés par les autorités nationales. Elle reconnaissait cependant que l'affaire présentait une certaine complexité qui avait compliqué la tâche des autorités. – CEDH, sect. I, 10 mai 2007, *John c. Grèce*, req. n° 199/05. En matière d'expulsion, un délai de trois mois sans opérer aucun acte pour exécuter l'ordre d'expulsion ne satisfait pas la Convention. – CEDH, sect. I, 19 juin 2008, *Ryabikin c. Russie*, req. n° 8320/04, en angl. Une détention extraditionnelle d'un an et dix-huit jours suspendue durant presque la totalité de la mesure viole la Convention.

⁴²⁶³ – CEDH, sect. I, 21 juin 2011, *Efremidzi c. Grèce*, 33225/08. L'inactivité de l'administration pendant deux mois pour obtenir le document transport adéquat était sanctionnée. – CEDH, sect. I, 26 nov. 2009, *Tabesh c. Grèce*, req. n° 8256/07. En l'espèce, la Cour sanctionnait la passivité des autorités pendant trois mois. – CEDH, sect. IV, 26 juil. 2011, *M. et autres c. Bulgarie*, req. n° 41416/08, en angl. En l'espèce, les autorités étatiques avaient opéré les premières diligences pour obtenir une carte d'identité, afin d'exécuter l'expulsion, seulement deux ans après le placement en détention.

⁴²⁶⁴ V. pour une détention extraditionnelle de 4 mois, CEDH, sect. II, 8 févr. 2005, *Bordovskiy c. Russie*, req. n° 49491/99, en angl. – CEDH, sect. I, 14 nov. 2013, *Kasymakhunov c. Russie*, req. n° 29604/12, en angl. La Cour admettait ainsi la durée extraditionnelle, qui avait duré près de dix-huit mois, et la libération avait été acquise car la détention avait atteint la durée maximale légale.

⁴²⁶⁵ *Saadi*, gde ch. : *préc.*

⁴²⁶⁶ CEDH, gde ch., 19 févr. 2009, *A. et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 3455/05 : *Rec. CEDH* ; *RSC*, 2009, p. 672, obs. J.-P. MARGUÉNAUD. V. aussi CEDH, sect. V, 11 févr. 2010, *Raza c. Bulgarie*, req. n° 31465/08, en angl. ou CEDH, sect. IV, 27 juil. 2010, *Louled Massoud c. Malte*, req. n° 24340/08, en angl.

La Cour a estimé que les privations de liberté d'étrangers, pour des durées allant de quelques mois jusqu'à deux ans et demi, ne trouvaient plus leur cause dans l'exécution de l'expulsion, mais dans l'impossibilité d'expulser les étrangers dangereux pour l'ordre public, caractérisant un pur internement administratif, soit une mesure de sûreté échappant à la concurrence⁴²⁶⁷, sans lien de causalité avec une condamnation pénale⁴²⁶⁸. L'extension constante du champ de la privation de liberté trouve sa limite dans le refus ferme de l'internement administratif.

1011. L'admission du contrôle du bien-fondé du maintien de la privation de liberté de l'étranger malgré l'adoption d'une mesure provisoire. Dans une autre hypothèse particulière, liée à la poursuite de la privation de liberté de l'étranger après une mesure provisoire prise par la Cour, qui empêche temporairement l'éloignement, l'extradition, ou le refoulement, la Cour a apprécié directement le bien-fondé de la détention de l'étranger au regard de ses garanties de représentation⁴²⁶⁹, la solution restant respectueuse des États, pour ne pas imposer la libération⁴²⁷⁰. La Cour distingue bien dans ses raisonnements la privation de liberté antérieure à la mesure provisoire, de celle postérieure, si bien que le contrôle plus poussé du bien-fondé reste cantonné au contrôle de la seule période postérieure⁴²⁷¹. De toute manière, l'appréciation de la Cour demeure souple, tandis qu'elle admet des périodes de privation de liberté encore longues, ultérieurement à l'adoption de la mesure provisoire⁴²⁷².

1012. Le contrôle de la nécessité de la privation de liberté de l'étranger mineur. La Cour a aussi accentué son contrôle de la privation de liberté de l'étranger mineur en vue de son expulsion⁴²⁷³, en exigeant d'abord dans cette hypothèse seulement, un véritable contrôle du bien-fondé du placement, sous le visa de l'article 5 § 1^{er}-f), s'inspirant de sa

⁴²⁶⁷ V. *supra*, n° 396 et s.

⁴²⁶⁸ V. *supra*, n° 445 et s.

⁴²⁶⁹ CEDH, sect. II, 20 déc. 2011, *Yoh-Ekale Mwanje c. Belgique*, req. n° 10486/10 ; § 124. En l'espèce, la Cour notait notamment que « les autorités connaissaient l'identité exacte de la requérante, qu'elle résidait à une adresse fixe connue des autorités, qu'elle s'était toujours présentée aux convocations [des autorités] et qu'elle avait entamé plusieurs démarches [...] en vue de régulariser sa situation ». Le maintien en privation de liberté de l'étranger n'avait duré que sept semaines après l'adoption de la mesure provisoire.

⁴²⁷⁰ L'arrêt apparaissait toutefois en retrait avec une décision précédente de la Cour, qui, pour des faits similaires, avait validé la détention postérieure à la mesure provisoire prononcée par la Cour, bloquant l'éloignement, au regard de la célérité exceptionnelle de la libération, onze jours en l'espèce, en laissant entendre qu'une durée supérieure aurait pu constituer une violation de la Convention [CEDH, sect. II, 14 juin 2011, *S. P. c. Belgique*, req. n° 12572/08, *déc.*].

⁴²⁷¹ *Kasymakhunov* : *préc.*

⁴²⁷² *Ibid.* L'étranger avait été maintenu cinq mois après la mesure provisoire. – CEDH, sect. I, 18 sept. 2012, *Umirov c. Russie*, req. n° 17455/11, en angl. L'étranger avait été maintenu huit mois après la mesure provisoire. – CEDH, sect. I, 7 nov. 2013, *Ermakov c. Russie*, req. n° 43165/10, en angl. ; § 252. L'étranger avait été maintenu huit mois après la mesure provisoire, mais les juridictions internes avaient étudié des alternatives.

⁴²⁷³ CEDH, sect. I, 5 avr. 2011, *Rahimi c. Grèce*, req. n° 8687/08.

jurisprudence concernant l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme et notant l'existence d'un consensus international imposant que, pour « *toutes les décisions concernant des enfants, leur intérêt supérieur doit primer* ». Ce contrôle impose donc que les autorités nationales tiennent compte de la minorité de l'enfant dans la décision de placement en recherchant « *si le placement du requérant dans le centre de rétention [...] était une mesure de dernier ressort* » et s'il était possible de « *lui substituer une autre mesure moins radicale afin de garantir son expulsion* », à l'image de ses derniers développements sur le contrôle du placement en détention provisoire du mineur⁴²⁷⁴. Le principe du contrôle poussé du placement en privation de liberté du mineur est de nature à infiltrer la totalité de la privation de liberté.

1013. Vers un contrôle entier du bien-fondé de la privation de liberté de l'étranger. Enfin, la Cour a enrichi le contrôle de la durée raisonnable de la détention du demandeur d'asile, en prenant notamment compte des conditions matérielles de détention indignes dans cette appréciation⁴²⁷⁵. Si la jurisprudence européenne apparaît pour l'instant désordonnée, pour déployer un contrôle du bien-fondé plus poussé uniquement dans des cas exceptionnels, la multiplication des hypothèses pourrait aboutir progressivement à aligner le contrôle sur celui de la détention provisoire. Le contrôle du juge national du bien-fondé de la détention de l'étranger apparaît également incomplet.

B) Le contrôle incomplet du juge national

1014. L'apanage du juge judiciaire. Dès lors que le Conseil constitutionnel limite la réserve de compétence judiciaire à ce qu'elle dénomme « *la nécessité de la privation de liberté* »⁴²⁷⁶, le bien-fondé de la privation de liberté, même dans un domaine de rencontre entre les deux ordres de juridiction, reste de la compétence du juge judiciaire, investi de ce rôle par une disposition expresse de la Constitution : le rôle de gardien de la liberté individuelle concerne d'abord l'appréciation du bien-fondé de la privation de liberté. C'est donc à lui de justifier d'autant plus dans ce domaine qu'il mérite ce rôle, et il lui revient, dans son office naturel, de poser des principes forts, au-delà en tout cas du standard

⁴²⁷⁴ V. *supra*, n° 988.

⁴²⁷⁵ CEDH, sect. V, 23 juil. 2013, *Suso Musa c. Malte*, req. n° 42337/12, en angl.

⁴²⁷⁶ V. par ex. Cons. const., déc. n° 2010-71 QPC du 26 nov. 2010, [M^{me} S.] : *J. O.*, 27 nov. 2010, p. 21119 ; *Dr. Famille*, 2011, comm. n° 11, note I. MARIA ; *RFDA*, 2011, p. 951, chron. A. PENA ; *JCP*, 2011, n° 189, note K. GRABARCZYK ; *AJDA*, 2011, p. 174, X. BIOY ; consid. n° 37.

européen⁴²⁷⁷. Pourtant, le juge judiciaire développe un contrôle incomplet, qui touche autant le bien-fondé de la détention extraditionnelle (1) que celui de la privation de liberté de l'étranger en rétention administrative (2).

1) Le contrôle incomplet du bien-fondé de la détention extraditionnelle

1015. **Le contrôle de la nécessité de la détention extraditionnelle.** En matière d'extradition, la loi a introduit désormais un véritable contrôle d'*Habeas corpus*⁴²⁷⁸, et le recours pour contester la proportionnalité de la privation de liberté existe⁴²⁷⁹. Le juge de l'*Habeas corpus* décide du placement sous écrou extraditionnel, sauf à constater « *que sa représentation à tous les actes de la procédure est suffisamment garantie* », auquel cas il peut prononcer des mesures de contrôle moins attentatoires à la liberté individuelle⁴²⁸⁰. La jurisprudence a toujours rappelé que le recours en remise en liberté s'appréciait principalement à l'examen des seules garanties de représentation présentées par l'extradé, sous l'empire de la loi de 1927⁴²⁸¹, comme sous l'empire de la loi de 2004⁴²⁸². Le juge du fond de la privation de liberté se trouve bien investi du contrôle de la nécessité de la privation de liberté, dès l'*Habeas corpus*, puis du maintien de sa nécessité, en cours d'exécution⁴²⁸³. La Cour de cassation se contente en revanche de la motivation caractérisant l'insuffisance des

⁴²⁷⁷ En vertu de l'intégration par la Cour européenne des droits de l'Homme du contrôle qu'elle réalise sur le fondement de l'article 5 § 1^{er} dans l'office du juge national saisi d'une contestation de la légalité de la privation de liberté sur le fondement de l'article 5 § 4 [v. *supra*, n° 842], le juge français doit *a minima* respecter le contrôle limité du bien-fondé réalisé par la Cour européenne des droits de l'Homme [v. *supra*, n° 1008 et s.].

⁴²⁷⁸ L'article 696-11 du Code de procédure pénale le confie au premier président de la Cour d'appel. Un tel dispositif n'existait pas avant la loi de 2011 et la Chambre criminelle excluait, conformément à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, que l'article 5 § 3 bénéficie au détenu sous écrou extraditionnel [Cass. crim., 8 mars 2011, n° 10-88.762 : *Bull. crim.*, n° 49]. De manière plus contestable, la Chambre criminelle avait exclu que le placement sous écrou extraditionnel par le magistrat du parquet, sans contrôle judiciaire jusqu'à ce que le détenu formule une demande de remise en liberté devant la chambre d'accusation, pose un problème de constitutionnalité [Cass. crim., 7 juin 2011, n° 11-90.034 : *inédit*]. Dans ce cas, l'*Habeas corpus* sert nettement à prolonger la privation de liberté, sans application des garanties du procès équitable, dans l'attente de la saisine du tribunal, en l'espèce la chambre de l'instruction, qui peut être saisie à tout moment d'une demande de remise en liberté [art. 696-19 CPP].

⁴²⁷⁹ V. l'art. 696-19 CPP. La mise en liberté peut-être demandée à tout moment devant la chambre d'instruction, la loi précisant que celle-ci doit statuer « *dans les plus brefs délais* », sans préciser les cas de libération.

⁴²⁸⁰ Art. 696-11 CPP.

⁴²⁸¹ Cass. crim., 4 sept. 2002, n° 02-84.590 : *inédit*.

⁴²⁸² Cass. crim., 9 nov. 2005, n° 05-85.096 : *Bull. crim.*, n° 289. – Cass. crim., 1^{er} févr. 2006, n° 05-86.536 : *inédit*. En l'espèce, la Chambre criminelle rejetait la prise en compte de la vie familiale dans le cadre de la demande de remise en liberté.

⁴²⁸³ Le contrôle du juge national dépasse sur ce point le standard européen, qui fait de l'existence de la procédure d'extradition la seule condition de l'appréciation de la nécessité de la privation de liberté [v. *supra*, n° 1008].

garanties de représentation par des considérations générales et abstraites⁴²⁸⁴, en lien avec la gravité des faits, la sévérité de la peine, ou encore le trouble à l'ordre public causé en France ou dans l'État demandeur⁴²⁸⁵, dévoilant un contrôle en droit peu exigeant⁴²⁸⁶, sans obliger le juge du fond à réaliser un contrôle plus intense au fur et à mesure de l'allongement de la durée de privation de liberté.

1016. L'absence de contrôle de la durée raisonnable de la privation de liberté. La Chambre criminelle, lorsqu'est invoquée devant elle la contestation de la durée raisonnable, l'écarte, sauf à caractériser la violation d'un délai exprès prévu par la loi⁴²⁸⁷ ou les conventions, au motif que la demande de remise en liberté s'apprécie uniquement au regard de la suffisance des garanties effectives de représentation⁴²⁸⁸. Un arrêt plus ancien⁴²⁸⁹ refusait même de déduire de l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'Homme l'obligation d'assurer le contrôle de la durée raisonnable, dès lors que celui-ci ne conditionnerait la privation de liberté qu'à l'existence et à la poursuite de la procédure d'extradition⁴²⁹⁰. Cette position n'apparaît toutefois plus tenable, dès lors que la Cour européenne fait désormais clairement de la durée raisonnable une condition de la conventionnalité de la détention⁴²⁹¹, même si son appréciation est limitée, et que seule

⁴²⁸⁴ Cass. crim., 2 mai 2007, n° 07-81.050 : *inédit*. En l'espèce, le juge du fond avait motivé la détention dès lors que « l'importance de la peine qu'il aurait à subir en cas de remise aux autorités roumaines, à savoir quatre ans d'emprisonnement, est de nature à l'inciter fortement à fuir à nouveau vers un autre pays ; qu'il en va de même de la peine qu'il encourt pour les délits commis en France ; qu'un contrôle judiciaire apparaît insuffisant en raison de la porosité des frontières nationales, à garantir son maintien sur le sol français et ce d'autant plus qu'il a des facilités pour se procurer une fausse identité ou des documents administratifs falsifiés ». – Cass. crim., 29 juin 2011, n° 11-81.985 : *inédit*. Se trouve conforté le juge du fond qui « énonce que les garanties de représentation offertes par M. X..., qui était recherché par Interpol, sont insuffisantes, que son refus d'être remis aux autorités russes peut l'inciter à prendre de nouveau la fuite et que son maintien en détention au titre de la procédure d'extradition en cours permet de garantir son maintien à la disposition de la justice ».

⁴²⁸⁵ Cass. crim., 21 nov. 2007, 07-86.158 : *inédit*. En l'espèce, le juge du fond avait constaté des garanties de représentation satisfaisantes en France mais pas assez fortes dans le pays requérant. – Cass. crim., 15 oct. 1985, n° 85-94.474 : *Bull. crim.*, n° 313.

⁴²⁸⁶ V. pour le rejet sur ce point d'une question préalable de constitutionnalité quant au défaut de l'effectivité de ce recours écarté par la Cour de cassation sur le fondement de son contrôle sur la chambre d'accusation, Cass. crim., 27 sept. 2011, n° 11-90.086 : *inédit*.

⁴²⁸⁷ V. par ex. l'art. 696-18 CPP imposant la remise de l'extradé dans un délai d'un mois après la notification du décret d'extradition.

⁴²⁸⁸ Cass. crim., 27 mars 2001, n° 01-80.332 : *Bull. crim.*, n° 79. – Cass. crim., 4 sept. 2002, n° 02-84.590 : *inédit*.

⁴²⁸⁹ Cass. crim., 7 sept. 1993, n° 93-82.751 : *Bull. crim.*, n° 264.

⁴²⁹⁰ La Chambre criminelle faisait ici une confusion, la Cour européenne des droits de l'Homme rejetant seulement le refus le contrôle de la pertinence et de la suffisance des motifs justifiant la détention extraditionnelle sur ce motif.

⁴²⁹¹ V. *supra*, n° 1008. Le recours français, d'une étendue insuffisante par rapport à l'article 5 § 4, viole en conséquence la violation. Dans une autre décision, alors que le moyen soulevait la violation du délai raisonnable, sur le fondement inopérant de l'article 5 § 3 [celui-ci concerne le suspect] mais aussi sur celui efficace de l'article 5 § 1^{er} f) [la Cour sanctionne bien la détention extraditionnelle disproportionnée en raison du défaut des autorités à mener la procédure avec la diligence nécessaire sur ce fondement ; v. *Quinn* : *préc.* ; § 48], la

l'inaction des autorités permet de constater sa disproportion. Ces solutions aboutissent à confier au juge du fond de la privation de liberté un pouvoir d'appréciation incomplet, supérieur sur un plan au standard européen et inférieur sur un autre, contrôle incomplet que l'on retrouve en matière de rétention administrative.

2) Le contrôle incomplet du bien-fondé de la rétention administrative de l'étranger

1017. **Le développement du contrôle de la proportionnalité de la privation de liberté.** Alors que cet élément est écarté du contrôle judiciaire national du bien-fondé de la détention extraditionnelle⁴²⁹², la Cour de cassation, dans le silence de la loi, a doté le juge du fond du contrôle de la durée raisonnable de la rétention administrative, ce dernier pouvant refuser de la prolonger si l'administration n'arrive pas à démontrer qu'elle a œuvré avec une particulière diligence dans la conduite de la procédure d'éloignement. La consécration de ce critère, rappelant la notion érigée par la Cour européenne des droits de l'Homme dans le contentieux de la détention provisoire⁴²⁹³, a été récemment précisée⁴²⁹⁴, puis rappelée fermement⁴²⁹⁵, alors que ce contrôle apparaît comme une exigence constitutionnelle⁴²⁹⁶ et européenne⁴²⁹⁷.

Chambre criminelle avait rejeté le pourvoi en rappelant la seule inapplicabilité de l'article 5 § 3 [Cass. crim., 14 janv. 2003, n° 02-87.054 : *inédit*].

⁴²⁹² V. *supra*, n° 1016.

⁴²⁹³ V. *supra*, n° 985.

⁴²⁹⁴ Cass. civ. II, 30 nov. 2000, n° 99-50.085 : *Bull. civ. II*, n° 158. Se trouve justifié le refus de la prolongation de la rétention dès lors que « le préfet [...] n'[apporte] pas les justifications des diligences qui lui incombent pour exécuter la mesure d'éloignement ».

⁴²⁹⁵ Cass. civ. I, 16 juin 2011, n° 10-18.226 : *Bull. civ. I* ; *Rev. crit. DIP*, 2012, p. 82, obs. S. CORNELOUP. En l'espèce, l'administration arguait avoir arrêté de mener des diligences pour exécuter l'éloignement, du fait que l'étranger avait formulé une demande d'asile, qui suspendait l'exécution de l'éloignement, argument dont ne tenait pas compte la Cour de cassation.

⁴²⁹⁶ Cons. const., déc. n° 2003-484 DC du 20 nov. 2003 portant sur la loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité : *J. O.*, 27 nov. 2003, p. 20154 : *Gaz. Pal.*, 2005, doct., p. 685, comm. J. BOYER ; consid. n° 51 ; *LPA*, 20 janv. (partie I) et 21 janv. (partie II) 2004, p. 10, comm. J.-É. SCHOETTL ; consid. n° 66 : « l'étranger ne peut être maintenu en rétention que pour le temps strictement nécessaire à son départ, l'administration devant exercer toute diligence à cet effet ; [...] l'autorité judiciaire conserve la possibilité d'interrompre à tout moment la prolongation du maintien en rétention, de sa propre initiative ou à la demande de l'étranger, lorsque les circonstances de droit ou de fait le justifient ». Cette décision reste une des rares dans la jurisprudence constitutionnelle à se prononcer précisément sur le contrôle judiciaire du bien-fondé de la privation de liberté.

⁴²⁹⁷ V. *supra*, n° 1009.

1018. **La sujétion de l'appréciation du juge judiciaire du fond de la nécessité de la privation de liberté.** La transformation par le juge judiciaire de la privation de liberté en assignation à résidence, alternative clé du contrôle de nécessité, est « *exceptionnelle* »⁴²⁹⁸ selon les termes de la loi et conditionnée par l'existence de « *garanties de représentation effectives* », « *après remise à un service de police ou à une unité de gendarmerie de l'original du passeport et de tout document justificatif de son identité* ». La remise des documents d'identité limite l'appréciation du juge, celle-ci étant imposée sous peine de nullité⁴²⁹⁹ : elle doit avoir lieu préalablement à la décision⁴³⁰⁰ et être réalisée entre les mains d'un service de police ou de gendarmerie, et non du juge⁴³⁰¹. Si la remise du passeport satisfait la condition formelle⁴³⁰², à condition qu'il soit en cours de validité⁴³⁰³, remise de tout autre document ne suffisant pas⁴³⁰⁴. Le contrôle de la nécessité et de l'insuffisance des alternatives à la détention subit en conséquence une suggestion formelle ferme, destinée à assurer l'efficacité de l'éloignement.

1019. Le juge du fond bénéficie d'un pouvoir souverain de l'appréciation de la suffisance des garanties de représentation⁴³⁰⁵, celui-ci étant libre de se fonder sur les critères de son choix, comme la situation familiale de l'étranger, son état de santé⁴³⁰⁶, son état de grossesse⁴³⁰⁷, ou encore la stabilité de son domicile et de sa situation professionnelle⁴³⁰⁸.

⁴²⁹⁸ La décision doit même faire l'objet d'une motivation spéciale si l'étranger s'est déjà dérobé à une première mesure d'éloignement [art. L. 552-4 CESEDA].

⁴²⁹⁹ Cass. civ. II, 15 juin 1994, n° 93-50.022 : *Bull. civ. II*, n° 204.

⁴³⁰⁰ Cass. civ. II^e, 15 mars 1995, n° 94-50.019 : *inédit*.

⁴³⁰¹ Cass. civ. I, 14 mars 2006, n° 04-50.160 : *Bull. civ. I*, n° 158 ; *AJP*, 2006, p. 221, obs. H. GACON.

⁴³⁰² Cass. civ. II, 18 sept. 1996, n° 95-50.066 : *Bull. civ. II*, n° 215 ; la Cour de cassation y résume la condition formelle à la remise « *à tout le moins, d'un passeport* ». V. pour la même formule Cass. civ. II, 11 juin 1997, n° 96-50.090 : *inédit* ; en l'espèce, l'étranger avait remis sa carte nationale d'identité, remise insuffisante pour satisfaire la condition formelle. Le passeport pour satisfaire la loi doit être en cours de validité [Cass. civ. I, 1^{er} juil. 2009, n° 08-15.054 : *Bull. civ. I*, n° 149. – Cass. civ. I, 9 mars 2011, n° 09-71.475 : *inédit*]. Le juge judiciaire peut au surplus prolonger la rétention administrative et rejeter l'assignation à défaut d'avoir suffisamment d'éléments pour apprécier l'authenticité du document [Cass. civ. I, 13 déc. 2005, n° 04-50.111 : *Bull. civ. I*, n° 415].

⁴³⁰³ Cass. civ. I, 1^{er} juil. 2009, n° 08-15.054 : *Bull. crim.*, n° 149.

⁴³⁰⁴ Ainsi, le reçu remis à l'étranger par l'office français des étrangers et des apatrides n'est pas un document de nature à établir l'identité de l'étranger [Cass. civ. II, 31 janv. 1996, n° 95-50.021 : *Bull. civ. II*, n° 22]. Un récépissé valant titre provisoire de séjour n'est pas non plus considéré comme un document utile [Cass. civ. II, 11 juin 1997, n° 96-50.063 : *inédit*]. D'autres documents comme la déclaration de la perte d'une carte d'identité, des bulletins de paye ou encore une carte professionnelle ne peuvent satisfaire la condition formelle en l'absence de remise du passeport [Cass. civ. II, 11 juin 1997, n° 96-50.034 : *inédit*]. La Cour de cassation a d'ailleurs rappelé strictement l'exigence de la remise du passeport, que même une carte d'identité ne peut suppléer, puisque « *la remise du passeport a pour objet de garantir que l'étranger faisant l'objet d'une mesure d'éloignement sera en possession du document permettant d'assurer son départ effectif du territoire national* » [Cass. civ. I, 25 avr. 2006, n° 04-50.155 : *inédit*].

⁴³⁰⁵ Cass. civ. II, 2 nov. 1994, n° 93-50.019 : *Bull. civ. II*, n° 213.

⁴³⁰⁶ Cass. civ. II, 11 juin 1997, n° 96-50.090 : *inédit*.

⁴³⁰⁷ Cass. civ. II, 11 juin 1997, n° 96-50.064 : *inédit*.

Pourtant, la Cour de cassation a censuré des motivations du juge du fond accordant l'assignation à domicile, en raison de son défaut de motivation, sanctionnant par exemple le juge du fond se référant vaguement au domicile de l'étranger⁴³⁰⁹. Dans ce contrôle de la motivation de la liberté, la Cour contrôle aussi la pertinence de la motivation du juge du fond et fait du comportement de l'étranger et de sa coopération à la procédure d'éloignement un critère central de l'octroi de l'assignation à résidence⁴³¹⁰. Ces quelques exemples dévoilent un contrôle strict de la motivation par le juge du fond de la liberté, plus sévère en tout cas de celle de la privation de liberté, conformément à l'esprit de la loi, qui en fait une décision exceptionnelle et dérogatoire.

⁴³⁰⁸ Cass. civ. I, 14 mars 2006, n° 04-50.159 : *Bull. civ. I*, n° 157.

⁴³⁰⁹ Cass. civ. II, 15 févr. 1995, n° 94-50.023 : *inédit*.

⁴³¹⁰ Ainsi la Cour de cassation contredisait le juge refusant de prolonger malgré l'obstruction réalisée par l'étranger à l'exécution de la mesure d'éloignement [Cass. civ. II, 29 nov. 2001, n° 00-50.116 : *inédit*]. La Cour de cassation validait en revanche la motivation du juge du fond s'appuyant sur l'opposition déclarée de l'étranger à la mesure d'éloignement pour valider la prolongation de la détention [Cass. civ. II, 11 juin 1997, n° 96-50.061 : *inédit*]. Cette appréciation ne peut aller jusqu'à apprécier une demande d'asile dilatoire et abusive dès lors que la demande constitue toujours un droit de l'étranger [Cass. civ. I, 29 juin 2011, n° 10-21.431 : *Bull. crim.*, n° 131 ; *Rev. crit. DIP*, 2012, p. 82, obs. S. CORNELOUP].

1020. **Le droit incomplet de l'étranger de contester le bien-fondé de la privation de liberté : le rejet de son autonomie.** Si le contrôle au fond du bien-fondé de la privation de liberté de l'étranger manque d'envergure et apparaît plus faible encore que le standard minimum de la détention provisoire, c'est en partie la faute du législateur national qui a restreint les éléments de son contrôle, poursuivant son œuvre privilégiant le recours à la privation de liberté. C'est aussi la faute du juge judiciaire, qui a appliqué strictement la loi ou dans son silence, n'a pas défendu une appréciation large du bien-fondé, sans que la jurisprudence européenne ne soit non plus d'un grand secours, au regard de sa faiblesse. La position de la Cour de cassation étonne, alors qu'elle a au contraire contenu le recours à la privation de liberté de l'étranger, en haussant le contrôle de sa régularité⁴³¹¹. Les solutions, auxquelles il faut ajouter celles tenues par le juge national en matière de détention provisoire⁴³¹², montrent une certaine répugnance du juge en droit de la privation de liberté à guider l'appréciation du juge du fond sur le bien-fondé. C'est bien une présomption du bien-fondé de la privation de liberté que le législateur organise pour l'étranger, son renversement devant se justifier uniquement par des éléments exceptionnels. La peine privative de liberté donne également lieu à un contrôle judiciaire limité du bien-fondé.

⁴³¹¹ V. *supra*, n° 936.

⁴³¹² V. *supra*, n° 995 et s.

§ 2./ LE DROIT INCOMPLET DE CONTESTER LE BIEN-FONDÉ DE LA PEINE PRIVATIVE DE LIBERTÉ

1021. **L'absence de contrôle européen du bien-fondé de la peine.** La peine privative de liberté, du fait de son rattachement à l'expression de la politique pénale, demeure traditionnellement soumise à un contrôle faible de la part de la Cour européenne des droits de l'Homme, limité à la régularité de la peine, par exemple en vérifiant la compétence du tribunal qui a prononcé la peine⁴³¹³, ou en contrôlant le calcul légal du terme de la peine, au regard du droit interne de l'aménagement des peines⁴³¹⁴. Le principe d'individualisation de la peine au stade de la condamnation n'est pas reconnu par la Cour européenne des droits de l'Homme, qui tolère même la peine perpétuelle obligatoire⁴³¹⁵. Quant à la libération conditionnelle, nous avons vu qu'un tel mécanisme n'est pas imposé par la Convention⁴³¹⁶, la Cour rejette par principe le contrôle de l'aménagement des peines⁴³¹⁷, de même qu'elle ne règle pas le contenu de la privation de liberté⁴³¹⁸, si ce n'est le respect du standard minimum de la dignité des conditions matérielles de détention⁴³¹⁹. La jurisprudence de la Cour tend toutefois à développer pour la peine sa notion classique de la lutte contre l'arbitraire, sur le fondement de l'article 5 § 1^{er} pour la peine perpétuelle, y rassemblant ses avancées anciennes sur la requalification de la peine⁴³²⁰ en mesure de sûreté⁴³²¹, et des acquis plus récents, comme le contrôle de la procédure pénale d'un État tiers à la Convention, lorsque un État lié à la Convention participe à l'exécution de la peine prononcée par le premier État⁴³²². La Cour européenne des droits de l'Homme a ouvert un nouveau champ de contrôle de la peine, sans le

⁴³¹³ Outre la vérification en droit de la compétence de la juridiction [CEDH, gde ch., 8 juil. 2004, *Ilascu et autres c. Moldavie et Russie*, req. n° 48787/99 : *Rec. CEDH*, 2004-VII. – CEDH, sect. I, 12 févr. 2013, *Yefimenko c. Russie*, req. n° 152/04, en angl.], la notion permet par exemple à la Cour de contrôler la procédure de contumace [CEDH, sect. I, 24 mars 2005, *Stoichkov c. Bulgarie*, req. n° 9808/02, en angl.].

⁴³¹⁴ CEDH, sect. III, 9 juil. 2013, *Ciobanu c. Roumanie et Italie*, req. n° 4509/08.

⁴³¹⁵ V. *supra*, n° 783.

⁴³¹⁶ V. *supra*, n° 785 et s.

⁴³¹⁷ V. *supra*, n° 810.

⁴³¹⁸ V. *supra*, n° 503 et s.

⁴³¹⁹ V. *supra*, n° 519 et s.

⁴³²⁰ *Saadi*, gde ch. : *préc.*

⁴³²¹ V. *supra*, n° 770 et s.

⁴³²² Ce contrôle, sous l'angle de l'article 5, sert alors à apprécier la conventionnalité de la peine appliquée par un État partie à la Convention, qui a été prononcée par un État étranger à la Convention [v. CEDH, sect. IV, 8 janv. 2013, *Willcox et Hurford c. Royaume-Uni*, req. n°s 43759/10 et 43771/12, *déc.*, en angl.], ou de celle qui pourrait être prononcée par un État tiers, en cas de remise de l'individu par l'État partie, dans le contentieux désormais classique de la violation de la Convention par ricochet [*Othman (Abu Qatada) c. Royaume-Uni* : *préc.*; § 258 et s.]. Il reste limité au « déni de justice flagrant » et dépasse en conséquence la simple violation du procès équitable mais « s'applique aux procès manifestement contraires aux dispositions de l'article 6 ou aux principes consacrés par cet article » [*ibid.*].

limiter à la peine perpétuelle et sur le fondement de l'article 3, s'arrogeant le contrôle de sa disproportion manifeste, sans aboutir à une décision de censure⁴³²³. D'autres éléments dans la jurisprudence européenne tendent à établir un meilleur contrôle de la peine perpétuelle, comme l'application de l'article 6 à l'aménagement des peines⁴³²⁴. Si ni l'appréciation de la nécessité de la peine privative de liberté, ni le contrôle de sa proportionnalité, ne sont assurés par la Convention, sa jurisprudence montre toutefois un développement du contrôle de celle-ci, dont les progrès sont sûrement à suivre. Le contrôle judiciaire de l'appréciation du bien-fondé de la peine privative de liberté subit également en droit français une double limitation. L'amputation du juge du fond de la pleine appréciation de la nécessité de la détention *sanction* a été admise par les peines minimales (A). L'autre limitation provient du contrôle défaillant du juge du droit du bien-fondé de la peine privative de liberté (B).

A) L'amputation du juge du fond de la pleine appréciation de la nécessité de la détention sanction : les peines minimales

1022. **La poursuite du mouvement contemporain de méfiance du juge judiciaire.** L'appréciation par le juge judiciaire du bien-fondé de la privation de liberté apparaît dans la législation moderne, non plus comme une garantie indispensable à la protection de la liberté individuelle, mais comme une contrainte pour la protection de l'ordre public, au point qu'on a même proposé de lui enlever sa compétence en matière de détention de l'étranger au profit du juge administratif⁴³²⁵, qu'on a bridé son pouvoir de libération⁴³²⁶, qu'on a reculé l'*Habeas corpus*⁴³²⁷ pour accroître le temps de privation de liberté propre aux autorités de police, et seule sa soumission à une décision non juridictionnelle a été fermement rejetée⁴³²⁸. Désormais le législateur cherche à le contraindre à prononcer la privation de

⁴³²³ CEDH, sect. IV, 10 avr. 2012, *Babar Ahmad et autres c. Royaume-Uni*, req. n^{os} 24027/07, 11949/08, 36742/08, 66911/09 et 67354/09, en angl. La décision semble admettre que l'extradition de l'étranger dans un pays où il encourt une peine privative manifestement disproportionnée pourrait entraîner une violation de la Convention. Ce contrôle est toutefois très léger, la gravité de l'infraction suffisant à écarter la disproportion même pour une peine de perpétuité réelle. – *Willcox et Hurford, déc. : préc.* Elle réalisait le même contrôle faible de la proportionnalité pour la peine prononcée par l'État tiers, puis pour la peine convertie par l'État partie, dans le cadre de l'application d'un transfèrement.

⁴³²⁴ V. *supra*, n^o 835 et s.

⁴³²⁵ V. la proposition durant la campagne présidentielle de 2012 du Président de la République Nicolas Sarkozy dans un entretien donné au *Figaro Magazine* le 10 février 2012.

⁴³²⁶ V. *supra*, n^o 705 et s.

⁴³²⁷ V. *supra*, n^o 728 et s.

⁴³²⁸ V. *supra*, n^o 700.

liberté, soit en exigeant la motivation de la libération⁴³²⁹, soit par la mise en place d'une obligation de priver de liberté⁴³³⁰, principalement par le mécanisme des peines minimales⁴³³¹.

1023. La nécessité d'un contrôle poussé du bien-fondé dès la condamnation : le fondement de l'individualisation. Pourtant, à la différence de la détention provisoire ou de la détention de l'étranger, la condamnation à une peine privative de liberté constitue l'aboutissement d'une procédure pénale, dont la durée permet de renseigner le juge sur l'ensemble des éléments utiles à l'appréciation du bien-fondé, en particulier des éléments de personnalité. Le contrôle constitutionnel léger de la délimitation de la détention *sanction*⁴³³², la reconnaissance mesurée de l'application à la peine privative de liberté du contrôle périodique à bref délai⁴³³³ et le défaut d'encadrement conventionnel⁴³³⁴ imposent *a fortiori* ce contrôle maximal du bien-fondé de la privation de liberté dès la condamnation, et ces différentes solutions ne peuvent être admises que par le large pouvoir d'appréciation du juge pénal du bien-fondé de la peine, conformément aux principes directeurs de l'individualisation de la peine⁴³³⁵.

1024. Le contrôle constitutionnel léger des peines minimales en cas de récidive. Jusqu'à l'instauration des peines minimales pour les récidivistes et depuis qu'elles avaient été supprimées dans le Code pénal, le juge judiciaire se trouvait libre d'apprécier la nécessité de la peine privative de liberté⁴³³⁶. Cette longue évolution législative fondée sur

⁴³²⁹ V. par ex., pour la libération de l'étranger en rétention administrative en raison de l'existence de garanties de représentation, *supra*, n° 1019.

⁴³³⁰ V. pour le mandat de dépôt obligatoire à l'audience, l'art. 465-1 CPP. L'obligation de décerner le mandat de dépôt est toutefois relative, puisque par une décision spécialement motivée, le juge peut toujours écarter la privation de liberté. Le Conseil constitutionnel validait en notant la possibilité pour le juge de déroger au prononcé du mandat de dépôt [Cons. const., déc. n° 2005-527 DC du 8 déc. 2005 portant sur la loi relative au traitement de la récidive des infractions pénales : *J. O.*, 13 déc. 2005, p. 19162 ; *D.*, 2006, p. 966, comm. F. ROUVILLOIS ; *AJP*, 2007, p. 357, comm. M. HERZOG-EVANS (spéc. sur la prévention de la récidive) ; *ibid.*, p. 352, comm. D. BLANC (spéc. sur les peines minimales) ; *ibid.*, p. 356, comm. PH. BONFILS (spéc. sur le droit des mineurs) ; *ibid.*, p. 367, comm. C. MANZANERA (spéc. sur l'obligation de soins) ; consid. n° 10 ; consid. n° 2 et s.].

⁴³³¹ Le droit français rejoignait ainsi un mouvement bien implanté dans le droit anglo-saxon, même si une certaine décrue de cette conception apparaît désormais [M. HARAVON, « Tolérance zéro : où en est le tout-carcéral en Angleterre et aux États-Unis » ; *D.*, 2013, p. 2235].

⁴³³² V. *supra*, n° 364 et s.

⁴³³³ V. *supra*, n° 768 et s.

⁴³³⁴ V. *supra*, n° 1021.

⁴³³⁵ V. pour une présentation des problématiques classiques de l'individualisation des peines, J. H. SYR, « Les avatars de l'individualisation dans la réforme pénale » ; *RSC*, 1994, p. 217. V. pour une approche plus pragmatique de l'individualisation et de ses enjeux, B. LAVIEILLE, « La peine, demain comme aujourd'hui ? » ; *AJP*, 2013, p. 186. V. pour une approche plus historique de l'individualisation, J. PRADEL, « L'individualisation de la sanction : essai d'un bilan à la veille d'un nouveau code pénal » ; *RSC*, 1977, p. 723.

⁴³³⁶ Seule la disposition de l'article 132-18 du Code pénal obligeait le juge à prononcer au minimum une peine d'emprisonnement, qui ne peut être inférieure à deux ans pour une infraction punie de la réclusion ou de la détention criminelle à perpétuité, ou une peine d'emprisonnement qui ne peut être inférieure à un an pour une infraction punie de la réclusion ou la détention criminelle à temps. Une telle peine reste éligible aux différents

l'individualisation de la peine et la lutte contre la courte peine d'emprisonnement est désormais bien entamée par les peines minimales⁴³³⁷. Le mécanisme permet de contraindre le juge à prononcer une peine privative de liberté⁴³³⁸, et s'applique au mineur⁴³³⁹. Saisi dès leur création, le Conseil constitutionnel admettait qu'un tel système avait pour effet de limiter l'individualisation de la peine, principe enfin clairement reconnu comme constitutionnel sur le fondement de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen⁴³⁴⁰. En revanche, le Conseil constitutionnel admettait largement que le législateur y porte atteinte pour assurer le simple objectif de répression efficace des infractions, sans en préciser la valeur, comme si la pleine appréciation par le juge judiciaire du bien-fondé de la privation de liberté était contraire à cet objectif. Reprenant les critères classiques de l'individualisation de la peine, le Conseil distinguait le critère « *de la personnalité de l'auteur de l'infraction* » de celui de la gravité des infractions, ce dernier pouvant être le seul pris en compte pour fixer la peine, y compris pour le mineur. Le principe était limité autant dans sa valeur que dans son contenu. Quant à son effet enfin, seul le prononcé d'une peine minimale dépourvue de tout sursis, même seulement partiel, semblait porter une atteinte suffisamment grave au principe d'individualisation pour entraîner une violation de la Constitution.

1025. L'interdiction des peines minimales pour le mineur hors récidive.

Le même contrôle s'appliquait à la peine minimale développée ultérieurement pour certaines infractions délictuelles, hors le cas de la récidive⁴³⁴¹, même si le Conseil constitutionnel semblait au moins cantonner le mécanisme à une infraction réprimant une atteinte à la sécurité

sursis ou aménagements, si bien que si l'emprisonnement doit être prononcé, le juge garde encore à sa disposition les moyens de ne pas le faire appliquer.

⁴³³⁷ Elles ont été instaurées par la loi n° 2007-1198 du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs : *J. O.*, 11 août 2007 p. 13466 ; *AJP*, 2007, p. 352, comm. D. BLANC (spéc. sur les peines minimales) ; *ibid.*, p. 363, comm. PH. BONFILS (spéc. su le droit des mineurs) ; *D.*, 2007, p. 2247, comm. J. PRADEL ; *JCP*, 2007, I, n° 196, comm. É. GARÇON.

⁴³³⁸ Art. 132-18-1 et s. CP. Le premier étage, pour la simple récidive correctionnelle, impose au juge de prononcer une peine privative de liberté minimale par principe, celui-ci pouvant par exception rejeter la peine d'emprisonnement ou descendre en-dessous du seuil quant au *quantum*, par une décision spécialement motivée « *en considération des circonstances de l'infraction, de la personnalité de son auteur ou des garanties d'insertion ou de réinsertion présentées par celui-ci* ». Le deuxième étage, pour les peines correctionnelles en nouvel état de récidive légal et pour les peines criminelles simplement en récidive légale, oblige le prononcé d'une peine privative de liberté et permet uniquement au juge judiciaire de baisser le *quantum* de la peine en dessous du seuil, par une décision spéciale reprenant les mêmes éléments. Enfin, le modèle le plus dur, pour les peines criminelles en nouvel état de récidive, oblige aussi le prononcé d'une peine privative de liberté et n'admet que la baisse au seuil de référence en considération d'éléments plus strictement définis encore, « *des garanties exceptionnelles d'insertion ou de réinsertion* ».

⁴³³⁹ Art. 20-2 de l'ord. n° 45-174 du 2 févr. 1945 relative à l'enfance délinquante.

⁴³⁴⁰ Cons. const., déc. n° 2007-554 DC du 9 août 2007 portant sur la loi renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs : *J. O.*, 11 août 2007, p. 13478.

⁴³⁴¹ Art. 113-19-2 CP. Par une décision motivée, le juge du fond peut prononcer une autre peine que l'emprisonnement « *en considération des circonstances de l'infraction, de la personnalité de son auteur ou des garanties d'insertion ou de réinsertion présentées par celui-ci* ».

des personnes aggravée⁴³⁴². Outre la volonté de laisser au législateur une large marge d'appréciation dans la politique criminelle, la faiblesse du contrôle semble aussi trouver sa source dans la volonté du Conseil de ne pas reconnaître à plein l'individualisation dans un fondement, l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, qui s'applique à toute peine, même la moins grave. C'est d'ailleurs par l'usage des principes spécifiques aux droits des mineurs, et non le principe général de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen⁴³⁴³, que le Conseil constitutionnel a censuré les peines minimales des mineurs, en dehors de toute récidive, dans un principe visant autant les crimes que les délits⁴³⁴⁴. Le Conseil constitutionnel ne précisait pas quel principe du droit pénal des mineurs était employé pour aboutir à la censure, ou « *l'atténuation de la responsabilité pénale des mineurs en fonction de l'âge* » ou « *la nécessité de rechercher le relèvement éducatif et moral des enfants délinquants par des mesures adaptées à leur âge et à leur personnalité* », mais ils rejoignent finalement l'individualisation⁴³⁴⁵ : l'usage de ce fondement, plutôt que l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, présente l'avantage de limiter la portée de cette jurisprudence. Il en ressort un état du droit assez complexe, selon que la peine minimale concerne un cas de récidive ou non et selon qu'elle concerne un majeur ou un mineur⁴³⁴⁶, pour un contrôle qui reste globalement faible pour l'ensemble des hypothèses.

1026. Les exigences constitutionnelles minimales concernant le contrôle judiciaire du bien-fondé de la peine privative de liberté. Finalement, le contrôle constitutionnel de la peine privative de liberté ne se montre guère plus vigoureux que le contrôle européen⁴³⁴⁷ : le contrôle abstrait de la délimitation de la peine privative de liberté est faible⁴³⁴⁸, et le sens de la peine privative de liberté défini par le Conseil constitutionnel ne

⁴³⁴² Cons. const., déc. n° 2011-625 DC du 10 mars 2011 relative à la loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure : *J. O.*, 15 mars 2011, p. 4630 ; consid. n° 23 : le Conseil notait que « *la disposition contestée ne s'applique qu'à des atteintes à l'intégrité physique des personnes, caractérisées par au moins une ou plusieurs circonstances aggravantes et punies d'une peine d'au moins sept ans d'emprisonnement* ».

⁴³⁴³ Celui-ci avait été employé pour valider les peines minimales appliquées au mineur, selon un mécanisme identique aux majeurs, sauf l'application de l'atténuation de la responsabilité [déc. n° 2007-554 DC du 9 août 2007 ; consid. n° 27].

⁴³⁴⁴ Déc. n° 2011-625 DC du 10 mars 2011 : *préc.* ; consid. n° 26.

⁴³⁴⁵ Surtout que le Conseil constitutionnel fait de l'irresponsabilité pénale des personnes atteintes de troubles mentaux un élément de l'individualisation.

⁴³⁴⁶ La peine minimale du mineur non récidiviste, même pour des infractions très graves et alors que le juge judiciaire conservait par exception le pouvoir de ne pas prononcer une peine d'emprisonnement, est inconstitutionnelle sur le fondement des principes fondamentaux de la République du droit pénal des mineurs. La peine minimale du mineur récidiviste ou du majeur récidiviste, sans distinction, est tolérée par le principe d'individualisation, dès lors que le juge judiciaire peut assortir cette peine d'un sursis partiel.

⁴³⁴⁷ *V. supra*, n° 1021.

⁴³⁴⁸ *V. supra*, n° 365 et s.

semble être qu'un simple objectif⁴³⁴⁹. Quant aux exigences tenant au contrôle judiciaire du bien-fondé de la peine privative de liberté, l'individualisation au stade du prononcé, faiblement reconnue, supporte les peines minimales⁴³⁵⁰, l'aménagement de la peine privative de liberté durant son cours peut être en grande partie neutralisé⁴³⁵¹ et la judiciarisation de leur octroi bénéficie d'une reconnaissance constitutionnelle ambiguë⁴³⁵². Dans le standard supra-légal, la détention *sanction* bénéficie toujours d'une autonomie marquée qui n'est sans doute plus acceptable⁴³⁵³.

1027. L'article 66, le fondement du contrôle du juge judiciaire du plein contrôle du bien-fondé de la privation de liberté. C'est sans doute par la reconnaissance de la plénitude du contrôle du bien-fondé de la privation de liberté par le juge judiciaire, pour le mineur comme le majeur, sur le fondement de l'article 66 de la Constitution⁴³⁵⁴, que le Conseil constitutionnel doit remettre en cause la validation des peines minimales, dans une jurisprudence spéciale à la peine privative de liberté. Une telle acceptation des peines minimales relance en tout cas l'intérêt de consacrer définitivement et clairement l'application à la détention *sanction* du contrôle de proportionnalité, le risque de démesure étant plus important encore dans ce cas. Le juge judiciaire, le gardien de la liberté individuelle, n'est donc pas défini par son office et ne dispose pas forcément du plein contrôle du bien-fondé de la privation de liberté, y compris en l'absence d'urgence, la mise en péril de l'ordre public demeurant le critère principal commandant le placement en privation de liberté. En dehors des peines minimales, le juge du fond de la privation de liberté demeure investi de l'ensemble des éléments du contrôle du bien-fondé de la peine privative de liberté, dès la condamnation. Dans ces autres cas, c'est plutôt le contrôle du juge du droit du bien-fondé qui est défaillant.

⁴³⁴⁹ V. *supra*, n° 503 et s.

⁴³⁵⁰ V. *supra*, n° 1024 et s.

⁴³⁵¹ V. *supra*, n° 794 et s.

⁴³⁵² V. *supra*, n° 657 et s.

⁴³⁵³ V. *supra*, n° 813.

⁴³⁵⁴ La disposition a en effet vocation à réunir l'ensemble des qualités du juge de la privation de liberté. Son pouvoir de libération est d'ailleurs fondé sur l'article 66 de la Constitution [v. *supra*, n° 699 et s.].

B) Le contrôle défaillant du juge du droit du bien-fondé de la peine privative de liberté

1028. **Motivation et peine privative de liberté.** Les intérêts de la motivation sont multiples⁴³⁵⁵, particulièrement en matière de peine privative de liberté. Au-delà de permettre au juge du droit d'opérer son contrôle du bien-fondé, d'autant plus nécessaire que la palette offerte au juge du fond est large, la motivation, en expliquant le sens de la peine privative de liberté, participe à la fonction d'amendement⁴³⁵⁶. Pourtant, le contrôle de la motivation de la nécessité de la peine privative de liberté, à travers la décision de condamnation, est défaillant (1). La motivation de la proportionnalité de la peine privative de liberté, à travers le contrôle de la motivation de la décision se prononçant sur la libération conditionnelle est en hausse (2).

1) Le contrôle défaillant de la motivation de la nécessité de la peine privative de liberté dans la décision de condamnation

1029. **La lutte contre la courte peine d'emprisonnement.** Appliquant le principe selon lequel la décision soumise à motivation demeure une décision anormale, le législateur s'est toujours limité à exiger la motivation de l'emprisonnement ferme. Cette exigence s'inscrit donc d'abord dans la lutte contre la courte peine d'emprisonnement plutôt que dans la volonté d'instaurer un contrôle en droit du bien-fondé de la peine. Le contrôle de la motivation de la peine privative de liberté est en effet largement défaillant, soit du fait du juge du droit de la privation de liberté qui n'assure pas l'efficacité de la motivation prévue par la loi, soit du fait du législateur qui n'impose pas l'obligation en matière criminelle. En matière correctionnelle, la motivation de la peine privative de liberté est un mirage (a). En matière criminelle, le principe de l'absence de motivation de la peine privative de liberté a été maintenu (b).

⁴³⁵⁵ V. *supra*, n° 970 et s.

⁴³⁵⁶ V. plus spécialement pour la reconnaissance de la motivation comme d'un moyen de compréhension de la décision pour le justiciable, L. BERTHIER et A.-B. CAIRE ; « La motivation des décisions de justice et la Convention européenne des droits de l'homme : de l'intime conviction des jurys d'assises à la conviction des destinataires des décisions de justice » ; *RFDA*, 2009, p. 677.

a. *En matière correctionnelle : le mirage de la motivation de la peine privative de liberté*

1030. **L'étendue de l'obligation législative de motivation.** Le principe de la motivation spéciale des peines d'emprisonnement ferme a été imposé au juge pénal en 1992 et figure à l'article 132-19 du Code pénal⁴³⁵⁷. Pour les autres peines, dans une vision large du principe de l'individualisation de la peine, la Chambre criminelle rappelle que « *les juges répressifs disposent, quant à l'application de la peine dans les limites fixées par la loi, d'une faculté discrétionnaire dont ils ne doivent aucun compte* »⁴³⁵⁸. L'article 132-24 alinéa 1^{er} du Code pénal, qui évoque les « *circonstances de l'infraction* » et la « *personnalité de l'auteur* » reste la disposition éclairante guidant le choix du juge pour toute autre peine même de réclusion ou de détention criminelle⁴³⁵⁹.

1031. La loi pénitentiaire⁴³⁶⁰ a développé les éléments de la motivation de la peine correctionnelle ferme en ajoutant un troisième alinéa à l'article 132-24⁴³⁶¹ et celle-ci

« ne peut être prononcée qu'en dernier recours si la gravité de l'infraction et la personnalité de son auteur rendent cette peine nécessaire et si toute autre sanction est manifestement inadéquate ; dans ce cas, la peine d'emprisonnement doit, si la personnalité et la situation du condamné le permettent et sauf impossibilité matérielle, faire l'objet d'une des mesures d'aménagement prévues aux articles 132-25 à 132-28 ».

1032. L'article 132-19 du Code pénal, dans cette nouvelle formule, ne contraint toujours pas le juge à s'expliquer sur le *quantum*, mais uniquement sur la nature de la peine⁴³⁶². Les éléments de la motivation tels que développés par la loi pénitentiaire rappellent

⁴³⁵⁷ « *En matière correctionnelle, la juridiction ne peut prononcer une peine d'emprisonnement sans sursis qu'après avoir spécialement motivé le choix de cette peine* ».

⁴³⁵⁸ Par ex., Cass. crim., 27 oct. 2010, n° 10-81.770 : *inédit*. – Cass. crim., 20 nov. 2012, n° 11-88.583 : *inédit* ; *AJP*, 2013, p. 340, obs. J. LEBLOIS-HAPPE : « *hormis les cas expressément prévus par la loi, les juges ne sont pas tenus de motiver spécialement le choix de la sanction qu'ils appliquent dans les limites légales* ».

⁴³⁵⁹ Le contrôle de la motivation de l'emprisonnement correctionnel donne lieu pour la Cour de cassation à une certaine confusion dans les visas usant parfois de l'article 132-19 seul, l'article 132-24 seul, ou les deux dispositions réunies, ce qui semble la solution la plus logique [voir H. HASNAOUI, « De la motivation spéciale des peines d'emprisonnement ferme après la loi 2009-1436 du 24 nov. 2009 : précisions sur une petite révolution » ; *Dr. pén.*, 2011, ét. n° 22].

⁴³⁶⁰ Loi n° 2009-1436 du 24 nov. 2009 pénitentiaire : *J. O.*, 25 nov. 2009, p. 20192 ; *D.*, 2010, p. 31, comm. M. HERZOG-EVANS ; *RSC*, 2010, p. 190, comm. P. PONCELA ; *RFDA*, 2010, p. 15, comm. F. FÉVRIER ; *AJDA*, 2010, p. 494, comm. C.-M. SIMONI ; *Procédures*, comm. n° 21, note J. BUISSON ; *Dr. pén.*, 2010, ét. n° 2, obs. J.-P. CÉRÉ ; *JCP*, 2009, I, n° 552, comm. J.-P. CÉRÉ ; *RSC*, 2010, p. 444, obs. E. GALLARDO ; *AJP*, 2009, p. 473, obs. É. PÉCHILLON ; *AJP*, 2009, p. 483, comm. M. HERZOG-EVANS (spéc. sur l'aménagement des peines) ; *AJF*, 2009, p. 484, obs. M. HERZOG-EVANS (spéc. sur le maintien des liens familiaux).

⁴³⁶¹ La disposition a été jugée immédiatement applicable car plus favorable [Cass. crim., 22 sept. 2010, n° 09-88.011 : *inédit*].

⁴³⁶² Cette interprétation, conforme à l'interprétation stricte de la disposition qui énonce qu'« *en matière correctionnelle, la juridiction ne peut prononcer une peine d'emprisonnement sans sursis qu'après avoir*

que le juge, dès le stade de la condamnation, bénéficie d'une large appréciation du bien-fondé de la privation de liberté, sauf peine minimale encourue, et la justification de l'emploi de la peine privative de liberté doit permettre au juge du droit de la privation de liberté d'exercer un contrôle riche de son choix.

1033. La faiblesse du contrôle de la motivation de l'emprisonnement ferme.

La motivation par simple référence à l'article 132-24 alinéa 1^{er}, avant son enrichissement, était d'autant moins contraignante que la jurisprudence considérait ses critères comme alternatifs et acceptait des simples mentions à la gravité de l'infraction ou à la personnalité de l'auteur⁴³⁶³. La Cour de cassation impose désormais que la démonstration de la nécessité repose cumulativement sur les éléments de personnalité et de la gravité de l'infraction⁴³⁶⁴, sans accepter des considérations générales⁴³⁶⁵. Ces dernières décisions laissent supposer que la Cour de cassation assure un contrôle strict de la qualité de la motivation du juge du fond et impose au juge judiciaire d'apporter des éléments factuels précis. Ce contrôle a été abaissé par un arrêt publié au Bulletin, dans lequel une motivation concrète, sans pour autant être précise, était validée⁴³⁶⁶. Plus gravement, la dernière solution autorisait le juge à prononcé l'emprisonnement, tout en admettant ne pas bénéficier d'éléments suffisants de personnalité.

spécialement motivé le choix de cette peine », est confirmée en jurisprudence [Cass. crim., 19 mai 1999, n° 98-80.773 : *Bull. crim.*, n° 102 ; *D.*, 2000, p. 115, obs. B. DE LAMY ; *RSC*, 2000, p. 195, obs. B. BOULOC : « la fixation de la durée de la peine d'emprisonnement relève d'une faculté légale dont les juges ne doivent aucun compte »].

⁴³⁶³ Cass. crim., 22 oct. 2008, n° 07-88.111 : *inédit* ; *Dr. pén.*, 2009, comm. n° 1, obs. M. VÉRON.

⁴³⁶⁴ Cass. crim., 16 févr. 2011, n° 10-85.722 : *inédit*. La Cour constate l'absence de la démonstration de la nécessité de la peine et de l'impossibilité de mesures d'aménagement par le juge, qui s'était fondé uniquement sur la gravité de l'infraction, la Cour de cassation stigmatisant l'absence d'éléments sur la personnalité. – Cass. crim., 16 févr. 2011, n° 10-83.607 : *inédit*. – Cass. crim., 16 févr. 2011, n° 10-85.722.

⁴³⁶⁵ Cass. crim., 16 mars 2011, n° 10-84.347 : *inédit*.

⁴³⁶⁶ Cass. crim., 22 févr. 2012, n° 11-82.975 : *Bull. crim.*, n° 53 : *RSC*, 2012, p. 389, D. BOCCON-GIBOD. En l'espèce, le juge du fond avait estimé qu'il n'était pas opportun de prononcer l'aménagement de peine car, il ne disposait pas « en l'état, de renseignements suffisamment précis pour évaluer la situation personnelle et professionnelle du [condamné] ».

1034. L'absence de référence à l'un des éléments de motivation imposés par la loi aboutit à la censure de la décision⁴³⁶⁷. Plusieurs décisions montrent que la Cour de cassation se contente d'éléments abstraits concernant le critère de l'inadéquation d'autres sanctions⁴³⁶⁸, comme de celui de l'impossibilité matérielle d'accorder des aménagements de peine⁴³⁶⁹. Et la Cour de cassation s'octroie même le pouvoir de dégager ces éléments, non visés explicitement par le juge du fond, de sa motivation sur d'autres composantes⁴³⁷⁰. Tout juste la Chambre criminelle écarte-elle les argumentations reprochant l'usage d'un droit fondamental⁴³⁷¹, opérant sur ce point un rare contrôle de la pertinence de la motivation, par le tri des critères utiles.

⁴³⁶⁷ La motivation, qui s'attache uniquement à invoquer le préjudice moral et financier important pour la victime et les antécédents du condamné, soit uniquement à la gravité de l'infraction et à la personnalité, ne satisfait pas la loi [Cass. crim., 22 févr. 2012, n° 10-83.366 : *inédit* ; RSC, 2012, p. 389, D. BOCCON-GIBOD]. La Cour de cassation reprenait sa formulation selon laquelle le juge d'appel s'était prononcé « *sans caractériser la nécessité de la peine d'emprisonnement sans sursis conformément aux dispositions de l'article 132-24 du Code pénal, ni l'impossibilité d'ordonner une mesure d'aménagement* ». De même, la simple mention de la gravité des faits, commis sur une personne âgée, et la simple affirmation que la peine est adaptée à la personnalité ne suffisent pas logiquement [Cass. crim., 12 oct. 2010, n° 10-81.044 : *Bull. crim.*, n° 156 ; D., 2010, p. 2775, obs. M. LÉNA]. Un élément de personnalité seul, à savoir six condamnations précédentes, ne suffit pas à motiver [Cass. crim., 15 mars 2011, n° 10-82.461 : *inédit*]. De même, des considérations générales tenant à la gravité de l'infraction et à la personnalité puisées dans le dossier sont insuffisantes [Cass. crim., 16 mars 2011, n° 10-84.347 : *inédit*].

⁴³⁶⁸ Une motivation totalement abstraite et incomplète sur les éléments de personnalité et la gravité des infractions et déduisant l'inadéquation de toute autre peine eu égard à la personnalité, était validée par la Cour de cassation qui « *était en mesure de s'assurer* » que la Cour d'appel s'était prononcée conformément à la loi [Cass. crim., 15 mars 2011, n° 10-85.022 : *inédit*]. Enfin, la gravité des faits et les antécédents judiciaires ne suffisent pas à caractériser l'insuffisance des alternatives à la détention [Cass. crim., 3 nov. 2011, n° 10-87.502 : *Bull. crim.*, n° 226 : *AJP*, 2012, p. 99, obs. J. LASSERRE-CAPDEVILLE].

⁴³⁶⁹ Ainsi la Chambre criminelle admettait que le juge du fond se contente d'affirmer qu'au regard des pièces de la procédure tout aménagement de peine était inopportun [Cass. crim., 23 mars 2011, n° 10-85.710 : *inédit*].

⁴³⁷⁰ Cass. crim., 21 juin 2011, n° 10-84.301 : *Bull. crim.*, n° 142. La cour d'appel avait justifié une peine de quatre ans d'emprisonnement en ces termes : « *qu'eu égard à l'extrême gravité des faits, à l'important préjudice causé au patrimoine national et à la mémoire collective par les agissements coupables fondés sur l'existence de receleurs qui assurent l'écoulement de biens souvent de valeur inestimable, volés, ainsi qu'eu égard à la personnalité de M. X... qui persiste à vivre dans la délinquance, il convient d'aggraver la sanction prononcée par le premier juge et de fixer la peine d'emprisonnement à quatre ans, l'emprisonnement ferme étant commandé par la nature et la gravité des faits et l'exigence de prévenir le renouvellement de l'infraction, et ce d'autant que M. X... cherche aujourd'hui par tous moyens à échapper à l'action de la justice en ne se présentant pas aux convocations de la cour* ». Finalement, les éléments donnés par la Cour semblaient ici insuffisants, se contentant de donner des éléments de personnalité et de gravité de l'infraction, conformes aux anciennes exigences, sans tenir d'éléments sur l'impossibilité de prononcer un aménagement ni démontrer que toute autre peine était inadéquate, ce que le pourvoi soulignait. La Chambre criminelle y répondait qu'au regard de la motivation « *toute autre sanction est manifestement inadéquate* ». – V. pour l'usage du même raisonnement, Cass. crim., 22 févr. 2012, n° 11-82.214 : *inédit* ; RSC, 2012, p. 389, D. BOCCON-GIBOD.

⁴³⁷¹ V. pour le rejet de la prise en compte de l'usage d'une voie de recours, alors que le juge du fond s'était fondé sur « *la gravité des faits [...] renforcée par l'attitude du prévenu qui a choisi d'imposer aux victimes un second procès non pour discuter de l'ampleur de la sanction mais du principe de sa culpabilité, qu'il sait pourtant indiscutable, et au-delà par le choix de son mode de défense* », Cass. crim., 24 janv. 2007, n° 06-84.330 : *Bull. crim.*, n° 17. V. pour le rejet de la prise en compte du refus d'avouer, Cass. crim., 1^{er} oct. 2008, n° 08-81.338 : *Bull. crim.*, n° 201 ; *Dr. pén.*, 2009, comm. n° 4, obs. M. VÉRON ; RSC, 2009, p. 412, obs. R. FINIELTZ.

1035. Au final, la seule mention par le juge d'éléments de faits sur les circonstances de l'infraction et la personnalité de l'auteur suffit, la Chambre criminelle ayant visé de sa substance les apports de la loi pénitentiaire. Ce sont toujours les anciens critères de la personnalité de l'auteur et des circonstances de l'infraction qui gouvernent encore la matière, la hausse du contrôle se traduisant uniquement par l'attribution d'un caractère cumulatif à ces éléments et non plus alternatifs⁴³⁷².

1036. **L'état de santé incompatible avec la détention : un examen écarté au stade de la condamnation.** La Cour de cassation n'a jamais imposé que la motivation du juge du fond porte nécessairement sur la compatibilité de l'état de santé⁴³⁷³. Dans une décision ultérieure, la Cour de cassation a relégué la question de l'état de santé à la phase d'exécution de la peine et confirmé que le juge n'a aucune obligation de motivation tenant à l'état de santé compatible⁴³⁷⁴. Cette position a été répétée dans une dernière décision encore plus claire⁴³⁷⁵. Le juge reste libre de motiver le choix de la peine en partie sur l'état de santé compatible sans non plus risquer de censure⁴³⁷⁶, mais il n'a aucunement l'obligation de se prononcer sur la compatibilité de l'état de santé et de motiver sur ce point. Renvoyer la question de l'état de santé incompatible à l'exécution de la peine est une solution peu satisfaisante quant à la prévention des traitements inhumains et dégradants. En correctif toutefois, la suspension médicale de peine peut agir *ab initio*, préalablement à toute exécution de la peine d'emprisonnement⁴³⁷⁷. Cette appréciation apparaît en-deçà du standard minimum dressé par la

⁴³⁷² Cass. crim., 19 janv. 2011, n° 10-81.392 : inédit. – Cass. crim., 30 nov. 2010, n° 10-81.840 : inédit.

⁴³⁷³ Cass. crim., 10 avr. 2002, n° 01-85.429 : inédit.

⁴³⁷⁴ Cass. crim., 6 déc. 2005, n° 04-86.442 : inédit. L'individu condamné en appel à sept ans d'emprisonnement contestait le principe même d'une condamnation à une peine privative de liberté ferme à son encontre, présentant un état de santé incompatible avec la détention. Pour l'auteur du pourvoi, une telle condamnation était constitutive d'un traitement inhumain ou dégradant prohibé par l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme. Il reprochait également à la juridiction de ne pas s'être prononcée sur la compatibilité de l'état de santé, tant au niveau de la règle de la motivation de l'emprisonnement correctionnel prévue par l'article 132-19 alinéa 2 du Code pénal que de la règle de la personnalisation de la peine prévue à l'article 132-24 du Code pénal. La Cour de cassation rétorquait que « *dès lors que le condamné, atteint d'une pathologie engageant son pronostic vital ou dont l'état de santé est durablement incompatible avec le maintien en détention, dispose, en application de l'article 720-1-1 du Code de procédure pénale, du pouvoir de demander la suspension de l'exécution de sa peine, la Cour d'appel n'a fait qu'user de sa faculté qu'elle tient de l'article 132-24 du Code pénal, sans méconnaître les dispositions conventionnelles invoquées* ».

⁴³⁷⁵ Cass. crim., 21 nov. 2007, n° 06-88.631 : inédit ; *Dr. pén.*, 2007, ét. n° 22, note C. MICHALSKI : la critique du défaut de motivation sur l'état de santé incompatible est inopérante « *en ce que l'état de santé du condamné ne peut être invoqué qu'au stade de l'exécution de la sanction* ».

⁴³⁷⁶ Cass. crim., 27 sept. 2006, n° 05-86.215 : inédit.

⁴³⁷⁷ Cass. crim., 21 févr. 2007, n° 06-85.595 : *Bull. crim.*, n° 60 ; *AJP*, 2007, p. 192, obs. M. HERZOG-EVANS. La Cour de cassation a refusé d'interpréter restrictivement le critère légal de l'incompatibilité avec « *le maintien* », formulation qui présuppose l'exécution déjà entamée de la peine. Il ressort de la décision de la Cour de cassation que la possibilité de prononcer la suspension au profit d'un condamné libre dépasse la simple hypothèse de la condamnation à une peine d'emprisonnement correctionnel égale ou inférieure à deux ans. L'article 723-15 du Code de procédure pénale prévoit, avant l'exécution d'une telle peine, que le condamné se

Cour européenne des droits de l'Homme, qui a posé l'état de santé comme un des éléments d'appréciation de l'opportunité du placement en détention provisoire en fondant implicitement son raisonnement sur son défaut de sens, alors que le prévenu était mourant⁴³⁷⁸. Au moins la Cour de cassation réalise-elle dans cette décision un véritable contrôle en droit de la notion de personnalité, refusant d'y intégrer l'état de santé, même si la jurisprudence se montre plus rigoureuse pour un élément pouvant militer plutôt pour la libération, que pour l'enfermement. Mis à part cet exemple, la Cour de cassation se contente de l'existence de la motivation du juge du fond sur les éléments légaux. En matière criminelle, la peine privative de liberté n'a même pas à être motivée.

b. En matière criminelle : le maintien du principe de l'absence de motivation de la peine privative de liberté

1037. L'éclairage de la protection contre la privation de liberté. L'utilité de la théorie générale des droits de la personne privée de liberté réside aussi dans sa capacité à peser dans des débats qui la concernent, mais qui sont traités prioritairement sur d'autres notions. Ainsi, l'accroissement de l'assistance de l'avocat en garde à vue doit aussi être exigé pour assurer une meilleure défense contre la privation de liberté, pas seulement une meilleure défense pénale⁴³⁷⁹. De même, la motivation de l'arrêt de la Cour d'assises ne doit pas être posée sous le seul angle du procès équitable, mais également de la lutte contre la détention arbitraire.

1038. La motivation de la réclusion : le calme dans la tempête. La motivation des arrêts de Cours d'assises composées d'un jury populaire échappe traditionnellement à toute obligation de motivation, dès lors que cette décision repose sur l'impalpable intime conviction. Cet argument, à le supposer valable quant à la culpabilité, perd toutefois de son intérêt concernant le choix de la peine privative de liberté et de son *quantum*. Pourtant, le

présente devant le juge de l'application des peines. Ce dernier peut alors prononcer plusieurs mesures, dont la suspension et le fractionnement de la peine. Puisque la suspension médicale de peine est une suspension particulière dérivant de la suspension de droit commun, elle peut également être prononcée durant cette entrevue. La faculté de prononcer préventivement la suspension dépasse donc cette hypothèse particulière. Cette solution ne peut qu'améliorer l'efficacité de la protection des droits des condamnés. « Il serait absurde de subordonner dans ce dernier cas la recevabilité de la demande à l'incarcération préalable du condamné puisque cela reviendrait à exiger la prison pour décider la liberté » [M. VELLA et M. JANAS, « Les difficultés d'application de la suspension de peine médicale » ; *RPDP*, 2003, p. 471].

⁴³⁷⁸ V. *supra*, n° 989.

⁴³⁷⁹ V. *supra*, n° 311.

droit français continue à ne pas exiger de motivation de la peine privative de liberté. Même l'allongement exceptionnel de la période de sûreté nécessitant pourtant une décision spéciale, montrant son caractère dérogatoire et sévère⁴³⁸⁰ n'exige pas de motivation⁴³⁸¹.

1039. C'est la Cour européenne des droits de l'Homme, sur le fondement du procès équitable et de l'article 6, qui est venue remettre en cause le principe de non-motivation des arrêts de Cour d'assises. La jurisprudence européenne se montrait jusqu'alors peu exigeante, rappelant la relativité du principe de motivation fluctuant selon les domaines et les espèces⁴³⁸², et avait validé la motivation de la Cour d'assises française uniquement constituée de réponses à des questions sur les éléments légaux⁴³⁸³. La Deuxième section a largement remis en cause la solution traditionnelle⁴³⁸⁴, en sanctionnant le système des questions, en l'absence de tout résumé, pointant sa nuisance à la compréhension de l'arrêt pour le condamné comme pour l'opinion publique, et le risque de faire naître le sentiment d'une justice arbitraire et opaque. La Cour européenne se référait aussi à l'impossibilité d'assurer un contrôle judiciaire ultérieur de la décision.

1040. L'arrêt de Section soulevait de nombreuses critiques, soulignant l'incompatibilité de la motivation avec le système des jurys populaires⁴³⁸⁵, et la Grande chambre, saisie, reculait dans une volonté de compromis, souvent bien accueillie⁴³⁸⁶. Tout en rappelant les exigences de lutte contre l'arbitraire et de recherche de la compréhension du verdict, la Cour validait le système des questions⁴³⁸⁷, à condition que le Président apporte des précisions juridiques au jury, qu'il rédige des questions suffisamment précises et que le droit national organise l'appel. En l'espèce, la qualité des questions soulevait des difficultés⁴³⁸⁸ mais la Cour s'appuyait aussi sur l'impossibilité de bénéficier d'un appel pour constater la

⁴³⁸⁰ Art. 132-23 CP.

⁴³⁸¹ V. par ex. Cass. crim., 7 nov. 2007, n° 07-82.382 : *inédit*.

⁴³⁸² CEDH, ch., 19 févr. 1998, *Higgins c. France*, req. n° 20124/92 : *Rec. CEDH*, 1998-I : D., 1998, p. 369, note. N. FRICERO ; *RTD civ.*, 1998 p. 516, note J.-P. MARGUÉNAUD ; *AJDA*, 1998, p. 984, chron. J.-F. FLAUSS.

⁴³⁸³ CEDH, 15 nov. 2001, *Papon c. France*, req. n° 54210/00, *déc.*

⁴³⁸⁴ CEDH, sect. II, 13 janv. 2009, *Taxquet c. Belgique*, req. 926/05 ; *RSC*, 2009, p. 657, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *D.*, 2009, p. 1058, note J.-F. RENUCCI ; *ibid.*, p. 2545, obs. K. GACHI ; *RFDA*, 2009, p. 677, comm. L. BERTHIER ET A.-B. CAIRE ; *JCP*, 2009, actu., n° 200, obs. M.-L. RASSAT ; *Gaz. Pal.*, 14 mai 2009, p. 11, note F. DESPREZ ; *Procédures*, 2009, comm. n° 172, obs. J. BUISSON. L'arrêt concernait des actes d'une particulière gravité, à savoir l'assassinat d'un ministre d'État et la tentative d'assassinat de sa femme.

⁴³⁸⁵ V. les commentaires de J.-P. MARGUÉNAUD et J.-F. RENUCCI précités.

⁴³⁸⁶ CEDH, gde ch., 16 nov. 2010, *Taxquet c. Belgique*, req. n° 926/05 ; *RSC*, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *D.*, 2011, p. 47, obs. O. BACHELET ; *ibid.*, note J. PRADEL ; *ibid.*, note J.-F. RENUCCI ; *AJP*, 2011, p. 35, obs. C. RENAUD-DUPARC. On notera que MM. les Professeurs JEAN-PIERRE MARGUÉNAUD et JEAN-FRANÇOIS RENUCCI saluent la modération de la décision.

⁴³⁸⁷ *Ibid.*, § 96.

⁴³⁸⁸ Il n'y avait eu que quatre questions posées pour le suspect, et les mêmes questions avaient été posées pour le cas des sept autres coaccusés, sans permettre de séparer clairement les responsabilités de chaque accusé.

violation de la Convention. Le système des questions n'est donc pas par principe contraire à la Convention, la Cour devant rechercher concrètement si elles sont suffisantes pour permettre au condamné d'en connaître les raisons⁴³⁸⁹.

1041. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme avait abouti à un changement de pratiques dans certaines Cours d'assises, certains présidents ajoutant des questions factuelles⁴³⁹⁰, d'autres magistrats s'interrogeant sur la nécessité de réaliser une synthèse⁴³⁹¹. La Chambre criminelle défendait pour autant le système traditionnel affirmant sans nuance que la motivation telle que prévue par la loi alors en vigueur satisfaisait la Convention « *dès lors qu'ont été assurés l'information préalable sur les charges fondant la mise en accusation, le libre exercice des droits de la défense ainsi que le caractère public et contradictoire des débats* »⁴³⁹². Elle censurait toute décision comportant d'autres éléments que les questions posées au jury⁴³⁹³, y compris les questions factuelles⁴³⁹⁴, alors même que de

⁴³⁸⁹ La précision des questions ainsi que leur nombre apparaît alors comme le critère principal, analysé *in concreto*, servant à la Cour pour écarter ou constater une violation de la Convention. Concernant la Cour d'assises française, avant réforme, la Cour européenne des droits de l'Homme a d'ailleurs écarté toute violation de la Convention, en notant pour une affaire qui semblait simple, que la Cour d'assises avait dû répondre à douze questions, comprenant des éléments de faits [CEDH, sect. V, 10 janv. 2013, *Legillon c. France*, req. n° 53406/10, en angl. ; *D.*, 2013, p. 615, note J.-F. RENUCCI ; *RSC*, 2013, p. 158, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *ibid.*, p. 112, note J. DANET ; § 59 et s.]. La Cour a même abaissé encore ses exigences, dès lors que les questions, seulement trois, interprétées à l'aide de l'ordonnance de mise en accusation du juge d'instruction, permettant au requérant de connaître « *la raison pour laquelle sa peine, prononcée en fonction des responsabilités respectives de chacun des coaccusés* » [CEDH, sect. V, 10 janv. 2013, *Voica c. France*, req. n° 60995/09 ; *D.*, 2013, p. 615, note J.-F. RENUCCI ; *RSC*, 2013, p. 158, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *ibid.*, p. 112, note J. DANET ; § 52 et s.]. Les précisions de l'ordonnance de mise en accusation ne sont plus pertinentes, pour une affaire plus complexe, alors qu'une seule question se limitant « *à la reprise de la définition légale de l'infraction, de la date et de l'heure des faits et de l'identité de la victime* » avait été posée [CEDH, sect. V, 10 janv. 2013, *Oulahcene c. France*, req. n° 44446/10 ; *D.*, 2013, p. 615, note J.-F. RENUCCI ; *RSC*, 2013, p. 158, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *ibid.*, p. 112, note J. DANET ; § 52]. La Cour notant en l'espèce une violation de la Convention, indifféremment de l'appel possible, la Cour notant que le réexamen entier de l'affaire en appel ne permettait pas au requérant de tirer plus d'information sur chacune de ses condamnations [*ibid.*, § 56]. Certaines circonstances semblent soulever la question de l'insuffisance, par nature, de la motivation par questions, notamment lorsque l'individu, acquitté en première instance, a été condamné lourdement en appel [v. CEDH, sect. V, 10 janv. 2013, *Fraumens c. France*, req. n° 30010/10 ; *D.*, 2013, p. 615, note J.-F. RENUCCI ; *RSC*, 2013, p. 158, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *ibid.*, p. 112, note J. DANET ; § 49], *a fortiori* lorsque l'affaire présentait un degré de complexité important [CEDH, sect. V, 10 janv. 2013, *Agnelet c. France*, req. n° 61198/08 ; *D.*, 2013, p. 615, note J.-F. RENUCCI ; *RSC*, 2013, p. 158, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *ibid.*, p. 112, note J. DANET ; § 69 et s.].

⁴³⁹⁰ V. pour un exemple concernant une affaire de viols les 60 questions dont certaines très factuelles posées par un président de Cour d'assises, les observations d'ALBERT MARON et de MARION HAAS, sur Cons. const., déc. n° 2011-113-115 QPC du 1^{er} avr. 2011, [M. Xavier P. et autres] ; *Dr. pén.*, 2011, comm. n° 70.

⁴³⁹¹ M. HUYETTE, « Comment motiver les décisions de la Cour d'assises ? » ; *D.*, 2011, p. 1158.

⁴³⁹² Cass. crim., 14 oct. 2009, n° 08-86.480 : *Bull. crim.*, n° 170 ; *D.*, 2010, p. 39, chron. A. LEPRIEUR ; *D.*, 2009, p. 2545, obs. K. GACHI ; *Gaz. Pal.*, 10 nov. 2009, p. 8, obs. J.-F. RENUCCI ; *JCP*, 2009, n° 456, note H. MATSOPOULOU ; *D.*, 2009, p. 2778, comm. J. PRADEL.

⁴³⁹³ Cass. crim., 15 déc. 1999, n° 99-84.099 : *Bull. crim.*, n° 307 et 308.

⁴³⁹⁴ Cass. crim., 28 sept. 2011, n° 11-80.929 : *Bull. crim.*, n° 188 ; *Dr. pén.*, 2011, comm. n° 141, A. MARON et M. HAAS.

tels développements semblaient conformes à la remise en cause européenne⁴³⁹⁵. Le *statu quo* instauré par la Cour de cassation s'appliquait même pour la Cour d'assises spéciale sans jury populaire⁴³⁹⁶, et elle décidait dans un premier temps de refuser de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité sur ce point⁴³⁹⁷, avant d'accepter finalement de renvoyer⁴³⁹⁸.

1042. Le Conseil constitutionnel reprenait l'ensemble des garanties procédurales prévues devant la Cour d'assises pour rejeter le grief de l'atteinte aux droits de la défense et de l'atteinte à la légalité criminelle et rappelait de manière classique que le législateur pouvait fixer des règles différentes entre la condamnation criminelle, non soumise à motivation, et la condamnation correctionnelle, soumise à la motivation, en raison de la différence de situations entre le prévenu et l'accusé pour rejeter le grief d'atteinte à l'égalité⁴³⁹⁹. C'est finalement la loi qui a tranché la question en intégrant la motivation, celle-ci résidant « *dans l'énoncé des principaux éléments à charge qui, pour chacun des faits reprochés à l'accusé, ont convaincu la cour d'assises* »⁴⁴⁰⁰, sans pour autant que la motivation de la peine n'entre en ligne de compte⁴⁴⁰¹, nouvelle disposition assurant « a priori »⁴⁴⁰² la conventionnalité de la loi française.

1043. Si la question de la motivation des arrêts de Cour d'assises passionnait la doctrine et intéressait la jurisprudence nationale et internationale, et même le législateur, c'était uniquement sous l'angle des raisons établissant la preuve de la culpabilité, mais en

⁴³⁹⁵ V. dans un sens favorable à la motivation, W. MASTOR et B. DE LAMY, « À propos de la motivation sur la non-motivation des arrêts d'assises : "je juge donc je motive" » ; *D.*, 2011, p. 1154. V. également M. HUYETTE, « Comment motiver les décisions de la Cour d'assises ? » ; *D.*, 2011, p. 1158.

⁴³⁹⁶ Cass. crim., 15 juin 2011, n° 09-87.135 ; *Bull. crim.*, n° 127 ; *D.*, 2011, p. 2258, note J. PRADEL.

⁴³⁹⁷ Cass. crim., 19 mai 2010, n° 09-83.328 ; *Bull. crim.* ; *RSC*, 2011, p. 190, obs. B. DE LAMY ; *D.*, 2011, p. 529, chron. N. MAZIAU.

⁴³⁹⁸ Cass. crim., 19 janv. 2011, n°s 10-85.159 et 10-85.304 ; *Bull. crim.*, n° 11 ; *D.*, 2011, p. 800, note J.-B. PERRIER ; *D.*, 2011, p. 529, chron. N. MAZIAU. Voir en particulier la chronique de N. MAZIAU sur les explications de l'apparence divergente entre les deux décisions.

⁴³⁹⁹ Cons. const., déc. n° 2011-113-115 QPC du 1^{er} avr. 2011, [M. Xavier P. et autres] ; *J. O.*, 2 avr. 2011, p. 5893 ; *D.*, p. 1156, 2011, note J.-B. PERRIER ; *Dr. pén.*, 2011, comm. n° 70, obs. A. MARON et M. HAAS. Si la question visait à la fois cette absence de motivation pour les Cour d'assises de droit commun et celles spéciales, le Conseil constitutionnel n'y répondait que pour la première catégorie. Cependant, la Cour de cassation s'est appuyée sur cette décision pour estimer conforme à la Constitution, sans renvoi, l'absence de motivation des Cour d'assises spéciales [Cass. crim., 28 avr. 2011, n° 10-85.713 ; *inédit*].

⁴⁴⁰⁰ Art. 365-1 CPP tel que créé par la loi n° 2011-939 du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs ; *J. O.*, 11 août 2011, p. 13744 ; *Gaz. Pal.*, 10 janv. 2012, p. 16, note S. DETRAZ ; *ibid.*, 20 sept. 2011, n° 263, p. 12, comm. B. LAVIELLE et L. BELFANTI (spéc. sur les tribunaux populaires) ; *ibid.*, 10 janv. 2012, p. 8, note E. BOCCARA ; *LPA*, 30 janv. 2012, n° 21, note S. ANTONICELLI ; *RSC*, 2011, p. 667, comm. É. VERGÈS ; *D.*, 2011, p. 2286, comm. PH. BONFILS (spéc. sur le droit des mineurs) ; *D.*, 2011, p. 2293, comm. M. HUYETTE (spéc. sur la Cour d'assises) ; *Procédures*, 2011, ét. n° 11, comm. A.-S. CHAVENT-LECLÈRE.

⁴⁴⁰¹ Pourtant, le projet de loi n° 2936, qui prévoyait la motivation des arrêts de Cour d'assises, y incluait, en cas de condamnation, les éléments de fait et de personnalité qui ont justifié le choix de la peine.

⁴⁴⁰² La Cour européenne des droits de l'Homme a pris soin de le préciser dans chacun de ses arrêts rendus contre la France le 10 janvier 2013, arrêts rendus concernant le droit antérieur [v. *supra*, note n° 4389].

aucun cas en raison de la motivation de la peine privative de liberté. La Chambre criminelle a même refermé tout débat en indiquant que la simple certitude que le Président ait lu l'article 132-24 du Code pénal au jury, obligation légale, suffise à s'assurer que la peine a été fixée dans le respect de cette disposition⁴⁴⁰³. Et en pleine tempête sur la motivation des arrêts de la Cour d'assises, la motivation de la peine privative de liberté restait à quai.

1044. Un pouvoir discrétionnaire : suprématie de la gravité de l'infraction et désintérêt pour la peine. Le critère de la gravité de l'infraction domine finalement largement le choix de la peine privative de liberté : le législateur peut prévoir des peines minimales pour des infractions graves, en écartant la prise en compte de la personnalité, de même que le juge n'a aucunement besoin de s'expliquer sur la réclusion et la détention criminelles qui répriment par définition les infractions les plus graves. À l'inverse, pour des infractions moins graves, la nuance est permise et la motivation retrouve sa place, sans non plus que le juge du droit de la privation de liberté n'exerce un contrôle rigoureux du choix du juge du fond. Si la gravité de l'infraction est évidemment un critère essentiel du recours à la peine privative de liberté, le droit positif aboutit à le privilégier par rapport à celui de la personnalité au moment de la condamnation. C'est de nouveau un pouvoir discrétionnaire qui tend à être dégagé au profit du juge du fond de la privation de liberté, quant à la condamnation à une peine privative de liberté. Il en ressort forcément un désintérêt pour la peine, de moins en moins acceptable au regard de la surpopulation, que la multiplication des mécanismes alternatifs n'a pas réussi à résorber, comme si l'arbitraire se cantonnait à la condamnation de l'innocent et concernait moins la peine disproportionnée, ou « *injuste* »⁴⁴⁰⁴. Ce pouvoir discrétionnaire s'atténue toutefois lors du contrôle de proportionnalité de la peine privative de liberté lors de l'examen de la libération conditionnelle.

⁴⁴⁰³ Cass. crim., 20 janv. 2010, n° 09-80.652 : *Bull. crim.*, n° 13 ; *Procédures*, 2010, comm. n° 129, obs. A.-S. CHAVENT-LECLÈRE ; *AJP*, 2010, p. 245, obs. J.-B. PERRIER.

⁴⁴⁰⁴ Voir J. DANET et B. LAVIEILLE, « La juste peine » ; *Gaz. Pal.*, 2000, doct., p. 888.

2) Le contrôle en hausse de la motivation de la proportionnalité de la peine privative de liberté dans la décision de libération conditionnelle

1045. **Un contrôle en accroissement : le contrôle de la pertinence de la motivation par le tri des critères utiles.** Les conditions d'octroi de la libération conditionnelle, dont l'examen permet la réalisation du contrôle de proportionnalité de la peine privative de liberté⁴⁴⁰⁵, sont tournées vers la réinsertion⁴⁴⁰⁶. La Chambre criminelle a d'abord semblé refuser tout contrôle de la motivation de la décision de libération conditionnelle⁴⁴⁰⁷. La hausse du contrôle de la Chambre criminelle s'est d'abord traduite par le tri des critères pertinents pour accorder ou refuser la libération conditionnelle. Le risque de récidive est un motif justifiant le rejet de la libération conditionnelle⁴⁴⁰⁸. Plus largement et alors que l'article 729 évoque uniquement la « *prévention de la récidive* », la Chambre criminelle a reconnu l'efficacité du critère plus large des « *intérêts de la société* » prévu à l'article 707 du Code de procédure pénale, formulation qui permet d'incorporer les troubles à l'ordre public générés dans l'opinion par la libération⁴⁴⁰⁹. De la même manière, le même arrêt consacrait l'utilité du

⁴⁴⁰⁵ V. *supra*, n° 661.

⁴⁴⁰⁶ La loi vise la manifestation d'« *efforts sérieux de réadaptation sociale* », dont cinq exemples sont expressément visés par la loi, ceux-ci n'étant pas exhaustifs [art. 729 CPP]. Ce tournant a été concrétisé en 1972 le maintien du seul critère des « *gages sérieux de réadaptation sociale* » et la suppression des « *preuves suffisantes de bonne conduite* ». Le critère était uniquement modernisé par la loi du 15 juin 2000 : « *des efforts sérieux de réadaptation sociale* ». La même loi introduisait toutefois dans l'article 729 le critère tenant à la protection de l'ordre public : « *la libération conditionnelle tend à la réinsertion des condamnés et à la prévention de la récidive* ». Enfin, la loi du 9 mars 2004 a introduit un article préliminaire de l'exécution des peines aux termes duquel « *l'exécution des peines favorise, dans le respect des intérêts de la société et des droits des victimes, l'insertion ou la réinsertion des condamnés ainsi que la prévention de la récidive* ». La loi pénitentiaire [loi n° 2009-1436 du 24 nov. 2009 pénitentiaire : *J. O.*, 25 nov. 2009, p. 20192 ; *D.*, 2010, p. 31, comm. M. HERZOG-EVANS ; *RSC*, 2010, p. 190, comm. P. PONCELA ; *RFDA*, 2010, p. 15, comm. F. FÉVRIER ; *AJDA*, 2010, p. 494, comm. C.-M. SIMONI ; *Procédures*, comm. n° 21, note J. BUISSON ; *Dr. pén.*, 2010, ét. n° 2, obs. J.-P. CÉRÉ ; *JCP*, 2009, I, n° 552, comm. J.-P. CÉRÉ ; *RSC*, 2010, p. 444, obs. E. GALLARDO ; *AJP*, 2009, p. 473, obs. É. PÉCHILLON ; *AJP*, 2009, p. 483, comm. M. HERZOG-EVANS (spéc. sur l'aménagement des peines) ; *AJF*, 2009, p. 484, obs. M. HERZOG-EVANS (spéc. sur le maintien des liens familiaux)] a prévu un nouveau cas plus large de libération conditionnelle justifiée par l'implication « *dans tout autre projet sérieux d'insertion ou de réinsertion* ».

⁴⁴⁰⁷ Cass. crim., 4 oct. 2006, n° 06-80.361 : *inédit*. V. aussi Cass. crim. 4 avr. 2002, n° 01-87.416 : *inédit*. Cette motivation s'était appuyée pêle-mêle sur l'insuffisance de l'indemnisation des victimes, le défaut d'activités éducatives et professionnelles réalisées en détention, l'absence de suivi thérapeutique, l'absence d'aveu, les antécédents judiciaires et le caractère prématuré de la demande de libération au regard des infractions commises.

⁴⁴⁰⁸ JNLC, 15 mars 2002, n° 01-99.073 : *Bull. JNLC*, n° 1. En l'espèce, un tel risque ressortait du projet du détenu de reprendre une activité professionnelle dans le domaine où il avait commis son acte de délinquance. – Cass. crim., 8 déc. 2010, n° 10-80.968 : Cass. crim. : *inédit* : le détenu avait été retrouvé en l'espèce avec des stupéfiants et de l'argent en numéraire au retour d'une permission.

⁴⁴⁰⁹ Cass. crim., 28 avr. 2011, n° 10-87.799 : *Bull. crim.*, n° 79 ; *AJP*, 2012, p. 107, obs. M. HERZOG-EVANS ; *D.*, 2011, p. 1353, obs. M. Léna.

critère plus large des « *intérêts de la victime et de la partie civile* » de l'article 712-16-1 alors que l'article 729 spécifique à la libération conditionnelle se contente d'évoquer l'indemnisation de la victime et que l'article 707, autre article édictant les principes généraux du droit de la peine, vise les « *droits* » de la victime : la Chambre criminelle consacrait la formulation la plus large⁴⁴¹⁰. Cette interprétation est pourtant contestable, puisque l'article 729 se positionne spécialement sur la prise en compte de la victime et de la protection de l'ordre public dans le domaine de la libération conditionnelle, si bien qu'en principe les principes généraux des articles 707 et 712-16-1 sur les mêmes questions ne devraient pas lui être opposés. Le critère le plus important reste sans doute celui de l'exercice d'une future activité professionnelle⁴⁴¹¹, dont la réalité est appréciée souverainement par le juge du fond⁴⁴¹².

1046. D'autres critères limitatifs *praeter legem* ont en revanche été rejetés. Le critère du refus de l'aveu a été rejeté par la Chambre criminelle⁴⁴¹³. De même, la gravité des infractions commises, critère d'abord admis⁴⁴¹⁴, s'est vu dénié toute efficacité⁴⁴¹⁵. Le sens de cette jurisprudence tend à tourner l'appréciation de la libération conditionnelle vers l'avenir et la détache de la condamnation initiale, permettant ainsi d'orienter l'appréciation du juge du fond. Au regard de cette jurisprudence, le critère du caractère prématuré de la libération au regard du *quantum* de la condamnation initiale doit aussi être écarté⁴⁴¹⁶, puisqu'il est lié à la gravité de l'infraction⁴⁴¹⁷. Trancher la question de la libération conditionnelle revient à opérer un arbitrage entre les efforts de réadaptation d'un côté, et la dangerosité de l'individu de

⁴⁴¹⁰ D'ailleurs, l'arrêt de la Chambre criminelle validait la motivation du juge du fond qui avait évoqué plus largement les intérêts de la victime s'opposant à la libération alors qu'elle avait noté les efforts d'indemnisation de la partie civile.

⁴⁴¹¹ V. par ex. JNLC, 26 déc. 2001, n° 01JLC060 ; *D.*, 2002, p. 1788, note M. HERZOG-EVANS.

⁴⁴¹² Cass. crim., 28 sept. 2011, n° 11-80.983 : *Bull. crim.*, n° 189. En l'espèce, le juge s'était fondé sur l'absence d'effort du détenu étranger pour régulariser sa situation afin de relativiser son projet professionnel. – Cass. crim., 21 nov. 2007, n° 06-88.850 : *inédit* ; en l'espèce, la fiabilité douteuse du futur domicile semblait compromettre l'octroi de la mesure.

⁴⁴¹³ Pour la libération conditionnelle, v. Cass. crim., 3 févr. 2010, n° 09-84.850 : *inédit* ; *Procédures*, 2010, comm. n° 196, obs. A.-S. CHAVENT-LECLÈRE ; *AJP*, 2010, p. 334, obs. M. HERZOG-EVANS. Pour le placement sous surveillance électronique, v. Cass. crim., 25 nov. 2009, n° 09-82.971 : *Bull. crim.*, n° 197 ; *AJP*, 2010, p. 90, obs. M. HERZOG-EVANS.

⁴⁴¹⁴ Cass. crim., 7 nov. 2007, n° 07-82.598 : *Bull. crim.*, n° 270 ; *Gaz. Pal.*, 20 sept. 2008, p. 23, obs. Y. MONNET ; *AJP*, 2008, p. 44, obs. M. HERZOG-EVANS.

⁴⁴¹⁵ Cass. crim., 28 avr. 2011, n° 10-87.799 : *Bull. crim.*, n° 79 ; *AJP*, 2012, p. 107, obs. M. HERZOG-EVANS ; *D.*, 2011, p. 1353, obs. M. LÉNA.

⁴⁴¹⁶ Ce critère avait d'ailleurs été utilisé par le juge du fond en l'espèce.

⁴⁴¹⁷ Un tel critère reste le seul applicable pour l'étranger sous l'objet d'une obligation de quitter le territoire, puisque cette libération conditionnelle spéciale échappe au critère des effets sérieux de réadaptation [Cass. crim., 6 mars 2002, n° 01-85.914 : *Bull. crim.*, n° 59 ; *RSC*, 2002, p. 812, obs. B. BOULOC : « *que, d'autre part, en estimant que la libération du demandeur serait prématurée, eu égard à la date de la fin de sa peine d'emprisonnement, les juges ont usé de leur pouvoir souverain d'appréciation, sans avoir à justifier autrement leur décision* »].

l'autre. Ce qui revient à considérer, en reprenant les développements de la Cour européenne des droits de l'Homme, que le rejet d'une demande de libération conditionnelle, appréciée selon ces critères, transforme la peine perpétuelle française en mesure de sûreté. Inversement, les critères *praeter legem* détachables de la gravité de l'infraction semblent admis, comme par exemple le respect des obligations auxquelles le détenu était soumis lors de précédents aménagements de peine⁴⁴¹⁸.

1047. Un contrôle en accroissement : l'affirmation naissante d'un contrôle de proportionnalité. La Chambre criminelle n'a pas hésité, dans le domaine de l'interdiction pour le détenu d'être l'auteur d'une œuvre littéraire ou audio-visuelle, à imposer au juge du fond de réaliser un contrôle de proportionnalité entre la liberté d'expression et les intérêts de la victime et de la société⁴⁴¹⁹. Si la Cour de cassation a imposé un tel contrôle au juge du fond, alors que la liberté d'expression était en cause, c'est évidemment pour transposer dans ce domaine la jurisprudence européenne. Un tel contrôle, sans être exprimé nettement, apparaît pour la libération conditionnelle parentale. La Chambre criminelle avait d'abord soumis cette décision au regard des critères de droit commun⁴⁴²⁰. Dans deux arrêts rendus le même jour, alors que dans la première affaire la Chambre criminelle a validé le raisonnement du juge du fond qui avait rejeté la libération conditionnelle compte tenu de l'absence d'efforts sérieux de réadaptation sociale⁴⁴²¹, elle a sanctionné dans la seconde le raisonnement du juge, en estimant que la condition légale de la libération conditionnelle familiale suffisait à remplir la condition des efforts sérieux de réadaptation sociale⁴⁴²². Si ces solutions apparaissent

⁴⁴¹⁸ Cass. crim., 21 nov. 2007, n° 06-88.850 : *inédit*.

⁴⁴¹⁹ Cass. crim., 30 mars 2011, n° 10-86.999 : *inédit* : « l'arrêt relève que cette obligation se limite à interdire tout commentaire et toute apologie des infractions commises et qu'elle ne constitue pas une mesure disproportionnée au regard de la nécessaire sauvegarde de l'ordre public et n'interdit nullement à l'intéressé d'exprimer ses convictions politiques ».

⁴⁴²⁰ Cass. crim., 24 janv. 2007, n° 06-82.217 : *inédit* ; *AJP*, 2007, p. 288, obs. M. HERZOG-EVANS. – Cass. crim., 7 nov. 2007, n° 07-82.598 : *Bull. crim.*, n° 270 ; *Gaz. Pal.*, 20 sept. 2008, p. 23, obs. Y. MONNET ; *AJP*, 2008, p. 44, obs. M. HERZOG-EVANS.

⁴⁴²¹ Cass. crim. 3 févr. 2010, n° 09-85.166 : *inédit* : « attendu que, pour rejeter sa demande, la chambre de l'application des peines énonce que la condamnation sanctionne des faits particulièrement graves d'atteinte aux personnes, qu'il a déjà été plusieurs fois condamné pour des actes de délinquance routière, ce qui dénote de faibles capacités d'amendement ; que les juges ajoutent, par motifs adoptés, que la condition de résidence habituelle du mineur n'apparaît pas entièrement satisfaite, le condamné occupant, au cours de la semaine, pour les besoins de sa vie professionnelle, un logement situé dans une autre localité ».

⁴⁴²² Cass. crim., 3 févr. 2010, n° 09-84.850 : *inédit* ; *Procédures*, 2010, comm. n° 196, obs. A.-S. CHAVENT-LECLÈRE ; *AJP*, 2010, p. 334, obs. M. HERZOG-EVANS : « mais attendu qu'en prononçant ainsi, alors qu'en déclarant recevable, en application des dispositions de l'article 729-3 du Code de procédure pénale, la demande de libération conditionnelle parentale, elle tenait pour établi que l'enfant mineur de dix ans avait sa résidence habituelle chez sa mère, sans dire en quoi la requérante ne justifiait pas d'une participation essentielle à la vie de famille caractérisant des efforts sérieux de réadaptation sociale, et en se déterminant, par ailleurs, par des motifs inopérants tirés de l'absence de reconnaissance des infractions, la chambre de l'application des peines n'a pas justifié sa décision ». Le juge du fond s'était appuyé sur l'indemnisation partielle

contradictoires, elles ne peuvent s'expliquer que par les différences factuelles des espèces et par les orientations données par la Chambre criminelle au juge du fond pour apprécier le conflit entre l'intérêt de l'enfant d'une part, et les intérêts de la société d'autre part. La solution la plus favorable a profité à un détenu condamné pour des infractions non violentes, la condition tenant à la vie de famille suffisant dans cette hypothèse, et elle doit être privilégiée. En revanche, la solution la moins favorable a concerné une personne condamnée pour des infractions violentes contre les personnes et l'aménagement avait été demandé *ab initio* : alors, les intérêts de la société peuvent primer sur l'intérêt de l'enfant.

1048. **La dangerosité, critère directeur de la libération conditionnelle.** Si la Cour européenne des droits de l'Homme et le Conseil constitutionnel écartent encore une grande partie de la théorie générale de la privation de liberté à la peine⁴⁴²³, le législateur a pourtant organisé son contrôle de proportionnalité en développant le mécanisme de la libération conditionnelle. Le contrôle réalisé par la Chambre criminelle tend lui-même à aligner le régime de la peine privative de liberté sur celui des mesures de sûreté, la dangerosité apparaissant finalement comme le critère principal devant motiver le rejet de la libération conditionnelle, en conformité avec la Cour européenne des droits de l'Homme, dans le contrôle qu'elle avait entamé dans l'arrêt *Léger* du rejet de la libération conditionnelle du détenu subissant une peine perpétuelle⁴⁴²⁴. La spécificité de la peine privative de liberté se réduit et ne concerne véritablement que le délai d'épreuve qui neutralise la libération conditionnelle, au point que les distinctions importantes entre la mesure de sûreté et la peine, qui concernent l'application de la non-rétroactivité, du procès équitable, ou du contrôle périodique⁴⁴²⁵, n'apparaissent plus véritablement cohérentes⁴⁴²⁶, au point de justifier la réintégration de la peine privative de liberté dans la théorie générale.

des victimes, l'absence de pérennité de la promesse d'embauche présentée et l'exécution sans conviction des obligations du sursis avec mise à l'épreuve.

⁴⁴²³ V. *supra*, n° 1021 et s.

⁴⁴²⁴ V. CEDH, sect. II, 11 avr. 2006, *Léger c. France*, req. n° 19324/02 : RSC, 2007, p. 134, comm. F. MASSIAS ; D., 2006, p. 1800, note J.-P. CÉRÉ ; AJP, 2006, p. 258, note S. ENDERLIN. V. *supra*, n° 775 et s.

⁴⁴²⁵ V. sur ces distinctions, *supra*, n° 364.

⁴⁴²⁶ V. *supra*, n° 513.

1050. **Le droit incomplet de contester le bien-fondé de la privation de liberté : le pouvoir discrétionnaire du juge du fond de l'appréciation de sa nécessité.** Si quelques arrêts de la Cour de cassation concernant la libération conditionnelle, ou concernant la prolongation de la détention provisoire anormalement longue montrent un véritable contrôle de la motivation du juge du fond, tendant à établir un contrôle plus riche du maintien en privation de liberté ou un véritable contrôle de proportionnalité, le reste de la jurisprudence tend à abandonner au juge du fond un pouvoir discrétionnaire de sa nécessité et du placement : le contrôle judiciaire de la nécessité de la privation de liberté n'est pas de nature à compenser sa large délimitation abstraite⁴⁴²⁷. Si l'œuvre législative participe aussi à limiter l'étendue de l'appréciation du bien-fondé de la nécessité de la privation de liberté par le juge du fond, le contrôle défailant du juge du droit de la privation de liberté est d'autant plus dommageable qu'il montre son défaut d'investissement dans son rôle de gardien de la liberté individuelle, y compris, comme en matière de détention provisoire, dans les rares espaces où le législateur n'a pas entamé l'étendue de son office, tolérant l'arbitraire judiciaire. La théorie générale des droits de la personne privée de liberté n'aboutit pas à dresser une protection efficace contre la privation de liberté et à une défense exceptionnelle de la liberté individuelle, notamment pour admettre trop facilement la courte privation de liberté ou le placement dans un titre pérenne.

⁴⁴²⁷ V. *supra*, n° 591.

1051. **Le défaut d'autonomie de la contestation de la légalité de la privation de liberté.** Le bilan de l'examen du droit de contester la légalité de la privation de liberté montre, pour tous ses éléments essentiels, son défaut d'autonomie. Les formes particulières de la contestation, surtout la célérité de l'*Habeas corpus*, sont abîmées⁴⁴²⁸. L'existence d'un véritable juge de la privation de liberté, en progrès, n'est pas encore achevée, notamment par l'inaboutissement de l'indépendance fonctionnelle⁴⁴²⁹ ou le défaut de protection de l'étendue de son appréciation du bien-fondé de la privation de liberté⁴⁴³⁰. Le procès de la privation de liberté n'est exigé, au niveau supra-légal, qu'à l'occasion du recours à bref délai et non durant l'*Habeas corpus*⁴⁴³¹. Le pouvoir de libération, effet qui caractérise pourtant la sanction de l'illégalité du titre de détention, est lui-même atténué⁴⁴³². Enfin, l'étendue du contrôle de la régularité du titre de détention, permise dans le cadre des recours spéciaux de la privation de liberté, se heurte aux principes communs de répartition des compétences, sans les dépasser, qu'il s'agisse de la préservation par le juge administratif d'une partie du contrôle de la régularité du titre de détention⁴⁴³³, ou du traitement de l'irrégularité de la privation de liberté de police du suspect par le seul contentieux de l'annulation⁴⁴³⁴. Finalement, l'autonomie de la détention bénéficie d'une reconnaissance moyenne, et la privation de liberté apparaît trop souvent, comme un élément accessoire, non seulement de l'obligation dont elle sert l'exécution, de l'établissement de la dangerosité pour la mesure de sûreté et même de l'établissement de la culpabilité.

⁴⁴²⁸ V. *supra*, n° 728 et s.

⁴⁴²⁹ V. *supra*, n° 678 et s.

⁴⁴³⁰ V. *supra*, n° 960 et s.

⁴⁴³¹ V. *supra*, n° 815 et s.

⁴⁴³² V. *supra*, n° 696 et s.

⁴⁴³³ V. *supra*, n° 858 et s.

⁴⁴³⁴ V. *supra*, n° 920 et s.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

1052. **Le résumé des éléments du droit d'être privé de liberté sous le contrôle de l'autorité judiciaire par les contre-exemples de la garde à vue et de la peine privative de liberté.** Le contrôle abstrait de la garde à vue est déjà limité⁴⁴³⁵, et sa remise en cause s'est principalement réalisée sur le fondement de la défense pénale⁴⁴³⁶. Quant au *paquet* de droits généré par l'arrestation du suspect, si le régime de la garde à vue a pu servir de modèle pour étendre la protection contre la privation de liberté, ce symbole de la sûreté a lui-même subi des altérations⁴⁴³⁷. La dimension concrète de la protection du suspect contre l'arbitraire ne montre pas vraiment de progrès significatifs. Courte privation de liberté, la garde à vue bénéficie au moins d'un contrôle en temps réel de l'autorité judiciaire, même si une large place y est laissée au magistrat dépendant⁴⁴³⁸, et si le contrôle de son exercice reste faible⁴⁴³⁹. La fonction de gardien de liberté individuelle peut être cumulée avec une autre fonction judiciaire⁴⁴⁴⁰. La célérité de l'*Habeas corpus* a aussi été reculée dans la jurisprudence constitutionnelle, et les faibles exigences de la Cour européenne des droits de l'Homme, malgré un sursaut entamé, ne permettent pas encore de compenser⁴⁴⁴¹. Quant à son irrégularité et son défaut de bien-fondé, ils n'ont aucun impact sur la décision du juge de l'*Habeas corpus* ou sur le premier titre du tribunal⁴⁴⁴². Ce contrôle de l'autorité judiciaire, plutôt faible, a été validé par le Conseil constitutionnel dans sa décision symbolique qui a censuré *a posteriori* la garde à vue⁴⁴⁴³, rappelant la péremption du droit de la privation de liberté.

1053. Si la courte durée de la privation de liberté limite les effets négatifs du défaut de son encadrement concret, celui de la peine privative de liberté, régime de détention pérenne par nature, reste aussi limité, alors que l'application du contrôle à bref délai au-delà de la période punitive est timidement reconnue dans le standard supra-légal pour la peine

⁴⁴³⁵ V. sur nécessité abstraite, *supra*, n° 382 et s. et sur sa proportionnalité abstraite, *supra*, n° 469 et s.

⁴⁴³⁶ V. *supra*, n° 298 et s.

⁴⁴³⁷ V. *supra*, n° 222 et s.

⁴⁴³⁸ V. *supra*, n° 618.

⁴⁴³⁹ V. *supra*, n° 625 et s.

⁴⁴⁴⁰ V. *supra*, n° 690.

⁴⁴⁴¹ V. *supra*, n° 720 et s.

⁴⁴⁴² V. *supra*, n° 920 et s.

⁴⁴⁴³ Cons. const., déc. n° 2010-14/22 QPC du 30 juil. 2010, [M. W.] : *J. O.*, 31 juil. 2010, p. 14198 ; *RTD civ.*, 2010 p. 513, obs. P. PUIG ; *RSC*, 2011, p. 139, obs. A. GIUDICELLI ; *D.*, 2010, p. 2254, obs. J. PRADEL ; *AJP*, 2010, p. 470, comm. J.-B. PERRIER ; *Constitutions*, 2010, p. 571, comm. E. DAOUD et E. MERCINIER ; *RSC*, 2011, p. 165, obs. B. DE LAMY.

perpétuelle⁴⁴⁴⁴. L'appréciation judiciaire du bien-fondé de la peine, qu'il s'agisse de la fixation de la peine, du fait de l'admission des peines minimales⁴⁴⁴⁵, ou du contrôle de sa proportionnalité, dans le cadre de l'examen des demandes de libération conditionnelle⁴⁴⁴⁶, fait aussi l'objet de limitations. Les deux modèles, le premier d'une privation de liberté de police limitée dans le temps, le second d'une privation de liberté judiciaire pérenne, relativisent l'ampleur du droit d'être privé de liberté sous le contrôle du juge judiciaire.

1054. Ce défaut du contrôle judiciaire de la privation de liberté nuance directement le symbole le plus éclatant de la protection de la liberté individuelle, l'article 66 de la Constitution.

⁴⁴⁴⁴ V. *supra*, n° 768 et s.

⁴⁴⁴⁵ V. *supra*, n° 1022 et s.

⁴⁴⁴⁶ V. *supra*, n° 1030 et s.

CONCLUSION GÉNÉRALE : LA PÉREMPTION DES DROITS DE LA PERSONNE PRIVÉE DE LIBERTÉ

1055. **Le mythe législatif.** Mécanisme ancien de défense des libertés fondamentales, la légalité de l'atteinte aux libertés fondamentales est une garantie en déclin, pour être soumise au contrôle de constitutionnalité et de conventionnalité. Concernant la privation de liberté, la légalité ne s'est jamais vraiment imposée avec vigueur en droit français, alors que la privation de liberté sans loi a été constamment admise, y compris dernièrement. Les sources de la privation de liberté demeurent fragiles. La censure de l'emprisonnement contraventionnel, même adoptée en 1973, demeure l'illustration la plus riche du principe. L'accroissement constant du champ de la privation de liberté, sous l'effet des réformes législatives répétées, rappelle que le législateur a perdu la mesure de la privation de liberté, domaine dans lequel il bénéficie d'une large marge d'appréciation. Pour autant, certaines avancées, comme l'extension du *paquet* de droits généré par l'arrestation, la construction d'un véritable juge de la privation de liberté, notamment à travers le juge des libertés et de la détention, ou encore la consécration large de la libération conditionnelle, rappellent que le législateur peut rester à la pointe de la protection des droits de la personne privée de liberté, tout en soulignant, par ricochet, la faiblesse des standards supra-légaux, ainsi dépassés.

1056. **Le mythe constitutionnel.** Dès 1980, le Conseil constitutionnel a déduit de l'article 66 de la Constitution que « *la liberté individuelle ne peut être tenue pour sauvegardée que si le juge intervient dans le plus court délai possible* »⁴⁴⁴⁷, dans une interprétation donnant toute son efficacité à un principe imprécis, annonçant une jurisprudence riche. Toutefois, cette volonté de consacrer un *Habeas corpus* en droit français reste l'illustration la plus éclatante de la protection des droits de la personne privée de liberté dans la jurisprudence constitutionnelle, alors que pour le reste, elle a toujours interprété restrictivement l'article 66 de la Constitution. L'effet attractif de la disposition, qu'il s'agisse de la compétence juridictionnelle judiciaire, ou de la compétence normative législative, reste mesuré. Même dans le domaine de la privation de liberté, alors pourtant que le principe de

⁴⁴⁴⁷ Cons. const., déc. n° 79-109 DC du 9 janv. 1980 portant sur la loi relative à la prévention de l'immigration clandestine et portant modification de l'ord. n° 45-2658 du 2 nov. 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers et portant création de l'Office national d'immigration : *J. O.*, 11 janv. 1980, p. 84 ; consid. n° 4.

l'interdiction de la détention arbitraire pourrait servir à bâtir une grande disposition englobant le contrôle entier de la privation de liberté sous le visa de l'article 66, le Conseil constitutionnel préfère souvent utiliser des fondements spécifiques à des cas particuliers de privation de liberté, ou des fondements de droit commun. Une telle construction éparse complique le dégagement de principes forts et généraux et rabaisse la privation de liberté au niveau des atteintes plus communes aux libertés fondamentales. L'admission du recul de la célérité de l'*Habeas corpus*, appréciée distinctement selon les cas de privation de liberté, a fini de démontrer la faiblesse du standard supra-légal, non seulement en altérant le symbole le plus éclatant de sa propre jurisprudence, mais en plus en reniant la vision unitaire de la privation de liberté. Cet état du droit est d'autant plus regrettable que le standard européen n'est pas suffisamment riche pour le supplanter.

1057. **Le mythe européen.** La liste de l'article 5 § 1^{er}, outil original de limitation de la marge d'appréciation des États, fait l'objet d'une interprétation extensive. Les limites textuelles de la Convention, comme l'absence d'*Habeas corpus* généralisé, ou encore le défaut d'encadrement de la privation de liberté de police, sauf la reconnaissance du droit à l'information des raisons de l'arrestation, n'ont pas été dépassées. Des principes anciens, comme le rejet du contrôle de la peine privative de liberté ou encore le délai *Brogan*, restent ancrés dans la jurisprudence européenne, et les avancées récentes du contrôle de la privation de liberté s'effectuent sous l'angle des articles 3 et 6. Au final, le droit français, sans être parfait, reste supérieur au standard européen le plus souvent, qu'il s'agisse de l'étendue abstraite de la privation de liberté, des modalités de son contrôle judiciaire, ou du *paquet* de droits générés par l'arrestation.

1058. **Le mythe judiciaire.** Gardien de la liberté individuelle, le juge judiciaire a lui-même participé à la relativisation de son rôle, en assurant un contrôle limité du bien-fondé de la privation de liberté. Son intervention, droit premier de la lutte contre l'arbitraire, d'autant plus indispensable au regard du large champ de la détention, ne doit pas non plus aboutir à tolérer son propre arbitraire, alors que le juge du fond se trouve, sauf pour les longues privations de liberté, investi d'un pouvoir discrétionnaire. Mis à l'écart du domaine de la détention par la Constitution, le juge administratif apparaît désormais le plus audacieux, en élargissant régulièrement le contrôle de l'exécution de la détention, sans non plus que la réduction de la marge d'appréciation des autorités de garde ne soit encore achevée.

1059. **La péremption des droits des personnes privées de liberté.** La liberté individuelle n'apparaît pas comme une liberté fondamentale de premier ordre, celle-ci ne bénéficiant pas d'une réelle autonomie. La décrépitude des quatre mythes de la protection de la liberté individuelle – législatif, constitutionnel, européen et judiciaire –, finit par conduire les droits des personnes privées de liberté à péremption. La privation de liberté n'apparaît pas comme une atteinte particulièrement grave aux libertés fondamentales, justifiant un encadrement exceptionnel, notamment quant à son début ou pour celle de durée moyenne. Le droit d'être privé de liberté selon une loi dénuée d'arbitraire et le droit d'être privé de liberté sous le contrôle du juge judiciaire méritent un sursaut. Quelques évolutions évoquées, comme la pleine consécration de l'autonomie de la détention, la reconnaissance de son chaînage, l'utilisation d'une approche uniforme, l'instauration d'un véritable *Habeas corpus*, ou encore l'intégration de l'exécution de la détention dans sa légalité, dont on retrouve pour chacune des prémices en droit positif, pourraient porter le renouveau des droits de la personne privée de liberté.

TABLE DE JURISPRUDENCE

A) *Jurisprudence constitutionnelle*

1) **Jurisprudence constitutionnelle nationale**

(les numéros renvoient aux paragraphes)

1963

Cons. const., déc. n° 63-22 L du 19 févr. 1963 portant sur la nature juridique des dispositions de l'article 29 de l'ordonnance n° 58-1297 du 23 déc. 1958 modifiant certaines peines en vue d'élever la compétence des tribunaux de police, en tant qu'elles modifient l'article 25-II-B-a de la loi du 14 avr. 1952 portant loi de finances pour l'année 1952 ; *D.*, 1964, p. 62, obs. L. HAMON ; *JCP*, 1965, II, n° 14171, obs. O. K.

v. n° 147

1969

Cons. const., déc. n° 69-55 L du 26 juin 1969 portant sur la nature juridique de certaines dispositions modifiées, des articles 4, 9 et 12 de la loi du 2 mai 1930 relative à la protection des monuments naturels et des sites de caractère, historique, scientifique, légendaire ou pittoresque, des articles 2 et 13 bis de la loi du 31 déc. 1916 sur les monuments historiques et de l'article 98-1 du code de l'urbanisme et de l'habitation, *J. O.*, 13 juil. 1969

v. n° 156

1971

Cons. const., déc. n° 71-44 DC du 16 juil. 1971 relative à la loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1^{er} juil. 1901 relative au contrat d'association : *J. O.*, 18 juil. 1971, p. 7114

v. n° 143

1973

Cons. const., déc. n° 73-80 L du 28 nov. 1973 relative à la nature juridique de certaines dispositions du Code rural, de la loi du 5 août 1960 d'orientation agricole, de la loi du 8 août 1962 relative aux groupements agricoles d'exploitation en commun et de la loi du 17 déc. 1963 relative au bail à ferme dans les départements de la Guadeloupe, de la Guyane, de la Martinique et de la Réunion : *J. O.*, 6 déc. 1973, p. 12949 ; *RDP*, 1974,

p. 899, obs. J. DE SOTO ; *AJDA*, 1974, p. 229, obs. J. RIVERO

v. n° 87, **143, 148**, 157, 158, 366

1975

Cons. const., 23 juil. 1975, déc. n° 75-56 DC portant sur la loi modifiant certaines dispositions de procédure pénale spécialement le texte modifiant les articles 398 et 398-1 du code de procédure pénale : *J. O.*, 24 juil. 1975, p. 7533

v. n° 161

1976

Cons. const., déc. n° 76-70 DC du 2 déc. 1976 portant sur la loi relative au développement de la prévention des accidents du travail : *J. O.*, 7 déc. 1976, p. 7052

v. n° 825

1977

Cons. const., déc. n° 76-75 DC du 12 janv. 1977 relative à la loi autorisant la visite des véhicules en vue de la recherche et de la prévention des infractions : *J. O.*, 13 janv. 1977, p. 345 ; *D.*, 1978, jur., p. 173, comm. L. HAMON et J. LÉAUTÉ

v. n° 36, 199, 636

1978

Cons. const., déc. n° 78-98 DC du 22 nov. 1978 portant sur la loi modifiant certaines dispositions du code de procédure pénale en matière d'exécution des peines privatives de liberté : *J. O.*, 23 nov. 1978

v. n° 365, **657, 794**

1979

Cons. const., déc. du 12 juil. 1979 n° 79-107 DC portant sur la loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales : *J. O.*, 13 juil. 1979

v. n° 4

1980

Cons. const., déc. n° 79-109 DC du 9 janv. 1980 portant sur la loi relative à la prévention de l'immigration clandestine et portant modification de l'ord. n° 45-2658 du 2 nov. 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers et portant création de l'office national d'immigration : *J. O.*, 11 janv. 1980, p. 84

v. n°s 3, 36, 65, **67**, **102**, 164, 166, 186, 213, 381, 592, 606, 610, 619, 642, **720**, 722, 739, **824**, 876, 1056

Cons. const., déc. n° 80-117 DC du 22 juil. 1980 relative à l'examen de la loi sur la protection et le contrôle en matière nucléaire : *J. O.*, 24 juil. 1980, p. 1867

v. n° 355

Cons. const., déc. n° 80-119 DC du 22 juil. 1980 relative à la loi portant validation d'actes administratifs : *J. O.*, 24 juil. 1980, p. 1868

v. n° 609

1981

Cons. const., déc. n° 80-127 DC des 19 et 20 janv. 1981 relative à la loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes : *J. O.*, 22 janv. 1981, p. 308

v. n°s 21, 143, **165**, 178, 184, 186, 196, 198, 317, 355, **366**, 381, 470, 606, **620**, 624, 679, 690, 721, 730, **734**

1982

Cons. const., 10 nov. 1982, déc. n° 82-145 DC portant sur la loi relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs du travail : *J. O.*, 11 nov. 1982, p. 3393

v. n° 156

1983

Cons. const., déc. n° 83-156 DC du 28 mai 1983 relative à la loi portant diverses mesures relatives aux prestations de vieillesse : *J. O.*, 1^{er} juin 1983, p. 1646

v. n° 506

Cons. const., déc. n° 83-164 DC du 29 déc. 1983 relative à la loi de finances pour 1984 : *J. O.*, 30 déc. 1983, p. 3875 ; *JCP*, 1984, II, n° 20160, comm. R. DRAGO et A. DECOCQ

v. n°s 198, 199, 211, 636

1986

Cons. const., déc. n° 86-213 DC du 3 sept. 1986 portant sur la loi relative à la lutte contre le terrorisme et aux atteintes à la sûreté de l'État : *J. O.*, 5 sept. 1986, p. 10786

v. n°s 186, 470, 620, 624, 730

Cons. const., déc. n° 86-216 DC du 3 sept. 1986 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France : *J. O.*, 5 sept. 1986, p. 10790

v. n°s 381, 392, **467**, 642

1987

Cons. const., déc. n° 86-224 DC du 23 janv. 1987 relative à la loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence : *J. O.*, 25 janv. 1987, p. 924

v. n° 881

Cons. const., déc. n° 87-237 DC du 30 déc. 1987 relative à la loi de finances pour 1988 : *J. O.*, 31 déc. 1987, p. 15761

v. n° 366

1988

Cons. const., déc. n° 87-240 DC du 19 janv. 1988 relative à la loi sur les bourses de valeurs : *J. O.*, 21 janv. 1988, p. 1024

v. n° 178

Cons. const., déc. n° 88-244 DC du 20 juil. 1988 portant sur la loi portant amnistie : *J. O.*, 21 juil. 1988, p. 9448

v. n° 101

1989

Cons. const., déc. n° 88-248 DC du 17 janv. 1989 portant sur la loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 sept. 1986 relative à la liberté de communication : *J. O.*, 18 janv. 1989, p. 754

v. n° 368

Cons. const., déc. n° 89-256 DC du 25 juil. 1989 relative à la loi portant dispositions diverses en matière d'urbanisme et d'agglomérations nouvelles : *J. O.*, 28 juil. 1989, p. 9501

v. n° 609

Cons. const., déc. n° 89-257 DC du 25 juil. 1989 relative à la loi modifiant le code du travail et relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion : *J. O.*, 28 juil. 1989, p. 9503

v. n° 101

Cons. const., déc. n° 89-261 DC du 28 juil. 1989 portant sur la loi relative aux conditions de séjour et d'entrée des étrangers en France : *J. O.*, 1^{er} août 1989 ; *RFDA*, 1989, p. 691, note B. GENEVOIS ; *AJDA*, 1989, p. 619, note J. CHEVALLIER ; *D.*, 1990, p. 161, note X. PRÉTOT

v. n°s 877, **878**, 881

Cons. const., déc. n° 89-260 DC du 28 juil. 1989 portant sur la loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier : *J. O.*, 1^{er} août 1989, p. 9676 ; *RFDA*, 1989, p. 671, comm. B. GENEVOIS

v. n°s 165, 368, 503

Cons. const., déc. n° 89-268 DC du 29 déc. 1989 portant sur la loi de finances pour 1990 : *J. O.*, 30 déc. 1989, p. 16498 ; *RFDA*, 1990, p. 143, comm. B. GENEVOIS

v. n° 101

1990

Cons. const., déc. n° 90-280 DC du 6 déc. 1990 relative à la loi organisant la concomitance des renouvellements des conseils généraux et des conseils régionaux : *J. O.*, 8 déc. 1990, p. 15086

v. n° 414

Cons. const., déc. n° 90-281 DC du 27 déc. 1990 portant sur la loi sur la réglementation des télécommunications : *J. O.*, 29 déc. 1990, p. 16343

v. n° 101

1991

Cons. const., déc. n° 91-294 DC du 25 juil. 1991 portant sur la loi autorisant l'approbation de la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes : *J. O.*, 27 juil., 1991, p. 10001

v. n° 101

1992

Cons. const., déc. n° 92-305 DC du 21 févr. 1992 relative à la loi organique modifiant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 déc. 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature : *J. O.*, 29 févr. 1992, p. 3122

v. n° 671

Cons. const., déc. n° 92-307 DC du 25 févr. 1992 relative à la loi portant modification de l'ord. n° 45-2658 du 2 nov. 1945 modifiée, relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France : *J. O.*, 12 mars 1992, p. 3003 ; *RFDA*, 1992, p. 185, comm. B. GENEVOIX

v. n° 4, 5, **24**, 642, 721, **725**, 732, 826, 877, 960

1993

Cons. const., déc. n° 92-316 DC du 20 janv. 1993 portant sur la loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques : *J. O.*, 22 janv. 1993, p. 1118

v. n° 101, 164, 366

Cons. const., déc. n° 93-321 DC du 20 juil. 1993 portant sur la loi réformant le code de la nationalité : *J. O.*, 23 juil. 1993, p. 10391

v. n° 366

Cons. const., déc. n° 93-323 DC du 5 août 1993 portant sur la loi relative aux contrôles et vérifications d'identité : *J. O.*, 7 août 1993, p. 11193 ; *AJDA*, 1993, p. 815, note P. WACHSMANN ; *RFDA*, 1994, p. 959, comm. E. PICARD

v. n° 101, **618**, **636**, 886

Cons. const., déc. n° 93-326 DC du 11 août 1993 portant sur la loi modifiant la loi n° 93-2 du 4 janv. 1993 portant réforme du code de procédure pénale : *J. O.*, 15 août 1993, p. 11599 ; *RFDA const.*, 1993, p. 848, note TH. RENOUX

v. n° 135, 178, 208, **291**, 357, **385**, **470**, 620, **624**, 706, 730, 852

Cons. const., déc. n° 93-325 DC du 13 août 1993 portant sur la loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France : *J. O.*, 18 août 1993, p. 11722 ; *RFDA*, 1993, p. 871, comm. B. GENEVOIX

v. n° 4, 101, 161, **186**, 199, **352**, 381, 392, **467**, **886**, 970

Cons. const., déc. n° 93-327 DC du 19 nov. 1993 relative à la loi organique sur la Cour de justice de la République : *J. O.*, 23 nov. 1993, p. 16141

v. n° 101

1994

Cons. const., déc. n° 93-334 DC du 20 janv. 1994 relative à la loi instituant une peine incompressible et relative au nouveau code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale : *J. O.*, 26 janv. 1994, p. 1380 ; *RFDA const.*, 1994, p. 353, note TH. RENOUX ; *D.*, 1995, p. 340, obs. TH. RENOUX ; *ibid.*, p. 293, obs. É. OLIVA

v. n° 1, 55, 135, 208, **292**, 355, 357, 366, 385, **504**, 505, 584, **794**

1995

Cons. const., déc. n° 94-355 DC du 10 janv. 1995 portant sur la loi organique modifiant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 déc. 1958 relative au statut de la magistrature : *J. O.*, 14 janv. 1995, p. 727

v. n° 618

Cons. const., déc. n° 94-352 DC du 18 janv. 1995 portant sur la loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité : *J. O.*, 21 janv. 1995, p. 1154

v. n° 101, 355

Cons. const., déc. n° 95-360 DC du 2 févr. 1995 portant sur la loi relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative : *J. O.*, 7 févr. 1995, p. 2097

v. n° 165, 606, 682, 694

Cons. const., déc. n° 95-369 DC du 28 déc. 1995 portant sur la loi de finances pour 1996 : *J. O.*, 31 déc. 1995, p. 19099

v. n° 208

1996

Cons. const., déc. n° 96-377 DC du 16 juil. 1996 portant sur la loi tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire : *J. O.*, 23 juil. 1996, p. 11108 ; *JCP*, II, n° 22709, p. 396, note N. VAN TUONG ; *D.*, 1997, p. 69, comm. B. MERCUZOT ; *AJDA*, 1996, p. 693, note O. SCHRAMECK ; *RFDA*, 1997, p. 538, note P.-E. SPITZ

v. n°s 101, 175, **366**, 636, **681**

1997

Cons. const., déc. n° 97-389 DC du 22 avr. 1997 relative à la loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration : *J. O.*, 27 avr. 1997, p. 6432 ; *AJDA*, 1997, p. 524, comm. F. JULIEN-LAFERRIÈRE ; *JCP*, 1997, II, n° 22890, obs. J.-C. Zarka ; *RDP*, 1997, p. 931, comm. F. LUCHAIRE

v. n°s 101, 165, 381, 699, 707, 731, 826, 846

Cons. const., déc. n° 97-395 DC du 30 déc. 1997 portant sur la loi de finances pour 1998 : *J. O.*, 31 déc. 1997, p. 19313

v. n° 366

1998

Cons. const., déc. n° 98-399 DC du 5 mai 1998 portant sur la loi relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile : *J. O.*, 12 mai 1998, p. 7092 ; *AJDA*, 1998, p. 489, comm. J.-E. SCHOETTL ; *RDSS*, 1998, p. 863, obs. E. ALFANDARI

v. n° 467

Cons. const., déc. n° 98-403 DC du 29 juil. 1998 portant sur la loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions : *J. O.*, 31 juil. 1998, p. 11710

v. n° 21

Cons. const., déc. n° 98-405 DC du 29 déc. 1998 portant sur la loi de finances pour 1999 : *J. O.*, 31 déc. 1998, p. 20138

v. n° 101

1999

Cons. const., déc. n° 99-411 DC du 16 juin 1999 relative à la loi portant diverses mesures relatives à la sécurité routière et aux infractions sur les agents des exploitants de réseau de transport public de voyageurs : *J. O.*, 19 juin 1999, p. 9018

v. n°s 101, 366

Cons. const., déc. n° 99-416 DC du 23 juil. 1999 relative à la loi portant création d'une couverture maladie universelle : *J. O.*, 28 juil. 1999, p. 11250

v. n° 599

Cons. const., déc. n° 99-421 DC du 16 déc. 1999 relatif à la loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes : *J. O.*, 22 déc. 1999, p. 19041

v. n° 196

2000

Cons. const., déc. n° 99-423 DC du 13 janv. 2000 portant sur la loi relative à la réduction négociée du temps de travail : *J. O.*, 20 janv. 2000, p. 992

v. n° 101

Cons. const., déc. n° 2000-434 DC du 20 juil. 2000 portant sur la loi relative à la chasse : *J. O.*, 27 juil. 2000, p. 11550

v. n° 101

Cons. const., déc. n° 2000-435 DC du 7 déc. 2000 portant sur la loi d'orientation pour l'outre-mer : *J. O.*, 14 déc. 2000, p. 19830

v. n° 196

2001

Cons. const., déc. n° 2001-446 DC du 27 juin 2001 portant sur la loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception : *J. O.*, 7 juil. 2001, p. 10828

v. n° 101

2002

Cons. const., déc. n° 2002-461 DC du 29 août 2002 relative à la loi d'orientation et de programmation pour la justice : *J. O.*, 10 sept. 2002, p. 14953 ; *RSC*, 2003, p. 606 et p. 612, comm. V. BÜCK ; *D.*, 2003, p. 1127, obs. L. DOMINGO et S. NICOT ; *RDP*, 2002, p. 1731, comm. J. ROUX ;

v. n°s 17, 81, 178, **369**, **385**, **386**, 480, **499**, **672**, **708**, **709**, 825

2003

Cons. const., déc. n° 2003-467 DC du 13 mars 2003 relative à la loi pour la sécurité intérieure : *J. O.*, 19 mars 2003, p. 4789 ; *RSC*, 2003, p. 602 et p. 614, obs. V. BÜCK ; *D.*, 2004, p. 1273, obs. S. NICOT

v. n°s 4, 55, 101, 356, **826**, 902

Cons. const., déc. n° 2003-484 DC du 20 nov. 2003 portant sur la loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité : *J. O.*, 27 nov. 2003, p. 20154 ; *Gaz. Pal.*, 2005, doct., p. 685, comm. J. BOYER ; consid. n° 51 ; *LPA*, 20 janv. (partie I) et 21 janv. (partie II) 2004, p. 10, comm. J.-É. SCHOETTL

v. n°s 101, **186**, 266, **316**, 466, **467**, 655, 709, 731, 768, **801**, 808, **821**, **823**, 916, **1017**

2004

Cons. const., déc. n° 2004-492 DC du 2 mars 2004 relative à la loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité : *J. O.*, 10 mars 2004, p. 4637 ; *RSC*, 2005, p. 122, comm. V. BÜCK ; *D.*, 2004, p. 956, note M. DOBKINE ; *RSC*, 2004, p. 725, comm. CH. LAZERGES ; *JCP*, 2004, II, n° 10048, obs. J.-C. ZARKA
v. n°s 52, 55, 165, **186**, 198, 293, **385**, 420, 470, 471, **473**, **618**, **620**, **658**, **681**, **691**, 730, 822, 825, 960, 970

Cons. const., déc. n° 2004-497 DC du 1^{er} juil. 2004 portant sur la loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle : *J. O.*, 10 juil. 2004, p. 12506

v. n° 970

2005

Cons. const., déc. n° 2004-510 QPC du 20 janv. 2005 portant sur la loi relative aux compétences du tribunal d'instance, de la juridiction de proximité et du tribunal de grande instance : *J. O.*, 27 janv. 2005, p. 1412
v. n° 673

Cons. const., déc. n° 2005-527 DC du 8 déc. 2005 portant sur la loi relative au traitement de la récidive des infractions pénales : *J. O.*, 13 déc. 2005, p. 19162 ; *D.*, 2006, p. 966, comm. F. ROUVILLOIS ; *AJP*, 2007, p. 357, comm. M. HERZOG-EVANS (spéc. sur la prévention de la récidive) ; *ibid.*, p. 352, comm. D. BLANC (spéc. sur les peines minimales) ; *ibid.*, p. 356, comm. PH. BONFILS (spéc. sur le droit des mineurs) ; *ibid.*, p. 367, comm. C. MANZANERA (spéc. sur l'obligation de soins)

v. n°s 25, 101, **204**, **205**, 970, 1022

2006

Cons. const., déc. n° 2005-532 DC du 19 janv. 2006 portant sur la loi relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers : *J. O.*, 24 janv. 2006, p. 1138

v. n° 474

Cons. const., déc. n° 2006-535 DC du 30 mars 2006 relative à la loi pour l'égalité des chances : *J. O.*, 2 avr. 2006, p. 4964 ; *J. O.*, 2 avr. 2006

v. n° 825

Cons. const., déc. n° 2006-545 DC du 28 déc. 2006 portant sur la loi pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social : *J. O.*, 31 déc. 2006, p. 20320

v. n°s 303, 609

2007

Cons. const., déc. n° 2007-553 DC du 3 mars 2007 portant sur la loi relative à la prévention de la délinquance : *J. O.*, 7 mars 2007, p. 4356 ; *RSC*, 2008, p. 133 et p. 136, obs. B. DE LAMY
v. n°s 369, 389, 473

Cons. const., déc. n° 2007-554 DC du 9 août 2007 portant sur la loi renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs : *J. O.*, 11 août 2007, p. 13478

v. n°s 366, 369, 1024, 1025

2008

Cons. const., déc. n° 2008-562 DC du 21 févr. 2008 portant sur la loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental : *J. O.*, 26 févr. 2008, p. 3272 ; *RSC*, 2008, p. 731, comm. CH. LAZERGES ; *D.*, 2008, p. 1359, comm. Y. MAYAUD ; *JCP*, 2008, actu., 166, obs. B. MATHIEU ; *JCP*, 2008, II, n° 10077, comm. J.-PH. FELDMAN

v. n°s 52, 55, 60, 92, 94, 135, 165, **205**, 355, 357, 362, 414, 417, **449**, 459, 477, 480, **494**, 655, 659, **700**, **768**, 818, 1006

Cons. const., déc. n° 2008-564 DC du 19 juin 2008 portant sur la loi relative aux organismes génétiquement modifiés : *J. O.*, 26 juin 2008, p. 10228

v. n° 366

2009

Cons. const., déc. n° 2009-590 DC du 22 oct. 2009 portant sur la loi relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet : *J. O.*, 29 oct. 2009, p. 18292

v. n° 366

Cons. const., déc. n° 2009-593 DC du 19 nov. 2009 portant sur la loi pénitentiaire : *J. O.*, 25 nov. 2009, p. 20222 ; *RSC*, 2010, p. 217, obs. B. DE LAMY ; *AJDA*, 2009, p. 2425, obs. P. WACHSMANN

v. n°s 40, 109, **188**, **191**, 505

2010

Cons. const., déc. n° 2010-604 DC du 25 févr. 2010 portant sur la loi renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public : *J. O.*, 3 mars 2010, p. 4312

v. n° 366

Cons. const., déc. n° 2010-14/22 QPC du 30 juil. 2010, [M. W.] : *J. O.*, 31 juil. 2010, p. 14198 ; *RTD civ.*, 2010 p. 513, obs. P. PUIG ; *RSC*, 2011, p. 139, obs. A. GIUDICELLI ; *D.*, 2010, p. 2254, obs. J. PRADEL ; *AJP*, 2010, p. 470, comm. J.-B. PERRIER ; *CONSTITUTIONS*, 2010, p. 571, comm. E. DAOUD et E. MERCIER ; *RSC*, 2011, p. 165, obs. B. DE LAMY

v. n°s 38, 82, 109, 178, 186, **290**, **297**, **301**, **317**, 357, **383**, **469**, 616, 618, **620**, **624**, 633, 694, 730, 944, 960, 965, 1052

Cons. const., déc. n° 2010-31 QPC du 22 sept. 2010, [M. A. et autres] : *J. O.*, 23 sept. 2010, p. 17290 ; *RSC*, 2011, p. 139, obs. A. GIUDICELLI ; *RSC*, 2011, p. 165, obs. B. DE LAMY

v. n° 362, 474, 690

Cons. const., déc. n° 2010-32 QPC du 22 sept. 2010, [M. Samir M. et autres] : *J. O.*, 23 sept. 2010, p. 17291 ; *RSC*, 2011, p. 139, obs. A. GIUDICELLI ; *RSC*, 2011, p. 165, obs. B. DE LAMY

v. n° 178, 303, 383

Cons. const., déc. n° 2010-71 QPC du 26 nov. 2010, [Mme S.] : *J. O.*, 27 nov. 2010, p. 21119 ; *Dr. fam.*, 2011, comm. n° 11, note I. MARIA ; *RFDA*, 2011, p. 951, chron. A. PENA ; *JCP*, 2011, n° 189, note K. GRABARCZYK ; *AJDA*, 2011, p. 174, obs. X. BIOY

v. n° 38, 40, 67, 92, **164**, 357, 362, **408**, **412**, **418**, 642, **656**, **720**, 740, 745, **801**, **804**, 842, 846, 884, 890, 899, 960, 1014

Cons. const., déc. n° 2010-62 QPC du 17 déc. 2010, [M. M.] : *J. O.*, 19 déc. 2010, p. 22372 ; *AJP*, 2011, p. 136, obs. J.-B. Perrier ; *Constitutions*, 2011, 531, obs. E. Daoud et A. TALBOT ; *JCP*, 2011, n° 144, note V. TELLIER-CAYROL ; *RSC*, 2011, p. 864, obs. D. BOCCON-GIBOD

v. n° 804, 820, 825, 833

Cons. const., déc. n° 2010-80 QPC du 17 déc. 2010, [M. F.] : *J. O.*, 19 déc. 2010, p. 22374 ; *Constitutions*, 2011, p. 525, note E. DAOUD et A. TALBOT ; *Procédures*, 2011, comm. n° 73, obs. J. BUISSON

v. n° 67, 109, 186, 357, 469, **0**, **736**, 743, 745 825, 944, 960

Cons. const., déc. n° 2010-81 QPC du 17 déc. 2010, [M. B.] : *J. O.*, 19 déc. 2010, p. 22375 ; *JCP*, 2011, n° 144, note V. TELLIER-CAYROL

v. n° 711, 970

2011

Cons. const., déc. n° 2010-92 QPC du 28 janv. 2011, [Mme C.] : *J. O.*, 29 janv. 2011, p. 1894

v. n° 101, 120, 641, 725

Cons. const., déc. n° 2011-625 DC du 10 mars 2011 relative à la loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure : *J. O.*, 15 mars 2011, p. 4630

v. n° 21, 101, **173**, **178**, 362, 366, 369, 505, 621, 637, 725, **797**, 822, **1025**

Cons. const., déc. n° 2010-110 QPC du 25 mars 2011, [M. B.] : *J. O.*, 26 mars 2011, p. 5406

v. n° 608

Cons. const., 1^{er} avr. 2011, déc. 2011-113-115 QPC ; *D.*, p. 1156, 2011, note J.-B. PERRIER ; *Dr. pén.*, 2011, comm. n° 70, obs. A. MARON et M. HAAS

v. n° 1041, 1042

Cons. const., déc. n° 2011-125 QPC du 6 mai 2011, [M. L.] : *J. O.*, 7 mai 2011, p. 7850 ; *AJP*, 2011, p. 471, obs. J.-B. PERRIER ; *Constitutions*, 2011, p. 525, note E. DAOUD et A. TALBOT ; *RSC*, 2011, 415, obs. J. DANET ; *Gaz. Pal.*, 24 mai 2011, p. 18, obs. S. DETRAZ

v. n° 317, 0

Cons. const., déc. n° 2011-631 DC du 9 juin 2011 portant sur la loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité : *J. O.*, 17 juin 2011, p. 10306 ; *AJDA*, 2011, p. 1174, obs. M.-C. DE MONTECLER ; *Constitutions*, 2012, p. 597, obs. V. TCHEN

v. n° 4, 55, **179**, 204, 218, 357, 362, **394**, **467**, 480, 655, 708, 720, 722, 725, **738**, **743**, 745, 768, 846, **852**, 960**852**

Cons. const., déc. n° 2011-135/140 QPC du 9 juin 2011, [M. B. et autre] : *J. O.*, 10 juin 2011, p. 9892 ; *Constitutions*, 2011, p. 400, obs. X. BIOY ; *RFDA*, 2012, p. 629, K. BLAY-GRABARCZYK

v. n° 164, 362, **412**, **461**, **720**, **722**, **740**, 846

Cons. const., déc. n° 2011-133 QPC du 24 juin 2011, [M. Z.] : *J. O.*, 25 juin 2011, p. 10840 ; *AJP*, 2011, p. 602, obs. J.-B. Perrier ; *Procédures*, n° 8, 2011, comm. 276, note A.-S. CHAVENT-LECLÈRE

v. n° 3, **175**, **352**, **384**, 0

Cons. const., déc. n° 2011-147 QPC du 8 juil. 2011 [M. J.] : *J. O.*, 9 juil. 2011, p. 11979 ; *RTD civ.*, 2011, p. 756, obs. J. Hauser ; *AJP*, 2011, p. 596, obs. J.-B. PERRIER ; *Dr. pén.*, 2012, ét. n° 8, comm. C. CLAVERIE-ROUSSET

v. n° 165, 384, 385, 673, 675, 682, 694

Cons. const., déc. n° 2011-153 QPC du 13 juil. 2011, [M. A.] : *J. O.*, 14 juil. 2011, p. 12251

v. n° 825, 833

Cons. const., déc. n° 2011-635 DC du 4 août 2011 relative à la loi sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs : *J. O.*, 11 août 2011, p. 13763 ; *RSC*, 2011, p. 728, chron. CH. LAZERGES (spéc. I) ; *AJFP*, 2012, p. 121, note J. WOLIKOW ; *D.*, 2012, p. 1638, chron. V. BERNAUD et N. JACQUINOT

v. n° 23, 25, 385, 389, **673**, 675, **676**, 819, 970

Cons. const., décision n° 2011-168 QPC du 30 septembre 2011, [M. Samir A.] : *J. O.*, 1^{er} oct. 2011, p. 16526 ; *LPA*, 4 juin 2012, p. 8, chron. V. TELLIER-CAYROL

v. n° 833

Cons. const., déc. n° 2011-174 QPC du 6 oct. 2011, [Mme P.] : *J. O.*, 8 oct. 2011, p. 17017 ; *Dr. admin.*, 2011, comm. n° 99, comm. C. LANTERO ; *JCP A*, 2012, n° 2040, comm. É. PÉCHILLON

v. n° 3, 38, 120, **164, 414, 417**, 725

Cons. const., déc. n° 2011-185 QPC du 21 oct. 2011, [M. C.] : *J. O.*, 22 oct. 2011, p. 17968

v. n° 700

Cons. const., déc. n° 2011-191/194/195/196/197 QPC du 18 nov. 2011, [Mme A.] : *J. O.*, 19 nov. 2011, p. 19480 ; *D.*, 2011, p. 3034, comm. H. MATSOPOULOU ; *Dr. pén.*, 2012, ét. n° 4, comm. J. LEROY ; *JCP*, 2011, n° 452, note J. PRADEL ; *Gaz. Pal.*, 22 nov. 2011, comm. O. BACHELET ; *Gaz. Pal.*, 7 juil. 2011, p. 12, comm. G. STRAEHLI ; *Gaz. Pal.*, 3 mai 2011, p. 12, obs. D. MARAIS ; *LPA*, 4 juin 2012, p. 8, chron. V. TELLIER-CAYROL

v. n° 16, **304, 307, 317, 384, 922**

Cons. const., déc. n° 2011-199 QPC du 25 nov. 2011, [M. G.] : *J. O.*, 26 nov. 2011, p. 20016

v. n° 608

Cons. const., déc. n° 2011-200 QPC du 2 déc. 2011, [Banque populaire Côte d'Azur] : *J. O.*, 3 déc. 2011, p. 20496 ; *Constitutions*, 2012, p. 337, obs. O. LE BOT ; *RJEP*, 2013, ét. 2, comm. B. GENEVOIS

v. n° 165

Cons. const., déc. n° 2011-202 QPC du 2 déc. 2011, [Mme Q.] : *J. O.*, 3 déc. 2011, p. 20498 ; *Constitutions*, 2012, p. 140, obs. D. FALLON ; *RFDA*, 2012, p. 629, note K. BLAY-GRABARCZYK

v. n° 82, 362, **720, 722, 740**, 846

Cons. const., déc. n° 2011-641 DC du 8 déc. 2011 portant sur la loi relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles : *J. O.*, 14 déc. 2011, p. 21121

v. n° 822

2012

Cons. const., déc. n° 2011-214 QPC du 27 janv. 2012, [Société COVED SA] : *J. O.*, 28 janv. 2012, p. 1676

v. n° 641

Cons. const., déc. n° 2011-217 QPC du 3 févr. 2012, [M. Mohammed Akli B] : *J. O.*, 4 févr. 2012, p. 2076 ; *AJP*, 2012, p. 410, obs. C. Saas ; *RSC*, 2013, p. 433, obs. B. DE LAMY ; *RSC*, 2012, p. 135, obs. E. FORTIS ; *Constitutions*, 2012, p. 286, obs. A. LEVADE ; *Constitutions*, 2012, p. 339, comm. V. TCHEN ; *Dr. pén.*, 2012, comm. n° 34, obs. J.-H. ROBERT ; *LPA*, 1^{er} oct. 2012, chron. V. TELLIER-CAYROL

v. n° 217

Cons. const., déc. n° 2011-223 QPC du 17 févr. 2012, [Ordre des avocats au Barreau de Bastia] : *J. O.*, p. 2846 ; *AJP*, 2012, p. 342, J.-B. PERRIER ; *Constitutions*, 2012, p. 316, A. DARSONVILLE ; *Gaz. Pal.*, 25-27 mars 2012, p. 14, obs. V. NIORÉ et R. SOFFER ; *LPA*, 1^{er} oct. 2012, chron. V. TELLIER-CAYROL

v. n° 343, 384

Cons. const., déc. n° 2012-235 QPC du 20 avr. 2012, [Association cercle de réflexion et de proposition d'actions sur la psychiatrie] : *J. O.*, 21 avr. 2012, p. 7194 ; *RFDA*, 2012, p. 629, note K. BLAY-GRABARCZYK ; *Dr. admin.*, 2012, comm. n° 61, note C. CASTAING

v. n° 38, 143, 161, **186, 191**, 357, 362, **412**, 462, 490, 801, 955, 1006

Cons. const., déc. n° 2012-240 QPC du 4 mai 2012, [M. Gérard D.] [Définition du délit de harcèlement sexuel] : *J. O.*, 5 mai 2012, p. 8015 ; *D.*, 2012, p. 1372, note S. DETRAZ ; *RSC*, 2012, p. 1372, note A. CERF-HOLLENDER

v. n° 61, 142

Cons. const., déc. n° 2012-253 QPC du 8 juin 2012, [M. D.] : *J. O.*, 9 juin 2012, p. 9796 ; *Gaz. Pal.*, 5 juil. 2012, p. 11, comm. S. DETRAZ ; *Constitutions*, 2012, p. 479, obs. X. BIOY ; *LPA*, 25 mars 2013, p. 4, chron. V. TELLIER-CAYROL

v. n° 3, 55, 153, **164**, 171, **223**, 355, **397**, 412, **635**, 820

Cons. const., déc. n° 2012-257 QPC du 18 juin 2012, [Société Olano Carla et autre] : *J. O.*, 19 juin 2012, p. 10181 ; *AJP*, 2012, p. 602, obs. J.-B. PERRIER ; *Constitutions*, 2012, p. 442, obs. A. DARSONVILLE ; *RSC*, 2013, p. 441, obs. B. DE LAMY ; *LPA*, 25 mars 2013, p. 4, chron. V. TELLIER-CAYROL

v. n° 175

Cons. const., déc. n° 2012-266 QPC du 20 juil. 2012, [M. Georges R.] : *J. O.*, 21 juil. 2012, p. 12001

v. n° 365

2013

Cons. const., déc. n° 2013-320/321 QPC du 14 juin 2013, [M. Yacine T. et autre] : *J. O.*, 16 juin 2013, p. 10025 ; *D.*, 2013, p. 1221, obs. S. SLAMA ; *ibid.*, p. 1909, F. CHOPIN ; *Procédures*, 2013, comm. 266, obs. J. BUISSON

v. n° 505

Cons. const., déc. n° 2013-679 DC du 4 déc. 2013 portant sur la loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière : *J. O.*, 7 déc. 2013, p. 19958

v. n° 472

2) Jurisprudence constitutionnelle étrangère

(les numéros renvoient aux paragraphes)

- | | |
|---|---|
| Cour suprême des États-Unis, 1964,
<i>Escobedo c. Illinois</i> , 378 US 478
v. n° 295 | Cour suprême des États-Unis, 2000,
<i>Dickerson v. United States</i> , 530 U.S. 428
v. n° 230 |
| Cour suprême des États-Unis, 1966,
<i>Miranda v. Arizona</i> , 384 US 436
v. n° 9, 295 | Cour suprême des États-Unis, <i>Rasul c. Bush</i> , 2004,
378 US 478 : <i>RSC</i> , 2008, p. 893,
note V. NATALE ; <i>ibid.</i> , p. 987,
chron. D.-M. AMANN et M. JACQUELIN
v. n° 98 |
| Tribunal constitutionnel espagnol, 21 juil. 1987,
STC 32/1987
v. n° 204 | Tribunal fédéral constitutionnel allemand,
4 mai 2011, 2 BvR 2333/08, 2 BvR 571/10,
2 BvR 1152/10 ; <i>AJP</i> , 2011, p. 462,
obs. C. SAAS
v. n° 38 |
| Cour suprême du Canada, 1 ^{er} févr. 1990,
<i>R. c. Brydges</i> , n° 20583 ; [1990] 1 R.C.S. 190
v. n° 230 | |

B) Jurisprudence internationale

1) Arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne

(les numéros renvoient aux paragraphes)

- | | |
|---|---|
| CJUE, 28 avr. 2011, <i>El Dridi</i> , n° C-61/11 PPU :
<i>AJP</i> , 2011, p. 362, note S. SLAMA et
M.-L. BASILIEU-GAINCHE ; <i>AJP</i> , 2011, p. 502,
comm. L. AMBROSIO ; <i>Rev. crit. DIP</i> , 2012,
p. 834, note K. PARROT
v. n° 216, 392 | CJUE, gde ch., 6 déc. 2011, <i>Achughbabian</i> ,
n° C-329/11 : <i>D.</i> , 2012, p. 333,
note G. POISSONNIER ; <i>Gaz. Pal.</i> ,
14 févr. 2012, p. 17, comm. P. HENRIOT
v. n° 216 |
|---|---|

2) Cour européenne des droits de l'Homme (arrêts et décisions)

(les numéros renvoient aux paragraphes)

A

- A. D. c. Turquie*, sect. III, 22 déc. 2005, req. n° 29986/96
v. n° 368
- A. et autres c. Bulgarie*, sect. IV, 29 nov. 2011, req. n° 51776/08
v. n° 14, 388, 422
- A. et autres c. Royaume-Uni*, gde ch., 19 févr. 2009, req. n° 3455/05 : *Rec. CEDH* ; *RSC*, 2009, p. 672, obs. J.-P. MARGUÉNAUD
v. n° 468, 837, 1010
- Abdolkhani et Karimnia c. Turquie*, sect. II, 22 sept. 2009, req. n° 30471/08
v. n° 664
- Abdulkhakov c. Russie*, sect. I, 2 oct. 2012, req. n° 14743/11, en angl.
v. n° 812
- Abdulsamet Yaman c. Turquie*, sect. II, 2 nov. 2004, req. n° 32446/96, en angl.
v. n° 752
- Achour c. France*, gde ch., 29 mars 2006, req. n° 67335/01 : *Rec. CEDH*, 2006-IV ; *JCP*, 2007, II, n° 10092, comm. D. ZEROUKI-COTTIN
v. n° 365
- Adamkiewicz c. Pologne*, sect. IV, 2 mars 2010, req. n° 54729/00 : *RSC*, 2011, p. 687, note D. ROETS ; *D.*, 2010, p. 1324, comm. P. BONFILS
v. n° 299, 683
- Adamov c. Suisse*, sect. II, 21 juin 2011, req. n° 3052/06
v. n° 219
- Aerts c. Belgique*, ch., 30 juil. 1998, req. n° 25357/94 : *Rec. CEDH*, 1998-V
v. n° 484
- Agnelet c. France*, sect. V, 10 janv. 2013, req. n° 61198/08 ; *D.*, 2013, p. 615, note J.-F. RENUCCI ; *RSC*, 2013, p. 158, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *ibid.*, p. 112, note J. DANET
v. n° 1040
- Ahmet Mete c. Turquie*, sect. II, 25 avr. 2006, req. n° 77649/01, en angl.
v. n° 752
- Alboreo c. France*, sect. V, 20 oct. 2011, req. n° 51019/08 : *AJDA*, 2012, p. 143, chron. L. BURGORGUE-LARSEN ; *AJP*, 2012, p. 175, obs. M. HERZOG-EVANS ; *RSC*, 2012, p. 263, obs. J.-P. MARGUÉNAUD
v. n° 539
- Aleksandr Zaichenko c. Russie*, sect. I, 18 févr. 2010, req. n° 39660/02, en angl.
v. n° 300, n° 17
- Alexanian c. Russie*, sect. I, 22 déc. 2008, req. n° 46468/06, en angl. : *AJDA*, 2009, p. 872, chron. J.-F. FLAUSS
v. n° 702, 986
- Alici et Omak c. Turquie*, sect. IV, 26 janv. 2010, req. n° 57653/00
v. n° 761
- Aliev c. Géorgie*, sect. II, 13 janv. 2009, req. n° 522/04
v. n° 523
- Al-Jedda c. Royaume-Uni*, gde ch., 7 juil. 2011, req. n° 27021/08 : *Rec. CEDH*, 2011 ; *AJDA*, 2012, p. 143, chron. L. BURGORGUE-LARSEN
v. n° 199
- Allen c. Royaume-Uni*, sect. IV, 30 mars 2010, req. n° 18837/06, en angl.
v. n° 837
- Al-Nashif c. Bulgarie*, sect. IV, 20 juin 2002, req. n° 50963/99, en angl.
v. n° 664
- Alony Kate c. Espagne*, sect. III, 17 janv. 2012, req. n° 5612/08
v. n° 687
- Altay c. Turquie*, sect. I, 22 mai 2001, req. n° 22279/93
v. n° 752
- Amuur c. France*, 25 juin 1996, req. n° 19776/92 : *Rec. CEDH*, 1996-III ; *RSC*, 1997, p. 457, obs. R. KOERING-JOULIN ; *D.*, 1997, p. 203, obs. S. PEREZ
v. n° 22, 24, 162, 185, 197
- Ananyev et autres c. Russie*, sect. I, 10 janv. 2012, req. n° 42525/07 et 60800/08 : *D.*, 2013, p. 201, chron. J.-F. RENUCCI, N. FRICERO et Y. STRICKLER
v. n° 531, 537
- Anderco c. Roumanie*, sect. III, 29 oct. 2013, req. n° 3910/04
v. n° 805, 837, 984
- Aquilina c. Malte*, gde ch., 29 avr. 1999, req. n° 25642/94 : *Rec. CEDH*, 1999-III
v. n° 749, 799, 961
- Argenti c. Italie*, sect. III, 10 nov. 2005, req. n° 56317/00
v. n° 554
- Arutyunuyan c. Russie*, sect. I, 10 janv. 2012, en angl., req. n° 48977/09
v. n° 500

Arzu c. Turquie, sect. II, 15 sept. 2009,
req. n° 1915/03, en angl.

v. n° 990

Asan et autre c. Turquie, sect. II, 31 juil. 2007,
req. n° 56003/00, en angl.

v. n° 755

Asatryan c. Arménie, sect. III, 9 févr. 2010,
req. n° 24173/06, en angl.

v. n° 843

Ashingdane c. Royaume-Uni, 28 mai 1985,
req. n° 8225/78 : *Rec. CEDH*, série A, n° 95

v. n° 481, 490, 766

Ashot Harutyunyan c. Arménie, sect. III,
15 juin 2010, req. n° 34334/04, en angl.

v. n° 547

Assanidze c. Géorgie, gde ch., 8 avr. 2004,
req. n° 71503/01 ; *Rec. CEDH*, 2004-II ; *D.*,
2004, p. 2534, note C. BIRSAN ; *AJDA*, 2004,
p. 1809, chron. J.-F. FLAUSS

v. n° 133, 134, 702

Assenov et autres c. Bulgarie, 28 oct. 1998,
req. n° 24760/94 : *Rec. CEDH*, 1998-VIII :
D., 1999, p. 266, note P. HENNION : *RSC*,
1999, p. 384, chron. R. KOERING-JOULIN

v. n° 114, 645, 812

Aswat c. Royaume-Uni, sect. IV, 16 avr. 2013,
req. n° 17299/12, en angl.

v. n° 553, 780

Ataoglu c. Turquie, sect. III, 20 oct. 2005,
req. n° 77111/01

v. n° 758

Austin et autres c. Royaume-Uni, gde ch., 15
mars 2012, req. n° 39692/09, 40713/09 et
41008/09 : *Rec. CEDH* ; *Gaz. Pal.*,
29 mars 2012, p. 30, obs. C. BERLAUD ; *JCP*,
2012, actu. n° 455, obs. F. SUDRE ; *AJDA*,
2012, p. 1726, chron. L. BURGORGUE-LARSEN

v. n° 22, 379

Avci et autres c. Turquie, sect. II, 27 juin 2006,
req. n° 70417/01

v. n° 544

Avdeyev et Veryayev c. Russie, sect. I, 9 juil. 2009,
req. n° 2737/04, en angl.

v. n° 986, 990

Ayaz et autres c. Turquie, sect. III, 22 juin 2006,
req. n° 11804/02

v. n° 752

Aydin et autres c. Turquie, sect. III, 9 févr. 2006,
req. n° 47927/99, *déc.*

v. n° 753

Ayşe Tepe c. Turquie, sect. IV, 22 juil. 2003,
req. n° 29422/95

v. n° 752

Ayul c. Turquie, sect. II, 16 juin 2009,
req. n° 43550/04

v. n° 990

Azimov c. Russie, sect. I, 18 avr. 2013,
req. n° 67474/11, en angl.

v. n° 74

Aziyevy c. Russie, sect. I, 20 mars 2008,
req. n° 77626/01, en angl.

v. n° 718

B

v. n° 718

B. c. Autriche, ch., 28 mars 1990, req. n° 11968/86 :
Rec. CEDH, série A, n° 175 : *RSC*, 1990,
p. 829, note L.-E. PETTITI

v. n° 982

Babar Ahmad et autres c. Royaume-Uni, sect. IV,
10 avr. 2012, req. n° 24027/07, 11949/08,
36742/08, 66911/09 et 67354/09, en angl.

v. n° 109, 111, **367**, 443, **553**, 780, **1021**

Balyemez c. Turquie, sect. III, 22 déc. 2005,
req. n° 32495/03

v. n° 572

Baranowski c. Pologne, sect. I, 28 mars 2000,
req. n° 28358/95 : *Rec. CEDH*, 2000-III

v. n° 134, 137, 198, 200, 805

Barborski c. Bulgarie, sect. IV, 26 mars 2013,
req. n° 12811/07, en angl.

v. n° 459

Barjamaj c. Grèce, sect. I, 2 mai 2013,
req. n° 36657/11

v. n° 167, 488, 971

Baudoin c. France, sect. V, 18 nov. 2010,
req. n° 35935/03 ; *RTD civ.*, 2011, p. 101,
obs. J. HAUSER ; *AJDA*, 2010, p. 2239,
obs. R. GRAND ; *AJP*, 2011, p. 144,
obs. É. PÉCHILLON ; *JCP*, 2011, n° 189,
note K. GRABARCZYK

v. n° 420, 805, 845, 853, **900**, **906**

Becciev c. Moldavie, sect. IV, 4 nov. 2005,
req. n° 9190/03, en angl.

v. n° 837

Beiere c. Lettonie, sect. III, 29 nov. 2011,
n° 30954/05, en angl.

v. n° 375

Belevitskiy c. Russie, sect. V, 1^{er} mars 2007,
req. n° 72967/01, en angl.

v. n° 167, 971

Benham c. Royaume-Uni, gde ch., 10 juin 1996,
req. n° 19380/92 : *Rec. CEDH*, 1996-III

v. n° 376, 853

Benjamin et Wilson c. Royaume-Uni, sect. III,
26 sept. 2002, req. n° 28212/95, en angl.

v. n° 663

Berasategi c. France, sect. V, 26 janv. 2012,
req. n° 29095/09

v. n° 990, 1001

Bezicheri c. Italie, 25 oct. 1989, req. n° 11400/85 :
Rec. CEDH, série A, n° 164

v. n° 812

Biziuk c. Pologne (n° 2), sect. IV, 17 janv. 2012,
req. n° 24580/06

v. n° 416

Bizzotto c. Grèce, ch., 15 nov. 1996,
req. n° 22126/93 : *Rec. CEDH*, 1996-V ; *RSC*,
1997, p. 455, obs. R. KOERING-JOULIN

v. n° 490, 537

- Blokhin c. Russie*, sect. I, 14 nov. 2013, req. n° 47152/06, en angl.
v. n°s 14, 300, 435, 444
- Blousov c. Ukraine*, sect. V, 7 nov. 2013, req. n° 4494/07, en angl.
v. n° 265
- Bogdanovski c. Italie*, sect. III, 14 déc. 2006, req. n° 72177/01
v. n° 1009
- Boguslaw Krawczak c. Pologne*, sect. IV, 31 mai 2011, req. n° 24205/06, en angl.
v. n° 835
- Bohmer c. Allemagne*, sect. III, 3 nov. 2002, req. n° 37568/97, en angl.
v. n° 809
- Boicenco c. Moldavie*, sect. IV, 10 juin 2008, req. n° 41088/05, en angl.
v. n° 987
- Boke et Kandemir c. Turquie*, sect. II, 10 mars 2009, n°s 71912/01, 26968/02 et 36397/03, en angl.
v. n° 752
- Bolech c. Suisse*, sect. II, 29 oct. 2013, req. n° 30138/12
v. n°s 983, 986
- Bollan c. Royaume-Uni*, sect. III, 4 mai 2000, req. n° 42117/98, *déc.* : *Rec. CEDH*, 2000-V
v. n° 548
- Bolos c. Roumanie*, sect. III, 12 janv. 2010, req. n° 33078/03
v. n° 836
- Bordikov c. Russie*, sect. I, 8 oct. 2009, req. n° 921/3, en angl.
v. n° 984
- Bordovskiy c. Russie*, sect. II, 8 févr. 2005, req. n° 49491/99, en angl.
v. n° 1009
- Borer c. Suisse*, sect. I, 10 juin 2010, req. n° 22493/06
v. n° 197
- Bouamar c. Belgique*, ch., 29 févr. 1988, req. n° 9106/80 : *Rec. CEDH*, série A, n° 129 ; *RSC*, 1988, p. 567, obs. L.-E. PETTITI et F. TEITGEN
v. n°s 435, **484, 486, 487**, 836
- Boulois c. Luxembourg*, gde ch., 3 avr. 2012, req. n° 37575/04 : *Rec. CEDH*, 2012 : *AJP*, 2012, p. 352, note M. HERZOG-EVANS ; *Gaz. Pal.*, 19 avr. 2012, p. 30, obs. C. BERLAUD ; *JCP*, 2012, n° 924, chron. F. SUDRE
v. n° 835
- Boulois c. Luxembourg*, sect. II, 14 déc. 2010, req. n° 37575/04 : *Dr. pén.*, 2011, n° 3, chron. E. DREYER
v. n° 835
- Boussouar c. France*, sect. V, 9 avr. 2013, req. n° 65295/09, *déc.*
v. n° 560
- Bozano c. France*, 18 déc. 1986, req. n° 9990/82 : *Rec. CEDH*, série A, n° 111
v. n°s 74, 214, 1008
- Brand c. Pays-Bas*, sect. II, 11 mai 2004, req. n° 49902/99 : *RSC*, 2005, p. 630, chron. F. MASSIAS
v. n° 485
- Branduse c. Roumanie*, sect. III, 7 avr. 2009, req. n° 6586/03
v. n° 527
- Brega et autres c. Moldavie*, sect. III, 24 janv. 2012, req. n° 61485/08, en angl.
v. n°s 21, 849
- Brincat c. Italie*, ch., 26 nov. 1992, req. n° 13867/88 : *Rec. CEDH*, série A, n° 249-A
v. n° 647
- Brogan et autres c. Royaume-Uni*, plén., 29 nov. 1988, req. n°s 11209/84, 11234/84, 11266/84 et 11386/85 : *Rec. CEDH*, série A, n° 145-B
v. n°s 82, 726, **751**, 761, 842, 898, 962
- Brusco c. France*, sect. V, 14 oct. 2010, req. n° 1466/07 ; *Dr. pén.*, 2010, ét. n° 29, comm. C. MAURO ; *D.*, 2010, p. 2950, obs. J.-F. RENUCCI ; *ibid.*, p. 2696, entretien Y. MAYAUD ; *ibid.*, p. 2783, chron. J. PRADEL ; *ibid.*, p. 2850, point de vue D. GUÉRIN ; *RSC*, 2011, p. 211, obs. D. ROETS ; *JCP*, 2010, n° 1064, obs. F. SUDRE ; *Gaz. Pal.*, 19 oct. 2010, p. 18, note M. BOUGAIN ; *Procédures*, 2010, comm. n° 419, note A.-S. CHAVENT-LECLÈRE
v. n°s 138, **299, 300**
- Bujac c. Roumanie*, sect. III, 2 nov. 2010, req. n° 37217/03
v. n° 843
- Bulut c. Autriche*, ch., 22 févr. 1996, req. n° 17358/90 : *Rec. CEDH*, 1996-II : *RSC*, 1997, p. 473, obs. R. KOERING-JOULIN
v. n° 683

C

- C. B. c. Roumanie*, sect. III, 20 avr. 2010, req. n° 21207/03
v. n°s 177, 415, 416, 419
- Cahit Demirel c. Turquie*, sect. II, 7 juil. 2009, req. n° 18623/03, en angl.
v. n° 990
- Cakici c. Turquie*, gde ch., 8 juil. 1999, req. n° 23657/94 : *Rec. CEDH*, 1999-IV
v. n° 133
- Calmanovici c. Roumanie*, sect. III, 1^{er} juil. 2008, req. n° 42250/02
v. n° 971
- Campbell et Fell c. Royaume-Uni*, ch., 28 juin 1984, req. n°s 7819/77 et 7878/77 : *Rec. CEDH*, série A, n° 80
v. n°s 109, 521

- Campisi c. Italie*, sect. IV, 11 juil. 2006, req. n° 24358/02
v. n° 557
- Canali c. France*, sect. V, 25 avr. 2013, req. n° 40119/09 ; *D.*, 2013, p. 1138, obs. M. LÉNA ; *AJDA*, 2013, p. 1794, chron. L. BURGORGUE-LARSEN ; *AJP*, 2013, p. 403, note J.-P. CÉRÉ
v. n° 527, 531, 533, **941, 954**
- Canoz c. Turquie*, sect. II, 5 déc. 2006, req. n° 28480/02, *déc.*
v. n° 752
- Cardona Serrat c. Espagne*, sect. III, 26 oct. 2010, req. n° 38715/06
v. n° 687
- Cebotari c. la Moldavie*, sect. IV, 13 nov. 2007, req. n° 35615/06, en angl.
v. n° 214
- Ceku c. Allemagne*, sect. V, 13 mars 2007, req. n° 41559/06, *déc.*, en angl.
v. n° 582
- Celik et Yildiz c. Turquie*, sect. III, 10 novembre 2005, req. n° 51479/99
v. n° 752
- Celikkaya c. Turquie*, sect. II, 1^{er} juin 2010, req. n° 34026/03, *déc.*
v. n° 352
- Cenbauer c. Croatie*, sect. I, 9 mars 2006, req. n° 73786/01 : *Rec. CEDH*, 2006-III
v. n° 524, 525, 526, 527, 529, 533, 534, 550
- Chahal c. Royaume-Uni*, gde ch., 15 nov. 1996, req. n° 22414/93 : *Rec. CEDH*, 1996-V ; *RSC*, 1997, p. 452, p. 458, p. 462 et p. 485, obs. R. KOERING-JOULIN ; *ibid.*, p. 687, obs. L.-E. PETTITI ; *AJDA*, 1997, p. 977, chron. J.-F. FLAUSS
v. n° 459, 1008
- Chamaïev et autres c. Géorgie et Russie*, 12 avr. 2005, req. n° 36378/02 : *Rec. CEDH*, 2005-III
v. n° 251, 252, 264, 664
- Chervenkov c. Bulgarie*, sect. IV, 27 nov. 2012, req. n° 45358/04
v. n° 522
- Chesne c. France*, sect. V, 22 avr. 2010, req. n° 29808/06 : *D.*, 2010, p. 1215, obs. S. LAVRIC ; *AJP*, 2010, p. 346, obs. L. ASCENSI ; *RSC*, 2010, p. 690, obs. D. ROETS
v. n° 687
- Choreftakis et Choreftaki c. Grèce*, sect. I, 17 janv. 2012, req. n° 46846/08
v. n° 492, 503
- Chraïdi c. Allemagne*, sect. V, 26 juil. 2006, req. n° 65655/01
v. n° 990
- Chtchebet c. Russie*, sect. I, 12 juin 2008, req. n° 16074/07, en angl.
v. n° 1008
- Chtoukatourov c. Russie*, sect. I, 27 mars 2008, req. n° 44009/05 : *Rec. CEDH*, 2008
v. n° 388, 425, 800
- Cicekler c. Turquie*, sect. III, 22 déc. 2005, req. n° 14899/03
v. n° 572
- Ciorap c. Moldavie (n° 2)*, sect. IV, 20 juil. 2010, req. n° 7481/06, en angl.
v. n° 949
- Cipriani c. Italie*, sect. II, 30 mars 2010, req. n° 22142/07, *déc.*
v. n° 25
- Cissé c. France*, sect. III, 16 janv. 2001, req. n° 51346/99, *déc.*
v. n° 21
- Ciupercescu c. Roumanie (n° 1)*, sect. III, 15 juin 2010, req. n° 35555/03
v. n° 543
- Ciupercescu c. Roumanie (n° 2)*, sect. III, 24 juil. 2012, req. n° 64930/09
v. n° 543, 555
- Civet c. France*, gde ch., 28 sept. 1999, n° 29340/95 : *Rec. CEDH*, 1999-VI ; *RSC*, 2000, p. 239, comm. F. MASSIAS
v. n° 997
- Claes c. Belgique*, sect. V, 10 janv. 2013, req. n° 43418/09
v. n° 106, **404**, 481, 502, 587, **842**, 942, 962
- Clift c. Royaume-Uni*, sect. IV, 13 juil. 2010, req. n° 7205/07, en angl.,
v. n° **352**, 791
- Conka c. Belgique*, 5 févr. 2002, req. n° 51564/99 : *Rec. CEDH*, 2002-I ; *AJDA*, 2001, p. 1060, obs. J.-F. FLAUSS
v. n° 74, **219, 251**, 665
- Cooper c. Royaume-Uni*, gde ch., 16 déc. 2003, req. n° 48843/99 : *Rec. CEDH*, 2003-XII
v. n° 834
- Cordi c. Italie*, sect. II, 17 nov. 2009, req. n° 37936/04, *déc.*
v. n° 546
- Costache Patricio c. Roumanie*, sect. III, 17 janv. 2012, req. n° 43750/05, *déc.*
v. n° 752
- Crabtree c. République Tchèque*, sect. V, 25 févr. 2010, req. n° 41116/04, en angl.
v. n° 836
- Creanga c. Roumanie*, gde ch., 23 févr. 2012, req. n° 29226/03 : *Dr. pén.*, 2013, n° 4, chron. E. DREYER ; *Gaz. Pal.*, 15 mars 2012, p. 31, obs. C. BERLAUD
v. n° 9, **16**, 18, 198, 428, 848
- Cretello c. France*, sect. II, 23 janv. 2007, req. n° 2078/04
v. n° 1001
- Cristian Teodorescu c. Roumanie*, sect. III, 19 juin 2012, req. n° 22883/05
v. n° 17, 220, 425

Croissant c. Allemagne, ch., 25 sept. 1992,
req. n° 13611/88 : *Rec. CEDH*, série A,
n° 237-A

v. n° 836

Csullog c. Hongrie, sect. II, 7 juin 2011,
req. n° 30042/08, en angl.

v. n° 542, 556, 557, 558

Cumpana et Mazare c. Roumanie, gde ch.,
17 déc. 2004, req. n° 33348/96 : *Rec. CEDH*,
2000-IV

v. n° 367

D

D. D. c. Lituanie, sect. II, 14 févr. 2012,
req. n° 13469/06, en angl.

v. n° 14, 238, 409, 799

D. F. c. Lettonie, sect. IV, 29 oct. 2013,
req. n° 11160/07, en angl.

v. n° 509, 954

D. G. c. Irlande, sect. III, 16 mai 2002,
req. n° 39474/98 : *Rec. CEDH*, 2002-III

v. n° 388, 421, **426, 433, 435**, 486, 544

D. N. c. Suisse, gde ch., 29 mars 2001,
req. n° 27154/95 : *Rec. CEDH*, 2001-III

v. n° 663, 836

Dacosta Silva c. Espagne, sect. III, 2 nov. 2006,
req. n° 69966/01 : *Rec. CEDH*, 2006-XIII

v. n° 5, 368

Dalkilic c. Turquie, sect. III, 5 déc. 2002,
req. n° 25756/94

v. n° 752

Danalachi c. Moldavie, sect. III, 17 sept. 2013,
req. n° 25664/09, en angl.

v. n° 971

Das c. Turquie, sect. II, 8 nov. 2005,
req. n° 74411/01

v. n° 758

David c. Moldavie, sect. IV, 27 nov. 2007,
req. n° 41578/05, en angl.

v. n° 15

Dayanan c. Turquie, sect. II, 13 nov. 2009,
req. n° 7377/03 : *AJP*, 2010, p. 27,
note C. SAAS ; *D.*, 2009, p. 2897,
note J.-F. RENUCCI ; *RSC*, 2010, p. 231,
obs. D. ROETS ; *Gaz. Pal.*, 3 déc. 2009,
note H. MATSOPOULOU ; *DR. PÉN.*, 2010, n° 3,
chron. V. LESCLOUS

v. n° 54, **285, 286, 299, 300, 301, 302, 303, 309,**
310, 311, 313, 317, 319, 326, 750, 829

De Jong, Baljet et Van den Brink c. Pays-Bas, ch.,
22 mai 1984, req. n° 8805/79, 8806/79 et
9242/81 : *Rec. CEDH*, série A, n° 77

v. n° 644, 646, 647, 754, 808

De Schepper c. Belgique, sect. II, 13 oct. 2009,
req. n° 27428/07 : *Dr. pén.*, 2010, n° 4,
chron. E. DREYER

v. n° 494, 496, **501**

De Souza Ribeiro c. France, gde ch., 13 déc. 2012,
req. n° 22689/07 : *Rec. CEDH*, 2012 : *ADL*,
16 déc. 2012, comm. N. HERVIEU ; *RFDA*,
2013, p. 576, chron. H. LABAYLE et
F. SUDRE ; *AJDA*, 2012, p. 2408,
obs. D. NECIB ; *D.*, 2013, p. 324,
obs. K. PARROT ; *Rev. crit. DIP*, 2013 p. 448,
note F. JAULT-SESEKE ; *JCP*, 2013,
doctr., n° 64, chron. F. SUDRE

v. n° 900, 902, 904

De Souza Ribeiro c. France, sect. V, 30 juin 2011,
req. n° 22689/07 ; *ADL*, 1^{er} juil. 2011,
comm. N. HERVIEU ; *AJDA*, 2011, p. 1993,
chron. L. BURGORGUE-LARSEN

v. n° 665, 904

De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique, plén.,
18 juin 1971, req. n° 2832/66, 2835/66 et
2899/66 : *Rec. CEDH*, série A, n° 12

v. n° 284, 313, **405, 663, 769**

Degeratu c. Roumanie, sect. III, 6 juil. 2010,
req. n° 35104/02

v. n° 971

Del Rio Prada c. Espagne, gde ch., 21 oct. 2013,
req. n° 42750/09

v. n° 196, **208, 702**

Del Rio Prada c. Espagne, sect. III, 10 juil. 2012,
req. N° 42750/09

v. n° 208

Delbec c. France, sect. IV, 18 juin 2002,
req. n° 43125/98

v. n° 907

Dikme c. Turquie, 11 juil. 2000, req. n° 20869/92 :
Rec. CEDH, 2000-VIII

v. n° 254, 752

Dinc et Cakir c. Turquie, sect. II, 9 juil. 2013,
req. n° 66066/09, *déc.*

v. n° 932

Djokaba Lambi Longa c. Pays-Bas, sect. III,
9 oct. 2012, req. n° 33917/12, *déc.* :
Rec. CEDH, 2012

v. n° 197

Donder et De Clipel c. Belgique, sect. II,
6 déc. 2011, req. n° 8595/06

v. n° 485, 502

Doronine c. Ukraine, sect. V, 19 févr. 2009,
req. n° 16505/02, en angl.

v. n° 214

Douet c. France, sect. V, 3 nov. 2013,
req. n° 16705/10

v. n° 177

Dougoz c. Grèce, sect. III, 6 mars 2001,
req. n° 40907/98 : *Rec. CEDH*, 2001-II

v. n° 197, 522, 524, 525, 526, 533, 534, 535

Dritsas et autres c. Italie, sect. II, 1^{er} févr. 2011,
req. n° 2344/02, *déc.*

v. n° 22

Dufoort c. Belgique, sect. V, 10 janv. 2013,
req. n° 43653/09

v. n° 405, 485, 502

- Duinhof et Duijf c. Pays-Bas*, ch., 22 mai 1984, req. n^{os} 9626/81 et 9736/82 : *Rec. CEDH*, série A, n^o 79
v. n^o 647
- Duran Sekin c. Turquie*, sect. III, 2 févr. 2006, req. n^o 41968/98
v. n^o 758
- Duval c. France*, sect. V, 26 mai 2011, req. n^o 19868/08 : *RSC*, 2011, p. 707, obs. D. ROETS ; *Gaz. Pal.*, 25 août 2011, p. 11, comm. É. SENNA ; *JCP*, 2011, actu., n^o 731, obs. B. PASTRE-BELDA
v. n^o 544
- E**
- E. c. Norvège*, ch., 29 août 1990, req. n^o 11701/85 : *Rec. CEDH*, série A, n^o 181-A ; *RSC*, 1990, p. 831, obs. L.-E. PETTITI ; *RFDA*, 1991, p. 843, chron. V. BERGER, H. LABAYLE ET F. SUDRE
v. n^{os} 664, 805, 842, 962
- Efremidzi c. Grèce*, sect. I, 21 juin 2011, req. n^o 33225/08
v. n^{os} 488, 533, 1009
- Einhorn c. France*, sect. III, 16 oct. 2001, req. n^o 71555/01 : *Rec. CEDH*, 2001-XI
v. n^o 787
- El Kashif c. Pologne*, sect. IV, 19 nov. 2013, req. n^o 69398/11
v. n^o 66
- El Shennawy c. France*, sect. V, 20 janv. 2011, req. n^o 51246/08 : *D.*, 2011, p. 1306, chron. J.-P. CÉRÉ ; *AJP*, 2011, p. 88, note M. HERZOG-ÉVANS ; *RSC*, 2011, p. 704, obs. D. ROETS ; *AJDA*, 2011, p. 133, obs. M.-C. DE MONTECLER ; *AJDA*, 2011, p. 1993, chron. L. BURGORGUE-LARSEN ; *RFDA*, 2012, p. 455, chron. H. LABAYLE et F. SUDRE ; *Dr. pén.*, 2012, n^o 4, E. DREYER
v. n^o 543
- Elefteriadis c. Roumanie*, sect. III, 25 janv. 2011, req. n^o 38427/05
v. n^o 536
- El-Masri c. « L'Ex-République Yougoslave de Macédoine »*, gde ch., 13 déc. 2012, req. n^o 39630/09 : *Rec. CEDH*, 2012 ; *RFDA*, 2013, p. 576, chron. H. LABAYLE et F. SUDRE ; *AJDA*, 2013, p. 165, chron. L. BURGORGUE-LARSEN ; *JCP*, 2013, doct., n^o 64, chron. F. SUDRE ; *ibid.*, 2013, n^o 58, obs. G. GONZALES
v. n^{os} 133, 135, 210, 212, 430, 476, **718**
- Eminbeyli c. Russie*, sect. I, 26 févr. 2009, req. n^o 42443/02, en angl.
v. n^o 848
- Enea c. Italie*, gde ch., 17 sept. 2009, req. n^o 74912/01
v. n^{os} 554, **835**
- Engel et autres c. Pays-Bas*, plén., 8 juin 1976, req. n^o 5100/71 : *Rec. CEDH*, série A n^o 22
v. n^{os} 5, 368
- Enhorm c. Suède*, 25 janv. 2005, req. n^o 56529/00 : *Rec. CEDH*, 2005-I ; *RSC*, 2006, p. 431, chron. F. MASSIAS
v. n^{os} **81, 405, 407**
- Epple c. Allemagne*, 24 mars 2005, req. n^o 77909/0 : *RSC*, 2006, p. 431, chron. F. MASSIAS
v. n^{os} 371, 380, 459
- Erdogan Yagiz c. Turquie*, sect. II, 6 mars 2007, req. n^o 27473/02
v. n^o 544
- Eriksen c. Norvège*, ch., 27 mai 1997, req. n^o 17391/90 : *Rec. CEDH*, 1997-III ; *RSC*, 1998, p. 172, obs. L.-E. PETTITI ; *ibid.*, p. 382, obs. R. KOERING-JOULIN
v. n^o 444
- Erkalo c. Pays-Bas*, ch., 2 sept. 1998, req. n^o 23807/94 : *Rec. CEDH*, 1998-VI
v. n^o 420
- Ermakov c. Russie*, sect. I, 7 nov. 2013, req. n^o 43165/10, en angl.
v. n^{os} 812, 962, 1011
- Esparza Luri c. France*, sect. V, 26 janv. 2012, req. n^o 29119/09
v. n^{os} 990, 1001
- Etem Karagoz c. Turquie*, sect. II, 15 sept. 2009, req. n^o 32008/05, en angl.
v. n^o 990
- Ezeh et Connors c. Royaume-Uni*, gde ch., 9 oct. 2003, req. n^{os} 39665/98 et 40086/98 : *Rec. CEDH*, 2003-X ; *Dr. pén.*, 2004, ét. n^o 7, comm. É. VERGES ; *RSC*, 2004, p. 173, note F. MASSIAS
v. n^{os} **368, 548, 562, 834**
- F**
- Fabris c. France*, gde ch., 7 févr. 2013, req. n^o 16574/08 : *Rec. CEDH*, 2013
v. n^o 137
- Farbthus c. Lettonie*, 2 déc. 2004, req. n^o 4672/02 ; *AJDA*, 2005, p. 541, chron. J.-F. FLAUS ; *RSC*, 2005, p. 630, obs. F. MASSIAS ; *D.*, 2005, p. 995, chron. J.-P. CÉRÉ, M. HERZOG-ÉVANS et É. PÉCHILLON
v. n^{os} 565, **579**
- Fatullayev c. Azerbaïdjan*, sect. I, 22 avr. 2010, req. n^o 40984/07, en angl. : *D.*, 2011, p. 193, chron. J.-F. RENUCCI
v. n^o 367, 702
- Faure c. France*, sect. V, 15 janv. 2009, req. n^o 19421/04 : *D.*, 2009, p. 2771, chron. J.-F. RENUCCI
v. n^o 133
- Ferhat Berk c. Turquie*, sect. II, 27 juil. 2006, req. n^o 77366/01
v. n^o 758
- Fidanci c. Turquie*, sect. II, 17 janv. 2012, req. n^o 17730/07, en angl. : *D.*, 2012, p. 361, obs. O. BACHELET
v. n^o 300

Fikri Yakar c. Turquie, sect. II, 22 mai 2012, req. n° 23639/10
v. n° 761

Filip c. Roumanie, 14 déc. 2006, req. n° 41124/02
v. n° 416, 663, 664

Filiz et Kalkan c. Turquie, sect. III, 20 juin 2002, req. n° 34481/97, en angl.
v. n° 752

Filiz Uyan c. Turquie, 8 janv. 2009, req. n° 7496/03, en angl.
v. n° 544

Firoz Muneer c. Belgique, sect. V, 11 avr. 2013, req. n° 56005/10
v. n° 134, 137, 167, 201

Fodale c. Italie, sect. III, 1^{er} juin 2006, req. n° 70148/01
v. n° 805

Flaminzeanu c. Roumanie, sect. III, 12 avr. 2011, req. n° 56664/08 : *AJDA*, 2011, p. 1993, chron. L. BURGORGUE-LARSEN
v. n° 499, 535

Florea c. Roumanie, sect. III, 14 sept. 2010, req. n° 37186/03
v. n° 526

Floroiu c. Roumanie, sect. III, 12 mars 2013, req. n° 15303/10, *déc.*
v. n° 505

Fox, Campbell et Hartley c. Royaume-Uni, 30 août 1990, req. n° 12244/86, 12245/86 et 12383/86 : *Rec. CEDH*, série A, n° 182
v. n° 233, 242, 250, 251, 254, 264

Frasik et Jaremowicz c. Pologne, sect. IV, 5 janv. 2010, 2 espèces, req. n° 22933/02 et 24023/03 : *Rec. CEDH*, 2010
v. n° 40

Fraumens c. France, sect. V, 10 janv. 2013, req. n° 30010/10 ; *D.*, 2013, p. 615, note J.-F. RENUCCI ; *RSC*, 2013, p. 158, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *ibid.*, p. 112, note J. DANET
v. n° 1040

Freimanis et Lidmus c. Lettonie, sect. III, 9 sept. 2006, req. n° 73443/01 et 74860/01
v. n° 25

Frérot c. France, sect. II, 12 juin 2007, req. n° 70204/01 : *D.*, 2007., p. 2632, chron. T. GARÉ ; *ibid.*, 2008, p. 1015, chron. J.-P. CÉRÉ ; *ibid.*, p. 404 ; chron. P. PONCELA ; *AJP*, 2007, p. 336, obs. M. HERZOG-ÉVANS ; *JCP*, 2007, I, n° 106, chron. F. SUDRE ; *RSC*, 2008, p. 140, chron. D. ROETS
v. n° 543

Frommelt c. Lichtenstein, 15 mai 2003, req. n° 49158/99, *déc.* : *Rec. CEDH*, 2003-VII
v. n° 490

G

G. c. France, sect. V, 23 févr. 2012, req. n° 27244/09 : *AJP*, 2012, p. 357, obs. J.-P. CÉRÉ ; *RDSS*, 2012, p. 678, note P. HENNION-JACQUET ; *D.*, 2012, p. 742, obs. O. BACHELET ; *RSC*, 2012, p. 683, obs. D. ROETS ; *RDP*, 2013, chron., p. 725, obs. B. PASTRE-BELDA
v. n° 581

G. B. c. Suisse, sect. IV, 30 nov. 2000, req. n° 27426/95, en angl.
v. n° 806

Gahramanov c. Azerbaïdjan, sect. I, 15 oct. 2013, req. n° 26291/06, *déc.*, en angl.
v. n° 22, 379

Gajcsi c. Hongrie, sect. II, 3 oct. 2006, req. n° 34503/03, en angl.
v. n° 415

Ganusauskas c. Lituanie, sect. III, 7 sept. 1999, req. n° 47922/99, *déc.*, en angl.
v. n° 809

Garabayev c. la Russie, sect. I, 7 juin 2007, n° 38411/02, en angl.
v. n° 848

Garagin c. Italie, sect. II, 29 avr. 2008, req. n° 33290/07, *déc.*
v. n° 208

Garcia Alva c. Allemagne, sect. I, 13 févr. 2001, req. n° 23541/94, en angl.
v. n° 836

Garriguenc c. France, sect. V, 15 nov. 2007, req. n° 21148/02, *déc.*
v. n° 524

Gatt c. Malte, sect. IV, 27 juil. 2010, req. n° 28221/08 : *Rec. CEDH*, 2010 ; *Dr. pénal*, n° 4, chron. E. DREYER
v. n° 371, 372, 380, 405

Gavrilovici c. Moldavie, sect. IV, 15 déc. 2009, req. n° 25464/05, en angl.
v. n° 949

Gebremedhin [Gaberramadhién] c. France, sect. II, 26 avr. 2007, req. n° 25389/05 : *Rec. CEDH*, 2007-II ; *Procédures*, 2007, comm. n° 150, obs. L. MILANO ; *AJP*, 2007, p. 476, comm. H. GACON ; *D.*, 2007, p. 2780, comm. J.-P. MARGUÉNAUD ; *AJDA*, 2007, p. 1918, chron. J.-F. FLAUSS
v. n° 109, 904

Gelfmann c. France, sect. II, 14 déc. 2004, req. n° 25875/03 : *D.*, 2005, p. 995, chron. J.-P. CÉRÉ, M. HERZOG-ÉVANS et É. PÉCHILLON ; *RSC*, 2005, p. 630, chron. F. MASSIAS
v. n° 582, 701

Georgiev c. Bulgarie, sect. I, 15 déc. 2005, req. n° 47823/99
v. n° 252, 528, 536

Gerashchenko c. Ukraine, sect. V, 7 nov. 2013, req. n° 20602/05, en angl.
v. n° 849

- Gerger c. Turquie*, gde ch., 8 juil. 1999, req. n° 24919/94
v. n° 352
- Ghavitadze c. Géorgie*, sect. II, 3 mars 2009, req. n° 23204/07
v. n° 702
- Gillan et Quinton c. Royaume-Uni*, sect. IV, 12 janv. 2010, req. n° 4158/05, en angl. ; *RFDA*, 2011, p. 987, chron. H. LABAYLE et F. SUDRE
v. n° 21, 376
- Giorgi Nikolaishvili c. Géorgie*, sect. II, 13 janv. 2009, req. n° 37048/04, en angl.
v. n° 214
- Giulia Manzoni c. Italie*, ch., 1^{er} juil. 1997, req. n° 19218/91 : *Rec. CEDH*, 1997-III ; *D.*, 1997, p. 358, obs. J.-F. RENUCCI
v. n° 843
- Giza c. Pologne*, sect. IV, 23 oct. 2012, req. n° 1997/11, *déc.*, en angl.
v. n° 208
- Glien c. Allemagne*, sect. V, 28 nov. 2013, req. n° 7345/12, en angl.
v. n° 439, 479, 485
- Glowacki c. Pologne*, sect. V, 30 oct. 2012, req. n° 1608/08, en angl.
v. n° 537
- Gorea c. Moldavie*, sect. IV, 17 juil. 2007, req. n° 21984/05, en angl.
v. n° 843
- Gorobet c. Moldavie*, sect. III, 11 oct. 2011, req. n° 30951/10, en angl.
v. n° 416
- Gorodnitchev c. Russie*, sect. I, 24 mai 2007, req. n° 52058/99
v. n° 544
- Gouloub Atanassov c. Bulgarie*, sect. V, 6 nov. 2008, req. n° 73281/01
v. n° 561, 810
- Goussinski c. Russie*, sect. I, 19 mai 2004, req. n° 70276/01 : *Rec. CEDH*, 2004-IV ; *RSC*, 2005, p. 630, chron. F. MASSIAS
v. n° 214
- Grava c. Italie*, sect. I, 10 juil. 2003, req. n° 43522/98
v. n° 208
- Grimailovs c. Lettonie*, sect. IV, 25 juin 2013, req. n° 6087/03, en angl.
v. n° 500
- Grori c. Albanie*, sect. IV, 7 juil. 2009, req. n° 25336/04, en angl.
v. n° 197, 573, 579
- Gross c. Suisse*, sect. II, 14 mai 2013, req. n° 67810/10 : *JCP*, 2013, actu., n° 650, obs. G. GONZALEZ ; *JCP*, 2013, doct., n° 855, chron. F. SUDRE ; *D.*, 2013, p. 1277, obs. G. PUPPINCK
v. n° 407
- Grosskopf c. Allemagne*, sect. V, 21 oct. 2010, req. n° 24478/03 : *AJP*, 2011, p. 45, obs. J.-P. CÉRÉ ; *D.*, actu., 10 nov. 2010, obs. O. BACHELET
v. n° 438, 446, 447
- Guimon Esparza c. France*, sect. V, 26 janv. 2012, req. n° 29116/09
v. n° 990, 1001
- Gurbuz c. Turquie*, sect. III, 10 nov. 2005, req. n° 26050/04
v. n° 573
- Gurceviz et autres c. Turquie*, sect. II, 20 sept. 2007, req. n° 30245/02
v. n° 214
- Gutsanovi c. Bulgarie*, sect. IV, 15 oct. 2013, req. n° 34529/10 ; *D.*, actu., 30 oct. 2013, obs. O. BACHELET
v. n° 23, 31, 32, 177, 181, 763, 971, 990
- Guvec c. Turquie*, sect. II, 20 janv. 2009, req. n° 70337/01, en angl. : *Rec. CEDH*, 2009
v. n° 760, 986, 988
- Guzzardi c. Italie*, plén., 6 nov. 1980, req. n° 7367/76 : *Rec. CEDH*, série A, n° 39
v. n° 3, 4, 5, 20, 24, 25, 212, 368, 397, 405, 444
- ## H
- H. B. c. Suisse*, sect. II, 5 avr. 2001, req. n° 26899/95
v. n° 242, 254
- H. L. c. Royaume-Uni*, 5 oct. 2004, req. n° 45508/99 : *Rec. CEDH*, 2004-IX
v. n° 14, 23, 25, 167, 405, 409, 422, 460
- H. M. c. Suisse*, 26 févr. 2002, req. n° 39187/98 : *Rec. CEDH*, 2002-II
v. n° 26, 405, 422, 423, 424
- H. W. c. Allemagne*, sect. V, 19 sept. 2013, n° 17167/11, en angl.
v. n° 420, 444, 448
- H. Y et Hu. Y c. Turquie*, sect. I, 6 oct. 2005, req. n° 40262/98
v. n° 757
- Haas c. Suisse*, sect. I, 20 janv. 2011, req. n° 31322/07 : *Rec. CEDH*, 2011 : *RTD civ.*, 2011, p. 311, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *JCP*, 2011, actu., n° 122, obs. C. BYK, *JCP*, 2011, doct., n° 878, chron. C. BYK ; *D.*, 2011, p. 925, comm. É. MARTINENT, M. REYNIER et F. VIALLA
v. n° 407
- Haci Ozen c. Turquie*, sect. III, 12 avr. 2007, req. n° 46286/99, en angl.
v. n° 752
- Hadzic c. Bosnie-Herzégovine*, sect. V, 7 juin 2011, req. n° 39446/06 et 33849/08, en angl.
v. n° 485
- Haidn c. Allemagne*, sect. V, 13 janv. 2011, req. n° 6587/04, en angl.
v. n° 439, 446, 565

- Hajol c. Pologne*, sect. IV, 2 mars 2010, req. n° 1127/06
v. n° 989
- Hakyobyan et autres c. Arménie*, sect. III, 10 avr. 2012, req. n° 34320/04, en angl.
v. n° 354
- Hamvas c. Roumanie*, sect. III, 9 juil. 2013, req. n° 6025/05
v. n° 983, 992
- Harkins et Edwards c. Royaume-Uni*, sect. IV, 17 janv. 2012, req. n° 9146/07, 32650/07 et 17/01/2012 ; *RDP*, 2013, chron., p. 725, obs. B. PASTRE-BELDA ; *D.*, actu., 6 févr. 2012, obs. O. BACHELET
v. n° 111, **367**, 443
- Harkmann c. Estonie*, sect. IV, 11 juil. 2006, req. n° 2192/03, en angl.
v. n° 376, 806
- Hauschild c. Danemark*, plén., 24 mai 1989, req. n° 10486/83 : *Rec. CEDH*, série A, n° 154
v. n° 678, 687
- Hellig c. Allemagne*, sect. V, 7 juil. 2011, req. n° 20999/05, en angl.
v. n° 542
- Hénaf c. France*, sect. I, 27 nov. 2003, req. n° 65436/01 : *Rec. CEDH*, 2003-XI : *JCP*, 2004, II, n° 10093, note L. DI RAIMONDO ; *JCP A* ; 2004, n° 243, note C. GAUTHIER ; *D.*, 2004, p. 1196, comm. D. ROETS ; *RSC*, 2004, p. 441, chron. F. MASSIAS ; *D.*, 2004, p. 1095, chron. É. PÉCHILLON
v. n° 530, 544
- Herczegfalvy c. Autriche*, 24 sept. 1992, req. n° 10533/83 : *Rec. CEDH*, série A, n° 244 : *AJDA*, 1993, p. 105, chron. J.-F. FLAUSS
v. n° 544, 812
- Herz c. Allemagne*, sect. III, 12 juin 2003, req. n° 44672/98
v. n° 415, 664
- Higgins c. France*, ch., 19 févr. 1998, req. n° 20124/92 : *Rec. CEDH*, 1998-I : *D.*, 1998, p. 369, note. N. FRICERO ; *RTD civ.*, 1998 p. 516, note J.-P. MARGUÉNAUD ; *AJDA*, 1998, p. 984, chron. J.-F. FLAUSS
v. n° 1039
- Himda Hafsteinsdottir c. Irlande*, sect. V, 8 juin 2004, req. n° 40905/98, en angl.
v. n° 397, 420
- Hirst c. Royaume-Uni*, sect. III, 24 juil. 2001, req. n° 40787/98, en angl.
v. n° 812
- Hokic et Hrustic c. Italie*, Sect. II, 1^{er} déc. 2009, req. n° 3449/05
v. n° 853
- Hood c. Royaume-Uni*, gde ch., 18 févr. 1999, req. n° 27267/95 : *Rec. CEDH*, 1999-I
v. n° 646, 647, 838
- Horshill c. Grèce*, sect. I, 1^{er} août 2013, req. n° 70427/11
v. n° 536, 848
- Horych c. Pologne*, sect. IV, 17 avr. 2012, req. n° 13621/08, en angl.
v. n° 546, 551, 552, **556**, **557**
- Housein c. Grèce*, sect. I, 24 oct. 2013, req. n° 71825/11
v. n° 853
- Hovanesian c. Bulgarie*, sect. V, 21 déc. 2010, req. n° 31814/03
v. n° 299
- Huber c. Suisse*, plén., 23 oct. 1990, req. n° 12794/87 : *Rec. CEDH*, série A, n° 188 : *RSC*, 1991, p. 146, obs. L.-E. PETTITI
v. n° 647
- Huseyin Yildirim c. Turquie*, sect. IV, 3 mai 2007, req. n° 2778/02
v. n° 580, 582
- Huseyn et autres c. Azerbaïdjan*, sect. I, 26 juil. 2011, req. n° 35485/05, 35680/05, 36085/05 et autres, en angl.
v. n° 300
- Hutchinson Reid c. Royaume-Uni*, sect. III, 20 févr. 2003, req. n° 50272/99 : *Rec. CEDH*, 2003-IV
v. n° 404
- I**
- I. I. c. Bulgarie*, sect. I, 9 juin 2005, req. n° 44082/98, en angl.
v. n° 15, 16
- I. M. c. France*, sect. V, 2 févr. 2012, req. n° 9152/09 : *JCP*, 2012, n° 222, obs. L. MILANO ; *AJDA*, 2012, p. 1726, chron. L. BURGORGUE-LARSEN ; *JCP A*, 2012, n° 2212, comm. G. MARTI ; *D.*, 2013, p. 324, chron. S. CORNELOUP
v. n° 904
- Ibram c. Grèce*, sect. I, 25 oct. 2011, req. n° 39606/09
v. n° 533
- Ichin et autres c. Ukraine*, sect. V, 21 déc. 2012, req. n° 28189/04 et 28192/04
v. n° 135, 355, 433, 435
- Idalov c. Russie*, gde ch., 22 mai 2012, req. n° 5826/03 : *RSC*, 2012, p. 687, obs. J.-P. MARGUÉNAUD
v. n° 837, 984
- Igdeli c. Turquie*, sect. III, 20 juin 2002, req. n° 29296/95, en angl.
v. n° 752
- Ignatenco c. Moldavie*, sect. IV, 8 févr. 2011, req. n° 36988/07, en angl.
v. n° 853
- Ilascu et autres c. Moldavie et Russie*, gde ch., 8 juil. 2004, req. n° 48787/99 : *Rec. CEDH*, 2004-VII
v. n° 368, 555, 702, 1021

Iliya Stefanov c. Bulgarie, sect. V, 22 mai 2008,
req. n° 65755/01, en angl.

v. n° 376, 380

Ilowiecki c. Pologne, sect. V, 4 oct. 2001,
req. n° 27504/95, en angl.

v. n° 805

Imbrioscia c. Suisse, 24 nov. 1993,
req. n° 13972/88 : *Rec. CEDH*, série A,
n° 275 ; RSC, 1994, p. 144, obs. L.-E. PETTITI

v. n° 294, 326

Imret c. Turquie, sect. IV, 10 janv. 2006,
req. n° 42572/98

v. n° 758

Iorgoiu c. Roumanie, sect. III, 17 juil. 2012,
req. n° 1831/02

v. n° 367, 523

Iorgov c. Bulgarie (n° 2), sect. V, 2 sept. 2010,
req. n° 36295/02 : *Dr. pén.*, 2011, n° 4,
chron. E. DREYER

v. n° 779

Iovchev c. Bulgarie, sect. I, 2 févr. 2006,
req. n° 41211/98, en angl.

v. n° 949

Ipek et autres c. Turquie, sect. II, 3 févr. 2009,
req. n° 17019/02 et 30070/02, en angl.

v. n° 185, 753

Irlande c. Royaume-Uni, plén., 18 janv. 1978,
req. n° 5310/71 : *Rec. CEDH*, série A, n° 25

v. n° 535

Isayev c. Ukraine, sect. V, 28 mai 2009,
req. n° 28827/02, en angl.

v. n° 989

Istratii c. Moldavie, sect. IV, 27 mars 2007,
req. n° 8721/05, 8705/05 et 8742/05, en angl.

v. n° 949

Ivantoc et autres c. Moldavie et Russie, sect. IV,
15 nov. 2011, req. n° 23687/05, en angl.

v. n° 553, 702

J

Jablonski c. Pologne, sect. IV, 21 déc. 2000,
req. n° 33492/96, en angl.

v. n° 986

James, Wells et Lee c. Royaume-Uni, sect. IV,
18 sept. 2012, req. n° 25119/09, 57715/09,
57877/09 et 18/09/2012, en angl. : *D.*, actu.,
8 oct. 2012, obs. O. BACHELET ; *Dr. pén.*,
2013, n° 4, chron. E. DREYER

v. n° 441, 446, 479, 494, 495, 501

Jamil c. France, ch., 8 juin 1995, req. n° 15917/89 :
Rec. CEDH, série A, n° 317-B ; RSC, 1995,
p. 855, obs. L.-E. PETTITI ; *ibid.*, 1996, p. 471,
obs. R. KOERING-JOULIN ; *AJDA*, 1995,
p. 719, chron. J.-F. FLAUSS ; *D.*, 1996, p. 197,
obs. J.-F. RENUCCI

v. n° 376, 381, 405

Jamrozny c. Pologne, sect. IV, 15 sept. 2009,
req. n° 6093/04, en angl.

v. n° 984

Jan Pawlak c. Pologne, sect. IV, 9 juin 2009,
req. n° 8661/06, en angl.

v. n° 986, 988

Jecius c. Lituanie, sect. III, 31 juil. 2000,
req. n° 34578/97 : *Rec. CEDH*, 2000-IX

v. n° 704

Jendrowiak c. Allemagne, sect. V, 14 avr. 2011,
req. n° 30060/04, en angl.

v. n° 38

Jiga c. Roumanie, sect. III, 16 mars 2010,
req. n° 14352/04

v. n° 983

John c. Grèce, sect. I, 10 mai 2007, req. n° 199/05

v. n° 74, 1009

John Murray c. Royaume-Uni, gde ch.,
8 févr. 1996, req. n° 18731/91 : *Rec. CEDH*,
1996-I

v. n° 294

Johnson c. Royaume-Uni, 24 nov. 1997,
req. n° 22520/93 : *Rec. CEDH*, 1997-VII

v. n° 460, 463

Julin c. Estonie, sect. I, 29 mai 2012,
req. n° 16563/08, 18656/10, 40841/08 et
autres, en angl.

v. n° 543, 544

Jurjevs c. Lettonie, sect. I, 15 juin 2006,
req. n° 70923

v. n° 134, 199, 812

Jusic c. Suisse, sect. I, 2 déc. 2010, req. n° 4691/06

v. n° 211

K

Kadem c. Malte, sect. I, 9 janv. 2003,
recours n° 55263/00, en angl.

v. n° 806

Kadikis c. Lettonie (n° 2), sect. III, 4 mai 2006,
req. n° 62393/00

v. n° 522, 524, 525, 526, 527, 528, 529, 533, 534,
536

Kafkaris c. Chypre, gde ch., 12 févr. 2008,
req. n° 21906/04 : *Rec. CEDH*, 2008 : RSC,
2008, p. 692, obs. D. ROETS

v. n° 208, 779, 785, 786, 787

Kaiser c. Suisse, sect. V, 15 mars 2007,
req. n° 17073/04

v. n° 758

Kakabadze et autres c. Géorgie, sect. III,
2 oct. 2012, req. n° 1484/07, en angl.

v. n° 354

Kalachnikov c. Russie, sect. III, 15 juil. 2002,
req. n° 47095/99 : *Rec. CEDH*, 2002-VI : *D.*,
2003, p. 919, chron. J.-P. CÉRÉ

v. n° 521, 522, 524, 525, 526, 533, 534, 569

Kanagaratnam et autres c. Belgique, sect. II,
13 déc. 2011, req. n° 15297/09 : *Dr. famille*,
2012, comm. n° 33, note M. BRUGGEMAN

v. n° 499, 535

Kandzhov c. Bulgarie, sect. V, 6 nov. 2008,
req. n° 68294/01, en angl.

v. n° 760, 761

- Kane c. Chypre*, sect. I, 13 sept. 2011,
req. n° 33655/06, en angl., *déc.*
v. n° 242
- Karadag c. Turquie*, sect. II, 29 juin 2010,
req. n° 12976/05 : *JCP*, 2010, doct., n° 859,
chron. F. SUDRE ; *Dr. pén.*, 2011, n° 9,
chron. V. LESCLOUS
v. n° 299
- Karagoz c. Turquie*, sect. II, 8 nov. 2005,
req. n° 78027/01
v. n° 724
- Karimov c. Russie*, sect. V, 29 juil. 2010,
req. n° 54219/08, en angl.
v. n° 806
- Kashavelov c. Bulgarie*, sect. V, 20 janv. 2011,
req. n° 891/05, en angl.
v. n°s 523, 544, 551
- Kasymakhunov c. Russie*, sect. I, 14 nov. 2013,
req. n° 29604/12, en angl.
v. n°s 1009, 1011
- Kats et autres c. Ukraine*, sect. II, 18 déc. 2008,
req. n° 29971/04, en angl.
v. n° 843
- Kauczor c. Pologne*, sect. IV, 3 févr. 2009,
req. n° 45219/06, en angl.
v. n° 990
- Kaya Hasan c. Turquie et Roumanie*, sect. III,
30 mars 2010, req. n° 14131/02
v. n° 761
- Kayadjieva c. Bulgarie*, sect. V, 28 sept. 2006,
req. n° 56272/00
v. n° 416
- Kedzior c. Pologne*, sect. IV, 16 nov. 2012,
req. n° 45026/07, en angl.
v. n°s 388, 425
- Keenan c. Royaume-Uni*, sect. III, 3 avr. 2001,
req. n° 27229/95 : *Rec. CEDH*, 2001-III ;
AJDA, 2001, p. 1060, chron. J.-F. FLAUSS
v. n°s 110, 410
- Ketreb c. France*, sect. V, 19 juil. 2012,
req. n° 38447/09 : *AJP*, 2012, p. 609,
obs. J.-P. CÉRÉ
v. n°s 110, 410
- Keus c. Pays-Bas*, ch., 25 oct. 1990,
req. n° 12228/86 : *Rec. CEDH*, série A,
n° 185-C
v. n° 235
- Kharchenko c. Ukraine*, sect. V, 10 févr. 2011,
req. n° 40107/02, en angl.
v. n° 702
- Kharin c. Russie*, sect. I, 3 févr. 2011,
req. n° 37345/03, en angl.
v. n°s 397, 413, 420
- Khider c. France*, sect. V, 9 juil. 2009,
req. n° 39364/05 ; *Dr. pén.*, 2009,
comm. n° 156, obs. A. MARON et M. HAAS ;
Gaz. Pal., 29 oct. 2009, p. 20,
obs. J.-F. RENUCCI ; *LPA*, 19 nov. 2009, p. 3,
comm. M. MOLINER-DUBOST ; *D.*, 2009,
p. 2462, note M. HERZOG-EVANS ; *AJP*, 2009,
p. 372, obs. M. HERZOG-EVANS ; *RSC*, 2010,
p. 225, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *AJDA*,
2010, p. 994, note M. MOLINER-DUBOST ;
Procédure, 2009, étu. n° 11, comm. A. TOURÉ
v. n°s 111, 547, 554, 557, 560, 575
- Khodorkovskiy c. Russie*, sect. I, 31 mai 2011,
req. n° 5829/04, en angl.
v. n°s 214, 376, 534, 702
- Khodzhamberdiyev c. Russie*, sect. I, 5 juin 2012,
req. n° 64809/10, en angl.
v. n°s 836, 837
- Khoudoïorov c. Russie*, sect. IV, 8 nov. 2005,
req. n° 6847/02 : *Rec. CEDH*, 2005-X
v. n°s 522, 524, 530, 536
- Knebl c. République Tchèque*, sect. V, 28 oct. 2010,
req. n° 20157/05
v. n°s 201, 806, 837
- Koch c. Allemagne*, sect. V, 19 juil. 2012,
req. n° 497/09 : *RTD civ.*, 2012, p. 700,
obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *JCP*, 2012, actu.,
n° 915, obs. M. AFROUKH ; *JCP*, 2013, doct.,
n° 64, chron. F. SUDRE
v. n° 407
- Kokkinakis c. Grèce*, 25 mai 1993,
req. n° 14307/88 : *Rec. CEDH*, série A,
n° 260-A
v. n° 196
- Kokoshkina c. Russie*, sect. I, 28 mai 2009,
req. n° 2052/08, en angl.
v. n°s 986, 988
- Kolanis c. Royaume-Uni*, sect. IV, 21 juin 2005,
req. n° 517/02 ; *Rec. CEDH*, 2005-V
v. n° 463
- Kolevi c. Bulgarie*, sect. V, 5 nov. 2009,
req. n° 1108/02, en angl.
v. n° 853
- Koniarska c. Royaume-Uni*, sect. II, 12 oct. 2000,
req. n° 33670/96, *déc.*, en angl.
v. n° 433
- Kornev et Karpenko c. Ukraine*, sect. V,
21 oct. 2010, req. n° 17444/04, en angl.
v. n° 752
- Korneykova c. Ukraine*, sect. V, 12 janv. 2012,
req. n° 39884/05, en angl.
v. n° 988
- Kostadinov c. Bulgarie*, sect. V, 7 févr. 2008,
req. n° 55712/00, en angl.
v. n° 806
- Koster c. Pays-Bas*, ch., 28 nov. 1991,
req. n° 12843/87 : *Rec. CEDH*, série A,
n° 221
v. n° 757

- Kotsaftis c. Grèce*, 12 juin 2008, req. n° 39780/06 :
D., 2011 p. 1306, chron. J. P. CÉRÉ
v. n°s 571, 572
- Krejcir c. République Tchèque*, sect. V,
26 mars 2009, req. n°s 39298/04 et 8723/05
v. n°s 167, 987
- Kroushev c. Bulgarie*, sect. V, 3 juil. 2008,
req. n° 66535/01
v. n°s 18, 23
- Kruslin c. France*, ch., 24 avr. 1990,
req. n° 11801/85 : *Rec. CEDH*, série A,
n° 176-A ; D., 1990, p. 187,
obs. R. KOERING-JOULIN ; *ibid.*, p. 353,
note J. PRADEL ; *RSC*, 1990, p. 615,
obs. L.-E. PETTITI
v. n° 197
- Kucheruk c. Ukraine*, sect. V, 6 sept. 2007,
req. n° 2570/04
v. n° 843
- Kudla c. Pologne*, gde ch., 26 oct. 2000,
req. n° 30210/96 : *Rec. CEDH*, 2000-XI ;
AJDA, 2000, p. 1006, chron. J.-F. FLAUSS ;
RFDA, 2001, p. 1250, chron. H. LABAYLE et
F. SUDRE
v. n°s 1, 113, 514, 515, 521, 528, 531, 566, 567,
569, 917, 952
- Kulikowski c. Pologne*, sect. IV, 19 mai 2009,
req. n° 18353/03
v. n°s 985, 986
- Kurt c. Turquie*, ch., 25 mai 1998,
req. n° 24276/94 : *Rec. CEDH*, 1998-III
v. n° 718
- Kurucay c. Turquie*, sect. III, 10 nov. 2005,
req. n° 24040/04
v. n° 573
- Kyprianou c. Chypre*, gde ch., 15 déc. 2005,
req. n° 73797/01, en angl. : *Rec. CEDH*,
2005-XIII
v. n° 834
- L**
-
- L. B. c. Belgique*, sect. II, 2 oct. 2012,
req. n° 22831/08 : *RDSS*, 2013, p. 245,
note C. MARGAINE ; *Dr. pén.*, 2013, n° 4,
chron. E. DREYER
v. n°s 439, 501
- L. M. c. Lettonie*, sect. III, 19 juil. 2011,
req. n° 26000/02, en angl.
v. n°s 167, 416
- Labita c. Italie*, gde ch., 6 avr. 2000,
req. n° 26772/95 : *Rec. CEDH*, 2000-IV :
RSC, 2000, p. 667, comm. F. MASSIAS ;
RFDA, 2001, p. 1250, chron. H. LABAYLE et
F. SUDRE
v. n°s 704, 843
- Ladent c. Pologne*, sect. IV, 18 mars 2008,
req. n° 11036/03
v. n° 986
- Laduna c. Slovaquie*, sect. III, 13 déc. 2011,
req. n° 31827/02 : *Rec. CEDH*, 2011
v. n° 352
- Laidin c. France*, sect. IV, 8 janv. 2002,
req. n° 43191/98
v. n° 907
- Lamy c. Belgique*, ch., 30 mars 1989,
req. n° 10444/83 : *Rec. CEDH*, série A,
n° 151
v. n° 836
- Laurent Bernard c. France*, sect. III, 30 mai 2000,
req. n° 38164/97
v. n° 997
- Lavents c. Lettonie*, sect. II, 28 nov. 2002,
req. n° 58442/00
v. n°s 23, 567, 989
- Lebedev c. Russie*, sect. I, 25 oct. 2007,
req. n° 4493/04, en angl. : *Rec. CEDH*,
série A, n° 107
v. n°s 805, 807, 812, 830, 838
- Léger c. France*, sect. II, 11 avr. 2006,
req. n° 19324/02 : *RSC*, 2007, p. 134,
comm. F. MASSIAS ; D., 2006, p. 1800,
note J.-P. CÉRÉ ; *AJP*, 2006, p. 258,
note S. ENDERLIN
v. n°s 367, 447, 493, 777, 1048
- Léger c. France*, gde ch., 30 mars 2009,
req. n° 19324/02, radiation ; *RSC*, 2009,
p. 654, note D. ROETS ; D., 2009, p. 1453,
obs. J.-F. RENUCCI
v. n° 778
- Legillon c. France*, sect. V, 10 janv. 2013,
req. n° 53406/10, en angl. ; D., 2013, p. 615,
note J.-F. RENUCCI ; *RSC*, 2013, p. 158,
obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *ibid.*, p. 112,
note J. DANET
v. n° 1040
- Legret c. France*, 25 juil. 2000, req. n° 42553/98,
déc.
v. n° 579
- Lelièvre c. Belgique*, sect. I, 8 nov. 2007,
req. n° 11287/03
v. n° 986
- Letellier c. France*, ch., 26 juin 1991,
req. n° 12369/86 : *Rec. CEDH*, série A,
n° 207
v. n°s 805, 983, 986
- Lexa c. Slovaquie*, sect. IV, 23 sept. 2008,
req. n° 54334/00, en angl.
v. n° 848
- Lienhardt c. France*, sect. V, 13 sept. 2011,
req. n° 12139/10, déc.
v. n° 949
- Lietzow c. Allemagne*, sect. I, 13 févr. 2001,
req. n° 24479/94 : *Rec. CEDH*, 2001-I
v. n° 836
- Liu c. Russie*, sect. I, 6 déc. 2007, req. n° 42086/05
v. n° 853
- Lloyds et autres c. Royaume-Uni*, sect. V,
1^{er} mars 2005, req. n°s 29798/96, 30395/96,
34327/96 et autres
v. n°s 376, 380

Lolova-Kradzhova c. Bulgarie, sect. V,
27 mars 2012, req. n° 17835/07, en angl.
v. n° 376, 380

Lominski c. Pologne, sect. IV, 12 oct. 2010,
req. n° 33502/09, *déc.*, en angl.
v. n° 537

Louled Massoud c. Malte, sect. IV, 27 juil. 2010,
req. n° 24340/08, en angl.
v. n° 1010

Luberti c. Italie, ch., 23 févr. 1984,
req. n° 9019/80 : *Rec. CEDH*, série A, n° 75
v. n° 460, 805

Lutsenko c. Ukraine, sect. V, 3 juil. 2012,
req. n° 6492/11, en angl.
v. n° 214, 354, **830**, 986

M

M. A. c. Chypre, sect. IV, 23 juil. 2013,
req. n° 41872/10, en angl.
v. n° 18, 184, 199, 254, 848

M. B. c. France, sect. V, 17 déc. 2009,
req. n° 22115/06 : *D.*, 2010, p. 93,
obs. K. GACHI
v. n° 52

M. c. Allemagne, sect. V, 17 déc. 2009,
req. n° 19359/04 : *Rec. CEDH* ; *AJP*, 2010,
p. 129, comm. J. LEBLOIS-HAPPE ; *RSC*, 2010,
p. 236 [sur l'article 7] et p. 228 [sur
l'article 5], obs. D. ROETS ; *D.*, 2010, p. 737,
note J. PRADEL ; *JCP*, 2010, n° 334,
note M. GIACOPELLI ; *Dr. pén.*, 2010, ét. n° 9,
note L. GRÉGOIRE et F. BOULAN ; *AJP*, 2010,
p. 389, obs. E. PÉCHILLON
v. n° **205**, **207**, 212, **437**, **439**, 443, 445, **446**, **496**

M. c. Ukraine, sect. V, 19 avr. 2012,
req. n° 2452/04, en angl.
v. n° 167, 416, 424, 426

M. et autres c. Bulgarie, sect. IV, 26 juil. 2011,
req. n° 41416/08, en angl.
v. n° 1009

M. H. c. Royaume-Uni, sect. IV, 22 oct. 2013,
req. n° 11577/06, en angl.
v. n° 799, 800

M. S. c. Belgique, sect. II, 31 janv. 2012,
req. n° 50012/08
v. n° 25

M. S. S. c. Belgique et Grèce, gde ch.,
21 janv. 2011, req. n° 30696/09 : *Rec. CEDH*,
2011 : *JCP*, 2012, doct., n° 924,
chron. F. SUDRE ; *AJDA*, 2011, p. 138,
obs. M.-C. DE MONTECLER ; *AJDA*, 2011,
p. 1993, chron. L. BURGORGUE-LARSEN
v. n° 523, 524, **535**, 559, **904**

Maaouia c. France, gde ch., 5 oct. 2000,
req. n° 39652/98 : *Rec. CEDH*, 2000-X :
AJDA, 2000, p. 1006, chron. J.-F. FLAUSS ;
D., 2001, p. 2346, obs. B. DE LAMY
v. n° 834

Magee c. Royaume-Uni, sect. III, 6 juin 2000,
req. n° 28135/95 : *Rec. CEDH*, 2000-VI
v. n° 294

Mahmut Oz c. Turquie, sect. II, 3 juil. 2012,
req. n° 6840/08
v. n° 988

Maiorano et autres c. Italie, sect. II, 15 déc. 2009,
req. n° 28634/06
v. n° 697

Maire d'Église c. France, sect. V, 30 nov. 2008,
req. n° 20335/04 : *Dr. pén.*, 2009, n° 9, chron.
V. LESCLOUS
v. n° 199

Malige c. France, ch., 23 sept. 1998,
req. n° 68/1997/852/1059 : *Rec. CEDH*,
1998-VII ; *RFDA*, 1999, p. 1004,
comm. C. MAMONTOFF ; *RSC*, 1999, p. 112,
obs. J.-P. DELMAS SAINT-HILAIRE ; *AJP*,
2008, p. 491, obs. D. BOTTEGHI
v. n° 783

Malone c. Royaume-Uni, plén., 2 août 1984,
req. n° 8691/79 : *Rec. CEDH*, série A, n° 82
v. n° 137, 160

Mamac et autres c. Turquie, sect. II, 20 avr. 2004,
req. n° 29486/95, 29487/95 et 29853/96
v. n° 752

Mamedova c. la Russie, sect. I, 1^{er} juin 2006,
req. n° 7064/05, en angl.
v. n° 806

Mancini c. Italie, sect. II, 2 août 2001,
req. n° 44955/98 : *Rec. CEDH*, 2001-IX
v. n° 367, 561, **810**

Mangouras c. Espagne, gde ch., 28 sept. 2010,
req. n° 12050/04 ; *AJDA*, 2011, p. 889,
chron. L. BURGORGUE-LARSEN
v. n° 987

Mangouras c. Espagne, sect. IV, 8 janv. 2009,
req. n° 12050/04 ; *RSC*, 2009, p. 180,
obs. J.-P. MARGUÉNAUD
v. n° 987

Marturana c. Italie, sect. II, 4 mars 2008,
req. n° 63154/00
v. n° 853

Martzloff c. France, sect. V, 10 avr. 2012,
req. n° 6183/10, *déc.*
v. n° 951

Marzohl c. Suisse, sect. V, 6 mars 2012,
req. n° 24895/06, *déc.*
v. n° 829, 834

Mastromatteo c. Italie, gde ch., 24 oct. 2002,
req. n° 37703/97 : *Rec. CEDH*, 2002-VII
v. n° 697

Matencio c. France, 15 janv. 2004,
req. n° 58749/00
v. n° 579

Mathew c. Pays-Bas, sect. III, 29 sept. 2005,
req. n° 24919/03 : *Rec. CEDH*, 2005-IX
v. n° 521, 528, 529, 534, 544, 555, 557

Matznetter c. Autriche, ch., 10 nov. 1969,
req. n° 2178/64 ; *Rec. CEDH*, série A, n° 10
v. n° 983, 989

- McCallum c. Royaume-Uni*, ch., 30 août 1990, req. n° 9511/81 : *Rec. CEDH*, série A, n° 183
v. n° 521
- McGlinchey et autres c. Royaume-Uni*, 29 avr. 2003, req. n° 50390/99 : *Rec. CEDH*, 2003-V : *RSC*, 2004, p. 441, chron. F. MASSIAS
v. n° 571
- McKay c. Royaume-Uni*, gde ch., 30 oct. 2006, req. n° 543/03 : *Rec. CEDH*, 2006-X
v. n° 703, 961
- Medvedyev et autres c. France*, gde ch., 29 mars 2010, req. n° 3394/03 : *Rec. CEDH*, 2010 ; *D.*, 2010, p. 1386, obs. S. LAVRIC ; *ibid.*, p. 1390, note P. HENNION-JACQUET ; *ibid.*, p. 1386, note J.-F. RENUCCI ; *ibid.*, p. 952, entretien P. SPINOSI ; *ibid.*, p. 970, obs. D. REBUT ; *AJDA*, 2010, p. 648, obs. S. BRONDEL ; *RSC*, 2010, p. 685, obs. J.-P. MARGUÉNAUD
v. n° 67, 82, 181, **185**, 195, **197**, **199**, 202, **203**, **315**, **622**, 644, 644, **646**, 721, 723, 749, 750, 757, 761, 762, 819, **932**, 961
- Medvedyev et autres c. France*, sect. V, 10 juil. 2008, req. n° 3394/03 ; *D.*, 2008, p. 3055, note P. HENNION-JACQUET ; *AJP*, 2008, p. 469, obs. C. SAAS
v. n° **185**, **197**, 202, **315**, **622**, 648, 750
- Megyeri c. Allemagne*, ch., 12 mai 1992, req. n° 13770/88 : *Rec. CEDH*, série A, n° 237-A
v. n° 837
- Meixner c. Allemagne*, sect. V, 3 nov. 2009, req. n° 26958/07, *déc.*, en angl. : *Dr. pén.*, 2011, n° 3, chron. É. GARÇON
v. n° 787
- Menecheva c. Russie*, sect. I, 9 mars 2006, req. n° 59261/00 : *Rec. CEDH*, 2006-III
v. n° 853
- Messina c. Italie*, 8 juin 1999, req. n° 25498/94, *déc.* : *Rec. CEDH*, 1999-V
v. n° 4, 542, 546, **550**, 552
- Mihailovs c. Lettonie*, sect. IV, 22 janv. 2013, req. n° 35939/10, en angl.
v. n° 409, 421, 422, 423, 424, 425
- Mikadze c. Russie*, 7 juin 2007, req. n° 52697/99
v. n° 539, 556
- Mirosław Garlicki c. Pologne*, sect. IV, 14 juin 2011, req. n° 36921/07, en angl.
v. n° 645
- Mitreski c. « L'Ex-République Yougoslave de Macédoine »*, sect. V, 25 mars 2010, req. n° 11621/09, en angl.
v. n° 810
- Mocarska c. Pologne*, sect. IV, 6 nov. 2007, req. n° 26917/05, en angl.
v. n° 485
- Modarca c. Moldavie*, sect. IV, 10 mai 2007, req. n° 14437/05, en angl.
v. n° 836
- Mogos c. Roumanie*, sect. III, 13 oct. 2005, req. n° 20420/02
v. n° 114, 524
- Moisejevs c. Lettonie*, 15 juin 2006, req. n° 64846/01
v. n° 529, 533
- Molotchko c. Ukraine*, sect. V, 26 avr. 2012, req. n° 12275/10, en angl.
v. n° 808, 962
- Monne c. France*, sect. V, 1^{er} avr. 2008, req. n° 39420/06, *déc.*
v. n° 208
- Monnell et Morris c. Royaume-Uni*, ch., 2 mars 1987, req. n° 9562/81 et 9818/81 : *Rec. CEDH*, série A, n° 115
v. n° 368
- Mooren c. Allemagne*, gde ch., 9 juil. 2009, req. n° 11364/03
v. n° 200, 848, **853**, 932, 971
- Morsink c. Pays-Bas*, sect. II, 11 mai 2004, req. n° 48865/99 : *RSC*, 2005, p. 630, chron. F. MASSIAS
v. n° 485, 494, 496
- Mouisel c. France*, 14 nov. 2002, req. n° 67263/01 : *Rec. CEDH*, 2002-IX ; *LPA*, 19 juin 2003, p. 15, comm. H. TIGROUDJA ; *ibid.*, 16 juil. 2003, p. 13, comm. D. ROETS ; *D.*, 2003, p. 524, obs. J.-F. RENUCCI ; *ibid.*, p. 303, note H. MOUTOUH ; *ibid.*, p. 919, chron. J.-P. CÉRÉ ; *RSC*, 2003, p. 144, chron. F. MASSIAS ; *AJDA*, 2003, p. 603, chron. J.-F. FLAUSS
v. n° 107, 115, 538, **564**, **569**, **570**, 571, **572**, 578, 582
- Moulin c. France*, sect. V, 23 nov. 2010, req. n° 37104/06 : *AJDA*, 2011, p. 889, chron. L. BURGORGUE-LARSEN ; *D.*, 2011, p. 277, obs. J.-F. RENUCCI ; *ibid.*, p. 338, obs. S. LAVRIC ; *ibid.*, note J. PRADEL ; *ibid.*, p. 26, point de vue F. FOURMENT ; *RSC*, 2011, p. 208, note D. ROETS ; *Dr. pén.*, 2011, comm. n° 26, obs. A. MARON et M. HAAS ; *Procédures*, 2011, comm. n° 30, note A.-S. CHAVENT-LECLÈRE ; *Gaz. Pal.*, 9 déc. 2010, p. 6, note O. BACHELET ; *JCP*, 2010, n° 1206, obs. F. SUDRE
v. n° **66**, 67, 175, 177, 595, 610, 618, 619, 624, **645**, **647**, **648**, **670**, 720, **724**, 737, 743, **753**, 799, 961
- Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, sect. I, 12 oct. 2006, req. n° 13178/03 : *Rec. CEDH*, 2006-XI ; *D.*, 2007 p. 771, comm. P. MUZNY
v. n° 391, 535, 664, 665
- Mucek c. Turquie*, sect. II, 16 juil. 2009, req. n° 7605/05, en angl.
v. n° 990
- Muhamet Akyol c. Turquie*, sect. II, 20 sept. 2007, req. n° 23438/02, en angl.
v. n° 984

Muller c. République Tchèque, sect. V,
6 sept. 2011, req. n° 48058/09, *déc.*

v. n° 208

Murray c. Royaume-Uni, gde ch., 28 oct. 1994,
req. n° 14310/88 : *Rec. CEDH*, série A,
n° 300-A ; *RSC*, 1995, p. 143,
note L.-E. PETTITI

v. n° 254, 264

Musial c. Pologne, gde ch., 25 mars 1999,
req. n° 24557/94 : *Rec. CEDH*, 1999-II

v. n° 805

Muskhadzhiyeva et autres c. Belgique, sect. II,
19 janv. 2010, req. n° 41442/07 : *JCP*, 2010,
n° 194, obs. L. MILANO ; *Gaz. Pal.*,
18 mars 2010, p. 14, note F. DESPREZ ;
Constitutions, 2010, p. 260,
obs. P. CHEVALIER

v. n° 499, 520, 535

N

N. c. Royaume-Uni, gde ch., 27 mai 2008,
req. n° 26565/05 : *Rec. CEDH*, 2008 ;
RTD civ., 2008, p. 643,
obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *JCP*, 2008,
I. n° 167, obs. F. SUDRE ; *AJDA*, 2008,
p. 1937, chron. J.-F. FLAUSS

v. n° 580

Nada c. Suisse, gde ch., 12 sept. 2012,
req. n° 10593/08

v. n° 25

Nakach c. Pays-Bas, sect. III, 30 juin 2005,
req. n° 5379/02, en angl.

v. n° 853

Nart c. Turquie, sect. II, 6 juin 2008,
req. n° 20817/04, en angl.

v. n° 499, 760, 988

Naudo c. France, sect. V, 8 oct. 2010,
req. n° 35469/06

v. n° 984, 985

Navarra c. France, ch., 23 nov. 1993,
req. n° 13190/87 : *Rec. CEDH*, série A,
n° 273-B ; *RSC*, 1994, p. 362,
chron. R. KOERING-JOULIN

v. n° 805

Navone et autres c. Monaco, sect. I, 24 oct. 2013,
req. n° 62880/11, 62892/11 et 62899/11

v. n° 300

Nechiporuk et Yonkalo c. Ukraine, sect. V,
21 avr. 2011, req. n° 42310/04, en angl.

v. n° 748, 752, 837

Nerratini c. Grèce, sect. I, 18 déc. 2008,
req. n° 43529/07, en angl.

v. n° 419, 986, 989

Neumeister c. Autriche, ch., 27 juin 1968,
req. n° 1936/63 ; *Rec. CEDH*, série A, n° 17

v. n° 836, **983**, **984**, **988**

Nielsen c. Danemark, plén., 28 nov. 1988,
req. n° 10929/84 : *Rec. CEDH*, série A,
n° 144

v. n° **13**, 17, 388, **422**, 426

Nikolova et Velichkova c. Bulgarie, sect. V,
20 déc. 2007, req. n° 7888/03, en angl.

v. n° 367

Nikolova c. Bulgarie, gde ch., 25 mars 1999,
req. n° 31195/96 : *Rec. CEDH*, 1999-II

v. n° 836, 842

Nivette c. France, sect. I, 3 juil. 2001,
req. n° 44190/98, *déc.* : *Rec. CEDH*,
2001-VII ; *AJDA*, 2001, p. 1060, J.-F. FLAUSS

v. n° 786, 787

Nizomkhon Dzhurayev c. Russie, sect. I,
3 oct. 2013, req. n° 31890/11, en angl.

v. n° 806

Nortier c. Pays-Bas, ch., 24 août 1993,
req. n° 13924/88 : *Rec. CEDH*, série A,
n° 267 ; *D.*, 1994, p. 37,
note S. BECQUERELLE ; *ibid.*, 1995, p. 105,
note J.-F. RENUCCI

v. n° 683, 684, 687

Nowicka c. Pologne, sect. II, 3 déc. 2002,
req. n° 30218/96, en angl.

v. n° 372, 375

O

O. H. c. Allemagne, sect. V, 24 nov. 2011,
req. n° 4646/08, en angl. : *D.*, actu.,
9 déc. 2011, obs. O. BACHELET

v. n° **38**, 205, 443, 446

O'Hara c. Royaume-Uni, sect. III, 16 oct. 2001,
req. n° 37555/97 : *Rec. CEDH*, 2001-X

v. n° 752

Öcalan c. Turquie, sect. I, 12 mars 2003,
req. n° 46221 : *JCP*, 2003, I, n° 160,
note F. SUDRE ; *RDP*, 2004, p. 801 ;
note M. LEVINET ; *RGDIP*, 2003, p. 472,
note P. WECKEL ; *D.*, 2003, p. 2267,
obs. J.-F. RENUCCI ; *AJDA*, 2003, p. 1924,
chron. J.-F. FLAUSS

v. n° 553

Öcalan c. Turquie, gde ch., 12 mai 2005,
req. n° 46221/99 : *Rec. CEDH*, 2005-IV :
RFDA, 2006, p. 308, chron. H. LABAYLE ;
RSC, 2006, p. 431, chron. F. MASSIAS ; *AJDA*,
2006, p. 466, chron. J.-F. FLAUSS

v. n° 553, 757

Ogica c. Roumanie, sect. III, 27 mai 2010,
req. n° 24708/03

v. n° 523, 843

Okkali c. Turquie, sect. II, 17 oct. 2006,
req. n° 52067/99

v. n° 294

Olcer c. Turquie, sect. II, 13 mai 2008,
req. n° 70015/01, *déc.*

v. n° 16

Oldham c. Royaume-Uni, 26 sept. 2000,
req. n° 36273/97 : *Rec. CEDH*, 2000-X

v. n° 812

Oner Aktas c. Turquie, sect. II, 29 oct. 2013,
req. n° 59860/10

v. n° 990

- Oral et Atabay c. Turquie*, sect. IV, 23 juin 2009, req. n° 39686/02
v. n° 753, 761
- Orchowski c. Pologne*, sect. IV, 22 oct. 2009, req. n° 17885/04, en angl. : *RSC*, 2010, p. 497, chron. C. NOWAK
v. n° 519, 531, 537, 950
- Oshurko c. Ukraine*, sect. V, 8 sept. 2011, req. n° 33108/05
v. n° 201
- Ostendorf c. Allemagne*, sect. V, 7 mars 2013, req. n° 15598/08, en angl. : *RSC*, 2013, p. 653, note J.-P. MARGUÉNAUD ; *D.*, actu., 13 mars 2013, obs. O. BACHELET
v. n° 212, 376, **444**
- Ostrovar c. Moldavie*, sect. IV, 13 sept. 2005, req. n° 35207/03, en angl. : *AJP*, 2005, p. 421, obs. J.-P. CÉRÉ
v. n° 526
- Osyenko c. Ukraine*, sect. V, 9 nov. 2010, req. n° 4634/04, en angl.
v. n° 376
- Otegi Mondragon c. Espagne*, sect. III, 15 mars 2011, req. n° 2034/07 : *Rec. CEDH*, 2011
v. n° 367
- Othman (Abu Qatada) c. Royaume-Uni*, sect. IV, 17 janv. 2012, req. n° 8139/09 : *Rec. CEDH*, 2012 ; *JCP*, 2012, n° 141, obs. L. MILANO ; *AJDA*, 2012, p. 1726, chron. L. BURGORGUE-LARSEN ; *RFDA*, 2013, p. 576, chron. H. LABAYLE, F. SUDRE, L. MILANO et X. DUPRÉ DE BOULOIS
v. n° 1008, 1021
- Oulahcene c. France*, sect. V, 10 janv. 2013, req. n° 44446/10 ; *D.*, 2013, p. 615, note J.-F. RENUCCI ; *RSC*, 2013, p. 158, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *ibid.*, p. 112, note J. DANET
v. n° 1040
- P**
-
- P. et S. c. Pologne*, sect. IV, 30 oct. 2012, req. n° 57375/08, en angl.
v. n° 433
- Padovani c. Italie*, ch., 26 févr. 1993, req. n° 13396/87 : *Rec. CEDH*, série A, n° 257-B : *RSC*, 1994, p. 362, chron. R. KOERING-JOULIN
v. n° 683
- Pankiewicz c. Pologne*, sect. IV, 12 févr. 2008, req. n° 34151/04, en angl.
v. n° 485
- Panovits c. Chypre*, sect. I, 11 déc. 2008, req. n° 4268/04
v. n° 185, **236**, 243, 265, **327**
- Pantea c. Roumanie*, sect. II, 3 juin 2003, req. n° 33343/96 : *Rec. CEDH*, 2003-VI ; *D.*, 2003, p. 2268, obs. J.-F. RENUCCI
v. n° **647**, 752, 805
- Papon c. France*, 7 juin 2001, req. n° 64666/01, *déc.* : *Rec. CEDH*, 2001-VI ; *LPA*, 20 sept. 2001, p. 19, note E. BOITARD ; *Europe*, 2001, comm. n° 343, note N. DEFFAINS ; *RSC*, 2003, p. 144, note F. MASSIAS ; *D.*, 2001, p. 2335, comm. J.-P. CÉRÉ ; *ibid.*, 2002, p. 683, obs. J.-F. RENUCCI
v. n° 565, **569**, **570**, **572**
- Papon c. France*, 15 nov. 2001, req. n° 54210/00, *déc.*
v. n° 1039
- Paradis et autres c. Allemagne*, sect. V, 4 sept. 2007, req. n° 4065/04, *déc.*, en angl.
v. n° 375
- Paradysz c. France*, sect. V, 29 oct. 2009, req. n° 17020/05
v. n° 984, 985
- Patoux c. France*, sect. V, 14 avr. 2011, req. n° 35079/06 : *D.*, 2011, p. 1137, obs. S. LAVRIC ; *RTD civ.*, 2011 p. 514, obs. J. HAUSER ; *JCP A*, 2011, actu., n° 307, note N. ALBERT
v. n° 907
- Pauwels c. Belgique*, ch., 26 mai 1988, req. n° 10208/82 : *Rec. CEDH*, série A, n° 135
v. n° 645, 646, 647
- Pavalache c. Roumanie*, sect. III, 18 oct. 2011, req. n° 38746/03
v. n° 853
- Payet c. France*, sect. V, 20 janv. 2011, req. n° 19606/08 : *D.*, 2011, p. 380, obs. S. LAVRIC ; *D.*, 2011, p. 643, obs. J.-P. CÉRÉ ; *RSC*, 2011, p. 718, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *JCP*, 2011, n° 184, obs. B. PASTRE-BELDA ; *Procédures*, 2011, comm. n° 94, obs. N. FRICERO ; *Gaz. Pal.*, 21 avr. 2011, p. 11, comm. É. SENNA
v. n° **539**, **547**, **551**, 555, 558, 834
- Peers c. Grèce*, sect. II, 19 avr. 2001, req. n° 28524/95 : *Rec. CEDH*, 2001-III ; *AJDA*, 2001, p. 1060, chron. J.-F. FLAUSS
v. n° 107, 521, 526, 534, 550
- Peltier c. France*, sect. II, 21 mai 2002, req. n° 32872/96 : *Gaz. Pal.*, 11 mars 2004, p. 26, comm. A. HERMEL ; *D.*, 2002, p. 2968, note J.-P. CÉRÉ
v. n° 783
- Perks et autres c. Royaume-Uni*, sect. III, 12 oct. 1999, req. n° 25277/94, 25279/94, 25280/94 et autres, en angl.
v. n° 376
- Petrov c. Bulgarie*, sect. V, 22 mai 2008, req. n° 15197/02, en angl.
v. n° 352
- Petukhova c. Russie*, sect. I, 2 mai 2013, req. n° 28796/07, en angl.
v. n° 372, 375, 393

- Petyo Petkov c. Bulgarie*, sect. V, 7 janv. 2010, req. n° 32130/03
v. n° 542, 554, 843
- Pfeifer et Pankl c. Autriche*, 25 févr. 1992, req. n° 10802/84 : *Rec. CEDH*, série A, n° 227
v. n° 521
- Picaro c. Italie*, sect. III, 9 juin 2005, req. n° 42644/02
v. n° 805, 806
- Pilla c. Italie*, sect. III, 2 mars 2006, req. n° 64088/00
v. n° 459
- Pinkowski c. Pologne*, sect. IV, 23 févr. 2010, req. n° 16579/03, en angl.
v. n° 977, 985, 986
- Piruzyan c. Arménie*, sect. III, 26 juin 2012, req. n° 33376/07, en angl.
v. n° 530, 547, 987
- Plathey c. France*, sect. V, 10 nov. 2011, req. n° 48337/09 : *JCP*, 2012, doctr., n° 87, chron. F. SUDRE ; *AJP*, 2011, p. 605, obs. J.-P. CÉRÉ ; *DR. PÉN.*, 2012, n° 4, chron. E. DREYER
v. n° 546, 835
- Pleso c. Hongrie*, sect. II, 2 oct. 2012, req. n° 41242/08, en angl.
v. n° 167, **408, 413, 416**
- Poghosyan c. Arménie*, sect. III, 20 déc. 2011, req. n° 44068/07, en angl.
v. n° 66
- Poltoratski c. Ukraine*, sect. IV, 29 avr. 2003, req. n° 38812/97
v. n° 521, 522, 554
- Popov c. Bulgarie*, sect. I, 1^{er} déc. 2005, req. n° 48137/99
v. n° 808, 812
- Popov c. France*, sect. V, 19 janv. 2012, req. n° 39472/07 et 39474/07 : *JCP*, 2012, n° 221, obs. F. SUDRE ; *Dr. famille*, 2012, comm. n° 43, note M. BRUGGEMAN ; *AJDA*, 2012, p. 1726, chron. L. BURGORGUE-LARSEN ; *D.*, 2012, p. 363, obs. C. FLEURIOT ; *ibid.*, p. 864, entretien S. SLAMA ; *ibid.*, p. 2267, chron. A. GOUTTENOIRE ; *ibid.*, 2013, p. 324, chron. K. PARROT ; *AJP*, 2012, p. 281, note S. SLAMA ; *Rev. crit. DIP*, 2012, p. 826, comm. K. PARROT
v. n° 179, 260, 373, 374, 391, 426, **499**, 514, **520**, **535**, 587, **945**, 1008
- Popov c. Russie*, sect. I, 13 juil. 2006, req. n° 26853/04, en angl.
v. n° 527
- Popov et Vorobyev c. Russie*, sect. I, 23 avr. 2009, req. n° 1606/02, en angl.
v. n° 986, 988, 990
- Portmann c. Suisse*, sect. II, 11 oct. 2011, req. n° 38455/06
v. n° 544
- Prehn c. Allemagne*, sect. V, 24 août 2010, req. n° 40451/06, en angl.
v. n° 836
- Prencipe c. Monaco*, sect. V, 16 juil. 2009, req. n° 43376/06
v. n° 578
- Pretty c. Royaume-Uni*, sect. IV, 29 avr. 2002, req. n° 2346/02 : *AJDA*, 2003, p. 1383, note B. LE BAUT-FERRARÈSE ; *RDSS*, 2002, p. 475, note P. PEDROT ; *RSC*, 2002, p. 645, obs. F. MASSIAS ; *RTD civ.*, 2002, p. 482, obs. J. HAUSER ; *RTD civ.*, p. 858, obs. J.-P. MARGUÉNAUD.
v. n° 407
- Priebke c. Italie*, 5 avr. 2001, req. n° 48799/99, déc. : *AJDA*, 2001, p. 1060, chron. J.-F. FLAUSS
v. n° 565
- Proshkin c. Russie*, sect. I, 7 févr. 2012, req. n° 28869/03, en angl.
v. n° 485, 853
- Putun c. Turquie*, sect. III, 22 déc. 2005, req. n° 31734/96
v. n° 753
- ## Q
- Quinn c. France*, ch., 22 mars 1995, req. n° 18580/91 : *Rec. CEDH*, série A, n° 311 ; *RSC*, 1995, p. 643, obs. L.-E. PETTITI ; *ibid.*, 1996, p. 466, obs. R. KOERING-JOULIN ; *D.*, 1996, p. 198, obs. J.-F. RENUCCI
v. n° 874, 1008, 1016
- ## R
- R. L. et M.-J. D. c. France*, sect. III, 19 mai 2004, req. n° 44568/98 : *RSC*, 2005, p. 630, chron. F. MASSIAS
v. n° 416
- Radu c. Allemagne*, sect. V, 16 mai 2013, req. n° 20084/07, en angl.
v. n° 447
- Raducu c. Roumanie*, sect. III, 21 avr. 2009, req. n° 70787/01
v. n° 843
- Raf c. Espagne*, sect. IV, 17 juin 2003, req. n° 53652/00 : *Europe*, 2003, comm. n° 295, obs. V. LECHEVALIER
v. n° 749, 1008
- Raffray Taddei c. France*, sect. V, 21 déc. 2010, req. n° 36435/07 : *D.*, 2011, p. 793, obs. J.-F. RENUCCI ; *ibid.*, p. 1306, chron. J.-P. CÉRÉ ; *AJP*, 2011, p. 129, note J.-P. CÉRÉ
v. n° 523, 571, 575, 955
- Rahimi c. Grèce*, sect. I, 5 avr. 2011, req. n° 8687/08
v. n° 535, 1012
- Rakevich c. Russie*, sect. II, 28 oct. 2003, req. n° 58973/00, en angl.
v. n° 413, 800

- Ramichvili et Kokhreidze c. Géorgie*, sect. II, 27 janv. 2009, req. n° 1704/06, en angl.
v. n° 836
- Ramirez Sanchez c. France*, gde ch., 4 juil. 2006, req. n° 59450/00 : *Rec. CEDH*, 2006-IX : *D.*, 5 juil. 2006, actu., obs. E. ALLAIN ; *AJDA*, 2006, p. 1709, chron. J.-F. FLAUSS ; *RSC*, 2006, p. 431, chron. F. MASSIAS
v. n°s 107, 522, 553, 554, 558, 559
- Ramirez Sanchez c. France*, sect. I, 27 janv. 2005, req. n° 59450/00 : *D.*, 2005, p. 1272, comm. J.-P. CÉRÉ
v. n° 553
- Rangelov c. Allemagne*, sect. V, 22 mars 2012, req. n° 5123/07, en angl.
v. n° 352
- Raninen c. Finlande*, ch., 16 déc. 1997, req. n° 20972/92 : *Rec. CEDH*, 1997-VIII ; *RSC*, 1998, p. 380, obs. R. KOERING-JOULIN ; *AJDA*, 1998, p. 37, chron. J.-F. FLAUSS
v. n° 544
- Rantsev c. Chypre et Russie*, sect. I, 7 janv. 2010, req. n° 25965/04 : *Rec. CEDH*
v. n° 8
- Rapacciuolo c. Italie*, sect. III, 19 mai 2005, req. n° 76024/01
v. n°s 805, 806
- Rashid c. Bulgarie*, sect. V, 18 janv. 2007, req. n° 47905/99
v. n° 843
- Raza c. Bulgarie*, sect. V, 11 févr. 2010, req. n° 31465/08, en angl.
v. n° 1010
- Reggiani Martinelli c. Italie*, sect. III, 16 juin 2005, req. n° 22682/02, *déc.*
v. n° 582
- Rehbock c. Slovaquie*, sect. I, 28 nov. 2000, req. n° 29462/95 : *Rec. CEDH*, 2000-XII
v. n° 806
- Reinprecht c. Autriche*, sect. IV, 15 nov. 2005, req. n° 67175/01 : *Rec. CEDH*, 2005-XII
v. n° 838
- Renolde c. France*, sect. V, 16 oct. 2008, req. n° 5608/05, *Rec. CEDH* : *JCP*, 2008, II, n° 10196, note B. BELDA ; *Gaz. Pal.*, 12 mars 2009, p. 42, comm. M. MATEI ; *RSC*, 2009, p. 173, note J.-P. MARGUÉNAUD ; *RDSS*, 2009, p. 363, obs. P. HENNION-JACQUET
v. n° 556
- Rhazali et autres c. France*, sect. V, 10 avr. 2012, req. n° 37568/09, *déc.*
v. n° 949
- Riad et Idiab c. Belgique*, sect. I, 24 janv. 2008, req. n°s 29787/03 et 29810/03
v. n°s 214, 488, 1008
- Riera Blume et autres c. Espagne*, 14 oct. 1999, req. n° 37680/97 : *Rec. CEDH*, 1999-VII
v. n°s 8, 26
- Rigopoulos c. Espagne*, sect. IV, 12 janv. 1999, req. n° 37388/97, *déc.* : *Rec. CEDH*, 1999-II
v. n° 757
- Ringeisen c. Autriche*, 16 juil. 1971, req. n° 2614/65 : *Rec. CEDH*, série A, n° 13
v. n° 989
- Rivas c. France*, sect. I, 1^{er} avr. 2004, req. n° 59584/00 : *AJP*, 2004, p. 206 ; obs. J. COSTE
v. n° 110
- Riviere c. France*, 11 juil. 2006, req. n° 33834/03 ; *D.*, 2007, p. 1229, chron. J.-P. CÉRÉ ; *RTDH*, 2007, p. 541, comm. M. MOLINER-DUBOST
v. n° 578
- Rokhlina c. Russie*, 7 avr. 2005, req. n° 54071/00, en angl.
v. n°s 805, 806
- Rossi c. France*, sect. V, 18 oct. 2012, req. n° 60468/08 ; *Procédures*, 2012, comm. n° 368, obs. A.-S. CHAVENT-LECLÈRE
v. n° 984
- Rozhin c. Russie*, sect. V, 6 déc. 2011, req. n° 50098/07, en angl.
v. n° 835
- Rozhkov c. Russie*, sect. V, 19 juil. 2007, req. n° 64140/00, en angl.
v. n° 805
- Rustamov c. Russie*, sect. I, 3 juil. 2012, req. n° 11209/10, en angl.
v. n° 962
- Rusu c. Autriche*, sect. I, 2 oct. 2008, req. n° 34082/02, en angl.
v. n°s 28, 251, 264
- Ruzgar c. Turquie*, sect. IV, 4 mai 2006, req. n° 59246/00
v. n° 752
- Ruzgar c. Turquie*, sect. II, 21 nov. 2006, req. n° 28489/04, *déc.*
v. n° 582
- Ryabikin c. Russie*, sect. I, 19 juin 2008, req. n° 8320/04, en angl.
v. n° 1009

S

- S. c. Allemagne*, sect. V, 28 juin 2012, req. n° 3300/10, en angl.
v. n°s 205, 405, 439, 443, 446
- S. P. c. Belgique*, sect. II, 14 juin 2011, req. n° 12572/08, *déc.*
v. n° 1011
- S. R. c. Pays-Bas*, sect. III, 18 sept. 2012, req. n° 13837/07, *déc.*, en angl.
v. n° 419
- S. B. C. c. Royaume-Uni*, sect. III, 19 juin 2001, req. n° 39360/98, en angl.
v. n°s 703, 987
- S. T. S. c. Pays-Bas*, sect. III, 7 juin 2011, req. n° 277/05 : *Rec. CEDH*, 2011
v. n° 806

- Saadi c. Royaume-Uni*, gde ch., 29 janv. 2008, req. n° 13229/03 : *Rec. CEDH* ; *AJDA*, 2008, p. 978, chron. J.-F. FLAUSS
v. n°s 74, 107, 213, 243, 251, 264, 355, 842, 849, 969, 1008
- Saadi c. Royaume-Uni*, sect. IV, 11 juil. 2006, req. n° 13229/03
v. n°s 251, 1008
- Sabirov c. Russie*, sect. V, 11 févr. 2010, req. n° 13465/04
v. n°s 167, 971
- Sadak c. Turquie*, sect. III, 8 avr. 2004, req. n°s 25142/94 et 27099/958
v. n° 752
- Sagarzazu c. France*, sect. V, 26 janv. 2012, req. n° 29109/09
v. n°s 990, 1001
- Sagnak c. Turquie*, sect. II, 13 oct. 2010, req. n° 45465/04
v. n° 984
- Sainte-Marie c. France*, 16 déc. 1992, req. n° 12981/87 : *Rec. CEDH*, série A, n° 253-A : *D.*, 1993, p. 204, obs. J. PRADEL ; *ibid.*, p. 384, obs. J.-F. RENUCCI ; *RSC*, 1993, p. 367, obs. L.-E. PETTITI
v. n° 687
- Sakik et autres c. Turquie*, ch., 26 nov. 1997, req. n°s 23878/94, 23879/94, 23880/94, 23881/94, 23882/94 et 23883/94 : *Rec. CEDH*, 1997-II ; *RSC*, 1998, p. 384, obs. R. KOERING-JOULIN
v. n° 752
- Sakkopoulos c. Grèce*, 15 janv. 2004, req. n° 61828/00
v. n°s 572, 579, 582
- Salakhov et Islyamova c. Ukraine*, sect. V, 14 mars 2013, req. n° 28005/08, en angl.
v. n° 580
- Salduz c. Turquie*, gde ch., 27 nov. 2008, req. n° 36391/02 : *Rec. CEDH*, 2008 ; *D.*, 2009, p. 2897, note J.-F. RENUCCI ; *AJDA*, 2009, p. 852, chron. J.-F. FLAUSS ; *JCP*, 2009, I, n° 104, chron. F. SUDRE ; *Dr. pén.*, 2009, n° 4, chron. E. DREYER
v. n°s 110, 181, 256, **299, 300, 301, 302, 303, 309, 310, 314, 317, 326**, 750
- Samoila et Cionca c. Roumanie*, sect. III, 4 mars 2008, req. n° 33065/03
v. n° 749
- Sanchez-Reisse c. Suisse*, ch., 21 novembre 1986, req. n° 9862/82 : *Rec. CEDH*, série A, n° 107
v. n°s 805, 836, 838
- Sannino c. Italie*, sect. III, 3 mai 2005, req. n° 72639/01, *déc.*
v. n° 810
- Sar et autres c. Turquie*, sect. IV, 5 déc. 2006, req. n° 74347/01
v. n° 752
- Sarigiannis c. Italie*, sect. II, 5 avr. 2011, req. n° 14569/05
v. n°s 201, 376, 0
- Sarigul c. Roumanie et Turquie*, sect. III, 30 mars 2010, req. n° 9936/04, *déc.*
v. n° 753
- Sarikaya c. Turquie*, 22 avr. 2004, req. n° 36115/97
v. n°s 294, 752
- Savenkovas c. Lituanie*, sect. II, 18 nov. 2008, req. n° 871/02, en angl.
v. n° 528
- Savics c. Lettonie*, sect. IV, 27 nov. 2012, req. n° 17892/03, en angl.
v. n°s 539, 552, 555
- Sawoniuk c. Royaume-Uni*, 29 mai 2001, req. n° 63716/00, *déc.* : *Rec. CEDH*, 2001-VI ; *AJDA*, 2001, p. 1060, chron. J.-F. FLAUSS
v. n° 565
- Saydam c. Turquie*, sect. II, 7 mars 2006, req. n° 26557/04, *déc.*
v. n° 573
- Schemkamper c. France*, sect. II, 18 oct. 2005, req. n° 75833/01 ; *AJP*, 2005, p. 420, obs. J.-P. CÉRÉ
v. n° 835
- Schiesser c. Suisse*, ch., 4 déc. 1979, req. n° 7710/76 : *Rec. CEDH*, série A, n° 34
v. n°s 82, **644**, 645, 647, 679, 829, 961
- Schmitz et Mork c. Allemagne*, sect. V, 9 juin 2011, 2 arrêts, req. n°s 31047/04, 43386/08 et 30493/04, en angl. : *RSC*, 2012, p. 661, chron. J. LELIEUR, C. SAAS et TH. WEIGEND ; *ADL*, 10 juin 2011, note N. HERVIEU ; *D.*, actu., 22 juin 2011, obs. O. BACHELET
v. n° 38
- Schuchter c. Italie*, sect. II, 11 oct. 2011, req. n° 68476/10, *déc.*
v. n°s 575, 769, 787
- Schummer c. Allemagne (n° 1)*, sect. V, 13 janv. 2011, req. n°s 27360/04 et 42225/07, en angl.
v. n°s 205, 439, 443
- Schwabe et M. G. c. Allemagne*, sect. V, 1^{er} déc. 2011, req. n°s 8080/08 et 8577/08
v. n° 379
- Scoppola c. Italie*, sect. III, 8 sept. 2005, req. n° 10249/03, *déc.*
v. n° 789
- Scoppola c. Italie*, 10 juin 2008, req. n° 50550/06
v. n° 579
- Scoppola c. Italie (n° 3)*, sect. II, 18 janv. 2011, req. n° 126/05
v. n° 783
- Scoppola c. Italie (n° 3)*, gde ch., 22 mai 2012, req. n° 126/05
v. n° 783
- Seferovic c. Italie*, sect. II, 8 févr. 2011, req. n° 12921/04
v. n°s 844, 848, 853

- Selçuk c. Turquie*, sect. IV, 10 janv. 2006, n° 21768/02, en angl. v. n° 988
- Selmouni c. France*, gde ch., 28 juil. 1999, req. n° 25803/94 : *Rec. CEDH*, 1999-V ; *RTD civ.*, 1999, p. 911, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *RSC*, 1999, p. 891, comm. F. MASSIAS v. n° 296
- Serifis c. Grèce*, Sect. I, 2 nov. 2006, req. n° 27695/03 : *RDSS*, 2007, p. 259, comm. P. HENNION-JACQUET v. n° 572
- Shabani c. Suisse*, sect. I, 5 nov. 2009, req. n° 29044/06 v. n° 977, 984, 985, 986
- Shakurov c. Russie*, sect. V, 5 juin 2012, req. n° 55822/10, en angl. v. n° 805
- Shamsa c. Pologne*, sect. III, 27 nov. 2003, req. n° 45355/99 et 45357/99 v. n° 24
- Shannon c. Lettonie*, sect. III, 24 nov. 2009, req. n° 32214/03, en angl. v. n° 805, 806
- Shimovolos c. Russie*, sect. I, 21 juin 2011, req. n° 30194/09, en angl. v. n° 21
- Shishmanov c. Bulgarie*, sect. V, 8 janv. 2009, req. n° 37449/02 v. n° 536, 571
- Shulepova c. Russie*, sect. I, 11 déc. 2008, req. n° 34449/03, en angl. v. n° 413, 843
- Shuvaev c. Grèce*, sect. I, 29 oct. 2009, req. n° 8249/07 v. n° 986
- Sikorski c. Pologne*, sect. IV, 22 oct. 2009, req. n° 17599/05 v. n° 519, 533, 950
- Silver et autres c. Royaume-Uni*, 25 mars 1983, req. n° 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75 et 7136/75 : *Rec. CEDH*, série A, n° 61 v. n° 521
- Simeonov c. Bulgarie*, sect. V, 28 janv. 2010, req. n° 30122/03 v. n° 985
- Simons c. Belgique*, sect. II, 28 août 2012, req. n° 71407/10, *déc.* : *D.*, 2012, p. 2644, comm. F. FOURMENT ; *JCP*, 2012, n° 1221, note K. BLAY-GRABARCZYK v. n° 185, 195, 299, 315, 326
- Sinan Eren c. Turquie*, sect. III, 10 nov. 2005, req. n° 8062/04 v. n° 573
- Singh c. République Tchèque*, sect. II, 25 janv. 2005, req. n° 60538/00 v. n° 1008
- Singh et Hussain c. Royaume-Uni*, ch., 21 févr. 1996, 2 espèces, req. n° 23389/94 et 21928/93 ; *Rec. CEDH*, 1996-I ; *RSC*, 1997, p. 460, obs. R. KOERING-JOULIN ; *RSC*, 1996, p. 933, obs. L.-E. PETTITI v. n° 775, 837
- Slawomir Musiał c. Pologne*, sect. IV, 20 janv. 2009, req. n° 28300/06 ; *AJDA*, 2009, p. 872, chron. J.-F. FLAUSS v. n° 537, 581, 702
- Slivenko c. Lettonie*, gde ch., 9 oct. 2003, req. n° 48321/99 : *Rec. CEDH*, 2003-X ; *AJDA*, 2004, p. 534, chron. J.-F. FLAUSS v. n° 1008
- Slyusarev c. Russie*, sect. III, 20 avr. 2010, req. n° 60333/00 v. n° 40
- Smatana c. République Tchèque*, sect. V, 27 sept. 2007, req. n° 18642/04 v. n° 805
- Smolik c. Ukraine*, sect. V, 19 janv. 2012, req. n° 11778/05, en angl. v. n° 718
- Soare et autres c. Roumanie*, sect. III, 22 févr. 2011, req. n° 24329/02 v. n° 376, 380, 524, 944
- Sobek c. la République tchèque*, sect. II, 20 mai 2003, req. n° 48282/99, *déc.* v. n° 375
- Soliyev c. Russie*, sect. I, 5 juin 2012, req. n° 62400/10, en angl. v. n° 837
- Somogyi c. Hongrie*, sect. II, 11 janv. 2011, req. n° 5770/05, en angl. v. n° 537
- Soria Valderrama c. France*, sect. V, 26 janv. 2012, req. n° 29101/09 : *AJP*, 2012, p. 231, obs. S. LAVRIC v. n° 990, 1001
- Sotiropoulou c. Grèce*, sect. I, 18 janv. 2007, req. n° 40225/02, *déc.* v. n° 525, 526
- Soumare c. France*, ch., 24 août 1998, req. n° 23824/94 : *Rec. CEDH*, 1998-V v. n° 664
- Soysal c. Turquie*, sect. III, 3 mai 2007, req. n° 50091/99 v. n° 185, 242, 254, 314, 326, 752, 757
- Sramek c. Autriche*, plén., 22 oct. 1984, req. n° 8790/79 : *Rec. CEDH*, série A, n° 84 v. n° 663
- Stafford c. Royaume-Uni*, gde ch., 28 mai 2002, req. n° 46295/99 : *Rec. CEDH*, 2002-IV ; *D.*, 2003, p. 919, chron. J.-P. CÉRÉ, M. HERZOG-EVANS, É. PÉCHILLON v. n° 448, 776
- Stanca c. Roumanie*, sect. III, 24 juil. 2012, req. n° 34116/04 v. n° 300

- Stanev c. Bulgarie*, gde ch., 17 janv. 2012, req. n° 36760/06 : *Rec. CEDH*, 2012 ; *RDSS*, 2012, p. 863, note K. LUCAS ; *JDI*, 2013, chron. n° 8, obs. X. AUREY
v. n°s 14, 17, 59, 133, 388, 408, 409, 421, 424, 425, 527, 529, 702, 800, 808, 836, 842, 898, 962
- Stasaitis c. Lituanie*, sect. III, 21 mars 2002, req. n° 47679/99
v. n°s 167, 971
- Stasi c. France*, sect. V, 20 oct. 2011, req. n° 25001/07 : *RSC*, 2012, p. 238, note D. ROETS ; *AJDA*, 2012, p. 143, chron. L. BURGORGUE-LARSEN
v. n° 110
- Steel et autres c. Royaume-Uni*, ch., 23 sept. 1998, req. n° 24838/94 : *Rec. CEDH*, 1998-VII ; *RSC*, 1999, p. 384, obs. R. KOERING-JOULIN
v. n°s 128, 375
- Stegarescu et Bahrin c. Portugal*, sect. II, 6 avr. 2010, req. n° 46194/06
v. n° 835
- Stelian Rosca c. Roumanie*, sect. III, 4 juin 2013, req. n° 5543/06
v. n°s 11, 425
- Stephens c. Malte (n° 1)*, sect. IV, 21 avr. 2009, req. n° 11956/07, en angl.
v. n° 1008
- Stepuleac c. Moldavie*, sect. IV, 6 nov. 2007, req. n° 8207/06, en angl.
v. n°s 632, 849
- Stetoslav Hristov c. Bulgarie*, sect. V, 13 janv. 2011, req. n° 36794/03 : *Dr. pén.*, 2011, chron. V. LESCLOUS
v. n° 161
- Stögmüller c. Autriche*, 10 nov. 1969, req. n° 1602/62 : *Rec. CEDH*, série A, n° 9
v. n°s 982, 984
- Stoican c. Bulgarie*, sect. III, 6 oct. 2010, req. n° 3097/02
v. n° 984
- Stoichkov c. Bulgarie*, sect. I, 24 mars 2005, req. n° 9808/02, en angl.
v. n°s 368, 1021
- Stojkovic c. France et Belgique*, sect. V, 27 oct. 2011, req. n° 25303/08 : *RTDE*, 2012, p. 369, comm. E. PALVADEAU ; *RSC*, 2012, p. 241, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *AJP*, 2012, p. 93, note J.-R. DEMARCHI
v. n° 317
- Storck c. Allemagne*, sect. III, 16 juin 2005, req. n° 61603/00 : *Rec. CEDH*, 2005-V ; *RSC*, 2006, p. 431, chron. F. MASSIAS
v. n°s 8, 12, 425
- Stummer c. Autriche*, gde ch., 7 juil. 2011, req. n° 37452/02 : *Rec. CEDH*, 2011
v. n° 505
- Sulaoja c. Estonie*, sect. V, 15 févr. 2005, req. n° 55939/00, en angl.
v. n°s 805, 986
- Sulejmanovic c. Italie*, sect. II, 16 juil. 2009, req. n° 22635/03
v. n°s 505, 528, 531, 533, 954
- Sunday Times c. Royaume-Uni (n° 1)*, plén., 26 avr. 1979, req. n° 6538/74 : série A, n° 30
v. n°s 196, 197, 198, 241
- Suso Musa c. Malte*, sect. V, 23 juil. 2013, req. n° 42337/12, en angl.
v. n°s 587, 838, 1013
- Svinarenko et Slyadnev c. Russie*, sect. I, 11 déc. 2012, req. n°s 32541/08 et 43441/08
v. n° 547
- Svipsta c. Lettonie*, sect. III, 9 mars 2006, req. n° 66820/01 : *Rec. CEDH*, 2006-III
v. n° 808
- Swennen c. Belgique*, sect. V, 10 janv. 2013, req. n° 53448/10
v. n° 485
- Sykora c. République Tchèque*, sect. V, 22 nov. 2012, req. n° 23419/07, en angl.
v. n° 167
- Szabo c. Suède*, sect. II, 27 juin 2006, req. n° 28578/03, *déc.*
v. n° 208
- T**
- T. W. c. Malte*, gde ch., 29 avr. 1999, req. n° 25644/94
v. n°s 703, 961
- Tabesh c. Grèce*, sect. I, 26 nov. 2009, req. n° 8256/07
v. n° 1009
- Tanase c. Roumanie*, sect. III, 12 mai 2009, req. n° 5269/02
v. n°s 544, 989
- Tandogan c. Turquie*, sect. III, 20 sept. 2007, req. n° 9244/02, en angl.
v. n° 843
- Taxquet c. Belgique*, gde ch., 16 nov. 2010, req. n° 926/05 ; *RSC*, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *D.*, 2011, p. 47, obs. O. BACHELET ; *ibid.*, note J. PRADEL ; *ibid.*, note J.-F. RENUCCI ; *AJP*, 2011, p. 35, obs. C. RENAUD-DUPARC
v. n° 1040
- Taxquet c. Belgique*, sect. II, 13 janv. 2009, req. 926/05 ; *RSC*, 2009, p. 657, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *D.*, 2009, p. 1058, note J.-F. RENUCCI ; *ibid.*, p. 2545, obs. K. GACHI ; *RFDA*, 2009, p. 677, comm. L. BERTHIER ET A.-B. CAIRE ; *JCP*, 2009, actu., n° 200, obs. M.-L. RASSAT ; *Gaz. Pal.*, 14 mai 2009, p. 11, note F. DESPREZ ; *Procédures*, 2009, comm. n° 172, obs. J. BUISSON
v. n° 1039
- Tekin c. Turquie*, ch., 9 juin 1998, 9 juin 1998, req. n° 22496/93 : *Rec. CEDH*, 1998-IV
v. n° 110
- Tekin Yildiz c. Turquie*, sect. III, 10 nov. 2005, req. n° 22913/04

v. n^{os} 573, 580
Théron c. France, sect. V, 2 avr. 2013, req. n^o 21706/10, *déc.*

v. n^o 949
Thynne, Wilson et Gunnell c. Royaume-Uni, plén., 25 oct. 1990, req. n^{os} 11787/85, 11978/86 et 12009/86 : *Rec. CEDH*, série A, n^o 190-A ; *RSC*, 1991, p. 144, obs. L.-E. PETTITI

v. n^o 773
Tierce et autres c. Saint-Marin, sect. I, 25 juil. 2000, req. n^{os} 24954/94, 24971/94 et 24972/94 : *Rec. CEDH*, 2000-IX

v. n^o 683
Tinner c. Suisse, sect. II, 26 avr. 2011, req. n^{os} 59301/08 et 8439/09

v. n^o 986
Titarenko c. Ukraine, sect. V, 20 sept. 2012, req. n^o 31720/02, en angl.

v. n^o 984
Titovi c. Bulgarie, sect. V, 25 juin 2009, req. n^o 3475/03, en angl.

v. n^{os} 984, 990
Todor Todorov c. Bulgarie, sect. V, 5 avr. 2007, req. n^o 50765/99

v. n^{os} 522, 526, 528, 533, 534
Tomasi c. France, 27 août 1992, req. n^o 12850/87 : *Rec. CEDH*, série A, n^o 241-A : *RSC*, 1993, p. 33, note F. SUDRE ; *ibid.*, p. 142, obs. L.-E. PETTITI ; *D.*, 1993, p. 383, obs. J.-F. RENUCCI

v. n^o 296
Toniolo c. Saint-Marin et Italie, sect. III, 26 juin 2012, req. n^o 44853/10, en angl.

v. n^o 167
Torreggiani et autres c. Italie, sect. II, 8 janv. 2013, req. n^{os} 43517/09, 35315/10, 37818/10 : *AJP*, 2013, p. 361, obs. É. PÉCHILLON ; *Gaz. Pal.*, 12 mars 2013, p. 16, comm. É. SENNA ; *JCP*, 2013, n^o 319, note F. LAFFAILLE

v. n^{os} 519, 531, 537
Toth c. Autriche, ch., 12 déc. 1991, req. n^o 11894/85 : *Rec. CEDH*, série A, n^o 224 ; *RSC*, 1992, p. 367, obs. L.-E. PETTITI

v. n^{os} 711, **805**, 836, 969, 985
Trajce Stojanovski c. « L'Ex-République Yougoslave de Macédoine », sect. V, 22 oct. 2009, req. n^o 1431/03

v. n^{os} 415, 460
Tupa c. République Tchèque, sect. V, 26 mai 2011, req. n^o 39822/07, en angl.

v. n^{os} 167, 415
Turcan et Turcan c. Moldavie, sect. V, 23 oct. 2007, req. n^o 39835/05, en angl.

v. n^o 837
Turgut Ozkan c. Turquie, sect. II, 22 mai 2012, req. n^o 23601/10

v. n^o 988
Tus et autres c. Turquie, sect. III, 19 juil. 2007, req. n^{os} 7144/02 et 39865/02

v. n^o 753

Tutuncu et Bektas c. Turquie, sect. II, 27 nov. 2012, req. n^{os} 76653/11 et 78809/11, *déc.*

v. n^o 5

Tyrer c. Royaume-Uni, ch., 25 avr. 1978, req. n^o 5856/72 : *Rec. CEDH*, série A, n^o 26

v. n^o 111

U

Umirov c. Russie, sect. I, 18 sept. 2012, req. n^o 17455/11, en angl.

v. n^o 1011

Ümit Bilgic c. Turquie, sect. II, 9 sept. 2013, req. n^o 22398/05

v. n^o 811

Ürfti Cetinkaya c. Turquie, sect. II, 23 juil. 2013, req. n^o 19866/04

v. n^o 500, 564, 571

Uttley c. Royaume-Uni, sect. IV, 29 nov. 2005, req. n^o 36946/03, *déc.*

v. n^o 208

Utusov c. Russie, sect. I, 22 déc. 2012, req. n^o 7923/04, en angl.

v. n^o 806

Uyan c. Turquie, sect. III, 10 nov. 2005, req. n^o 7454/04

v. n^o 573

Uyanik et Kabadayi c. Turquie, sect. II, 22 sept. 2009, n^o 7945/05, en angl.

v. n^o 990

V

V. c. Royaume-Uni, gde ch., 16 déc. 1999, req. n^o 24888/94 : *Rec. CEDH*, 1999-IX ; *LPA*, 28 janv. 2000, p. 6, note A. BULLIER

v. n^{os} 663, 781

V. D. c. Roumanie, sect. III, 16 févr. 2010, req. n^o 7078/02

v. n^o 40

Vafiadis c. Grèce, sect. I, 2 juil. 2009, req. n^o 24981/07

v. n^{os} 986, 989

Valasinas c. Lituanie, sect. III, 24 juil. 2001, req. n^o 44558/98 : *Rec. CEDH*, 2001-VIII

v. n^{os} 525, 527, 528, 529, 531, 533, 536, 543

Van de Hurk c. Pays-Bas, ch., 19 avr. 1994, req. n^o 16034/90 : *Rec. CEDH*, série A, n^o 288

v. n^o 663

Van der Leer c. Pays-Bas, ch., 21 févr. 1990, req. n^o 11509/85 : *Rec. CEDH*, série A, n^o 170-A

v. n^{os} 28, 31, 184, 232, 853

Van der Musselle c. Belgique, plén., 23 nov. 1983, req. n^o 8919/80 : *Rec. CEDH*, série A, n^o 70

v. n^o 342

Van der Sluijs, Zuiderveld et Klappe c. Pays-Bas, ch., 22 mai 1984, req. n^{os} 9362/81, 9363/81 et 9387/81 : *Rec. CEDH*, série A, n^o 78

v. n^o 647

- Van Droogenbroeck c. Belgique*, plén., 24 juin 1982, req. n° 7906/77 : *Rec. CEDH*, série A, n° 50
v. n°s 430, 437, 440, 445, 447, 664, 768, 808, 809, 982
- Varanova et autres c. Turquie*, gde ch., 18 sept. 2009, req. n°s 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 et 16073/90
v. n° 718
- Varbanov c. Bulgarie*, sect. IV, 5 oct. 2000, req. n° 31365/96
v. n°s 416, 663
- Varga c. Roumanie*, sect. III, 1^{er} avr. 2008, req. n° 73957/01
v. n°s 66, 720, 752
- Vasileva c. Danemark*, sect. I, 25 sept. 2003, req. n° 52792/99
v. n° 380
- Vassiss et autres c. France*, sect. V, 27 juin 2013, req. n° 62736/09 ; *Gaz. Pal.*, 15 oct. 2013, p. 41, note F. FOURMENT ; *ibid.*, 4 juil. 2013, p. 3, obs. C. KLEITZ ; *AJP*, 2013, p. 549, obs. G. ROUSSEL ; *JCP*, 2013, actu., n° 843, obs. L. MILANO ; *D.*, 2013, p. 1687, obs. O. BACHELET ; *RSC*, 2013, p. 656, note D. ROETS
v. n°s 110, 276, 370, 622, 648, 724, **750, 757, 761**
- Vejmola c. République Tchèque*, sect. II, 25 oct. 2005, req. n° 57246/00
v. n° 805
- Velinov c. « L'Ex-République Yougoslave de Macédoine »*, sect. I, 19 sept. 2013, req. n° 16880/08, en angl.
v. n°s 372, 718
- Venskute c. Lituanie*, sect. II, 11 déc. 2012, req. n° 10645/08, en angl.
v. n°s 18, 26
- Vikulov et autres c. Lettonie*, 31 août 2006, req. n° 16870/03, *déc.*
v. n° 253
- Villa c. Italie*, sect. II, 20 avr. 2010, req. n° 19675/06
v. n° 25
- Vincent c. France*, 24 nov. 2006, req. n° 6253/03 : *JCP*, II, n° 10007, comm. J.-B. THIERRY ; *AJP*, 2006, p. 500, note J.-P. CÉRÉ ; *RDSS*, 2007, p. 351, obs. A. BOUJEKA
v. n° 500
- Vinter et autres c. Royaume-Uni*, sect. IV, 17 janv. 2012, req. n°s 66069/09, 130/10 et 3896/10 : *JCP*, 2012, doctr., n° 924, chron. F. SUDRE ; *D.*, 2012, p. 1294, chron. J.-P. CÉRÉ
v. n° 779
- Vinter et autres c. Royaume-Uni*, gde ch., 9 oct. 2013, req. n°s 66069/09, 130/10 et 3896/10 : *Rec. CEDH*, 2013
v. n°s 367, 493, 503, 697, **788, 790**
- Virabyan c. Arménie*, sect. III, 2 oct. 2012, req. n° 40094/05, en angl.
v. n° 110
- Vosgien c. France*, sect. V, 3 oct. 2013, req. n° 12430/11
v. n°s 984, 997
- Voskuil c. Pays-Bas*, sect. III, 22 nov. 2007, req. n° 64752/01, en angl.
v. n° 367
- Vrencev c. Serbie*, sect. II, 23 sept. 2008, req. n° 2361/05, en angl.
v. n° 66
- Vural et autres c. Turquie*, sect. II, 25 sept. 2012, req. n°s 46274/11, 68632/11, 71136/11 et autres, *déc.*
v. n° 5
- ## W
- W. c. Suisse*, ch., 26 janv. 1993, req. n° 14379/88 : *Rec. CEDH*, série A, n° 254-A ; *RSC*, 1994, p. 362, chron. R. KOERING-JOULIN
v. n° 985
- Wassink c. Pays-Bas*, ch., 27 sept. 1990, req. n° 12535/86 ; *Rec. CEDH*, série A, n° 185-A
v. n° 415
- Webber c. Suisse*, sect. I, 26 juil. 2007, req. n° 3688/04
v. n°s 197, 200
- Weeks c. Royaume-Uni*, plén., 2 mars 1987, req. n° 9787/82 : *Rec. CEDH*, série A, n° 114
v. n°s 663, 704, 772, **809, 962**
- Wemhoff c. Allemagne*, ch., 27 juin 1966, req. n° 2122/64 : *Rec. CEDH*, série A, n° 7
v. n°s **982, 983, 984, 985**
- Willcox et Hurford c. Royaume-Uni*, sect. IV, 8 janv. 2013, req. n°s 43759/10 et 43771/12, *déc.*, en angl.
v. n° 1021
- Winterwerp c. Pays-Bas*, ch., 24 oct. 1979, req. n° 6301/73 : *Rec. CEDH*, série A, n° 33
v. n°s 53, 212, **404, 413**, 420, 459, 490, 664, **768**, 836
- Wisse c. France*, sect. II, 20 déc. 2005, req. n° 71611/01
v. n° 196
- Witold Litwa c. Pologne*, 4 avr. 2000, req. n° 26629/95 : *Rec. CEDH*, 2000-III
v. n°s 212, 397, **404, 420**
- Wloch c. Pologne*, sect. IV, 19 oct. 2000, req. n° 27785/95 : *Rec. CEDH*, 2000-XI
v. n° 836
- Worwa c. Pologne*, 27 nov. 2003, req. n° 26624/95 : *Rec. CEDH*, 2003-XI
v. n° 375
- Wynne c. Royaume-Uni*, 18 juil. 1994, req. n° 15484/89 : *Rec. CEDH*, série A, n° 294-A ; *RSC*, 1994, p. 796, obs. L.-E. PETTITI
v. n°s 774, 775

X

- X c. Finlande*, sect. IV, 3 juil. 2012, req. n° 34806/04 : *Rec. CEDH*, 2012 : *JCP*, 2013, doct., n° 64, chron. F. SUDRE
v. n° 416
- X. c. Royaume-Uni*, ch., 5 nov. 1981, req. n° 7215/75 : *Rec. CEDH*, série A, n° 46
v. n°s 404, 413, 416, 663, 809
- X. c. Turquie*, sect. II, 9 oct. 2012, req. n° 24626/09
v. n° 553

Y

- Yahiaoui c. France*, sect. III, 20 janv. 2000, req. n° 30962/96 : *Procédures*, 2000, comm. n° 120, obs. N. FRICERO
v. n° 997
- Yalciner c. Turquie*, sect. III, 21 févr. 2008, req. n° 64116/00
v. n° 367
- Yasar c. Turquie*, sect. II, 8 nov. 2005, req. n° 4080/02
v. n° 724
- Yasin Ates c. Turquie*, sect. II, 31 mai 2005, req. n° 30949/96, en angl.
v. n° 14
- Yefimenko c. Russie*, sect. I, 12 févr. 2013, req. n° 152/04, en angl.
v. n°s 853, 1021
- Yoh-Ekale Mwanje c. Belgique*, sect. II, 20 déc. 2011, req. n° 10486/10
v. n°s 578, 1011
- Yoldas c. Turquie*, sect. II, 23 févr. 2010, req. n° 27503/04
v. n° 752
- CEDH, sect. II, 15 oct. 2013, *Yumli Yeter c. Turquie*, req. n° 28218/07, *déc.*
v. n° 724

Z

- Z. H. c. Hongrie*, sect. II, 8 nov. 2012, req. n° 28973/11, en angl.
v. n°s 235, 578
- Zagidulina c. Russie*, sect. I, 2 mai 2013, n° 11737/06, en angl.
v. n° 167
- Zanbergs c. Lettonie*, sect. III, 20 déc. 2011, req. n° 71092/01, en angl.
v. n° 982
- Zarzycki c. Pologne*, sect. IV, 12 mars 2013, req. n° 15351/03, en angl.
v. n° 500
- Zdravko Petrov c. Bulgarie*, sect. V, 23 juin 2011, req. n° 20024/04, en angl.
v. n° 300
- Zervudacki c. France*, 27 juil. 2006, req. n° 73947/01 : *RTDH*, 2007, n° 70, p. 559, comm. M. PUECHAVY
v. n°s 199, 748
- Zeynep Avci c. Turquie*, sect. III, 6 févr. 2003, req. n° 37021/97
v. n° 752
- Zhelyazkov c. Bulgarie*, sect. IV, 9 oct. 2012, req. n° 11332/04, en angl.
v. n° 505
- Zolotoukhine c. Russie*, gde ch., 10 févr. 2009, req. n° 14939/03 : *Rec. CEDH*, 2009 : *D.*, 2009, p. 2014, comm. J. PRADEL ; *RSC*, 2009, p. 675, obs. D. ROETS
v. n° 834

3) Commission européenne des droits de l'Homme (rapports et décisions)

(les numéros renvoient aux paragraphes)

- Amuur c. France*, 10 janv. 1995, req. n° 19776/92, *rap.*
v. n° 24
- B. c. Autriche*, 14 déc. 1988, req. n° 11968/86, *rap.*, en angl.
v. n° 982
- B. c. France*, 13 mai 1987, req. n° 10179/82 : *D. R.*, n° 52, p. 111
v. n°s 376, 380

- Baader, Meins, Meinhof et Grundmann c. RFA*, 30 mai 1975, req. n° 6166/73 : *D. R.*, n° 2, p. 63
v. n° 550
- Bonnechaux c. Suisse*, 5 déc. 1978, req. n° 8224/78 : *D. R.*, n° 15, p. 211
v. n° 568
- C. B. c. Allemagne*, 10 mars 1988, req. n° 13047/87 : *D. R.*, n° 55, p. 282
v. n° 568

- Chartier c. Italie*, 17 déc. 1981, req. n° 9044/80, rap. : *D. R.*, n° 27, p. 200
v. n° 568
- De Varga-Hirsch c. France*, 9 mai 1983, req. n° 9559/81 : *D. R.*, n° 33, p. 188
v. n° 568
- E. G. c. Autriche*, 15 mai 1996, req. n° 22715/93, en angl.
v. n° 15
- Ensslin, Baader et Raspe c. RFA*, 8 juil. 1978, req. n° 7572/76, 7586/76 et 7587/76 : *D. R.*, n° 14, p. 64
v. n° 550
- Freda c. Italie*, 7 oct. 1980, req. n° 8916/80 : *D. R.*, n° 21, p. 250
v. n° 375
- G., S. et M. c. Autriche*, 12 oct. 1983, req. n° 9614/81 : *D. R.*, n° 34, p. 123
v. n° 252
- Giordano c. Italie*, 16 sept. 1997, req. n° 30131/96
v. n° 25
- Grice c. Royaume-Uni*, 14 avr. 1994, req. n° 22564/93 : *D. R.*, n° 77-B
v. n° 568, 579
- Guenat c. Suisse*, 10 avr. 1995, req. n° 24722/94
v. n° 15, 26
- Hojemeister c. RFA*, 6 juil. 1981, req. n° 9179/80
v. n° 21
- Hurtado c. Suisse*, 3 avr. 1992, req. n° 17549/90
v. n° 569
- Ilse Koch c. RFA*, 8 mars 1962, req. n° 1270/61 : *Rec.*, n° 8, p. 91
v. n° 109
- J. N. c. Suisse*, 17 janv. 1995, req. n° 19371/92
v. n° 548
- J.-C. C. c. France*, 23 janv. 1996, req. n° 18526/91, rap.
v. n° 907
- Jarvinen c. Finlande*, 15 janv. 1998, req. n° 30408/96
v. n° 26, 544
- Johansen c. Norvège*, 14 oct. 1985, req. n° 10600/83 : *D. R.*, n° 44, p. 155
v. n° 372
- K. c. Belgique*, 5 juil. 1984, req. n° 10819/84 : *D. R.*, n° 38, p. 232
v. n° 251
- Kotalla c. Pays-Bas*, 6 mai 1978, req. n° 7994/77 : *D. R.*, n° 14, p. 242
v. n° 568
- Kröcher et Möller c. la Suisse*, 9 juil. 1981, req. n° 8463/78 : *D. R.*, n° 26, p. 24
v. n° 551
- L.-G. R. c. Suède*, 15 janv. 1997, req. n° 27032/95, en angl.
v. n° 208
- M. c. Royaume-Uni*, 12 déc. 1983, req. n° 9907/82 : *D. R.*, n° 35, p. 136
v. n° 550
- McFeeley c. Royaume-Uni*, 15 mai 1980, req. n° 8317/78 : *D. R.*, n° 20, p. 103
v. n° 521, 568
- McVeigh et autres c. Royaume-Uni*, 18 mars 1981, req. n° 8022/77, 8025/77 et 8027/77, rap.
v. n° 380
- Meersman et Depyere c. Belgique*, 4 avr. 1990, req. n° 13908/88
v. n° 184
- Natoli c. Italie*, 18 mai 1998, req. n° 26161/9
v. n° 551, 557
- R., S., C. et C. c. Portugal*, 15 mars 1984, req. n° 9911/82 : *D. R.*, n° 36, p. 205
v. n° 568
- Reyntjens c. Belgique*, 9 sept. 1992, req. n° 16810/96
v. n° 376
- S. F. c. Suisse*, 2 mars 1994, req. n° 16360/90
v. n° 25
- Theron c. France*, 8 mars 1988, req. n° 11422/85
v. n° 550
- Treholt c. Norvège*, 9 juil. 1991, req. n° 14610/89 : *D. R.*, n° 71, p. 195
v. n° 550
- Van Kuijk c. la Grèce*, 3 juil. 1991, req. n° 14986/89 : *D. R.*, n° 70, p. 240
v. n° 114
- Vingt et un détenus c. Allemagne*, 6 avr. 1968, req. n° 3134/67, 3172/67 et 3188-3206/67 : *D. R.*, n° 27, p. 97
v. n° 505
- Voica c. France*, sect. V, 10 janv. 2013, req. n° 60995/09 ; *D.*, 2013, p. 615, note J.-F. RENUCCI ; *RSC*, 2013, p. 158, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *ibid.*, p. 112, note J. DANET
v. n° 1040
- X. c. Autriche*, 13 déc. 1979, req. n° 8278/78 : *D. R.*, n° 18, p. 157
v. n° 375
- X. c. Belgique*, 24 mai 1975, req. n° 4502/70 : *Rec.*, n° 38, p. 82
v. n° 264
- X. c. Pays-Bas*, 4 févr. 1971, req. n° 4566/77 : *Rec.*, n° 37, p. 137
v. n° 521
- X. c. Pays-Bas*, 1^{er} avr. 1966, req. n° 2621/65 : *Rec.*, n° 19, p. 100
v. n° 242
- X. c. RFA*, 19 mars 1981, req. n° 8819/79 : *D. R.*, n° 24, p. 158
v. n° 21
- X. c. RFA*, 5 oct. 1974, req. n° 6181/73 : *Rec.*, n° 46, p. 188
v. n° 568
- X. c. RFA*, 10 déc. 1975, req. n° 6659/74 : *D. R.*, n° 3, p. 92
v. n° 375

X. c. *RFA*, 13 déc. 1978, req. n° 8098/77 : *D. R.*,
n° 16, p. 116

v. n° 184

X. c. *RFA*, 14 déc. 1970, req. n° 4256/69 : *Rec.*,
n° 69, p. 67

v. n° 568

X. c. *Royaume-Uni*, 6 mars 1982, req. n° 8231/78 :
D. R., n° 28, p. 41

v. n° 551

X. c. *Royaume-Uni*, 16 juil. 1980, n° 6998/75, *rap.* :
D. R., n° 8, p. 106

v. n° 235

Y. c. *Royaume-Uni*, 14 mai 1977, req. 6870/75 :
D. R., n° 10, p. 68

v. n° 521

C) *Jurisprudence nationale*

1) *Jurisprudence du Tribunal des conflits*

(les numéros renvoient aux paragraphes)

T. confl., 6 avr. 1946, *Sieur Machinot c. pft police* :
Rec. CE, p. 326

v. n° 960

T. confl., 27 mars 1952, *Dame de La Murette*,
n° 01339 : *Rec.*, p. 626

v. n° 864

T. confl., 22 févr. 1960, *Dame Fargeaud d'Epied*

v. n° 873

T. confl., 16 nov. 1964, *Clément* : *Rec. CE*, p. 796

v. n° 865

T. confl., 27 juin 1966, *Guigon c. Armées* ;
Rec. CE, p. 830 ; *AJDA*, 1966, p. 547,
note A. DE LAUBADÈRE

v. n° 867

T. confl., 6 mars 1989, n° 02552 : *Rec. CE*

v. n° 875

T. confl., 25 avr. 1994, *Morelli*, n° 02920 : *Rec.*
CE ; *D.*, 1994, p. 389, concl. R. ABRAHAM ;
ibid., note P. DIDIER

v. n° 876, 945, 947

T. confl., 20 juin 1994, *MM. Madaci et Youbi*,
req. n° 2932 ; *AJDA*, 1994, p. 496,
note C. MAUGÜÉ ; *D.*, 1995, jur., p. 193

v. n° 871

T. confl., 17 févr. 1997, *pft région Ile-de-France*,
pft Paris, n° 97-03.045 : *Bull. Trib. Confl.*,
n° 1 : *Rec. CE*, p. 525 ; *JCP*, 1997, II,
n° 22885, concl. J. SAINTE-ROSE

v. n° 61, **870**, 907, 916

T. confl., 12 mai 1997, *pft Police c. TGI Paris*,
n° 03056 : *Rec. CE*, p. 1226 ; *AJDA*, 1997,
p. 635, chron. D. CHAUVAUX et T.-X.
GIRARDOT ; *RFDA*, 1997, p. 514,
concl. J. ARRIGHI DE CASANOVA ; *Gaz. Pal.*,
1997, jur., p. 393, comm. S. PETIT ; *LPA*,
19 janv. 1998, p. 15, comm. J.-P. MARKUS ;
JCP, 1997, II, n° 22861, comm. P. SARGOS

v. n° 150, 866

T. confl., 5 juin 2000, *pft Hérault*
c. Ramazan Yldirim, n° 3187 : *Rec. CE* ; *JCP*,
2001, I, n° 10622, concl. J. SAINTE-ROSE

v. n° 701, 845, 911

T. confl., 22 mars 2004, *M. Deshayes*
c. CHS de la Sarthe, n° 3341 ; *RTD civ.*,
2004, p. 487, obs. J. HAUSER ; *JCP*, 2004, II,
10082, note M.-C. ROUAULT

v. n° 869

T. confl., 29 déc. 2004, *pft Deux-Sèvres*
c. TGI Niort, n° 3429 : *Rec. CE* ; *AJDA*, 2005,
p. 1011, note L. DOMINGO

v. n° 945

T. confl. 26 juin 2006, *président du Conseil de*
Paris c. pf police de Paris, req. n° C3513 :
Rec. CE

v. n° 876

T. confl., 18 juin 2007, *M^{me} A.*, n° C3620 : *Rec. CE*

v. n° 947

T. confl., 17 oct. 2011, *SCEA du Chêneau*,
n° 11-03.828 et 11-03.829 : *Bull. Trib. confl.*,
n° 24 ; *AJDA*, 2012, p. 27,
chron. M. GUYOMAR et X. DOMINO ; *D.*,
2011, p. 3046, note F. DONNAT ; *Dr. admin.*,
2012, comm. n° 10, note F. MELLERAY ;
JCP A, 2011, n° 2354, note H. PAULIAT ;
JCP G, 2011, n° 1423, note B. PLESSIX ;
RFDA, 2011, p. 1122, concl. J.-D. SARCELET ;
ibid., p. 1129, note B. SEILLER ; *ibid.*, p. 1135,
note A. ROBLLOT-TROIZIER ; *RTD civ.*, 2011,
p. 735, note P. REMY-CORLAY

v. n° 889

T. confl., 17 juin 2013, *Bergoend*
c. Société ERDF Annecy Léman, n° 3911 :
Rec CE ; *RFDA*, 2013, p. 1041,
comm. P. DELVOLVÉ ; *AJDA*, 2013, p. 1568,
chron. X. DOMINO ET A. BRETONNEAU

v. n° 867

2) Jurisprudence judiciaire

a. Cour de cassation (et autres juridictions nationales)

(les numéros renvoient aux paragraphes)

1862

Cass. crim., 4 déc. 1862, *S.*, 1863, I, n° 51
v. n° 7

1901

Cass. civ., 12 févr. 1901 ; *Gaz. Pal.*, 1901, I, p. 231
v. n° 100

1908

Cass. crim., 17 juin 1908 : *Bull. crim.*, n° 317
v. n° 196

1947

Cass. req., 23 juil. 1947 ; *Gaz. Pal.*, 1947, jur.,
p.267
v. n° 864

1959

Cass. crim., 22 juil. 1959 : *Bull. crim.*, n° 366
v. n° 147

1960

Cass. crim., 17 mars 1960 : *Bull. crim.*, n° 156 ;
JCP, 1960, II, n° 11641, obs. P. CHAMBON
v. n° 923
Cass. crim., 30 juin 1960 ; *D.*, 1960, jur., p. 706
v. n° 373

1966

Cass. crim., 10 févr. 1966, n° 65-93.217 : *Bull.*
crim., n° 40
v. n° 998

1971

Cass. crim., 19 juin 1971 ; *D.*, 1972, jur., p. 21,
obs. J. PRADEL
v. n° 204

1973

Cass. crim., 5 janv. 1973, *Friedel*, n° 72-90.278 :
Bull. crim., n° 7
v. n° 144, 199, 379, 381
Cass. crim., 3 oct. 1973, n° 73-91.325 : *Bull. crim.*,
n° 343
v. n° 630, 631

1974

Cass. crim., 26 févr. 1974, *Schiavon* : *Bull. crim.*,
n° 273 ; *D.*, 1974, jur., p. 273,
avis A. TOUFFAIT ; *RSC*, 1974, p. 555,
obs. J. LARGUIER ; *D.*, 1974, jur., p. 279,
obs. R. VOUIN
v. n° 149

1975

Cass. civ. III, 4 févr. 1975, n° 73-13.975 :
Bull. civ. III, n° 40
v. n° 81

1976

Cass. crim., 18 mai 1976, n° 75-90.366 :
Bull. crim., n° 168
v. n° 685

1977

Cass. crim., 21 juin 1977, n° 77-93.607 :
Bull. crim., n° 209
v. n° 684
Cass. crim., 12 oct. 1977, n° 77-91.233 :
Bull. crim., n° 302
v. n° 21

1979

Cass. crim., 9 oct. 1979, n° 79-90.696 : *Bull. crim.*,
n° 275
v. n° 688
Cass. crim., 13 nov. 1979, n° 79-93.608 :
Bull. crim., n° 315
v. n° 998

1980

Cass. crim., 3 juil. 1980, n° 79-94.641 : *Bull. crim.*,
n° 213 ; *Gaz. Pal.*, 1981, chron., p. 222,
comm. G. JUNOSZA-ZDROJEWSKI
v. n° 297

1982

Cass. crim., 4 juin 1982, n° 82-91.498 : *Bull. crim.*,
n° 146
v. n° 21

1983

Cass. crim., 1^{er} mars 1983, n° 82-94.213 :
Bull. crim., n° 69
v. n° 574

Cass. crim., 7 juin 1983 : *inédit*
v. n° 579, 999

Cass. crim., 12 oct. 1983, n° 82-93.569 :
Bull. crim., n° 243
v. n° 688

1984

Cass. crim., 17 mai 1984, *Doré*, n° 83-92.068 :
Bull. crim., n° 183 ; *D.*, 1984, p. 536,
note W. JEANDIDIER ; *JCP*, 1985, II, p. 20332,
note J. BORRICAND
v. n° 875

Cass. crim., 20 déc. 1984, n° 84-90.964 :
Bull. crim., n° 412
v. n° 684

1985

Cass. crim., 23 janv. 1985, n° 84-92.788 :
Bull. crim., n° 35
v. n° 688

Cass. crim., 24 janv. 1985, n° 84-93.030 :
Bull. crim., n° 41
v. n° 688

Cass. crim., 25 mars 1985, n° 85-90.523 :
Bull. crim., n° 122.
v. n° 804

Cass. crim., 25 avr. 1985, *Bogdan et Vuckovic*,
n° 84-92.916 et 85-91.324 : *Bull. crim.*,
n° 159 ; *JCP*, 1985, II, n° 20465,
concl. H. DONTENWILLE ; *ibid.*,
comm. W. JEANDIDIER
v. n° 21, 876

Cass. crim., 15 oct. 1985, n° 85-94.474 :
Bull. crim., n° 313
v. n° 1015

1986

Cass. crim., 6 nov. 1986, n° 85-93.055 : *Bull. crim.*,
n° 328
v. n° 684

1987

Cass. crim., 12 nov. 1987, n° 87-84.956 : *inédit*
v. n° 579, 998, 999

1988

Cass. crim., 31 mai 1988, n° 88-81.658 : *inédit*
v. n° 631

Cass. crim., 21 juin 1988, n° 88-82.743 :
Bull. crim., n° 282
v. n° 804

Cass. crim., 8 nov. 1988, n° 88-85.185 : *inédit*
v. n° 943, 998

1989

Cass. crim., 17 janv. 1989, n° 88-86.400 : *inédit*
v. n° 999

Cass. crim., 1^{er} févr. 1990, n° 89-80.673 :
Bull. crim., n° 56 ; *RSC*, 1991, p. 555,
obs. A. Vitu
v. n° 196

Cass. Civ. II, 20 avr. 1989, n° 88-11.610 :
Bull. civ. II, n° 92
v. n° 871

Cass. crim., 13 nov. 1989, n° 88-80.801 :
Bull. crim., n° 408 ; *D.*, 1991, p. 173,
obs. J. Pannier ; *RSC*, 1991, p. 89,
obs. J. Beaume
v. n° 156

Cass. civ. II, 26 nov. 1990, n° 87-13.658 :
Bull. civ. II, n° 246
v. n° 934

Cass. Civ. I, 29 nov. 1989, n° 87-18.660 :
Bull. civ. I, n° 370
v. n° 871, 960

Cass. crim., 6 déc. 1989, n° 89-86.111 : *inédit*
v. n° 998

1990

Cass. soc., 9 mai 1990, n° 87-42.851 : *inédit*
v. n° 81

Cass. crim., 7 août 1990, n° 90-83.294 : *Bull. crim.*,
n° 296 ; *D.*, 1991, p. 210, obs. J. PRADEL
v. n° 995

Cass. crim., 25 sept. 1990, n° 90-84.238 : *inédit*
v. n° 998, 999

Cass. civ. II, 24 oct. 1990, n° 89-12.269 :
Bull. civ. II, n° 213
v. n° 871

1991

Cass. crim., 7 mars 1991, n° 90-87.728 :
Bull. crim., n° 116
v. n° 998

1992

Cass. crim., 28 janv. 1992, n° 91-86.119 : *Bull.*
crim., n° 32
v. n° 276, 630, 631

Cass. crim., 8 avr. 1992, n° 91-84.127 : *Bull. crim.*,
n° 152
v. n° 688

Cass. crim., 3 juin 1992, n° 91-86.096 : *Bull. crim.*,
n° 220
v. n° 685

Cass. crim., 1^{er} juil. 1992, n° 92-82.157 : *inédit*
v. n° 998

Cass. crim., 29 sept. 1992, n° 92-82.040 : *inédit*
v. n° 81

Cass. crim., 14 déc. 1992, n° 91-86.178 : *inédit*
v. n° 631

1993

Cass. crim., 20 janv. 1993, n° 92-85.534 :
Bull. crim., n° 32
v. n° 996

Cass. civ. II, 10 févr. 1993, n° 92-50.009 :
Bull. civ. II, n° 54
v. n° 934

Cass. crim., 7 avr. 1993, n° 92-84.725 : *Bull. crim.*,
n° 152 ; *D.*, 1993., jur., p. 553,
note J. PRADEL ; *D.*, 1994, p. 37,
note S. BECQUERELLE ; *RSC*, 1994, p. 67,
obs. M. HUYETTE ; *ibid.*, p. 75,
note CH. LAZERGES
v. n° 682

Cass. crim., 7 sept. 1993, n° 93-82.751 : *Bull. crim.*,
n° 264
v. n° 1016

Cass. crim., 12 oct. 1993, req. n° 92-81.743 : *Bull.*
crim., n° 285 ; *D.*, 1994, jur., p. 129,
note D. MAYER
v. n° 144

Cass. crim., 14 déc. 1993, n° 93-84.505 : *inédit*
v. n° 998

1994

Cass. crim., 4 janv. 1994, n° 93-84.697 : *inédit*
v. n° 631, 923

Cass. crim., 4 janv. 1994, n° 93-84.793 :
Bull. crim., n° 1
v. n° 334, 923

Cass. civ. I, 16 févr. 1994, n° 92-14.205 : *inédit*
v. n° 81

Cass. crim., 7 mars 1994, n° 93-85.698 :
Bull. crim., n° 89 ; *D.*, 1994, p. 188,
obs. J. PRADEL
v. n° 183, 184

Cass. crim., 27 avr. 1994, n° 94-80.651 et
94-80.736 : *Bull. crim.*, n° 156
v. n° 873

Cass. crim., 9 mai 1994, n° 94-80.802 : *Bull. crim.*,
n° 174 ; *D.*, 1995, p. 145, obs. J. PRADEL
v. n° 327, 331, 334, 923

Cass. crim., 26 mai 1994, n° 94-81.374 : *inédit*
v. n° 998

Cass. civ. II, 15 juin 1994, n° 93-50.022 :
Bull. civ. II, n° 204
v. n° 1018

Cass. crim., 11 juil. 1994, n° 94-82.220 :
Bull. crim., n° 273 ; *D.*, 1995, p. 141,
obs. J. PRADEL
v. n° 13, 276

Cass. civ. II, 2 nov. 1994, n° 93-50.019 :
Bull. civ. II, n° 213
v. n° 1019

Cass. crim., 9 nov. 1994, n° 94-80.375 : *inédit*
v. n° 55

1995

Cass. crim., 30 janv. 1995, n° 94-85.241 : *inédit*
v. n° 922

Cass. civ. II, 15 févr. 1995, n° 94-50.023 : *inédit*
v. n° 1019

Cass. crim., 15 févr. 1995, n° 94-85.251 : *inédit*
v. n° 331

Cass. civ. II, 15 mars 1995, n° 94-50.019 : *inédit*
v. n° 1018

Cass. crim., 3 avr. 1995, n° 94-81.792 : *Bull. crim.*,
n° 140 ; *RSC*, 1995, p. 609,
obs. J.-P. DINTILHAC ; *D.*, 1996, p. 261,
obs. J. Pradel
v. n° 239

Cass. crim., 25 avr. 1995, n° 95-80.804 : *inédit*
v. n° 922

Cass. civ. II, 28 juin 1995, *Bechta et autres*,
n° 94-50.001, 94-50.002, 94-50.005 et
94-50.006 : *Bull. Civ. II*, n° 216, 221, 211 et
212 ; *JCP*, 1995, II, n° 22504,
avis J. SAINT-ROSE ; *D.*, 1996, p. 102,
obs. F. JULIEN-LAFERRIÈRE ; *AJDA*, 1996,
p. 72, A. LEGRAND ; *Rev. crit. DIP*, 1996,
p. 275, N. GUIMEZANES ; *RTD civ.*, 1996,
p. 235, comm. J. NORMAND ; *Gaz. Pal.*, 1995,
doct., p. 1356, comm. J.-É. MALABRE
v. n° 324, 701, 890, 935

Cass. civ. II, 28 juin 1995, 2 espèces, n° 94-50.015
et 94-50.018 : *Bull. civ. II*, n° 215
v. n° 890, 935

Cass. crim., 18 juil. 1995, n° 95-82.319 : *Bull.*
crim., n° 258
v. n° 204, 923

Cass. crim., 25 oct. 1995, n° 94-86.229 : *inédit*
v. n° 239

Cass. crim., 15 nov. 1995, 2 espèces, n° 95-84.547
et 95-84.548 : *inédits*
v. n° 567

1996

Cass. crim., 4 janv. 1996, n° 95-84.330 : *Bull.*
crim., n° 5 ; *RSC*, 1996, p. 399,
obs. J.-P. DINTILHAC ; *D.*, 1996, p. 261,
obs. J. Pradel
v. n° 239

Cass. crim., 23 janv. 1996, n° 95-84.934 :
Bull. crim., n° 35
v. n° 688

Cass. crim., 31 janv. 1996, n° 95-50.016 :
Bull. civ. II, n° 21 ; *D.*, 1997, p. 49,
obs. F. JULIEN-LAFERRIÈRE
v. n° 890

Cass. civ. II, 31 janv. 1996, n° 95-50.021 :
Bull. civ. II, n° 22
v. n° 1018

Cass. crim., 13 févr. 1996, n° 95-85.676 :
Bull. crim., n° 73 ; *D.*, 1996, p. 260,
obs. J. PRADEL
v. n° 331

Cass. crim., 10 avr. 1996, n° 94-81.728 : *inédit*
v. n° 12, 268

Cass. crim., 30 avr. 1996, n° 95-82.217 : *Bull. crim.*
n° 182 ; *RSC*, 1996, p. 879,
obs. J.-P. DINTILHAC
v. n° 72, 229, 273, 923

Cass. civ. II, 22 mai 1996, n° 95-50.071 :
Bull. civ. II, n° 104 ; *D.*, 1997, p. 47,
obs. F. JULIEN-LAFERRIÈRE
v. n° 890

Cass. civ. II, 18 sept. 1996, n° 95-50.066 :
Bull. civ. II, n° 215
v. n° 1018

Cass. soc., 17 déc. 1996, n° 92-44.203 : *inédit* ;
Dr. soc., 1997, p. 344,
obs. G. GIUDICELLI-DELAGÉ et M. MASSÉ
v. n° 505

1997

Cass. crim., 12 mars 1997, n° 96-83.554 :
Bull. crim., n° 100
v. n° 296

Cass. crim., 12 mars 1997, n° 96-86.596 :
Bull. crim., n° 99 ; *RSC*, 1997, p. 859,
obs. J.-P. DINTILHAC
v. n° 330, 332

Cass. civ. II, 11 juin 1997, n° 96-50.034 : *inédit*
v. n° 1018

Cass. civ. II, 11 juin 1997, n° 96-50.061 : *inédit*
v. n° 1019

Cass. civ. II, 11 juin 1997, n° 96-50.063 : *inédit*
v. n° 1018

Cass. civ. II, 11 juin 1997, n° 96-50.064 : *inédit*
v. n° 1019

Cass. civ. II, 11 juin 1997, n° 96-50.069 :
Bull. civ. II, n° 180
v. n° 890

Cass. civ. II, 11 juin 1997, n° 96-50.090 : *inédit*
v. n° 1018, 1019

Cass. crim., 18 juin 1997, n° 96-85.271 : *inédit*
v. n° 226, 925

Cass. civ. I, 24 juin 1997, n° 95-13.100 : *inédit*
v. n° 294, 342

Cass. crim., 25 juin 1997, n° 95-86.160 :
Bull. crim., n° 255
v. n° 625

Cass. crim., 22 juil. 1997, n° 97-82.854 :
Bull. crim., n° 277 ; *D.*, 1998, p. 171,
obs. J. PRADEL
v. n° 996

Cass. crim., 3 sept. 1997, n° 97-83.280 : *inédit*
v. n° 943

Cass. crim., 3 déc. 1997, n° 97-80.446 : *Bull. crim.*,
n° 410
v. n° 688

1998

Cass. crim., 7 janv. 1998, n° 97-85.623
v. n° 236

Cass. crim., 27 janv. 1998, n° 97-86.014 : *inédit*
v. n° 943

Cass. crim., 17 févr. 1998, n° 96-86.477 : *inédit*
v. n° 923

Cass. crim., 19 févr. 1998, n° 96-83.423 :
Bull. crim., n° 74
v. n° 684, 688

Cass. crim., 4 mars 1998, n° 97-85.695 :
Bull. crim., n° 84 ; *Dr. pén.*, 1998,
comm. n° 108, obs. A. MARON ; *Procédures*,
1998, comm. n° 180, obs. J. BUISSON ; RSC,
1998, p. 583, obs. J.-P. DINTILHAC
v. n° 12, 13, 268

Cass. crim., 31 mars 1998, n° 98-80.173 :
Bull. crim., n° 120
v. n° 1001

Cass. crim., 29 avr. 1998, n° 98-80.121 :
Bull. crim., n° 145 ; RSC, 1998, p. 785,
obs. J.-P. DINTILHAC
v. n° 229, 265, 338, 923

Cass. crim., 17 juin 1998, n° 98-81.927 : *inédit*
v. n° 574

Cass. crim., 18 juin 1998, n° 98-81.369 :
Bull. crim., n° 200 ; RSC, 1998, p. 785,
obs. J.-P. DINTILHAC
v. n° 230, 265

Cass. crim., 9 sept. 1998, n° 98-80.662 : *Bull. crim.*,
n° 229
v. n° 184

Cass. crim., 30 sept. 1998, n° 97-84.111 : *inédit*
v. n° 574

Cass. crim., 13 oct. 1998, n° 98-82.522 : *Bull. crim.*
p. 731 ; *Dr. pén.*, 1999, comm. n° 33,
obs. A. MARON
v. n° 13

Cass. crim., 13 oct. 1998, n° 98-84.260 :
Bull. crim., n° 258
v. n° 368

Cass. crim., 14 oct. 1998, n° 98-81.370 :
Bull. crim., n° 260 ; *Dr. pén.*, 1999,
comm. n° 30, 2° arrêt, obs. A. MARON ;
Procédures, 1999, comm. n° 47,
obs. J. BUISSON
v. n° 13, 268

Cass. crim., 4 nov. 1998, n° 98-84.495 : *inédit*
v. n° 998

Cass. crim., 24 nov. 1998, *Plomion*, n° 98-82.496 :
Bull. crim., n° 314 ; *Procédures*, 1999,
comm. n° 138, obs. J. BUISSON
v. n° 625

Cass. crim., 2 déc. 1998, n° 98-84.016 : *inédit* ;
Dr. pén., 1999, comm. n° 94, obs. A. MARON
v. n° 13, 268

Cass. crim., 16 déc. 1998, n° 98-86.166 : *inédit*
v. n° 278

1999

Cass. civ. II, 4 mars 1999, n° 98-50.003 :
Bull. civ. II, n° 38
v. n° 918

Cass. crim., 10 mars 1999, n° 98-87.484 : *inédit*
v. n° 276, 277

Cass. crim., 23 mars 1999, n° 98-86.263 :
Bull. crim., n° 51 ; *D.*, 1999, p. 324,
obs. J. PRADEL
v. n° 273

Cass. crim., 13 avr. 1999, n° 98-87.873 : *inédit*
v. n° 277

Cass. crim., 13 avr. 1999, n° 99-80.481 : *inédit*
v. n° 943

Cass. crim., 14 avr. 1999, n° 97-86.331 : *inédit*
v. n° 335

Cass. crim., 12 mai 1999, n° 98-83.379 : *inédit*
v. n° 574

Cass. crim., 19 mai 1999, n° 98-80.773 :
Bull. crim., n° 102 ; *D.*, 2000, p. 115,
obs. B. DE LAMY ; RSC, 2000, p. 195,
obs. B. BOULOC
v. n° 1032

Cass. crim., 19 mai 1999, n° 99-81.296 : *inédit*
v. n° 12, 269

Cass. crim., 26 mai 1999, n° 99-81.764 :
Bull. crim., n° 106
v. n° 927

Cass. crim., 27 mai 1999, n° 98-87.747 : *inédit*
v. n° 239

Cass. crim., 9 juin 1999, n° 98-84.165 : *Bull. crim.*,
n° 129
v. n° 926

Cass. civ. II, 10 juin 1999, n° 97-50.031 :
Bull. civ. II, n° 115
v. n° 890

Cass. crim., 15 juin 1999, n° 99-82.149 : *inédit*
v. n° 277

- Cass. crim., 30 juin 1999, n° 98-86.791 : *Bull. crim.*, n° 169 ; *Dr. pén.*, 2000, comm. n° 11, obs. A. MARON ; *RSC*, 1999, p. 843, obs. D. N. COMMARET
v. n° 21, 151, 152, 184, 264
- Cass. crim., 16 juil. 1999, n° 99-83.093 : *inédit*
v. n° 999
- Cass. crim., 22 sept. 1999, n° 99-84.604 : *Bull. crim.*, n° 192
v. n° 996
- Cass. crim., 22 sept. 1999, n° 99-84.706 : *inédit*
v. n° 274
- Cass. civ. II, 7 oct. 1999, n° 98-50.038 : *Bull. civ. II*, n° 154
v. n° 245
- Cass. crim., 4 nov. 1999, n° 99-80.939 : *inédit*
v. n° 278
- Cass. crim., 4 nov. 1999, n° 99-85.512 : *inédit*
v. n° 274, 276
- Cass. civ. II, 10 nov. 1999, n° 98-50.014 : *inédit* ; *Rev. crit. DIP*, 2000, p. 697, obs. N. GUIMEZANES
v. n° 872
- Cass. civ. II, 25 nov. 1999, n° 98-50.016 : *inédit* ; *Rev. crit. DIP*, 2000, p. 697, obs. N. GUIMEZANES
v. n° 328, 934
- Cass. crim., 14 déc. 1999, 2 espèces, n° 99-82.855 et 99-84.148 : *Bull. crim.*, n° 301 et 302
v. n° 276, 923
- Cass. crim., 15 déc. 1999, n° 99-84.099 : *Bull. crim.*, n° 308
v. n° 1041
- 2000**
-
- Cass. crim., 5 janv. 2000, 2 espèces, n° 99-83.314 et 99-81.852 : *inédits*
v. n° 276, 923
- Cass. com., 11 janv. 2000, n° 97-21.166 : *inédit*
v. n° 81
- Cass. crim., 11 janv. 2000, 5 espèces, n° 99-86.747, 99-86.748, 99-86.749, 99-86.750 et 99-86.751 : *inédits*
v. n° 574
- Cass. crim., 12 janv. 2000, n° 98-84.355 : *inédit*
v. n° 630
- Cass. crim., 19 janv. 2000, n° 99-80.601 : *inédit*
v. n° 684
- Cass. crim., 19 janv. 2000, n° 99-86.090 : *Bull. crim.*, n° 33 ; *Dr. pén.*, 2000, comm. n° 81, obs. A. MARON
v. n° 276
- Cass. crim., 26 janv. 2000, n° 99-86.166 : *Bull. crim.*, n° 46 ; *Dr. pén.*, 2000, comm. n° 95, obs. A. MARON
v. n° 927
- Cass. crim., 2 févr. 2000, n° 98-87.352 : *Bull. crim.*, n° 55
v. n° 688
- Cass. crim., 9 févr. 2000, n° 99-87.659 : *Bull. crim.*, n° 64
v. n° 277
- Cass. civ. II, 24 févr. 2000, n° 98-50.036 : *inédit*
v. n° 271
- Cass. civ. II, 24 févr. 2000, n° 98-50.042 : *Bull. civ. II*, n° 34 ; *Rev. crit. DIP*, 2000, p. 697, obs. N. GUIMEZANES
v. n° 923
- Cass. civ. II, 24 févr. 2000, 2 espèces, n° 99-50.001 et 99-50.002 : *inédits*
v. n° 935
- Cass. crim., 29 févr. 2000, n° 99-82.092 : *Bull. crim.*, n° 91 ; *Dr. pén.*, 2000, comm. n° 108, 1^{er} arrêt, obs. A. MARON ; *Procédures*, 2000, comm. n° 153, obs. J. BUISSON
v. n° 926, 929
- Cass. crim., 29 févr. 2000, n° 99-84.899 : *Bull. crim.*, n° 92 ; *RSC*, 2000, p. 420, obs. D. N. COMMARET ; *Dr. pén.*, 2000, comm. n° 80, obs. A. Maron
v. n° 625
- Cass. crim., 8 mars 2000, n° 99-87.319 : *Bull. crim.*, n° 109 ; *Procédures*, 2000, comm. n° 176, obs. J. BUISSON
v. n° 336
- Cass. civ. II, 9 mars 2000, n° 98-50.048 : *inédit*
v. n° 271
- Cass. crim., 22 mars 2000, n° 99-87.922 : *inédit*
v. n° 276, 923
- Cass. crim., 22 mars 2000, n° 00-80.199 : *inédit*
v. n° 998
- Cass. crim., 28 mars 2000, n° 00-80.090 : *Bull. crim.*, n° 137
v. n° 264
- Cass. crim., 29 mars 2000, n° 00-80.166 : *inédit*
v. n° 922
- Cass. crim., 29 mars 2000, n° 00-80.189 : *inédit*
v. n° 276, 923
- Cass. crim., 19 avr. 2000, n° 00-80.357 : *Bull. crim.*, n° 160
v. n° 927
- Cass. crim., 4 mai 2000, n° 99-86.924 : *inédit*
v. n° 327, 332
- Cass. crim., 4 mai 2000, n° 00-80.398 : *inédit*
v. n° 276, 277, 923
- Cass. crim., 10 mai 2000, n° 00-80.865 : *Bull. crim.*, n° 181
v. n° 239
- Cass. crim., 10 mai 2000, n° 00-81.201 : *Bull. crim.*, n° 182
v. n° 276
- Cass. crim., 17 mai 2000, n° 00-80.244 : *inédit* ; *Procédures*, 2000, comm. n° 205, obs. J. BUISSON
v. n° 276, 923
- Cass. crim., 17 mai 2000, n° 00-81.149 : *inédit*
v. n° 333

- Cass. civ. II, 18 mai 2000, n° 99-50.015 : *Bull. civ. II*, n° 83
v. n° 271
- Cass. crim., 24 mai 2000, n° 99-87.839 : *Bull. crim.*, n° 201 ; *Dr. pén.*, 2000, comm. n° 133, obs. A. MARON
v. n° 264
- Cass. crim., 22 juin 2000, n° 00-82.632 : *Bull. crim.*, n° 242 ; *Droit pénal*, 2000, comm. n° 108, 2^e arrêt, obs. A. MARON
v. n° 926, 929
- Cass. crim., 27 juin 2000, n° 00-80.411 : *Bull. crim.*, n° 245
v. n° 274
- Cass. crim., 28 juin 2000, n° 99-81.688 : *Bull. crim.*, n° 251 ; *Dr. pén.*, 2001, comm. n° 25, 1^{er} arrêt, obs. A. MARON ; *Procédures*, 2001, comm. n° 16, obs. J. BUISSON ; *D.*, 2002, jur., p. 438, comm. F. LOMBARD et A. HAROUNE
v. n° 13, 268
- Cass. crim., 28 juin 2000, n° 00-81.065 : *inédit*
v. n° 278
- Cass. mixte, 7 juil. 2000, n° 98-50.007 : *Bull. crim.*, n° 257 ; *JCP*, 2000, II, n° 10418, note O. GUÉRIN ; *Procédures*, 2001, comm. n° 17, note J. BUISSON ; *RSC*, 2001, p. 189, obs. A. Giudicelli
v. n° 153, **215**, 268, 282, 305, **632**, **756**
- Cass. crim., 26 juil. 2000, n° 00-83.346 : *inédit*
v. n° 276
- Cass. crim., 12 sept. 2000, n° 00-83.539 : *inédit*
v. n° 327
- Cass. crim., 12 sept. 2000, n° 00-83.545 : *inédit*
v. n° 328
- Cass. crim., 27 sept. 2000, n° 99-87.927 : *inédit*
v. n° 574
- Cass. crim., 11 oct. 2000, n° 00-83.960 : *inédit*
v. n° 184
- Cass. crim., 18 oct. 2000, n° 00-81.373 : *inédit*
v. n° 927
- Cass. crim., 25 oct. 2000, n° 00-83.253 : *Bull. crim.*, n° 316 ; *RSC*, 2001, p. 407, obs. D. N. COMMARET
v. n° 150, 754
- Cass. crim., 25 oct. 2000, n° 00-84.726 : *Bull. crim.*, n° 315 ; *RSC*, 2001, p. 407, obs. D. N. COMMARET
v. n° 13
- Cass. crim., 25 oct. 2000, n° 00-84.874 : *inédit*
v. n° 332
- Cass. crim., 25 oct. 2000, n° 00-84.875 : *inédit*
v. n° 332
- Cass. civ. II, 16 nov. 2000, n° 99-50.077 : *inédit*
v. n° 890
- Cass. crim., 29 nov. 2000, n° 00-82.777 : *inédit*
v. n° 12, 269
- Cass. civ. II, 30 nov. 2000, n° 99-50.085 : *Bull. civ. II*, n° 158
v. n° 1017
- Cass. crim., 6 déc. 2000, n° 00-82.997 : *Bull. crim.*, n° 367 ; *Procédures*, 2001, comm. n° 69, obs. J. BUISSON
v. n° 12, 268
- Cass. crim., 6 déc. 2000, n° 00-86.221 : *Bull. crim.*, n° 367
v. n° 12, 268
- Cass. crim., 20 déc. 2000, n° 00-86.499 : *Bull. crim.*, n° 386 ; *RSC*, 2001, p. 407, obs. D. N. COMMARET
v. n° 333
- Cass. crim., 20 déc. 2000, n° 00-86.757 : *inédit*
v. n° 926
- 2001**
- Cass. crim., 11 janv. 2001, n° 00-82.024 : *Bull. crim.*, n° 7 ; *Dr. pén.*, 2001, comm. n° 107, obs. A. MARON
v. n° 211
- Cass. crim., 17 janv. 2001, n° 00-83.327 : *inédit*
v. n° 998
- Cass. civ. II, 25 janv. 2001, 3 espèces, n° 99-50.078, 99-50.079 et 99-50.080 : *Bull. civ. II*, n° 27
v. n° 245, 266, 934
- Cass. civ. II, 25 janv. 2001, n° 99-50.105 : *inédit*
v. n° 12, 13
- Cass. crim., 30 janv. 2001, n° 00-87.155 : *Bull. crim.*, n° 26
v. n° 184, 226
- Cass. crim., 14 févr. 2001, n° 00-87.891 : *inédit*
v. n° 627
- Cass. crim., 20 févr. 2001, n° 98-84.846 : *inédit* ; *D.*, 2001, p. 3001, obs. P. WACHSMANN ; *D.*, 2002, p. 1793, obs. B. DE LAMY ; *JCP*, 2002, II, n° 10114, note C. RUET ; *RSC*, 2001, p. 176, obs. J. FRANCILLON
v. n° 142, 196
- Cass. crim., 28 févr. 2001, n° 00-84.108 : *inédit*
v. n° 688
- Cass. crim., 28 févr. 2001, n° 00-87.631 : *inédit*
v. n° 574
- Cass. civ. II, 15 mars 2001, n° 99-50.045 : *inédit*
v. n° 574
- Cass. civ. II, 15 mars 2001, 7 espèces, n° 99-50.097, 99-50.098, 99-50.099, 99-50.100, 99-50.101, 99-50.102 et 99-50.103 : *inédits*
v. n° 12, 271, 890
- Cass. crim., 27 mars 2001, n° 01-80.332 : *Bull. crim.*, n° 79
v. n° 1016
- Cass. crim., 3 avr. 2001, n° 00-86.234 : *inédit*
v. n° 328
- Cass. crim., 25 avr. 2001, n° 01-81.180 : *inédit* ; *Dr. pén.*, 2001, comm. n° 108, obs. A. MARON
v. n° 12
- Cass. civ. I, 26 avr. 2001, n° 00-50.011 : *inédit*
v. n° 247, 923

Cass. civ. II, 2 mai 2001, n° 99-50.008 : *Bull. civ. II*, n° 81 ; *D.*, 2001, jur., p. 2776, obs. F. JULIEN-LAFERRIÈRE ; *ibid.*, p. 2773, avis R. KESSOUS ; *Dr. fam.*, 2006, ét. n° 34, comm. M. FARGE ; *RDSS*, 2001, p. 589, obs. F. MONÉGER ; *RTD civ.*, 2001, p. 854, obs. J. HAUSER
v. n° 237

Cass. crim., 3 mai 2001, n° 00-82.342 : *inédit*
v. n° 276

Cass. crim., 9 mai 2001, n° 01-82.104 : *Bull. crim.*, n° 115
v. n° 630

Cass. crim., 10 mai 2001, n° 01-81.353 : *inédit*
v. n° 240, 627

Cass. crim., 10 mai 2001, n° 01-81.441 : *Bull. crim.*, n° 119
v. n° 625, 626

Cass. crim., 10 mai 2001, n° 01-81.762 : *Bull. crim.*, n° 118
v. n° 229, 338, 339, 923

Cass. crim., 22 mai 2001, n° 00-87.932 : *inédit* ; *Dr. pén.*, 2001, comm. n° 122, obs. A. MARON
v. n° 276

Cass. civ. II, 23 mai 2001, 4 espèces, n° 00-50.024, 00-50.025, 00-50.026 et 00-50.027 : *Bull. civ. II*, n° 104
v. n° 918

Cass. crim., 23 mai 2001, n° 01-82.427 : *inédit*
v. n° 627

Cass. civ. II, 7 juin 2001, n° 99-50.053 : *inédit*
v. n° 918

Cass. civ. II, 7 juin 2001, n° 00-50.071 : *inédit*
v. n° 215

Cass. crim., 27 juin 2001, n° 00-83.918 : *inédit*
v. n° 274

Cass. crim., 27 juin 2001, n° 01-81.865 : *Bull. crim.*, n° 163
v. n° 631

Cass. civ. II, 5 juil. 2001, n° 99-50.072 : *Bull. civ. II*, n° 131
v. n° 271, 280

Cass. crim., 17 oct. 2001, n° 01-85.043 : *inédit*
v. n° 331

Cass. crim., 30 oct. 2001, n° 01-85.328 : *Bull. crim.*, n° 222
v. n° 629, 631

Cass. crim., 31 oct. 2001, n° 01-85.345 : *Bull. crim.*, n° 227
v. n° 626

Cass. crim., 6 nov. 2001, n° 01-85.803 : *inédit*
v. n° 999

Cass. civ. II, 29 nov. 2001, n° 00-50.116 : *inédit*
v. n° 1019

JNLC, 26 déc. 2001, n° 01JLC060 ; *D.*, 2002, p. 1788, note M. HERZOG-EVANS
v. n° 1045

2002

Cass. crim., 6 févr. 2002, n° 01-82.645 : *inédit* ; *D.*, 2002, jur., p. 1510, note D. MAYER
v. n° 21

Cass. crim., 6 févr. 2002, n° 01-87.991 : *Bull. crim.*, n° 26 ; *Dr. pén.*, 2002, comm. n° 90, obs. A. MARON
v. n° 13

Cass. civ. II, 21 févr. 2002, n° 00-50.091 : *inédit*
v. n° 271, 280

Cass. civ. II, 21 févr. 2002, n° 00-50.118 : *Bull. civ. II*, n° 24
v. n° 804

Cass. crim., 6 mars 2002, n° 01-85.914 : *Bull. crim.*, n° 59 ; *RSC*, 2002, p. 812, obs. B. BOULOC
v. n° 1046

Cass. civ. II, 14 mars 2002, 2 espèces, n° 00-50.080 et 00-50.081 : *Bull. civ. II*, n° 43
v. n° 280

JNLC, 15 mars 2002, n° 01-99.073 : *Bull. JNLC*, n° 1.
v. n° 1045

Cass. crim., 20 mars 2002, n° 02-80.057 : *inédit*
v. n° 999

Cass. crim., 4 avr. 2002, n° 01-83.725 : *inédit* ; *RSC*, 2002, p. 911, obs. J. BUISSON
v. n° 630

Cass. crim. 4 avr. 2002, n° 01-87.416 : *inédit*
v. n° 1045

Cass. crim., 10 avr. 2002, n° 01-85.429 : *inédit*
v. n° 1036

Cass. civ. II, 11 avr. 2002, n° 00-50.087 : *Bull. civ. II*, n° 75
v. n° 247, 923

Cass. civ. II, 11 avr. 2002, n° 00-50.112 : *inédit*
v. n° 280

Cass. crim., 2 mai 2002, n° 01-88.453 : *inédit*
v. n° 276, 923

Cass. crim., 7 mai 2002, n° 01-80.317 : *inédit*
v. n° 630

Cass. Civ. II, 6 juin 2002, n° 00-50.075 : *Bull. civ. II*, n° 118
v. n° 629

Cass. comm., 18 juin 2002, n° 00-13.774 : *Bull. civ. IV*, n° 107
v. n° 804

Cass. civ. II, 4 juil. 2002, n° 01-50.005 : *Bull. civ. II*, n° 154
v. n° 247

Cass. crim., 10 juil. 2002, n° 02-83.182 : *Bull. crim.*, n° 151
v. n° 579, 998

Cass. crim., 4 sept. 2002, n° 02-84.590 : *inédit*
v. n° 1015, 1016

Cass. crim., 25 sept. 2002, n° 02-81.702 : *inédit*
v. n° 809

2003

- JNLC, 10 janv. 2003, *Georges G.* : *inédit* ; cité par M. VELLA et M. JANAS dans leur article « Les difficultés d'application de la suspension de peine médicale » ; *RPDP*, 2003, p. 471
v. n° 583
- Cass. crim., 14 janv. 2003, n° 02-87.054 : *inédit*
v. n° 1016
- Cass. crim., 15 janv. 2003, n° 02-86.936 : *Bull. crim.*, n° 12
v. n° 202
- Cass. civ. II, 23 janv. 2003, n° 01-50.066 : *Bull. civ. II*, n° 13
v. n° 336
- Cass. crim., 4 févr. 2003, n° 02-81.720 : *inédit*
v. n° 226
- Cass. crim., 12 févr. 2003, n° 02-86.531 : *Bull. crim.*, n° 37 ; *D.*, 2003, jur., p. 1065, obs. M. HERZOG-EVANS ; *Dr. pén.*, 2003, comm. n° 52, obs. A. MARON et M. HAAS
v. n° 583, 585
- Cass. crim., 25 févr. 2003, n° 02-86.144 : *Bull. crim.*, n° 50 ; *RSC*, p. 421, note J. BUISSON
v. n° 227
- Cass. crim., 26 févr. 2003, n° 02-88.131 : *Bull. crim.*, n° 55
v. n° 998
- Cass. crim., 11 mars 2003, n° 02-88.496 : *inédit*
v. n° 998
- Cass. crim., 2 avr. 2003, n° 03-80.151 : *inédit*
v. n° 631
- Cass. civ. II, 24 avr. 2003, n° 01-50.019 : *Bull. civ. II*, n° 108
v. n° 336
- JNLC, 25 avr. 2003 : *inédit* ; cité par M. HERZOG-EVANS dans son article précité
v. n° 580
- Cass. crim., 6 mai 2003, n° 02-87.567 : *Bull. crim.*, n° 93 ; *Procédures*, 2003, comm. n° 178, obs. J. BUISSON
v. n° 12, 268, 923, 926
- Cass. civ. II, 22 mai 2003, n° 01-50.104 : *Bull. civ. II*, n° 151
v. n° 271, 280
- Cass. civ. II, 22 mai 2003, n° 02-50.008 : *Bull. civ. II*, n° 152
v. n° 255, 918
- Cass. crim., 29 mai 2003, n° 02-81.988 : *Bull. crim.*, n° 20
v. n° 373
- Cass. Crim. 3 juin 2003, n° 03-81.389 : *Bull. Crim.*, n° 111 ; *RSC*, 2003, p. 887, obs. J.-F. RENUCCI
v. n° 996
- Cass. crim., 9 juil. 2003, n° 00-87.633 : *inédit*
v. n° 927
- Cass. crim., 9 juil. 2003, n° 02-85.899 : *inédit*
v. n° 255
- JNLC, 11 juil. 2003, *G* : *inédit.* ; *AJP*, 2003, p. 31, obs. M. HERZOG-EVANS
v. n° 583
- Cass. crim., 23 juil. 2003, 03-82.726 : *inédit*
v. n° 1001
- Cass. crim., 3 sept. 2003, n° 02-85.697 : *Bull. crim.*, n° 152
v. n° 927
- Cass. crim., 3 sept. 2003, n° 02-86.564 : *inédit*
v. n° 226
- Cass. crim., 16 sept. 2003, n° 03-82.918 : *Bull. crim.*, n° 160
v. n° 296
- Cass. crim., 29 oct. 2003, n° 03-80.374 : *inédit*
v. n° 579, 583
- Cass. crim., 25 nov. 2003, n° 03-85.076 : *Bull. crim.*, n° 221 ; *Dr. pén.*, 2004, comm. n° 42, obs. A. MARON ; *RSC*, 2005, p. 381, J. BUISSON ; *Procédures*, 2004, comm. n° 60, note J. BUISSON
v. n° 150, 199, 276
- Cass. crim., 26 nov. 2003, n° 03-81.442 : *inédit* ; *Dr. pén.*, 2004, comm. n° 57, 1^{er} arrêt, obs. A. MARON
v. n° 13
- Cass. crim., 26 nov. 2003, n° 03-85.405 : *inédit*
v. n° 999
- Cass. crim., 16 déc. 2003, n° 03-84.746 : *inédit* ; *Dr. pén.*, 2004, comm. n° 57, 2^e arrêt, obs. A. MARON
v. n° 13, 264, 459

2004

- Cass. crim., 28 janv. 2004, n° 03-84.989 : *inédit*
v. n° 327
- Cass. crim., 4 févr. 2004, n° 03-85.786 : *inédit* ; *Dr. pén.*, 2004, comm. n° 75, note A. MARON
v. n° 927
- Cass. civ. II, 19 févr. 2004, n° 03-50.025 : *Bull. civ. II*, n° 70 ; *AJP*, 2004, p. 160, obs. A. PITOUN ; *Dr. pén.*, 2004, comm. n° 56, obs. A. MARON
v. n° 626
- Cass. crim., 17 mars 2004, n° 03-87.936 : *inédit*
v. n° 999
- Cass. civ. II, 8 avr. 2004, n° 03-50.014 : *Bull. civ. II*, n° 176
v. n° 574
- Cass. crim., 28 avr. 2004, n° 04-80.753 : *Bull. crim.*, n° 102
v. n° 278, 330
- Cass. civ. II, 13 mai 2004, n° 02-50.073 : *inédit*
v. n° 280
- Cass. crim., 25 mai 2004, n° 03-80.023 : *inédit*
v. n° 226
- Cass. crim., 9 juin 2004, n° 03-84.887 : *inédit*
v. n° 335
- Cass. crim., 23 juin 2004, n° 04-80.225 : *inédit*
v. n° 333

- Cass. crim., 23 juin 2004, n° 04-82.638 : *inédit*
v. n° 626
- Cass. crim., 15 sept. 2004, n° 04-84.012 : *inédit* ;
Dr. pén., 2004, comm. n° 185,
obs. A. MARON
v. n° 12, 269, 276
- Cass. civ. II, 7 oct. 2004, n° 02-50.049 :
Bull. civ. II, n° 442
v. n° 245
- Cass. crim., 27 oct. 2004, n° 04-81.150 : *inédit*
v. n° 240, 923
- Cass. crim., 4 nov. 2004, n° 00-81.652 : *inédit*
v. n° 330
- Cass. crim., 1^{er} décembre 2004, n° 04-80.536 :
Bull. crim., n° 302 ; *RSC*, 2005, p. 375,
comm. J. BUISSON
v. n° 172
- Cass. civ. II, 9 déc. 2004, n° 03-50.094 : *inédit*
v. n° 918
- Cass. civ. II, 9 déc. 2004, n° 03-50.116 :
Bull. civ. II, n° 518
v. n° 268
- 2005**
- Cass. crim., 4 janv. 2005, n° 04-84.876 :
Bull. crim., n° 3 ; *Dr. pén.*, 2005,
comm. n° 49, obs. A. MARON ; *AJP*, 2005,
p. 409, note M. HERZOG-EVANS ; *ibid.*, p. 160,
obs. J. LEBLOIS-HAPPE
v. n° 239, 305, 628, **632, 756**
- Cass. crim., 4 janv. 2005, n° 04-85.986 : *inédit*
v. n° 150, 152, 247
- Cass. crim., 19 janv. 2005, n° 04-81.455 : *inédit*
v. n° 927
- Cass. crim., 1^{er} févr. 2005, n° 04-86.768 : *Bull.*
crim., n° 33
v. n° 850
- Cass. crim., 15 févr. 2005, n° 04-81.775 :
Bull. crim., n° 58 ; *AJP*, 2005, p. 205,
obs. M. HERZOG-EVANS
v. n° 575
- Cass. crim., 23 févr. 2005, n° 01-86.922
et 03-84.441 : *Bull. crim.*, n° 71
v. n° 184, 255
- Cass. crim., 12 avr. 2005, n° 04-86.780 :
Bull. crim., n° 125
v. n° 626
- Cass. civ. I, 18 mai 2005, n° 04-50.057 : *Bull. civ. I*,
n° 214 ; *AJP*, 2006, p. 414, obs. H. GACON
v. n° 247, 923
- Cass. civ. I, 31 mai 2005, n° 04-50.035 : *inédit*
v. n° 336
- Cass. civ. I, 14 juin 2005, n° 04-50.063 :
Bull. civ. I, n° 249
v. n° 271
- Cass. civ. I, 14 juin 2005, n° 04-50.068 :
Bull. civ. I, n° 248 ; *Dr. pén.*, 2005,
comm. n° 133, obs. A. MARON
v. n° 336
- Cass. civ. I, 14 juin 2005, n° 04-50.078 : *inédit*
v. n° 280
- Cass. civ. II, 14 juin 2005, n° 04-50.099 :
Bull. civ. II, n° 247
v. n° 320
- Cass. crim., 21 juin 2005, n° 05-82.010 : *Bull.*
crim., n° 182 ; *Gaz. Pal.*, 14 janv. 2006, p. 14,
obs. Y. MONNET
v. n° 996
- Cass. civ. I, 28 juin 2005, n° 04-50.050 :
Bull. civ. I, n° 281
v. n° 335, 337
- Cass. crim., 29 juin 2005, n° 00-84.602 : *inédit*
v. n° 277
- Cass. Civ. I, 6 juil. 2005, n° 04-50.055 : *Bull. civ. I*,
n° 304
v. n° 934
- Cass. crim., 13 sept. 2005, n° 05-83.027 : *inédit*
v. n° 296
- Cass., CNRD, 23 sept. 2005, n° 04-CRD004 : *inédit*
v. n° 947
- Cass. crim., 27 sept. 2005, n° 05-84.234 :
Bull. crim., n° 236 ; *Gaz. Pal.*, 25 mars 2006,
p. 31, obs. Y. MONNET ; *RSC*, 2006, p. 106,
obs. A. GIUDICELLI
v. n° 996, 998
- Cass. crim., 28 sept. 2005, *Farid B.*, n° 05-81.010 :
Bull. crim., n° 247 ; *Dr. Pén.*, 2005,
comm. n° 183, obs. A. MARON
v. n° 580
- Cass. crim., 28 sept. 2005, n° 05-84.442 : *inédit*
v. n° 999
- Cass. crim., 28 sept. 2005, n° 05-84.480 : *inédit*
v. n° 336
- Cass. crim., 25 oct. 2005, n° 05-84.961 :
Bull. crim., n° 264 ; *D.*, 2005, p. 2969,
obs. C. GIRAULT ; *Gaz. Pal.*, 2006,
6 mai 2006, p. 18, obs. Y. MONNET
v. n° 994, 996
- Cass. crim., 9 nov. 2005, n° 05-85.096 : *Bull. crim.*,
n° 289
v. n° 1015
- Cass. crim., 23 nov. 2005, n° 05-85.359 : *Bull.*
crim., n° 309 ; *Gaz. Pal.*, 11 mai 2006, p. 25,
obs. Y. MONNET ; *AJP*, 2006, p. 86,
obs. C. GIRAULT
v. n° 996
- Cass. civ. I, 6 déc. 2005, n° 04-50.139 : *Bull. civ. I*,
n° 473 ; *JCP*, 2006, II, n° 10125,
obs. H. GARÇON
v. n° 335, 336, 337
- Cass. crim., 6 déc. 2005, n° 04-86.442 : *inédit* ;
Dr. Pén., 2007, ét. n° 22, note C. MICHALSKI
v. n° 1036
- Cass. crim., 6 déc. 2005, n° 05-82.450 : *Bull. crim.*,
n° 321
v. n° 931
- Cass. crim., 7 déc. 2005, n° 04-85.734 : *inédit*
v. n° 630, 631
- Cass. civ. I, 13 déc. 2005, n° 04-50.111 :
Bull. civ. I, n° 415
v. n° 1018

2006

- Cass. Crim., 3 janv. 2006, n° 05-85.974 : *inédit*
v. n° 631
- Cass. crim., 4 janv. 2006, n° 05-86.086 :
Bull. crim., n° 5 ; *Procédures*, 2006,
comm. n° 86, obs. J. BUISSON ; *RSC*, 2006,
p. 341, obs. D. N. COMMARET ; *RSC*, 2007,
p. 604, obs. J. BUISSON
v. n° 637
- Cass. civ. I, 31 janv. 2006, 5 espèces, n°s 04-50.093,
04-50.121, 04-50.128, 04-50.129 et
04-50.157 : *Bull. civ. I*, n° 45 ; *AJP*, 2006,
p. 165, obs. H. GACON ; *Rev. crit. DIP*, 2006
p. 369, obs. P. LAGARDE
v. n°s 72, **266, 339, 916, 934**
- Cass. civ. I, 31 janv. 2006, 2 espèces, n°s 04-50.157
et 04-50.158 : *inédits*
v. n°s 72, **266, 339, 916, 934**
- Cass. crim., 1^{er} févr. 2006, n° 05-86.536 : *inédit*
v. n° 1015
- Cass. civ. I, 14 févr. 2006, n°s 05-14.028,
05-14.029, 05-14.030, 05-14.031, 05-14.032
et 05-14.033 : *inédits*
v. n° 634
- Cass. crim., 14 févr. 2006, n° 05-86.058 :
Bull. crim., n° 39
v. n° 931
- Cass., CNRD, 20 févr. 2006, n° 05-CRD055 :
Bull. crim. CNRD, n° 4
v. n° 947
- Cass. civ. I, 14 mars 2006, n° 04-50.159 :
Bull. civ. I, n° 157
v. n° 1019
- Cass. civ. I, 14 mars 2006, n° 04-50.160 :
Bull. civ. I, n° 158 ; *AJP*, 2006, p. 221,
obs. H. GACON
v. n° 1018
- Cass. civ. I, 14 mars 2006, n° 05-15.295 : *inédit*
v. n° 934
- Cass. crim., 15 mars 2006, n° 05-83.329 :
Bull. crim., n° 80 ; *AJP*, 2006, p. 273,
obs. M. HERZOG-EVANS ; *RSC*, 2007, p. 350,
chron. P. PONCELA
v. n°s 580, 583
- Cass. civ. I, 25 avr. 2006, n° 04-50.155 : *inédit*
v. n° 1018
- Cass. civ. I, 10 mai 2006, n° 04-50.149 : *Bull. civ. I*,
n° 229
v. n° 872
- Cass. civ. I, 10 mai 2006, n°s 04-50.171 et
04-50.172 : *Bull. Civ. I*, n° 203 ; *AJP*, 2006,
p. 414, obs. H. GACON
v. n° 243
- Cass., CNRD, 29 mai 2006, n° 05-CRD077 : *inédit*
v. n° 947
- Cass. crim., 23 août 2006, n° 06-83.790 : *inédit*
v. n° 626
- Cass. crim., 27 sept. 2006, n° 05-86.215 : *inédit*
v. n° 1036

- Cass. crim., 4 oct. 2006, n° 06-80.361 : *inédit*
v. n° 1045
- Cass. civ. I, 30 oct. 2006, n° 04-50.162 : *Bull. civ. I*,
n° 451
v. n°s 245, 266, 934
- Cass. crim., 31 oct. 2006, n° 05-87.153 :
Bull. crim., n° 267 ; *Dr. pén.*, comm. 15,
obs. M. VÉRON
v. n° 52
- Cass. crim., 29 nov. 2006, n° 06-82.699 : *inédit*
v. n°s 335, 337, 338, 339, 923
- Cass. crim., 13 déc. 2006, n° 05-87.606 :
Bull. crim., n° 312
v. n° 330

2007

- Cass. crim., 24 janv. 2007, 2 espèces, n°s 03-85.061
et 06-84.330 : *Bull. crim.*, n° 17
v. n° 227
- Cass. crim., 24 janv. 2007, n° 06-81.901 : *inédit*
v. n°s 21, 151, 152
- Cass. crim., 24 janv. 2007, n° 06-82.217 : *inédit* ;
AJP, 2007, p. 288, obs. M. HERZOG-EVANS
v. n° 1047
- Cass. civ. I, 6 févr. 2007, n° 05-10.880 : *Bull. civ. I*,
n° 53 ; *AJP*, 2007, p. 225, note H. GACON ;
AJDA, 2007, p. 814, obs. O. LECUCQ ; *D.*,
2007, p. 917, comm. S. TRASSOUDAINÉ
v. n° 220
- Cass. crim., 7 févr. 2007, n° 06-88.074 : *inédit*
v. n° 627
- Cass. crim., 21 févr. 2007, n° 06-85.595 :
Bull. crim., n° 60 ; *AJP*, 2007, p. 192,
obs. M. HERZOG-EVANS
v. n° 1036
- Cass. crim., 7 mars 2007, n° 06-84.292 : *inédit*
v. n° 626
- Cass. crim., 13 mars 2007, n° 06-84.306 : *inédit*
v. n° 226
- Cass. crim., 20 mars 2007, n° 06-89.050 :
Bull. crim., n° 85 ; *AJP*, 2007, p. 231,
obs. G. ROYER
v. n° 626
- Cass. crim., 20 mars 2007, n° 06-89.555 : *inédit*
v. n° 297
- Cass. civ. I, 27 mars 2007, n° 06-15.849 :
Bull. civ. I, n° 133
v. n°s 225, 925
- Cass. crim., 4 avr. 2007, n° 07-80.266 : *inédit*
v. n° 265
- Cass. crim., 2 mai 2007, n° 07-81.050 : *inédit*
v. n° 1015
- Cass. crim., 16 mai 2007, n° 06-85.347 : *Bull.*
crim., n° 128 ; *AJP*, 2007 p. 386, obs. C. SAAS
v. n° 688
- Cass., CNRD, 21 mai 2007, n° 6C-RD082 : *Bull.*
CNRD, n° 3
v. n° 947

Cass. crim., 31 mai 2007, n° 07-80.928 : *Bull. crim.*, n° 146 ; *Dr. pén.*, 2007, comm. n° 163, obs. A. MARON ; *RSC*, 2008, p. 651, obs. J. BUISSON ; *AJP*, 2007, p. 385, obs. G. ROUSSEL
v. n° 276, 923

Cass. civ. I, 19 juin 2007, n° 06-19.153 : *inédit*
v. n° 247

Cass. crim., 3 oct. 2007, n° 00-84.985 : *inédit*
v. n° 327

Cass. crim., 17 oct. 2007, n° 07-81.506 : *inédit*
v. n° 927

Cass. crim., 7 nov. 2007, n° 07-82.382 : *inédit*
v. n° 1038

Cass. crim., 7 nov. 2007, n° 07-82.598 : *Bull. crim.*, n° 270 ; *Gaz. Pal.*, 20 sept. 2008, p. 23, obs. Y. MONNET ; *AJP*, 2008, p. 44, obs. M. HERZOG-EVANS
v. n° 1046, 1047

Cass. crim., 21 nov. 2007, n° 06-88.631 : *inédit*
v. n° 1036

Cass. crim., 21 nov. 2007, n° 06-88.850 : *inédit*
v. n° 1045, 1046

Cass. crim., 21 nov. 2007, n° 07-86.158 : *inédit*
v. n° 1015

Cass. crim., 28 nov. 2007, n° 07-86.062 : *inédit*
v. n° 184, 255, 264

Cass. crim., 18 déc. 2007, n° 07-86.955 : *inédit*
v. n° 226

Cass. crim., 19 déc. 2007, n° 07-81.740 : *inédit*
v. n° 239

Cass. crim., 19 déc. 2007, n° 07-83.340 : *inédit*
v. n° 274, 923

2008

Cass. civ. I, 9 janv. 2008, n° 07-12.735 : *inédit*
v. n° 637

Cass. civ. I, 9 janv. 2008, n° 07-13.665 : *inédit*
v. n° 12, 269

Cass. civ. I, 23 janv. 2008, n° 06-21.340 : *Bull. civ. I*, n° 22
v. n° 220

Cass. crim., 29 janv. 2008, n° 07-87.802 : *Bull. crim.*, n° 21 ; *AJP*, 2008, p. 240, obs. S. LAVRIC
v. n° 998

Cass. Crim., 27 févr. 2008, n° 07-88.560 : *inédit*
v. n° 631

Cass. crim., 26 mars 2008, n° 07-83.814 : *Bull. crim.*, n° 76 ; *D.*, 2008, p. 1063, note M. LÉNA ; *AJP*, 2008, p. 286, obs. C. SAAS ; *RSC*, 2008, p. 926, obs. R. FINIELTZ ; *Dr. pén.*, 2008, comm. n° 92, obs. A. MARON et M. HAAS
v. n° 927

Cass. crim., 1^{er} avr. 2008, n° 07-84.542 : *inédit*
v. n° 627

Cass. civ. I, 16 avr. 2008, 2 espèces, n° 06-20.390 et 06-20.978 : *Bull. civ. I*, n° 116 et 118 ; *Rev. crit. DIP*, 2009, p. 716, obs. D. COHEN ; *JCP*, 2008, II, n° 10167, note N. GUIMEZANES ; *Dr. fam.*, 2008, comm. 165, note E. FONGARO
v. n° 823

Cass. crim., 7 mai 2008, n° 08-81.419 : *inédit* ; *RSC*, 2008, p. 930, obs. R. FINIELTZ
v. n° 943, 944

Cass. crim., 3 juin 2008, n° 08-81.771 : *Bull. crim.*, n° 138 ; *AJP*, 2008, p. 379, obs. G. ROYER ; *Dr. pén.*, 2008, comm. n° 137, obs. A. MARON
v. n° 330, 923

Cass. crim., 18 juin 2008, n° 08-82.356 : *inédit*
v. n° 225, 574, 925

Cass. crim., 1^{er} oct. 2008, n° 08-81.338 : *Bull. crim.*, n° 201 ; *Dr. pén.*, 2009, comm. n° 4, obs. M. VÉRON ; *RSC*, 2009, p. 412, obs. R. FINIELTZ
v. n° 1034

Cass. crim., 22 oct. 2008, n° 07-88.111 : *inédit* ; *Dr. pén.*, 2009, comm. n° 1, obs. M. VÉRON
v. n° 1033

Cass. crim., 9 déc. 2008, n° 08-86.240 : *Bull. crim.*, n° 248
v. n° 995

Cass. crim., 9 déc. 2008, n° 08-86.590 : *Bull. crim.*, n° 247
v. n° 804

Cass. crim., 10 déc. 2008, n° 08-83.408 : *inédit*
v. n° 227

2009

Cass. crim., 7 janv. 2009, n° 08-83.364 : *inédit* ; *AJP*, 2009, p. 236, obs. M. GIACOPELLI
v. n° 578

Cass. crim., 7 janv. 2009, n° 08-83.428 : *inédit*
v. n° 626

Cass. crim., 20 janv. 2009, n° 08-82.807 : *Bull. crim.*, n° 18 ; *AJP*, 2009, p. 139, OBS. M. HERZOG-EVANS ; *Dr. pén.*, 2009, comm. n° 42, obs. A. MARON et M. HAAS ; *RSC*, 2009, p. 377, obs. Y. MAYAUD
v. n° 943

Cass. civ. I, 11 mars 2009, 3 espèces, n° 07-21.961, 08-11.796 et 08-11.252, *Bull. civ. I*, n° 51, 52 et 55 ; *AJDA*, 2009, p. 508, obs. S. BRONDEL ; *ibid.*, p. 1722, note O. LECUCQ ; *JCP*, 2009, actu., n° 163, obs. J.-Y. MARÉCHAL ; *ibid.*, II, n° 10089, comm. N. GUIMEZANES
v. n° 220

Cass. civ. I, 25 mars 2009, n° 08-14.125 : *Bull. civ. I*, n° 66 ; *D.*, 2009, p. 1793, avis J.-D. SARCELET ; *JCP*, 2009, actu., n° 294, obs. M. FARGE ; *AJF*, 2009, p. 225, obs. I. GALLMEISTER ; *RDSS*, 2009, p. 550, M. BRUGGEMAN
v. n° 237, 270

- Cass. crim., 29 avr. 2009, n° 09-80.157 : *Bull. crim.*, n° 83 ; *RSC*, 2009, p. 853, obs. R. FINIELTZ ; *D.*, 2010, p. 187, note G. POISSONNIER ; *AJP*, 2009, p. 273, obs. G. ROYER
v. n° 202, 928
- Cass. crim., 19 mai 2009, n° 08-86.466 : *inédit* ; *RSC*, 2009, p. 893, obs. J. BUISSON
v. n° 240
- Cass. civ. I, 1^{er} juil. 2009, n° 08-15.054 : *Bull. crim.*, n° 149
v. n° 1018
- Cass. crim., 2 sept. 2009, n° 09-83.950 : *Bull. crim.*, n° 148 ; *D.*, 2009, p. 2348, obs. M. LÉNA ; *AJP*, 2009, p. 501, obs. J. LASSERRE-CAPDEVILLE ; *Dr. pén.*, 2009, comm. 145, obs. A. MARON et M. HAAS
v. n° 1001
- Cass. crim., 2 sept. 2009, n° 09-84.172 : *Bull. crim.*, n° 149 ; *AJP*, 2009, p. 452, obs. J. LASSERRE-CAPDEVILLE
v. n° 1000
- Cass. crim., 16 sept. 2009, n° 09-82.777 : *inédit* ; *D.*, 2010, p. 631, note G. POISSONNIER ; *JCP*, 2010, p. 184, note P. BEAUVAIS
v. n° 202
- Cass. crim., 22 sept. 2009, n° 09-83.825 : *inédit*
v. n° 689
- Cass. crim., 14 oct. 2009, n° 08-86.480 : *Bull. crim.*, n° 170 ; *D.*, 2010, p. 39, chron. A. LEPRIEUR ; *D.*, 2009, p. 2545, obs. K. GACHI ; *Gaz. Pal.*, 10 nov. 2009, p. 8, obs. J.-F. RENUCCI ; *JCP*, 2009, n° 456, note H. MATSOPOULOU ; *D.*, 2009, p. 2778, comm. J. PRADEL
v. n° 1041
- Cass. crim., 27 oct. 2009, n° 09-82.505 : *Bull. crim.*, n° 176 ; *JCP*, 2010, n° 85, note M.-C. GUÉRIN ; *D.*, 2010, p. 245, C. GIRAULT
v. n° 115, 226, 403, 925, 927
- Cass. civ. I, 25 nov. 2009, n° 08-20.294 : *inédit* ; *Dr. pén.*, 2010, comm. n° 11, obs. A. MARON et M. HAAS
v. n° 215, 632
- Cass. civ. I, 25 nov. 2009, n° 08-20.417 : *inédit*
v. n° 215
- Cass. crim., 25 nov. 2009, n° 09-82.971 : *Bull. crim.*, n° 197 ; *AJP*, 2010, note M. HERZOG-ÉVANS
v. n° 944, 1046
- Cass. crim., 8 déc. 2009, n° 09-85.623 : *Bull. crim.*, n° 208 ; *D.*, 2010, p. 2254, obs. J. PRADEL
v. n° 688
- Cass. civ. I, 9 déc. 2009, n° 08-19.491 : *Bull. civ. I*, n° 241 ; *Rev. crit. DIP*, 2010, p. 333, comm. S. CORNELOUP
v. n° 895
- Cass. civ. I, 10 déc. 2009, n° 08-14.141 : *Bull. civ. I*, n° 249 ; *AJDA*, 2010, p. 435, avis P. CHEVALIER ; *Rev. crit. DIP*, 2010, p. 116, note S. CORNELOUP ; *Constitutions*, 2010, p. 260, obs. P. CHEVALIER ; *JCP*, 2010, n° 127, note N. GUIMEZANES ; *Dr. fam.*, 2010, ét. n° 14, comm. M. FARGE
v. n° 945
- Cass. crim., 16 déc. 2009, n° 09-85.153 : *Bull. crim.*, n° 216 ; *Dr. pén.*, 2010, étu. n° 4, comm. H. MATSOPOULOU
v. n° 205
- 2010**
- Cass. crim., 20 janv. 2010, n° 08-88.301 : *Bull. crim.*, n° 14 ; *Procédures*, 2010, comm. n° 129, note A.-S. CHAVENT-LECLÈRE ; *AJP*, 2010, p. 245, obs. J.-B. PERRIER ; *ibid.*, p. 252, obs. G. ROYER
v. n° 787
- Cass. crim., 20 janv. 2010, n° 09-80.652 : *Bull. crim.*, n° 13 ; *Procédures*, 2010, comm. n° 129, obs. A.-S. CHAVENT-LECLÈRE ; *AJP*, 2010, p. 245, obs. J.-B. PERRIER
v. n° 1043
- Cass. crim., 3 févr. 2010, n° 09-84.850 : *inédit* ; *Procédures*, 2010, comm. n° 196, obs. A.-S. CHAVENT-LECLÈRE ; *AJP*, 2010, p. 334, obs. M. HERZOG-ÉVANS
v. n° 1046, 1047
- Cass. Crim. 3 févr. 2010, n° 09-85.166 : *inédit*
v. n° 1047
- Cass. crim., 17 févr. 2010, n° 09-87.254 : *Bull. crim.*, n° 32 ; *AJP*, 2010, p. 292, obs. G. ROUSSEL ; *Procédures*, 2010, comm. n° 194 ; obs. A.-S. CHAVENT-LECLÈRE
v. n° 202
- Cass. crim., 3 mars 2010, n° 09-88.234 : *Bull. crim.*, n° 45 ; *Procédures*, 2010, comm. 241, obs. A.-S. CHAVENT-LECLÈRE
v. n° 922
- Cass. Civ. I, 31 mars 2010, n° 09-11.803 : *Bull. civ. I*, n° 77 ; *D.*, 2010, p. 1259, avis O. SARCELET ; *RTD civ.*, 2010 p. 301, obs. J. HAUSER
v. n° 906
- Cass. civ. I, 31 mars 2010, n° 09-14.491 : *inédit*
v. n° 340
- Cass. crim., 13 avr. 2010, n° 10-81.810, *Bull. crim.*, n° 68 ; *AJP*, 2010, p. 404, obs. G. ROYER
v. n° 749
- Cass. civ. I, 12 mai 2010, n° 09-12.803 : *inédit*
v. n° 934
- Cass. civ. I, 12 mai 2010, n° 09-12.877 : *Bull. civ. I*, n° 112 ; *JCP*, 2010, actu., n° 798, obs. N. GUIMEZANES
v. n° 228

- Cass. civ. I, 12 mai 2010, n° 09-12.916 : *Bull. civ. I*, n° 113 ; *JCP*, 2010, actu., n° 798, obs. N. GUIMEZANES
v. n° 228
- Cass. civ. I, 12 mai 2010, n° 09-12.923 : *Bull. civ. I*, n° 114 ; *Procédures*, 2010, comm. n° 289, obs. A.-S. CHAVENT-LECLÈRE ; *Dr. pén.*, 2010, comm. n° 101, obs. A. MARON et M. HAAS
v. n° 246
- Cass. crim., 19 mai 2010, n° 09-83.328 : *Bull. crim.* ; *RSC*, 2011, p. 190, obs. B. DE LAMY ; *D.*, 2011, p. 529, chron. N. MAZIAU
v. n° 1041
- Cass. civ. I, 27 mai 2010, n° 09-12.397 : *Cass. civ. I*, n° 122
v. n° 274
- Cass. civ. I, 27 mai 2010, n° 09-12.739 : *inédit*
v. n° 340
- Cass. crim., 22 juin 2010, n° 09-86.658 : *inédit*
v. n° 943, 944
- Cass. civ. I, 8 juil. 2010, n° 09-12.242 : *Bull. civ. I*, n° 167
v. n° 220
- Cass. crim., 18 août 2010, n° 10-83.819 : *Bull. crim.*, n° 124 ; *Gaz. Pal.*, 04 janv. 2011, p. 18, comm. R. MÉSA ; *Procédures*, 2010, comm. n° 381, obs. A.-S. CHAVENT-LECLÈRE ; *Dr. pén.*, 2010, comm. n° 128, obs. A. MARON et M. HAAS ; *AJP*, 2011, p. 37, obs. L. ASCENSI ; *RSC*, 2011, p. 147, obs. J. DANET
v. n° 995
- Cass. crim., 22 sept. 2010, n° 09-88.011 : *inédit*
v. n° 1031
- Cass. crim., 23 sept. 2010, n° 10-81.245 : *Bull. crim.*, n° 140 ; *D.*, 2011, p. 124, obs. L. LAZERGES-COUSQUER
v. n° 688
- Cass. crim., 12 oct. 2010, n° 10-81.044 : *Bull. crim.*, n° 156 ; *D.*, 2010, p. 2775, obs. M. LÉNA
v. n° 1034
- Cass. crim., 19 oct. 2010, n° 10-82.306 : *Bull. crim.*, n° 163 ; *Dr. pén.*, 2010, ét. n° 10, avis M. ROBERT ; *ibid.*, ét. n° 11, obs. A. MARON ; *ibid.*, ét. n° 12, obs. V. GEORGET
v. n° 310
- Cass. crim., 27 oct. 2010, n° 09-88.733, *inédit*
v. n° 240
- Cass. crim., 27 oct. 2010, n° 10-81.770 : *inédit*
v. n° 1030
- Cass. civ. I, 4 nov. 2010, n° 09-14.150 : *inédit*
v. n° 340
- Cass. civ. I, 17 nov. 2010, n° 09-70.413 : *inédit*
v. n° 872
- Cass. crim., 24 nov. 2010, n° 10-86.347 : *Bull. crim.*, n° 187 ; *Procédures*, 2011, comm. n° 109, obs. A.-S. Chavent-Leclère
v. n° 996
- Cass. crim., 30 nov. 2010, n° 10-81.840 : *inédit*
v. n° 1035
- Cass. civ. I, 1^{er} déc. 2010, n° 09-13.207 : *inédit*
v. n° 228, 944, 945
- Cass. crim., 7 déc. 2010, n° 10-86.884 : *inédit*
v. n° 821
- Cass. crim., 8 déc. 2010, n° 10-80.968 : *inédit*
v. n° 1045
- Cass. crim., 15 déc. 2010, n° 10-83.674 : *Bull. crim.*, n° 207 ; *RSC*, 2011, p. 142, obs. A. GIUDICELLI ; *JCP*, 2011, n° 214, note J. LEROY ; *Procédures*, 2011, comm. n° 67, obs. A.-S. CHAVENT-LECLÈRE ; *D.*, 2011, p. 338, obs. S. LAVRIC ; *D.*, 2011, p. 338, comm. J. PRADEL ; *Gaz. Pal.*, 4 janv. 2011, p. 21, obs. D. ROETS
v. n° 637, 648, 754
- 2011**
- Cass. crim., 18 janv. 2011, n° 10-84.980 : *Bull. crim.*, n° 8 ; *AJP*, 2011, p. 198, obs. L. ASCENSI ; *RSC*, 2011, p. 142, obs. A. GIUDICELLI
v. n° 648
- Cass. crim., 18 janv. 2011, n° 10-87.525 : *Bull. crim.*, n° 7
v. n° 804
- Cass. crim., 19 janv. 2011, n° 10-81.392 : *inédit*
v. n° 1035
- Cass. crim., 19 janv. 2011, n° 10-85.159 et 10-85.304 : *Bull. crim.*, n° 11 ; *D.*, 2011, p. 800, note J.-B. PERRIER ; *D.*, 2011, p. 529, chron. N. MAZIAU.
v. n° 1041
- Cass. civ. I, 26 janv. 2011, n° 09-12.665 : *Bull. civ. I*, n° 16 ; *Dr. admin.*, 2011, comm. n° 39, obs. V. TCHEN
v. n° 340
- Cass. crim., 1^{er} févr. 2011, n° 10-83.017 : *inédit*
v. n° 226
- Cass. crim., 16 févr. 2011, n° 10-83.607 : *inédit*
v. n° 1033
- Cass. crim., 16 févr. 2011, n° 10-85.722 : *inédit*
v. n° 1033
- Cass. crim., 23 févr. 2011, n° 10-84.922 : *Bull. crim.*, n° 39 ; *AJP*, 2005, p. 27, obs. J. LEBLOIS-HAPPE
v. n° 626, 627, 930
- Cass. crim., 23 févr. 2011, n° 10-88.184 : *Bull. crim.*, n° 36 ; *D.*, 2011, p. 2231, chron. J. PRADEL
v. n° 922
- Cass. crim., 2 mars 2011, n° 10-81.070 : *inédit* ; *AJP*, 2011, p. 531, obs. M. HERZOG-EVANS
v. n° 583

- Cass. crim., 2 mars 2011, 2 espèces, n^{os} 10-88.524 et 10-88.525 : *inédits* ; RSC, 2011, p. 419, obs. J. DANET
v. n^o 821
- Cass. crim., 8 mars 2011, n^o 10-88.762 : *Bull. crim.*, n^o 49
v. n^{os} 875, 1015
- Cass. civ. I, 9 mars 2011, n^o 09-71.232 : *Bull. civ. I* ; *Gaz. Pal.*, 19 févr. 2013, p. 16, note S. DETRAZ ; *Dr. pén.*, 2013, comm. n^o 43, obs. J.-H. ROBERT
v. n^o 890
- Cass. civ. I, 9 mars 2011, n^o 09-71.475 : *inédit*
v. n^o 1018
- Cass. crim., 9 mars 2011, n^o 09-81.138 : *inédit*
v. n^{os} 223, 228, 944
- Cass. crim., 15 mars 2011, n^o 09-88.083 : *inédit*
v. n^o 627
- Cass. crim., 15 mars 2011, n^o 10-82.461 : *inédit*
v. n^o 1034
- Cass. crim., 15 mars 2011, n^o 10-85.022 : *inédit*
v. n^o 1034
- Cass. crim., 15 mars 2011, n^o 10-88.767 : *inédit* ; *Dr. pén.*, 2013, comm. n^o 11, obs. A. MARON et M. HAAS
v. n^o 243
- Cass. crim., 16 mars 2011, n^o 10-84.347 : *inédit*
v. n^{os} 1033, 1034
- Cass. crim., 22 févr. 2012, n^o 10-83.366 : *inédit* ; RSC, 2012, p. 389, D. BOCCON-GIBOD
v. n^o 1034
- Cass. crim., 22 févr. 2012, n^o 11-82.214 : *inédit* ; RSC, 2012, p. 389, D. BOCCON-GIBOD
v. n^o 1034
- Cass. crim., 23 mars 2011, n^o 10-85.710 : *inédit*
v. n^o 1034
- Cass. crim., 30 mars 2011, n^o 10-86.999 : *inédit*
v. n^{os} 40, 1047
- Cass. crim., 14 avr. 2010, n^o 10-80.562 : *Bull. crim.*, n^o 73 ; *AJP*, 2010, p. 405, obs. C. DUPARC
v. n^o 627
- Cass., ass. plén., 15 avr. 2011, 4 espèces, n^{os} 10-17.049, 10-30.242, 10-30.313 et 10-30.316 : *Bull. crim., ass. plén.*, n^{os} 1 à 4 ; *RTD civ.*, 2011, p. 725, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *AJP*, 2011, p. 311, obs. C. MAURO ; *Constitutions*, 2011, p. 326, obs. A. Levade ; RSC, 2011, p. 410, obs. A. GIUDICELLI
v. n^{os} 37, 38, 230, 256, **310**, 935
- Cass. crim., 28 avr. 2011, n^o 10-87.799 : *Bull. crim.*, n^o 79 ; *AJP*, 2012, p. 107, obs. M. HERZOG-EVANS ; *D.*, 2011, p. 1353, obs. M. LÉNA
v. n^{os} 1045, 1046
- Cass. crim., 28 avr. 2011, n^o 10-85.713 : *inédit*
v. n^o 1042
- Cass. crim., 3 mai 2011, n^o 11-80.879 : *Bull. crim.*, n^o 87
v. n^o 995
- Cass. crim., 10 mai 2011, n^o 10-87.362 : *inédit*
v. n^o 223
- Cass. crim., 31 mai 2011, 4 arrêts, n^{os} 10-88.809, 10-80.034, 10-88.293 et 11-81.412 : *Bull. crim.*, n^{os} 113 à 116 ; RSC, 2011, p. 412, A. GIUDICELLI ; *D.*, 2011, p. 2084, obs. H. MATSOPOULOU
v. n^o 310
- Cass. civ. I, 1^{er} juin 2011, n^o 10-14.415 : *inédit*
v. n^o 340
- Cass. civ. I, 1^{er} juin 2011, n^o 10-30.609 : *inédit*
v. n^{os} 228, 935, 944
- Cass. crim., 7 juin 2011, n^o 10-85.565 : *inédit*
v. n^o 225
- Cass. crim., 7 juin 2011, n^o 11-90.034 : *inédit*
v. n^o 1015
- Cass. crim., 15 juin 2011, n^o 09-87.135 : *Bull. crim.*, n^o 127 ; *D.*, 2011, p. 2258, note J. PRADEL
v. n^o 1041
- Cass. civ. I, 16 juin 2011, n^o 10-18.226 : *Bull. civ. I* ; *Rev. crit. DIP*, 2012, p. 82, obs. S. CORNELOUP
v. n^o 1017
- Cass. crim., 16 juin 2011, n^o 11-81.628 : *Bull. crim.*, n^o 136
v. n^o 995
- Cass. crim., 21 juin 2011, n^o 10-84.301 : *Bull. crim.*, n^o 142
v. n^o 1034
- Cass. civ. I, 29 juin 2011, n^o 10-21.431 : *Bull. crim.*, n^o 131 ; *Rev. crit. DIP*, 2012, p. 82, obs. S. CORNELOUP
v. n^o 1019
- Cass. crim., 29 juin 2011, n^o 11-81.985 : *inédit*
v. n^o 1015
- Cass. crim., 27 sept. 2011, n^o 11-90.086 : *inédit*
v. n^o 1015
- Cass. crim., 28 sept. 2011, n^o 11-80.929 : *Bull. crim.*, n^o 188 ; *Dr. pén.*, 2011, comm. n^o 141, A. MARON et M. HAAS
v. n^o 1041
- Cass. crim., 28 sept. 2011, n^o 11-80.983 : *Bull. crim.*, n^o 189
v. n^o 1045
- Cass. crim., 11 oct. 2011, n^o 11-85.602 : *Bull. crim.*, n^o 97 ; RSC, 2012, p. 197, obs. J. DANET ; *D.*, 2011, p. 2732, obs. M. LÉNA
v. n^o 821
- Cass. civ. I, 12 oct. 2011, n^o 10-24.205 : *Bull. civ. I*
v. n^{os} 823, 826, 834

- Cass. crim., 25 oct. 2011, n° 11-82.780 : *Bull. crim.*, n° 216 ; *D.*, 2012, p. 185, comm. CH. RAVIGNEAUX ; *D.*, 2012 p. 185, obs. C. GIRAULT ; *AJP*, 2012, p. 101, obs. L. ASCENSI ; *RSC*, 2012, p. 192, obs. J. DANET
v. n°s 226, 820, 925
- Cass. crim., 25 oct. 2011, n° 11-80.877 : *inédit*
v. n° 930
- Cass. civ. I, 26 oct. 2011, n° 10-30.778 : *inédit*
v. n° 340
- Cass. crim., 3 nov. 2011, n° 10-87.502 : *Bull. crim.*, n° 226 ; *AJP*, 2012, p. 99, obs. J. LASSERRE-CAPDEVILLE
v. n°s 309, 1034
- Cass. civ. III, 23 nov. 2011, n° 10-24.180 : *Bull. civ. III*, n° 200
v. n° 55
- Cass. crim., 6 déc. 2011, n° 11-80.326 : *Bull. crim.*, n° 247 ; *Gaz. Pal.*, 24 janv. 2012, p. 7, comm. O. BACHELET ; *RSC*, 2012, p. 185, obs. J. DANET
v. n°s 309, 311
- Cass. crim., 7 déc. 2011, n° 10-86.735 : *inédit*
v. n° 239
- 2012**
- Cass. crim., 17 janv. 2012, n° 11-86.471 : *inédit* ; *Dr. pén.*, 2012, comm. n° 44, obs. A. MARON et M. HAAS
v. n° 337
- Cass. crim., 17 janv. 2012, n° 11-90.114 : *inédit*
v. n° 618
- Cass. crim., 7 févr. 2012, n° 11-83.676 : *Bull. crim.*, n° 37 ; *Gaz. Pal.*, 21 févr. 2012, p. 17, comm. O. BACHELET ; *RSC*, 2012, p. 925, obs. J.-F. RENUCCI
v. n°s 333, 337
- Cass. crim., 14 févr. 2012, n° 11-87.691 : *inédit*
v. n° 226
- Cass. crim., 28 févr. 2012, n° 11-86.953 : *inédit*
v. n°s 184, 0
- Cass. crim., 29 févr. 2012, n° 11-88.441 : *Bull. crim.*, n° 58 ; *AJP*, 2012, p. 471, note E. SENNA ; *RSC*, 2013, p. 879, obs. X. SALVAT ; *Gaz. Pal.*, 19 juil. 2012, p. 17, avis G. LACAN
v. n°s 943, 944, 955, 956, 1000
- Cass. crim., 6 mars 2012, n° 11-84.711, *Bull. crim.*, n° 60 ; *RSC*, 2012, p. 925, obs. J. F. RENUCCI ; *D.*, 2012, p. 1656, note A. GALLOIS ; *RSC*, 2012, p. 400, obs. X. SALVAT
v. n°s 337, 626
- Cass. crim., 7 mars 2012, n° 11-88.739 : *Bull. crim.* ; *AJP*, 2012, p. 290, obs. P. DE COMBLES DE NAYVES
v. n° 1002
- Cass. civ. I, 14 mars 2012, n° 11-11.708 : *inédit*
v. n° 845
- Cass. civ., 28 mars 2012, n° 10-26.141 : *inédit*
v. n° 945
- Cass. crim., 28 mars 2012, n° 11-83.012 : *inédit*
v. n° 930
- Cass. crim., 28 mars 2012, n° 11-85.225 : *Bull. crim.* ; *Gaz. Pal.*, 2012, p. 38, note F. FOURMENT ; *RSC*, 2012, p. 617, note A. GIUDICELLI ; *ibid.*, p. 929, obs. J.-F. RENUCCI ; *Procédures* ; 2012, comm. n° 190, obs. A.-S. CHAVENT-LECLÈRE
v. n° 688
- Cass. crim., 4 avr. 2012, n° 12.90-010 : *inédit*
v. n° 618
- Cass. crim., 12 avr. 2012, n° 11-85.673 : *Bull. crim.*, n° 98 ; *AJP*, 2012, p. 663, obs. M. HERZOG-EVANS ; *D. pén.*, 2012, comm. n° 98, obs. M. VÉRON
v. n° 586
- Cass. crim., 12 avr. 2012, n° 11-87.667 : *inédit*
v. n° 927
- Cass. crim., 10 mai 2012, n° 12-81.274 : *inédit*
v. n° 277
- Cass. crim., 10 mai 2012, n° 11-87.328 : *Bull. crim.*, n° 116
v. n° 754
- Cass. civ. I, 11 mai 2012, n° 11-15.267 : *inédit*
v. n° 215
- Cass. crim., 16 mai 2012, n° 11-85.874 : *inédit*
v. n°s 926, 927
- Cass. crim., 5 juin 2012, n° 12-09.002, avis : *D.*, 2009, p. 1997, avis C. MATHON et note S. SLAMA ; *Gaz. Pal.*, 10-12 juin 2012, p. 9, obs. CH. POULY ; *RSC*, 2012, p. 621, note J. DANET ; *AJP*, 2012, p. 410, comm. C. SAAS
v. n° 217
- Cass. civ. I, 6 juin 2012, 11-11.384 : *Bull. civ. I*, n° 120
v. n° 935
- Cass. civ. I, 6 juin 2012, n° 11-11.429 : *inédit*
v. n°s 0, 935
- Cass., CNRD, 25 juin 2012, n° 12 CRD001 : *Bull. CNRD*, n° 3
v. n°s 947, 955
- Cass. civ. I, 5 juil. 2012, n° 11-19.378 : *inédit*
v. n° 217
- Cass. civ. I, 5 juil. 2012, 3 espèces, n°s 11-30.371, 11-19.250 et 11-30.530 : *publiés au Bulletin* ; *RSC*, 2012, p. 621, note J. DANET ; *D.*, 2012, p. 2001, comm. S. SLAMA ; *JCP*, 2012, n° 895, note A. LEVADE
v. n° 217
- Cass. crim., 11 juil. 2012, n° 12-82.136 : *Bull. crim.*, n° 167 ; *Gaz. Pal.*, 18 sept. 2012, p. 19, note O. BACHELET
v. n° 226
- Cass. crim., 4 sept. 2012, n° 12-83.997 : *Bull. crim.*, n° 177 ; *Procédures*, 2012, comm. n° 330, obs. A.-S. CHAVENT-LECLÈRE
v. n° 843

- Cass. crim., 11 sept. 2012, n° 11-86.508 : *inédit*
v. n° 627
- Cass. civ. I, 12 sept. 2012, n° 11-21.296 : *inédit*
v. n° 972
- Cass. crim., 3 oct. 2012, n° 12-85.054 : *Bull. crim.*,
n° 209 ; *RSC*, 2012, p. 879, obs. X. SALVAT
v. n° 1000
- Cass. civ. I, 10 oct. 2012, n° 11-30.131 : *Bull. civ. I*,
n° 196 ; *JCP*, 2012, n° 1309, note F. DESPREZ
v. n° 227
- Cass. crim., 17 oct. 2012, n° 12-85.139 :
Bull. crim., n° 219
v. n° 1003
- Cass. crim., 20 nov. 2012, n° 11-88.583 : *inédit* ;
AJP, 2013, p. 340, obs. J. LEBLOIS-HAPPE
v. n° 1030
- Cass. crim. 20 nov. 2012, n° 12-83.934 : *inédit* ;
Dr. pén., 2013, chron. n° 8, obs. V. LESCLOUS
v. n° 926
- Cass. civ. I, 21 nov. 2012, n° 11-30.458 : *inédit* ;
Dr. pén., 2013, comm. n° 11, obs. A. MARON
et M. HAAS
v. n° 243
- Cass. crim., 27 nov. 2012, n° 12-85.645 : *inédit*
v. n° 255
- Cass. crim., 18 déc. 2012, n° 12-85.735 :
Bull. crim., n° 281 ; *AJP*, 2013, p. 283,
obs. C. PORTERON ; *Gaz. Pal.*, 11 mai 2013,
n° 131, p. 36, obs. F. FOURMENT
v. n° 337
- Cass. civ. I, 19 déc. 2012, n° 11-24.750 : *inédit*
v. n° 459
- 2013**
-
- Cass. crim., 8 janv. 2013, n° 12-80.465 :
à paraître au Bulletin
v. n° 635
- Cass. crim., 9 janv. 2013, n° 12-81.974 : *inédit* ;
Dr. pén., 2013, chron. n° 8, obs. V. LESCLOUS
v. n° 627
- Cass. crim., 22 janv. 2013, n° 10-87.021 : *inédit* ;
Dr. pén., 2013, chron. n° 8, obs. V. LESCLOUS
v. n° 626
- Cass. crim., 22 janv. 2013, n° 12-87.042 : *inédit*
v. n° 922
- Cass. crim., 23 janv. 2013, n° 12-83.798 : *inédit* ;
Dr. pén., 2013, chron. n° 8, obs. V. LESCLOUS
v. n° 319
- Cass. crim., 23 janv. 2013, n° 12-87.382 :
Bull. crim., n° 27 ; *Gaz. Pal.*, 11 mai 2013,
p. 42, obs. F. FOURMENT
v. n° 852
- Cass. civ. I, 30 janv. 2013, n° 12-12.132 : *inédit*
v. n° 246
- Cass. civ. I, 27 févr. 2013, n° 11-20.405 :
à paraître au Bulletin
v. n° 843
- Cass. crim., 12 mars 2013, n° 12-86.592 : *inédit*
v. n° 227
- Cass. crim., 3 avr. 2013, n° 12-88.428 :
à paraître au Bulletin ; *D.*, 2013, p. 1940,
note S. DETRAZ ; *AJP*, 2013, p. 420,
obs. L. BELFANTI
v. n° 277, 317
- Cass. crim., 4 avr. 2013, n° 12-85.968 : *inédit* ;
Dr. pén., 2013, chron. n° 8, obs. V. LESCLOUS
v. n° 239
- Cass. crim., 16 avr. 2013, n° 13-90.006 :
à paraître au Bulletin ; *Gaz. Pal.*,
23 juil. 2013, p. 37, obs. F. FOURMENT
v. n° 184, 225
- Cass. civ. I, 15 mai 2013, n° 12-14.566 :
à paraître au Bulletin
v. n° 341
- Cass. civ. I, 29 mai 2013, n° 12-14.765 : *inédit*
v. n° 217
- Cass. civ. I, 29 mai 2013, n° 12-21.194 :
à paraître au Bulletin ; *LPA*, 11 juil. 2013,
p. 15, comm. F. VIALLA
v. n° 14
- Cass. crim., 12 juin 2013, n° 13-80.893 :
à paraître au Bulletin ; *Gaz. Pal.*,
15 oct. 2013, p. 37, obs. F. FOURMENT
v. n° 223, 277, 278, 626
- Cass. crim., 25 juin 2013, n° 13-81.977 :
à paraître au Bulletin ; *Gaz. Pal.*,
15 oct. 2013, p. 38, obs. F. FOURMENT
v. n° 628
- Cass. civ. I, 26 juin 2013, n° 12-20.766 : *inédit*
v. n° 237
- Cass. crim., 26 juin 2013, n° 12-88.284 : *inédit*
v. n° 578, 579, 701
- Cass. crim., 21 août 2013, n° 13-84.062 : *inédit*
v. n° 969
- Cass. crim., 11 sept. 2013, n° 13-84.857 :
à paraître au Bulletin
v. n° 996
- Cass. crim., 5 nov. 2013, n° 13-82.682 :
à paraître au Bulletin
v. n° 330
- Cass. crim., 6 nov. 2013, n° 12-87.130 :
à paraître au Bulletin
v. n° 176
- Cass. crim., 6 nov. 2013, n° 13-84.320 :
à paraître au Bulletin
v. n° 318

b. Cours d'appel (et autres juridictions régionales)

(les numéros renvoient aux paragraphes)

1904

CA Lyon, 28 janv. 1904 : *D.*, 1904, jur., p. 321
v. n° 100

1954

CA Paris, 12 févr. 1954 : *Rec. de Droit pénal*, 1955,
p. 383
v. n° 144, 147

1977

CA Aix-en-Provence, 5 janv. 1977 :
cité par J.-F. Théry dans ses concl. sur CE,
ass., 7 juil. 1978, *Essaka* ; *RD*, 1979, p. 263
v. n° 158

1978

CA Paris, 19 janv. 1978 : *D.*, 1978, jur., p. 714,
obs. M. PUECH ; *RD*, 1979, p. 1470,
obs. J. ROBERT
v. n° 158

1990

CA Paris, 19 déc. 1990, *Arrospide Sarasola
Santiago*, cité par R. DE GOUTTES,
« Article 5 § 2 » ; in La Convention
européenne des droits de l'Homme
commentaire article par article, sous la
direction de L.-E. PETITI et E. DECAUX,
Economica, 1999, 2° éd., p. 205
v. n° 184

1993

CA Dijon, 5 avr. 1993 : *inédit* ;
cité par V. LESCLOUS et C. MARSAT,
« Garde à vue : défèrement au parquet » :
Dr. pén., 1997, chron. n° 27
v. n° 150

CA Versailles, 9 sept. 1993 : *Dr. pén.*, 1993,
n° 246, obs. A. MARON
v. n° 567

1994

CA Versailles, 30 août 1994 : *Gaz. Pal.*, 1995, jur.,
p. 230, obs. J. MONTEILS
v. n° 327

1996

CA Paris, 31 mai 1996 : *D.*, 1997, jur., p.554,
obs. J. PRÉVAULT
v. n° 917
CA Paris, 5 juil. 1996 : *Gaz. Pal.*, 2-6 janv. 1998
v. n° 917

2000

CA Nîmes, 25 févr. 2000 : *juris-data* n° 114655
v. n° 627

CA Versailles, 3 mai 2000 : *Dr. pén.*, 2000,
comm. n° 94, obs. A. MARON
v. n° 246

CA Paris, 21 sept. 2000, n° 1015Q/00
et 1015Q/00 : *Légifrance*
v. n° 271, 280

CA Paris, 4 oct. 2000, n° 1102Q/00 : *Légifrance*
v. n° 271, 280

CA Paris, 4 oct. 2000, n° 1107Q/00 : *Légifrance*
v. n° 266, 280, 934

2001

JRLC Caen, 26 avr. 2001 : *D.*, 2002, p. 837,
obs. M. HERZOG-EVANS
v. n° 585

CA Amiens, 7 juin 2001, n° 00/01264 : *Légifrance*
v. n° 276

CA Rouen, 13 sept. 2001, n° 01/00231 : *Légifrance*
v. n° 626

JRLC Poitiers, 30 oct. 2001, *T.* : *inédit* ;
cité par M. HERZOG-EVANS, dans son manuel
Droit de l'application des peines, Dalloz,
2005, p. 443
v. n° 583

CA Reims, 15 nov. 2001, n° 99/00081 : *Légifrance*
v. n° 240

CA Toulouse, 12 déc. 2001, n° 2001/01223 :
Légifrance
v. n° 154

2002

CA Paris, 18 sept. 2002, *Papon* : *D.*, 2002, jur.,
p. 2893, obs. M. HERZOG-EVANS
v. n° 579, 583

JRLC Rouen, 27 sept. 2002, *C.* : *inédit* ;
cité par M. HERZOG-EVANS dans son article
« La suspension de peine médicale à deux ans
ou vers un droit de ne pas mourir en prison » ;
fascicule fourni dans le dossier documentaire
de la conférence *Prisons d'Europe*, sixièmes
journées européennes du droit de Nancy, 2004
v. n° 579, 580

CA Colmar, 19 déc. 2002, n° 2002/1310 :
Légifrance
v. n° 240

2003

CA Orléans, 6 janv. 2003 : *inédit*

v. n° 579

JRLC Montpellier, 7 janv. 2003 : *inédit*,
cité par M. HERZOG-EVANS dans son article
précité

v. n° 579

CA Paris, ch. de l'instruction, 2 juil. 2003 : *inédit*

v. n° 199

JRLC Agen, 17 juil. 2003 : *inédit* ;
cité par M. HERZOG-EVANS dans son article
« La suspension de peine médicale a deux ans
ou vers un droit de ne pas mourir en prison » ;
fascicule fourni dans le dossier documentaire
de la conférence *Prisons d'Europe*, sixièmes
journées européennes de droit de Nancy, 2004

v. n° 583

CA Poitiers, 27 nov. 2003, n° 03/17 : *Légifrance*

v. n° 271

2004

JRLC Douai, 5 avr. 2004 : *inédit*

v. n° 583

CA Toulouse, 1^{er} déc. 2004 : *AJP*, 2005, p. 118,
obs. P. REMILLIEUX

v. n° 626, 627

2006

CA Toulouse, 13 avr. 2006, n° 06/00093 :
Légifrance

v. n° 265

2007

CA Nancy, 1^{er} mars 2007 : *AJP*, 2007, p. 335,
obs. M. HERZOG-EVANS

v. n° 943

CA Paris, 3 déc. 2007, n° 07/03538 : *Légifrance*

v. n° 335, 337

2009

CA Paris, JRRS, 6 avr. 2009, n° 09/02963 : *D.*,
2009, p. 2146, note M. HERZOG-EVANS

v. n° 430

2010

CA Paris, 1^{er} juin 2010, n° 10/03903 : *AJP*, 2010,
p. 453, obs. M. HERZOG-EVANS

v. n° 565

c. TGI (et autres juridictions judiciaires de première instance)

(les numéros renvoient aux paragraphes)

1876

Trib. civ. Marseille, 10 juil. 1876 : *S.*, 1876, II, 98

v. n° 100

1988

TGI Paris, 5 déc. 1988 ; *D.*, 1990, jur., p. 268,
obs. J. PRÉVAULT

v. n° 211

1989

TGI Paris, 25 mars 1989 : *inédit*,
cité par V. Lesclous et C. Marsat,
« Garde à vue : défèrement au parquet » ;
Dr. pén., 1997, chr. n° 27

v. n° 150

1990

TGI Paris, 22 nov. 1990, *M. Boiret* :
cité par M. Heers dans ses concl. sur
CAA Paris, 7 juil. 1998, *M. A. B.* ; *RDSS*,
1999, p. 112

v. n° 917

1993

TGI Aix-en-Provence, 22 déc. 1993 ; *D.*, 1994, jur.,
p. 566, obs. D. VIRIOT-BARRIAL

v. n° 294

1996

TGI Paris, 2 avr. 1996 ; *Gaz. Pal.*, 1996, p. 317,
note S. PETIT

v. n° 21

1997

TGI Paris, 19 août 1997 : *inédit* ;
cité par V. LESCLOUS et C. MARSAT,
« Garde à vue : défèrement au parquet » ;
Dr. pén., 1997, chron. n° 27

v. n° 150

2001

TGI Bergerac, 28 juin 2001, *A.* : *inédit* ;
cité par M. HERZOG-EVANS, *Droit de
l'application des peines*, Dalloz, 2005, p. 296

v. n°^{os} 579, 583

2002

TGI Toulouse, 23 mai 2002, *A.*, n° 2002/00269 :
Légifrance

v. n° 583

2004

TGI Brest, 22 juil. 2004 ; *AJP*, 2004, p. 454,
obs. É. PÉCHILLON

v. n° 947

2006

TGI Paris, 14 juin 2006 : *AJP*, 2013, p. 293,
obs. M. HERZOG-EVANS

v. n° 1000

2011

TGI Bobigny, 26 mai 2011 : *AJP*, 2013, p. 113,
obs. M. HERZOG-EVANS

v. n° 944

2012

TGI Paris, 14 juin 2012 ; *AJP*, 2013, p. 293,
obs. M. HERZOG-EVANS
v. n° 1000

2013

CPH Paris, 8 févr. 2013, n° 11/15185 : *Cah. soc.*,
1^{er} avr. 2013, p. 111, note G. LOISEAU
v. n° 505
TGI Versailles, 26 juin 2013 : *inédit*
v. n° 944

3) Jurisprudence administrative*a. Conseil d'État*

(les numéros renvoient aux paragraphes)

1881

CE, 16 déc. 1881, *dpt Sarthe*
v. n° 869

1908

CE, 16 nov. 1908, *pft Aude c. Vié*
v. n° 869

1911

CE, 21 juil. 1911, *Dame veuve Fervel
et fils Fervel : Rec. CE*, p. 844
v. n°^{os} 262, 869

1944

CE, 5 mai 1944, *Dame Veuve Trompier-Gravier :*
Rec. CE, p. 133
v. n° 179

1947

CE, 7 nov. 1947, *Alexis et Wolff : Rec. CE*, p. 416
v. n° 864

1955

CE, *ass.*, 16 déc. 1955, *Dame Bourokba : Rec. CE*,
p. 590
v. n° 179

1960

CE, 12 févr. 1960, *S^{te} Eky : Rec. CE*, p. 101 ; *JCP*,
1960, II, n° 11629 bis
v. n° 147

1967

CE, *ass.*, 3 févr. 1967, *Confédération générale des
vignerons du Midi : Rec. CE*, p. 55
v. n° 156

1969

CE, *ass.*, 12 déc. 1969, *Conseil national de l'ordre
des pharmaciens : Rec. CE*, p. 573
v. n° 156

1970

CE, 22 avr. 1970, *Association nationale des
assistantes sociales et des assistants sociaux
et autres : Rec. CE*, p. 266
v. n° 156

1974

CE, 17 juil. 1974, *MSA Charente-Maritime*,
n° 86309 : *Rec. CE*, T.
v. n° 547

1977

CE, *ass.*, 24 juin 1977, *Astudillo Calleja : Rec. CE*,
p. 290 ; *D.*, 1977, p. 695, concl. B. GENEVOIS
v. n° 875

1978

CE, 3 févr. 1978, *CFDT et CGT : Rec. CE*, p. 47 ;
RDP, 1979, p. 539, obs. M. WALINE ; *AJDA*,
1978, p. 388, obs. M. DURUPTY
v. n° 149
CE, *ass.*, 7 juil. 1978, *Essaka : Rec. CE*, p. 297 ;
AJDA, 1979, p. 28, comm. O. DE DUTHEILLET
ET Y. ROBINEAU ; *RDP*, 1979, p. 263,
concl. J.-F. THÉRY
v. n° 158

1983

CE, 18 mars 1983, *Debeaurain*, n° 28931 :
Rec. CE, T.
v. n° 81

1984

CE, *ass.*, 27 janv. 1984, *Caillol*, n° 31985 :
Rec. CE, p. 28 ; *RDP*, 1984, p. 483,
concl. B. GENEVOIS
v. n° 558
CE, 16 nov. 1984, *Léoni*, n° 28208 : *Rec. CE*, T.,
p. 477
v. n° 262

1986

CE, 22 oct. 1986, *M^{me} Doursoux*, n° 35666 :
Rec. CE, p. 242
v. n° 917

1989

CE, sect., 31 mars 1989, *min. Intérieur et Monsieur Lambert*, n^{os} 69547 et 71747 : *Rec. CE*, p. 110 ; *AJDA*, 1989, p. 308, obs. E. HONORAT et É. BAPTISTE
v. n^{os} 262, 917

1990

CE, 23 févr. 1990, *Sioui*, n^o 92973 : *Rec. CE*, p. 776 ; *RFDA*, 1990, p. 525, concl. R. ABRAHAM

v. n^o 935

CE, 2 mai 1990, *Ville de Gaillac c. M^{me} Migliore*, n^o 87654 : *inédit*

v. n^o 262

CE, 20 juin 1990, *Le Breton*, n^o 63914 : *inédit*

v. n^o 81

CE, 9 nov. 1990, *Théron*, n^o 101168 ; *Rec. CE*, p. 855 ; *AJDA*, 1991, p. 546, comm. N. BELLOUBET-FRIER ; *D.*, 1991, p. 390, note J.-Y. PLOUVIN

v. n^o 873

1992

CE, 6 juil. 1992, *Stefan*, n^o 122874 : *Rec. CE*, T.

v. n^o 585

1994

CE, 12 janv. 1994, *Boutbila*, n^o 136260 : *inédit*

v. n^o 259

CE, 25 mai 1994, *Maire de Saint-Chamond*, n^{os} 143702 et 143949 : *Rec. CE*, T., p. 1077 ; *RDSS*, 1995, p. 108, obs. J.-M. DE FORGES

v. n^o 262

CE, 4 nov. 1994, *Korber*, n^o 157435 ; *Rec. CE*, p. 489 ; *LPA*, 23 janv. 1995, p. 4, concl. J.-C. BONICHOT ; *JCP*, 1995, II, n^o 22422, comm. F. LEMAIRE ; *RFDA*, 1995, p. 817, note J. PRADEL

v. n^o 873

1995

CE, 17 févr. 1995, *Marie*, n^o 97754 : *Rec. CE*, p. 89 ; *D.*, 1995., p. 381, note N. BELLOUBET-FRIER ; *RFDA*, 1995, p. 353, concl. P. FRYDMAN ; *RFDA*, 1995, p. 822, note F. MODERNE ; *RFDA*, 1995, p. 826, note J.-P. CÉRÉ ; *RSC*, 1995, p. 381, obs. P. COUV RAT ; *RSC*, 1995, p. 621, obs. M. HERZOG-EVANS ; *GAJA*, 19^e éd., 2013, n^o 94

v. n^{os} 162, 558

CE, 3 mars 1995, *min. Intérieur c. F. D.*, n^o 112856 : *Rec. CE*

v. n^o 262

C.E., 3 mars 1995, *M. R. S.*, n^o 126013 : *Rec. CE*

v. n^o 179

CE, avis, 26 mai 1995, *Mme Yilmaz*, n^o 164880 : *Rec. CE*, p. 217 ; *LPA*, 1995, p. 15, concl. B. DU MARAIS

v. n^{os} 845, 871, 901

CE, 20 oct. 1995, *M^{me} Memoli*, n^o 144527 : *inédit*

v. n^o 81

CE, *ass.*, 27 oct. 1995, *cne Morsang sur Orge*, req. n^o 136727 : *Rec. CE*, p. 275 ; *AJDA*, 1995, p. 878, chron. J.-H. STAHL et D. CHAUVAUX ; *GAJA*, 19^e éd., 2013, n^o 95 ; *RFDA*, 1995, p. 1204, concl. P. FRYDMAN

v. n^o 407

1996

CE, 28 févr. 1996, *Fauqueux*, n^o 106582 : *Rec. CE*, p. 52 ; *RSC*, 1997, p. 448, note P. PONCELA

v. n^o 558

CE, 11 mars 1996, *cne Saint-Herblain*, n^o 164453 : *inédit* ; *JCP*, 1996, II, n^o 22743, obs. F. MALLOL

v. n^{os} 262, 870, 893

1997

CE, 21 avr. 1997, *O'Callaghan*, n^o 176889 : *Rec. CE*, T.

v. n^o 585

CE, 3 oct. 1997, *Assoc. nat. d'assistance aux frontières pour les étrangers*, n^o 170527 : *Rec. CE*

v. n^o 241

CE, 3 nov. 1997, *min. Intérieur et sécurité publique c. G.*, n^o 146447 : *Rec. CE*, p. 409

v. n^{os} 262, 917

CE, 17 nov. 1997, *CHS Rennes*, n^o 168606 : *Rec. CE*

v. n^o 916

CE, *ass.*, 5 déc. 1997, *M^{me} Lambert*, n^o 140032 : *Rec. CE* ; *AJDA*, 1998, p. 149, concl. C. BERGEAL

v. n^o 142

2000

CE, 23 févr. 2000, *Glaziou*, n^o 155607 : *inédit*

v. n^o 508

CE, sect., 28 juil. 2000, *M. E. A.*, n^o 151068 : *Rec. CE.*, p. 347 ; *RFDA*, 2001, p. 1239, concl. S. BOISSARD ; *JCP*, 2001, IV, n^o 1368, obs. M.-CH. ROUAULT

v. n^{os} 257, 263, 490, 917, 918

CE, 13 oct. 2000, *Kozirev*, n^o 212865 : *Rec. CE* ; *RFDA*, 2001, p. 1042, concl. I. DE SILVA

v. n^o 585

2001

CE, 27 juil. 2001, *Konate*, n^o 171760 : *inédit*

v. n^o 258

CE, 9 nov. 2001, *Deslandes*, n^o 235247 : *Rec. CE*, p. 547 ; *Dr. admin.*, 2002, comm. n^o 74, obs. C. LANDAIS

v. n^o 900

CE, 12 déc. 2001, *M^{me} Mara ép. Diaby*, n^o 223099 : *inédit*.

v. n^o 258

2002

CE, 11 févr. 2002, *M^{elle} G.*, n^o 226839 : *Rec. CE*, p. 31

v. n^o 585

CE, 6 mars 2002, *pft Bas-Rhin*, n° 226408 :
Rec. CE, T., p. 773

v. n° 258, 634, 896

CE, 15 mars 2002, *min. Intérieur c. M. Benkhira*,
n° 236539 : *Rec. CE, T.*, p. 773 : *LPA*, 20 déc.
2002, n° 254, p. 20, concl. I. DA SILVA

v. n° 845, 900

CE, 3 avr. 2002, *Semedo Costa*, n° 239107 : *inédit*

v. n° 258

CE, 15 mai 2002, *Baudoin*, n° 239487 : *inédit*

v. n° 916

CE, 30 déc. 2002, *Ordre des avocats à la
Cour de Paris*, n° 234415 ; *AJDA*, 2003, p.
239, concl. M. GUYOMAR

v. n° 327, 328, 342

2003

CE, 10 mars 2003, *Ahmet X*, n° 247632 : *inédit*

v. n° 896

CE, 10 mars 2003, *pft Haute-Garonne c. Djabali*,
n° 249324 : *inédit*

v. n° 258

CE, 21 mars 2003, *pft de l'Isère c. Zemouli*,
n° 236966 : *inédit*

v. n° 258

CE, 23 mai 2003, *M^{me} Chabba*, n° 244663 :
Rec. CE, p. 240 ; *RFDA*, 2004, p. 157,
obs. N. ALBERT

v. n° 162

CE, 30 juil. 2003, *Remli*, n° 252712 : *Rec. CE*,
p. 366 ; *D.*, 2003, jur., p. 2331,
note M. HERZOG-EVANS ; *AJDA*, 2003,
p. 2090, note D. COSTA ; *RSC*, 2005, p. 390,
obs. P. PONCELA ; *Gaz. Pal.*, 13 nov. 2003,
p. 10, concl. M. GUYOMAR

v. n° 162, 558

CE, 30 juil. 2003, *Ordre des avocats à la
Cour de Paris*, n° 248084 : *inédit* ; *JCP A*,
2003, actu., n° 1908, obs. V. TCHEN

v. n° 328, 342

CE, 30 juil. 2003, *Syndicat des avocats de France*,
n° 247939 : *inédit*

v. n° 320, 328

CE, 27 nov. 2003, *assoc. fr. c. l'abus psychiatrique*,
n° 261947 : *inédit*

v. n° 916

CE, 3 déc. 2003, *CHS Caen c. Perche*, n° 244867 :
Rec. CE

v. n° 418

2004

CE, 27 févr. 2004, *pft Pyrénées-Orientales
c. Abounkhila*, n° 252988 : *Rec. CE*, p. 94

v. n° 258

CE, 27 févr. 2004, *pft Pyrénées-Orientales
c. Nebbab*, n° 253003 : *Rec. CE*, p. 94

v. n° 258

CE, 28 avr. 2004, *pft Pyrénées-Orientales
c. Bentaleb*, n° 256684 : *inédit*

v. n° 258

CE, 2 juin 2004, *pft Hérault c. Lambarki*,
n° 250887 : *inédit*

v. n° 258

CE, réf., 15 juil. 2004, *min. Justice c. Korber*,
n° 265594 : *inédit* ; *RSC*, 2006, p. 423,
chron. P. PONCELA ; *D.*, 2005 p. 995,
chron. J.-P. CÉRÉ, É. PÉCHILLON et
M. HERZOG-EVANS ; *AJP*, 2004, p. 453,
obs. É. PÉCHILLON

v. n° 948

CE, réf., 14 oct. 2004, *Arre*, n° 273047 : *Rec. CE*,
T., p. 625

v. n° 490

CE, 10 nov. 2004, *pft Isère c. Kouri*, n° 260241 :
inédit

v. n° 258

CE, 17 nov. 2004, *pft Pyrénées-Orientales
c. Azzouni*, n° 259119 : *inédit*

v. n° 900

CE, 29 déc. 2004, *Attou*, n° 268826 : *Rec. CE, T.* ;
AJP, 2005, p. 164, obs. J.-P. CÉRÉ

v. n° 560

2005

CE, 19 janv. 2005, *M. Chevalier*, n° 276562 :
Rec. CE, p. 23

v. n° 505

CE, 14 mars 2005, *pft Haute-Garonne
c. M. Dalache*, n° 259881 : *inédit*

v. n° 258, 896

CE, sect. 1^{er} avr. 2005, *Laporte*, n° 264627 :
Rec. CE ; *RTD civ.*, 2005, p. 573,
obs. J. HAUSER

v. n° 907

CE, 11 mai 2005, *pft Tarn c. Mrabt*, n° 262214 :
inédit

v. n° 258

CE, réf., 27 mai 2005, *sect. fr. OIP*, n° 280866 :
Rec. CE, p. 232 ; *AJDA*, 2005, p. 1579,
comm. A. RAINAUD

v. n° 943

CE, 15 juin 2005, *M. Ben Daoud c. pft Hérault*,
n° 272547 : *inédit*

v. n° 259

CE, réf., 8 sept. 2005, *Bunel*, n° 284803 : *Rec. CE*,
p. 388 ; *AJP*, 2005, p. 377,
obs. M. HERZOG-EVANS ; *LPA*, 21 févr. 2007,
p. 15, note F. FOURNIÉ et É. MASSAT

v. n° 943

CE, 12 oct. 2005, *Fedjidj*, n° 270046 : *inédit*

v. n° 263

CE, 24 oct. 2005, *Deville*, n° 276685, *Rec. CE, T.*

v. n° 585

CE, 26 oct. 2005, *pft Aveyron c. Djaafer*,
n° 264660 : *inédit*

v. n° 259

CE, 7 déc. 2005, *Gadalla*, n° 273862 : *inédit*

v. n° 259

2006

CE, 9 janv. 2006, *X c. pft Haute-Savoie*, n° 272843 : *inédit*

v. n° 896

CE, 10 févr. 2006, *Kherroubi c. min. Justice*, n° 284771 ; *Rec. CE* : T.

v. n° 585

CE, 7 avr. 2006, *M. Benayad*, n° 261595 : *inédit*

v. n° 896

CE, 12 juin 2006, *Gisti*, req. n° 282275 : *Rec. CE*, T., p. 692 ; *JCP A*, 2006, actu., n° 541, obs. M.-C. ROUAULT

v. n° 145

2007

CE, réf., 30 mars 2007, *Ville de Lyon*, n° 304053 : *Rec. CE*, T. ; *Dr. admin.*, 2007, comm. n° 90, note F. MELLERAY ; *JCP A*, 2007, n° 2293, comm. F. DIEU

v. n° 954

CE, 6 avr. 2007, *Bernardet*, n° 280494 : *Rec. CE*, T., p. 847 ; *AJDA*, 2008, p. 47, note H. RIHAL ; *ibid.*, p. 416, concl. C. LANDAIS

v. n° 320, 916

CE, réf., 12 sept. 2007, *Benamara*, n° 309317 : *Rec. CE*, T

v. n° 900

CE, 15 oct. 2007, *Duval*, n° 281131 : *inédit* ; *AJP*, 2008, p. 49, obs. É. PÉCHILLON

v. n° 544

CE, avis, 19 oct. 2007, *Barjamaj*, n° 306821 : *Rec. CE*, p. 426 ; *AJDA*, 2008, p. 1082, chron. L. HELMLINGER

v. n° 259

CE, réf., 29 nov. 2007, *Grabis*, n° 310912 : *inédit*

v. n° 845, 900

CE, *ass.*, 14 déc. 2007, *Payet*, n° 306432 : *Rec. CE*, p. 498 ; *LPA*, 3 juin 2008, p. 10, comm. M. CANEDO-PARIS ; *Procédure*, 2008, comm. n° 61, note S. DEYGAS ; *AJDA*, 2008, p. 128, chron. J. BOUCHER et B. BOURGEOIS-MACHUREAU ; *D.*, 2008, p. 1015, chron. É. PÉCHILLON ; *RFDA*, 2008, p. 104, concl. C. LANDAIS ; *D.*, 2008, p. 820, note M. HERZOG-EVANS ; *RSC*, 2008, p. 404, chron. P. PONCELA

v. n° 547, 558

CE, *ass.*, 14 déc. 2007, *Planchenault*, n° 290420 : *Rec. CE*, p. 474 ; *D.*, 2008, p. 820, note M. HERZOG-EVANS ; *ibid.*, p. 1017, chron. É. PÉCHILLON ; *RFDA*, 2008, p. 87, concl. M. GUYOMAR ; *Gaz. Pal.*, 9 août 2008, p. 24, chron. J.-L. PISSALOUX et L. MINOT ; *AJDA*, 2008, p. 128, chron. J. BOUCHER et B. BOURGEOIS-MACHUREAU ; *RDP*, 2009, p. 217, chron. C. GROULIER ; *RSC*, 2008, p. 404, chron. P. PONCELA

v. n° 506

CE, *ass.*, 14 déc. 2007, *Boussouar*, n° 290730 : *Rec. CE*, p. 495 ; *RDP*, 2009, p. 217, chron. C. GROULIER ; *Gaz. Pal.*, 9 août 2008, p. 24, chron. J.-L. PISSALOUX et L. MINOT ; *D.*, 2008, p. 820, note M. HERZOG-EVANS ; *ibid.*, p. 1017, chron. É. PÉCHILLON ; *RFDA*, 2008, p. 87, concl. M. GUYOMAR ; *AJDA*, 2008, p. 128, chron. J. BOUCHER et B. BOURGEOIS-MACHUREAU ; *RSC*, 2008, p. 404, chron. P. PONCELA

v. n° 508

CE, 21 déc. 2007, *Oana*, n° 305266 : *inédit*

v. n° 585

CE, 21 déc. 2007, *Gagnidzé*, n° 306448 : *inédit*

v. n° 585

2008

CE, 29 févr. 2008, *Trebutien*, n° 308145 : *inédit* ; *AJP*, 2008, p. 289, obs. É. PÉCHILLON

v. n° 547

CE, 9 avr. 2008, *Rogier*, req. n° 308221 : *AJDA*, 2008, p. 1827, note D. COSTA ; *RSC*, 2009, p. 431, chron. P. PONCELA ; *Gaz. Pal.*, 13 déc. 2008, p. 39, note M. GUYOMAR

v. n° 508

CE, 9 avr. 2008, *sect. fr. OIP*, n° 311707 : *inédit* ; *AJDA*, 2008, p. 1447, note J. BIRNBAUM

v. n° 943, 951

CE, *sect.*, 31 oct. 2008, *Sect. fr. OIP*, n° 293785 : *Rec. CE*, p. 374 ; *RFDA*, 2009, p. 73, concl. M. GUYOMAR ; *D.*, 2009, p. 134, note M. HERZOG-EVANS ; *Gaz. Pal.*, 13 déc. 2008, p. 33, note M. GUYOMAR ; *AJDA*, 2008, p. 2389, chron. É. GEFFRAY et S.-J. LIÉBER ; *AJP*, 2008, p. 500, obs. É. PÉCHILLON ; *Dr. admin.*, 2009, comm. n° 10, note F. MELLERAY

v. n° 193, 480, 499, 510

CE, 14 nov. 2008, *El Shennawy*, n° 315622 : *Rec. CE*, p. 417 ; *RFDA*, 2009, p. 957, comm. D. POLLET-PANOUSIS ; *Dr. admin.*, 2009, comm. n° 11, note F. MELLERAY ; *AJP*, 2009, p. 87, obs. J.-P. CÉRÉ ; *Procédures*, 2009, comm. n° 31, note S. DEYGAS

v. n° 543

CE, 26 nov. 2008, *Silidor*, n° 315441 : *Rec. CE*, p. 422 ; *AJDA*, 2009, p. 270, concl. M. GUYOMAR ; *RFDA*, 2009, p. 145, chron. C. SANTULLI

v. n° 179

CE, 17 déc. 2008, *sect. fr. OIP*, n° 293786 : *Rec. CE* ; *JCP*, 2009, II, n° 10049, chron. S. MERENNE ; *AJDA*, 2008, p. 2364, chron. M.-C. DE MONTECLER

v. n° 190

2009

- CE, *ass.*, 16 févr. 2009, *S^{te} Atom*, n° 274000 : *Rec. CE*, p. 26 ; *AJDA*, 2009, p. 583, chron. S.-J. LIEBER et D. BOTTEGHI ; *AJP*, 2009, p. 189, obs. É. PÉCHILLON ; *RFDA*, 2009, p. 259, concl. C. LEGRAS ; *ibid.*, 2012, p. 257, comm. J. MARTINEZ-MEHLINGER ; *Constitutions*, 2010, p. 115, obs. O. LE BOT
v. n° 558
- CE, 27 mai 2009, *Miloudi*, req. n° 322148 : *Rec. CE* ; *Gaz. Pal.*, 23 juin 2009, p. 12, note M. GUYOMAR
v. n° 509, 560
- CE, 3 juin 2009, *Boussouar*, n° 310100 : *Rec. CE*, T., p. 823 ; *AJDA*, 2011, p. 678, note M. POUJOL
v. n° 509
- CE, 20 nov. 2009, *pft police c. assoc. GIA*, n° 313598 : *Rec. CE*, T., p. 954 ; *AJDA*, 2009, p. 2202, obs. E. ROYER ; *AJP*, 2010, p. 197, obs. É. PÉCHILLON ; *RDSS*, 2010, p. 160, note O. RENAUDIE
v. n° 916
- CE, 30 nov. 2009, *Kehli*, req. n° 318589 : *Rec. CE* ; *AJDA*, 2010, p. 994, comm. M. MOLINER-DUBOST ; *AJP*, 2010, p. 43, obs. É. PÉCHILLON
v. n° 547

2010

- CE, 1^{er} avr. 2010, *Sarabia*, n° 335753 : *Rec. CE*, T. : *LPA*, 29 juil. 2010, p. 15, comm. R. BONNEFONT
v. n° 900
- CE, réf., 22 avr. 2010, *min. justice et des libertés c. Mebarek*, n° 338662 : *Rec. CE*, T : *AJDA*, 2010, p. 929, obs. S. BRONDEL ; *D.*, 2011, p. 1306, chron. É. PÉCHILLON ; *AJP*, 2010, p. 299, obs. É. PÉCHILLON ; *RSC*, 2010, p. 645, chron. P. PONCELA ; *RFDA*, 2013, p. 576, chron. L. MILANO
v. n° 559
- CE, 15 juil. 2010, *Puci c. min. Justice*, n° 340313 : *inédit*
v. n° 510
- CE, réf., 24 nov. 2010, *Eddomari*, n° 344411 : *Rec. CE* ; *AJDA*, 2011, p. 804, note O. LECUCQ ; *RTD eur.*, 2011p., 490, obs. A. BOUVERESSE ; *D.*, 2012 p. 390, chron. K. PARROT
v. n° 179, 902

2011

- CE, 28 mars 2011, *Bennay*, n° 316977 : *Rec. CE*, p. 137 ; *AJP*, 2011, p. 408, note G. CLIQUENNOIS et M. HERZOG-EVANS
v. n° 508, 547
- CE, 20 mai 2011, *Letona Biteri*, n° 326084 : *Rec. CE*, p. 246 ; *AJP*, 2012, p. 177, obs. M. HERZOG-EVANS ; *AJDA*, 2011, p. 1056, obs. R. GRAND
v. n° 558

- CE, 27 mai 2011, *M^{me} Kupfersteinn*, n° 330267 : *Rec. CE*, T., p. 1056 ; *AJDA*, 2011, p. 1786, concl. C. LANDAIS ; *LPA*, 23 sept. 2011, p. 8, note R. BONNEFONT
v. n° 179, 263, 907

2012

- CE, 1^{er} févr. 2012, *Khider*, n° 350899 : *Rec. CE*, T. : *AJP*, 2012, p. 237, obs. J.-P. CÉRÉ ; *AJDA*, 2012, p. 1177, obs. J.-F. CALMETTE ; *Gaz. Pal.*, 26 avr. 2012, p. 17, chron. M. GUYOMAR
v. n° 560
- CE, avis, 1^{er} mars 2012, n° 355133 : *Rec. CE*, T. ; *AJDA*, 2012, p. 466, obs. S. BRONDEL
v. n° 902
- CE, 16 avr. 2012, *Schnitzer c. Mgen*, n° 339110 : *inédit*
v. n° 261, 916
- CE, avis, 4 juin 2012, *Ghevondyan*, n° 356505 : *Rec. CE*, T. ; *AJDA*, 2012, p. 1134, obs. M.-CH. DE MONTECLER
v. n° 392, 894
- CE, 16 juil. 2012, n° 360793, *M^{me} A.* : *inédit* ; *LPA*, 9 avr. 2013, p. 8, note A. CHOPPLET
v. n° 886
- CE, avis, 29 oct. 2012, *Ayari*, n° 360584 : *Rec. CE* : *AJDA*, 2012, p. 2084, obs. D. POUPEAU
v. n° 901
- CE, 6 déc. 2012, *David*, n° 344995 : *Rec. CE* ; *RFDA*, 2013, p. 817, comm. J. SCHMITZ
v. n° 547
- CE, 22 déc. 2012, *Section française de l'observatoire international des prisons*, n° 364584 : à paraître au *Lebon* ; *D.*, 2013, p. 1304, chron. É. PÉCHILLON ; *AJP*, 2013, p. 232, obs. É. PÉCHILLON ; *JCP*, 21 janv. 2013, n° 87, note O. LE BOT ; *ADL*, 27 déc. 2012, note S. SLAMA ; *JCP A*, 2013, n° 2017, obs. G. KOUBI
v. n° 951

2013

- CE, 4 mars 2013, *min. Intérieur c. Mehrzi*, n° 359428 : à paraître au *Lebon* ; *Dr. admin.*, 2013, comm. n° 35, note V. TCHEN ; *JCP A*, 2013, actu., 251, obs. L. ERSTEIN ; *ibid.*, actu., n° 2232, obs. G. MARTI
v. n° 665, 903
- CE, 13 mars 2013, *pft police*, n° 354976 : *Rec. CE*, T. ; *JCP A*, 2013, actu., n° 291, obs. C.-A. DUBREUIL ; *AJDA*, 2013, p. 601, obs. C. BIGET
v. n° 179, 262, 263
- CE, 13 mars 2013, *Segura c. CH Charles Perrens*, n° 348165 : *inédit*
v. n° 152, 261, 409, 916
- CE, réf., 6 juin 2013, *Eski*, n° 368875 : *AJDA*, 2013, p. 1191, obs. M.-C. DE MONTECLER
v. n° 543

CE, réf., 6 juin 2013, *sect. fr. OIP*, n° 368816 :
Rec. CE, T. : *AJDA*, 2013, p. 1191,
obs. M.-C. DE MONTECLER ; *AJP*, 2013,
p. 497, obs. É. PÉCHILLON

v. n° 543

CE, 17 juil. 2013, n° 357405, *M. T. c. garde des Sceaux, ministre de la Justice : inédit* ; *Gaz. Pal.*, 26 sept. 2013, p. 16,
obs. M. GUYOMAR

v. n° 190

b. Cour d'appel administrative

(les numéros renvoient aux paragraphes)

1989

CAA Lyon, 14 déc. 1989, *Oudghiri*,
n° 89LY00686 : *Légifrance*

v. n° 547

1995

CAA Nancy, 9 mars 1995, *C.H. et CPAM de Roubaix*, n° 93NC00968 : *Légifrance*

v. n° 544

1997

CAA Nantes, 30 déc. 1997, *M. Frédéric Monory*,
n° 96NT01599 : *Légifrance*

v. n° 547

1998

CAA Paris, 17 févr. 1998, *M^{me} Sumiko Kawana*,
n° 96PA01880 : *RFDA*, 1999, p. 509,
concl. É. COROUGE

v. n° 906

CAA Paris, plén., 7 juil. 1998, *M. A. B.*,
n° 96PA01545 : *Rec. CE* ; *RDSS*, 1999,
p. 112, concl. M. HEERS

v. n° 917

1999

CAA Nancy, 17 juin 1999, *min. Environnement c. Entreprise Transports Freymuth*,
n° 95NC00226 ; *RFDA*, 2000, p. 254,
concl. P. VINCENT

v. n° 220

2000

CAA Marseille, 6 juil. 2000, n° 99MA05524 :
AJDA, 2000, p. 958, note L. BENOIT

v. n° 262

2001

CAA Paris, 3 avr. 2001, *min. Intérieur*,
n° 00PA02584 : *Légifrance*

v. n° 342

CAA Nancy, 18 oct. 2001, *M^{me} Meyer*,
n° 98NC00211 : *Légifrance*

v. n° 544

2002

CAA Paris, plén., 5 nov. 2002, *Remli*,
n° 01PA0075 : *D.*, 2003, jur.,
concl. J.-P. DEMOUVEAUX

v. n° 558

2003

CAA Nancy, 23 oct. 2003, *Lutz*, n° 98NC02129 :
Légifrance

v. n° 263

CAA Nancy, 24 nov. 2003, *Roth*, n° 98NC01616 :
Légifrance

v. n° 263

2004

CAA Marseille, 29 mars 2004, *cne Montpellier*,
n° 00MA01467 : *JCP A*, 2004, n° 1391,
obs. J. MOREAU

v. n° 263

CAA Paris, 4 nov. 2004, *min. Intérieur c. Pelletier*,
n° 03PA03424 : *Rec. CE*, T.

v. n° 263

2005

CAA Lyon, 28 avr. 2005, *Sopel*, n° 99LY02786 :
Légifrance

v. n° 263

CAA Paris, 19 mai 2005, *Bernardet*,
n° 03PA01855 : *Légifrance*

v. n° 916

CAA Paris, 2 juin 2005, *So*, n° 04PA03714 :
Légifrance

v. n° 263

CAA Paris, 19 déc. 2005, *Boussouar*,
n° 05PA00868 : *AJDA*, 2006, p. 652,
note B. BACHINI

v. n° 508

2006

CAA Versailles, 26 janv. 2006, *Duplan*,
n° 04VE03217 : *Légifrance*

v. n° 263

CAA Paris, 21 févr. 2006, *Stark*, n° 02PA02087 :
Légifrance

v. n° 263

CAA Marseille, 28 mars 2006, *Aznag c. pft région Languedoc Roussillon et pft Hérault*,
n° 05MA01822 : *Légifrance*

v. n°^{os} 896, 897

CAA Paris, 27 avr. 2006, *Dominique X*,
n° 05PA03468 : *Légifrance*

v. n° 943

CAA Versailles, 8 juin 2006, *pft. Seine-Saint-Denis c. Nait Aissa*, n° 05VE01093 : *Légifrance*

v. n° 259

- CAA Nancy, 16 nov. 2006, *Traoré c. pft Marne*, n° 06NC01027 : *Légifrance*
v. n° 259
- CAA Nancy, 14 déc. 2006, *Allaix*, n° 06NC00705 : *LPA*, 27 mai 2008, p. 10, chron. P. TIFINE ; *JCPA*, 2007, n° 2271, chron. L. LAURENT
v. n° 508
- CAA Bordeaux, 21 déc. 2006, *pft Vaucluse c. Raducan*, n° 06BX02264 : *Légifrance*
v. n° 259
- CAA Bordeaux, 26 déc. 2006, *Benazet*, n° 04BX01278 : *Légifrance*
v. n° 263
- 2007**
- CAA Marseille, 25 janv. 2007, *Macaire*, n° 05MA01245 : *Légifrance*
v. n° 544, 547
- CAA Versailles, 11 sept. 2007, *pft Hauts de Seine c. Stinca*, n° 06VE02233 : *Légifrance*
v. n° 259
- CAA Versailles, 11 oct. 2007, *pft Hauts de Seine c. Turan*, n° 06VE02279 : *Légifrance*
v. n° 259
- 2008**
- CAA Nancy, 7 janv. 2008, *pft Meuse c. Lavallé*, n° 06NC01639 : *AJDA*, 2008, p. 951
v. n° 263
- CAA Lyon, 14 févr. 2008, *pft Haute-Savoie c. Methennin*, n° 07LY00711 : *Légifrance*
v. n° 896, 897
- CAA Bordeaux, 26 févr. 2008, *Bendriouch*, n° 07BX01561 : *Légifrance*
v. n° 259
- CAA Versailles, 18 mars 2008, *Rotaru c. pft. Seine-Saint-Denis*, n° 07VE00071 : *Légifrance*
v. n° 259
- CAA Bordeaux, 10 avr. 2008, *pft Gironde c. Cetinkaya*, n° 07BX02088 : *Légifrance*
v. n° 259
- CAA Versailles, 24 avr. 2008, *pft Hauts de Seine c. Ait Ouslimane*, n° 07VE02557 : *Légifrance*
v. n° 259
- CAA Paris, 2 juin 2008, *pft Seine-Saint-Denis c. Akcicek*, n° 07PA01829 : *Légifrance*
v. n° 259
- CAA Bordeaux, 18 nov. 2008, *Dos Santos Teixeira*, n° 07BX01485 : *D.*, 2009, p. 1376, chron. É. PÉCHILLON
v. n° 547
- 2011**
- CAA Paris, 10 nov. 2011, *Pascal A.*, n° 10PA05878 : *Légifrance*
v. n° 509
- 2012**
- CAA Paris, 20 janv. 2012, *pft Police c. Silva Da Costa*, n° 11PA04240 : *AJDA*, 2012, p. 1161, obs. F. ROUSSEL
v. n° 897
- CAA Bordeaux, 1^{er} mars 2012, *Yilmaz*, n° 10BX01273 : *AJDA*, 2012, 1014, concl. D. KATZ
v. n° 544
- CAA Nancy, 19 mars 2012, *Diouf c. pft Meurthe-et-Moselle*, n° 11NC01775 : *Légifrance*
v. n° 897
- CAA Bordeaux, 20 mars 2012, n° 11BX02932 : *AJDA*, 2012, p. 1023
v. n° 896, 897
- CAA Marseille, 10 mai 2012, *pft Aude c. Garcia*, n° 10MA02165 : *Légifrance*
v. n° 263
- CAA Nantes, 24 mai 2012, *Bidaud*, n° 10NT01952 : *Légifrance*
v. n° 544
- CAA Nantes, 24 mai 2012, *pft Loire-Atlantique c. Hyseni*, n° 11NT03207 : *Légifrance*
v. n° 259
- CAA Nancy, 5 juin 2012, *Longot c. pft Bas-Rhin*, n° 12NC00256 : *Légifrance*
v. n° 897
- CAA Lyon, 12 juil. 2012, *pft Isère c. Benyettou*, n° 12LY00162 : *Légifrance*
v. n° 901
- CAA Paris, 31 juil. 2012, *Fofana*, n° 11PA04368 : *Légifrance*
v. n° 259
- CAA Nancy, 2 Août 2012, *Kemamen Nouchum c. pft Meurthe-et-Moselle*, n° 12NC00170 : *Légifrance*
v. n° 897
- CAA Nancy, 25 oct. 2012, *Cakir c. pft Meurthe-et-Moselle*, n° 11NC01933 : *Légifrance*
v. n° 897
- CAA Bordeaux, 2 nov. 2012, *Barhoumi c. pft Haute-Garonne*, n° 11BX03046 : *AJDA*, 2013, p. 39, note G. DE LA TAILLE
v. n° 897
- CAA Bordeaux, 2 nov. 2012, *pft Haute-Garonne c. Fadika*, n° 12BX00650 : *Légifrance*
v. n° 897
- CAA Bordeaux, 15 nov. 2012, *Badalian c. pft Loiret*, n° 12BX01146 : *AJDA*, 2013, p. 269, note S. DEGOMMIER
v. n° 260
- CAA Paris, 7 déc. 2012, *Avalos Ferreira c. pft Police*, n° 12PA02064 : *Légifrance*
v. n° 897
- CAA Versailles, 18 déc. 2012, *Seva c. pft Hauts de Seine*, n° 11VE02221 : *Légifrance*
v. n° 259, 897
- CAA Versailles, 20 déc. 2012, *pft Val d'Oise c. Rhabani*, n° 11VE03247 : *Légifrance*
v. n° 259, 897

CAA Paris, 31 déc. 2012, *pft Meurthe-et-Moselle c. Mouslimov*, n° 11PA04917 ; *AJDA*, 2013, p. 920, obs. M. SIRINELLI

v. n° 373

2013

CAA Nancy, 31 janv. 2013, *pft Haut-Rhin c. Orsulic*, n° 12NC01080 : *Légifrance*

v. n° 897

CAA Nancy, 14 févr. 2013, *pft Haut-Rhin c. Halimi*, n° 12NC00332 : *Légifrance*

v. n° 897

CAA Versailles, 19 févr. 2013, *Rahou c. pft Seine-Saint-Denis*, n° 12VE01363 : *Légifrance*

v. n° 259

CAA Bordeaux, 26 févr. 2013, *pft Pyrénées-Orientales c. Sanchez Reyes*, n° 12BX01735 : *Légifrance*

v. n° 897

CAA Paris, 7 mars 2013, *pft Val de Marne c. Williams*, n° 12PA04414 : *Légifrance*

v. n° 259

CAA Paris, 12 mars 2013, *Bousslimani c. pft Police*, n° 12PA03413 : *Légifrance*

v. n° 897

CAA Paris, 25 mars 2013, *Chetitah c. pft Police*, n° 12PA01580 : *Légifrance*

v. n° 897

CAA Lyon, 26 mars 2013, *pft Rhône c. Mballo*, n° 12LY02309 : *Légifrance*

v. n° 897

CAA Paris, 2 avr. 2013, *Hamidovic c. pft Haute-Garonne*, n° 12BX02497 : *Légifrance*

v. n° 259

CAA Paris, 30 avr. 2013, *Ashraf c. pft Police*, n° 12PA01771 : *Légifrance*

v. n° 897

CAA Paris, 30 avr. 2013, *Tahenni c. pft Seine-et-Marne*, n° 12PA02376 : *Légifrance*

v. n° 897

CAA Nancy, 7 juin 2013, *M. G.*, n° 12NC01607 : *Légifrance*

v. n° 509

c. Tribunal administratif

(les numéros renvoient aux paragraphes)

1994

TA Lille, 10 nov. 1994, *Sara et Sefouane*, 2 espèces ; *RFDA*, 1995, p. 141

v. n° 23

TA Lille, 10 nov. 1994, *Zitouni, Khaled Sedhjerari et Omar Saker*, 3 espèces ; *AJDA*, 1995, p. 68, obs. L.-D. LAUGIER

v. n° 214

TA Versailles, 6 déc. 1994, *Bahri, Naami et Chibani*, 3 espèces ; *RFDA*, 1995, p. 376, concl. J. KRULIC

v. n° 23, 199

2000

TA Paris, 21 juin 2000 : *inédit*, cité par M. GUYOMAR dans ses concl. sur CE, 30 déc. 2002, *Ordre des avocats à la Cour de Paris*, n° 234415 : *Rec. CE*, p. 487 ; *AJDA*, 2003, p. 239

v. n° 342

2003

TA Limoges, 28 mai 2003, *Richet : D.*, 2004, p. 1098, obs. M. HERZOG-EVANS

v. n° 508

2004

TA Clermont-Ferrand, 1^{er} mars 2004 ; *AJP*, 2004, p. 332, obs. É. PÉCHILLON

v. n° 948

TA Versailles, 18 mai 2004 : *inédit* ; *AJP*, 2004, p. 413, obs. M. HERZOG-EVANS

v. n° 948

TA Nantes, 19 juil. 2004 ; *AJP*, 2004, p. 413, obs. M. HERZOG-EVANS

v. n° 948

TA Nantes, 21 juil. 2004 ; *AJP*, 2004, p. 453, obs. É. PÉCHILLON

v. n° 948

TA Paris, 19 août 2004, n° 0418191/9/1 : *AJP*, 2004, p. 374

v. n° 560

TA Caen, 21 déc. 2004 : *inédit* ; *AJP*, 2005, p. 120, obs. C. S. ENDERLIN

v. n° 948

2005

TA Clermont-Ferrand, 29 déc. 2005, *Cuguillière* : cité par la circulaire NOR : JUSK1140023C du 14 avr. 2011 relative au placement à l'isolement des personnes détenues

v. n° 558

2007

TA Nantes, 26 juil. 2007 : *AJP*, 2007, p. 495, note M. HERZOG-EVANS

v. n° 547

2008

TA Rouen, 27 mars 2008, n° 0602590 : *inédit*

v. n° 531, 948

2009

TA Bordeaux, 14 mai 2009, n° 0704553 : *AJP*,
2009, p. 323, note M. HERZOG-EVANS
v. n° 547

2011

TA Nantes, 19 oct. 2011, n° 0802478 : *AJP*, 2012,
p. 49, obs. J.-P. CÉRÉ

v. n° 544

TA Melun, 29 oct. 2011, n° 1108027 ; *AJDA*, 2011,
p. 2268

v. n° 373

2012

TA Mayotte, 20 févr. 2012, n°^{os} 1200106, 1200107
et 1200108

v. n° 945

TA Marseille, 13 déc. 2012, *Section française
de l'observatoire international des prisons*,
n° 1208103 : *AJDA*, 2012, p. 2414,
obs. D. NECIB

v. n° 951

2013

TA Marseille, 10 janv. 2013, *Section française
de l'Observatoire international des prisons*,
n° 1208146 : *AJDA*, 2013, p. 80,
obs. D. NECIB

v. n° 953

TABLE LÉGISLATIVE

(les numéros renvoient aux paragraphes)

1838

Loi n° 7443 du 30 juin 1838 sur les aliénés :
Rec. Duvergier, p. 490
v. n°s 183, 408, 417, 660

1867

Loi du 22 juil. 1867 relative à la contrainte
par corps : *J. O.*, 20 août 1944, p. 165
v. n° 381

1872

Loi du 24 mai 1872 portant réorganisation
du Conseil d'État : *J. O.*, 31 mai 1872,
p. 3625
v. n° 609

1885

Loi du 14 août 1885 portant sur les moyens
de prévenir la récidive (libération
conditionnelle, patronage, réhabilitation) :
J. O., 15 août 1885, p. 4562
v. n° 661

1897

Loi du 8 déc. 1897 ayant pour objet de modifier
certaines règles de l'instruction préalable
en matière de crimes et de délits : *J. O.*,
10 déc. 1897, p. 6907
v. n°s 147, 291

1926

Loi du 17 déc. 1926 portant code disciplinaire et
pénal de la marine marchande : *J. O.*,
19 déc. 1926, p. 13252
v. n° 368

1927

Loi du 10 mars 1927 relative à l'extradition
des étrangers : *J. O.*, 11 mars 1927, p. 2874
v. n° 875

1933

Loi du 7 février 1933 sur les garanties
de la liberté individuelle : *J. O.*, 9 févr. 1933
v. n°s 158, 864

1954

Loi n° 54-439 du 15 avr. 1954 sur le traitement des
alcooliques dangereux pour autrui : *J. O.*,
21 avr. 1954, p. 3827
v. n°s 404, 417, 491

1957

Loi n° 57-1426 du 31 décembre 1957 portant
institution d'un code de procédure pénale :
J. O., 8 janvier 1958
v. n° 291

1962

Ord. n° 62-429 du 14 avr. 1962 relative à
la procédure concernant les crimes et délits
avec les événements d'Algérie : *J. O.*,
15 avr. 1962, p. 3892 ; *RSC*, 1962, p. 768,
chron. R. VOUIN et P. ARPAILLANGE
v. n° 99

1963

Loi n° 63-23 du 15 janv. 1963 fixant
la composition, les règles de fonctionnement
et la procédure de la Cour de sûreté de l'État
instituée par l'art. 698 du Code de procédure
pénale : *J. O.*, 16 janv. 1963, p. 508
v. n°s 226, 734

1964

Loi n° 64-707 du 10 juil. 1964 portant
réorganisation de la région parisienne : *J. O.*,
12 juil. 1964, p. 6204
v. n° 144

1970

Loi n° 70-1320 du 31 déc. 1970 relative aux
mesures sanitaires de lutte contre
la toxicomanie et à la répression du trafic
et de l'usage illicite des substances
vénéneuses : *J. O.*, 3 janv. 1971, p. 74
v. n° 226

1972

Loi n° 72-1226 du 29 déc. 1972 simplifiant et
complétant certaines dispositions relatives à la
procédure pénale, aux peines et à leur
exécution : *J. O.*, 30 déc. 1972, p. 13783
v. n° 661

1975

Loi n° 75-624 du 11 juil. 1975 modifiant et
complétant certaines dispositions de droit
pénal : *J. O.*, 13 juil. 1975, p. 7225 ; *RSC*,
197666, p. 6, comm. A. DECOCQ
v. n° 661

1978

Loi n° 78-1097 du 22 nov. 1978 modifiant certaines
dispositions du Code de procédure pénale :
J. O., 23 nov. 1978, p. 3926
v. n° 661

1979

Loi n° 79-587 du 11 juil. 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public : *J. O.*, 12 juil. 1979

v. n^{os} 179, 257, 262, 508, 972

1980

Loi n° 80-9 du 10 janv. 1980 relative à la prévention de l'immigration clandestine et portant modification de l'ord. n° 45-2658 du 2 nov. 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers et portant création de l'Office national d'immigration : *J. O.*, 11 janv. 1980

v. n^{os} 381, 729

1981

Loi n° 81-82 du 2 févr. 1981 renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes : *J. O.*, 3 févr. 1981, p. 415 ; *AJDA*, 1981, p. 285, comm. J. MORANGE (spéc. sur les contrôles d'identité)

v. n^{os} 72, 183, 184, 225, 381, 729, 730

Loi n° 81-973 du 29 oct. 1981 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France : *J. O.*, 30 oct. 1981, p. 2970 ; *D.*, 1982, chron., n° 26, comm. N. GUIMEZANES

v. n^{os} 72, 183, 184, 224, 250, 258, 392, 466, 729

1983

Loi n° 83-466 du 10 juin 1983 portant abrogation ou révision de certaines dispositions de la loi n° 81-82 du 2 févr. 1981 et complétant certaines dispositions du Code pénal et du Code de procédure pénale : *J. O.*, 11 juin 1983, p. 1755 ; *AJDA*, 1983, p. 640, chron. J. MORANGE (spéc. sur les contrôles d'identité)

v. n^{os} 183, 225

1987

Loi n° 87-432 du 22 juin 1987 relative au service public pénitentiaire : *J. O.* : 23 juin 1987

v. n^{os} 503, 584

Loi n° 87-502 du 8 juil. 1987 modifiant les procédures fiscales et douanières : *J. O.*, 9 juil. 1987, p. 7470

v. n° 183

Loi n° 87-1062 du 30 déc. 1987 relative aux garanties individuelles en matière de placement en détention provisoire ou sous contrôle judiciaire et portant modification du Code de procédure pénale : *J. O.*, 31 déc. 1987, p. 15547 ; *D.*, 1988, chron., n° 22, comm. J. PRADEL

v. n° 994

1989

Loi n° 89-548 du 2 août 1989 relative aux conditions de séjour et d'entrée des étrangers en France : *J. O.*, 8 août 1989, p. 9952 ; *JCP*, 1990, I, n° 3424, comm. N. GUIMEZANES ; *AJDA*, 1989, p. 586, comm. D. LOCHAK ; *D.*, 1990, p. 17, comm. F. JULIEN-LAFERRIÈRE

v. n° 466

1990

Loi n° 90-527 du 27 juin 1990 relative aux droits et à la protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux et à leurs conditions d'hospitalisation : *J. O.*, 30 juin 1990 ; *AJDA*, 1990, comm. M. DEBÈNE, p. 871 ; *D.*, 1991, chron. n° 7, comm. G. NICOLAU ; *ibid.*, comm. M.-P. CHAMPENOIS-MARMIER et J. SANSOT ; *JCP*, 1991, I, n° 3463, comm. J.-M. AUBY ; *RTD civ.*, 1990, p. 704, obs. A. COEURET

v. n^{os} 72, 183, 408

1992

Loi n° 92-625 du 6 juil. 1992 sur la zone d'attente des ports et des aéroports et portant modification de l'ord. n° 45-2658 du 2 nov. 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France : *J. O.*, 9 juil. 1992 ; *D.*, 1993 p. 225, comm. M.-C. ROUAULT ; *AJDA*, 1992, p. 656, comm. F. JULIEN-LAFERRIÈRE

v. n^{os} 150, 183, 184, 224, 250, 266, 732

1993

Loi n° 93-2 du 4 janv. 1993 portant réforme de la procédure pénale : *J. O.*, 5 janv. 1993, p. 215 ; *JCP*, 1993, actu., n° 100067, note J. BOYER ; *D.*, 1993, p. 39, obs. J. PRADEL ; *RSC*, 1993, p. 238, chron. D. SALAS (spéc. sur le droit des mineurs)

v. n^{os} 72, 183, 225, 226, 291, 661, 923, 994

Loi n° 93-913 du 19 juil. 1993 reportant l'entrée en vigueur du nouveau code pénal : *J. O.*, 20 juil. 1993

v. n° 149

Loi n° 93-1013 du 24 août 1993 modifiant la loi n° 93-2 du 4 janv. 1993 portant réforme de la procédure pénale : *J. O.*, 25 août 1993, p. 10751 ; *Gaz. Pal.*, 1993, chron., p. 388, comm. V. TURCEY ; *JCP*, 1993, I, n° 3720, p. 490, comm. F. LE GUNEHÉC ; *D.*, 1993, p. 299, comm. J. PRADEL

v. n^{os} 72, 183, 225, 226, 291, 923, 994

Loi n° 93-1027 du 24 août 1993 sur la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers : *J. O.*, 29 août 1993, p. 12196 ; *JCP*, 1993, actu., n° 100340, note N. GUIMEZANES ; *Rev. crit. DIP*, 1994, p. 1, comm. D. TURPIN ; *D.*, 1994, p. 101, comm. M.-C. ROUAULT ; *JCP*, 1994, I, n° 3728, comm. N. GUIMEZANES ; *RDSS*, 1994, p. 329, note F. MONÉGER (spéc. sur les mineurs)

v. n°s 258, 392

Loi n° 93-1417 du 30 décembre 1993 portant diverses dispositions relatives à la maîtrise de l'immigration et modifiant le Code civil : *J. O.*, 1^{er} janv. 1994, p. 11 ; *Rev. crit. DIP*, 1994, p. 1, comm. D. TURPIN ; *JCP*, 1994, actu., n° 100034, obs. N. GUIMEZANES

v. n° 467

1994

loi n° 94-43 du 18 janv. 1994 relative à la santé publique et à la protection sociale : *J. O.*, 19 janv. 1994, p. 960

v. n° 577

Loi n° 94-89 du 1^{er} févr. 1994 instituant une peine incompressible et relative au nouveau Code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale : *J. O.*, 2 févr. 1994, p. 1803 ; *JCP*, 1994, actu., n° 100080, obs. F. LE GUNEHEC ; *RSC*, 1994, p. 778, obs. M.-L. RASSAT ; *ibid.*, p. 356, note P. COUV RAT ; *Gaz. Pal.*, 1994, doct., p. 968, obs. J. BRANDEAU

v. n°s 292, 661

Loi n° 94-653 du 29 juil. 1994 relative au respect du corps humain : *J. O.*, 30 juil. 1994 ; *JCP*, 1994, I, n° 3788, comm. CH. BYK ; *LPA*, 14 déc. 1994, comm. A. BATTEUR ; *RTD civ.*, 1994, p. 934, comm. CH. JAMIN

v. n° 109

1996

Loi n° 96-1235 du 30 déc. 1996 relative à la détention provisoire et aux perquisitions de nuit en matière de terrorisme : *J. O.*, 1^{er} janv. 1997, p. 9

v. n° 994

1997

Loi n° 97-396 du 24 avr. 1997 portant diverses dispositions relatives à l'immigration : *J. O.*, 25 avr. 1997, p. 6268 ; *JCP*, 1997, I, n° 4040, comm. N. GUIMEZANES

v. n°s 466, 706, 731

Loi n° 97-1159 du 19 déc. 1997 consacrant le placement sous surveillance électronique comme modalité d'exécution des peines privatives de liberté : *J. O.*, 20 déc. 1997, p. 18452 ; *D.*, 2003, p. 1782, chron. CH. CARDET (concernant la mise en application limitée de la loi) ; *RSC*, 1998, p. 374, note P. COUV RAT ; *RSC*, 1998, p. 671, chron. B. MADIGNIER et A. KUHN ; *RSC*, 1998, p. 372, chron. J.-F. SEUVIC ; *JCP*, 1998, actu., n° 27 et n° 28, obs. F. LE GUNEHEC.

v. n° 661

1999

Loi n° 99-477 du 9 juin 1999 visant à garantir le droit à l'accès aux soins palliatifs : *J. O.*, 10 juin 1999, p. 8487

v. n° 580

2000

Loi n° 2000-321 du 12 avr. 2000 relative aux droits des citoyens dans leur relation avec les administrations : *J. O.*, 13 avr. 2000, p. 5646 ; *AJDA*, 2000, p. 471, comm. M. FERRARI ; *ibid.*, p. 545, comm. J. FERSTENBERT ; *RTD civ.*, 2000, p. 656, note J. ROCHFELD ; *D.*, 2000, p. 575, comm. J. CHEVALIER ; *RFDA*, 2000, p. 725, comm. J. ARRIGHI DE CASANOVA

v. n°s 162, 179, 509

Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes : *J. O.*, 16 juin 2000, p. 9038 ; *RSC*, 2000, p. 753, comm. M. GUERRIN (spéc. sur les nullités) ; *ibid.*, p. 887, comm. P. PONCELA (spéc. sur l'aménagement des peines) ; *ibid.*, 2001, p. 7, comm. CH. LAZERGES ; *ibid.*, p. 25, comm. J. BUISSON (spéc. sur la garde à vue) ; *ibid.*, p. 51, comm. M. LEMONDE (spéc. sur le juge des libertés et de la détention) ; *ibid.*, p. 55, comm. B. BOULOC (spéc. sur les durées de procédure) ; *ibid.*, p. 43, comm. A. GIUDICELLI (spéc. sur le mis en examen et le témoin assisté) ; *ibid.*, p. 71, note B. ADER ; *ibid.*, p. 83, obs. H. TEMINE ; *ibid.*, p. 87, comm. M. É. CARTIER (spéc. sur la judiciarisation de l'aménagement des peines) ; *ibid.*, p. 107, comm. A. D'HAUTEVILLE (spéc. sur les droits des victimes) ; *ibid.*, p. 117, comm. D. N. COMMARET (spéc. sur l'indemnisation de la détention provisoire) ; *ibid.*, p. 123, comm. F. MASSIAS (spéc. sur le réexamen des condamnations pénales) ; *ibid.*, p. 193 et p. 619, chron. B. BOULOC ; *ibid.*, p. 593, comm. CH. CARDET (spéc. sur le contrôle judiciaire) ; *ibid.*, 2002, p. 134, comm. B. BOULOC (spéc. sur la détention provisoire) ; *D.*, 2000, p. 737, note S.-A. DUBERNAT (spéc. sur la présomption d'innocence) ; *D.*, 2001, p. 1039, comm. J. PRADEL ; *Dr. pén.*, 2000, chron. n° 39, comm. A. DORSNER-DOLIVET (spéc. sur la détention provisoire)

v. n^{os} 162, 183, 184, 292, 574, 669, 798, 822, 873, 994

2002

Loi n° 2002-268 du 26 févr. 2002 relative à la coopération avec la Cour pénale internationale : *J. O.*, 27 févr. 2002

v. n° 183

Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé : *J. O.*, 5 mars 2002, p. 4118 ; *D.*, 2002, chron., p. 1291, comm. Y. LAMBERT-FAIVRE ; *LPA*, 19 juin 2002, p. 10, comm. B. MATHIEU ; *JCP*, 2002, II, n° 1 141, 2002, p. 1075, comm. P. MISTRETTA ; *RPDP*, 2003, p. 379, note P. DARBÉDA (spéc. sur la suspension médicale de peine)

v. n^{os} 575, 580

Loi n° 2002-307 du 4 mars 2002 complétant la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la présomption d'innocence et les droits des victimes : *J. O.*, 5 mars 2002 ; *Gaz. Pal.*, 2002, chron., p. 1205, comm. F. TAQUET (spéc. sur la garde à vue)

v. n^{os} 183, 225

Loi n° 2002-1138 du 9 sept. 2002 d'orientation et de programmation pour la justice : *J. O.*, 10 sept. 2002, p. 14934 ; *D.*, 2002, chron., p. 3224, note J.-P. CÉRÉ ; *ibid.*, p. 3218, comm. H. MOUTOUH (spéc. sur le juge de proximité) ; *ibid.*, p. 2339, comm. J.-P. ROSENCZVEIG ; *ibid.*, 2003, p. 779, comm. J. CASTAIGNÈDE (spéc. sur le droit des mineurs) ; *RSC*, 2002, p. 852, p. 853 et p. 855, obs. J.-F. SEUVIC ; *Gaz. Pal.*, 26 nov. 2002, p. 3, note C.-P. BARRIÈRE ; *JCP*, 2002, actu., n° 450, obs. F. LE GUNEHÉC ; *JCP*, 2003, I, n° 139, comm. M. GIACOPELLI-MORI ; *RTD civ.*, 2002, p. 848, note J. ROCHFELD ; *ibid.*, p. 853, note F. BELLIVIER ; *Procédures*, 2002, comm. n° 215, obs. J. BUISSON

v. n° 706

2003

Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure : *J. O.*, 19 mars 2003

v. n° 183

Loi n° 2003-1119 du 26 nov. 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité : *J. O.*, 27 nov. 2003, p. 20136 ; *Procédures*, chron. n° 3, comm. V. MOREL ; *RSC*, 2004, p. 434, obs. P. PONCELA ; *AJP*, 2004, p. 102, D. LIGER ; *JCP*, 2003, actu., n° 592, obs. N. GUIMEZANES ; *ibid.*, 2004, actu., n° 23, obs. N. GUIMEZANES ; *AJDA*, 2004, p. 1904, comm. H. MANCIAUX

v. n^{os} 224, 245, 250, 258, 266, 392, 466, 706

2004

Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité : *J. O.*, 10 mars 2004, p. 4567 ; *D.*, 2004, p. 1910, comm. B. DE LAMY ; *JCP*, 2004, I, n° 132 et 134, comm. J. PRADEL ; *RSC*, 2004, p. 675, obs. B. BOULOC ; *AJP*, 2004, p. 235, note D. MIEN et J.-F. BARRE (spéc. sur les droits de la défense) ; *AJP*, 2004, p. 181, note E. VERGES (spéc. sur la notion de criminalité organisée) ; *AJP*, 2004, p. 261, comm. A. GIUDICELLI (spéc. sur la garde à vue) ; *AJP*, 2004, p. 228, note M. SCHWENDENER (spéc. sur les pouvoirs d'enquête) ; *D.*, 2004, p. 2589 M. GIACOPELLI (spéc. sur l'aménagement des peines) ; *JCP*, 2004, I, n° 140, note P. BONFILS (spéc. sur le droit des mineurs)

v. n^{os} 72, 150, 154, 183, 293, 295, 381, 471, 574, 661, 670, 706, 735

2005

Loi n° 2005-270 du 24 mars 2005 portant statut général des militaires : *J. O.*, 26 mars 2005, p. 5098 ; *RDP*, 2006, p. 313, comm. R. DE BELLESCIZE ; *Dr. admin.*, 2005, étu. n° 15, comm. J.-L. PISSALOUX ; *RFDA*, 2005, p. 778, comm. G. BOSSIS (spéc. sur les évolutions du droit disciplinaire)

v. n° 368

Loi n° 2005-370 du 22 avr. 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie : *J. O.*, 23 avr. 2005, p. 7089

v. n° 580

Loi n° 2005-1549 du 12 déc. 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales : *J. O.*, 13 déc. 2005, p. 19152

v. n° 583

2006

Loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers : *J. O.*, 24 janv. 2006, p. 1129 ; *Gaz. Pal.*, 18 mai 2006, p. 4, obs. V. BIANCHI ; *AJDA*, 2006, p. 975, comm. F. ROLIN et S. SLAMA

v. n° 474

Loi n° 2006-911 du 24 juil. 2006 relative à l'immigration et à l'intégration : *J. O.*, 25 juil. 2006, p. 11047 ; *RTD civ.*, 2006, p. 837, obs. A.-M. LEROYER ; *Rev. crit. DIP*, 2007, p. 1, comm. D. TURPIN ; *JCP*, 13 sept. 2006, I, n° 167, comm. N. GUIMEZANES ; *Dr. admin.*, 2008, étu. n° 3, comm. M. MERINO

v. n° 393

2007

Loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale : *J. O.*, 6 mars 2007, p. 4206 ; *AJP*, 2007, p. 105, comm. CH. GUÉRY (spéc. sur l'instruction) ; *ibid.*, p. 117, comm. PH. VOULAND ; *ibid.*, p. 113, note M. NORD-WAGNER (spéc. sur la détention provisoire) ; *ibid.*, p. 357, comm. M. HERZOG-EVANS (spéc. sur la lutte contre la récidive) ; *ibid.*, p. 363, comm. PH. BONFILS (spéc. sur le droit des mineurs) ; *ibid.*, p. 351, comm. D. BLANC (spéc. sur les peines minimales) ; *ibid.*, p. 367, comm. J.-L. SENON et C. MANZANERA (spéc. sur l'obligation de soins) ; *RSC*, 2007, p. 573, chron. B. BOULOC ; *JCP*, 2007, I, n° 138, comm. J. PRADEL ; *Procédures*, 2007, ét. n° 4, comm. n°s 118, 149 et 170, comm. J. BUISSON ; *Dr. pén.*, 2007, étu. n° 6, comm. H. MATSOPOULOU

v. n°s 473, 822, 994

Loi n° 2007-1198 du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs : *J. O.*, 11 août 2007 p. 13466 ; *AJP*, 2007, p. 352, comm. D. BLANC (spéc. sur les peines minimales) ; *ibid.*, p. 363, comm. PH. BONFILS (spéc. sur le droit des mineurs) ; *D.*, 2007, p. 2247, comm. J. PRADEL ; *JCP*, 2007, I, n° 196, comm. É. GARÇON

v. n° 1024

Loi n° 2007-1545 du 30 oct. 2007 instituant un Contrôleur général des lieux de privation de liberté : *J. O.*, 31 oct. 2007, p. 17891 ; *LPA*, 8 nov. 2007, p. 3, comm. F. CHALTIEL ; *JCP*, 2007, actu., n° 551, obs. P. PÉDRON ; *AJP*, 2007, p. 525, comm. J.-P. CÉRÉ ; *Procédures*, 2007, comm. n° 291, obs. J. BUISSON ; *AJDA*, 2008, p. 84, comm. M. MOLINER-DUBOST ; *RSC*, 2009, p. 911, comm. P. PONCELA ; *ibid.*, 2008, p. 112, obs. B. BOULOC ; *ibid.*, p. 958, obs. A.-G. ROBERT ; *RPDP*, 2008, p. 287, comm. L. MORTET ; *ibid.*, p. 485, comm. M. DANTI-JUAN

v. n°s 50, 955

2008

Loi n° 2008-174 du 25 févr. 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental : *J. O.*, 26 févr. 2008, p. 3266 ; *D.*, 2008, chron., p. 1000, comm. J. PRADEL ; *ibid.*, p. 873, obs. E. ALLAIN ; *AJP*, 2008, p. 161, comm. M. HERZOG-EVANS ; *ibid.*, p. 223, obs. É. SENNA ; *RSC*, 2008, p. 392, comm. PH. BONFILS ; *ibid.*, p. 873, comm. S. DETRAZ ; *AJDA*, 2008, p. 714, obs. P. JAN ; *AJP*, 2008, p. 176, comm. J.-L. SENON et C. MANZANERA ; *Gaz. Pal.*, 4 avr. 2009, comm. S. DE BENALCAZAR (spéc. sur le pan de l'irresponsabilité pénale) ; *ibid.*, 4 mars 2008, p. 2, comm. B. LAVIELLE ; *ibid.*, p. 10, comm. J. DANET ; *ibid.*, 7 juin 2008, p. 20, comm. G. CASILE-HUGUES ; *Procédures*, 2008, ét. n° 4, comm. J. BUISSON (spéc. sur le pan de l'irresponsabilité pénale) ; *Dr. pén.*, 2008, ét. n° 5, comm. H. MATSOPOULOU

v. n°s 205, 400, 417, 430

2009

Loi n° 2009-1436 du 24 nov. 2009 pénitentiaire : *J. O.*, 25 nov. 2009, p. 20192 ; *D.*, 2010, p. 31, comm. M. HERZOG-EVANS ; *RSC*, 2010, p. 190, comm. P. PONCELA ; *RFDA*, 2010, p. 15, comm. F. FÉVRIER ; *AJDA*, 2010, p. 494, comm. C.-M. SIMONI ; *Procédures*, comm. n° 21, note J. BUISSON ; *Dr. pén.*, 2010, ét. n° 2, obs. J.-P. CÉRÉ ; *JCP*, 2009, I, n° 552, comm. J.-P. CÉRÉ ; *RSC*, 2010, p. 444, obs. E. GALLARDO ; *AJP*, 2009, p. 473, obs. E. PÉCHILLON ; *AJP*, 2009, p. 483, comm. M. HERZOG-EVANS (spéc. sur l'aménagement des peines) ; *AJF*, 2009, p. 484, obs. M. HERZOG-EVANS (spéc. sur le maintien des liens familiaux) ; *Gaz. Pal.*, 26 juin 2010, p. 18, note D. VIRIOT-BARRIAL (spéc. sur les dispositions sanitaires) ; *ibid.*, p. 23, note P. LAMOTHE (spéc. sur les dispositions sanitaires)
v. n° 109, 162, **188**, **189**, 222, **543**, **559**, 944, 952, 994, **1030**, 1031, 1045

2011

Loi n° 2011-13 du 5 janv. 2011 relative à la lutte contre la piraterie et à l'exercice des pouvoirs de police de l'État en mer : *J. O.*, 6 janv. 2011, p. 374 ; *AJP*, 2012, p. 578, comm. P.-E. BROUTÉ et M. JACQUOT ; *Dr. pén.*, 2011, ét. n° 5, comm. M. RECIO
v. n° 203

Loi n° 2011-392 du 14 avr. 2011 relative à la garde à vue : *J. O.*, 15 avr. 2011, p. 6610 ; *JCP*, 2011, n° 542, comm. H. MATSOPOULOU ; *ibid.*, 2011, n° 665, comm. J. PRADEL ; *D.*, 2011, p. 1570, comm. G. ROUJOU DE BOUBÉE ; *ibid.*, p. 1699, comm. J. ALIX ; *Dr. pén.*, 2011, chron. n° 7, comm. V. LESCLOUS ; *Gaz. Pal.*, 8 nov. 2011, note L. BRUNEAU ; *Gaz. Pal.*, 30 juil. 2013, p. 4, comm. D. ROETS et V. TELLIER-CAYROL
v. n° 13, 184, 217, 255, 290, 304, **309**, **337**, **384**, **469**, 474, 0, 628, **670**, 736, **670**, 735

Loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité : *J. O.*, 17 juin 2011, p. 10290 ; *Rev. crit. DIP*, 2011, p. 499, comm. D. TURPIN ; *RFDA*, 2011, p. 934, comm. H. LABEYLE ; *AJDA*, 2011, p. 1936, comm. O. LECUCQ ; *RDSS*, 2011, p. 940, note F. MANANGA (spéc. sur les mineurs isolés) ; *Dr. admin.*, 2001, étu. n° 17, comm. V. TCHEN ; *JCP A*, 2011, n° 2243, comm. V. BARBÉ ; *JCP A*, 2011, n° 2304, comm. L. DOMINGO

v. n° 184, **341**, **394**, 466, 706, **738**

Loi n° 2011-803 du 5 juil. 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge : *J. O.*, 6 juil. 2011, p. 11705 ; *RDSS*, 2011, comm. V. VIOUJAS ; *ibid.*, 2012, p. 97, comm. M. COUTURIER ; *ibid.*, 111, comm. A. FARINETTI ; *AJDA*, 2011, p. 2055, comm. C. CASTAING ; *RFDA*, 2011, p. 951, comm. A. PENA ; *LPA*, 25 oct. 2011, p. 5, comm. Y. BROUSSOLLE ; *JCP A*, 2011, n° 2295, comm. É. PÉCHILLON ; *Procédures*, 2011, comm. n° 310, note M. DOUCHY-OUDOT

v. n° 668, 706, 886

Loi n° 2011-939 du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs : *J. O.*, 11 août 2011, p. 13744 ; *Gaz. Pal.*, 10 janv. 2012, p. 16, note S. DETRAZ ; *ibid.*, 20 sept. 2011, n° 263, p. 12, comm. B. LAVIELLE et L. BELFANTI (spéc. sur les tribunaux populaires) ; *ibid.*, 10 janv. 2012, p. 8, note E. BOCCARA ; *LPA*, 30 janv. 2012, n° 21, note S. ANTONICELLI ; *RSC*, 2011, p. 667, comm. É. VERGÈS ; *D.*, 2011, p. 2286, comm. PH. BONFILS (spéc. sur le droit des mineurs) ; *D.*, 2011, p. 2293, comm. M. HUYETTE (spéc. sur la Cour d'assises) ; *Procédures*, 2011, ét. n° 11, comm. A.-S. CHAVENT-LECLÈRE
v. n° 1042

2012

Loi n° 2012-1560 du 31 déc. 2012 relative à la retenue pour vérification du droit au séjour et modifiant le délit d'aide au séjour irrégulier pour en exclure les actions humanitaires et désintéressées : *J. O.*, 1^{er} janv. 2013, p. 48 ; *AJP*, 2013, p. 8, comm. R. PARIZOT ; *RSC*, 2013, p. 421, note N. CATELAN ; *Gaz. Pal.*, 12 mars 2013, comm. L. ROBERT et P. GAGNOUD ; *JCP*, 2013, actu., n° 74, obs. N. GUIMEZANES ; *Procédures*, 2013, comm. n° 52, obs. J. BUISSON ; *Dr. admin.*, 2013, comm. n° 23, note V. TCHEN
v. n^{os} 183, 215, **216**

2013

Loi n° 2013-869 du 27 sept. 2013 modifiant certaines dispositions issues de la loi n° 2011-803 du 5 juil. 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge : *J. O.*, 29 sept. 2013, p. 16230 ; *Procédures*, 2013, comm. n° 320 ; obs. J. BUISSON ; *JCP*, 2013, n° 1065, note M. PRIMEVERT ; *Dr. famille*, 2013, comm. n° 156, obs. I. MARIA
v. n^{os} 191, 412, 490, **581**, 668, 742, 821, 955
Loi n° 2013-1117 du 6 déc. 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière : *J. O.*, 7 déc. 2013, p. 19941 ; *AJP*, 2013, p. 638, obs. CH. CUTAJAR
v. n° 472

BIBLIOGRAPHIE

A) Ouvrages

1) Thèses

- BÉRAUD (J.-M.), *La suspension du contrat de travail : essai d'une théorie générale*, Sirey, 1980, 264 p.
- BINET (M.), *La protection de la liberté individuelle contre les arrestations et les détentions arbitraires*, 1936, thèse Nancy, 293 p.
- BOSQUET-DENIS (J.-B.), *La distinction du droit pénal général et du droit pénal spécial*, LGDJ, 1977, 373 p.
- BOUCART (H.), *L'agrégation de la livraison dans la vente, essai de théorie générale*, LGDJ, 2005, 666 p.
- BOUJEKA (A.), *La provision : essai d'une théorie générale en droit français*, LGDJ, 2001, 418 p.
- CAMBOT (P.), *La protection constitutionnelle de la liberté individuelle en France et en Espagne*, *Economica*, 1998, 513 p.
- DECOCQ (A.), *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, LGDJ, 1960, 459 p.
- DREYFUS (J.-D.), *Contribution à une théorie générale des contrats entre personnes publiques*, l'Harmattan, 1997, 528 p.
- DROGOU (F.), *Essai d'une théorie générale des nullités*, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1902, 269 p.
- DUCLOS (J.), *L'opposabilité : Essai d'une théorie générale*, LGDJ, 1984, 544 p.
- ESSAID (M.-J.), *La présomption d'innocence*, Édition Laporte, 1971, 470 p.
- FOURMENT (F.), *L'arrestation, menace à la liberté individuelle, devant le droit français (de source nationale et internationale)*, 1995, thèse Paris 2, 886 p.
- FRANCK (C.), *Les fonctions juridictionnelles du Conseil Constitutionnel et du Conseil d'État dans l'ordre constitutionnel*, LGDJ, 1974, 327 p.
- GAVIN-MILLAN (É.), *Essai d'une théorie générale des contrats spéciaux de la promotion immobilière*, LGDJ, 2003
- GUILLOUD (I.-J.), *Théorie générale des calculs par approximation*, thèse Paris, 1849
- HERZOG-EVANS (M.), *La gestion du comportement du détenu : Essai de droit pénitentiaire*, l'Harmattan, 1998, 632 p.
- LEBLOIS-HAPPE (J.), *Quelles réponses à la petite délinquance ?*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2002, 821 p. (2 vol.)
- PÉCHILLON (É.), *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, LGDJ, 1998, 627 p.
- POISSON (J.-M.), *Les droits de l'Homme et les libertés fondamentales à l'épreuve de la dualité de juridictions*, l'Harmattan, 2003, 458 p.
- PORUMB (O.), *La rupture des contrats à durée indéterminée par volonté unilatérale : essai d'une théorie générale*, Les presses modernes, 1937, 255 p.
- RENOUX (TH.), *L'autorité judiciaire et le Conseil constitutionnel*, *Economica*, 1984, 606 p.
- SAVAUX (É.), *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité*, LGDJ, 1997, 382 p.
- TILLET (É.), *La Constitution anglaise, un modèle politique et institutionnel dans la France des Lumières*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2001, 626 p.

2) Mélanges

- Mélanges BOUZAT, Pédone, 1980, 539 p.
Mélanges COHEN-JONATHAN, *Libertés, justice, tolérance*, Bruylant, 2004, vol. 2, p. 1784 p. (2 vol.)
Mélanges HAMEL, *Dix ans de conférences d'agrégation*, Dalloz, 1961, 557 p.
Mélanges HUGUENEY, *Problèmes contemporains de procédure pénale*, Sirey, 1964, 300 p.
Mélanges JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, Dalloz, 1964, 668 p.
Mélanges KAYSER, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1979, 502 p.
Mélanges OTTENHOF, *Le champ pénal*, Dalloz, 2006, 492 p.
Mélanges VITU, *Droit pénal contemporain*, Cujas, 1989, 468 p.
Mélanges WIARDA, *Protection des droits de l'Homme : la dimension européenne*, Franz Matscher, 1988, 758 p.

3) Ouvrages généraux et monographies

- BADINTER (R.), *La prison républicaine*, Fayard, 1992, 429 p.
BERGEL (J.-L.), *Théorie générale du Droit*, Dalloz, 1985, 367 p.
BÜCK (V.), *L'influence des cours constitutionnelles sur la politique pénale Étude comparée France – Espagne*, LGDJ, 2002, 492 p.
COMITÉ NATIONAL CHARGÉ DE LA PUBLICATION DES TRAVAUX PRÉPARATOIRES DES INSTITUTIONS DE LA V^E RÉPUBLIQUE, *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre*, La Documentation française, 1987, 4 vol.
CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 9^e éd., 2011
DABIN (J.), *Théorie générale du Droit*, Dalloz, 2^e éd., 1969, 424 p.
FAVOREU (L.), *Droit constitutionnel et droit de l'homme*, Economica, 1987, 511 p.
FOUCAULT (M.), *Surveiller et punir*, Gallimard, 1975, 318 p.
FOYER (J.) et KHAÏAT (L.) (sous la dir. de), *Droit et sida, comparaison internationale*, CNRS droit, 1994, 482 p.
HAESAERT (J.), *Théorie générale du Droit*, Bruylant, 1948, 497 p.
HERZOG-EVANS (M.), *Droit de l'application des peines*, Dalloz, 2005, 908 p.
LARGUIER (J.), *Le droit pénal*, PUF, coll. *Que sais-je*, 2006, 127 p.
LEBRETON (G.), *Libertés publiques et droits de l'Homme*, Armand Colin, 1995, 462 p.
LEROY (J.), *La garde à vue après la réforme*, Lexisnexis, 2011, 114 p.
MALABAT (V.), LAMY (B., DE), M. GIACOPELLI (M.) (sous la dir. de), *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale : opinio doctorum*, Dalloz, 2009, p. 171 à 177
MALAURIE (P.) et AYNES (L.), *Droit civil Contrats spéciaux*, Cujas, 14^e éd., 2001, 757 p.
MAUS (D.), FAVOREU (L.), PARODI (J.-L.) (sous la dir. de), *L'écriture de la Constitution de 1958*, Economica, 1992, 852 p.
MERLE (R.) et VITU (A.), *Traité de droit criminel*, 7^e éd, 1989, Cujas, T. 1 (Droit pénal général), 1048 p.
MORTET (L.), *La suspension médicale de peine*, 2006, l'Harmattan, 224 p.
MURDOCH (J.-L.), *L'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme la protection de la liberté et de la sûreté de la personne*, Dossiers sur les droits de l'homme n° 12 (révisé), Les éditions du Conseil de l'Europe, 2003, 140 p.
PANZANI (A.), *Une prison clandestine de la police française : Arenc*, Maspero, 1975, 102 p.
PETTITI (L.-E.) et DECAUX (E.) (sous la dir. de), *La Convention européenne des droits de l'Homme : commentaire article par article*, Economica, 1999, 2^e éd., 1230 p.
PRADEL (J.) et DANTI-JUAN (M.), *Droit pénal spécial*, Cujas, 3^e éd., 2004, 837 p.
PRADEL (J.), *Droit pénal comparé*, Dalloz, 1995, 733 p.
PRADEL (J.), *Traité de droit pénal et de science criminelle comparée*, Cujas, 12^e éd., 1999, 783 p.

RASSAT (M.-L.), *Droit pénal général*, Ellipses, 2^e éd., 2006, 635 p.
 RASSAT (M.-L.), *Droit pénal spécial*, Dalloz, 5^e éd., 2006, 724 p.
 RENOUX (Th.) et VILLIERS (M., de) (annotations), *Code constitutionnel*, Litec, 2005.
 RIVERO (J.), *Les libertés publiques*, PUF, 1991, Tome II, 417 p.
 ROBERT (J.) et DUFFAR (J.), *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Montchrestien, 7^e éd., 1999, 808 p.
 ROUSSEAUD DE LA COMBE (G., DU), *Traité des matières criminelles*, Théodore Le Gras, Paris, 1751
 SCHUTTER (O., DE) et KAMINSKI (D.) (sous la dir. de), *L'institution du droit pénitentiaire : enjeux de la reconnaissance des droits aux détenus*, LGDJ, 308 p.
 STAECHELÉ (F.), *La pratique de l'application des peines*, Litec, 1995, 419 p.
 SUDRE (F.), *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 7^e éd., 2005, 715 p.
 VEIL (C.) et LHUILIER (D.) (sous la dir. de), *La prison en changement*, Erès, 2000, 303 p.
 WACHSMANN (P.), *Les libertés publiques*, Dalloz, 5^e éd., 2005, 676 p.

B) Articles

AFROUKH (M.), « L'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme dans la jurisprudence administrative » ; *RFDA*, 2012, p. 1153
 AMBROISE-CASTÉROT (C.), « Arrestation » ; *Rép. pén. Dalloz*
 ARMAND (G.), « Juge administratif et autorité judiciaire : quelles fonctions dans la sauvegarde de la liberté individuelle après la loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives » ; *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, Presses universitaires de Caen, 2002
 AUBERGNON (P.), « Droit du travail et prison : le changement maintenant ? » ; *RDT*, 2013, p. 309
 BACH (L.), « Conflits de lois dans le temps » ; *Rép. civ. Dalloz*
 BEN KEMOUN (L.), « Modestes propositions pour limiter la détention provisoire, cette autre addiction française » ; *D.*, 2013, p. 1079
 BENETTI (J.), « Les incidences de la question prioritaire de constitutionnalité sur le travail législatif : d'une logique de prévention à une logique de correction des inconstitutionnalités » ; *Constitutions*, 2011, p. 42
 BENHAMOU (Y.), « Le contrôle du juge judiciaire sur les hospitalisations psychiatriques sous contrainte : l'exemple de la cour d'appel de Douai » ; *Gaz. Pal.*, 26 avr. 2012, p. 5
 BÉROUJON (CH.), « Le contentieux de la rétention administrative des étrangers en situation irrégulière » ; *RSC*, 2011, p. 69
 BERTHIER (L.) et CAIRE (A.-B.), « La motivation des décisions de justice et la Convention européenne des droits de l'homme : de l'intime conviction des jurys d'assises à la conviction des destinataires des décisions de justice » ; *RFDA*, 2009, p. 677
 BESSON (A.), « La police judiciaire et le Code de procédure pénale » ; *D.*, 1958, chron. n° 21, p. 129
 BLANCHI (V.), « La défense en matière disciplinaire » ; *AJP*, 2005, p. 407
 BLONDET (M.), « L'enquête préliminaire dans le nouveau Code de procédure pénale » ; *JCP*, 1959, I, n° 1513
 BONFILS (PH.), « L'autonomie du droit pénal des mineurs, entre consécration et affaiblissement » ; *AJP*, 2012, p. 312
 BONFILS (PH.), « Le droit pénal substantiel des mineurs » ; *AJP*, 2005, p. 45
 BONICHOT (J.-C.), « L'évolution récente de l'extradition passive en France » ; *AFDI*, 1984, p. 19
 BONNOTTE (CH.), « La contestation des décisions de maintien en rétention administrative et en zone d'attente devant le juge judiciaire et le juge administratif » ; *AJDA*, 2004, p. 694
 BOSSAN (J.), « La visioconférence dans le procès pénal : un outil à maîtriser » ; *RSC*, 2011, p. 801
 BOUJU (D.), « Le détenu face aux mesures d'ordre intérieur » ; *RDP*, 2005, p. 597
 BOULOC (B.), « Le sort des gardes à vue effectuées avant l'entrée en vigueur de la loi du 14 avril 2011 » ; *AJP*, 2012, p. 222
 BOULOC (B.), « Les abus en matière de procédure pénale » ; *RSC*, 1991, p. 221
 BOURGOIN (N.), « Le suicide en prison : l'exemple du criminel contre un proche » ; *RSC*, 1993, p. 575
 BOURREL (A.), « Le pouvoir d'injonction du juge des référés d'urgence » ; *RDP*, 2010, p. 927
 BOUVIER (J.-C.), « Une nouvelle peine au service de la probation » ; *AJP*, 2013, p. 132
 BRIMO (S.), « Le droit au travail pénitentiaire : un droit sans droit... et sans travail » ; *RDSS*, 2013, p. 251
 BRUNET (B.), « Le juge judiciaire et les libertés individuelles à l'occasion de l'application de l'article 35 bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945 » ; *Gaz. Pal.*, 16 janv. 1996, doct., p. 61
 BRUSTON (P.), « La rétention de sûreté est-elle une modalité d'application des peines » ; *AJP*, 2008, p. 403
 BÜCK (V.), « Vers un contrôle plus étendu de la garde à vue : l'exemple du contentieux relatif à la notification immédiate des droits » ; *RSC*, 2001, p. 325

BUISSON (J.), « La garde à vue dans la loi du 15 juin 2000 » ; *RSC*, 2001, p. 25

BUISSON (J.), « Le placement en garde à vue » ; *RSC*, 2001, p. 671

BUISSON (J.), « Le référé-détention du procureur de la République issu de la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 » ; *Procédures*, 2002, chron. n° 13

BULLIER (A.), « La Cour suprême s'oppose au président » ; *Dr. pén.*, 2004, ét. n° 13

CAILLOSSE (J.), « Les justifications du maintien actuel du dualisme juridictionnel » ; *AJDA*, 2005, p. 1781

CANIVET (G.), « Le juge judiciaire dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel » ; *CCC*, n° 16, 2004

CAUSSE (H.), « Le principe de sûreté et le droit à la sécurité : regards sur la future loi "sécurité quotidienne" » ; *Gaz. Pal.*, 20 déc. 2001, p. 2

CAYLA (J.-S.), « Un aspect de la loi "Sécurité et liberté" : la protection de la liberté des malades hospitalisés pour troubles mentaux » ; *RDSS*, 1981, p. 245

CAZALA (J.), « L'adage male captus bene detentus face au droit international » ; *JDI*, 2007, doct., n° 8

CÉRÉ (J.-P.) et PÉCHILLON (É.), « Le contrôle du placement à l'isolement : une nouvelle étape dans la formation du droit pénitentiaire » ; *RPDP*, 2003, p. 389

CÉRÉ (J.-P.), « L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et le procès disciplinaire en prison » ; *JCP*, 2001, I, n° 316

CÉRÉ (J.-P.), « La rétention de sûreté à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'Homme » ; *AJP*, 2008, p. 220

CÉRÉ (J.-P.), « Le détenu malade : le traitement du droit européen » ; *AJP*, 2010, p. 325

CÉRÉ (J.-P.), « Le droit disciplinaire pénitentiaire entre jurisprudence interne et jurisprudence européenne » ; *AJP*, 2005, p. 393

CÉRÉ (J.-P.), « Le nécessaire contrôle du pouvoir disciplinaire dans les prisons françaises » ; *RSC*, 1994, p. 597

CÉRÉ (J.-P.), « Les règles pénitentiaires européennes et les conditions de détention » ; *Gaz. Pal.*, 2013, n° 40, p. 19

CÉRÉ (J.-P.), « La mise en conformité du droit pénitentiaire français avec les règles pénitentiaires européennes : réalité ou illusion ? » ; *RPDP*, 2009, p. 11

CHARIOT (P.), « L'intervention du médecin en garde à vue » ; *AJP*, 2004, p. 279

CHETARD (G.), « La proportionnalité de la répression dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel » ; *RSC*, 2013, p. 51

CID (J.), « L'emprisonnement est-il criminogène ? » ; *AJP*, 2011 p. 392

COELHO (J.), « Garde à vue, examen médical et confidentialité » ; *AJP*, 2006, p. 35

COLIN (M.) et JEAN (J.-P.), « Droit aux soins et amélioration de la condition des détenus : deux objectifs indissociables » ; *RF aff. soc.*, 1997, p. 17

COURTIN (CH.), « La surveillance post-carcérale des personnes dangereuses et l'application de la loi pénale dans le temps » ; *Dr. pén.*, 2008, ét. n° 11

COUVRAT (P.), « Santé et système pénitentiaire : applications et implications de la loi du 18 janvier 1994 » ; *RSC*, 1997, p. 169

COUVRAT (P.), « Les règles pénitentiaires du Conseil de l'Europe » ; *RSC*, 1988, p. 132

COUVRAT (P.), « Le regard du Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants » ; *RSC*, 2002 p. 145.

CROUY-CHANEL (M. DE), NOËL (E.) et SANNIER (O.), « Les aménagements de peine pour raison médicale : approche médico-judiciaire pour une meilleure mise en œuvre » ; *AJP*, 2010 ; p. 318

DAMON (J.), « La prise en charge des vagabonds, des mendiants et des clochards : une histoire en mouvement » ; *RDSS*, 2007 p. 933

DAMON (J.), « Zéro SDF : un objectif souhaitable et atteignable » ; *Dr. Soc.*, 2008, p. 349

DANET (J.) et LAVIEILLE (B.), « La juste peine » ; *Gaz. Pal.*, 2000, doct., p. 888

DARBÉDA (P.), « Prison et santé » ; *RSC*, 1987, p. 743

DEBOVE (F.), « Libertés physiques du détenu et droit européen : ou l'histoire d'une Convention passe-muraille » ; *RPDP*, 1997, p. 49

DEFFAINS (N.), « De la responsabilité de l'État du fait des conditions de détention » ; *Gaz. Pal.*, 9 févr. 2013, p. 12

DELAGE (P.-J.), « La dangerosité comme éclipse de l'imputabilité et de la dignité » ; *RSC*, 2007, p. 797

DELAGE (P.-J.), « La liberté individuelle sacrifiée (à propos de circulaire n° NOR : JUSD0630020C du 21 février 2006) » ; *Dr. pén.*, 2006, chron. n° 21

DELMAS SAINT-HILAIRE (J.-P.), « Les principes de la légalité des délits et des peines » ; in *Mélanges Bouzat*, Pédone, 1980, p. 149

DELMAS-MARTY (M.), « Sécurité et dangerosité » ; *RFDA*, 2011, p. 1096

DELVOLVÉ (P.), « Sécurité et sûreté » ; *RFDA*, 2012, p. 1085

DESPREZ (F.), « De la garde à vue du mineur de seize ans dans le cadre de l'enquête pour criminalité organisée » ; *D.*, 2007, p. 2679

DETRAGIACHE-TROPER (D.), « Des prescriptions de nature réglementaire correctionnellement sanctionnées » ; *AJDA*, 1978, p. 411

DETRAZ (S.), « La retenue douanière des personnes : une anomalie persistante de la procédure pénale » ; *Dr. pén.*, 2010, ét. n° 4

DEVOTO (J.-P.), « Les mourants en prison » ; *RFAS*, 1997, p. 225

DOLCINI (E.) et MARINUCCI (G.), « La Constitution et le droit pénal en Italie : structure de l'infraction et contraintes pour le législateur dans le choix des biens juridiques » ; *RSC*, 1996, p. 317

DOMINO (X.) et BRETONNEAU (A.), « *Custodire ipsos custodes* : le juge administratif face à la prison » ; *AJDA*, 2011, p. 1364

DOURNEAU-JOSETTE (P.), « Les conditions de détention et la Cour européenne des droits de l'Homme » ; *Gaz. Pal.*, 2013, n° 40

DRAGO (G.), « La conciliation entre principes constitutionnels » ; *D.*, 1991, chron., p. 265

DREYER (E.), « La dignité opposée à la personne » ; *D.*, 2008, p. 2730

DREYER (E.), « Le Conseil constitutionnel et la matière "pénale" : la QPC et les attentes déçues... » ; *JCP*, 2011, doct., n° 976

DUMONTET (B.), « L'avocat et la garde à vue : aspects pratiques et critiques » ; *AJP*, 2004, p. 275

DURAND (P.), « La décadence de la loi dans la Constitution de la V^e République » ; *JCP*, 1959, I, n° 1470.

DUTHÉ (G.), HAZARD (A.), KENSEY (A.) ET PAN KÉ SHON (J.-L.), « Suicide en prison : la France comparée à ses voisins européens » ; *Population et sociétés*, n° 462, déc. 2009

ECOCHARD (B.), « L'émergence d'un droit à des conditions de détention décentes garanti par l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme » ; *RFDA*, 2003, p. 99

ENSCHEDÉ (CH. J.), « Quelques problèmes concernant la fixation de la peine » ; *RSC*, 1965, p. 787

ERRERA (R.), « Les limites d'une contrainte : l'exécution d'office dans le droit des étrangers » ; *AJDA*, 1999, num. spécial, p. 49

ESER (A.) et ROBINSON (C.), « Le droit du prévenu au silence et son droit à être assisté par un défenseur au cours de la phase préjudiciaire en Allemagne et aux États-Unis d'Amérique » ; *RSC*, 1967, p. 567

FABRE-MAGNAN (M.), « Le domaine de l'autonomie personnelle : indisponibilité du corps humain et justice sociale » ; *D.*, 2008, p. 31

FARINA-CUSSAC (J.), « La sanction punitive dans les jurisprudences du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'Homme : éléments pour une comparaison » ; *RSC*, 2002, p. 517

FAUVEAU IVANOVIC (N.) et MORICEAU (P.), « *La détention et la mise en liberté provisoire devant les juridictions internationales* » ; *D.*, 2011, p. 1368

FAVOREU (L.), « Brèves observations sur la situation du parquet au regard de la Constitution » ; *RSC*, 1994, p. 675

FAVOREU (L.), « La constitutionnalisation du droit pénal et de la procédure pénale : vers un droit constitutionnel pénal » ; in *Mélanges Vitu, Droit pénal contemporain*, Cujas, 1989, p. 169

FELTZ (F.), « Des soins sous contrainte » ; *RF aff. soc.*, 1997 p. 85

FIECHTER-BOULVARD (F.), « La dangerosité : encore et toujours... » ; *AJP*, 2012, p. 67

FINES (F.), « L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle dans la jurisprudence constitutionnelle » ; *RFDA*, 1994, 594 p.

FIZE (M.), « L'impossible contrôle du pouvoir disciplinaire en prison au siècle dernier » ; *RSC*, 1988, p. 751

FORT (F.-X.), « La protection de la dignité de la personne détenue » ; *AJDA*, 2010, p. 2249

FOURMENT (F.), « Après l'abolition de la peine de mort, l'"abolition" de la peine de réclusion criminelle à perpétuité réelle ? » ; *Gaz. Pal.*, 3 sept. 2011, n° 246, p. 26.

FOURMENT (F.), « *Contrôles d'identité* : "Contrôlez, contrôlez, il en restera toujours quelque chose" » ; *Gaz. Pal.*, 14 janv. 2012, p. 8

FOURMENT (F.) et MORTET (L.), « Le contrôle de l'autorité judiciaire sur les mesures de contrainte : le cas de la garde à vue » ; in *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale* : opinio doctorum, sous la dir. de V. MALABAT, B. DE LAMY, M. GIACOPELLI, Dalloz, 2009, p. 171 à 177

FRAISSE (R.), « Le Conseil constitutionnel exerce un contrôle conditionné, diversifié et modulé de la proportionnalité » ; *LPA*, 5 mars 2009, p. 74

FRÉDÉRIC (J.-P.), « La judiciarisation du maintien de l'ordre public : des maux... aux actes ! » ; *AJP*, 2013, p. 208

FRICERO (N.), « *L'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme : un enjeu pour l'Europe* » ; *LPA*, 2 mars 2006, p. 37

FROMENT (J.-CH.), « Vers une "prison de droit" ? » ; *RSC*, 1997, p. 537

GACON (H.), « *L'intervention du juge judiciaire dans la procédure de rétention administrative : une garantie pour les étrangers, mais pour combien de temps ?* » ; *AJP*, 2008, p. 16

GAGNOUD (P.), « L'article 78 du Code de procédure pénale et la comparution forcée du témoin récalcitrant au cours de l'enquête préliminaire : ordre de comparution ou mandat d'amener policier ? » ; *Gaz. Pal.*, 12 août 2003, p. 2

- GAGNOUD (P.), « L'avis donné au procureur de la République du placement en garde à vue d'un suspect, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 15 juin 2000 renforçant la présomption d'innocence et les droits des victimes » ; *Gaz. Pal.*, 1^{er} déc. 2001, p. 3
- GAGNOUD (P.), « Le délai de présentation devant le procureur de la République à l'issue de la garde à vue : la pratique du "petit dépôt de nuit" enfin légalisée » ; *Gaz. Pal.*, 3 juin 2004, p. 2
- GAGNOUD (P.), « Les nullités de la garde à vue : essai d'un bilan » ; *Gaz. Pal.*, 2000, chron., p. 2175
- GALLET (J.-L.), « Juge judiciaire et droit administratif » ; *AJDA*, 2013, p. 391
- GASSIN (R.), « Les fondements juridiques de la réinsertion des délinquants en droit positif français » ; *RSC*, 1996, p. 155
- GASSIN (R.), « Liberté individuelle » ; *Rép. pén. Dalloz*
- GIOVANNONI (L.), « La présence de la Cimade dans les centres de rétention administrative » ; *AJP*, 2004, p. 108
- GIUDICELLI (A.), « Le principe de la légalité en droit pénal français : aspects légistiques et jurisprudentiels » ; *RSC*, 2007, p. 509
- GIUDICELLI (C.), « L'étendue des nullités au cours de l'enquête pénale : quel contrôle de la police judiciaire ? » ; *AJP*, 2008, p. 445
- GIUDICELLI-DELAGE (G.), « Droit pénal de la dangerosité : droit pénal de l'ennemi » ; *RSC*, 2010, p. 69
- GOESEL-LEBIHAN (V.), « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel » ; *CCC*, 2007, n° 22
- GOESEL-LEBIHAN (V.), « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel : présentation générale » ; *LPA*, 5 mars 2009, p. 62
- GOESEL-LEBIHAN (V.), « Réflexion iconoclaste sur le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel » ; *RFD const.*, 1997, p. 227
- GOGORZA (A.), « Arrestation et garde à vue : des fondements et de la régularité des interpellations pendant la phase policière » ; *Dr. pén.*, n° 10, 2012, ét. n° 23
- GOMA MACKOUNDI (R.), « La réparation des préjudices nés de la détention provisoire et du placement sous contrôle judiciaire » ; *AJP*, 2013, p. 391
- GOUTTES (R., DE), « Article 5 § 2 » ; in *La Convention européenne des droits de l'Homme commentaire article par article*, sous la direction de L.-E. PETTITI et E. DECAUX, Economica, 1999, 2^e éd., p. 205
- GRABOY-GROBESCO (A.), « Les séjours psychiatriques sous contraintes et l'évolution des droits des malades » ; *AJDA*, 2004, p. 65
- GRAÈVE (L. DE), « Juridictions de l'application des peines » ; *Rép. pén. Dalloz*
- GRAÈVE (L. DE), « Le droit à la vie et l'administration pénitentiaire : soumission du monde carcéral aux exigences du principe de prévention » ; *RFDA*, 2009, p. 947
- GUÉRY (CH.) et CHAMBON (P.), *Rép. Droit et pratique de l'instruction préparatoire*, n° 145.64
- GUÉRIN (D.), « L'évolution de la notion juridique de garde à vue » ; *RPDP*, 2000, p. 16
- GUYOMAR (M.), « Le juge administratif, juge pénitentiaire » ; in *Mélanges offerts en l'honneur du professeur Jégouzo*, Terres du droit, D., 2009
- GUYOMAR (M.), « La justiciabilité des mesures pénitentiaires devant le juge administratif » ; *AJDA*, 2009, p. 413
- HABER (S.), « Hegel : la liberté individuelle (principes de la philosophie du droit, § 4-29) » ; *Philosophique*, n° 15, 2012, p. 11
- HARAVON (M.), « Tolérance zéro : où en est le tout-carcéral en Angleterre et aux États-Unis » ; *D.*, 2013, p. 2235
- HENNETTE-VAUCHEZ (S.), « Kant contre Jéhovah ? : refus de soin et dignité de la personne humaine » ; *D.*, 2004, p. 3154
- HENNION-JACQUET (P.), « Dignité et détention des personnes souffrant de troubles mentaux : et si la justice s'arrêtait aux portes des prisons ? » ; *RDSS*, 2009, p. 509
- HERZOG-EVANS (M.) et PÉCHILLON (É.), « L'entrée des avocats en prison » ; *D.*, 2000, p. 481
- HERZOG-EVANS (M.), « La suspension de peine médicale a deux ans ou vers un droit de ne pas mourir en prison » ; fascicule fourni dans le dossier documentaire de la conférence Prisons d'Europe, sixièmes journées européennes de droit de Nancy, 2004
- HERZOG-EVANS (M.), « Droit commun pour les détenus » ; *RSC*, 1995, p. 621
- HERZOG-EVANS (M.), « Fouilles corporelles et dignité de l'Homme » ; *RSC*, 1998, p. 735
- HERZOG-EVANS (M.), « La révolution pénitentiaire française » ; in *L'institution du droit pénitentiaire : enjeux de la reconnaissance des droits aux détenus*, sous la direction de O. DE SCHUTTER et D. KAMINSKI, LGDJ, p. 17
- HERZOG-EVANS (M.), « La suspension de peine médicale ou vers un droit de ne pas mourir en prison » ; fascicule fourni dans le dossier documentaire de la conférence *Prisons d'Europe*, sixièmes journées européennes du droit de Nancy, 2004
- HERZOG-EVANS (M.), « Les voies du droit contre la surpopulation carcérale » ; in *Mélanges Ottenhorf*, Le champ pénal, *Dalloz*, p. 197

- HERZOG-EVANS (M.), « Outils d'évaluation : sortir des fantasmes et de l'aveuglement idéologique » ; *AJP*, 2012, p. 75
- HODGSON (J.) et RICH (G.), « L'avocat et la garde à vue : expérience anglaise et réflexions sur la situation actuelle en France » ; *RSC*, 1995, p. 319
- HUYETTE (M.), « Comment motiver les décisions de la Cour d'assises ? » ; *D.*, 2011, p. 1158
- J.-P. CÉRÉ (J.-P.), « Prospective sur la répartition juridictionnelle des compétences en droit de l'exécution des peines » ; *RSC*, 1999, p. 874
- JAKOBS (G.), « Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi » ; *RSC*, 2009, p. 7
- JORAT (M.), « Supprimer la justice administrative... deux siècles de débats » ; *RFDA*, 2008, p. 456
- JULIEN-LAFERRIÈRE (F.), « La délimitation des compétences de la juridiction administrative et de la juridiction judiciaire en matière de rétention administrative et de maintien en zone d'attente » ; *Rev. crit. DIP*, 2002, p. 255
- JUSSEAUME (PH.), « L'expertise psychiatrique, ses pièges, ses limites... » ; *AJP*, 2012, p. 70
- KAMINSKI (D.), « Violence et emprisonnement » ; *D.*, 2013, p. 461
- KARSENTY (D.), « L'article 63-1 du Code de procédure pénale dans la jurisprudence de la Chambre criminelle » ; *Dr. pén.*, 2000, chron. n° 21
- KARSENTY (D.), « La réparation des détentions » ; *JCP*, 2003, I, n° 108
- KEBEICH (M.), « L'assistance d'un conseil, comme moyen de la défense de l'inculpé, dans le droit français, le droit égyptien et le droit des États-Unis d'Amérique » ; *RSC*, 1985, p. 271
- KOERING-JOULIN (R.) et SEUVIC (J.-F.), « Droits fondamentaux et droit criminel » ; *AJDA*, 1998, p. 106
- LALANDE (F.), « La santé des détenus et l'état du système de soins avant la réforme » ; *RF aff. soc.*, 1997, p. 6
- LAMBERT (O.), « L'audition hors garde à vue des mineurs mis en cause » ; *JCP*, 2013, n° 821
- LAMY (B. DE), « L'avancée de la conception matérielle de la légalité criminelle » ; *D.*, 2004, p. 2756
- LAMY (B. DE), « La conception constitutionnelle de la légalité pénale et les aléas de la jurisprudence de la Chambre criminelle » ; *RSC*, 2012, p. 221
- LAMY (B. DE), « Le juge des libertés et de la détention : un trompe l'œil ? » ; *Dr. pén.*, 2007, étu. n° 13
- LANDAIS (C.) et LENICA (F.), « Le placement d'office et ses deux juges » ; *AJDA*, 2005, p. 1231
- LAVIEILLE (B.), « La peine, demain comme aujourd'hui ? » ; *AJP*, 2013, p. 186
- LAZERGES (CH.), « La démolition méthodique de la justice des mineurs devant le Conseil constitutionnel » ; *RSC*, 2011, p. 728
- LAZERGES (CH.), « La question prioritaire de constitutionnalité devant le Conseil constitutionnel en droit pénal : entre audace et prudence » ; *RSC*, 2011, p. 193
- LAZERGES (CH.), « La tentation du bilan 2002-2009 : une politique criminelle du risque au gré des vents » ; *RSC*, 2009, p. 689
- LAZERGES (CH.), « Le choix de la fuite en avant au nom de la dangerosité : les lois 1, 2, 3, 4, 5, etc. sur la prévention et la répression de la récidive » ; *RSC*, 2012, p. 274
- LAZERGES (CH.), « Les désordres de la garde à vue » ; *RSC*, 2010, p. 275
- LÉAUTÉ (J.), « Pour une responsabilité de la puissance publique en cas de détention préventive abusive » ; *D.*, chron., 1966, p. 61
- LÉAUTÉ (J.), « Le changement de fonction de la règle "*nullum crimen sine lege*" » ; in *Mélanges Hamel*, Dalloz, 1961, p. 81
- LEBLOIS-HAPPE (J.), « Continuité et discontinuité dans les nouvelles réformes de la procédure pénale » ; *JCP*, 2007, I, n° 181
- LEBLOIS-HAPPE (J.), « Rétention de sûreté vs *Unterbringung in die Sicherungsverwahrung* : les enseignements d'une comparaison franco-allemande » ; *AJP*, 2008, p. 209
- LENNON (J.-L.), « L'arrestation flagrante du délinquant sur le fondement de l'article 73 du code de procédure pénale » ; *D.*, 2005, p. 2920
- LEROY (J.), « Garde à vue » ; *J.-Cl. Pénal*, fasc. 20
- LEROY (J.), « Garde à vue : le droit à l'avocat » ; *Gaz. Pal.*, 30 juil. 2013, p. 19
- LESCLOUS (V.) et MARSAT (C.), « Garde à vue : défèrement au parquet » ; *Dr. pén.*, 1997, chron. n° 27
- LEVASSEUR (G.), « Réflexions sur la compétence : un aspect négligé du principe de la légalité » ; in *Mélanges Hugueney, Problèmes contemporains de procédure pénale*, Sirey, 1964, p. 13
- LEVASSEUR (G.), « Une révolution en droit pénal : le nouveau régime des contraventions » ; *D.*, 1959, chron. n° 18
- LHUILIER (D.), « La santé en prison : permanence et changement » ; in *La prison en changement*, sous la dir. de C. VEIL et D. LHUILIER, Erès, 2000, p. 187
- LIÉNARD (L.-F.), « L'avocat et la garde à vue : le malaise » ; *Gaz. Pal.*, 20 mars 2012, p. 14
- LOCHAK (D.), « L'entrée et le séjour des étrangers en France, une législation sous influence » ; *AJDA*, 1989, p. 586
- LOSCHAK (D.), « Le principe de légalité Mythes et mystifications » ; *AJDA*, 1981, p. 387

- LUCAS (K.), « L'initiative de l'hospitalisation d'office : un pouvoir partagé au service d'un contrôle sanitaire et social renforcé » ; *RDSS*, 2010, p. 1077
- LUCHAIRE (F.), « La sécurité juridique en droit constitutionnel français » ; *CCC*, 2001, n° 11, p. 60
- LUCHAIRE (F.), « La sûreté : droit de l'homme ou sabre de M. Prudhomme ? » ; *RDP*, 1989, p. 609
- MAIL-FOUILLEUL (S.), « Les droits de la défense et le juge de l'application des peines » ; *Dr. pén.*, 2001, chron. n° 7
- MASTOR (W.) et LAMY (B. DE), « À propos de la motivation sur la non-motivation des arrêts d'assises : "je juge donc je motive" » ; *D.*, 2011, p. 1154
- MATHIEU (B.), « La dignité de la personne humaine : quel droit, quel titulaire ? » ; *D.*, chron., 1996, p. 285
- MATHIEU (G.), « L'application de la loi pénale dans le temps (dans la perspective du nouveau code pénal) » ; *RSC*, 1995, p. 257
- MATSOPOULOU (H.), « Le renouveau des mesures de sûreté » ; *D.*, 2007, chron., p. 1607
- MAYER (D.), « Vers un contrôle du législateur par le juge pénal ? » ; *D.*, 2001, Chron., p. 1643
- MAZIAU (N.), « Brefs commentaires sur la doctrine du droit vivant dans le cadre du contrôle incident de constitutionnalité » ; *D.*, 2011, p. 529
- MAZIAU (N.), « Nouveaux développements dans la mise en œuvre de la question prioritaire de constitutionnalité : le filtre au service des évolutions jurisprudentielles de la Cour de cassation » ; *D.*, 2011, p. 2811
- MBANZOULOU (P.), « La dangerosité des détenus : un concept flou aux conséquences bien visibles : le PSEM et la rétention de sûreté » ; *AJP*, 2008, p. 171
- MEINDL (TH.), « Les implications constitutionnelles de la suppression du juge d'instruction » ; *RSC*, 2010, p. 395
- MÉSA (R.), « Lacunes et incohérences du régime de l'assignation à résidence avec surveillance électronique des articles 142-5 et suivants du Code de procédure pénale » ; *Gaz. Pal.*, 16 avr. 2013, p. 12
- MESNIL DU BUISSON (G. DU), « Justice et châtement : de nouvelles attentes pour la peine » ; *RSC*, 1998, p. 255
- MIANSONI (C.), « L'initiative du placement en garde à vue » ; *AJP*, 2012, p. 517
- MILLET (J.) ET HABASQUE (É.), « Le régime juridique de la dispersion des attroupements au lendemain du décret relatif à l'emploi de la force pour le maintien de l'ordre public » ; *JCP A*, 2011, n° 2317
- MISTRETTA (P.), « La protection de la dignité de la personne et les vicissitudes du droit pénal » ; *JCP*, I, 2005, n° 100
- MODERNE (F.), « Les protections et les garanties constitutionnelles des droits et des libertés en France » ; *in Droit constitutionnel et droit de l'homme*, Economica, 1987, p. 65
- MOLINER-DUBOST (M.), « À propos d'une autre « jurisprudence immobile » : le contentieux des sanctions disciplinaires infligées aux détenus » ; *AJDA*, 2013, p. 1380
- MOLINER-DUBOST (M.), « Le point sur la compatibilité du placement à l'isolement des détenus avec l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme » ; *AJP*, 2007, p. 160
- MOREAU (J.), « Le droit à la santé » ; *AJDA*, n° spéc., 1988, p. 185
- MOYEN (L. S.), « Vers un déclin du principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire : réflexions sur le nouveau Code pénal » ; *Gaz. Pal.*, 28 juil. 2001, p. 16
- MURILLO (C.), « Le droit à la santé des détenus sous le regard de la CEDH » ; *Gaz. Pal.*, 15 janv. 2011, p. 30
- MURRAY (J.) et FARRINGTON (D.), « Les effets sur l'enfant de l'incarcération parentale » ; *AJP*, 2011, p. 398
- NORMAND (J.), « Le juge judiciaire, gardien non-exclusif des libertés : le cas des étrangers » ; *RTD civ.*, 1996, p. 235
- NORMAND (J.), « Le juge judiciaire, juridiction d'exception des atteintes portées par les autorités administratives à la liberté individuelle » ; *RTD civ.*, 1998, p. 181
- OVERNEY (S.), « L'"expert", coauteur des décisions d'hospitalisation d'office des malades mentaux » ; *Dr. admin.*, 2002, chron. n° 12
- PARIZOT (R.), « Prévention du meurtre : la Cour européenne des droits de l'Homme va-t-elle trop loin ? » ; *D.*, 2013, p. 188
- PÉCHILLON (É.), « Le droit des unités hospitalières spécialement aménagées (UHSA) : la création progressive de zones pénitentiaires dans les hôpitaux psychiatriques » ; *AJP*, 2010, p. 322
- PEZAN (J.-L.), « Les dispositions instituant un système de délimitation des compétences législatives et réglementaires » ; *in L'écriture de la Constitution de 1958*, sous la dir. de D. MAUS, L. FAVOREU et J.-L. PARODI, Economica, 1992, p. 509
- PFERSMANN (O.), « Regard externe sur la protection de la confiance légitime en droit constitutionnel allemand » ; *RFDA*, 2000, p. 246
- PHILIP (L.), « La constitutionnalisation du droit pénal français » ; *RSC*, 1985, p. 711
- PHILIP (L.), « Les internements administratifs » ; *D.*, 1962, chron., n° 22
- PICARD (M.) et TITUIN (P.), « Article 5 § 3 » ; *in La Convention européenne des droits de l'Homme : commentaire article par article*, sous la direction de L.-E. PETTITI et E. DECAUX, Economica, 2^e éd., 1999, p. 21
- PIN (X.), « La théorie du consentement de la victime en droit pénal allemand » ; *RSC*, 2003, p. 259

PIWNICA (E.), « N'est-il pas temps de s'interroger à nouveau sur le contrôle de constitutionnalité de la loi promulguée » ; *LPA*, 22 déc. 2004, p. 3

PONCELA (P.), « Finir sa peine : libre ou suivi ? » ; *RSC*, 2007, p. 883

PONCELA (P.), « La crise du logement pénitentiaire » ; *RSC*, 2008, p. 972

PONCELA (P.), « Quelques aspects du respect de la dignité en droit de l'exécution des peines » ; *RSC*, 2011, p. 645.

POULET-GIBOT LECLERC (N.), « Le Conseil d'État et le contenu de la motivation des actes administratifs » ; *D.*, 1992, chron., p. 61

POUYANNE (J.), « Le nouveau droit pénal intéressant les mineurs, ou la difficulté d'être entre protection et répression » ; *Dr pénal*, 2003, chron. n° 14

PRADEL (J.), « Les nouvelles règles pénitentiaires européennes » ; *RPDP*, 1988, p. 219

PRADEL (J.), « L'individualisation de la sanction : essai d'un bilan à la veille d'un nouveau code pénal » ; *RSC*, 1977, p. 723

PRADEL (J.), « La santé du détenu » ; *RSC*, 1974, p. 269

PRADEL (J.), « Le droit pénal de la santé à travers la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme » ; *RDSS*, 2008, p. 7

PRADEL (J.), « Les dispositions de la loi n° 70-643 du 17 juillet 1970 sur la garde à vue en matière de sûreté de l'État » ; *D.*, 1972, chron., n° 21

PRADEL (J.), « Quel(s) magistrat(s) pour contrôler et prolonger la garde à vue ? Vers une convergence entre la Cour de Strasbourg et la chambre criminelle de la Cour de cassation » ; *D.*, 2011, p. 338

PRADEL (J.), « Vers une métamorphose de la garde à vue : après la "décision pilote" du Conseil constitutionnel du 30 juil. 2010 et les arrêts de la Chambre criminelle du 19 oct. 2010 » ; *D.*, 2010, p. 2783

PRALUS-DUPUY (J.), « L'applicabilité de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme aux contentieux disciplinaires : état des lieux » ; *RFDA*, 2008, p. 317

PY (B.), « Urgence médicale, état de nécessité et personne en péril » ; *AJP*, 2012, p. 384

RAYSSÉGUIER (CH.), « Le "Parquet à la française" : tensions et apaisements » ; *Constitutions*, 2011, p. 281

REMLON (L.), « La rétention du suspect » ; *JCP*, éd. G., 1978, I, n° 2916

RENOUX (TH.), « L'autorité judiciaire » ; in *L'écriture de la Constitution de 1958*, sous la dir. de D. MAUS, L. FAVOREU, J.-L. PARODI, Economica, 1992, p. 667

RENUCCI (J.-F.), FRICERO (N.) et STRICKLER (Y.), « L'arrêt pilote : le pragmatisme au service des droits de l'homme » ; *D.*, 2013, p. 201

REVIRIEGO PICON (F.) et BRAGE CAMAZAN (J.), « L'exécution des peines privatives de liberté en Espagne et le contrôle du tribunal constitutionnel » ; *RSC*, 2009 p. 623

RIVERO (J.), « Le Conseil constitutionnel et la protection de la liberté individuelle et de la vie privée » ; in *Mélanges Kayser*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1979, p. 411

ROBERT (A.-G.), « Conditions de détention : lorsque les juges nationaux prennent le relais de la Cour européenne des droits de l'Homme » ; *Dr. pén.*, 2013, ét. n° 15, p. 7

ROBERT (M.), « L'avenir du ministère public français » ; *AJP*, 2011, p. 115

ROETS (D.), « Des raisons humanitaires sérieuses justifiant un sursis temporaire à l'exécution de la remise d'une personne objet d'un mandat d'arrêt européen : à propos de l'article 695-38 du Code de procédure pénale » ; *Dr. pén.*, 2010, ét. n° 15

ROMAN (D.), « À corps défendant : la protection de l'individu contre lui-même » ; *D.*, 2007, p. 1284

ROMAN (D.), « Les sans-abri et l'ordre public » ; *RDSS*, 2007 p. 952

ROMAN (D.), « Vieillesse et droits fondamentaux : l'apport de la construction européenne » ; *RDSS*, 2008, p. 267

ROTTIER (B.), « Irrégularité du contrôle d'identité et arrêté préfectoral de reconduite à la frontière : point de vue sur la connaissance illégalement acquise » ; *AJDA*, 2010 p. 241

ROUBAUD (S.), « Sanctions disciplinaires et rôle des autorités judiciaires » ; *AJP*, 2005, p. 404

ROUGET (D.), « Le respect du droit extraditionnel et les "extraditions déguisées" » ; *RTDH*, 1999, p. 169

ROUSSEL (G.), « Les garanties de la défense pénale dans les premières décisions rendues sur QPC » ; *AJP*, 2011, p. 286

SAAS (C.), « Les avatars de la pénalisation du droit des étrangers » ; *AJP*, 2011, p. 492

SAINTE-ROSE (J.) et MUCCHIELLI (P.), « Le contrôle du juge judiciaire sur la rétention administrative » ; *Gaz. Pal.*, 5 sept. 1996, doct., p. 989

SAINT-JAMES (V.), « Le droit à la santé dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel » ; *RDP*, 1997, p. 457

SAINT-PIERRE (F.), « Le véritable enjeu des contrôles juridictionnels de la légalité des procédures pénales : "la sûreté" des justiciables » ; *AJP*, 2005, p. 177

SALLES (D.), « Michel Debré et la protection de la liberté individuelle par l'autorité judiciaire » ; *CCC*, n° 26, 2009

SALON (G.), « Gaston Jèze et la théorie générale des contrats administratifs » ; *Rev. Hist. Fac. Dr. Sc. Jur.*, 1991, n° 12, p. 71.

- SAYAH (J.), « Le vagabondage et la mendicité : un délit périmé » ; *RSC*, 1997, p. 45
- SCHOETTL (J.-É.), « L'unification du contentieux de l'entrée et du séjour des étrangers : fausse bonne réponse à une vraie question » ; in *RAPPORT MAZEAUD, Pour une politique des migrations transparente, simple et solidaire*, La Documentation française, 2008, p. 157
- SEIZELET (É.), « La contrainte physique et l'aveu dans la procédure pénale japonaise contemporaine » ; *RSC*, 1997, p. 805
- SENNA (É.), « Des moyens de combattre le fléau de la surpopulation carcérale » ; *Gaz. Pal.*, 20 sept. 2012, p. 7
- SENNA (É.), « Le contrôle général des lieux privatifs de liberté : le temps des propositions de réforme et de sa réforme » ; *AJP*, 2013, p. 331
- SÉVELY-FOURNIÉ (C.), « Répression et motivation : réflexions sur la motivation des arrêts et jugements des juridictions répressives » ; *RSC*, 2009, p. 783
- SOULEZ-LARIVIÈRE (D.), « Le problème du ministère public français » ; *AJP*, 2011, p. 112
- SPIELMANN (A.), « La protection des droits de l'Homme : quid des droits des détenus ? » ; in *Mélanges Wiarda, Protection des droits de l'Homme : la dimension européenne*, Franz Matscher, 1988, p. 589
- STÉPHANI (G.), « Le domaine de la loi et du règlement en matière pénale » in *Mélanges Julliot de la Morandière*, Dalloz, 1964, p. 531
- SUDRE (F.), « L'article 3 bis de la Convention européenne des droits de l'homme : le droit à des conditions de détention conformes au respect de la dignité humaine » ; in *Mélanges Cohen-Jonathan, Libertés, justice, tolérance*, Bruylant, 2004, vol. 2, p. 1449
- SYR (J. H.), « Les avatars de l'individualisation dans la réforme pénale » ; *RSC*, 1994, p. 217
- TAQUET (F.), « Les règles en matière de garde à vue issues de la loi n° 2002-516 du 4 mars 2002 ou l'art de réformer une réforme » ; *Gaz. Pal.*, 2002, chron., p. 1205
- TCHEN (V.), « Les droits fondamentaux du détenu à l'épreuve des exigences du service public pénitentiaire » ; *RFDA*, 1997, p. 597
- TCHEN (V.), « Recherche sur les droits fondamentaux de l'étranger » ; *LPA*, 22 mai 1995, p. 4
- TEISSIER (A.), « Garde à vue et droits de la défense » ; *RPDP*, 2001, p. 30
- TELLIER-CAYROL (V.), « La constitutionnalisation de la procédure pénale » ; *AJP*, 2011, p. 283
- TELLIER-CAYROL (V.), « La récidive : de quelques paradoxes et incohérences » ; *AJP*, 2012, p. 64
- THÉRON (S.), « Réflexions autour d'une institution singulière : l'Infirmier psychiatrique de la Préfecture de police de Paris » ; *RDSS*, 2009, p. 1061
- THOMAS (D.), « La détention des mineurs » ; *RSC*, 1990, p. 417
- TOUFFAIT (A.) et AVERSENG (L.), « Détention provisoire et responsabilité de l'État » ; *D.*, 1974, chron., n° 40
- TOULLIER (M.), « *Le refoulement des étrangers à la frontière : quoi de neuf ?* » ; *LPA*, 2005, p. 3
- TOURNIER (P.), « Les règles du Conseil de l'Europe relatives à la probation : à propos de la recommandation adoptée le 20 janvier 2010 » ; *AJP*, 2013, p. 126
- TRASSOUDAIN (S.), « L'intervention judiciaire dans le maintien des étrangers en rétention administrative et en zone d'attente » ; *Bull. inf. C. cass.*, juin 2001, H.-S., p. 8
- TRIANAFYLLOU (D.), « La confiance légitime en tant qu'instrument de cohésion en droit communautaire » ; *RFDA*, 2000, p. 246
- TULKENS (F.), « Les droits de l'homme en détention » ; *RSC*, 2001, p. 881.
- TURPIN (D.), « L'autorité judiciaire gardienne de la liberté individuelle » ; *AJDA*, 1983, p. 653
- VALEMBLOIS (A.-L.), « La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français » ; *CCC*, 2005, n° 17
- VAN DE KERCHOVE (M.), « Le sens de la peine dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français » ; *RSC*, 2008, p. 805
- VANDERMEEREN (R.), « Les occupations d'églises : petite histoire et problématique juridique » ; *AJDA*, 2003, p. 427
- VASSEUR-LAMBRY (F.), « le statut civil du majeur protégé et le droit supranational des droits de l'homme » ; *Dr. famille*, 2011, n° 2, doss. n° 3
- VEIL (C.), « Évolution sur la longue durée du système de soins, motivations et résistances » ; in *La prison en changement*, sous la dir. de C. VEIL et de D. LHULLIER, Erès, 2000, p. 261
- VELLA (M.) et JANAS (M.), « Les difficultés d'application de la suspension médicale » ; *RPDP*, 2003, p. 471
- VÉRIN (J.), « Du bon usage de la courte peine d'emprisonnement » ; *RSC*, 1965, p. 441

VIALETES (M.) et GROSSET (M.), « L'unification du contentieux de l'hospitalisation sans consentement : de quelques questions posées par sa mise en œuvre au 1^{er} janvier 2013 » ; *JCP*, 2013, ét. n° 157
 VIMBERT (CH.), « Ordre public et conseil constitutionnel » ; *RDP*, 1994, p. 693
 VIOUTAS (V.), « Les soins psychiatriques aux détenus : des modifications mineures pour une problématique de santé publique majeure » ; *RDSS*, 2011, p. 1071
 VLAMYNCK (H.), « La garde à vue de la personne sous l'emprise de boissons alcooliques » ; *AJP*, 2009, p. 121
 VLAMYNCK (H.), « Le policier et le principe de l'inviolabilité du domicile » ; *AJP*, 2011, p. 352
 VUILLEMIN-GONZALES (C.), « La protection de la liberté pendant la phase préparatoire » ; *RPDP*, 2001, p. 101
 WACHSMANN (P.), « La liberté individuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel » ; *RSC*, 1988, p. 1

C) Rapports (et avis non juridictionnels)

2008

ASSOCIATIONS INTERVENANT EN LOCAUX ET CENTRES DE RÉTENTION ADMINISTRATIVE, *Rapport 2011*, 291 p., disponible sur le site internet de l'association européenne pour les droits de l'Homme
 CABANEL (G.-P.), *Rapport de la Commission d'enquête sur les conditions de détention dans les établissements pénitentiaires en France*, Les rapports du Sénat, 2000, 2 vol., 551 p.
 CANIVET (G.), *Rapport au Ministre de la Justice de la commission sur l'amélioration du contrôle extérieur des établissements pénitentiaires*, La Documentation française, 1999, 229 p. : RSC, 2001, p. 199, comm. J. BUISSON
 CGLPL, *Avis du 17 janv. 2013 relatif aux séjours injustifiés en unités pour malades difficiles* : *J. O.*, 5 févr. 2013 ; *Dr. famille*, 2011, actu., n° 41, obs. M. BRUGGEMAN
 CGLPL, *Rapport d'activité 2008*, Dalloz, 2009, 254 p. : *AJP*, 2009, p. 219, comm. É. SENNA
 CGLPL, *Rapport d'activité 2009*, Dalloz, 2010, 326 p. : *AJP*, 2010, p. 229, comm. É. SENNA
 CGLPL, *Rapport d'activité 2011*, Dalloz, 2012, 366 p. : *AJP*, 2012, p. 272, comm. É. SENNA
 CGLPL, *Rapport de la visite du CGLPL des Unités pour malades difficiles de Sarreguemines (Moselle) du 27 au 30 juil. 2009*, disponible sur le site internet de l'institution
 CGLPL, *Rapport de visite sur la zone d'attente de l'aéroport de Lyon-Saint-Exupéry (Rhône) en date du 13 janv. 2011*, disponible sur le site internet de l'institution
 CGLPL, *Rapport de visite sur la zone d'attente de Roissy-Charles-De-Gaulle en date des 27 et 28 janv. 2009*, disponible sur le site internet de l'institution
 CGLPL, *Recommandations en urgence du 12 nov. 2012 relatives au centre pénitentiaire des Baumettes à Marseille* : *J. O.*, 6 déc. 2012
 COMMISSION DE MODERNISATION DE L'ACTION PUBLIQUE PRÉSIDIÉE PAR J.-L. NADAL, *Refonder le ministère public*, 2013, La Documentation française
 COMMISSION DES LOIS CONSTITUTIONNELLES, *Rapport d'information sur les moyens de lutte contre la surpopulation carcérale*, Assemblée nationale, 2013, 199 p. : *AJP*, 2013, p. 66, obs. E. ALLAIN
 COMMISSION JUSTICE PÉNALE ET DROITS DE L'HOMME PRÉSIDIÉE PAR M. DELMAS-MARTY, *La mise en état des affaires pénales*, 1991, La documentation française, 225 p.
 FLOCH (J.), *Rapport au nom de la commission d'enquête de l'Assemblée nationale sur la situation dans les prisons françaises*, La Documentation française, 2000, 2 vol, 328, 565 p.
 GIL-ROBLES (A.), *Rapport sur le respect effectif des droits de l'Homme en France*, 2006, Éd. des Équateurs, 269 p.
 HYEST (J.-J.), *Rapport au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale du Sénat sur le projet de loi instituant un contrôleur général des lieux de privation de liberté*, 2007, n° 414, 314 p.
 IGA, IGPN et IGG, *Rapport sur les problèmes de sécurité liés aux régimes d'hospitalisation sans consentement*, 2004, la Documentation française
 IGAS et IGSI, *L'organisation des soins aux détenus*, 2001, La Documentation française, 182 p.
 MAZEAUD (P.), *Pour une politique des migrations transparente, simple et solidaire*, disponible sur le site internet de La Documentation française, 2008, 248 p
 TRUCHE (P.), *Rapport de la Commission de réflexion sur la justice*, 1997, La Documentation française, 506 p.
 SALVAT (X.) et BOCCON-GIBOD (D.), *Rapport sur l'expérimentation des citoyens assesseurs dans les ressorts des cours d'appel de Dijon et Toulouse*, 2013, La Documentation française, 170 p.

D) Ressources électroniques

Dictionnaire de l'Académie française, disponible sur Internet à l'adresse atilf.atilf.fr/academie9.htm, définition de « Essai »

Dictionnaire International des Termes littéraires, disponible sur Internet à l'adresse www.ditl.info/, définition de « Essai »

Légifrance, disponible sur Internet à l'adresse www.legifrance.gouv.fr

Lettre électronique d'actualités des droits et libertés (*ADL*), disponible sur Internet à l'adresse revdh.org

Site du Contrôleur général des lieux de privation de liberté, disponible sur Internet à l'adresse www.cglpl.fr

INDEX

A

- Adaptation** n° 361
- Adéquation juridique** [v. *Ratio legis*]
- ... du placement en privation de liberté n° 412 et s.
 - ... du maintien en détention n° 459
- Adéquation matérielle** n° 476 et s.
- appréciation cloisonnée n° 490
 - standards européen spéciaux n° 483 et s.
- Affectation pénitentiaire** [v. Réinsertion]
- Affliction**
- disproportion n° 514 et s.
 - effet n° 1 et s.
- Âge** [v. Mineur, v. Capacité, v. État de santé incompatible]
- Alcoolique** [v. Dégrisement]
- Aliéné** [v. Internement de l'aliéné]
- Aménagement des peines** [v. Peine privative de liberté, v. Libération conditionnelle]
- dualité n° 871
 - égalité n° 351 et s.
 - judiciarisation n° 657 et s.
 - légalité n° 188
 - perpétuité réelle n° 785 et s.
 - procès équitable n° 835 et s.
 - rétroactivité n° 208 et s.
- Application des peines** [v. Aménagement des peines]
- Approche fractionnée** n° 63
- bien-fondé n° 973 et s.
 - courte privation de liberté n° 616
 - interdiction de toute rigueur non nécessaire n° 358
- Approche globale** [v. Chaînage]
- Arbitraire** [v. Détention arbitraire, v. Lutte contre l'arbitraire]
- Arraonnement** [v. arrestation en pleine mer]
- Arrestation** n° 169 et s.
- ... à domicile n° 176
 - ... de police n° 169 et s.
 - ... de quelques minutes n° 21
 - ... différée n° 174 et s.
 - ... en pleine mer n° 202 et s., 757 et s.
 - ... en préfecture n° 219 et s.
 - ... en urgence et en situation de danger n° 172
 - ... spontanée n° 173
 - capture n° 169 et s.
 - célérité de l'information des droits n° 268 et s.
 - définition n° 29 et s.
 - légalité n° 172
 - loyauté n° 219 et s.

(les numéros renvoient aux paragraphes)

- mandat d'arrestation n° 174
 - officier de police judiciaire n° 178
 - *paquet* de droits généré par l'arrestation n° 222 et s.
 - privation de liberté de police n° 272 et s.
- Assignation** (à résidence ou à domicile)
- définition de la privation de liberté n° 23
 - détention provisoire n° 389
 - légalité n° 810
- Assistance juridique** [v. Droits de la défense contre la privation de liberté]
- Assistance médicale** [v. Examen médical]
- Aussitôt** [v. *Habeas corpus*]
- Automaticité** [v. *Habeas corpus*, v. Recours à bref délai]
- Autonomie** (de la privation de liberté) n° 70
- annulation de la procédure pénale n° 920 et s.
 - bien-fondé 1020
 - conclusion générale n° 1059
 - contrôle judiciaire n° 598
 - droits de la défense n° 317 et s.
 - dualité 860
 - juge de la privation de liberté n° 695
 - légalité de la privation de liberté n° 1045 et s.
- Autonomie personnelle** n° 406 et s.
- Autorité judiciaire** [v. Juge de la privation de liberté, v. Magistrat du parquet]
- capacité du magistrat n° 671 et s.
 - contrôle en temps réel privation de liberté de police n° 615 et s.
 - contrôle judiciaire de la privation de liberté n° 832, 1052 et s.
 - convention européenne des droits de l'Homme n° 644 et s.
 - dualité n° 862 et s.
 - *Habeas corpus* n° 592, 605 et s., 639 et s.
- Avocat** [v. Droits de la défense contre la privation de liberté, v. Contrôle extérieur]
-
- ### B
- Bien juridique** [v. *Ratio legis*]
- Bien-fondé** [v. Nécessité, v. Proportionnalité] 960 et s.
- contrôle européen n° 77
 - courte privation de liberté n° 964
 - défense contre la privation de liberté n° 321
 - détention dans la détention n° 542
 - détention de l'étranger n° 1007 et s.
 - détention provisoire n° 976 et s.
 - éléments au fond n° 991 et s.

- éléments en droit n° 993
- exécution de la privation de liberté n° 589 et s., 941, 967
- garde à vue n° 632 et s.
- individualisation n° 980
- isolement n° 556 et s.
- monopole judiciaire n° 960 et s.
- ordre public n° 980
- peine privative de liberté n° 1021 et s.
- privation de liberté judiciaire n° 966
- privation de liberté de police n° 965 et s.
- recours spéciaux n° 599 et s.

Bref délai [v. Recours à bref délai]

C

Capacité [v. Juge de la privation de liberté]

Capacité à la détention n° 565

- mineur n° 391

Capture [v. Arrestation]

Causalité

- adéquation juridique n° 412 et s.
- adéquation matérielle n° 479 et s.
- détention pénale de sûreté n° 436 et s.

Célérité [v. Recours à bref délai, v. *Habeas corpus*, v. Information de la personne arrêtée]

Cellule

- ... de sûreté n° 547
- ... disciplinaire n° 536 et s.
- conditions matérielles de détention n° 525 et s., 558

Centre éducatif fermé [v. Mineur]

Chaînage de la privation de liberté (approche globale) [v. Unité, v. privation de liberté de police, v. Privation de liberté judiciaire, v. *Habeas corpus*, v. Titre du tribunal, v. Contrôle en temps réel] n° 64

- formes du contrôle judiciaire n° 832
- effets de l'irrégularité de la privation de liberté de police v. n° 914
- titre administratif de privation de liberté n° 171
- uniformisation de la privation de liberté de police n° 272, 324, 743

Comparution immédiate n° 930

Compatibilité de la détention avec l'état de santé [v. État de santé incompatible]

Conditions matérielles de détention [v. surpopulation] n° 517 et s.

- action en amélioration des conditions de détention n° 517 et s., 950 et s.
- action en responsabilité de l'État n° 947 et s.
- bien-fondé n° 589, 941
- dignité n° 114
- durée n° 536
- légalité n° 192 et s.
- libération n° 538
- objectivisation n° 517
- recours juridictionnel n° 106 et s.

- preuve n° 523
- régularité n° 942, 945
- standard minimum européen n° 525 et s.
- voie de recours interne efficace n° 943 et s.

Consentement n° 15 et s.

- définition de la privation de liberté n° 11 et s.
- placement médico-social n° 424 et s.

Constitution

- art. 34 :
 - aménagement des peines n° 188
 - assistance de l'avocat n° 343
 - emprisonnement contraventionnel n° 143 et s.
 - libertés fondamentales n° 189 et s.
- art. 66 :
 - adéquation juridique n° 414
 - bien-fondé n° 1027
 - contrôle en temps réel n° 615 et s.
 - dualité n° 876 et s.
 - garanties procédurales n° 818 et s.
 - Habeas corpus* n° 102, 639 et s.
 - interdiction de la détention arbitraire n° 118 et s.
 - interdiction de toute rigueur non nécessaire n° 357 et s.
 - légalité n° 143 et s.
 - liberté individuelle n° 100 et s.
 - magistrat non professionnel n° 672 et s.
 - monopole judiciaire n° 960 et s.
 - pouvoir de libération n° 699 et s.
 - placement en privation de liberté n° 164 et s.
 - présentation du suspect n° 820 et s.
 - recours à bref délai n° 653 et s.
 - référé-détention n° 707 et s.
 - séparation des fonctions n° 681 et s.

Contention (de l'aliéné) [v. Internement de l'aliéné]

Contestations sur les droits et obligations de caractère civil

- aménagement des peines n° 835 et s.

Contrainte

- ... *manu militari* n° 12
- définition de la privation de liberté n° 3 et s.

Contrainte par corps n° 381

Contrôle en temps réel n° 615 et s.

- consécration constitutionnelle n° 624 et s.
- Convention européenne des droits de l'Homme n° 622 et s.
- généralisation n° 634 et s.
- information de l'autorité judiciaire n° 625 et s.
- magistrat du parquet n° 618 et s., 634
- prolongation de la garde à vue n° 629 et s.

Contrôle d'identité [v. Vérification d'identité]

Contrôle extérieur	n° 320
▪ avocat	n° 295
▪ contrôleur général des lieux de privation de liberté	n° 955
▪ internement de l'aliéné.....	n° 238
▪ preuve traitement inhumain et dégradant	n° 523
▪ tiers	n° 225 et s.
Contrôle judiciaire [v. <i>Habeas corpus</i> , v. Recours à bref délai, v. Contrôle en temps réel, v. Titre du tribunal].....	n° 592 et s.
▪ formes	n° 832
▪ gradation	n° 617
▪ intensité.....	n° 978
▪ nécessité.....	n° 596
▪ proportionnalité.....	n° 597
Contrôleur général des lieux de privation de liberté	n° 955
Convention européenne des droits de l'Homme	
▪ <i>art. 3 :</i>	
adéquation matérielle.....	n° 499
annulation de procédure pénale	n° 944
arrestation	n° 177
conditions matérielles de détention.....	n° 517 et s.
dignité du détenu.....	n° 108 et s.
entrave	n° 544
état de santé incompatible.....	n° 564 et s.
fouille intégrale.....	n° 543
garde à vue.....	n° 226 et s.
isolement.....	n° 546 et s.
peine perpétuelle incompressible	n° 788 et s.
rétention administrative de l'étranger	n° 945
▪ <i>art 4 (travail forcé)</i>	n° 505
▪ <i>art. 5 :</i>	
application horizontale.....	n° 8
arrestation	n° 29 et s.
construction de la jurisprudence	n° 750 et s.
définition de la privation de liberté.....	n° 3 et s.
détention	n° 32
détention secrète	n° 718
exécution de la privation de liberté.....	n° 587 et s.
isolement pénitentiaire.....	n° 548, 561
obligation formelle.....	n° 718
obligation procédurale	n° 718
privation de liberté de police	n° 828
séparation des fonctions.....	n° 693
▪ <i>art. 5 § 1^{er} :</i>	
adéquation matérielle.....	n° 476
assistance de l'avocat.....	n° 315
contrôle judiciaire	n° 622
détournement	n° 214
interprétation.....	n° 212
garanties législatives contre l'arbitraire	n° 167 et s.

lien de causalité	
loyauté	n° 219 et s.
lutte contre l'arbitraire.....	n° 74 et s.
<i>paquet</i> de droits.....	n° 185 et s.
prévisibilité	n° 207 et s.
régularité	
voies légales.....	n° 851 et s.
motivation.....	n° 969
▪ <i>art. 5 § 1^{er}-a) :</i>	
détention pénale de sûreté.....	n° 437 et s.
peine privative de liberté.....	n° 367, 771, 1021
▪ <i>art. 5 § 1^{er}-b)</i>	n° 371 et s.
▪ <i>art. 5 § 1^{er}-c)</i>	n° 66
▪ <i>art. 5 § 1^{er}-d)</i>	n° 433 et s.
▪ <i>art. 5 § 1^{er}-e) :</i>	
alcoolique.....	n° 404 et s.
aliéné.....	n° 412 et s.
malade contagieux	n° 404 et s.
vagabond.....	n° 404 et s.
▪ <i>art. 5 § 1^{er}-f)</i>	n° 1008 et s.
▪ <i>art. 5 § 2</i>	n° 184
assistance de l'avocat.....	n° 235
célérité de l'information.....	n° 264
droit à une assistance adaptée	n° 235
étendue de l'information.....	n° 249 et s.
information durant la privation de liberté ..	n° 232
support	n° 242
▪ <i>art. 5 § 3 [v. <i>Habeas corpus</i>] :</i>	
autorité judiciaire	n° 644 et s.
détention provisoire	n° 982 et s.
dualité	n° 899
étendue du contrôle judiciaire.....	n° 565 et s., 961
garanties procédurales.....	n° 828 et s.
<i>Habeas corpus</i>	n° 720 et s.
libération sous caution	n° 987
placement en détention provisoire	n° 830 et s.
pouvoir de libération.....	n° 703
traduction aussitôt.....	n° 755 et s.
durée raisonnable	n° 977 et s.
▪ <i>art. 5 § 4 [v. Recours à bref délai] :</i>	
bien-fondé.....	n° 1008 et s.
bref délai	n° 800 et s.
champ d'application.....	n° 172 et s.
droits de la défense contre la privation de liberté.....	n° 284, 314
effet suspensif	n° 664
étendue de l'office du tribunal	n° 842, 961 et s ;
généralisation de l' <i>Habeas corpus</i>	n° 649
légalité de la privation de liberté	
libération conditionnelle	n° 785
périodicité	n° 808 et s.
pouvoir de libération.....	n° 704
procès de la privation de liberté	n° 833 et s.

- recours à bref délai..... n° 766 et s.
 - régularité administrative n° 890, 900 et s.
 - tribunal..... n° 663 et s.
 - art. 5 § 5n° 128
 - art. 6 :
 - aménagement des peines..... n° 835 et s.
 - droits de la défense en garde à vue n° 300 et s.
 - impartialité..... n° 683 et s.
 - importation dans le procès de la privation de liberté n° 836 et s.
 - motivation des arrêts de Cour d'assises n° 1038 et s.
 - art. 7..... n° 205 et s.
 - art. 13 :
 - action en responsabilité de l'Étatn° 949
 - conditions matérielles de détention..... n° 949 et s.
 - détention dans la détention.....n° 541
 - dignitén° 107
 - isolement..... n° 558 et s.
 - recours suspensif contre l'extradition ou l'expulsion n° 903 et s.
 - art. 18 (détournement).....n° 214
 - art. 46 (mesure individuelle)n° 702
- Corps** [v. Affliction, v. liberté corporelle, v. Dignité]
- Courte durée** [privation de liberté de ...]n° 21
- approche fractionnée.....n° 616
 - bien-fondé.....n° 964
 - contrôle en temps réeln° 636
 - légalité n° 152 et s.
 - théorie générale.....n° 61
- D**
- Dangerosité** n° 396 et s.
- adéquation juridique n° 414 et s.
 - adéquation matérielle.....n° 501
 - détention pénale de sûreté..... n° 438 et s.
 - détention *sûreté*.....n° 404 et s.
 - droit à la prudence n° 460 et s.
 - état de santé incompatible..... n° 582 et s.
 - libération conditionnelle n° 777, 1048
 - peine privative de liberté.....n° 513
 - régime de détention dérogatoire.....n° 191
 - requalification de la peine perpétuelle n° 781 et s.
- Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen**
- art. 2 (sûreté).....n° 89
 - art. 2 et 4 (liberté personnelle)n° 101
 - art. 6, 8, 9 et 16 (publicité).....n° 822
 - art. 6 (capacité du juge)..... n° 675 et s.
 - art. 7 :
 - légalité criminelle n° 142, 161
 - légalité de la privation de liberté..... n° 143 et s.
 - art. 8 :
 - nécessité de la peine privative de liberté.... n° 364 et s.
 - peine perpétuelle n° 794 et s.
- peines minimales..... n° 1024 et s.
 - art. 9 :
 - garanties procéduralesn° 825
 - interdiction de la rigueur non nécessaire n° 135, 357
 - art. 16 :
 - assistance d'un avocat.....n° 303
 - recours à bref délai.....n° 656
- Défense contre la privation de liberté** [v. droits de la défense contre la privation de liberté]
- Défèrement**
- étendue de l'annulationn° 931
 - *Habeas corpus* n° 735 et s.
 - petit dépôtn° 150
- Définition** (de la privation de liberté) [v. privation de liberté]
- Dégrisement**
- alcoolique.....n° 213
 - contrôle judiciairen° 635
 - ivresse manifeste.....n° 211
 - notification des droits..... n° 239 et s.
- Délimitation** (de la privation de liberté) [v. Rigueur]
- Détention**n° 32
- Détention arbitraire** [v. lutte contre l'arbitraire].... n° 119 et s.
- Détention extraditionnelle**
- bien-fondé n° 1008 et s.
 - dualité n° 874 et s.
 - état de santé incompatible n° 574 et s.
- Détention moyen** [v. Garde à vue, v. Détention provisoire, v. Détention extraditionnelle, v. Rétenention administrative, v. Maintien en zone d'attente]n° 55
- ... en matière pénale n° 382 et s.
 - ... de police administrative n° 392 et s.
 - ... ouverte (art. 5 § 1^{er}-b) n° 371 et s.
 - adéquation matériellen° 488
 - état de santé incompatible.....n° 574
 - insoumission à une ordonnance rendue par un tribunal n° 371 et s.
 - garantir l'exécution d'une obligation prescrite par la loi n° 371 et s.
 - légalité.....n° 154
 - mesure de sûreté.....n° 378 et s.
 - minorité..... n° 385 et s.
 - nécessité n° 381 et s.
 - obligation précise et concrète... n° 375 et s.
 - ordre public n° 371 et s.
 - proportionnalité.....n°380
 - recours à bref délai n° 655 et s.
 - réduction progressive du champ de la détention *moyen* n° 465 et s.
 - traduction du mineur devant l'autorité compétente n° 434 et s.
- Détention pénale de sûreté** [v. Détention *sûreté*]

Détention provisoire

- bien-fondé n° 976 et s.
- contrôle incorporé n° 769
- délimitation abstraite n° 983
- diligence particulière n° 985, 1001 et s.
- durée raisonnable n° 984 et s., 996 et s.
- état de santé incompatible n° 989, 998 et s.
- mesures alternatives n° 986 et s.
- mineur n° 386 et s., 988
- nécessité n° 995
- placement en détention provisoire ... n° 830
- pertinence et suffisance des motifs n° 984
- proportionnalité n° 1003
- régularité de la garde à vue n° 920
- séparation de fonctions n° 681 et s.

Détention *sanction* [v. Peine privative de liberté, v. Peine perpétuelle, v. Aménagement des peines] n° 54

- autonomie dans la théorie générale n° 364 et s.
- contrôle européen n° 367
- dangerosité n° 513
- état de santé incompatible n° 575 et s.
- intégration dans la théorie générale n° 813 et s.
- nécessité n° 365 et s.
- recours à bref délai n° 770 et s.
- réinsertion n° 492 et s.
- réserve au juge pénal n° 368
- sens univoque n° 503

Détention secrète n° 722

Détention sociale n° 421 et s.

Détention *sûreté* [v. Rétention de sûreté, v. Internement des aliénés, v. Dégrisement, v. Éducation surveillée] n° 52

- adéquation juridique n° 412 et s.
- adéquation matérielle n° 484 et s.
- alcoolique n° 404 et s.
- concurrence des biens juridiques n° 396 et s.
- détention pénale de sûreté n° 431
- détention pénale de sûreté par destination n° 442 et s.
- détention pénale de sûreté par nature n° 438 et s.
- détention *relégation* n° 411
- éducation surveillée n° 433 et s.
- exceptions à la concurrence n° 430 et s.
- internement administratif n° 468
- internement de l'aliéné n° 412 et s.
- interprétation large n° 420 et s.
- lien de causalité n° 446 et s.
- malade contagieux n° 404 et s.
- recours à bref délai n° 768 et s.
- vagabond n° 404 et s.

Détenu particulièrement signalé [v. Isolement]

Détournement du cas de privation de liberté n° 214 et s.

Dignité [v. Conditions matérielles de détention, v. État de santé incompatible, v. Isolement pénitentiaire, v. Convention européenne des droits de l'Homme, v. Surpopulation] n° 108 et s.

- fouille intégrale n° 543
- menottage n° 544
- standard abstrait atteinte au corps du détenu n° 545

Droit disciplinaire [v. sanction disciplinaire]

Droits de la défense

- assistance de l'avocat en garde à vue n° 290 et s.
- procédure administrative n° 179 et s.

Droits de la défense contre la privation de liberté

- n° 284 et s.
- 5 § 1^{er} n° 315 et s.
- 5 § 2 n° 241
- 5 § 4 n° 314
- composantes n° 320
- diligences pour joindre l'avocat n° 327 et s.
- modèle n° 325

Droits de la personne privée de liberté n° 34

- droit à l'assistance d'un avocat de la personne arrêtée n° 284 et s.
- droit à l'information de la personne arrêtée n° 230 et s.
- droit à l'obtention d'un meilleur traitement médical n° 571
- droit à la libération du détenu à l'état de santé incompatible avec le maintien en détention n° 564 et s.
- droit à la sûreté n° 137 et s.
- droit à la sûreté objective n° 140 et s.
- droit à la sûreté subjective n° 222 et s.
- droit à ne pas être privé de liberté au-delà de l'affliction strictement nécessaire n° 514 et s.
- droit à préparer sa réinsertion durant l'exécution de la peine n° 503 et s.
- droit à un juge capable n° 667 et s.
- droit à un juge impartial n° 608 et s.
- droit à un juge indépendant et impartial ... n° 608 et s.
- droit à un juge investi de la seule fonction de gardien de la liberté individuelle n° 667 et s.
- droit à un recours adapté n° 715 et s.
- droit à une information accessible n° 241 et s.
- droit à une information adaptée à son destinataire n° 234 et s.
- droit à une information de qualité n° 241 et s.
- droit à une information intelligible n° 235 et s.
- droit au droit n° 162 et s.

- droit au juge de la privation de liberté n° 605 et s.
 - droit au juge judiciaire n° 639 et s.
 - droit au procès de la privation de liberté ... n° 815 et s.
 - droit d'être détenu dans un lieu assurant un contenu adapté au motif de la privation de liberté n° 476 et s.
 - droit d'être présenté au juge de l'Habeas corpus n° 820 et s.
 - droit d'être privé de liberté selon une loi .. n° 143 et s.
 - droit d'être privé de liberté selon une loi assurant la protection contre l'arbitraire ... n° 161 et s.
 - droit d'être privé de liberté selon une loi de qualité n° 160 et s.
 - droit d'être privé de liberté selon une loi dénuée d'arbitraire n° 133 et s.
 - droit d'être privé de liberté selon une loi prévisible n° 196 et s.
 - droit d'être privé de liberté sous le contrôle du juge judiciaire n° 592 et s.
 - droit d'être privé de liberté sur un titre du tribunal.....n° 843
 - droit d'obtenir des conditions matérielles de détention conformes au standard européen minimum n° 517 et s.
 - droit d'obtenir sa libération immédiate et sans condition n° 696 et s.
 - droit de contester la légalité de la privation de liberté n° 842 et s.
 - droit de contester la régularité de la privation de liberté n° 848 et s.
 - droit de contester la régularité de la privation de liberté de police .. n° 914 et s.
 - droit de contester le bien-fondé de la privation de liberté n° 960 et s.
 - droit de contester les conditions matérielles de la détention n° 990 et s.
 - droit de ne pas être privé de liberté au-delà de la durée strictement nécessaire n° 459 et s.
 - droit de ne pas subir une rigueur non nécessaire n° 353 et s.
 - droit de recours immédiat en Habeas corpus n° 720 et s.
 - droit de recours périodique à bref délai n° 766 et s.
 - droits de la défense contre la privation de liberté n° 284 et s.
 - droits de recours judiciaires spéciaux en contestation du bien-fondé de la privation de liberté n° 599 et s.
 - *paquet* de droits générés par l'arrestation n° 181 et s.
- Droits subjectifs**.....n° 35
- Dualité** n° 862 et s.
- bloc de compétence..... n° 877 et s.
 - décision administrative de placement en privation de liberté..... n° 884 et s.
 - décision administrative fixant l'obligation dont l'exécution forcée peut être assurée par la détention n° 878 et s.
 - *paquet* de droits.....n° 916
 - régularité de la privation de liberté de policen° 916
 - voie d'exception.....n° 909
 - voie de fait n° 867 et s.
- Durée** [v. Courte durée, v. Détention provisoire]
- E**
-
- Éducation surveillée**..... n° 423 et s.
- adéquation matérielle.....n° 486
 - garde provisoire n° 435 et s.
- Égalité** n° 351 et s.
- Emprisonnement** [v. Peine privative de liberté]
- emprisonnement contraventionnel n° 143 et s.
 - motivation n° 1030 et s.
- Enfant**
- adéquation matériellen° 499
 - libération conditionnelle familiale n° 1047
 - privation de libertén° 391
 - traitement inhumain et dégradant..... n° 520
- Entrave** [v. Dignité]
- Essai** [v. Théorie générale des droits d'une personne privée de liberté]..... n° 83 et s.
- Établissement pénitentiaire** [v. Adéquation matérielle, v. Conditions matérielles de détention]
- État de santé incompatible**n° 564
- aliéné.....n° 581
 - âge.....n° 578
 - condamnation.....n° 1036
 - dangerosité n° 582 et s.
 - détention provisoiren^{os} 989, 1003 et s.
 - engagement du pronostic vitaln° 580
 - expertisesn° 701
 - garde à vue n° 226 et s.
 - handicapn° 578
 - incompatibilité objective..... n° 577 et s.
 - suspension médicale de peine n° 575 et s.
- Étranger** [v. Garde à vue, v. Retenue pour vérification du droit au séjour, v. Retention administrative, v. Maintien en zone d'attente]
- interprète n° 244 et s.
- Examen médical** (droit à un) [v. *Paquet* de droits]n° 226
- Exécution de la privation de liberté** [v. dignité] ... n° 940
- adéquation matérielle n° 476 et s.
 - affliction disproportionnée..... n° 514 et s.
 - bien-fondé de la privation de liberté n^{os} 589 et s., 941
 - développement du contrôle fondamental ... n° 187
 - légalité..... n° 187 et s.

- régularité de la privation de liberté n° 942 et s.

Extradition [détention extraditionnelle]

F

Fonction [v. Gardien de la liberté individuelle]

Fouille [v. Dignité]

G

Garde à vue

- assistance par un avocat n° 290 et s.
- bien-fondé n° 632 et s.
- célérité de l'*Habeas corpus* n° 734 et s.
- célérité de l'information des droits n° 268 et s.
- contrôle en temps réel n° 624 et s.
- contrôle judiciaire n° 1052 et s.
- contrôle européen *in abstracto de la durée* n° 751 et s.
- contrôle européen *in concreto* de la durée n° 756 et s.
- dégrisement n° 239 et s.
- durée n° 748 et s.
- étranger n° 219 et s.
- nécessité n° 382 et s.
- notification orale n° 277 et s.
- nullité sans grief n° 923 et s.
- *paquet* de droits n° 222 et s.
- prolongation n° 629 et s.
- proportionnalité n° 469 et s.
- régularité du *paquet* de droit n° 922 et s.
- séparation des fonctions n° 690 et s.

Gardien de la liberté individuelle

- autorité judiciaire n° 97, 592
- autorité médicale n° 403
- juge administratif n° 858 et s.
- fonction judiciaire n° 678 et s., 694
- législateur n° 86, 798
- officier de police judiciaire n° 178

Grief [v. Nullité]

H

Habeas corpus n° 720 et s.

- automaticité n° 720
- autorité judiciaire (art. 5 § 3 CEDH) n° 644 et s.
- célérité n° 720 et s., 765, 840
- Constitution française n° 98 et s.
- définition n° 67
- effritement n° 728 et s.
- fonction n° 831
- immédiate n° 722
- juge judiciaire n° 639
- nécessité n° 102, 596
- présentation au juge n° 819 et s.
- procès de la privation de liberté n° 817 et s., 839
- refondation n° 937 et s.
- régularité de la privation de liberté de police n° 939 et s.
- sens n° 724

Handicap [v. État de santé incompatible]

Hospitalisation de l'aliéné [v. Internement de l'aliéné]

I

Identité [v. Vérification d'identité]

Immédiateté [v. *Habeas corpus*]

Impartialité [v. juge de la privation de liberté]

Indépendance [v. juge de la privation de liberté]

Individualisation [v. Aménagement de la peine, v. Bien-fondé]

Information de la personne arrêtée [v. *Paquet* de droits, v. Information des droits de la personne arrêtée, v. Information des raisons de l'arrestation] n° 230 et s.

- accessibilité n° 241 et s.
- intelligibilité n° 235 et s.

Information des droits de la personne arrêtée

- célérité n° 265 et s.

Information des raisons de l'arrestation [v. *Paquet* de droits]

- célérité n° 264
- contenu n° 251 et s.
- valeur n° 184

Interdiction de toute rigueur non nécessaire [v. Rigueur]

Internement administratif n° 1010

Internement de l'aliéné

- adéquation juridique n° 413 et s.
- adéquation matérielle n° 485 et s.
- assistance de l'avocat n° 320 et s.
- avis médical n° 416
- célérité de l'*Habeas corpus* n° 740 et s.
- cellule de sûreté n° 547
- dualité n° 869 et s.
- état de santé incompatible n° 581
- intelligibilité de l'information n° 238
- internement provisoire n° 419
- motivation de la décision administrative n° 261 et s.
- procédure de placement dénuée d'arbitraire n° 167
- régularité administrative n° 893
- régularité du *paquet* de droits n° 916 et s.

Interprète [v. Étranger]

Interprétation [v. Légalité, v. Lutte contre l'arbitraire]

Isolement

- bien-fondé n° 546 et s.
- cellule de sûreté n° 547
- détenu particulièrement signalé n° 547
- isolement pénitentiaire de sûreté n° 557 et s.
- isolement relatif n° 554
- isolement total n° 550
- régime différencié n° 547
- rotation de sécurité n° 547

J

Juge administratif [v. Gardien de la liberté individuelle, v. Référé-liberté, v. Référé-suspension, v. Référé « *mesures utiles* »]

- affectation pénitentiaire n° 508 et s.
- conditions matérielles de détention n° 940 et s.
- détention dans la détention n° 543 et s.
- isolement n° 546 et s.
- travail pénitentiaire n° 506 et s.

Juge de la privation de liberté

- appréciation du bien-fondé n° 960 et s.
- capacité n° 668 et s.
- *Habeas corpus* n° 639 et s.
- impartialité n° 667 et s.
- indépendance n° 609 et s.
- juge d'appel n° 710 et s.
- juge de droit n° 969
- juge judiciaire n° 609 et s.
- pouvoir de libération n° 696 et s.
- recours à bref délai n° 650 et s.
- séparation des fonctions n° 678 et s.

Juge des libertés et de la détention n° 669 et s.

Juge judiciaire [v. Juge de la privation de liberté]

L

Légalité n° 87

- ...matérielle n° 160 et s.
- ...organique n° 143
- arrestation n° 172
- base légale n° 133
- délégation législative n° 158 et s.
- détention sans loi n° 152
- effet attractif n° 194
- exécution de la privation de liberté n° 187 et s.
- interprétation étroite n° 210
- loi assurant la lutte contre l'arbitraire n° 161
- *Male captus, bene detentus* n° 202 et s.
- nécessité n° 152
- obligation réglementaire érigée en délit n° 156 et s.
- pratique n° 146 et s.
- prévisibilité n° 196 et s.
- rétroactivité n° 204 et s.

Légalité criminelle n° 142

Légalité de la privation de liberté [v. Bien-fondé, v. Régularité] n° 842 et s.

Libération n° 696 et s.

- conditions matérielles de détention n° 538
- état de santé incompatible n° 567
- exécution de la privation de liberté n° 588
- extinction de la *ratio legis* n° 459 et s.
- *Habeas corpus* n° 703
- libération sous caution n° 987
- libération sous condition [v. libération conditionnelle] n° 463 et s.
- *paquet de droits* n° 915

- recours spéciaux contre la privation de liberté n° 594 et s.
- régularité administrative n° 906 et s.
- régularité de la privation de liberté de police n° 926 et s.
- réincarcération n° 809
- subordination n° 699 et s.
- tribunal n° 704

Libération conditionnelle n° 661

- droit au réexamen 788 et s.
- peine perpétuelle incompressible n° 786 et s.
- motivation n° 1045 et s.
- requalification de la peine perpétuelle n° 771 et s.

Liberté corporelle n° 542

Liberté d'aller et venir [v. Privation de liberté]

- restriction n° 4 et s.

Liberté individuelle n° 101

Libertés fondamentales [v. Liberté d'aller et venir, v. Liberté individuelle, v. liberté corporelle]

- légalité n° 189
- maintien des libertés fondamentales n° 40 et s.

Lien de causalité [v. Causalité]

Lieu [v. Adéquation matérielle]

- lieu assurant un contenu adapté au motif de la privation de liberté n° 476 et s.
- qualification du cas de privation de liberté n° 502

Loyauté [v. Arrestation]

Lutte contre l'arbitraire n° 71 et s.

- arbitraire judiciaire n° 969
- interprétation extensive des garanties contre la privation de liberté n° 213
- principes cardinaux n° 85 et s.
- qualité de la loi n° 161 et s.

M

Maintien en zone d'attente

- adéquation matérielle n° 488
- assistance de l'avocat n° 320 et s.
- célérité de l'information des droits n° 270 et s.
- privation de liberté n° 24
- retenue factuelle n° 279 et s.

Magistrat du parquet

- autorité judiciaire (art. 5 § 3 CEDH) n° 644 et s.
- contrôle en temps réel n° 624 et s.
- gardien de la liberté individuelle n° 618 et s.
- gardien du maintien en privation de liberté n° 705

Magistrat non professionnel n° 672 et s.

Malade contagieux [v. Détention *sûreté*]

Mandat d'arrestation [v. Arrestation]

Matière pénale

- assistance par un avocat du suspect n° 300 et s.

- incidence de la privation de liberté n° 834
- Médecin** [v. Examen médical, Internement des aliénés, v. État de santé incompatible]

Menottage

Mesure de sûreté [v. Détention *sûreté*]

Mesure provisoire n° 1011

Mineur [v. Éducation surveillée, v. Capacité]

- adéquation matérielle n° 499
- assistance renforcée n° 236
- conditions matérielles de détention n° 535, 945
- détention provisoire n° 389 et s., 988
- mineur non accompagné n° 391 et s.
- nécessité de la peine n° 369
- nécessité de la privation de liberté n° 385 et s.
- peine perpétuelle n° 775
- peines minimales n° 1025
- placement en centre éducatif fermé n° 386 et s.
- retenue judiciaire du mineur de moins de treize ans n° 385 et s.
- rétention administrative n° 1010

Motivation

- décision administrative n° 257 et s.
- détention provisoire n° 984 et s.
- isolement n° 557 et s.
- libération conditionnelle n° 777
- peine privative de liberté n° 1028
- prolongation de la garde à vue n° 629 et s.
- titre du tribunal n° 970 et s.

N

Nécessité [v. Bien-fondé]

- bien-fondé n° 963 et s.
- contrôle juridictionnel n° 978 et s.
- définition n° 90
- délimitation abstraite (interdiction de subir une rigueur non nécessaire) n° 364 et s.
- légalité n° 22

Non-rétroactivité [v. Rétroactivité]

Notification des droits [v. Information des droits de la personne arrêtée]

Nullité (procédure pénale)

- ...sans grief n° 923 et s.
- support nécessaire n° 927 et s.

Numerus clausus [v. surpopulation]

O

Obligation [v. Détention *moyen*]

Officier de police judiciaire

- appréciation du dégrisement n° 239 et s.
- diligences pour joindre l'avocat n° 330 et s.
- diligences pour joindre l'interprète n° 247 et s.
- gardien de liberté individuelle n° 178
- notification des droits n° 265 et s.
- opportunité de la garde à vue n° 632

Opportunité [v. Bien-fondé]

Ordre public [v. *Ratio legis*, v. Bien-fondé]

P

Pacte international relatif aux droits civils et politiques

- art. 9 § 2 (information) n° 184
- art. 10 § 2-b (mineur) n° 499
- art. 10 § 3 (réinsertion) n° 510

Paquet de droits n° 47 et s.

- assistance par un avocat n° 284 et s.
- examen médical n° 226 et s.
- historique n° 182 et s.
- information de la personne arrêtée n° 230 et s.
- lutte contre l'arbitraire n° 72
- périodicité n° 224 et s.
- prévenir un tiers n° 225
- régularité n° 920 et s.
- valeur n° 181 et s.

Parquet [v. Magistrat du parquet]

Peine perpétuelle n° 770 et s.

- contrôle incorporé n° 768
- droit au réexamen n° 788 et s.
- requalification en mesure de sûreté n° 770 et s.
- traitement inhumain et dégradant n° 785 et s.

Peine privative de liberté [v. Aménagement des peines, v. Détention *sanction*, v. Peine perpétuelle, v. Libération conditionnelle]

- adéquation matérielle n° 503 et s.
- bien-fondé n° 1021
- conditions matérielles de détention n° 947 et s.
- contrôle judiciaire n° 1052 et s.
- individualisation n° 1023 et s.
- nécessité abstraite n° 365 et s.
- motivation n° 1028 et s.
- peines minimales n° 1027 et s.
- sens univoque n° 503 et s.
- séparation des fonctions n° 682 et s.

Péremption du droit de la privation de liberté

- conclusion n° 1055 et s.
- droit à bénéficier d'un recours adapté n° 841
- droit à bénéficier d'un recours efficace n° 814
- droits de la défense contre la privation de liberté n° 326
- procès de la privation de liberté n° 817
- recours suspensif n° 903
- sens de la peine privative de liberté n° 512 et s.

Période de sûreté [v. Peine perpétuelle] n° 777

- *tariff* n° 772 et s.
- perpétuité réelle n° 794 et s.

Personnalisation [v. Capacité, v. Adéquation matérielle, v. Individualisation] n° 564

Police administrative [v. Internement des aliénés, v. Rétention administrative, v. Maintien en

zone d'attente, v. Dégrisement, v. Privation de liberté de police]

Police judiciaire [v. Garde à vue, v. Privation de liberté de police]

Présentation [v. *Habeas corpus*]

Prévenir un tiers (droit de...) [v. *Paquet de droits*]n° 225

Prévisibilité [v. Légalité]

Principes cardinaux [v. Légalité, v. Sûreté, v. Nécessité, v. Proportionnalité, v. Dignité, v. Gardien de la liberté individuelle, v. Détention arbitraire]

Privation de liberté (champ) [v. Exécution, v. *Ratio legis*, v. Libération, v. Arrestation, v. Privation de liberté de police, v. Privation de liberté judiciaire, v. Chaînage, v. Courte durée, v. Unité, v. Approche fractionnée, v. Péremption, v. Principes cardinaux]

- accroissement.....n° 590
- complexité.....n° 668
- consentementn°s 15, 424 et s.
- contrainte n° 7 et s.
- définition..... n°s 7 et s., 422 et s.
- preuven° 16

Privation de liberté de police [v. *Habeas corpus*]n° 65

- bien-fondé.....n° 965
- contrôle en temps réel n° 615 et s.
- encadrement supra-légal n° 164 et s.
- *paquet de droits*..... n° 222 et s.
- refonten° 938
- régularité..... n° 914 et s.
- sensn° 724
- uniformitén°s 66, 272

Privation de liberté judiciaire [v. *Habeas corpus*, v. Recours à bref délai, v. Titre du tribunal]n° 65

Procès de la privation de liberté n° 815 et s.

- *Habeas corpus* n° 817 et s.
- Recours à bref délain° 836

Procès équitable [v. Procès de la privation de liberté]

Procureur de la République [v. magistrat du parquet]

Proportionnalité [v. Bien-fondé].....n° 93

- affliction..... n° 514 et s.
- bien-fondé n° 963 et s.
- contrôle juridictionnel n° 978 et s.
- délimitation abstraite (interdiction de subir une rigueur non proportionnée) n° 452 et s.
- durée n° 459 et s.

Protection de la personne privée de liberté [v. Sûreté, v. *Ratio legis*]

Q

Qualité de la loi [v. légalité]

R

Ratio legis (de la privation de liberté)

- adéquation matériellen° 477

- concurrence..... n° 397 et s.
- extinction de la *ratio legis*..... n° 459 et s.
- intérêt de la personne privée de liberté n°s 17, 398
- maintien au fil du temps..... n° 454 et s.
- obligation assurant la protection de l'ordre public n° 375 et s.
- protection de l'ordre public..... n° 354 et s.
- sens supra-légal..... n° 487 et s.
- sens univoque de la peine n° 503 et s.

Recours à bref délai [v. Peine perpétuelle] n° 766 et s.

- automaticité..... n° 799 et s.
- bref délai n° 802 et s.
- champ d'application..... n° 768 et s.
- effet suspensif n° 664 et s.
- juge judiciaire n° 650 et s.
- peine privative de liberté.....n° 813
- périodicité n° 808 et s.
- procès de la privation de liberté n° 835 et s.
- proportionnalité..... n°s 103, 597
- régularité administrativen° 898
- tribunal n° 663 et s.

Recours spéciaux contre la privation de liberté [v. *Habeas corpus*, v. Recours à bref délai] n° 599 et s.

- exécution de la privation de liberté [v. Dignité]..... n° 106 et s.

Référé-détention n° 705 et s.

Référé-liberté

- conditions matérielles de détention..... n°s 943, 951 et s.
- internement de l'aliéné.....n° 900
- isolement..... n° 559 et s.

Référé-suspension

- internement des aliénésn° 916
- isolement.....n° 560

Référé « mesures utiles »

- conditions matérielles de détention..... n° 953

Régime différencié [v. Isolement]

Régularité..... n° 848 et s.

- céléritén° 899
- exécution de la privation de liberté..... n° 942 et s.
- modèle n° 958 et s.
- principaux champsn° 851
- privation de liberté de police n° 914 et s.
- régularité administrative n°s 862 et s., 892 et s.
- régularité judiciairen° 891
- standard constitutionneln° 852
- titre du tribunaln° 853

Réhabilitation [v. Réinsertion]

Réinsertion..... n° 492 et s.
▪ affectation pénitentiaire n° 508 et s.
▪ sens de la peine n° 503 et s.
▪ travail pénitentiaire n° 505 et s.

Représentation

▪ consentement n° 424 et s.
▪ droit à une assistance adaptée n° 235
▪ mineur n° 236
▪ recours à bref délai n° 800

Responsabilité de l'État [v. Conditions matérielles de détention]

Restriction à la liberté d'aller et venir [v. liberté d'aller et venir]

Rétention administrative

▪ adéquation matérielle n° 488
▪ assistance de l'avocat n° 320 et s.
▪ bien-fondé n° 1007 et s.
▪ célérité de l'*Habeas corpus* n° 738 et s.
▪ célérité de l'information des droits n° 270 et s.
▪ conditions matérielles de détention n° 945
▪ départ volontaire n° 393 et s.
▪ dualité n° 871 et s.
▪ motivation de la décision administrative n° 258
▪ mineur n° 1012
▪ nécessité n° 392 et s.
▪ proportionnalité n° 466 et s.
▪ *quasi Habeas corpus* n° 936
▪ recours rapide administratif n° 901 et s.
▪ régularité administrative n° 894 et s.
▪ régularité de la privation de liberté de police n° 934 et s.
▪ régularité du *paquet* de droits n° 935 et s.

Retenue pour vérification d'identité

Retenue pour vérification du droit au séjour n° 218

Rétention de sûreté

▪ adéquation matérielle n° 494 et s.
▪ contrôle constitutionnel n° 449
▪ détention pénale de sûreté n° 431 et s.
▪ rétroactivité n° 205 et s.

Rétroactivité [v. légalité]

Rigueur

▪ interdiction de toute rigueur non nécessaire n° 353

Rotation de sécurité [v. Isolement]

S

Sanction disciplinaire n° 368
▪ droit pénitentiaire n° 562

Sécurité

▪ de la personne privée de liberté [v. sûreté]
▪ des personnes et des biens [v. ordre public]
▪ juridique [v. sûreté]

Sens [v. *Ratio legis*]

Standard(s)

▪ ... européen minimum des conditions matérielles de détention n° 517 et s.

▪ ... européens spéciaux de l'adéquation matérielle n° 483 et s.

Sûreté

▪ ... subjective n° 222 et s.
▪ ... objective n° 140
▪ définition n° 88
▪ entretien avec un avocat n° 297

Surpopulation

▪ conditions matérielles de détention n° 533
▪ limitation des droits n° 563, 956
▪ *numerus clausus* n° 957
▪ problèmes structurels n° 537
▪ recours interne n° 954

Suspect [v. Garde à vue, v. Détention provisoire]

Suspension médicale de peine [v. État de santé incompatible]

T

Temps réel [v. contrôle en temps réel]

Théorie générale

▪ définition n° 45

Théorie générale des droits d'une personne privée de liberté (Essai)

▪ cohérence n° 71
▪ fonction n° 80
▪ pertinence n° 50 et s.
▪ sources n° 47 et s.

Tiers [v. Prévenir un tiers]

Titre d'un tribunal n° 68

▪ droit d'être privé de liberté sur un titre du tribunal n° 843
▪ motivation n° 970 et s.
▪ plein contrôle du bien-fondé n° 966
▪ régularité n° 853
▪ tribunal n° 663 et s.

Titre de privation de liberté [v. Titre d'un tribunal]

▪ titre administratif [v. Droits de la défense] n° 171

Traduction [v. *Habeas corpus*]

Tribunal [v. Titre d'un tribunal]

Traitement inhumain et dégradant [v. Dignité]

Travail pénitentiaire [v. Réinsertion]

U

Unité (de la privation de liberté) [v. Chaînage, v. Courte durée] n° 50

▪ célérité de l'information des droits n° 283
▪ célérité de l'*Habeas corpus* n° 728, 733 et s.
▪ contrôle judiciaire du bien-fondé n° 1005
▪ intégration de la détention sanction dans la théorie générale n° 813 et s.
▪ *paquet* de droits n° 347
▪ uniformité de la privation de liberté de police n° 66, 272

Unité pour malades difficiles n° 490

V

Vagabond [v. Détention *sûreté*]**Vérification d'identité**.....n° 173

- légalité..... n° 143 et s.

- *paquet* de droits.....n° 182

Voie de fait [v. Dualité]**Z**

Zone d'attente [v. Maintien en zone d'attente]

TABLE DES MATIÈRES

(les numéros renvoient aux pages)

Liste des principales abréviations.....	III
Sommaire	V
Introduction	1
A) Le champ de la privation de liberté (« d'une personne privée de liberté »).....	2
1) L'application d'une contrainte physique étatique	6
a. La démonstration prioritaire servant à établir la privation de liberté : la recherche objective de la contrainte physique.....	9
b. La démonstration supplétive servant à écarter la privation de liberté : la recherche subjective de l'existence du consentement.....	13
2) Une contrainte physique qui s'exerce avec suffisamment d'intensité pour compromettre gravement la liberté d'aller et venir d'une personne	17
a. L'exclusion de la contrainte physique sévère de courte durée	17
b. L'inclusion du confinement mesuré de longue durée.....	21
3) La définition de l'arrestation et de la détention.....	26
B) La notion des droits de la personne privée de liberté (« des droits d'une personne privée de liberté »)	30
1) Des droits subjectifs (« des droits d'une personne »)	31
2) Des droits générés par la privation de liberté (« des droits d'une personne privée de liberté »)	35
C) La pertinence du recours à la théorie générale (« d'une théorie générale des droits de la personne privée de liberté »)	37
1) La pertinence de la méthode (« le rassemblement méthodique des principes fondamentaux et des règles récurrentes dans les institutions particulières ») : les sources de la théorie générale ..	39
2) La pertinence de son objet (« encadrant une matière homogène ») : l'unité de la privation de liberté	41
a. Le renversement de la fracture apparente liée à la nature : la standardisation de la détention moyen, de la détention sanction et de la détention sûreté	42
i) Les distinctions de nature dans la protection contre la privation de liberté.....	43
ii) Le retour à l'unité par l'uniformisation de la protection	46
b. Le renversement de la fracture apparente liée à la durée : le chaînage de la privation de liberté de police à la privation de liberté judiciaire	47
c. La double approche de la privation de liberté : l'approche fractionnée et l'approche globale	49
3) La pertinence de son esprit (« formant un ensemble cohérent ») : la lutte contre l'arbitraire	53
4) La pertinence de sa fonction (« permettant de rationaliser une matière éparse ») : les défauts du droit français de la privation de liberté	59
D) L'Essai d'une théorie générale des droits des personnes privées de liberté : les principes cardinaux de la détention	62
1) Les principes cardinaux exclusifs de l'encadrement abstrait de la norme privative de liberté	65
a. La légalité de la privation de liberté.....	65
b. La sûreté.....	67

2)	Les principes cardinaux hybrides de l'encadrement abstrait de la norme privative de liberté et de l'encadrement concret de son application.....	68
a.	La nécessité.....	69
b.	La proportionnalité.....	71
3)	Les principes cardinaux exclusifs de l'encadrement concret de l'application de la privation de liberté.....	73
a.	Le juge judiciaire, gardien de la liberté individuelle.....	73
i)	La compétence du juge judiciaire.....	74
ii)	Les recours spéciaux du contrôle de la privation de liberté.....	80
b.	Le respect de la dignité de la personne privée de liberté.....	83
4)	Le principe cardinal de l'interdiction de la détention arbitraire : la synthèse des droits des personnes privées de liberté.....	91
a.	Le contenu de l'interdiction de l'internement arbitraire : le regroupement des principes cardinaux de la détention.....	92
b.	L'effet de l'interdiction de la détention arbitraire : l'effectivité des principes cardinaux de la détention.....	94
<i>Partie I./</i>	<i>Le droit d'être privé de liberté selon une loi dénuée d'arbitraire.....</i>	<i>99</i>
Titre I./	Le droit à la sûreté.....	103
Chapitre I./	Le droit à la sûreté objective : la légalité de la privation de liberté.....	105
Section I./	La légalité organique : le droit d'être privé de liberté selon une loi.....	107
§ 1./	<i>Le droit à la légalité dénié : la privation de liberté sans loi.....</i>	<i>111</i>
A)	Un droit oublié.....	111
B)	Un droit ignoré.....	113
§ 2./	<i>Le droit à la légalité malmené : l'intervention du pouvoir réglementaire dans la délimitation de la privation de liberté.....</i>	<i>119</i>
A)	L'obligation réglementaire érigée en délit.....	119
B)	La délégation de compétence du législateur au pouvoir réglementaire.....	121
Section II./	La légalité matérielle : le droit d'être privé de liberté selon une loi de qualité.....	125
§ 1./	<i>Le gage de qualité lié au contenu : le droit d'être privé de liberté selon une loi assurant la protection contre l'arbitraire.....</i>	<i>127</i>
A)	L'accroissement timide : l'encadrement supra-légal de la privation de liberté de police.....	130
1)	L'encadrement déficient de la privation de liberté de police : l'insuffisance des garanties entourant la capture et l'adoption du titre administratif de privation de liberté.....	134
a.	L'encadrement léger de la capture de police.....	135
b.	L'encadrement léger du titre administratif de détention.....	144
2)	L'encadrement déficient de la privation de liberté de police : le défaut de valeur supra-légale du <i>paquet</i> de droits générés par l'arrestation.....	146
B)	L'accroissement avancé : l'encadrement légal de l'exécution de la privation de liberté.....	157
§ 2./	<i>Le gage de qualité lié à la rédaction : le droit d'être privé de liberté selon une loi prévisible.....</i>	<i>165</i>
A)	L'intensité du contrôle supra-légal de la qualité rédactionnelle de la loi.....	166
1)	La prévisibilité : l'examen fixe.....	167
2)	La prévisibilité : l'examen rétrospectif.....	173
B)	Le correctif au défaut de qualité de la loi : l'interprétation juridictionnelle étroite de la privation de liberté.....	179

1)	L'obligation pour le juge de la privation de liberté d'interpréter étroitement les critères législatifs de la privation de liberté	180
2)	La sanction du détournement de la privation de liberté	182
a.	L'insuffisance du droit français : la garde à vue de l'étranger en situation irrégulière	183
b.	L'insuffisance du droit français : l'arrestation en préfecture de l'étranger en situation irrégulière	188
Chapitre II./	Le droit à la sûreté subjective : Le <i>paquet</i> de droits généré par l'arrestation	191
Section I./	Le droit à l'information de la personne arrêtée : la recherche de sa pertinence	201
§ 1./	<i>Le droit à une information adaptée à son destinataire</i>	<i>205</i>
A)	La défense relative du droit à une information intelligible	205
1)	Le défaut de l'assistance renforcée de la personne arrêtée au discernement durablement incomplet.....	207
2)	Le défaut du contrôle du report de l'information de la personne arrêtée au discernement temporairement atteint.....	210
B)	Le droit à une information accessible	212
1)	La forme de l'information : le choix du support	213
2)	L'information de l'étranger dans une langue comprise par lui : le contrôle judiciaire strict de la qualité de l'intervention de l'interprète.....	215
a.	Le contrôle juridictionnel strict de l'intervention de l'interprète à distance.....	216
b.	Le contrôle juridictionnel strict des diligences réalisées pour contacter l'interprète.....	217
§ 2./	<i>Le droit à une information de qualité.....</i>	<i>219</i>
A)	La protection relative du droit à une information complète	220
1)	La présomption de connaissance par le suspect des raisons factuelles de son arrestation	222
2)	La réticence du juge administratif à imposer la pleine motivation de la décision administrative de placement en détention	225
a.	La réticence du juge administratif à imposer la motivation complète de la décision administrative de placement en rétention.....	226
b.	La réticence du juge administratif à imposer la motivation complète de la décision administrative de placement en internement d'office	229
B)	La protection plus ferme du droit à la rapidité de l'information	232
1)	Le principe ferme : l'arrestation comme point de départ du délai servant à l'appréciation de la célérité de l'information des droits	236
2)	Le principe relatif : le contrôle des circonstances factuelles justifiant le report de l'information des droits	239
a.	Le rejet des vérifications policières comme cause de report de l'information des droits en garde à vue	241
b.	L'admission des vérifications policières comme cause de report de l'information des droits de l'étranger maintenu en zone d'attente	246
Section II./	Le droit à l'assistance d'un avocat de la personne arrêtée : la recherche des limites des droits de la défense contre la privation de liberté.....	249
§ 1./	<i>L'identification de la nature du droit à l'assistance d'un avocat de la personne arrêtée</i>	<i>253</i>
A)	Le droit à l'assistance d'un avocat en garde à vue : le détachement des droits de la défense contre la privation de liberté	253
1)	Le droit à des entretiens avec un avocat dans le droit ancien de la garde à vue : la neutralisation des droits de la défense contre la privation de liberté	254

2)	L'assistance de l'avocat durant les interrogatoires dans le droit nouveau de la garde à vue : le maintien de la neutralisation de la défense contre la privation de liberté	260
a.	Le rattachement supra-légal de l'assistance de l'avocat à la défense pénale.....	260
b.	La retranscription des solutions supra-légales par rattachement à la défense pénale	267
B)	Le droit à l'assistance d'un avocat dans les autres cas de privation de liberté de police : le dégagement d'un modèle vigoureux des droits de la défense contre la privation de liberté applicable dès l'arrestation.....	271
1)	Le défaut de protection supra-légale du droit de la personne arrêtée à l'assistance d'un avocat dès le début de la privation de liberté.....	272
2)	Le droit de la personne arrêtée à l'assistance d'un avocat dans la législation nationale : la construction d'un modèle vigoureux des droits de la défense contre la privation de liberté applicable dès le début de la privation de liberté	277
§ 2./	<i>L'intensité du contrôle des moyens mis en œuvre pour assurer le droit à l'assistance d'un avocat de la personne arrêtée.....</i>	<i>283</i>
A)	Le contrôle des diligences opérées par l'officier de police judiciaire pour joindre l'avocat	285
B)	Le contrôle de la mise à disposition immédiate à l'étranger d'un moyen de communication pour joindre l'avocat	291
Titre II./	Le droit de ne pas subir une rigueur non nécessaire	301
Chapitre I./	Le droit de ne pas subir une rigueur non nécessaire : l'insuffisance du filtre statique	309
Section I./	Le rattachement imparfait de la détention <i>moyen</i> à une obligation protégeant l'ordre public	319
§ 1./	<i>L'acceptation européenne d'obligations de toute nature.....</i>	<i>323</i>
§ 2./	<i>L'acceptation constitutionnelle de toute obligation assurant la protection de l'ordre public</i>	<i>329</i>
A)	L'insuffisante modulation de la détention moyen en matière pénale.....	331
1)	La garde à vue de droit commun de l'adulte : la limite du reproche d'une infraction punie au moins d'une peine d'emprisonnement	332
2)	L'insuffisante prise en compte de la minorité du suspect : l'altération des principes anciens	334
B)	La présomption de la nécessité abstraite de la rétention administrative de l'étranger	342
Section II./	L'efficacité relative de la concurrence des biens juridiques pour délimiter la nécessité abstraite de la détention <i>sûreté</i>.....	347
§ 1./	<i>La relativité du principe de la concurrence</i>	<i>351</i>
A)	L'effet restrictif de la concurrence	351
1)	La concurrence : cause de restriction du champ de la mesure de sûreté	352
2)	La concurrence : cause de l'adéquation juridique du placement en détention	358
B)	L'effet extensif de la concurrence : la tentation de faciliter le recours à la privation de liberté sûreté	368
1)	L'appréciation plus sévère du niveau de contrainte nécessaire à la qualification de la privation de liberté pour le placement médico-social.....	370
2)	La pleine efficacité du consentement de la personne au discernement diminué à son placement médico-social	372
§ 2./	<i>L'interprétation large des cas de détention sûreté faisant exception à la concurrence..</i>	<i>377</i>
A)	L'interprétation large de la mesure de sûreté abandonnée à la seule protection de la personne privée de liberté : l'éducation surveillée du mineur.....	380
B)	L'interprétation large de la détention sûreté abandonnée à la seule protection de l'ordre public : la détention pénale de sûreté	383
1)	Le large champ de la détention pénale de sûreté : les formes de la privation de liberté... ..	383

2)	La légèreté du contrôle européen du lien de causalité.....	388
Chapitre II./	Le droit de ne pas subir une rigueur non proportionnée : l'insuffisance du filtre dynamique	393
Section I./	La relativité du droit de ne pas être privé de liberté au-delà de la durée strictement	397
nécessaire	
§ 1./	<i>L'insuffisante réserve du maintien de la privation de liberté aux hypothèses les plus graves de mises en péril de l'ordre public</i>	401
A)	Le détachement du contrôle de la proportionnalité de la détention moyen de police administrative à la mise en péril de l'ordre public	402
B)	Le détachement du contrôle de la proportionnalité de la détention moyen de police judiciaire de la gravité de l'infraction	405
§ 2./	<i>L'insuffisant contrôle supra-légal de l'adéquation matérielle : la consécration relative du droit d'être privé de liberté dans un lieu assurant un contenu adapté au motif de la privation de liberté</i>	413
A)	Les standards européens spéciaux de l'adéquation matérielle : la consécration limitée du droit d'être privé de liberté dans un lieu assurant un contenu adapté au motif de la privation de liberté	417
1)	Les acquis limités des standards européens spéciaux.....	418
2)	Le timide renouvellement des standards européens spéciaux	424
a.	Le timide dépassement du rejet du contrôle du contenu de la détention sanction : le contrôle de l'adéquation de la détention pénale de sûreté	425
b.	Le timide dépassement du rejet du contrôle cloisonné : le contrôle de l'adéquation matérielle de la privation de liberté à la personnalité du détenu	429
B)	La supériorité du droit national : le développement d'un droit à préparer sa réinsertion durant l'exécution de la peine	433
Section II./	La relativité du droit à ne pas être privé de liberté au-delà de l'affliction strictement	445
nécessaire	
§ 1./	<i>La consécration du droit d'obtenir des conditions matérielles de détention conformes au standard européen minimum</i>	447
A)	Le standard minimum des conditions matérielles pour la détention normale	447
1)	L'identification des conditions matérielles de détention indignes : le standard minimum.....	453
2)	L'appréciation du dépassement du seuil de l'article 3 : l'objectivisation du contentieux	458
B)	Le standard minimum de la détention dans la détention	464
1)	L'acquisition du contrôle du bien-fondé de l'atteinte au corps du détenu.....	465
2)	La construction du contrôle du bien-fondé de l'isolement	471
a.	L'affliction de l'isolement : le contrôle minimal	474
b.	L'opportunité de l'isolement : la hausse du contrôle	479
§ 2./	<i>La consécration du droit à la libération du détenu à l'état de santé incompatible avec le maintien en détention</i>	489
A)	L'expression forte du droit à la libération de la personne à l'état de santé incompatible	491
B)	La relativisation du droit à la libération : l'étroitesse de son champ.....	499
1)	L'interprétation restrictive de l'état de santé incompatible	500
2)	L'interprétation large de l'exception de dangerosité.....	506
	<i>Conclusion de la première partie</i>	515
Partie II./	<i>Le droit d'être privé de liberté sous le contrôle du juge judiciaire</i>	517
Titre I./	Les droits de recours judiciaires spéciaux en contestation du bien-fondé de la privation de	523
liberté	
Chapitre I./	Le droit au juge de la privation de liberté : le point commun entre <i>Habeas corpus</i> et recours à bref délai	527

Section I./	Le droit à un juge indépendant et impartial : les qualités du juge de la privation de	
liberté	529
§ 1./	<i>Le droit à un juge indépendant : le juge judiciaire</i>	531
A)	La réserve constitutionnelle au juge judiciaire de l'Habeas corpus	533
	1) La protection de l'autorité judiciaire : le contrôle en temps réel de la privation de liberté de police	534
	a. La consécration constitutionnelle du contrôle en temps réel de l'autorité judiciaire pour la privation de liberté de police du suspect	538
	b. La protection en trompe l'œil du contrôle en temps réel par la Chambre criminelle	540
	c. Le refus constitutionnel de généraliser le contrôle en temps réel de la détention police par l'autorité judiciaire	548
	2) Le droit au juge judiciaire : l'Habeas corpus	551
	a. L'Habeas corpus constitutionnel général : l'accès à l'autorité judiciaire indépendante statutairement	552
	b. L'Habeas corpus européen du suspect : l'accès à l'autorité judiciaire indépendante matériellement	555
B)	La construction de la réserve constitutionnelle au juge judiciaire du recours à bref délai	559
	1) Le droit interne : l'émergence constitutionnelle de la réserve au juge judiciaire du recours à bref délai	560
	a. La construction constitutionnelle de la réserve de compétence au juge judiciaire	561
	i) La consécration constitutionnelle de la réserve du juge judiciaire pour la détention moyen et la détention sûreté	562
	ii) La constitutionnalité ambiguë de la judiciarisation de l'aménagement des peines ..	563
	b. La valeur législative de la réserve de compétence au juge judiciaire	566
	2) Le droit européen : la garantie de l'accès à un tribunal	568
§ 2./	<i>Le droit à un juge impartial : un juge capable investi de la seule fonction de gardien de la liberté individuelle</i>	573
A)	Le droit à un juge capable	573
	1) La spécialisation d'un juge judiciaire professionnel dans la matière du contrôle de la privation de liberté : le juge des libertés et de la détention	574
	2) La protection constitutionnelle de la capacité du magistrat contrôleur de la privation de liberté	577
	a. La limitation de l'intervention du magistrat non professionnel sur le fondement de l'article 66 de la Constitution	577
	b. Le contrôle de la capacité du juge non professionnel	580
B)	Le développement du droit à un juge investi de la seule fonction de gardien de la liberté individuelle	581
	1) Les cas de séparation	583
	a. L'interdiction du cumul instantané entre la fonction d'instruction et celle de gardien de la liberté individuelle du mis en examen	584
	b. L'interdiction du cumul rétrospectif entre la fonction d'instruction et celle de gardien de la liberté individuelle de la personne jugée	585
	2) Les cas de résistance	588
	a. La construction de l'interdiction du cumul entre la fonction de gardien de la liberté individuelle du mis en examen et la fonction de gardien de la liberté individuelle de la personne jugée	589
	b. Le rejet ferme de la séparation entre la fonction d'instruction ou de poursuite et la fonction de gardien de la liberté individuelle du suspect	591

Section II./	Le droit d'obtenir sa libération immédiate et sans condition : le pouvoir du juge de la privation de liberté	597
§ 1./	<i>La consécration supra-légale du droit d'obtenir sa libération immédiate et sans condition</i>	599
A)	La consécration constitutionnelle	599
B)	La consécration européenne	603
§ 2./	<i>Les limitations croissantes au droit d'obtenir sa libération immédiate et sans condition</i>	607
A)	Le référé-détention comme élément de la théorie générale de la privation de liberté	607
B)	Le juge d'appel, le seul véritable juge de la privation de liberté	611
Chapitre II./	Le droit à un recours adapté : les divergences entre <i>Habeas corpus</i> et recours à bref délai	617
Section I./	Le droit à bénéficier d'un recours efficace : les divergences justifiées des recours judiciaires spéciaux de la privation de liberté	619
§ 1./	<i>La lutte contre l'arbitraire : le droit de recours immédiat en Habeas corpus pour contester la nécessité de son placement en détention</i>	621
A)	Le droit français : l'effritement progressif de la célérité de l' <i>Habeas corpus</i>	626
1)	La convergence des seuils : l' <i>Habeas corpus</i> au bout de deux jours	626
2)	L'éclatement des seuils	629
a.	L'assouplissement de la célérité de l' <i>Habeas corpus</i> du suspect	629
b.	Le report de l' <i>Habeas corpus</i> de l'étranger au-bout de sept jours	632
c.	Le report de l' <i>Habeas corpus</i> de l'aliéné au-bout de quinze jours	633
B)	Le droit européen : le relèvement de la célérité de l' <i>Habeas corpus</i>	638
1)	L'appréciation <i>in abstracto</i> de la durée de garde à vue : la limite maximale de quatre jours	640
2)	Vers un contrôle <i>in concreto</i> de la nécessité de la garde à vue : le raffermissement de l' <i>Habeas corpus</i>	644
a.	Le contrôle <i>in concreto</i> comme cause d'allongement de la durée de la garde à vue : le contrôle de circonstances exceptionnelles	645
b.	Le contrôle <i>in concreto</i> comme cause de raccourcissement de la durée de la garde à vue	647
§ 2./	<i>La lutte contre la disproportion : Le droit de recours périodique à bref délai pour contester le maintien du bien-fondé de la privation de liberté</i>	653
A)	Le champ d'application du droit de recours à bref délai : la remise en cause du contrôle incorporé de la peine privative de liberté	654
1)	La remise en cause du contrôle incorporé de la proportionnalité de la peine perpétuelle par la Cour européenne des droits de l'Homme	655
a.	Les contours du pouvoir de requalification de la peine perpétuelle en mesure de sûreté	656
i)	Les grands mouvements contradictoires de la jurisprudence européenne	657
ii)	Les critères de requalification de la peine perpétuelle en mesure de sûreté	662
b.	Le contrôle de la peine perpétuelle répressive sur le fondement de l'article 3 : la place ambiguë de la libération conditionnelle	664
2)	La remise en cause par le Conseil constitutionnel du contrôle incorporé de la peine perpétuelle	669
B)	Les modalités du recours : un recours périodique à bref délai	672
1)	Le caractère lié à la matière de la privation de liberté : un recours à bref délai	675
2)	Le caractère lié à sa fonction : la périodicité	679

Section II./	le droit au procès de la privation de liberté : la divergence contestable des recours judiciaires spéciaux de la privation de liberté	685
§ 1./	<i>L'absence de droit au procès lors du recours d'Habeas corpus</i>	<i>687</i>
A)	L'inefficacité de l'article 66 de la Constitution	687
	1) L'inefficacité partielle de l'article 66 : le droit à la présentation	688
	2) L'inefficacité totale de l'article 66 : l'exercice des droits de la défense	693
B)	L'insuffisance de l'article 5 § 3	695
§ 2./	<i>La pleine protection supra-légale du droit au procès lors du recours à bref délai...</i>	<i>699</i>
A)	La tentation de l'application du procès de la privation de liberté à la matière de l'aménagement des peines par le biais de l'article 6 de la Convention.....	700
B)	Le procès de la privation de liberté imposé par l'article 5 § 4 de la Convention européenne des droits de l'Homme	703
Titre II./	Le droit de contester la légalité de la privation de liberté	709
Chapitre I./	Le droit de contester la régularité de la privation de liberté : l'expansion du contrôle	
juridictionnel	717
Section I./	La limite du droit de contester la régularité de la privation de liberté : la dualité ...	725
§ 1./	<i>La construction des frontières : le droit de contestation de la régularité du titre de la privation de liberté devant le juge administratif.....</i>	<i>727</i>
A)	L'établissement des frontières par la jurisprudence judiciaire et administrative : l'interprétation restrictive de la compétence judiciaire	727
	1) L'interprétation restrictive des fondements généraux de la compétence judiciaire en matière de privation de liberté.....	727
	2) L'interprétation restrictive des fondements spéciaux de la compétence judiciaire en matière de privation de liberté.....	730
B)	Le maintien des frontières par le Conseil constitutionnel	736
	1) La décision administrative fixant l'obligation dont l'exécution forcée peut être assurée par la détention : l'inapplicabilité de l'article 66 de la Constitution.....	737
	2) La décision administrative de placement en privation de liberté : l'efficacité de l'article 66 de la Constitution limitée au contrôle du bien-fondé.....	740
§ 2./	<i>La remise en cause de la dualité, cause d'affaiblissement de la protection de la liberté individuelle</i>	<i>745</i>
A)	Le juge administratif, gardien de la liberté individuelle : des compétences variables	746
B)	Le juge administratif, gardien de la liberté individuelle : un recours dont l'effectivité n'est pas assurée... ..	751
	1) Le défaut de promptitude	751
	2) Le défaut du pouvoir de libérer	758
Section II./	Le regain du droit de contester la régularité de la privation de liberté : l'expansion	763
§ 1./	<i>Le dépassement inachevé du droit de contester la régularité de la privation de liberté de police</i>	<i>765</i>
A)	Le droit du suspect contester la régularité de la privation de liberté de police : une reconnaissance au milieu du gué	769
	1) La confusion entre la régularité de la privation de liberté et la régularité de la procédure : le rejet de l'autonomie.....	771
	2) Le remède inefficace de l'annulation : l'indispensable consécration de l'autonomie	774
B)	Le droit de l'étranger de contester la régularité de la privation de liberté de police : le modèle à suivre	780

§ 2./	<i>Le dépassement inachevé du droit de contester les conditions matérielles de la détention</i>	787
A)	L'action en responsabilité de l'État pour faute simple : voie de droit efficace de la contestation des conditions matérielles de détention passées	795
B)	La vaine amélioration de l'efficacité de la contestation des conditions de détention matérielles indignes actuelles	799
Chapitre II./	Le droit de contester le bien-fondé de la privation de liberté : la stagnation du contrôle judiciaire	811
Section I./	Le droit de contester le bien-fondé de la détention provisoire : l'accroissement du contrôle	823
§ 1./	<i>Le modèle européen : la recherche des éléments du contrôle judiciaire du bien-fondé de la privation de liberté</i>	825
A)	Bref retour sur les critères classiques	827
B)	L'émergence de nouveaux critères	832
§ 2./	<i>La difficile intégration par le juge national du modèle européen du contrôle du bien-fondé de la détention provisoire</i>	841
A)	La consécration d'un pouvoir discrétionnaire au juge du fond	842
B)	Vers une hausse du contrôle du juge du droit du bien-fondé de la détention provisoire pour les détentions anormalement longues	848
Section II./	Le droit de contester le bien-fondé des autres cas de détention : les limites du contrôle du bien-fondé de la privation de liberté	853
§ 1./	<i>Le droit incomplet de l'étranger de contester le bien-fondé de sa privation de liberté ..</i>	855
A)	Le contrôle incomplet de la Cour européenne des droits de l'Homme	855
B)	Le contrôle incomplet du juge national	859
1)	Le contrôle incomplet du bien-fondé de la détention extraditionnelle	860
2)	Le contrôle incomplet du bien-fondé de la rétention administrative de l'étranger	862
§ 2./	<i>Le droit incomplet de contester le bien-fondé de la peine privative de liberté</i>	867
A)	L'amputation du juge du fond de la pleine appréciation de la nécessité de la détention sanction : les peines minimales	868
B)	Le contrôle défaillant du juge du droit du bien-fondé de la peine privative de liberté	873
1)	Le contrôle défaillant de la motivation de la nécessité de la peine privative de liberté dans la décision de condamnation	873
a.	En matière correctionnelle : le mirage de la motivation de la peine privative de liberté	874
b.	En matière criminelle : le maintien du principe de l'absence de motivation de la peine privative de liberté	878
2)	Le contrôle en hausse de la motivation de la proportionnalité de la peine privative de liberté dans la décision de libération conditionnelle	883
	<i>Conclusion de la seconde partie</i>	889
	<i>Conclusion générale : la préemption des droits de la personne privée de liberté</i>	891
	<i>Table de jurisprudence</i>	895
A)	Jurisprudence constitutionnelle	895
1)	Jurisprudence constitutionnelle nationale	895
2)	Jurisprudence constitutionnelle étrangère	902
B)	Jurisprudence internationale	902
1)	Arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne	902

2)	Cour européenne des droits de l'Homme (arrêts et décisions).....	903
3)	Commission européenne des droits de l'Homme (rapports et décisions).....	926
C)	Jurisprudence nationale.....	928
1)	Jurisprudence du Tribunal des conflits.....	928
2)	Jurisprudence judiciaire	929
a.	Cour de cassation (et autres juridictions nationales)	929
b.	Cours d'appel (et autres juridictions régionales).....	945
c.	TGI (et autres juridictions judiciaires de première instance)	946
3)	Jurisprudence administrative.....	947
a.	Conseil d'État.....	947
b.	Cour d'appel administrative.....	952
c.	Tribunal administratif.....	954
	<i>Table législative</i>	957
	<i>Bibliographie</i>	965
A)	Ouvrages	965
1)	Thèses	965
2)	Mélanges	966
3)	Ouvrages généraux et monographies	966
B)	Articles	967
C)	Rapports (et avis non juridictionnels)	975
D)	Ressources électroniques	976
	<i>Index</i>	977
	<i>Table des matières</i>	989

Essai d'une théorie générale des droits de la personne privée de liberté

Résumé

Le recours à la privation de liberté, mesure de contrainte qui se caractérise par son affliction et la mise en échec de la liberté individuelle, doit être strictement encadré, pour empêcher la détention arbitraire.

L'étude de la Constitution, de la Convention européenne des droits de l'Homme et des lois nationales, permet de dégager les droits de la personne privée de liberté, communs à l'ensemble des cas, indépendamment de leur nature et d'en dresser la théorie générale, organisée autour du droit d'être privé de liberté selon une loi dénuée d'arbitraire et du droit d'être privé de liberté sous le contrôle de l'autorité judiciaire, le gardien de la liberté individuelle.

Ces droits assurent le respect des principes cardinaux, qui encadrent la privation de liberté : sûreté, légalité, nécessité, proportionnalité, dignité. La théorie générale relativise souvent leur portée.

Mots clés. arbitraire, arrestation, autorité judiciaire, dangerosité, détention, dignité, garde à vue, habeas corpus, internement, légalité, liberté individuelle, nécessité, ordre public, peine, privation de liberté, proportionnalité, rétention, sûreté, théorie générale

Towards a general theory on the rights of the person deprived of liberty

Abstract

Resorting to the loss of freedom as a measure of duress characterised by its affliction and its defeating personal liberty must be strictly framed in order to avoid unlawful detention.

From the combined study of the French Constitution, the European Convention on Human Rights and the French domestic laws, emerges a bunch of rights attached to the person deprived of liberty and which should be guaranteed whatever the form of duress. Thus a tendency towards a general theory of unlawful detention exempt from arbitrary and under the control of the judicial Authority as guardian of personal Liberty stands out.

This bunch of rights ensures the respect of the cardinal principles framing the deprivation of liberty : « sûreté », necessity, proportionality, dignity and legality. However the laying out of a general theory on unlawful detention often leads to put those rights into perspective.

Keywords. arbitrary, arrest, judicial authority, dangerousness, detention, dignity, police custody, habeas corpus, internment, legality, personal liberty, necessity, public order, sentence, deprivation of liberty, proportionality, security of person, general theory