

ENM

ÉCOLE
NATIONALE
DE LA
MAGISTRATURE

Janvier 2023

REVUE JUSTICE ACTUALITÉS #27

Le juge des libertés et de la
détention (JLD) et ses nouvelles
attributions



Revue Justice Actualités – RJA

Directeur de la publication

Nathalie RORET, avocate, directrice de l'École nationale de la magistrature

Comité de rédaction

Samuel LAINÉ, magistrat, directeur adjoint de l'École nationale de la magistrature en charge des recrutements, de la formation initiale et de la recherche

Isabelle MONTEILS, magistrate, sous-directrice du Département Recherche et Documentation

Fathia ZEGHOUDI, magistrate, chargée de mission au Département Recherche et Documentation

Emmanuelle LAJUS-THIZON, docteure en droit, magistrate coordonnatrice de formation initiale (fonction juge des enfants), co-animatrice du Pôle environnement judiciaire

Dorothée MERCIER, magistrate coordonnatrice de formation continue, Pôle justice pénale

Laure MOISSET, magistrate coordonnatrice de formation initiale (fonction parquet), animatrice du Pôle pénal

Myriam SAUNIER, magistrate coordonnatrice de formation initiale (fonction juge aux affaires familiales), animatrice du Pôle civil

Lydie REISS, docteure en droit, magistrate, coordinatrice de formation, animatrice du pôle Dimension internationale de la justice

Amandine MAGNE, assistante de justice au Département Recherche et Documentation

Imprimerie : ENM – 10 rue des Frères Bonie 33 080 Bordeaux Cedex
Dépôt légal : 2018 – ISSN : 2646-8301

Avertissement :

Les opinions développées par les auteurs n'engagent pas l'ENM.

Cette revue peut être citée ainsi :

Revue Justice Actualités, n° 27, ENM, janvier 2023, p.

LE JUGE DES LIBERTÉS ET DE LA DÉTENTION (JLD) ET SES NOUVELLES ATTRIBUTIONS

SOMMAIRE

Introduction <i>par F. ZEGHOUDI, magistrate, chargée de mission à l'ENM</i>	4
--	---

PARTIE I. LE JLD, PERSPECTIVES TRANSVERSALES

Le juge des libertés et de la détention au milieu du gué <i>par P. LE MONNIER DE GOUVILLE, MCF, Droit privé et sciences criminelles à l'Université Paris Panthéon-Assas</i> 14	
L'évolution du JLD sous l'effet des jurisprudences européennes et constitutionnelle <i>par J.-B. THIERRY, MCF, Droit privé et sciences criminelles à l'Université de Lorraine</i>	24
Le juge des libertés et de la détention, institution en crise <i>par F. NGUYEN, magistrat, premier vice-président, chargé des fonctions de JLD au TJ de Paris</i>	32
Engagez-vous ! Devenez JLD ! <i>par H. MACHI, premier vice-président au TJ de Créteil, magistrat coordonnateur du service des JLD</i>	41

PARTIE II. ACTUALITÉ DES ATTRIBUTIONS PÉNALES DU JLD

L'office du JLD en matière de contrôle des conditions de détention : une brèche à investir <i>par J. FALXA, MCF, Droit privé et sciences criminelles à l'Université de Pau et des pays de l'Adour</i>	47
Le juge des libertés et de la détention dans le contexte de la justice pénale des mineurs : quels enjeux, quel avenir ? <i>par M.-C. GUÉRIN, MCF HDR, Droit privé et sciences criminelles à l'Université de Bordeaux</i>	56
Juge d'instruction et juge des libertés et de la détention : complémentarité ou concurrence ? <i>par D. MIRANDA, juge d'instruction au pôle criminel du TJ de Narbonne</i>	64
Regard de procureur sur la fonction de JLD <i>par F. LARDET, vice-procureure au TJ de Paris, J2, JUNALCO</i>	70

PARTIE III. ACTUALITÉ DES ATTRIBUTIONS CIVILES DU JLD

Le contrôle des mesures d'isolement et de contention par le juge des libertés et de la détention : vertus et limites <i>par P. VÉRON, MCF, Droit privé et sciences criminelles à l'Université de Nantes</i>	77
Le contrôle systématique des mesures d'isolement et de contention : des constats de résistance à la mise en œuvre d'un contrôle effectif <i>par C. VAILLANT, avocate au barreau de Paris</i>	83
Transfert de contentieux et transfert de jurisprudence : brèves remarques sur le contrôle de l'arrêté de placement et rétention administrative <i>par V. TCHEN, PU, Droit public à l'Université de Rouen</i>	89
L'évolution de l'office du JLD par le prisme des juridictions européennes <i>par P. BERDUGO, avocat au barreau de Paris</i>	97
Le juge des libertés et de la détention, magistrat fil rouge des lieux de privation de liberté <i>par C. DAGHESTANI, magistrate détachée au CGLPL</i>	106

NOUS AVONS LU POUR VOUS...

<i>Jusqu'au bout de mes peines</i> de Bérangère LE BOËDEC-MAUREL <i>par A. MAGNE, assistante de justice</i>	111
--	-----

ZOOM SUR LA RECHERCHE

4 questions aux auteurs de la recherche GENVIPART sur les auteurs de violences sur partenaires intimes <i>par F. ZEGHOUDI, magistrate, chargée de mission à l'ENM</i>	114
--	-----

INTRODUCTION

Par

Fathia ZEGHOUDI*Magistrate, chargée de mission**Département Recherche et documentation de l'École nationale de la magistrature*

Plus de 10 ans après un précédent numéro que nous lui avons consacré, le juge des libertés et de la détention (JLD) est à nouveau « *au cœur de l'actualité législative* »¹ et jurisprudentielle. Au carrefour des procédures civile, pénale et administrative, au contact des services préfectoraux et hospitaliers, statuant, souvent dans l'urgence, parfois hors des tribunaux, sur les mesures parmi les plus graves qui puissent affecter les justiciables majeurs comme mineurs, le JLD est resté tout au long de ses près de 23 années d'existence au centre de l'attention du législateur². Acteur d'emblée incontournable de la procédure pénale, il est progressivement devenu une figure tout aussi centrale dans les contentieux civils des soins sans consentement et de l'éloignement des étrangers.

En particulier, et de manière notable au cours de ces quatre dernières années, les réformes législatives qui ont directement ou indirectement impacté l'exercice de ses fonctions se sont succédé à un rythme particulièrement accéléré. Il n'est que de rappeler la loi du 23 mars 2019 de programmation et de réforme pour la justice³, la loi du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire⁴, la loi du 8 avril 2021 tendant à garantir le respect de la dignité en détention⁵, la loi du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire⁶ ou la loi du 22 janvier 2022 renforçant les outils de gestion de la crise sanitaire et modifiant le Code de la santé publique⁷ pour ne citer que celles-ci⁸. Dans le cadre de ce mouvement continu d'extension de ses compétences, qui s'est très nettement accru au cours des dernières années, la naissance d'un dispositif inédit de contrôle par le JLD des conditions de détention et la consécration d'un contrôle judiciaire des mesures d'isolement et de contention du malade hospitalisé sans consentement ont marqué les esprits⁹, tout comme sa prérogative nouvelle en matière d'autorisation des perquisitions au sein du cabinet ou du domicile de l'avocat. Enfin, souvent, ces nouvelles attributions de compétence par le législateur ont par ailleurs été précédées de décisions clés des hautes juridictions nationales et européennes¹⁰.

¹ [Le JLD et la détention](#), *RJA*, n° 2, 2011.

² Au point que certains auteurs – magistrats et universitaires éminents – ont pu évoquer un « *engouement* » presque « *compulsif* » du législateur pour la figure du JLD, ou le qualifier de « *bonne à tout faire* » de la procédure pénale française, v. : Frédéric NGUYEN, « [Les 20 ans de la loi du 15 juin 2000 – Le juge des libertés et de la détention : à la recherche du sens perdu](#) », *Lexbase pénal*, n° 28, 18 juin 2020 et Jean PRADEL, « [La procédure pénale française à l'aube du troisième millénaire](#) », *Recueil Dalloz*, 2000, p. 1.

³ Loi n° [2019-222](#), du 23 mars 2019, de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

⁴ Loi n° [2020-546](#) du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions.

⁵ Loi n° [2021-403](#) du 8 avril 2021 tendant à garantir le droit au respect de la dignité en détention.

⁶ Loi n° [2021-1729](#) du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire.

⁷ Loi n° [2022-46](#) du 22 janvier 2022 renforçant les outils de gestion de la crise sanitaire et modifiant le Code de la santé publique.

⁸ Voir en outre, par exemple, les impacts sur le JLD de la loi n° [2020-1672](#) du 24 décembre 2020 relative au Parquet européen, à la justice environnementale et à la justice pénale spécialisée ; ou encore les incidences des modifications introduites par CJPM sur sa compétence en matière de détention provisoire du mineur, sujet traité dans ce numéro par Marie-Cécile GUERIN.

⁹ [Le juge des libertés et de la détention](#), Bibliographie thématique, ENM, Département Recherche et documentation, septembre 2022.

¹⁰ Pour n'en citer que les principales, en matière d'isolement et de contention, v. : c. const., 19 juin 2020, n° [2020-844](#) QPC ; c. const., 4 juin 2021, n° [2021-912/913/914](#) QPC ; en matière de dignité des conditions de détention, v. : CEDH, 30 janvier 2020, *J. M. B. et a. c./ France*, n° [9671/15](#) et crim., 12 juillet 2022, nos [21-83.710](#), [21-83.710](#), [21-84.096](#) et [20-86.652](#) ; en

Ce nouveau numéro de la *Revue Justice Actualités* invite donc à penser ces évolutions récentes jurisprudentielles et législatives qui placent aujourd'hui le JLD à un tournant de son existence. Comment analyser cette montée en puissance du JLD, particulièrement accélérée au cours des quatre dernières années, marquée par une dynamique de multiplication et diversification de ses tâches ? Quelle influence les jurisprudences européennes et constitutionnelle ont-elles jouée dans les récentes évolutions de son rôle ? Et enfin, dans le filigrane des mouvements d'aujourd'hui, quels contours de la figure du JLD de demain se dessinent ?

Pour éclairer chacun de ces différents points, et bien d'autres encore, les contributeurs de ce dossier thématique ont accepté de retracer, pour les lecteurs de la RJA, la généalogie de ces nouvelles attributions, pénales et civiles du JLD, de proposer leurs éclairages sur le sens à donner à ces compétences nouvelles, et, plus largement, d'inviter à penser la reconfiguration à l'œuvre des fonctions du JLD, et, dans une certaine mesure, la recomposition actuelle de son identité.

On le comprend donc bien, au-delà des seuls collègues JLD, cette réflexion riche sur les évolutions récentes de son rôle concerne en réalité l'ensemble des magistrats judiciaires, civilistes comme pénalistes, et, à certains égards, également nos collègues juges administratifs. Car, en effet, retracer sa genèse, s'interroger sur son évolution, c'est au fond sonder les forces dynamiques travaillant la procédure pénale et c'est également entrevoir les contours de l'architecture pénale française de demain¹¹. Mais, questionner le périmètre de son intervention, c'est aussi, au regard des récentes propositions du rapport SAUVE¹², s'interroger sur la pertinence d'un maintien ou d'une scission de ses attributions civiles et pénales, impliquant, outre un recentrement du JLD sur ses fonctions pénales, une attribution de ses fonctions civiles à des juges non spécialisés.

Comme pour chacun de ses dossiers thématiques, la *Revue Justice Actualités* souhaite contribuer à l'analyse et à la compréhension d'une justice en mouvement en nourrissant, au fil de ses pages, un débat fécond entre chercheurs et praticiens du droit. Cette fois encore, notre revue ouvre ainsi ses colonnes à des universitaires, privatistes et publicistes, magistrats, avocats et présidents d'association, croisant leurs analyses et appréciations sur l'évolution actuelle de l'office du JLD et l'extension nouvelle de ses compétences. La richesse du présent numéro provient sans nul doute de la grande variété de profils de ces auteurs mais également de la diversité, voire, parfois, de la divergence de certaines analyses et points de vue exprimés.

Ce dossier thématique déploiera son analyse des nouvelles attributions du JLD en trois temps, sur trois tableaux. En ouverture, une approche transversale de l'accroissement continu des compétences du JLD offrira une mise en perspective de ses prérogatives historiques et de ses attributions nouvelles (I). Le cœur de ce dossier sera, lui, consacré à l'analyse fine et détaillée des incidences particulières de chaque nouvelle attribution du JLD prise séparément dans son champ propre, d'une part en matière pénale (II), d'autre part en matière de contentieux de l'hospitalisation sous contrainte et de contentieux de l'éloignement des étrangers (III). En conclusion, la parole sera laissée à une magistrate détachée auprès du Contrôleur Général des Lieux de Privation de Liberté (CGLPL), qui livrera son regard d'ensemble sur les dernières attributions du JLD.

matière d'extension de l'obligation de notification du droit de se taire devant le JLD, v. : crim., 23 novembre 2016, n^{os} [15-83.649](#) et 16-83.649 ; c. const., 4 mars 2021, n^o [2020-886](#) QPC ; c. const., 30 septembre 2021, n^o [2021-934](#) QPC ; c. const., 30 septembre 2021, n^o [2021-935](#) QPC.

¹¹ Pauline LE MONNIER DE GOUVILLE, *Le juge des libertés et de la détention, entre présent et avenir*, th. Panthéon-Assas, 2011.

¹² Jean-Marc SAUVE, [Rendre justice aux citoyens - Rapport du Comité des États généraux de la justice \(oct. 2021-avr. 2022\)](#), p. 200.

Ouvrant la réflexion sur ces nouvelles attributions du JLD, **Jean-Baptiste THIERRY**, universitaire, explore l'influence des jurisprudences européennes et constitutionnelle sur l'évolution récente du JLD, qu'il qualifie d'institution à la « *croissance erratique* ». Selon lui, si les réformes récentes de son office, comme l'histoire globale de l'évolution du JLD, ont pu être marquées par la crainte des condamnations européennes, en revanche les juges européens et constitutionnels restent au fond indifférents à l'existence en tant que telle du JLD. Seules importent à leurs yeux les garanties offertes par un magistrat représentant de l'autorité judiciaire, qui satisfasse pleinement aux exigences d'indépendance et d'impartialité et exerce un contrôle effectif en matière de privation de liberté ou d'atteinte aux droits. En somme, selon Jean-Baptiste THIERRY, indifférentes aux « *labels* », les jurisprudences européennes et constitutionnelle s'attachent surtout aux garanties concrètes offertes par ce juge du siège. C'est en ce sens, selon l'auteur, que ces jurisprudences ont pu « dessiner » ou « façonner » les compétences du JLD et conduire à des évolutions jurisprudentielles et législatives, qu'il s'agisse du récent contrôle par le juge des mesures d'isolement et de contention ou de l'extension de la notification du droit de se taire devant le JLD. L'auteur relève ainsi l'apport positif de ces jurisprudences en ce qu'elles « *contraignent le législateur et le juge à tirer les conséquences de l'existence du JLD afin qu'il ne soit pas un juge fantôme* ». Décivant une institution parvenue à « *maturité* » sous l'impulsion de l'application rigoureuse des exigences supra législatives, l'universitaire n'exclut pas de prochaines évolutions de son rôle en matière d'accès aux données de connexion¹³ ou, plus largement, d'extension de son contrôle de la régularité de la procédure¹⁴.

Pauline LE MONNIER DE GOUVILLE – qui a consacré sa thèse de doctorat¹⁵ à ce nouvel acteur de la scène judiciaire apparu en 2000¹⁶ – dresse un état des lieux des fonctions actuelles du JLD. Elle rappelle ainsi que, né d'une dynamique de compromis, il est devenu « *l'acteur incontournable de la protection de la liberté* » dans la matière pénale mais également, désormais, bien au-delà. Constatant l'empilement des textes et dispositifs constituant un « *magma procédural* » peu lisible conduisant à une forme d'« *implosion de l'institution* », elle souligne à quel point le JLD se trouve aujourd'hui « *au milieu du gué* ». Elle invite à se saisir de ce moment à la croisée des chemins pour engager une clarification de ses missions et, plus largement, une réflexion sur les contours à donner au JLD de demain.

Si l'universitaire propose d'étendre et de renforcer les compétences du JLD en matière de suivi des mesures de sûreté, elle appelle en outre à une harmonisation des textes relatifs à ses attributions en matière d'investigations au cours de l'enquête pénale. Constatant l'essor des compétences du JLD depuis près de deux décennies dans un mouvement parallèle à l'accroissement des pouvoirs d'enquête

¹³ Clara SAILLANT, « [La CJUE et la conservation de masse des métadonnées](#) », *Dalloz actualité*, 12 octobre 2022 ; CJUE, 20 septembre 2022, [aff. jtes C-793/19 et C-794/19](#) ; Brunessen BERTRAND, « [Chronique Droit européen du numérique – Les précisions sur l'interprétation et l'application du régime de l'e-privacy](#) », *RTD Eur.*, 2022, p. 481 ; Marie-Christine DE MONTECLER, « [Conservation des données : la Cour de justice de l'Union européenne persiste et signe](#) », *Dalloz actualité*, 27 septembre 2022 ; crim., 12 juillet 2022, n° [21-83.710](#), n° [21-83.820](#), n° [21-84.096](#), n° [21-86.652](#), [Note explicative](#) ; CJUE, 2 octobre 2018, *Ministerio Fiscal*, [C-207/16](#) ; CJUE, 6 octobre 2020, *La Quadrature du Net et al.*, [C-511/18](#), [C-512/18](#), [C-520/18](#) ; Marthe BOUCHET, « [Conservation et accès aux données de connexion dans le cadre des enquêtes pénales : mode d'emploi](#) », *Gazette Palais*, n° 31, 4 octobre 2022.

¹⁴ Sur le modèle notamment de l'introduction récente d'une action en nullité au stade de l'enquête de police judiciaire par l'article 802-2 du Code de procédure pénale de l'action en nullité. En ce sens, v. : Stefan TRIFKOVIC, « [L'action en nullité au cours de l'enquête de police judiciaire](#) », *AJ Pénal*, 2021, p. 192.

¹⁵ Pauline LE MONNIER DE GOUVILLE, *Le juge des libertés et de la détention, entre présent et avenir*, op. cit. Voir également : Pauline LE MONNIER DE GOUVILLE, « [Réflexions sur le contrôle des actes d'investigation par le juge des libertés et de la détention](#) », *Lexbase Quotidien*, août 2022 ; Pauline LE MONNIER DE GOUVILLE, « Le contrôle de la contrainte : point de vue sur les compétences du juge judiciaire », in *Les mutations du droit applicable à la contrainte*, Aurélie CAPPELLO, Charlotte DUBOIS, Xavier LATOUR (dir.), L'Harmattan, 2020, p. 127 ; Pauline LE MONNIER DE GOUVILLE, « [La mutation du juge des libertés et de la détention](#) », *AJ pénal*, 2019, p. 131 ; Pauline LE MONNIER DE GOUVILLE, « L'avenir du dualisme juridictionnel : continuité ou rupture ? L'expérience de l'hospitalisation sans consentement », in *L'avenir du dualisme juridictionnel : continuité ou rupture ?*, RDA, mai 2019, p. 75 ; Pauline LE MONNIER DE GOUVILLE, « [Le JLD entre présent et avenir](#) », *Les Cahiers de la justice*, 2011, n° 4, p. 145-157.

¹⁶ Loi n° [2000-516](#) du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes.

du parquet, elle observe une tendance manifeste du législateur à convoquer la figure du JLD comme palliatif ou modalité processuelle d'introduction de nouvelles mesures attentatoires aux libertés. À rebours de cette tendance, l'universitaire s'interroge quant à un possible « *changement de paradigme* » au regard de la récente révision de l'article 56-1 du Code de procédure pénale, axée exclusivement sur le renforcement des garanties entourant les investigations réalisées au cabinet ou au domicile de l'avocat.

Enfin, convaincue de la richesse d'une institution offrant la force d'un regard tiers à l'enquête pénale, Pauline LE MONNIER DE GOUVILLE plaide pour une figure renouvelée du JLD comme véritable juge « *contrôleur* ». Ainsi, appelle-t-elle de ses vœux, un JLD prenant toute sa place dans l'avant procès pénal par le biais d'un contrôle renforcé des investigations, *a priori* et *a posteriori*, mais également par un contrôle nuancé en fonction du cadre de l'enquête pénale. L'universitaire tranche ainsi en faveur d'une extension du *double regard* du JLD sur les actes d'investigations du juge d'instruction.

Dans une même perspective transversale, Frédéric NGUYEN, 1^{er} vice-président chargé des fonctions de JLD, brosse le portrait d'une « *institution en crise* », nécessitant plus que jamais clarification et stabilité. En premier lieu, notre collègue magistrat relate les effets délétères de l'empilement des textes et de la succession hâtive des réformes. Il donne pour exemple significatif les réécritures successives et approximatives en 2019 et 2021 de l'article 56-1 du Code de procédure pénale¹⁷ relatif aux perquisitions ou visites domiciliaires au cabinet ou au domicile de l'avocat qui soulèvent en pratique de redoutables difficultés de mise en œuvre au sein des tribunaux.

Ensuite, il souligne avec force les limites intrinsèques d'une logique d'extension continue des tâches attribuées au JLD sans philosophie générale de fond ni allocation de moyens suffisants. Ainsi, questionne-t-il notamment l'attribution préférentielle – contestable selon lui – du contrôle des mesures administratives de quarantaine¹⁸ au JLD plutôt qu'au juge administratif. De même, il rouvre le débat quant au magistrat de l'ordre judiciaire le mieux placé pour connaître du contrôle des soins sans consentement, contentieux relevant à ses yeux, en premier lieu, du juge des contentieux de la protection. Plus largement, dans une analyse similaire à celle du rapport SAUVE¹⁹ mais de manière plus tranchée, il invite à recentrer les fonctions du JLD sur la matière pénale, ADN²⁰ initial du JLD qui devrait, selon lui, demeurer le cœur principal voire exclusif des fonctions du JLD.

Fort de son expérience de coordonnateur du service des JLD au TJ de Créteil, notre collègue Hervé MACHI interroge également sans détour sur l'évolution des fonctions du JLD : « *À trop vouloir le "charger" voire le changer, [le JLD] a-t-il perdu son identité ?* ». Doit-on le « *couper en deux* », avec d'un côté des fonctions pénales dévolues au JLD, et de l'autre, des fonctions civiles confiées à des juges non spécialisés ? Si Hervé MACHI souligne les incessantes réformes législatives qui ont concerné ce magistrat plus que tout autre, s'il déplore la longue liste des compétences éparses et « *accessoires* » qui brouillent son identité, il tranche pour sa part très nettement en faveur du maintien de l'intégrité des trois blocs principaux de compétences du JLD. Ainsi rappelle-t-il avec enthousiasme que la richesse des fonctions de JLD est indissociable de la diversité des contentieux pris en charge et des riches potentialités de travail partenarial, de sorte qu'une scission de ses compétences répondrait bien difficilement au déficit d'attractivité actuel pour la fonction. Au-delà de l'intérêt intellectuel et humain

¹⁷ Loi n° [2019-222](#) du 23 mars 2019 de programmation et de réforme pour la justice et de la loi n° [2021-1729](#) du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire. C. const., 19 janvier 2023, *Ordre des avocats au barreau de Paris et autre*, n° [2022-1030](#) QPC.

¹⁸ Loi n° [2020-546](#) du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions, v. : Vincent RIVOLLIER, « [Le contrôle par le juge judiciaire des mesures administratives de quarantaine imposée pour des motifs sanitaires](#) », *Fenêtre sur Cour. Revue des arrêts remarquables de la Cour d'appel de Chambéry*, Presses Universitaires Savoie Mont Blanc, 2022, p. 28-30 ; CA Chambéry, 1^{er} juin 2021, n° 21/01141 ; CA Chambéry, 3 juin 2021, n° 21/01158 ; CA Chambéry, 2 juillet 2021, n° 21/00134.

¹⁹ Jean-Marc SAUVE, [Rendre justice aux citoyens - Rapport du Comité des États généraux de la justice \(oct. 2021-avr. 2022\)](#), p. 200.

²⁰ V. : Frédéric NGUYEN, « [Les 20 ans de la loi du 15 juin 2000 – Le juge des libertés et de la détention : à la recherche du sens perdu](#) », *Lexbase pénal*, n° 28, 18 juin 2020.

de l'exercice de ces fonctions, Hervé MACHI souligne les cohérences et continuités des trois principales missions confiées au JLD. D'un point de vue plus pragmatique, il souligne le paradoxe consistant à transférer des contentieux techniquement pointus, humainement sensibles et nécessitant des échanges continus avec de nombreux partenaires à des magistrats non spécialisés. Toutefois, s'il plaide avec force et optimisme pour la polyvalence d'un JLD officiant en matière pénale comme en matière de soins contraints ou d'éloignement des étrangers, il conclut également à l'impérieuse nécessité d'une « *pause législative* » afin de permettre au JLD d'entrer enfin dans une phase de stabilité, nécessaire pour consolider son identité et son office.

Le regard jusqu'ici transversal porté sur l'évolution des attributions du JLD, s'il permet d'éclairer le renforcement récent d'une tendance bien identifiée à la multiplication et à la diversification des missions du JLD, appelle une analyse complémentaire, au plus près de chacune des nouvelles compétences créées, en matière pénale comme civile. Ainsi ce dossier thématique proposera ensuite au lecteur d'explorer, tout d'abord dans le champ pénal, qui a historiquement marqué de son empreinte l'identité et le rôle du JLD, ses nouvelles compétences qui se rapportent tant au contentieux des mesures de sûreté qu'à son rôle en matière d'autorisation et de contrôle des investigations au cours de l'enquête pénale.

Joana FALXA, universitaire, ouvre la réflexion sur le rôle nouveau du juge en matière de contrôle des conditions d'exécution de la détention provisoire. Ce rôle inédit du juge a suscité de très nombreux commentaires dans les champs universitaire comme judiciaire, tantôt enthousiastes tantôt sceptiques²¹. Joana FALXA retrace les différentes étapes jurisprudentielles qui ont jalonné cette « *révolution culturelle* » consacrée par l'intervention du législateur au travers de la création d'un nouvel article art 803-3 du Code de procédure pénale. Fortement inspiré par la création prétorienne façonnée par la Cour de cassation²², mais néanmoins distinct, le dispositif législatif créé présente, selon l'universitaire, des « *limites intrinsèques* » sérieuses liées notamment à la complexité procédurale d'une voie de recours divisée en trois phases distinctes²³ et au « *fort potentiel dissuasif* » pour les détenus d'un dispositif construit autour du transfèrement. Tout en soulignant l'insuffisance d'une telle réponse législative « *parcellaire et segmentée à une problématique structurelle* », Joana FALXA relève le caractère innovant de ce dispositif qui confie au JLD un rôle actif et des pouvoirs d'investigations conséquents pour mettre un terme à des atteintes graves à la dignité des détenus. Joana FALXA invite le juge à investir pleinement son rôle nouveau et les prérogatives non négligeables qui lui sont confiées par le législateur, tout en rappelant avec force que cette avancée ne dispensera ni le législateur ni l'ensemble des acteurs judiciaires d'une réflexion plus profonde, notamment sur le recours à la détention provisoire.

Universitaire spécialiste de la justice des mineurs, **Marie-Cécile GUERIN** propose d'étudier l'éclairage nouveau donné par le Code de justice pénale des mineurs (CJPM) à la compétence du JLD en matière de détention provisoire du mineur. Ce Code entré en vigueur le 30 septembre 2021 a ainsi consacré tout à la fois la généralisation du principe de la césure du procès pénal et l'attribution à tous les JLD de la qualité de « *juge spécialisé habilité mineurs* ». L'universitaire rappelle qu'après avoir envisagé un temps de lui confier ce rôle, le législateur optait finalement pour l'éviction du juge des enfants et l'attribution d'une compétence exclusive au JLD en matière de détention provisoire du mineur convoqué dans le cadre de la procédure aux fins de jugement en audience unique devant le tribunal pour enfants (TPE), et ce pour satisfaire à une conception particulièrement extensive du principe d'impartialité. Le juge des enfants conserve néanmoins un reliquat de compétence pour

²¹ V. notamment : Clément MARGAINE, « [Le JL\(D\)D¹ : la Cour de cassation attribue au juge judiciaire sa lettre de noblesse](#) », *Dalloz actualité*, 31 août 2020 ; Éric SENNA, « [Le volet procédural de l'indignité des conditions de détention](#) », *Recueil Dalloz*, 2021, p. 977 ; Jean-Baptiste PERRIER, « [Détention et conditions indignes : création d'un recours \(in\)effectif](#) », *RSC*, 2021, 469.

²² Sandrine ZIENTARA-LOGEAY (dir.), *Les conditions de détention*, LexisNexis, 2021, 273 p.

²³ Et nous offre un schéma synthétique utile dans ce numéro, p. 55.

statuer sur la révocation du contrôle judiciaire ou de l'Assignation à Résidence sous Surveillance Electronique (ARSE) décidé à titre de mesure de probation présentencielle. Si l'universitaire admet que le JLD juge alors de l'opportunité de la détention provisoire conçue comme exceptionnelle et de courte durée d'un mineur réitérant ou ancré dans la délinquance, elle perçoit dans l'éviction du juge des enfants la perte du bénéfice de l'appréciation d'un magistrat expérimenté et « *réellement spécialisé* » dans les questions de l'enfance. Comparant les compétences respectives du JLD et du juge des enfants, elle rappelle enfin l'« *objectif spécifique de la détention dans le cadre de la mise à l'épreuve éducative* » qui justifie pleinement, selon elle, l'intervention à ce stade du juge des enfants en ce qu'elle est alors nettement orientée vers le suivi éducatif sur plusieurs mois du mineur afin d'adapter au mieux le choix final de la réponse pénale à l'évolution de son comportement.

Pour compléter ces analyses universitaires de l'évolution des attributions pénales du JLD, deux magistrats acceptent de partager leur regard de praticiens sur l'évolution du rôle du JLD et l'articulation de ses fonctions avec celles de deux autres acteurs majeurs de la scène pénale que sont le magistrat instructeur et le parquet.

Davy MIRANDA, magistrat instructeur, questionne, à la lumière des dernières évolutions des fonctions de la JLD, la « *complémentarité ou concurrence* » de ces deux fonctions. Le magistrat revient sur la période initiale de confusion qu'a provoqué l'application des textes portant adaptation des règles de procédure pénale dans le cadre de l'état d'urgence lié à l'épidémie de Covid-19, constatant à cette occasion sur le terrain une certaine disparité des pratiques entre JLD et juges d'instruction. Si les hautes juridictions nationales²⁴ ont été saisies et ont pu rappeler la nécessaire intervention du juge judiciaire en matière de prolongation de la détention provisoire et la nécessaire saisine du JLD par le juge d'instruction en la matière, cet épisode a, à certains égards, réactivé l'acuité de la question de l'articulation de leurs compétences respectives.

Notre collègue magistrat rappelle en outre que, si le JLD n'est pas « *juge d'appel* » de la mise en examen, néanmoins il doit désormais constater également, avant tout placement en détention provisoire, l'existence d'indices graves ou concordants rendant vraisemblable la participation du mis en examen à la commission de l'infraction reprochée, ce qui, à certains égards, selon lui, est susceptible de brouiller en pratique la netteté de la distinction des compétences entre ces deux juges du siège. Enfin, Davy MIRANDA interroge les vellétés de transformation du JLD en véritable « *juge de l'enquête* », chargé de contrôler la régularité des investigations entreprises par le juge d'instruction. Son expérience de magistrat instructeur le porte à souligner les inconvénients théoriques et pratiques d'une telle option qu'il rejette résolument, tout en rappelant la valeur ajoutée du juge d'instruction qui, en plus de satisfaire aux exigences posées par la CEDH, est le seul magistrat à accomplir lui-même certains actes d'investigations.

Pour sa part, **Florence LARDET**, vice-procureure, nous livre son regard de procureur sur les fonctions de JLD. Elle décrit la montée en puissance de ce « *magistrat qui décide seul, sur la base d'éléments limités, dans des délais contraints* » et dans des domaines « *extrêmement sensibles car lourds de conséquences* ». Elle rappelle qu'il a su s'imposer sans mettre en péril le « *fragile écosystème* » qui lui préexistait et souscrit, dans la droite ligne du rapport SAUVE, à la volonté de clarifier son rôle en le limitant à « *un contrôle de légalité et de proportionnalité des actes qui lui sont soumis* ». La magistrate souligne tout l'intérêt de la spécialisation de certains JLD en matière de criminalité organisée ou délinquance complexe, matières qui impliquent plus que jamais une connaissance étroite de « *l'environnement et du fonctionnement des réseaux criminels* ». Enfin, constatant un décalage manifeste entre, d'une part, le recours très fréquent du législateur au JLD dans le cadre des réformes récentes, et, d'autre part, la faiblesse des études d'impact en la matière, elle

²⁴ Frédéric NGUYEN, « [Le débat contradictoire de prolongation de détention devant le JLD et l'état d'urgence sanitaire](#) », *La lettre juridique*, n° 821, 23 avril 2020.

appelle de ses vœux une indispensable réflexion sur « *l'allocation de moyens à la hauteur des fortes ambitions à l'égard du JLD* ».

Si le JLD s'est vu confier de nouvelles attributions pénales, dans le même temps, ses compétences civiles ont également été étendues. Concernant les hospitalisations sans consentement, conformément à une recommandation ancienne du CGLPL, le JLD s'est vu confier par le législateur le contrôle judiciaire des mesures d'isolement et de contention. Concernant la rétention administrative des étrangers, à l'aube d'une énième réforme du droit des étrangers, si le législateur n'a pas, pour l'heure, envisagé une modification des compétences du JLD en la matière, l'évolution prochaine pourrait bien provenir de jurisprudences récentes de la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) précisant les contours de l'office du juge en la matière.

Paul VERON, universitaire spécialiste du droit de la santé, ouvre cette partie consacrée aux évolutions des attributions non pénales du JLD en analysant *vertus et limites* du contrôle judiciaire des mesures d'isolement et de contention introduit par la loi du 22 janvier 2022²⁵. L'universitaire interroge la visée de ce nouveau contrôle et les moyens nécessaires pour qu'il ne demeure pas « *simplement une case cochée sur la grille des exigences constitutionnelles et européennes* ». Il perçoit dans cette extension nouvelle des compétences du JLD l'appel à la figure d'un « *juge régulateur* » dans un objectif louable et partiellement efficace de réduction du nombre et de la durée des mesures d'isolement et de contention. L'intervention du JLD à bref délai aura ainsi pour effet de contraindre les personnels médicaux à donner corps et effectivité « *au standard juridique du dernier recours* » en leur imposant l'exercice systématique et exigeant d'une motivation non-routinière des mesures de contraintes prescrites. Mais, s'il voit là un potentiel effet dissuasif non négligeable, il rappelle toutefois avec force que l'objectif du législateur ne pourra être pleinement atteint sans un effort conséquent de résolution de la pénurie matérielle structurelle pesant sur le secteur psychiatrique. En outre, l'auteur rappelle les limites affectant dès l'origine le contrôle judiciaire exercé par le JLD qui ne peut apprécier le bien-fondé de la mesure de contrainte qu'à la lumière des justifications apparentes dans le certificat médical, mais sans pouvoir aller plus avant quant à l'évaluation de la pertinence de cette mesure sauf à recourir à l'avis d'un psychiatre tiers, option intéressante prévue par les textes mais peu praticable dans un contexte de délai court pour statuer. Enfin, Paul VERON invite à porter le regard, au-delà du seul contrôle par le JLD de l'isolement et de la contention mécanique, sur l'éventualité de son extension future également au « *recours à la contention chimique et à la sédation* ». Sur ce sujet épineux, l'universitaire interroge : « *Jusqu'où faut-il étendre le contrôle (juridictionnel) de la contrainte en psychiatrie au nom des droits fondamentaux ?* ».

Sur le contrôle des mesures d'isolement et de contention, **Corinne VAILLANT** offre, elle, son regard engagé d'avocate et de présidente d'association sur ces nouvelles attributions du JLD en retraçant une histoire des attributions du JLD en cette matière, en pointant des écueils en matière d'effectivité réelle de ce contrôle et en relevant des disparités de pratiques judiciaires et hospitalières rencontrées à travers le territoire national. En premier lieu, elle retrace l'histoire d'une « *difficile gestation* » du dispositif issu de la loi de 2022²⁶, témoignant selon elle d'une résistance du législateur déjà perceptible avant l'adoption de la loi de 2011²⁷ et de « *la persévérance de justiciables (parmi les plus vulnérables), d'associations et d'avocats* ». Elle retrouve des signes similaires de résistance dans la persistance du défaut d'information du juge par certains services hospitaliers, mais aussi dans l'insuffisance de motivation des décisions judiciaires relatives aux mesures d'isolement et de contention, en particulier lors du contrôle systématique de l'hospitalisation sans consentement. Surtout, elle entrevoit dans l'absence fréquente de l'avocat dans le cadre de la procédure autonome

²⁵ Loi n° [2022-46](#) du 22 janvier 2022 renforçant les outils de gestion de la crise sanitaire et modifiant le Code de la santé publique.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ Loi n° [2011-803](#), relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge : JO 6 juill. 2011, p. 11705.

de contrôle des mesures d'isolement et de contention la cause principale de l'absence d'effectivité totale de ce contrôle. L'avocate y voit un sacrifice du débat contradictoire et un défaut de protection des droits de la défense des patients les plus vulnérables qui devraient se voir systématiquement désigner un avocat. Elle conclut ainsi en rappelant tout l'intérêt d'un « véritable débat contradictoire entre professionnels formés » dans la droite ligne des exigences tirées de la CEDH²⁸ qui a déjà sanctionné le défaut d'accès effectif à la justice de la personne hospitalisée sous contrainte.

Le tour d'horizon des compétences du JLD hors du champ pénal n'aurait pas été complet sans un retour sur son rôle dans le contentieux de l'éloignement des étrangers. Si ce contentieux est l'un des rares qui n'a pas été marqué par un nouvel engouement du législateur pour l'extension des compétences du JLD, il n'en reste pas moins qu'un bilan de la réforme de 2016²⁹ présente un intérêt certain à l'approche d'une nouvelle réforme du droit des étrangers³⁰.

Vincent TCHEN, universitaire spécialiste du droit des étrangers, propose ainsi une analyse riche de ce cas relativement rare de transfert d'un contentieux entre les deux ordres de juridiction et de ses implications en termes de transfert de jurisprudence. L'auteur rattache « *les racines [de ce] transfert de compétence inédit* » à un défaut d'effectivité, au sens de l'article 5-4 de la CSDH du dispositif antérieur qui scindait le contrôle de régularité et de la nécessité du placement en rétention entre deux juges tout en interdisant au juge administratif de connaître de la régularité de la procédure préalable au placement en rétention administrative. Si la loi de 2016 a consacré l'unification du contentieux de la décision de rétention administrative des étrangers³¹, l'auteur rappelle que ce transfert de compétence au profit du JLD n'en demeure pas moins restreint. D'une part, il demeure une réserve de compétence au profit du juge administratif en matière de maintien en rétention des demandeurs d'asile³². D'autre part, en raison d'une lecture stricte de son office par la Cour de cassation³³, le JLD n'a pas compétence pour connaître de la légalité des décisions relatives au séjour et à l'éloignement, y compris lorsque cette légalité est questionnée par voie d'exception dans le cadre de la contestation de la décision de placement en rétention³⁴. Dans « *un bilan des pratiques* » qu'il aurait souhaité pouvoir compléter de données statistiques pour l'heure inexistantes, Vincent TCHEN constate que cette réforme, entrée en vigueur sans précision sur l'étendue exacte de l'office du JLD, s'est traduite dans les faits par une véritable « *exportation des pratiques contentieuses suivies devant les tribunaux administratifs* ». De cette « *exportation* », il propose une analyse détaillée avant de porter son regard sur le contrôle par le JLD de la nécessité du placement en rétention qui, à l'occasion de la crise sanitaire, a connu des illustrations jurisprudentielles significatives.

Avocat spécialisé en droit des étrangers, **Patrick BERDUGO** revient sur les répercussions de la récente jurisprudence de la Grande chambre de la CJUE du 8 novembre 2022³⁵ sur l'office du JLD en

²⁸ CEDH, 19 mai 2015, *M.S. c./ Croatie*, n° 75450/12.

²⁹ Loi n° 2016-274 du 7 mars 2016 relative au droit des étrangers en France. V. notamment : Benjamin JOLY, « [Étrangers - Transfert de compétence au juge judiciaire en matière de rétention - Libres propos par Benjamin Joly](#) », *La Semaine Juridique Édition Générale*, n° 13, 28 mars 2016, pact. 351.

³⁰ Pierre JANUEL, « [Le gouvernement lance le débat sur son pré-projet de loi immigration et asile](#) », Dalloz Actualité, 1^{er} décembre 2022.

³¹ Benjamin JOLY, « [Étrangers - Transfert de compétence au juge judiciaire en matière de rétention - Libres propos par Benjamin Joly](#) », *La Semaine Juridique Édition Générale*, n° 13, 28 mars 2016, act. 351. Benjamin JOLY, Fascicule ENM, « [La contestation de la régularité de la décision initiale de placement en rétention administrative des étrangers devant le juge des libertés et de la détention](#) », octobre 2016.

³² CESEDA, art. L. 754-4. V. sur ce point : Pierre-Yves SAGNIER, « [Le maintien en rétention du demandeur d'asile: le dualisme juridictionnel à l'épreuve des décisions administratives privatives de liberté](#) », *Petites affiches*, n° 12, 16 janvier 2020, p. 7.

³³ Civ., 1^{ère}, 27 septembre 2017, n° 17-10.207, *Préfet du Rhône c./ M. Sofiane X.*

³⁴ Cour de Cassation, SDER, [Panorama du contentieux judiciaire des étrangers en rétention](#), octobre 2022.

³⁵ CJUE [GC], 8 novembre 2022, *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid c./ C et a. C, B et X c./ Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*, n°s [C-704/20 et C-39/21](#). Philippe BONNEVILLE, Christian GÄNSER, Anne LUIC, « [Chronique de jurisprudence de la CJUE](#) », *AJDA*, 2022, p. 2343 ; Jean-Marc PASTOR, « [Office du juge sur la rétention d'un étranger en séjour irrégulier](#) », *AJDA*,

matière de contrôle des rétentions administratives prises à l'égard des étrangers. L'avocat analyse cette décision des juges européens comme imposant au juge judiciaire de relever d'office la méconnaissance d'une condition de légalité découlant du droit de l'Union. À la lumière de cette évolution jurisprudentielle significative, l'avocat s'interroge et nous livre ses analyses quant à l'extension de l'office du JLD vers un « *examen à 360°* » caractérisé par une obligation nouvelle de contrôler d'office toutes les conditions de légalité des mesures de rétention administrative.

Enfin, **Candice DAGHESTANI**, magistrate détachée auprès du CGLPL, conclut ce dossier thématique, en rappelant d'abord les nombreux points de convergence entre le CGLPL et le JLD, « *magistrat fil rouge des lieux de privation de liberté* ». Non seulement le second exerce son office de juge, en très grande majorité, dans les mêmes lieux que ceux visités par le CGLPL, mais les équipes de ce dernier contribuent en outre à expliquer sur le terrain le rôle du JLD, et à favoriser ainsi l'accès au juge de justiciables parmi les plus vulnérables. Revenant sur les évolutions législatives récentes qui ont contribué à renforcer ses attributions juridictionnelles en matière de contrôle des hospitalisations sous contrainte et des mesures d'isolement et de contention, elle souligne combien le CGLPL salue son rôle bénéfique de « *tiers décideur* », l'importance majeure de l'audience pour certains malades hospitalisés sans consentement et, plus encore, une véritable « *consécration du statut de sujet de droit des patients en psychiatrie* » permise par son intervention, que le CGLPL appelle à renforcer par une nouvelle extension du contrôle du JLD cette fois sur les programmes de soins³⁶ psychiatriques. Enfin, au-delà des fonctions strictement juridictionnelles du JLD, Candice DAGHESTANI rappelle, pour le CGLPL, tout l'intérêt du pouvoir majeur de constatation et de vérification du JLD *in situ*, mis en lumière à travers l'émergence du contrôle de dignité des conditions de détention qui progressivement sur le terrain irradie ces autres lieux de privation que sont le centre de rétention administrative et la zone d'attente.

Évidemment, ce dossier thématique consacré aux nouvelles attributions du JLD est loin d'épuiser le débat relatif aux contours *mouvants* de son office. Ainsi, si une majorité de contributeurs estiment venu le temps d'une *pause législative* salvatrice permettant la stabilisation de ses fonctions, d'autres en appellent au contraire à un renforcement voire même à une poursuite de l'extension de ses compétences civiles ou pénales. Du côté des perspectives sérieuses d'évolution nouvelle du rôle du JLD, la récente naissance du Parquet européen³⁷, nouvel acteur pénal aux pouvoirs hybrides, pourrait bien annoncer une reconfiguration de l'architecture processuelle pénale française³⁸, susceptible d'affecter en profondeur, entre autres, les fonctions pénales du JLD.

Enfin, les lecteurs réguliers de la *Revue Justice Actualités* l'auront noté, notre revue inaugure pour ce numéro deux nouvelles rubriques, qui s'ajouteront au dossier thématique : une rubrique de recension d'ouvrages en lien avec la magistrature (« *Nous avons lu pour vous* ») et une rubrique consacrée aux recherches en cours soutenues par l'ENM (« *Zoom sur la recherche* »). Pour la première, **Amandine MAGNE** invite ici nos lecteurs à découvrir l'ouvrage « *Jusqu'au bout de mes peines* » de Bérangère Le BOËDEC MAUREL, alors juge d'application des peines à Alès. Dans la seconde, l'équipe de recherche

2022, p. 2152 ; « [Légalité d'une mesure de rétention : la CJUE précise l'office du juge national](#) », *Actualités LexisNexis*, 16 novembre 2022 ; CJUE, Communiqué de presse n° [177/22](#), Luxembourg, 8 novembre 2022.

³⁶ CGLPL, [Soins sans consentement et droits fondamentaux](#), 17 juin 2020.

³⁷ Loi n° [2020-1672](#) du 24 décembre 2020 relative au Parquet européen, à la justice environnementale et à la justice pénale spécialisée.

³⁸ Voir dans ce numéro de la RJA, l'article de Frédéric NGUYEN, « *le JLD, une institution en crise* » consacrant, p. 40, des développements sur ce point, voir également François MOLINS, « [Le parquet européen : entre présent et avenir](#) », *Les Cahiers de la Justice*, 2022/3 (n° 3), p. 425-434. Le haut magistrat y conclut notamment : « *La seconde question est celle d'un potentiel premier pas vers la suppression du juge d'instruction. Avec l'avènement du procureur européen, ce sont bien deux systèmes différents qui coexistent dans notre pays, et toute la question est de savoir si cette dualité est appelée à durer ou si le modèle du parquet européen donnera l'estocade au juge d'instruction, amenant la disparition de ce dernier. Mais on sait aussi que cela nécessiterait la consécration de véritables garanties statutaires d'indépendance pour le ministère public français, ce qui en fait une question centrale et essentielle pour l'avenir de notre procédure pénale* ».

GENVIPART nous livre les premiers résultats inédits de leur étude portant sur les dimensions genrées des violences contre les partenaires intimes.

LE JUGE DES LIBERTÉS ET DE LA DÉTENTION AU MILIEU DU GUÉ

Par

Pauline LE MONNIER DE GOUVILLE

*Maître de conférences en droit privé et sciences criminelles
Université Paris Panthéon-Assas*

À l'occasion d'une intervention consacrée à la mission constitutionnelle de l'autorité judiciaire, M. le président Bertrand LOUVEL affirmait : le juge est « *le rempart des droits humains contre les excès de l'arbitraire d'où qu'ils viennent* »¹. L'article 66 de la Constitution prévoit quant à lui que « *l'autorité judiciaire est gardienne de la liberté individuelle* » – véritable formule d'*habeas corpus* invitant à développer et à consolider les contours de son intervention. Or le juge des libertés et de la détention (JLD) s'impose, depuis plus de vingt ans et davantage au cours de ces dernières années, comme l'acteur incontournable de la protection de cette liberté.

« Le juge des libertés et de la détention » : à l'oxymore de son appellation répond l'ambivalence de ses fonctions. Créé par la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, le magistrat s'impose, à l'origine, comme un compromis attendu entre la nécessité de renforcer le contrôle de la détention provisoire et l'attachement français à l'institution du juge d'instruction². Investi d'un rôle central en la matière, le juge judiciaire a également vocation à intervenir dans le cadre de mesures diverses, que son contrôle irrigue les enquêtes pénales ou qu'il s'étende à d'autres contentieux, comme en matière de privation de liberté des étrangers, de visites et saisies administratives ou encore d'hospitalisation sans consentement.

Le postulat est le suivant : toute mesure de contrainte suppose un contrôle de l'autorité judiciaire. Plus la contrainte progresse, plus ce contrôle grandit, ou doit grandir. Ce contrôle, aujourd'hui, est incarné par un juge : celui des libertés et de la détention, prophétie heureuse des parlementaires, en 2000, que d'avoir retenu cette dénomination, tandis que certains députés envisageaient de restreindre son office à la seule détention³. L'institution acquiert, au fil des réformes, de nouvelles compétences, le réflexe croissant du législateur étant de faire appel à ce magistrat dès qu'une mesure attentatoire aux libertés se trouve en jeu. Or derrière le truisme d'un contrôle de l'autorité judiciaire se cache, parfois, l'opportunité pour le législateur d'introduire de nouvelles mesures attentatoires aux libertés. Le juge du siège représente ainsi un atout processuel, permettant en théorie de combler une « carence judiciaire » face à leur développement. L'évolution est telle qu'a pu être évoquée une « porosité » des cadres de l'enquête et de l'instruction⁴. Les enquêtes se confondent, la logique s'inverse : hier au service des libertés, le juge deviendrait « caution » de mesures intrusives.

Compte tenu de la diversité de ces fonctions et du rôle croissant du JLD, la loi n° 2016-1090 du 8 août 2016 lui octroie un statut à part entière, ce qui lui permet notamment de bénéficier d'une formation adéquate. L'ancien garde des Sceaux Jean-Jacques URVOAS affirme que cette consécration est « *la suite logique de l'accroissement continu des pouvoirs qui lui ont été donnés depuis sa*

¹ Bertrand LOUVEL, « [La mission constitutionnelle de l'autorité judiciaire](#) », Cour de cassation, 26 mai 2016.

² V. Pauline LE MONNIER DE GOUVILLE, *Le juge des libertés et de la détention*, thèse Paris Panthéon-Assas, 2011.

³ Projet de loi n° 1079 *renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes*, déposé à l'Assemblée nationale le 16 septembre 1998.

⁴ Coralie AMBROISE-CASTEROT, « Le consentement en procédure pénale », in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, Mélanges offerts à Jean Pradel*, Cujas, 2006, p. 19.

création [...], tant en matière pénale que civile. Il est le juge protecteur des libertés individuelles et contrôle de plus en plus les actes et les décisions les plus intrusives »⁵.

Près de 23 ans après la création de ce magistrat, il s'agit de dresser un état des lieux de ses fonctions mais aussi de la portée de son contrôle. Quelles sont et quelles pourraient être les modalités du contrôle réalisé par le magistrat ? Alors que le rapport *SAUVE*, issu des réflexions menées dans le cadre des États généraux de la justice, appelle à clarifier la mission du JLD et à scinder ses fonctions pénales, civiles et administratives⁶, la démarche prospective de notre réflexion invite à analyser le rôle joué par ce juge jusqu'à présent pour anticiper son rôle à jouer dans un futur plus ou moins proche. Harmoniser et coordonner les dispositifs existants, renforcer les garanties du contrôle réalisé par le JLD, envisager une articulation renouvelée des cadres de l'enquête et de l'instruction. C'est en tirant le fil de la trame embryonnaire suggérée par cette institution au cours de ces dernières années qu'il est possible de s'interroger sur la mutation (I) mais aussi l'avenir (II) du juge des libertés et de la détention.

I. La mutation du juge des libertés et de la détention

Depuis 2000, le rôle du JLD s'est considérablement développé en matière pénale (B) mais aussi au-delà du champ pénal (B). À travers l'essor de ses compétences, la figure du juge évolue.

A) Le rôle du juge en matière pénale

Si le JLD a été institué afin de contrôler la détention provisoire, les réformes ultérieures contribuent à l'ériger en « juge de l'enquête », garant de la légalité des investigations.

Le contrôle de la détention provisoire. Avant la loi du 15 juin 2000, la difficulté liée au contentieux de la détention provisoire résultait des fonctions exercées par le juge d'instruction, « à la fois Maigret et Salomon », selon l'expression de M. BADINTER⁷. C'est ainsi que fut institué le JLD, dont la création va de pair avec le renforcement progressif de l'exigence de motivation de ses ordonnances. En plus des motifs juridiques de détention⁸, le JLD doit désormais justifier que l'objectif poursuivi ne peut être atteint ni par la mise en œuvre d'une mesure de contrôle judiciaire, ni par celle d'une assignation à résidence sous surveillance électronique (ARSE). Ce contrôle offre un « double regard » sur la procédure, même si les répercussions de cette évolution sur le taux d'incarcération restent discutées. Plus de vingt ans après, le législateur s'interroge encore sur la possibilité de développer le recours à d'autres mesures – tel est le cas avec la loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 qui entend favoriser le recours à l'ARSE. Précisément, s'agissant de cette dernière, la Cour européenne estime qu'elle peut constituer une privation de liberté, en fonction de sa durée ou de ses modalités d'exécution⁹. À raisonner ainsi, on pourrait suggérer que le placement *ab initio* sous ARSE soit décidé, non par le juge d'instruction mais par le JLD. En l'état, le contrôle du juge est assez réduit car il ne peut suivre le déroulement de la mesure qu'il a pourtant lui-même ordonnée. Qu'il s'agisse du contrôle judiciaire ou de l'ARSE, seul le juge d'instruction conserve le pouvoir de modifier le contenu des obligations de la

⁵ Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, 3 mai 2016, Compte rendu n° 74, audition de Jean-Jacques URVOAS.

⁶ Jean-Marc SAUVE, *Rendre justice aux citoyens - Rapport du Comité des États généraux de la justice (oct. 2021-avr. 2022)*, p. 200.

⁷ Robert BADINTER, « [La mort programmée du juge d'instruction](#) », *Le Monde*, 21 mars 2009.

⁸ C. pr. pén., art. 144, 141-2 et 142-8.

⁹ CEDH, 6 novembre 1980, *Guzzardi c./ Italie*, n° 7367/76.

mesure¹⁰ et d'en ordonner la mainlevée¹¹ – et ce alors qu'il a jugé, par définition, la mesure insuffisante en saisissant le JLD aux fins d'un placement en détention. Il s'agirait de reconnaître la compétence d'une seule institution, indépendante et impartiale, en permettant au JLD de décider de la mise en œuvre de la détention de l'ARSE, du contrôle judiciaire, et d'assurer le suivi de la mesure. Une telle évolution participe d'une cohésion d'ensemble et du postulat selon lequel la mise en œuvre d'un contrôle judiciaire ou, *a fortiori*, d'une mesure d'ARSE peut parfois s'avérer aussi traumatisante qu'une mise en détention, lorsque nombre de droits et libertés se trouvent entravés en raison des conséquences engendrées¹². Enfin, dans la perspective d'un renforcement du contrôle du juge, pourquoi ne pas étendre sa compétence au stade de la prolongation de la détention en lui permettant de se saisir à échéances régulières afin de vérifier le bien-fondé de la mesure, mais aussi en prévoyant une saisine directe du JLD aux fins de demande de mise en liberté ? Il s'agirait, encore, d'étendre ce contrôle au-delà de la clôture de l'instruction. Cette extension se justifierait d'autant plus que le JLD a acquis, par ailleurs, un nouveau pouvoir de contrôle à l'occasion du recours préventif permettant au détenu de contester les conditions indignes de sa détention¹³, créé par la loi n° 2021-403 du 8 avril 2021 et qui fait suite à l'évolution jurisprudentielle, européenne¹⁴ puis nationale¹⁵. Plus que jamais, le juge judiciaire s'impose comme le garant de la liberté individuelle, en contrôlant ici l'exécution de la mesure – même si quelques réserves peuvent être émises quant aux modalités retenues. D'abord, le délai d'effectivité du recours est assez long, en raison des allers-retours entre le juge et l'administration¹⁶. De même, le requérant peut être dissuadé d'agir car la première des solutions recherchées est le transfèrement ; le risque est alors de se voir éloigné de ses proches. Enfin, la cessation de l'atteinte est susceptible de faire naître une nouvelle source d'indignité, la place laissée vide étant remplacée par un autre détenu, risque que relève la Contrôleuse générale des lieux de privation de liberté¹⁷. Ainsi, le dispositif conduit certes à apporter une réponse procédurale émouline, de nature à satisfaire les exigences européennes, mais ne traite pas la problématique de fond liée à la surpopulation carcérale.

Le contrôle des actes d'investigations. Un tournant majeur s'est opéré avec la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, qui confie au procureur de la République de nouveaux pouvoirs d'investigation – mouvement que confirmeront les réformes ultérieures¹⁸. Le procureur représente, selon la Commission BEAUME¹⁹, un « *premier niveau de protection des droits fondamentaux* » ; son seul contrôle suffit à valider les actes moins contraignants d'investigation, d'après le Conseil constitutionnel – ainsi, par exemple, du dispositif de géolocalisation²⁰. La difficulté tient à son statut, la Cour européenne lui déniait la qualité d'autorité judiciaire²¹. L'octroi de nouveaux pouvoirs d'investigation, attentatoires aux libertés, n'est alors possible que grâce à la prévision d'un contrôle de l'autorité judiciaire : c'est

¹⁰ C. pr. pén., art. 142-8.

¹¹ Circulaire [CRIM 2000-16 F1](#), *Présentation des dispositions de la loi du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes concernant l'instruction, la détention provisoire, le juge des libertés et de la détention et le jugement correctionnel*, 20 décembre 2000.

¹² V. Pauline LE MONNIER DE GOUVILLE, « L'assignation à résidence sous surveillance électronique : une mesure efficace face à la détention provisoire ? », in *Dix ans d'application de la loi pénitentiaire*, Jean-Paul. CERE, Ludivine GREGOIRE (dir.), L'Harmattan, 2021, p. 173.

¹³ C. pr. pén., art. 803-8.

¹⁴ CEDH, 30 janvier 2020, *J. M. B. et a. c./ France*, n° [9671/15](#).

¹⁵ Crim., 8 juillet 2020, n° [20-81.739](#) ; c. const., 2 octobre 2020, n° [2020-858/859](#) QPC.

¹⁶ V. Jean-Baptiste PERRIER, « *Détention et conditions indignes : création d'un recours (in)effectif* », *RSC*, 2021, 469.

¹⁷ Sénat, « *Proposition de loi tendant à garantir le droit au respect de la dignité en détention* », 1^{ère} lecture, 8 mars 2021, contribution de Jean-Pierre SUEUR, p. 1493.

¹⁸ Not. loi n° [2016-731](#) du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale ; loi n° 2017-510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme ; loi n° [2019-222](#) du 23 mars 2019 de programmation et de réforme pour la justice.

¹⁹ Jacques BEAUME (prés.), *Rapport sur la procédure pénale*, juillet 2014, p. 27.

²⁰ C. const., 23 septembre 2021, n° [2021-930](#) QPC.

²¹ CEDH [GC], 29 mars 2010, *Medvedyev et a. c./ France*, n° [3394/03](#).

ainsi que se dessinent une gradation de la gravité des atteintes portées aux libertés et un partage de pouvoirs de contrôle entre le procureur et le juge. Plus l'atteinte aux libertés est importante, plus le contrôle de l'acte doit être confié à un juge tiers et indépendant. Ainsi des perquisitions contraintes²² mais aussi réalisées de nuit dès lors qu'est en jeu la poursuite d'infractions relevant de la criminalité ou délinquance organisée²³, des écoutes téléphoniques²⁴, de la géolocalisation, ou encore des « techniques spéciales d'enquête »²⁵. Les évolutions récentes laissent, pourtant, entrevoir un changement de paradigme. En effet, la prévision de nouveaux pouvoirs du JLD ne se traduit plus toujours par l'introduction de nouvelles mesures attentatoires, mais par un renforcement du contrôle, par l'autorité judiciaire, de mesures préexistantes. Cela est par exemple manifeste avec la loi du 22 décembre 2021, qui renforce le contrôle du JLD des actes d'investigation visant la profession d'avocat²⁶. Dans le cadre des réquisitions de données informatiques, c'est encore le JLD qui serait amené à en contrôler la mise en œuvre, afin de mettre en conformité notre dispositif avec le droit de l'Union européenne²⁷.

B) Le rôle du juge hors champ pénal

Mesures privatives de liberté. Parallèlement à ses fonctions pénales, le JLD se voit confier des compétences civiles et administratives au nom d'un impératif de protection de la liberté. S'agissant, d'abord, de l'hospitalisation sans consentement, l'essor du rôle du JLD se confirme avec l'unification du contentieux, au détriment du juge administratif, réalisée par les lois n° 2011-803 du 5 juillet 2011 et n° 2013-869 du 27 septembre 2013. Il s'est agi de mettre fin au « désordre des deux ordres »²⁸ et de se conformer à la jurisprudence européenne²⁹, puis constitutionnelle³⁰, en permettant au juge de contrôler le bien-fondé mais aussi la régularité de la mesure³¹. Ce transfert de compétence se révèle déterminant car, en pratique, 98 % des griefs invoqués portent sur la légalité externe des actes d'admission en soin³². Sans revenir sur les modalités de ce contrôle³³, soulignons le bouleversement qu'a constitué cette réforme, obligeant les psychiatres à rendre compte des raisons de l'hospitalisation, puis les juges à se confronter, systématiquement, à un contentieux qu'ils n'appréhendaient jusqu'alors que de manière ponctuelle. La question sous-jacente demeure celle de la légitimité du juge judiciaire, par rapport au juge administratif, à contrôler cette mesure. Outre un certain consensus à ce sujet³⁴, la nature de la mesure, privative de liberté, justifie pleinement la compétence de ce juge au regard de l'article 66 la Constitution : dès lors que la protection de la liberté individuelle intègre les « matières réservées par nature »³⁵ au juge judiciaire, celui-ci doit pouvoir,

²² C. pr. pén., art. 76.

²³ C. pr. pén., art. 706-92.

²⁴ C. pr. pén., art. 706-95.

²⁵ C. pr. pén., art. 706-95-11 s.

²⁶ C. pr. pén., art. 56-1, 60-1, 100.

²⁷ V. C. const., 3 décembre 2021, n° [2021-952](#) QPC et crim., 12 juillet 2022, n° [21-83.710](#), n° [21-83.820](#), n° [21-84.096](#), n° [20-86.652](#).

²⁸ Thierry FOSSIER, « [Contrôle de légalité et responsabilité en matière d'internement des aliénés : le désordre des deux ordres ?](#) », *RDSS*, 2005, 450 ; Pauline LE MONNIER DE GOUVILLE, « L'avenir du dualisme juridictionnel : continuité ou rupture ? L'expérience de l'hospitalisation sans consentement », in *L'avenir du dualisme juridictionnel : continuité ou rupture ?*, *RDA*, mai 2019, p. 75.

²⁹ CEDH, 18 novembre 2010, *Baudoin c./ France*, n° [35935/03](#).

³⁰ C. const., 26 novembre 2010, n° [2010-71](#) QPC.

³¹ CSP, art. L. 3216-1.

³² Delphine LEGOHEREL, « [Procédure de contrôle de plein droit en cas d'hospitalisation complète sans consentement. Étude de la jurisprudence des cours d'appel](#) », *Recueil Dalloz*, 2015, 1549.

³³ V. Jean-Baptiste PERRIER, « [Le juge des libertés et de la détention et l'hospitalisation sans consentement](#) », *AJ pénal*, 2019, 124.

³⁴ CGLPL, [Avis du 15 février 2011 relatif à certaines modalités de l'hospitalisation d'office](#) ; CNCDDH, avis du 30 mars 2011 ; Ass. Parl. du Conseil de l'Europe, *Rapport sur la psychiatrie des droits de l'Homme*, 15 mars 1994, Doc. 7040.

³⁵ C. const., 23 janvier 1987, n° [86-224](#) DC.

logiquement, se voir confier l'intégralité du contentieux³⁶. À cela s'ajoute une évolution importante puisque les pouvoirs du JLD ont également été étendus dans le cadre des mesures d'isolement et de contention depuis la loi n° 2020-1576 du 14 décembre 2020³⁷.

S'agissant, ensuite, de l'éloignement des étrangers, les lois n° 2007-1631 du 20 novembre 2007 et n° 2011-672 du 16 juin 2011 confient au JLD le contentieux des étrangers placés en zone d'attente ou en centre de rétention. Jusqu'en 2016, l'autorité administrative était responsable de la décision initiale de placement en rétention, tandis que le JLD examinait les demandes de prolongation de la mesure, sans pouvoir contrôler la légalité de la mesure. Plusieurs difficultés quant à la délimitation de ses pouvoirs étaient à déplorer, en sorte que la loi n° 2016-274 du 7 mars 2016 a réalisé un transfert des compétences au profit du juge judiciaire, seul à connaître désormais de la rétention administrative, de la décision de placement à la prolongation, de la régularité à la légalité³⁸. Si le Conseil constitutionnel réduit la portée de l'article 66 de la Constitution au droit à la sûreté³⁹, force est de reconnaître que le contrôle du JLD s'étend au-delà puisqu'il s'opère à trois niveaux : à l'égard des événements ayant précédé la mesure de rétention (tels que les contrôles d'identité), de la mesure de placement en rétention et des atteintes à l'exercice effectif des droits au cours de la mesure. La Cour de cassation permet même au juge de préférer à la rétention une mesure d'assignation à résidence⁴⁰, en visant sa qualité de « *gardien de la liberté individuelle* »⁴¹. Au regard des statistiques, sont le plus souvent invoqués les moyens concernant la régularité de la procédure pénale⁴², puis la régularité de la procédure administrative de rétention. C'est dire combien les conditions relatives à la procédure sont importantes et le contrôle du JLD déterminant.

Mesures restrictives de liberté. En parallèle, le juge se voit attribuer un certain nombre de compétences dans des domaines très divers pour autoriser certaines mesures attentatoires aux libertés – essentiellement de visites et saisies : en matière d'alimentation, de santé publique vétérinaire et de protection des végétaux⁴³, d'armes et munitions⁴⁴, de concurrence⁴⁵, de consommation⁴⁶, de douane⁴⁷, d'énergie⁴⁸, de fiscalité⁴⁹, de lutte contre le dopage⁵⁰, de marchés financiers⁵¹, de pêche maritime et d'agriculture marine⁵², de police des mines⁵³, de postes et

³⁶ V. Marie-Odile DIEMER, « [La réforme de l'hospitalisation sans consentement et le contrôle des arrêtés préfectoraux : retour sur un mécanisme d'éviction du juge administratif](#) », *LPA*, 2015, n° 117, p. 4.

³⁷ CSP, art. L.3222-5-1 et L.3211-12 ; v. c. const., 19 juin 2020, n° [2020-844](#) QPC.

³⁸ CESEDA, art. L. 741-10.

³⁹ C. const. 16 juin 1999, n° [99-411](#) DC.

⁴⁰ CESEDA, art. L. 743-13.

⁴¹ Civ., 1^{ère}, 29 février 2012, n° [11-30.085](#).

⁴² DACS, [Le contentieux judiciaire des étrangers. Enquête statistique sur les décisions prononcées du 1^{er} au 31 mai 2007 par les juges des libertés et de la détention et les cours d'appel statuant sur des demandes de prolongation du maintien en rétention ou en zone d'attente](#), janvier 2008, p. 38.

⁴³ C. rur., art. L. 206-1.

⁴⁴ CSI, art. L. 312-7 s.

⁴⁵ C. com., art. L. 450-4.

⁴⁶ C. consom., art. L. 512-52 s.

⁴⁷ C. douanes, art. 64.

⁴⁸ C. énergie, art. L. 135-7.

⁴⁹ LPF, art. L. 16 B. et art. 38.

⁵⁰ C. sport, art. L. 232-14-4 s.

⁵¹ CMF, art. L. 621-12.

⁵² C. rur., not. art. L. 941-6 et L. 206-1.

⁵³ C. minier, art. L. 175-9.

télécommunications⁵⁴, de santé publique⁵⁵, de transport⁵⁶. Le JLD serait ainsi en charge de plus de 70 attributions⁵⁷.

Parmi elles, on pense tout particulièrement au contrôle, par le JLD, des visites et saisies domiciliaires en matière économique, mais aussi des visites et de saisies de sécurité intérieure introduites par la loi n° 2017-510 du 30 octobre 2017. S'agissant de ces dernières, la situation est source d'une curieuse mosaïque processuelle : le juge judiciaire se trouve évincé des dispositifs consacrés en droit commun à la suite de l'État d'urgence, sauf pour les mesures de visites et de saisies⁵⁸ – la loi proposant, pour celles-ci, une association originale de la police administrative et du juge judiciaire. Le JLD devient une sorte de juge « *trans-ordres-juridictionnels* »⁵⁹. Or, pourquoi n'avoir introduit le contrôle de ce juge que pour ces mesures, et non pour d'autres, pourtant attentatoires aux libertés de l'individu ? Notamment, une restriction à la liberté d'aller et venir, *via* les mesures de contrôle et de surveillance administrative, est-elle moins grave qu'une atteinte aux droits au respect de sa vie privée et à l'inviolabilité de son domicile⁶⁰ ? Le Professeur MAYAUD évoque un « *court-circuitage* » du magistrat de l'ordre judiciaire⁶¹. La compétence du juge avait pourtant été envisagée par le Sénat afin de renforcer « *les garanties de la personne concernée mais aussi [l']efficacité* » du contrôle⁶². En tout état de cause, on peut observer que le dispositif d'opérations de visites et saisies est plus garantiste que celui prévu dans le cadre de l'état d'urgence (grâce à une autorisation *a priori* du JLD, à un contrôle *in situ* par le magistrat, et à un droit de suite⁶³). En outre, une série de recours est prévue, dont ceux formés à l'encontre de l'ordonnance d'autorisation émise par le JLD puis contre le déroulement des opérations, devant le premier président de la cour d'appel de Paris⁶⁴. Il reste que des réserves sont formulées quant à l'effectivité du contrôle réalisé⁶⁵, au regard d'abord de la faible exigence de motivation de l'ordonnance prévue par la loi⁶⁶. Par comparaison, ensuite, avec le contrôle opéré par le JLD dans le cadre des opérations de visites et saisies en matière fiscale, douanière, commerciale, etc. : sont en effet dénoncés, dans la pratique, à la fois le recours aux ordonnances pré-rédigées et le manque de temps dévolu au juge⁶⁷.

Il n'en demeure pas moins que ce système garantiste représente une source d'inspiration pour de possibles évolutions en matière pénale. Il est frappant, surtout, de mesurer comment, d'un noyau de compétences – la détention provisoire –, l'office du JLD s'est développé par le biais d'excroissances

⁵⁴ CPT, art. L. 5-9-1.

⁵⁵ CSP, art. L. 1421-2-1.

⁵⁶ C. transp., art. L. 1711-5.

⁵⁷ Frédéric NGUYEN, « [Les 20 ans de la loi du 15 juin 2000 – Le juge des libertés et de la détention : à la recherche du sens perdu](#) », *Lexbase pénal*, n° 28, 18 juin 2020.

⁵⁸ CSI, art. L. 229-1.

⁵⁹ François FOURMENT, « [La visite de sécurité intérieure, substitut de la perquisition pénale](#) », *Gaz. Pal.*, 2018, n° 3, p. 82.

⁶⁰ Pour aller plus loin, v. Pauline LE MONNIER DE GOUVILLE, « Le contrôle de la contrainte : Point de vue sur les compétences du juge judiciaire », in *Les mutations du droit applicable à la contrainte*, Aurélie CAPPELLO, Charlotte DUBOIS, Xavier LATOUR (dir.), L'Harmattan, 2020, p. 127.

⁶¹ Yves MAYAUD, « La simplification de la procédure pénale applicable au terrorisme », in *La simplification de la procédure pénale*, Yan CARPENTIER (dir.), *Lexbase pénal*, 2018, n° 7.

⁶² Sénat, Rapport n° 629 relatif au Projet de loi renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme (Michel MERCIER), 12 juillet 2017, p. 63.

⁶³ CSI, art. L. 229-2.

⁶⁴ CSI, art. L. 229-3.

⁶⁵ V. not. Olivier CAHN, Jocelyne LEBLOIS-HAPPE, « [Loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme : perseverare diabolicum](#) », *AJ pénal*, 2017, p. 468 ; Evan RASCHEL, « [La sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme entre cadence et décadence : commentaire de la loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017](#) », *Droit pénal*, 2017, ét. 23.

⁶⁶ CSI, art. L. 229-1, mentionnant une simple ordonnance « *écrite et motivée* ».

⁶⁷ V. H. MATSOPOULOU, « [La transposition dans le droit permanent des principales mesures de l'état d'urgence](#) », *JCP G*, 2017, 1268.

en matière d'enquête et hors champ pénal qui, en grossissant, aboutissent à la fois à une implosion de la matière et de l'institution et, dans le même temps, suggèrent une nouvelle figure du juge.

II. L'avenir du juge des libertés et de la détention

L'attention sera portée sur l'évolution consistant à recentrer le JLD sur ses fonctions pénales, comme y invite le rapport *SAUVE*. Celui-ci dresse le constat d'une complexification de la procédure pénale et d'un code devenu « illisible »⁶⁸. L'enjeu consiste dès lors à consolider l'identité du JLD et à réfléchir à la façon dont il est possible d'améliorer le contrôle de l'enquête, *lato sensu* – avec, pour horizon, le chantier de réforme annoncé. Outre le contrôle de la détention provisoire, le JLD a-t-il vocation à devenir un juge de l'enquête à part entière ? Articuler les compétences entre les acteurs des investigations, garantir l'effectivité du contrôle : cet enjeu doit conduire à renforcer, d'abord, le contrôle réalisé par le juge (A), mais aussi à l'adapter en fonction du cadre d'investigations en vue d'un renouveau de la phase préparatoire du procès (B).

A) Le garant d'un contrôle renforcé des investigations

Selon la Cour européenne et le Conseil constitutionnel, le contrôle du juge judiciaire doit être concret et effectif⁶⁹. Face aux critiques adressées à l'encontre du JLD – celles d'un contrôle parfois insuffisant – plusieurs pistes sont envisageables.

L'exigence de motivation. La première serait de renforcer l'exigence de motivation de l'ordonnance du juge, en réponse à la pratique d'ordonnances pré-rédigées ou procédant par renvoi à la requête du procureur⁷⁰. Des efforts ont certes été réalisés avec la loi n° 2021-731 du 3 juin 2016 : les perquisitions nocturnes doivent être motivées par le biais d'une démonstration de l'impossibilité de les réaliser de jour⁷¹. La loi du 23 mars 2019, quant à elle, précise le contenu de l'ordonnance autorisant les écoutes, qui ne consiste plus en une simple « *décision écrite* »⁷². La Cour de cassation paraît par ailleurs, ces dernières années, plus exigeante⁷³. Partant, le renforcement de la motivation pourrait passer par trois évolutions. Avant tout, prévoir, pour toute ordonnance du JLD relative à un acte d'investigation, qu'elle soit motivée par « référence aux éléments de fait et de droit justifiant que l'opération est nécessaire ». Tel est déjà le cas, par exemple, en matière de perquisitions⁷⁴, de géolocalisation⁷⁵, d'écoutes⁷⁶, ou encore de techniques spéciales d'enquête⁷⁷. Mais certaines dispositions sont parfois imprécises, évoquant une « *autorisation* » du JLD⁷⁸, une *décision écrite*⁷⁹, un « *accord* »⁸⁰ ou une simple « *décision motivée* »⁸¹. Faut-il, en outre, prévoir une exigence de proportionnalité à l'instar de la loi du 22 décembre 2021 qui introduit cette exigence dans le cadre des actes d'investigations visant la profession d'avocat ? Une telle précision viendrait en complément de l'article préliminaire du Code de procédure pénale qui fait référence à la proportionnalité. Elle serait propre au contrôle réalisé par le

⁶⁸ Jean-Marc SAUVE, *op. cit.*, p. 195.

⁶⁹ Not. : c. const., 2 mars 2004, n° [2004-492](#) DC, § 46 ; CEDH, 29 mars 2005, *Mathéron c./ France*, n° [57752/00](#) et 21 janvier 2010, *Xavier Da Silveira c./ France*, n° [43757/05](#), § 44 s.

⁷⁰ Par ex. : crim., 27 février 2013, n° [11-88.471](#) ; 6 mars 2013, n° [12-87.810](#).

⁷¹ C. pr. pén., art. 706-92.

⁷² C. pr. pén., art. 100-1.

⁷³ Crim., 8 juillet 2015, n° [15-81.731](#) ; 23 novembre 2016, n° [15-83.649](#) ; 9 janvier 2018, n° [17-82.946](#).

⁷⁴ C. pr. pén., art. 76 et 706-92.

⁷⁵ C. pr. pén., art. 230-33.

⁷⁶ C. pr. pén., art. 706-95 et 100-1.

⁷⁷ C. pr. pén., art. 706-95-13.

⁷⁸ C. pr. pén., art. 60-2 et 77-1-2 en matière de réquisitions.

⁷⁹ C. pr. pén., art. 230-34 (ordonnance pour installer ou retirer le dispositif de géolocalisation de nuit).

⁸⁰ C. pr. pén., art. 706-94.

⁸¹ C. pr. pén., art. 230-40 et 706-95-14 (« *ordonnance motivée* »).

JLD, dans une logique similaire à celle de l'article 39-3 dudit Code relatif au contrôle du procureur de la République. Une deuxième garantie consisterait à renforcer l'exigence de motivation lorsque l'opération se déroule entre 21 heures et 6 heures, en exigeant du juge qu'il justifie l'impossibilité de la réaliser de jour – à l'instar de ce qui est prévu s'agissant des perquisitions⁸². Enfin, il s'agirait de prévoir que l'exigence de motivation est prescrite à titre de nullité – comme cela est le cas, par exemple, en matière de perquisitions ou de captations de données informatiques⁸³. Certains dispositifs, tels que ceux des écoutes téléphoniques ou des techniques spéciales d'enquête, verraient ainsi leur régime précisé.

Un contrôle *a posteriori*. Autoriser n'est pas contrôler. L'autre évolution consisterait à offrir au JLD le pouvoir de suivre la mesure qu'il a décidée. Le Conseil constitutionnel offre, à cet égard, un éclairage intéressant puisqu'il a refusé d'étendre le dispositif d'écoutes téléphoniques aux enquêtes de droit commun en jugeant que le contrôle du JLD n'offre pas de garanties suffisantes : en effet, il n'a pas accès à l'ensemble des éléments de la procédure, « *n'est pas informé du déroulé de l'enquête* », ne peut « *ordonner la cessation de la mesure* »⁸⁴. Il en est de même concernant les techniques spéciales d'enquête, le Conseil exigeant des « *garanties permettant un contrôle suffisant par le juge* ». Comment, dès lors, procéder ?

En prévoyant, d'abord, pour les actes d'investigation autorisés par le JLD, que l'opération est réalisée « *sous l'autorité et le contrôle* » de ce juge. Les textes sont en effet extrêmement disparates et l'on peine à comprendre la logique poursuivie. À titre d'exemple, l'article 706-95 du Code de procédure pénale, relatif aux écoutes téléphoniques, prévoit que l'opération est « *faite sous le contrôle* » du JLD, à la différence de l'article 74-2 visant le même dispositif dans le cadre d'une enquête pour recherche d'une personne en fuite, qui prévoit que les opérations sont réalisées sous « *l'autorité et le contrôle* » du magistrat. Les perquisitions, elles, sont réalisées « *sous le contrôle* » mais non l'autorité du juge. D'autres exemples, encore, pourraient être mobilisés⁸⁵. Un travail d'harmonisation serait donc à réaliser, allant de pair avec la nécessité de distinguer le magistrat sous l'autorité et le contrôle duquel l'opération doit être menée car le tout est parfois très confus : procureur, JLD ou juge d'instruction⁸⁶.

Ensuite, il s'agirait de prévoir, à chaque fois, une information sans délai et en temps réel du déroulement des opérations que le juge a autorisées – et non seulement à l'issue des opérations, comme a pu le juger la Cour de cassation en matière d'écoutes⁸⁷. Cette garantie s'accompagnerait de la possibilité pour le juge, lorsque cela est concevable, de se déplacer sur les lieux de l'opération à tout moment, à l'instar de ce qui est prévu en matière de perquisitions.

En outre, pourquoi ne pas prévoir systématiquement la communication auprès du JLD des procès-verbaux dressés en exécution de sa décision afin de lui permettre d'avoir une meilleure connaissance de la procédure ? Le régime applicable aux techniques spéciales d'enquête représente, à cet égard, une source d'inspiration. Au-delà, se pose la question de l'accès à l'ensemble de la procédure, préconisé par la Commission BEAUME⁸⁸ et souligné par le Conseil constitutionnel⁸⁹.

⁸² C. pr. pén., art. 706-92. Cela concernerait not. les art. 230-34, 706-95-13, 706-95-14 et 706-97.

⁸³ C. pr. pén., art. 76, 706-92, 706-102-3.

⁸⁴ C. const., 21 mars 2019, n° [2019-778 DC](#), § 144.

⁸⁵ Pauline LE MONNIER DE GOUVILLE, « [Réflexions sur le contrôle des actes d'investigation par le juge des libertés et de la détention](#) », *Lexbase Quotidien*, août 2022.

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ Crim., 23 mai 2006, n° [06-83.241](#).

⁸⁸ Rapp. préc., p. 34.

⁸⁹ C. const., 21 mars 2019, préc.

Dans le prolongement de ces idées, le JLD aurait en outre la possibilité de suspendre, d'interrompre ou de révoquer l'opération qu'il a autorisée. Si cela est par exemple prévu dans le cadre des techniques spéciales d'enquête – dont le régime paraît le plus abouti – tel n'est pas le cas pour la majorité des dispositifs.

Enfin, la question reste posée de la juridictionnalisation de la procédure⁹⁰. Faut-il prévoir un recours contre les ordonnances du JLD ? Toute décision portant sur une liberté individuelle prise par un juge de premier degré doit-elle pouvoir être contestée ? Cette configuration existe parfois. Ainsi, par exemple, du régime applicable aux techniques spéciales d'enquête puisque, si le JLD estime que les opérations n'ont pas été réalisées conformément à son autorisation ou aux dispositions applicables, il ordonne la destruction des procès-verbaux et des enregistrements ; son ordonnance est susceptible d'appel par le procureur devant le président de la chambre de l'instruction⁹¹. Ainsi encore du nouveau recours permettant de contester les ordonnances du JLD dans le cadre des perquisitions au sein du domicile ou du cabinet d'un avocat⁹². Au regard de ce qui précède, faut-il juridictionnaliser ce contrôle et le recours doit-il porter sur la décision d'autorisation, puis sur le déroulement de l'opération ? Surtout, faut-il aller plus loin et adapter ce contrôle aux cadres d'investigation, en prenant pour cela appui sur les problématiques soulevées par le Rapport SAUVE ?

B) Le garant d'un contrôle renouvelé des investigations

Un contrôle transversal. Le rapport de la Commission Justice pénale et droits de l'Homme l'affirmait clairement : le principe d'impartialité ne peut être pleinement garanti lorsque le juge est aussi l'enquêteur⁹³. Supprimer ou non la phase d'instruction et/ou réformer le statut des magistrats du parquet n'aurait en réalité pas d'incidence à cet égard – notons, d'ailleurs, que l'exigence d'impartialité du ministère public est déjà garantie par la loi⁹⁴. La difficulté réside en réalité dans le cumul de fonctions d'enquêteur et de contrôle de la légalité des investigations. Il est alors permis de réfléchir à la façon de renouveler le schéma procédural en détachant le contrôle des investigations de la fonction d'enquêteur. Cela suppose, notamment, de clarifier l'intervention du JLD, tant l'incohérence des garanties prévues apparaît à l'examen de certains dispositifs. Quelques exemples parmi d'autres : dans le cadre de l'instruction, c'est au JLD qu'il revient d'autoriser l'installation ou la désinstallation du dispositif de géolocalisation lorsqu'est visé un local d'habitation et que l'opération a lieu de nuit⁹⁵. Parallèlement, le juge d'instruction reste seul compétent pour autoriser la mise en œuvre d'écoutes téléphoniques⁹⁶. Or la Cour européenne et le Conseil constitutionnel estiment que la géolocalisation porte une atteinte moindre aux libertés que les écoutes téléphoniques⁹⁷, et ces écoutes ne sont pas moins intrusives que l'introduction dans un local d'habitation : pourquoi ne pas prévoir de soumettre les écoutes téléphoniques au contrôle du JLD dans le cadre d'une instruction ? De même, le juge d'instruction reste compétent pour autoriser les perquisitions de nuit, y compris, en cas d'urgence, si cela concerne un local d'habitation⁹⁸. Or, en matière de géolocalisation – mesure pourtant moins intrusive, l'accord préalable du JLD est nécessaire dans un contexte d'urgence si l'opération vise un local d'habitation⁹⁹. Les contradictions s'accumulent et l'on peine à comprendre la logique qui préside au contrôle du JLD. L'idée défendue consisterait alors à unifier et étendre ce contrôle par-delà les

⁹⁰ V. Olivier DECIMA (dir.), *La juridictionnalisation de l'enquête pénale*, Cujas, coll. Actes et études, 2015.

⁹¹ C. pr. pén., art. 706-95-14.

⁹² C. pr. pén., art. 56-1.

⁹³ Com. Justice pénale et Droits de l'Homme (Mireille DELMAS-MARTY, prés.), *La mise en état des affaires pénales*, 1990, p. 127.

⁹⁴ C. pr. pén., art. 31.

⁹⁵ C. pr. pén., art. 230-34, al. 2, 2°.

⁹⁶ C. pr. pén., art. 100.

⁹⁷ CEDH, 2 septembre 2010, *Uzun c./ Allemagne*, n° [35623/05](#), § 52 ; c. const., 25 mars 2014, n° [2014-693](#) DC et 23 septembre 2021, préc.

⁹⁸ C. pr. pén., art. 706-91.

⁹⁹ C. pr. pén., art. 230-35.

cadres d'investigations pour contrôler les actes réalisés par les magistrats investigateurs (procureur ou juge d'instruction). La question n'est en effet pas tant de choisir l'institution compétente pour réaliser l'enquête que de chercher les moyens de la contrôler. Rappelons que la Commission présidée par Mme DELMAS-MARTY proposait de soumettre tout acte attentatoire aux libertés individuelles à une autorisation du juge du siège¹⁰⁰. Comment procéder ? Le contrôle du juge doit-il s'étendre à toute mesure attentatoire aux libertés ? Le but n'est pas de l'ériger en « super-enquêteur », mais seulement en « contrôleur » des atteintes portées aux libertés. L'objectif n'est pas davantage de paralyser l'enquête *lato sensu*. Il est sans doute possible de tracer une ligne et d'envisager un contrôle du juge dès que se trouvent en jeu les droits fondamentaux protégés par la CESDH, puis de graduer le contrôle du juge en fonction de l'atteinte portée aux libertés mais aussi du cadre de son intervention – de l'enquête policière ou de l'instruction. Il est ainsi possible de nuancer les modalités du contrôle du juge, *a priori* et *a posteriori*.

Un contrôle nuancé. En raison de l'efficacité renforcée que suppose l'instruction, il s'agirait de nuancer les modalités du contrôle du JLD en fonction du cadre d'investigations. Les dispositifs actuellement prévus en enquêtes préliminaire et de flagrance et qui exigent *déjà* l'intervention du JLD feraient, eux, l'objet d'un contrôle identique, *a priori* puis *a posteriori* par le biais d'une communication des procès-verbaux de l'opération, la possibilité de faire cesser la mesure et de détruire les éléments obtenus. L'instruction quant à elle, ferait également l'objet d'un contrôle renforcé du JLD, mais plus nuancé. La première solution consisterait, d'une part, à exiger une autorisation seulement du juge d'instruction, puis une confirmation par le JLD de cette autorisation et, d'autre part, à permettre au JLD de détruire les éléments obtenus s'il estime que les opérations n'ont pas été régulières. La deuxième solution serait d'exiger une autorisation du juge d'instruction mais aussi systématiquement du JLD lorsque la mesure concerne un local d'habitation *ou* est réalisée de nuit. Dans les autres hypothèses, la mesure serait décidée par le juge d'instruction, puis confirmée par le JLD dans un délai prévu par la loi. En tout état de cause, ce dernier se verrait communiquer les procès-verbaux de l'opération et pourrait détruire les éléments recueillis s'il estime que l'opération n'est pas régulière. Un dispositif d'urgence pourrait s'envisager, permettant à l'enquêteur de s'affranchir de l'autorisation du JLD, sous réserve que celui-ci valide par la suite la mesure. L'avantage d'un contrôle *a posteriori* réside en définitive dans le *double regard* et dans sa mise en place, moins contraignante que le recours à la co-saisine ou à la collégialité des organes, au service d'un équilibre entre la nécessité d'une instruction efficace et l'impératif de protection des libertés.

Telles sont ainsi, toutes proportions gardées, les quelques pistes d'amélioration du contrôle de l'enquête *lato sensu*, plaçant au cœur de la phase préparatoire du procès le juge du siège. Si l'on compare notre système avec ceux de droit étranger, on perçoit la richesse du dispositif français puisqu'il combine une phase d'instruction et, comme en Allemagne et en Italie, l'intervention d'un juge tiers.

In fine, deux objectifs méritent d'être considérés. Au regard de la complexité des dispositifs qui nuit à la lisibilité et à la cohérence de la phase préparatoire du procès, le premier est un objectif d'harmonisation : des textes, des hypothèses et des modalités de contrôle. À force de s'accumuler, les dispositions et actes d'investigation constituent en effet un véritable magma procédural au sein duquel la logique qui préside au contrôle du JLD est difficilement identifiable. Le second objectif vise à innover, par le biais d'une réflexion autour de l'architecture processuelle. Le chantier est ouvert...

¹⁰⁰ Préc., spéc. p. 211.

L'ÉVOLUTION DU JLD SOUS L'EFFET DES JURISPRUDENCES EUROPÉENNES ET CONSTITUTIONNELLE

Par

Jean-Baptiste THIERRY

*Maître de conférences en droit privé et sciences criminelles, Université de Lorraine
Institut François Génys (EA 7301)*

Le juge des libertés et de la détention (JLD) a bien grandi depuis sa création par la loi du 15 juin 2000, mais il n'est pas encore réellement arrivé à maturité. Sa croissance est encore erratique : parti du contrôle de la détention provisoire, il est aujourd'hui le juge qui autorise le recours à certains actes d'investigation dérogatoires au droit commun. Si l'essentiel de ses compétences concernent la matière pénale¹, il est également juge de la privation de liberté – englobant l'isolement et la contention – justifiée par les soins psychiatriques², sans oublier son rôle de juge de la rétention administrative d'un étranger³ ou du maintien en zone d'attente⁴. Mais ce n'est pas tout : il est également compétent pour certaines consignations⁵, pour de très nombreuses visites⁶, pour les privations et restrictions de liberté mises en œuvre contre des personnes à bord des navires⁷, pour les saisies en matière d'infractions forestières⁸, les immobilisations de navire en cas de rejets polluants⁹, la saisie de navires et engins flottants¹⁰, pour prononcer des mesures conservatoires dans le cadre de l'infraction d'ouverture non autorisée d'établissement d'élevage, de vente, de location ou de transit d'animaux non domestiques¹¹, la saisie d'armes¹², la vente aux enchères des objets saisis par les agents des douanes¹³, le recueil de

¹ Voire para-pénale pour les perquisitions en matière fiscale (livre des procédures fiscales, art. L. 16).

² CSP, art. L. 3211-12 et L. 3212-1.

³ CESEDA, art. L. 742-1 et s.

⁴ CESEDA, art. L. 342-1.

⁵ Pour les infractions prévues par le Code de la consommation : c. consom., art. L. 512-35 et s. Pour les infractions prévues par le Code de l'environnement : c. envir., art. L. 172-15.

⁶ Dans le cadre de la police des mines (c. min., art. L. 175-9), pour le contrôle des règles relatives à la construction ou la rénovation des bâtiments c. constr. hab., art. L. 181-3) ou des constructions, aménagements et démolitions (c. urb., art. L. 461-3), pour la conformité des véhicules à moteur (C. route, art. L. 329-24), dans le cadre de la police administrative des transports (c. transp., art. L. 1711-5) ou en exécution des missions de l'Établissement public de sécurité ferroviaire (c. transp., art. L. 2221-5), celles qui sont réalisées par les agents de la Commission de régulation de l'énergie (c. énergie, art. L. 135-5), les agents de l'Autorité de la concurrence (c. comm., art. L. 450-3), l'Agence de lutte contre le dopage (c. sport, art. L. 232-14-1 et L. 232-18-7), l'Autorité des marchés financiers (c. mon. fin., art. L. 621-12), l'Arcep (c. postes comm. électr., art. L. 5-9-1 et L. 32-5), la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique (décret n° 2017-867 du 9 mai 2017 relatif au répertoire numérique des représentants d'intérêts), le Défenseur des droits (loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, art. 22), la CNIL (loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, art. 19), les agents des services de l'État chargés de l'espace, de la défense, de la recherche, de l'environnement (loi n° 2008-518 du 3 juin 2008 relative aux opérations spatiales), les agents des douanes (c. douanes, art. 63), les pharmaciens inspecteurs de santé publique, les médecins inspecteurs de santé publique, les inspecteurs de l'action sanitaire et sociale, les ingénieurs du génie sanitaire, les ingénieurs d'études sanitaires et les techniciens sanitaires (c. act. soc. fam., art. R. 313-25), les visites de certains navires (loi n° 94-589 du 15 juillet 1994 relative à l'exercice par l'État de ses pouvoirs de police en mer pour la lutte contre certaines infractions relevant de conventions internationales, art. 6).

⁷ C. déf., art. L. 1521-14.

⁸ C. for, art. L. 161-19.

⁹ C. envir., art. L. 218-30.

¹⁰ C. rur. pêche mar., art. L. 943-5.

¹¹ C. envir., art. L. 415-4.

¹² CSI, art. L. 312-12.

¹³ C. douanes, art. 389.

traces biologiques d'un militaire décédé à l'occasion d'une opération conduite par les forces armées¹⁴ ou d'une personne décédée pour son identification extrajudiciaire¹⁵.

De juge expérimenté « *ayant rang de président, de premier vice-président ou de vice-président* », il est tout de même devenu juge spécialisé depuis la loi organique n° 2016-1090 du 8 août 2016¹⁶, au même titre que le juge d'instruction, le juge des enfants et le juge de l'application des peines¹⁷. Cette spécialisation est sans doute difficile à cerner précisément au regard de ses nombreux domaines d'intervention : il semble que, d'une manière générale, le JLD soit devenu *le juge de la proportionnalité* des atteintes à la liberté, au domicile ou à la propriété. Ces compétences foisonnantes pourraient être révélatrices « *de la confiance [que le législateur] place dans la fonction de juge des libertés et de la détention* »¹⁸. Elles semblent plutôt démontrer que le JLD est vu par le législateur comme la caution d'un recours élargi à la coercition ou aux atteintes à la vie privée¹⁹ : puisqu'il faut un juge, pourquoi pas celui-ci ?

Mais l'existence du JLD suppose que ses compétences respectent les principes supra-législatifs résultant des normes constitutionnelles et européennes et surtout de la jurisprudence appliquant ces normes. Dès lors, l'essor législatif des compétences du JLD s'est accompagné d'un façonnement de celles-ci par et sous l'effet des jurisprudences constitutionnelle et européennes. D'ailleurs, les exigences européennes ne sont peut-être pas indifférentes à la création du JLD, le législateur ayant sans doute eu à l'esprit « *le spectre lancinant de la condamnation européenne* »²⁰. Certes, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) juge que « *sans doute la Convention n'exclut-elle pas que le magistrat qui décide de la détention ait aussi d'autres fonctions, mais son impartialité peut paraître sujette à caution s'il peut intervenir dans la procédure pénale ultérieure en qualité de partie poursuivante* »²¹. Néanmoins, elle est surtout attentive à chaque situation concrète, de sorte qu'il n'est pas possible de se réfugier derrière un statut pour s'assurer d'une conformité aux exigences de sa jurisprudence. Le « label JLD » n'est pas une garantie d'absence de condamnation par la CEDH, pas plus qu'il n'est une garantie de constitutionnalité ou de conformité au droit de l'Union européenne : si le JLD a évolué, ce n'est pas réellement dû aux jurisprudences européennes et constitutionnelle. Pour autant, le JLD existant, les compétences qui lui sont attribuées doivent être conformes aux exigences supra-législatives. À l'indifférence envers l'existence du JLD (I) répond donc une attention à ses compétences (II).

I. L'indifférence à l'existence du JLD

Les jurisprudences constitutionnelle et européennes peuvent d'abord ne pas avoir d'exigence particulière sur la présence même du JLD (A). Ensuite, elles sont surtout attentives à la présence d'un juge, quel qu'il soit (B).

¹⁴ C. civ., art. 16-11.

¹⁵ Décret n° [2012-125](#) du 30 janvier 2012 relatif à la procédure extrajudiciaire d'identification des personnes décédées.

¹⁶ Loi n° [2016-1090](#) du 8 août 2016 relative aux garanties statutaires, aux obligations déontologiques et au recrutement des magistrats ainsi qu'au Conseil supérieur de la magistrature.

¹⁷ Ordonnance n° [58-1270](#) du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, art. 28-3.

¹⁸ Daniel ACQUARONE, « [La nomination du juge des libertés et de la détention par décret](#) », *Recueil Dalloz*, 2016, p. 1488.

¹⁹ Pauline LE MONNIER DE GOUVILLE, *Le juge des libertés et de la détention, entre présent et avenir*, th. Panthéon-Assas, 2011, n° 296 et s.

²⁰ *Ibidem*, n° 13.

²¹ CEDH, 23 octobre 1990, *Huber c./ Suisse*, n° [12794/87](#).

A) L'absence du JLD

Le JLD peut d'abord n'être d'aucune utilité au regard des jurisprudences constitutionnelle et européennes. Au vu des standards supra-législatifs, l'intervention d'une autorité judiciaire n'est en effet justifiée que dans certaines circonstances.

Le Conseil constitutionnel juge ainsi que « *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 touchant à la liberté individuelle qu'il entend édicter* »²². D'une part, l'intervention de l'autorité judiciaire préalablement à la privation de liberté n'est pas nécessaire. D'autre part, le moment de cette intervention peut varier. Par exemple, le maintien en zone d'attente, constitutif d'une privation de liberté, pendant quatre jours consécutifs sans intervention du JLD n'est pas contraire à l'article 66 de la Constitution. La durée de quatre jours doit ici être combinée avec l'objet de la privation de liberté, à savoir « *permettre à l'administration d'organiser le départ de l'étranger qui ne satisfait pas aux conditions d'entrée en France ou, dans le cas d'un étranger qui demande à entrer en France au titre de l'asile, de vérifier si l'examen de sa demande relève de la compétence d'un autre État membre ou si elle n'est pas irrecevable ou manifestement infondée* »²³. Cet objet non pénal de la privation de liberté apparaît déterminant : en effet, pour la garde à vue, le Conseil constitutionnel a jugé que la prolongation de la garde à vue au-delà de la quarante-huitième heure nécessitait l'intervention d'un magistrat du siège pour satisfaire aux exigences de l'article 66 de la Constitution²⁴. En revanche, pour l'hospitalisation sans consentement, le Conseil constitutionnel avait jugé qu'une durée de quinze jours était admissible²⁵.

La CEDH ne dit pas autre chose lorsqu'elle s'intéresse à l'intervention de l'autorité judiciaire sur le fondement de l'article 5 de la Convention : le délai de quatre jours pour être présenté devant un juge est trop long²⁶.

Le juge, en général, et le JLD, en particulier, n'est donc pas toujours une exigence absolue lors d'une privation de liberté. À cet égard, la prolongation de la garde à vue par le procureur de la République au-delà de la vingt-quatrième heure n'est pas problématique²⁷.

B) L'exigence d'un juge

L'indifférence envers le JLD s'explique essentiellement par la nature des contrôles exercés par le Conseil constitutionnel, la Cour européenne des droits de l'Homme ou la Cour de justice de l'Union européenne.

En premier lieu, le Conseil constitutionnel opère un contrôle abstrait de la conformité de dispositions législatives à la Constitution. Lorsqu'il est amené à appréhender spécifiquement la question des atteintes à la liberté individuelle, c'est sur le fondement de l'article 66 de la Constitution qu'il effectue son contrôle. Il est dès lors attentif à l'ordre juridictionnel auquel appartient le juge concerné dont l'intervention est ou serait requise, mais s'il s'agit d'un magistrat judiciaire du siège, il importe peu qu'il ait une fonction déterminée. Les exigences du Conseil sont ainsi attachées à l'existence d'un juge du siège, sans considération de la place de ce juge au sein de l'ordre judiciaire. La position est ancienne : dans sa décision n° 80-127 DC du 20 janvier 1981 mentionnée précédemment, le Conseil avait précisément jugé que « *si l'intervention d'un magistrat du siège pour autoriser, dans*

²² C. const., 25 février 1992, n° [92-307](#) DC, cons. 13.

²³ C. const., 17 mars 2022, n° [2021-983](#) QPC.

²⁴ C. const., 20 janvier 1981, n° [80-127](#) DC.

²⁵ C. const., 26 novembre 2010, n° [2010-71](#) QPC ; c. const., 20 avril 2012, n° [2012-235](#) QPC.

²⁶ CEDH, 3 octobre 2006, *McKay c./ Royaume-Uni*, n° [543/03](#).

²⁷ C. const., 11 août 1993, n° [93-326](#) DC.

ces cas, la prolongation de la garde à vue, est nécessaire conformément aux dispositions de l'article 66 de la Constitution, aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle n'exige que ce magistrat ait la qualité de juge d'instruction ». Mutatis mutandis, la solution vaut à l'évidence pour le JLD.

Au-delà de la privation de liberté, la présence d'un magistrat du siège est également vue par le Conseil constitutionnel comme une garantie importante de l'atteinte à un droit constitutionnellement protégé. Par exemple, en ce qui concerne les réquisitions de données informatiques, les différentes décisions rendues par le Conseil constitutionnel font de la présence d'un magistrat une garantie de l'atteinte à la vie privée. Si l'autorisation du procureur de la République est la seule garantie, en elle-même insuffisante pour justifier l'accès aux données de connexion, sans aucune autre condition, dans le cadre de l'enquête préliminaire²⁸, celle du juge d'instruction apparaît plus forte et, conjuguée aux autres garanties inhérentes à l'information judiciaire, permet de justifier l'accès aux données de connexion. Le Conseil constitutionnel a ainsi expressément relevé que, dans ce cas, « *la réquisition de données de connexion intervient à l'initiative du juge d'instruction, magistrat du siège dont l'indépendance est garantie par la Constitution, ou d'un officier de police judiciaire qui y a été autorisé par une commission rogatoire délivrée par ce magistrat* »²⁹.

Comme le relève Raphaële PARIZOT, « *l'autorité judiciaire, comme le démontre l'emploi du singulier, renvoie à un corps unique composé de l'ensemble des magistrats des juridictions judiciaires. Et, si certains magistrats judiciaires sont particulièrement compétents pour assurer ce rôle de gardien de la liberté individuelle (on pense évidemment au juge des libertés et de la détention [...]), tous sont a priori concernés, dès lors qu'ils remplissent les garanties statutaires nécessaires* »³⁰.

En second lieu, la CEDH et la CJUE ne raisonnent pas différemment lorsqu'elles apprécient la notion d'autorité judiciaire compétente pour contrôler une privation de liberté au regard de l'article 5 de la Convention, pour la CEDH, ou pour émettre un mandat d'arrêt européen, pour la CJUE³¹. La chose est logique au vu du champ d'intervention de ces juridictions : elles sont contraintes de développer des notions autonomes au sens européen, afin de leur permettre d'appréhender la diversité des situations résultant des droits nationaux. D'une part, la CEDH considère que l'autorité judiciaire peut être un magistrat du parquet, mais il faut qu'elle soit doublement indépendante, envers les parties et envers l'exécutif³². En outre, le caractère concret du contrôle opéré par la CEDH l'amène à aller au-delà de la seule question statutaire : si le magistrat auquel la personne privée de liberté est présentée peut intervenir à un autre moment de la procédure à titre de représentant de l'autorité de poursuite, son indépendance est en cause³³. Ce sont donc davantage les garanties concrètement apportées par l'intervention d'un juge qui comptent davantage que la place de celui-ci dans l'organigramme judiciaire. D'autre part, la CJUE est attentive à l'indépendance de l'autorité, cette indépendance s'appréciant d'abord au regard du pouvoir exécutif³⁴. L'indépendance se double de l'impartialité, de

²⁸ C. const., 3 décembre 2021, n° [2021-952](#) QPC.

²⁹ C. const., 17 juin 2022, n° [2022-1000](#) QPC.

³⁰ Raphaële PARIZOT, « [La jurisprudence constitutionnelle sur l'autorité judiciaire gardienne de la liberté individuelle](#) », *Titre VII*, n° 7, octobre 2021.

³¹ Blandine THELLIER DE PONCHEVILLE, « [Les autorités des poursuites : autorité judiciaire d'émission d'un mandat d'arrêt européen ?](#) », *Lexbase pénal*, juillet 2019.

³² CEDH, 4 décembre 1979, *Schiesser c./ Suisse*, n° [7710/76](#).

³³ Par ex. : CEDH, 26 novembre 1992, *Brincat c./ Italie*, n° [13867/88](#). On peut rapprocher de cette solution la décision de la Cour de cassation qui juge que ne présente pas de garanties d'impartialité le JLD statuant sur la détention provisoire alors qu'il a connu antérieurement de l'affaire en qualité de juge d'instruction : crim., 28 juin 2022, n° [22-82.698](#). Dans le même sens pour l'incompatibilité entre les fonctions de JLD et celles de juge d'appel statuant sur la culpabilité : crim., 16 mai 2007, n° [06-85.347](#).

³⁴ CJUE [GC], 27 mai 2019, n° [C-508/18 et C-82/19 PPU](#) : *AJ Pénal*, 2019, p. [453](#), obs. Thomas HERRAN. Cette indépendance suppose qu'existent des « *règles statutaires et organisationnelles propres à garantir que l'autorité judiciaire d'émission ne soit pas exposée à un quelconque risque d'être soumise notamment à une instruction individuelle de la part du pouvoir exécutif* ».

sorte que « *la notion d'autorité judiciaire en droit de l'Union européenne est [...] largement inspirée de celle de la jurisprudence de Strasbourg* »³⁵.

La nature du juge importe donc peu, pour peu qu'il relève de l'ordre judiciaire pour contrôler l'atteinte à la liberté individuelle et soit un magistrat du siège. D'un point de vue supra-législatif, que ce juge soit appelé JLD ou non n'importe pas. En revanche, les compétences du juge sont loin d'être indifférentes.

II. L'attention aux compétences du JLD

Puisque le JLD existe, il faut qu'il joue un rôle réellement effectif. C'est en ce sens que les jurisprudences constitutionnelle et européennes le font évoluer : elles contraignent le législateur (A) et le juge (B) à tirer les conséquences de l'existence du JLD afin qu'il ne soit pas un juge fantôme.

A) Les évolutions législatives

La multiplication des interventions du juge constitutionnel depuis la création de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) oblige le législateur à prendre en compte très rapidement les exigences constitutionnelles posées, parfois à contrecœur³⁶.

En premier lieu, le contentieux de l'hospitalisation psychiatrique, de l'isolement et de la contention constitue une bonne illustration du façonnage des compétences du JLD en considération de la jurisprudence constitutionnelle. Le Conseil constitutionnel a en effet rendu de nombreuses décisions dans ce domaine. Conformément à sa jurisprudence, lors d'une privation de liberté, le juge judiciaire doit intervenir dans le plus court délai possible, ce délai variant selon le type de mesure, d'une part, et exercer un contrôle tout au long de la privation de liberté³⁷, d'autre part. En outre, les mesures d'isolement et de contention doivent également être soumises à un contrôle du juge judiciaire³⁸. À ces décisions du Conseil s'ajoute l'intervention de la CEDH jugeant que la personne hospitalisée sans consentement est privée d'un recours juridictionnel effectif si elle obtient l'annulation des décisions relatives à son hospitalisation sans pour autant être remise en liberté³⁹. Le législateur réagit par à-coups, sans nécessairement prendre le temps de procéder à une refonte d'ensemble. Pour preuve, la dernière modification destinée à prendre en compte les exigences constitutionnelles relatives à l'isolement et à la contention résulte de la loi n° 2022-46 du 22 janvier 2022 renforçant les outils de gestion de la crise sanitaire et modifiant le Code de la santé publique⁴⁰ : c'est donc dans une loi de lutte contre l'épidémie de covid-19 qu'est affirmée la nécessité pour le JLD

³⁵ Thomas HERRAN, *op. cit.* Pour la décision d'enquête européenne, en revanche, il n'est pas nécessaire que l'autorité d'émission soit indépendante du pouvoir exécutif : CJUE [GC], 8 décembre 2020, n° C-584/19. S'agissant du mandat d'arrêt européen, les exigences de la CJUE doivent être relativisées, s'agissant du parquet français : CJUE, aff. jointes, n° C-566/19, C-626/19 PPU et C-627/19 : « *en France, les magistrats du parquet disposent du pouvoir d'apprécier de manière indépendante, notamment par rapport au pouvoir exécutif, la nécessité et le caractère proportionné de l'émission d'un mandat d'arrêt européen et exercent ce pouvoir de manière objective, en prenant en compte tous les éléments à charge et à décharge* ».

³⁶ V. Guy LEFRAND, *Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi relatif aux droits et protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leurs prises en charge*, 21 juin 2011, n° 3546, p. 5 : « *Le Parlement est aujourd'hui contraint de légiférer sous la pression du juge constitutionnel sans disposer d'aucun délai de réflexion. Il est regrettable que les parlementaires soient placés dans cette situation, préjudiciable au bon fonctionnement de nos institutions* ».

³⁷ C. const., 26 novembre 2010, n° 2010-71 QPC ; c. const., 9 juin 2011, n° 2011-135/140 QPC ; c. const., 6 octobre 2011, n° 2011-174 QPC ; c. const., 21 octobre 2011, n° 2011-185 QPC ; c. const., 2 décembre 2011, n° 2011-202 QPC.

³⁸ C. const., 19 juin 2020, n° 2020-844 QPC ; c. const., 4 juin 2021, n° 2021-912/913/914 QPC.

³⁹ CEDH, 18 novembre 2010, *Baudoin c./ France*, n° 35935/03.

⁴⁰ Salomé PAPILLON, « [Isolement et contention : le rôle du juge des libertés et de la détention depuis la loi du 22 janvier 2022](#) », *RDSS*, 2022, p. 693.

d'intervenir pour contrôler les mesures d'isolement et de contention⁴¹. Le nouveau rôle du JLD qui « *contribuera progressivement à faire reculer les pratiques routinières d'isolement et de contention au sein d'institutions psychiatriques encore très imprégnées d'un habitus sécuritaire* »⁴², est donc nettement dessiné par le Conseil constitutionnel et relayé par le législateur.

La notification du droit de se taire constitue, en second lieu, une autre illustration du développement, encore en construction, du droit de se taire, en général, devant le JLD, en particulier, sous l'influence des jurisprudences européennes et constitutionnelle. C'est d'abord sur le fondement de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme que la Cour de cassation avait refusé de renvoyer au Conseil constitutionnel une QPC relative à l'absence de notification du droit au silence par la chambre de l'instruction, en jugeant qu'« *il se déduit de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme que la personne qui comparaît devant la chambre de l'instruction, saisie de l'appel formé contre l'ordonnance du juge d'instruction la renvoyant devant une cour d'assises, doit être informée de son droit, au cours des débats, de faire des déclarations, de répondre aux questions qui lui sont posées ou de se taire ; que la méconnaissance de l'obligation d'informer l'intéressé du droit de se taire lui fait nécessairement grief* »⁴³. La Convention européenne faisait ainsi « écran » à la QPC⁴⁴. Le Conseil constitutionnel a eu ensuite à connaître de différentes QPC relatives à cette notification du droit de se taire, en raison de la prise en compte par la Cour de cassation de la précision apportée par le Conseil sur l'appréciation du caractère sérieux d'une QPC⁴⁵. Trois de ces QPC concernaient spécifiquement l'absence de notification du droit de se taire devant le JLD⁴⁶. Dans les trois décisions, le Conseil constitutionnel tient un raisonnement similaire. Il constate dans un premier temps que le JLD, alors même qu'il ne statue que sur la détention provisoire, le contrôle judiciaire ou l'assignation à résidence sous surveillance électronique, est amené à apprécier les faits qui sont reprochés au prévenu : la mesure de sûreté présentencielle est intrinsèquement liée aux charges pesant contre l'intéressé. Dans un deuxième temps, le Conseil relève que la personne est, dans ces différentes hypothèses, invitée à présenter ses observations : or, d'une part, elle peut, à cette occasion, être amenée à reconnaître les faits qui lui sont reprochés ; d'autre part, « *le fait même que ce magistrat invite la personne mise en examen à présenter ses observations peut être de nature à lui laisser croire qu'elle ne dispose pas du droit de se taire* ». Dans un troisième temps, déterminant, le Conseil note que ce qui se dit devant le JLD ne reste pas devant le JLD : les observations du prévenu ou du mis en examen peuvent être portées à la connaissance de la juridiction de jugement. Le rôle du JLD est donc bien mis en lumière par le Conseil constitutionnel, qui contraint ainsi le législateur à en tirer les conséquences : le JLD ne doit pas être uniquement vu comme le juge ponctuel de l'opportunité d'une mesure de sûreté. La procédure suivie devant lui est un élément de la procédure, à laquelle les parties et la juridiction de jugement ont accès. La personne poursuivie doit donc être informée de cette place particulière du JLD qui s'inscrit dans un processus judiciaire plus large. Suite aux inconstitutionnalités constatées, le législateur a modifié les articles 145, 394 et 395 du Code de procédure pénale pour prévoir expressément la notification du droit de se taire⁴⁷.

⁴¹ C. santé publ., art. L. 3222-5-1.

⁴² Paul VERON, « [Réforme de l'isolement-contention en psychiatrie : quelles évolutions ?](#) », *JCP G*, 2022, act. 311.

⁴³ Crim., 14 mai 2019, n° [19-81.408](#).

⁴⁴ Selon l'expression de François FOURMENT in *Gazette du Palais*, 3 septembre 2019, n° 20, p. [57](#).

⁴⁵ C. const., 2 octobre 2020, n° [2020-858/859](#) QPC : « *le juge appelé à se prononcer sur le caractère sérieux d'une question prioritaire de constitutionnalité ne peut, pour réfuter ce caractère sérieux, se fonder sur l'interprétation de la disposition législative contestée qu'impose sa conformité aux engagements internationaux de la France* ».

⁴⁶ C. const., 4 mars 2021, n° [2020-886](#) QPC ; c. const., 30 septembre 2021, n° [2021-934](#) QPC ; c. const., 30 septembre 2021, n° [2021-935](#) QPC.

⁴⁷ Plus généralement, l'article préliminaire du Code de procédure pénale prévoit désormais que « *En matière de crime ou de délit, le droit de se taire sur les faits qui lui sont reprochés est notifié à toute personne suspectée ou poursuivie avant tout recueil de ses observations et avant tout interrogatoire, y compris pour obtenir des renseignements sur sa personnalité ou pour prononcer une mesure de sûreté, lors de sa première présentation devant un service d'enquête, un magistrat, une*

Le rôle du JLD a donc bien été modelé, d'abord par l'application de la CEDH par la Cour de cassation, puis par le contrôle de constitutionnalité réalisé par le Conseil constitutionnel. La CJUE sera quant à elle amenée à se prononcer prochainement, non sur le rôle spécifique du JLD, mais sur l'impossibilité pour la juridiction de jugement de relever d'office l'absence de notification du droit de se taire au moment de l'arrestation⁴⁸. Le cas échéant, le rôle du JLD pourrait être amené à évoluer puisque la question de l'opportunité de lui confier un pouvoir de contrôler la régularité de la procédure, à l'image de l'article 802-2 du Code de procédure pénale pour les perquisitions, pourrait alors se poser.

B) Les évolutions jurisprudentielles

L'évolution du rôle du JLD est enfin marquée par la prise en compte par la Cour de cassation des exigences supra-législatives. En ce qui concerne les exigences constitutionnelles, l'évaluation du caractère sérieux des QPC est la première étape permettant au Conseil constitutionnel d'apprécier à son tour les modalités d'intervention du JLD, avec les conséquences étudiées précédemment. En ce qui concerne les exigences européennes, la Cour de cassation a développé une jurisprudence fondée sur ces normes pour préciser l'office du JLD.

Dans deux arrêts du 23 novembre 2016, au visa de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, la chambre criminelle de la Cour de cassation a jugé que « *l'ordonnance du juge des libertés et de la détention décidant, sur requête du procureur de la République à l'occasion d'une enquête préliminaire, que les opérations prévues par le premier de ces textes seront effectuées sans l'assentiment de la personne chez qui elles ont lieu, doit être motivée au regard des éléments de fait et de droit justifiant de leur nécessité ; que cette exigence d'une motivation adaptée et circonstanciée s'impose au regard des droits protégés par la Convention européenne des droits de l'homme et en tenant compte de l'évolution du statut et du rôle juridictionnel du juge des libertés et de la détention voulue par le législateur ; que cette motivation constitue une garantie essentielle contre le risque d'une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée de la personne concernée et doit permettre au justiciable de connaître les raisons précises pour lesquelles ces opérations ont été autorisées* »⁴⁹. Cette référence à la Convention européenne fonde le revirement de la Cour de cassation⁵⁰ et accentue encore l'évolution du rôle du JLD.

De manière plus spectaculaire, c'est sur le fondement de l'arrêt *J. M. B. et autres contre France* rendu par la Cour européenne le 30 janvier 2020⁵¹ que la Cour de cassation a créé *ex nihilo* un recours en cessation de l'indignité des conditions de détention dans deux arrêts du 8 juillet 2020, en relevant, notamment, que « *le juge judiciaire a l'obligation de garantir à la personne placée dans des conditions indignes de détention un recours préventif et effectif permettant d'empêcher la continuation de la violation de l'article 3 de la Convention* ». La référence à la Convention européenne et à l'arrêt *J. M. B. et autres contre France* est d'autant plus remarquable que la Cour de cassation aurait pu juger depuis longtemps que l'indignité des conditions de détention pouvait constituer un obstacle au placement en détention provisoire, au maintien ou à la prolongation de cette mesure. Il lui aurait suffi de se fonder

juridiction ou toute personne ou tout service mandaté par l'autorité judiciaire. Aucune condamnation ne peut être prononcée sur le seul fondement de déclarations faites sans que ledit droit ait été notifié ».

⁴⁸ CJUE, *K.B et F.S.* (Relevé d'office dans le domaine pénal), n° [C-660/21](#).

⁴⁹ Crim., 23 novembre 2016, nos [15-83.649](#) et [16-83.649](#) : *AJ Pénal*, 2017, p. [76](#), notre note. V. également Ali HAROUNE, « [Le juge des libertés et de la détention : un magistrat qui sort de l'ombre](#) », *Les Cahiers de la justice*, 2019, p. 169.

⁵⁰ Elle estimait auparavant « *qu'aucune disposition légale ne fait obstacle à ce que l'ordonnance du juge des libertés et de la détention se réfère expressément à la requête présentée par le procureur de la République aux fins de perquisition, en application de l'article 76, alinéa 4, du code de procédure pénale, lorsque celle-ci comporte toutes les indications exigées par ce texte à peine de nullité* » (Crim., 6 mars 2013, n° [12-87.810](#) : *Recueil Dalloz*, 2013, p. [1993](#), obs. Jean PRADEL).

⁵¹ CEDH, 30 janvier 2020, *J. M. B. et a. c./ France*, n° [9671/15](#).

sur l'article préliminaire du Code de procédure pénale, aux termes duquel les mesures de contrainte « *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* ». La norme et la jurisprudence européennes viennent ici justifier une création prétorienne, que le législateur a par la suite recopiée à l'article 803-8 du Code de procédure pénale en faisant du JLD le juge de l'indignité des conditions de la détention provisoire.

Pour autant, et fort heureusement, la Cour de cassation n'a pas recours à cet alibi européen trop souvent pour fonder d'importantes évolutions bien mieux assises par une intervention législative. Ainsi, dans ses arrêts du 12 juillet 2022⁵², elle n'est pas allée jusqu'à confier au JLD la question de l'accès aux données de connexion. On sait que, sur le fondement de l'article 8.3 de la Charte des droits fondamentaux, la CJUE exige que l'accès aux données de connexion au cours d'une procédure pénale soit autorisé par une autorité indépendante. Alors que dans ses arrêts du 12 juillet la Cour de cassation a précisé que le juge d'instruction était une autorité indépendante au sens du droit de l'Union, elle n'a pas sauté le pas qui aurait consisté à confier l'autorisation d'accès au JLD. Mais c'est au législateur qu'il reviendra de choisir l'autorité la plus à même de délivrer l'autorisation d'accéder à ces données : il pourrait s'agir du JLD, mais une autorité administrative comme l'Arcom ou la CNIL présenterait des garanties équivalentes. Le silence de la Cour de cassation dans le cadre des données de connexion laisse au législateur le soin de déterminer s'il convient de faire évoluer encore davantage le rôle du JLD. En tout état de cause, il faut espérer que le rôle de ce juge se stabilise enfin : les exigences supra-législatives pourraient bien permettre de le faire accéder à la maturité.

⁵² Crim., 12 juillet 2022, nos [21-83.710](#), [21-83.710](#), [21-84.096](#) et [20-86.652](#).

LE JUGE DES LIBERTÉS ET DE LA DÉTENTION, INSTITUTION EN CRISE

Par

Frédéric NGUYEN

Magistrat

Premier vice-président, chargé des fonctions de juge des libertés et de la détention au tribunal judiciaire de Paris

« *Le malaise actuel tient moins à l'indifférence du législateur qu'à l'accumulation de réformes ponctuelles, partielles, ajoutant toujours de nouvelles formalités, de nouvelles règles techniques qui ne s'accompagnent ni des moyens adéquats ni d'une réflexion d'ensemble sur la cohérence du système pénal. C'est ce rapiécage, parfois même ce bégalement législatif, qui paraît irréaliste et néfaste* »¹. Ainsi se désolait, dès 1991, la commission Justice pénale et droits de l'Homme, présidée par Mireille DELMAS-MARTY, sur le travail législatif en matière pénale.

Rien n'a changé trente-et-un ans après, à tel point que des magistrats constatent avec un soulagement non feint que la « sobriété législative », à laquelle l'absence de majorité absolue à la Chambre basse contraint les pouvoirs publics, impose de « *devoir faire moins, au grand bonheur du droit* »² et, peut-on ajouter, de la magistrature en son entier.

Les réformes successives depuis vingt ans concernant la fonction de juge des libertés et de la détention illustrent de façon tristement exemplaire le mode hexagonal d'élaboration des lois par les autorités publiques.

Le juge des libertés et de la détention a été institué le 15 juin 2000³. À peine entré en fonction, ce magistrat se voyait attribuer des prérogatives dans des domaines aussi divers que le recueil des témoignages anonymes⁴, les interceptions téléphoniques⁵, la sonorisation et la captation d'images⁶. Mais, si le législateur se cantonnait dans un premier temps aux attributions pénales, il allait élargir, par les lois du 20 novembre 2007⁷ et du 16 juin 2011⁸, les fonctions du juge des libertés et de la détention au contentieux des étrangers placés en zone d'attente ou en centre de rétention, alors qu'il était jusque-là attribué à tous les juges du siège d'un tribunal.

Il continuait à multiplier les attributions pénales telles que les mesures de sûreté⁹, la préservation des données informatiques¹⁰, la rectification ou l'effacement de fichiers judiciaires¹¹, les perquisitions et

¹ Commission Justice et droits de l'Homme, « [La mise en état des affaires pénales](#) », *La Documentation française*, 1991, p. 232.

² Jean-Rémi COSTA, Alexandre STOBINSKY, « [La paralysie de l'Assemblée nationale est une aubaine pour le droit pénal](#) », *Le Monde*, 8 août 2022.

³ Loi n° [2000-516](#) du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes.

⁴ Loi n° [2002-1138](#) du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice.

⁵ Loi n° [2004-204](#) du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

⁶ Loi n° [2005-1549](#) du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales.

⁷ Loi n° [2007-1631](#) du 20 novembre 2007 relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile.

⁸ Loi n° [2011-672](#) du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité.

⁹ 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.

¹⁰ Loi n° [2004-204](#) du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, art. 80.

¹¹ Loi n° [2010-242](#) du 10 mars 2010 tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale.

saisies en cours d'enquête et les mesures conservatoires¹², les saisies et confiscations hors perquisition¹³, la garde à vue¹⁴.

Il poursuivait la constitution de cet inventaire à la PREVERT par les lois du 5 juillet 2011¹⁵ et du 27 septembre 2013¹⁶ relatives aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge, contentieux dont le contrôle de cassation relève de la première chambre civile de la Cour.

Sans discontinuer, il allait lui attribuer les autorisations d'utilisation des IMSI-catcher¹⁷, et confier les autorisations de visite domiciliaire et d'exploitation des données en matière de lutte antiterroriste au juge des libertés de la détention de Paris¹⁸.

L'anniversaire des vingt ans de création du juge des libertés et de la détention aurait dû être l'occasion pour les pouvoirs publics de redéfinir la fonction et les missions de cette institution avec méthode et rigueur¹⁹. Malheureusement, ils persévèrent dans une démarche qui n'apparaît pas seulement erratique, mais contraire à des règles institutionnelles et procédurales élémentaires (I, II, III). Pour ajouter à la déstabilisation de la fonction, au niveau européen, législateur et juge ne sont pas en reste (IV, V).

I. L'extension de la compétence du juge des libertés et de la détention à la matière sanitaire

Dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, la loi du 11 mai 2020 a autorisé le Premier ministre à prendre par décret, afin de garantir la santé publique, des mesures ayant pour objet la mise en quarantaine des personnes susceptibles d'être infectées par la Covid-19 ainsi que des mesures de placement et de maintien en isolement à leur domicile ou dans tout autre lieu d'hébergement adapté des personnes atteintes²⁰.

Au regard des principes de séparation des autorités administratives et judiciaires, il apparaissait que de telles mesures étaient des décisions constituant l'exercice de prérogatives de puissance publique. Selon une jurisprudence établie du Conseil constitutionnel, le contentieux de l'annulation et de la réformation des décisions des autorités publiques relève exclusivement de la juridiction administrative pour autant que ne sont pas en cause « *des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire* »²¹. Pour ce faire, le juge constitutionnel distingue les mesures restrictives de liberté (affectant la seule liberté d'aller et de venir) des mesures privatives de liberté qui mettent en cause la liberté individuelle et qui, seules, justifient l'intervention du juge judiciaire²².

¹² Loi n° [2010-768](#) du 9 juillet 2010 visant à faciliter la saisie et la confiscation en matière pénale.

¹³ Loi n° [2011-267](#) du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure.

¹⁴ Loi n° [2011-392](#) du 14 avril 2011 relative à la garde à vue.

¹⁵ Loi n° [2011-803](#) du 5 juillet 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge.

¹⁶ Loi n° [2013-869](#) du 27 septembre 2013 modifiant certaines dispositions issues de la loi n° 2011-803 du 5 juillet 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge.

¹⁷ Loi n° [2016-731](#), du 3 juin 2016, renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale ; loi n° [2019-222](#), du 23 mars 2019, de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

¹⁸ Loi n° [2017-1510](#) du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme.

¹⁹ F. NGUYEN, « [Le juge des libertés et de la détention : à la recherche du sens perdu](#) », *Lexbase Pénal*, n° 28, 18 juin 2020.

²⁰ Loi n° [2020-546](#) du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions, art. 3.

²¹ C. const., 23 janvier 1987, n° [86-224](#) DC.

²² C. const., 28 juillet 1989, n° [89-261](#) DC.

En l'espèce, les mesures de mise en quarantaine, de placement et de maintien en isolement ne constituaient une privation de liberté qu'en cas d'interdiction de toute sortie ou lorsqu'il était imposé à l'intéressé de demeurer à son domicile ou dans son lieu d'hébergement pendant une plage horaire de plus de douze heures par jour, selon l'appréciation du Conseil constitutionnel dans sa décision du 11 mai 2020²³. Le dispositif mêlait ainsi des mesures privatives de liberté et des mesures restrictives de liberté. Le législateur confiait au juge judiciaire le contentieux des recours des personnes mises en quarantaine ou ayant fait l'objet de mesures de placement et de maintien en isolement. Mais aucune disposition législative ne précisait la nature et la portée du contrôle juridictionnel, sinon que les mesures générales et individuelles prises par le préfet devaient être strictement nécessaires et proportionnées aux risques sanitaires encourus et appropriées aux circonstances de temps et de lieu, ce qui laissait comprendre que le contrôle du juge des libertés et de la détention ne pouvait être qu'un contrôle de proportionnalité et non un contrôle de légalité.

C'est sans doute pour cette raison que le préfet de police de Paris prenait, entre le mois de mai et le mois de décembre 2021, des arrêtés de placement en quarantaine ou de placement et maintien en isolement, en mentionnant que les voies de recours seraient exercées devant la juridiction administrative. Ce faisant, le préfet distinguait ce qui relevait de la compétence du juge administratif, c'est-à-dire la contestation de la légalité de la mesure réglementaire ou individuelle et ce qui relevait de la compétence du juge judiciaire, à savoir l'examen de la nécessité et de la proportionnalité de la mesure individuelle contestée. Suppléant la carence législative, il mettait en œuvre des règles reconnues en matière de compétence des juges administratif et judiciaire.

Pourtant, saisi en référé, le tribunal administratif de Paris jugeait le 25 mai 2021 que « *les contestations des mesures individuelles de mise en quarantaine ne peuvent être portées que devant le juge des libertés et de la détention* »²⁴. Nonobstant « *la mention erronée figurant sur l'arrêté préfectoral s'agissant des voies de recours* »²⁵, le juge administratif se déclarait donc incompetent.

Les juges des libertés et de la détention furent donc contraints de connaître de la légalité et de l'opportunité des mesures administratives prises par les préfets sur l'ensemble du territoire national. On ne peut douter que le choix du législateur et l'empressement de la juridiction administrative à ne pas connaître du contentieux de la légalité avaient pour seul motif l'opportunité de faire appel à un juge taillable et corvéable, pouvant être saisi à tout moment, de jour et de nuit, et devant statuer dans de très brefs délais. Il restait que le choix de la facilité en désignant le juge des libertés et de la détention pour connaître de ce contentieux était fait en dépit de règles constitutionnelles et institutionnelles établies.

II. Les perquisitions effectuées par le juge des libertés et de la détention dans le cadre des procédures fiscales

Aux termes des dispositions de l'article 56-1 du Code de procédure pénale, le contentieux des oppositions à saisies effectuées lors des perquisitions en cabinets d'avocats ou à leur domicile relevait, dans la rédaction issue de la loi du 12 décembre 2005, de la compétence du juge des libertés et de la détention. Le juge des libertés et de la détention intervenait ainsi dans un cadre précis de procédure pénale, la perquisition étant effectuée soit par un procureur, soit par un juge d'instruction en présence du bâtonnier. Ce dispositif protecteur n'était pas applicable aux codes spéciaux, notamment dans le cadre de l'article L. 16 B du livre des procédures fiscales, bien qu'à titre d'usage les services fiscaux

²³ C. const., 11 mai 2020, n° [2020-800](#) DC.

²⁴ TA Paris, juge des référés, 25 mai 2021, ordonnance n° 2110920/9.

²⁵ *Ibid.*

eussent accepté la présence du bâtonnier lors des perquisitions fiscales. L'intervention du bâtonnier était limitée à des réserves au procès-verbal de perquisition, sans recours immédiat devant un juge. Sous l'action du barreau, la loi du 23 mars 2019 ajoutait un dernier alinéa à l'article 56-1 du Code de procédure pénale : « *Les dispositions du présent article sont également applicables aux perquisitions ou visites domiciliaires effectuées, sur le fondement d'autres codes ou de lois spéciales, dans le cabinet d'un avocat ou à son domicile [...]* »²⁶.

Le législateur entendait ainsi légaliser la présence du bâtonnier lors des perquisitions administratives et imposer le contrôle juridictionnel du juge des libertés et de la détention. Mais légiférer sous la pression des lobbies peut présenter des inconvénients majeurs, en l'espèce ne pas percevoir que le juge des libertés et de la détention n'intervenait que parce qu'une procédure pénale était en cours, enquête diligentée par le parquet ou instruction préparatoire menée par le juge d'instruction et que la première phrase de l'article 56-1 débutait par : « *Les perquisitions dans le cabinet d'un avocat ou à son domicile ne peuvent être effectuées que par un magistrat [...]* ».

Or, s'agissant d'une procédure administrative, aucun magistrat – parquetier ou juge d'instruction – n'étant saisi, les rédacteurs du dernier alinéa de l'article 56-1 avaient tout simplement omis de désigner le magistrat en charge de la perquisition, rôle qui allait donc échoir au... juge des libertés et de la détention, dont le statut ne permet pas d'accomplir le moindre acte d'enquête ou d'instruction.

La loi du 22 décembre 2021 allait porter la touche finale à cette anomalie procédurale : « *Les perquisitions dans le cabinet d'un avocat ou à son domicile ne peuvent être effectuées que par un magistrat et en présence du bâtonnier, à la suite d'une décision écrite et motivée prise par le juge des libertés et de la détention* »²⁷. L'interprétation conjointe du ministère de la Justice et du ministère de l'Économie aboutissait à ce qu'un juge des libertés et de la détention devait autoriser un autre juge des libertés et de la détention à procéder à la perquisition, laquelle devait être contrôlée par un troisième juge des libertés et de la détention, ce dispositif étant présumé respecter le principe du juge impartial, malgré l'appartenance des trois magistrats au même service ... Tout ceci dans le cadre d'une procédure purement administrative, hors tout champ de compétence des magistrats de l'ordre judiciaire. On ne sera donc pas autrement surpris qu'une QPC ait été transmise, sur requête d'un avocat et du barreau de Marseille, par la Cour de cassation le 25 octobre 2022 pour trancher une telle difficulté²⁸. Une réforme voulue par le barreau et votée avec son approbation n'a ainsi pas l'heur de lui plaire, sans nul doute parce que le déplorable travail légistique était dans le droit fil de ce qui est fait depuis tant d'années lorsque se pose la question d'ajouter une charge de travail supplémentaire aux magistrats en général et au juge des libertés et de la détention en particulier.

III. La compétence du juge des libertés et de la détention en matière d'isolement et de contention psychiatrique

L'article L. 3222-5-1 du Code de la santé publique dans sa rédaction issue de la loi du 26 janvier 2016 en son article 72 n'avait pas attribué le contrôle des mesures de contention et d'isolement lors des hospitalisations complètes au juge judiciaire²⁹.

²⁶ Loi n° [2019-222](#) du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

²⁷ Loi n° [2021-1729](#) du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire.

²⁸ Crim., 25 octobre 2022, n° [22-83.757](#).

²⁹ Loi n° [2016-41](#) du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé.

La Cour de cassation se prononçait à deux reprises sur la question le 7 novembre 2019³⁰ et le 21 novembre 2019³¹, puis sur saisine pour avis le 3 février 2020³², pour rejeter la compétence du juge judiciaire dans cette matière. Cependant, saisie d'une QPC, par arrêt du 5 mars 2020, la Cour de cassation considérait que la question posée présentait un caractère sérieux en ce que l'atteinte portée à la liberté individuelle par les mesures d'isolement et de contention pourrait être de nature à caractériser une privation de liberté imposant, au regard de l'article 66 de la Constitution, le contrôle systématique du juge judiciaire³³. Dans sa décision du 19 juin 2020, le Conseil constitutionnel concluait à l'inconstitutionnalité de l'article L. 3222-5-1 du Code de la santé publique³⁴. C'est dans ces conditions qu'étaient adoptées de nouvelles dispositions³⁵, lesquelles étaient déclarées inconstitutionnelles le 4 juin 2021 parce que ne soumettant pas « *le maintien à l'isolement ou sous contention au-delà d'une certaine durée à l'intervention systématique du juge judiciaire, conformément aux exigences de l'article 66 de la Constitution* »³⁶. Le législateur était contraint de revoir sa copie.

La loi du 22 janvier 2022³⁷ et le décret d'application du 23 mars 2022³⁸ définissent dorénavant les conditions de contrôle par le juge des libertés et de la détention des mesures d'isolement et de contention.

Sans même entrer dans la considération de l'augmentation invraisemblable de la charge de travail³⁹, il n'est pas indifférent de souligner que le corps médical dans son ensemble et les juges des libertés et de la détention ont observé, avec effarement, depuis deux décennies, le juge européen, le juge constitutionnel, le législateur et les pouvoirs publics ne pas envisager un seul instant que la judiciarisation du contrôle des soins sans consentement devait relever d'abord et avant tout d'un contentieux de la protection de personnes vulnérables. Aborder la question des soins psychiatriques sans consentement sous le seul angle de la privation de liberté aboutit à l'aberration juridictionnelle actuelle : un magistrat spécialisé en procédure pénale, connaissant habituellement des crimes et délits les plus graves, de la criminalité organisée et, à Paris, du contentieux antiterroriste, doit quotidiennement contrôler la légalité et l'opportunité des décisions médicales que sont l'isolement et la contention en hôpital psychiatrique.

Sans aller jusqu'à adopter le système italien de prise en charge de la maladie mentale⁴⁰ dont l'évaluation par l'Organisation mondiale de la Santé a abouti à des conclusions non seulement encourageantes, mais élogieuses⁴¹, il eût été tellement plus honorable pour l'ensemble de la société

³⁰ Civ., 1^{ère}, 7 novembre 2019, n° [19-18.262](#).

³¹ Civ., 1^{ère}, 21 novembre 2019, n° [19-20.513](#).

³² Cass., saisie pour avis, 3 février 2020, n° [19-70.020](#).

³³ Civ., 1^{ère}, 5 mars 2020, n° [19-40.039](#).

³⁴ C. const., 19 juin 2020, n° [2020-844](#) QPC.

³⁵ Loi n° [2020-1576](#) du 14 décembre 2020 de financement de la sécurité sociale pour 2021, art. 84.

³⁶ C. const., 4 juin 2021, n°s [2021-912/913/914](#) QPC.

³⁷ Loi n° [2022-46](#) du 22 janvier 2022 renforçant les outils de gestion de la crise sanitaire et modifiant le Code de la santé publique.

³⁸ Décret n° [2022-419](#) du 23 mars 2022 modifiant la procédure applicable devant le juge des libertés et de la détention en matière d'isolement et de contention mis en œuvre dans le cadre de soins psychiatriques sans consentement.

³⁹ Sur le ressort du GHU de Paris, 2400 mesures d'isolement dépassant les quarante-huit heures ont été mises en œuvre en 2020, 613 mesures de contention dépassant les vingt-quatre heures ont été prises.

⁴⁰ Suppression des asiles et hôpitaux psychiatriques, création d'un service national de santé s'appuyant sur des services psychiatriques communautaires fonctionnant en réseau sur l'ensemble du pays, création d'unités ne pouvant excéder plus de quinze lits dans les hôpitaux généraux en cas de nécessité d'hospitalisation, admission non volontaire reposant sur des critères excluant la dangerosité : intervention d'urgence nécessaire, refus de traitement du patient, traitement communautaire alternatif impossible, sous le contrôle du juge des tutelles.

⁴¹ Loi [180](#) ou loi BASAGLIA du 13 mai 1978 ; LORENZO BURTI, « [La réforme italienne, 18 ans après : historique, implantations et conséquences](#) », *Santé mentale au Québec*, 1997, 22 (2), p. 71-87 ; RENATO PICCIONE, *Il futuro dei servizi di salute mentale in Italia : significato e prospettive del sistema italiano di promozione e protezione della salute mentale*, Franco Angeli, 2004, p. 54 et s.

et convenable pour les patients et leurs familles de considérer que le contrôle juridictionnel des soins sans consentement devait relever du juge des tutelles, justement dénommé aujourd'hui *juge des contentieux de la protection*. Assister à des audiences foraines tenues au sein des hôpitaux psychiatriques permet à quiconque de constater que la grande majorité des patients a le statut d'adulte handicapé et relève d'une mesure de protection et que leur juge naturel est le juge des contentieux de la protection.

Nombre de psychiatres invitent leurs interlocuteurs judiciaires à lire les débats parlementaires ayant présidé au vote de la loi du 30 juin 1838 sur les aliénés et à comparer la qualité de la réflexion et la hauteur de vue dont avaient fait preuve les parlementaires d'antan avec la teneur des débats ayant précédé le vote des lois du 5 juillet 2011 et du 27 septembre 2013. Les débats parlementaires préalables à la loi de 1838, essentiellement de janvier 1837 à juin 1838, vont se dérouler pendant dix-huit mois de séance, après une demi-douzaine de projets successifs et de multiples navettes entre la Chambre des députés et la Chambre des pairs alors qu'étaient consultés les grands aliénistes du moment, FERRUS, FALRET, ESQUIROL⁴². Les plus de 950 pages de débats démontrent la richesse remarquable d'une loi qui allait traverser sans encombre le XIX^{ème} et le XX^{ème} siècles, la Monarchie de Juillet, la Seconde République, le Second Empire, la Troisième République, la Quatrième République et la Cinquième République jusqu'à la loi Évin du 27 juin 1990⁴³. La comparaison entre les législateurs de 1838 et de 2011-2013, qu'il s'agisse des travaux parlementaires ou du contenu des lois, est édifiante et fort peu flatteuse pour ce dernier et donne à comprendre pourquoi juges et psychiatres se trouvent aujourd'hui dans une situation de crise profonde.

IV. Le contrôle du principe de spécialité par le juge des libertés et de la détention

Le mandat d'arrêt européen constitue la première concrétisation du principe de reconnaissance mutuelle des décisions pénales, dont le Conseil européen des 15 et 16 octobre 1999 a décidé de faire la « *pierre angulaire* » de la coopération judiciaire entre les États membres de l'Union européenne⁴⁴.

Le mandat d'arrêt européen est codifié en droit interne aux articles 695-11 et suivants du Code de procédure pénale. Il est « *une décision judiciaire émise par un État membre de l'Union européenne, appelé État membre d'émission, en vue de l'arrestation et de la remise par un autre État membre, appelé État membre d'exécution, d'une personne recherchée pour l'exercice de poursuites pénales ou pour l'exécution d'une peine ou d'une mesure de sûreté privative de liberté* »⁴⁵.

Selon le principe de spécialité, une personne qui a été remise ne peut être poursuivie, condamnée ou privée de liberté pour une infraction commise avant sa remise autre que celle qui a motivé cette dernière. Ce principe est prévu aux articles 27 et 28 de la décision-cadre du 13 juin 2002 et transposé aux articles 695-18 et 695-21 du Code de procédure pénale. L'article 695-18 du Code de procédure pénale énonce le principe et en détermine les exceptions, en particulier les cas où la personne poursuivie a renoncé expressément au principe, en même temps qu'elle a consenti à la remise, ou postérieurement. L'article 695-19 du Code de procédure pénale énumère, de façon limitative, les seules juridictions en charge du recueil de la renonciation au principe de spécialité après la remise : juridictions d'instruction, de jugement et d'application des peines. Par conséquent, au terme de la législation européenne et de la loi française déclinée, le juge des libertés et de la détention ne fait pas

⁴² Claude QUETEL, « Présentation » in *La loi de 1838 sur les aliénés, vol. 1, L'élaboration : Ferrus, Falret, Esquirol, Faivre, Frénésie*, 1988, 172 p. ; *La loi de 1838 sur les aliénés, vol. 2, L'application*, Frénésie, 1988, 139 p.

⁴³ 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.

⁴⁴ Conseil européen de Tampere, 15 et 16 octobre 1999, [Conclusions de la présidence](#), § 33.

⁴⁵ Décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002, n° [2002/584/JAI](#), art 1^{er} ; c. pr. pén., art. 695-11.

partie des autorités judiciaires en charge de l'application et du contrôle du principe de spécialité et, en particulier, du recueil de la renonciation à ce principe.

La Cour de justice de l'Union européenne, saisie par la Finlande d'une question préjudicielle, a précisé le 1^{er} décembre 2008 les conditions de mise en œuvre du principe en énonçant qu' « *il importe de vérifier si les éléments constitutifs de l'infraction, selon la description légale qui est faite de cette dernière dans l'État membre d'émission, sont ceux pour lesquels la personne a été remise et s'il existe des correspondances suffisantes entre les données figurant dans le mandat d'arrêt et celles mentionnées dans l'acte de procédure ultérieur* »⁴⁶. En l'espèce, cette vérification en deux temps du respect du principe de spécialité incombait au Helsingin käräjäoikeus (tribunal de première instance d'Helsinki), soit une juridiction de jugement.

S'agissant de l'obligation pour une juridiction d'application des peines de veiller au respect du principe de spécialité, la Cour de cassation a tranché par décision du 17 juin 2020, au visa de l'article 695-18 du Code de procédure pénale, étant observé qu'aucune autorité de poursuite ou de jugement n'était plus compétente après elle pour exercer ce contrôle⁴⁷.

Lorsqu'une instruction préparatoire est ouverte, c'est à la juridiction d'instruction qu'il appartient, sous le contrôle de la juridiction d'appel, de vérifier si les préventions visées dans le mandat d'arrêt européen sont celles pour lesquelles la personne a été remise et s'il existe des correspondances suffisantes entre les données figurant dans le mandat d'arrêt et celles mentionnées dans l'acte de procédure ultérieur. C'est dans le cadre de l'interrogatoire de première comparution que le débat sur les chefs de mise en examen va se dérouler, à l'issue duquel le magistrat instructeur va notifier les termes de la mise en examen, en faisant application du principe de spécialité.

Dans l'arrêt rendu le 5 octobre 2021⁴⁸, confirmé ultérieurement le 8 décembre 2021⁴⁹, la Cour de cassation a décidé qu'« *une personne remise à la France en exécution d'un mandat d'arrêt européen et qui n'a pas renoncé au principe de spécialité ne peut faire l'objet d'une mesure de détention provisoire pour une infraction autre que celle qui a motivé sa remise, avant que son consentement ait été obtenu, sauf si cette mesure privative de liberté est légalement justifiée par les autres chefs d'accusation figurant dans le mandat d'arrêt européen. Dès lors, en cas de contestation soulevée devant elle sur ce point, il appartient à la chambre de l'instruction de s'assurer du respect du principe de spécialité, tel qu'interprété par la Cour de justice de l'Union européenne* ». Le paragraphe 13 de cette première décision, en visant l'article 194 alinéa 4 du Code, ajoute que ce contrôle de la chambre de l'instruction a lieu dans le cadre du contentieux de la détention.

La Cour de cassation a étendu cette jurisprudence le 12 avril⁵⁰ et le 28 juin 2022⁵¹ aux mandats d'arrêts internationaux et a même précisé le rôle qui, selon elle, était dévolu au juge des libertés et de la détention : « *Une personne remise à la France à la suite d'une procédure d'extradition et qui n'a pas renoncé au principe de spécialité ne peut faire l'objet d'une mesure de détention provisoire pour un fait quelconque antérieur à la remise et autre que celui ayant motivé cette décision. Lorsqu'une telle personne, qui comparait en vue d'un débat contradictoire sur sa détention provisoire, fait état de l'impossibilité de vérifier le respect du principe susvisé en raison de l'absence, au dossier de la procédure, de la décision de remise des autorités de l'État requis, **il appartient au magistrat saisi de procéder aux vérifications nécessaires, dans la limite des délais qui lui sont impartis pour statuer*** »⁵².

⁴⁶ CJUE, 1^{er} décembre 2008, *Artur Leymann et Aleksei Pustovarov*, [C-388/08](#).

⁴⁷ Crim., 17 juin 2020, n° [19-84791](#).

⁴⁸ Crim., 5 octobre 2021, n° [21-84.194](#).

⁴⁹ Crim., 8 décembre 2021, n° [21-85.551](#).

⁵⁰ Crim., 12 avril 2022, n° [22-80.284](#).

⁵¹ Crim., 28 juin 2022, n° [22-82.630](#).

⁵² *Ibid.*

Or, le juge des libertés et de la détention n'a, en vertu de la loi du 15 juin 2000, pas le moindre pouvoir d'instruction (ni même de « vérifications »), ni le moindre pouvoir d'appréciation ou de censure sur la décision de mise en examen du juge d'instruction dont le contrôle du bien fondé et/ou de la régularité relève, selon les procédures appropriées, de la compétence de la chambre de l'instruction. Il est saisi par ordonnance du juge d'instruction au visa des articles 144 et 145 du Code de procédure pénale, les chefs de mise en examen du juge d'instruction s'imposant à lui de plein droit, et doit statuer sur l'unique objet de sa saisine qui ne concerne que les mesures de sûreté.

La décision-cadre précitée sur le mandat d'arrêt européen n'a, en aucune façon, remis en cause l'organisation juridictionnelle française et, en particulier, la séparation des fonctions entre le juge d'instruction et le juge des libertés et de la détention. Pas plus que la jurisprudence européenne ou la législation française, qui ne confie pas à ce dernier magistrat le contrôle du respect du principe de spécialité, mais au seul juge d'instruction. L'éventuelle violation du principe de spécialité affecte la régularité de la mise en examen prononcée par le juge d'instruction, acte sur lequel le juge des libertés et de la détention n'a aucun pouvoir de contrôle en raison de l'interdiction qui lui est faite de s'immiscer dans les missions et prérogatives du juge d'instruction en vertu du principe de séparation de ces deux fonctions.

C'est très précisément ce sur quoi l'avocat général insistait dans ses conclusions préalables à l'arrêt du 12 avril 2022 : « *le contrôle du respect du principe de spécialité n'entre pas dans les prérogatives du juge des libertés et de la détention* »⁵³.

Le juge des libertés et de la détention se trouve donc dans un singulier état d'insécurité juridique, pris entre une réglementation européenne déclinée de façon approximative par la Cour de cassation, des règles institutionnelles qui lui font interdiction de porter atteinte aux missions et prérogatives du juge d'instruction et des stratégies de défense ayant identifié les failles béantes d'une procédure vétilleuse, marque de fabrique de l'Union européenne en matière judiciaire qui, en dépit de l'objectif affiché de donner aux juges les moyens de lutter contre la criminalité organisée transfrontière, aboutit au résultat exactement inverse.

V. Le juge des libertés et de la détention face au procureur européen

Le bureau du procureur général européen ou parquet européen a été institué par l'article 86 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne⁵⁴. Son rôle, son fonctionnement et sa structure sont détaillés dans le règlement 1939 du Conseil de l'Union européenne du 12 octobre 2017⁵⁵. Il a pour mission de poursuivre les infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union. Le parquet européen fonctionne comme un parquet unique pour les vingt-deux pays de l'Union européenne participant à la coopération renforcée. Il est organisé à un double niveau. L'échelon central à Luxembourg est constitué par le chef du parquet européen et par un procureur européen désigné pour chaque État membre. Son rôle est de superviser les enquêtes et les poursuites dans chaque pays de l'Union et d'assurer une coordination et une approche uniforme dans tous les pays. L'échelon décentralisé est constitué par les procureurs européens délégués situés dans chaque pays de l'Union européenne. Ils ont la charge de mener des enquêtes et des poursuites dans chaque pays, en collaboration avec le personnel national, en appliquant la législation nationale.

⁵³ Conclusions de l'avocat général Pascal LEMOINE sur crim., 12 avril 2022, n° [22-80.284](#).

⁵⁴ Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, 26 octobre 2017, [C-326/47](#).

⁵⁵ Règlement (UE) [2017-1939](#) du Conseil du 12 octobre 2017 mettant en œuvre une coopération renforcée concernant la création du Parquet européen.

La loi du 24 décembre 2020⁵⁶ finalise l'intégration du parquet européen en droit interne et modifie la procédure pénale française de manière totalement inédite, non seulement parce que le procureur européen délégué dispose de pouvoirs d'enquête classique, mais surtout de pouvoirs d'instruction.

Au stade de l'enquête, le procureur européen délégué va diriger les enquêtes sur le terrain en application des règles de procédure pénale ou du Code des douanes et, le cas échéant, saisir le juge des libertés et de la détention de Paris pour obtenir toutes les autorisations requises pour les actes intrusifs et pour requérir un placement en détention provisoire ou une assignation à résidence.

Mais les articles 696-114 et 696-118 du Code de procédure pénale vont beaucoup plus loin et permettent au procureur européen délégué d'exercer les pouvoirs d'un juge d'instruction : mettre en examen un suspect ou lui octroyer le statut de témoin assisté, procéder à des auditions et interrogatoires, délivrer des commissions rogatoires, ordonner des expertises et délivrer certains mandats. Il peut également décider d'un contrôle judiciaire et, à l'issue des investigations, décider de l'action publique. Le juge des libertés et de la détention fait donc face à ce procureur européen, à la fois procureur et juge d'instruction.

Au final, ce dont avait rêvé la commission DELMAS-MARTY il y a trente ans, l'Union européenne l'a fait : supprimer le juge d'instruction et instituer un parquet fonctionnant à l'anglo-saxonne, désigné par le Conseil européen à partir d'une liste établie par un comité de sélection.

La multiplication inconsidérée des missions pénales et civiles (y compris en matière administrative), l'insécurité juridique générée par un millefeuille normatif où les aberrations législatives (article 56-1 du Code de procédure pénale) ou constitutionnelles (isolement et contention psychiatriques) se multiplient. Les incessants revirements jurisprudentiels dus à l'application irénique du droit « souple » de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des directives de l'Union ont fini par mettre en crise profonde une institution qui avait pourtant trouvé sa place dans le paysage judiciaire.

La loi du 15 juin 2000 confiant à un juge du siège le contentieux de la détention n'aurait pas dû le nommer autrement que « juge du contentieux de la détention » ou « juge du contentieux des mesures de sûreté ». Identifier, au sein de la justice, une fonction qualifiée pompeusement de juge des libertés... et de la détention (pour éviter une appellation supposée stigmatisante centrée sur la seule détention) était infondé au plan institutionnel, ne serait-ce que parce que c'est l'autorité judiciaire en son entier qui est gardienne de la liberté individuelle. Elle donnait surtout au législateur une solution simpliste pour résoudre des questions procédurales complexes et commode en utilisant le juge des libertés et de la détention comme le réceptacle de toutes les missions d'urgence que les autres fonctions judiciaires, voire le juge administratif, n'avaient ni la volonté, ni les moyens de prendre en charge.

L'accalmie législative dont l'institution judiciaire pourrait bénéficier jusqu'en 2027 devrait, dans une pratique légistique idéale, être l'occasion de mener une réflexion méthodique, documentée et pluraliste afin de définir avec précision le rôle, les missions et les prérogatives du juge des libertés et de la détention dans le seul champ de la procédure pénale, à l'exclusion de toute compétence civile ou administrative.

⁵⁶ Loi n° [2020-1672](#) du 24 décembre 2020 relative au Parquet européen, à la justice environnementale et à la justice pénale spécialisée.

ENGAGEZ-VOUS ! DEVENEZ JLD !

Par

Hervé MACHI

*Premier vice-président au tribunal judiciaire de Créteil
Magistrat coordonnateur du service des JLD*

Le juge des libertés et de la détention est à la mode. Il n'a même jamais été autant question de lui depuis sa création, il y a 22 ans. De toutes parts, on le cite, on le recherche, on le courtise. Contrôle des décisions de placement en rétention des étrangers, contrôle des mesures de confinement pendant la crise du Covid, contrôle des conditions indignes de détention, contrôle des mesures d'isolement et de contention des personnes hospitalisées sans consentement, réflexions sur le contrôle de l'accès aux données de connexion : rien n'est trop beau, ni trop consistant, pour satisfaire l'appétit supposé insatiable du juge devenu, malgré lui, le Pantagruel des contentieux de la protection des libertés individuelles.

Etonné de tant d'attentions, celui qui était considéré à ses débuts, au mieux, comme un béni-oui-oui, au pire, comme un Terminator¹, en viendrait presque à perdre la raison. Mais pas la tête, ou plutôt, les têtes. Car, de têtes, le JLD en a plusieurs. Incarnation de Protée par excellence, le juge des libertés et de la détention continue sans cesse sa métamorphose au gré des réformes législatives lui ajoutant une protubérance nouvelle à son corpus fonctionnel, au risque d'en faire, pour certains, un Hydre de Lerne judiciaire.

Cette « popularité » inattendue est-elle le témoignage de son installation pérenne dans le paysage judiciaire français ? Traduit-elle la reconnaissance (tant espérée, avouons-le, pour le juge des libertés et de la détention que je suis depuis 8 ans), sinon de son statut, du moins de son utilité sociale ? Ou n'est-elle que la publicité mensongère d'un pis-aller procédural, dont l'empilement des missions cache un déficit de cohérence et d'identité ?

Cette question n'est pas étonnante, car même après 22 ans d'existence, **le JLD reste le magistrat des paradoxes et des contraires. Citons-en quelques-uns :**

- On lui confie l'un des rôles les plus importants de l'avant-procès, celui de laisser en liberté ou de placer en détention provisoire la personne mise en examen, et pourtant, il n'a pas une connaissance approfondie du fond du dossier et ne dispose que d'un temps très court pour appréhender la procédure, devant statuer dans l'urgence ou dans des délais très contraints : **c'est un juge puissant, mais pressé et frustré ;**
- À l'origine du placement en détention, il est privé de toute prérogative – hors conditions indignes – sur le suivi de la mesure qu'il a pourtant lui-même ordonnée : il n'est pas informé en propre des incidents de détention, du régime carcéral, des transfèrements, du déroulement des permis de visite, des rapports du SPIP, des activités du détenu en prison, ni même de sa libération, si elle est décidée par le juge d'instruction, puisqu'il ne sera saisi *subsidièrement* que si ce dernier souhaite la poursuite de la détention ou s'oppose à la demande de mise en liberté : **né de la théorie du double regard, c'est un juge myope dont la vision s'arrête à la porte de la détention ;**
- Voulu comme le protecteur des libertés individuelles et le garant des droits de la défense, il est néanmoins accusé de servir de « caution » à une évolution qui ne cesse de renforcer les pouvoirs du parquet, dans un mouvement général de rapprochement entre enquête

¹ François LEBUR, « [Le juge des libertés et de la détention : béni-oui-oui ou terminator ?](#) », *Gazette du Palais*, 28 juillet 2001, p. 3.

- préliminaire et enquête de flagrance, et se voit reprocher, dans sa pratique, de n'être qu'une « chambre d'enregistrement » des sollicitations du ministère public, ses décisions de refus étant rarissimes devant l'impératif de ne pas entraver l'efficacité des investigations face à de nouvelles formes de criminalités : **attendu comme le Messie, il apparaît comme le Mauvais génie d'une procédure sans cesse plus liberticide, dont il serait à la fois l'alibi et le complice ;**
- Censé être le rempart contre les détentions arbitraires, il ne peut sanctionner lui-même les irrégularités de procédure qui restent de la seule compétence de la chambre de l'instruction ; chargé du contrôle de la décision de placement en rétention des étrangers, son office ne va pas jusqu'à la décision portant obligation de quitter le territoire français, qui en est pourtant à l'origine et que la juridiction administrative peut seule sanctionner ; investi du contrôle des hospitalisations sans consentement, puis de celui des mesures d'isolement ou de contention des patients hospitalisés dans ce cadre, il ne peut se substituer à l'avis des médecins et statue en fonction des seuls éléments fournis par ces derniers : **juge boulimique par ses domaines d'intervention, il est soit limité dans son champ de compétences, soit affaibli dans son pouvoir d'appréciation ;**
 - Le renforcement de sa place statutaire et l'accession à la fonction spécialisée, censés garantir son indépendance et susciter des vocations nouvelles, ont en réalité engendré une crise d'attractivité et un déficit de candidatures chez des magistrats peu convaincus, *mutatis mutandis*, de la cohérence d'ensemble de ses fonctions et peu enclins à devenir, *ipso facto*, le dernier maillon de la chaîne pénale connu pour son activité vespérale : **voici, en définitive, un juge que l'on souhaite parer de ses plus beaux atours, mais qui reste toujours aussi peu séduisant.**

Alors, qui est vraiment le JLD ? À trop vouloir le « charger », voire le changer, a-t-il perdu son identité ? Faut-il (encore) le réformer ? Loin d'être des moutons de Panurge, les JLD eux-mêmes hésitent à se jeter à l'eau et à prendre position. Le débat fait rage au sein de la profession, notamment à l'occasion des États Généraux de la Justice. **Face à la désertion de la fonction, expliquée par certains contempteurs par le mille-feuille bigarré de ses compétences, il est alors proposé de le recentrer sur son ADN originel : les fonctions pénales et le contentieux de la détention provisoire.**

Pardon de le dire avec la franchise d'un JLD de terrain : c'est justement tout ce qu'il ne faut pas faire et l'exemple même de la fausse bonne idée. Résumons ainsi la proposition miracle : puisque l'on rajoute sans cesse des compétences nouvelles au JLD, au risque de brouiller son image et de complexifier son action, la solution est toute simple, il n'y a qu'à le faire éclater ! Faute de dupliquer à l'envi les JLD, par manque de moyens et de ressources, il n'y a qu'à disperser leurs fonctions entre plusieurs juges (façon *puzzle* pour les amateurs de gâchettes faciles). C'est-à-dire, en clair : couper le JLD en deux en confiant ses contentieux civils à des vice-présidents non spécialisés du tribunal, et en laissant au reste de son corps moribond la charge de traiter les questions purement pénales. Ce serait sans doute la réforme de trop. Celle qui le tuerait.

Car ce dont le JLD a besoin, ce n'est pas d'un ersatz de jugement de Salomon, c'est de stabilité ! Comment espérer qu'une fonction puisse prospérer et trouver son chemin, si elle est modifiée tous les « quatre matins » ? D'autres juges de création récente ont-ils connu en aussi peu de temps un si grand nombre de réformes, tant statutaires que fonctionnelles ? **Ce qui est urgent, c'est de cesser de faire du JLD un cobaye de laboratoire judiciaire.** Entendons-nous bien : il n'est pas incongru ni illégitime que l'on s'interroge sur son office et son devenir. Mais ce qu'il faut changer avant tout, ce n'est pas tant le juge lui-même, que les lois qu'il est chargé d'appliquer... **Car après-tout, croit-on vraiment que disperser ses contentieux actuels entre plusieurs acteurs judiciaires va régler le problème de l'inflation législative, réduire la complexité des textes et faciliter leur mise en œuvre ?** Il est d'ailleurs intellectuellement et empiriquement osé de prétendre que confier les contentieux civils du JLD – la rétention des étrangers et les hospitalisations sans consentement –, présentés de manière unanime comme étant les plus techniques et les plus complexes, à des juges non spécialisés, va contribuer à en

améliorer le traitement, alors que par définition, ces contentieux seront, pour ces juges, une fonction accessoire qu'ils n'exerceront que de manière occasionnelle... Or, pour être efficace et performant, chacun le reconnaîtra, il faut être spécialisé !

Prenons l'exemple du contrôle des mesures d'isolement et de contention des personnes hospitalisées sans consentement. À peine votée, à la faveur d'une décision du Conseil Constitutionnel sur question prioritaire de constitutionnalité, la loi du 14 décembre 2020 a été modifiée dès le 22 janvier 2022, sur nouvelle QPC, pour étendre le champ de compétence du JLD, non plus aux seules demandes de mainlevée des mesures par le patient, mais aussi aux requêtes en prolongation de ces mesures déposées par l'hôpital, rendant ainsi les saisines systématiques au-delà d'une certaine durée. Il faut prendre le temps de lire ces deux lois, leurs décrets d'application et les circulaires de présentation, tant du ministère de la Justice que du ministère de la Santé, elles-mêmes pas toujours cohérentes entre elles, pour s'apercevoir de la puissance créatrice infinie du législateur. Et tenter de comprendre une procédure d'une complexité rarement atteinte, enserrée dans des délais de saisine différents selon la nature ou la durée de la mesure, qui érige autant de principes que d'exceptions à ces derniers (cela vaut pour l'audition du patient, l'intervention tantôt obligatoire tantôt facultative de l'avocat, ou la reprise d'une mesure par les médecins après mainlevée judiciaire...), qui impose aux hôpitaux des obligations évolutives d'évaluation du patient et d'information de ses proches et du juge, et enfin, qui oblige ce dernier à une réactivité hors norme (il doit statuer au plus tard dans les 24 heures de sa saisine, et ceci 24 heures sur 24 et 365 jours par an), ce qui n'est pas sans poser des problèmes d'organisation au sein des juridictions, notamment au greffe, particulièrement les fins de semaine et jours fériés. À tel point que la Chancellerie et le ministère de la Santé ont mis en place un comité de suivi national rassemblant acteurs centraux et de terrain, dont votre serviteur, pour tenter de simplifier (sinon d'appliquer) ces dispositions pour le moins picrocholines. Dans l'attente des éventuelles simplifications à venir, à Créteil, ce sont pour l'instant les seuls cinq JLD statutaires qui assurent en continu la gestion de ce contentieux, vacations, week-ends et jours fériés compris, les vice-présidents non spécialisés de la juridiction s'étant du reste opposés, en assemblée générale, à être chargés du contrôle des hospitalisations sans consentement. On les comprend un peu.

Face à des contentieux de plus en plus techniques, et gageons que le mouvement ne s'arrêtera pas là, il n'est pas certain, dans l'intérêt du justiciable comme dans celui d'une bonne administration de la justice, que la panacée soit de *déspecialiser* le JLD civil. Au-delà de la complexité des textes, il faut toute l'expérience d'un juge spécialisé pour appréhender un contentieux comme celui des hospitalisations sans consentement, qui, comme pour le contentieux des mineurs avec le juge des enfants, réclame de l'écoute, du savoir-faire et du temps pour nourrir et faire vivre les relations avec les partenaires de la justice, investissement primordial pour assurer l'application des lois et l'effectivité des décisions de justice.

Car c'est un des aspects attrayants, et trop méconnus, de la fonction de JLD : elle permet d'animer un réseau d'acteurs judiciaires et non judiciaires, ce que ne serait pas à même de faire un juge non spécialisé, faute de temps et de recul sur des fonctions par définition accessoires. Avec ses six hôpitaux psychiatriques, son unité pour malades difficiles (UMD) et son unité hospitalière spécialement aménagée pour détenus (UHSA), le ressort du tribunal judiciaire de Créteil est particulièrement bien loti. Cette concentration aussi importante d'établissements de soins a rendu naturel autant que nécessaire un travail collaboratif avec les acteurs du monde sanitaire et social (médecins, directeurs d'hôpitaux, experts, ARS, préfecture) et le barreau, qui a abouti à la signature de plusieurs conventions de partenariat, permettant une dématérialisation totale de la procédure (de la saisine de l'hôpital à la notification des ordonnances du juge, en passant par la communication des pièces médicales ou les échanges avec les avocats) et une organisation adaptée d'audiences foraines sur site, avec regroupements d'hôpitaux et délais de saisine harmonisés. La mise en œuvre du contrôle des mesures d'isolement et de contention a également justifié de nombreux échanges et réunions de préparation avec les médecins et le personnel administratif des hôpitaux, afin de réduire au maximum

les contraintes pour chacun, tout en permettant une application progressive de la loi dès sa publication. Les attentes de la juridiction ont ainsi pu être précisées et des outils pratiques mis à disposition des hôpitaux, notamment des notes juridiques, des formulaires-types de saisine et une veille téléphonique dans les premiers mois de la réforme. Cette véritable politique de juridiction, saluée par le Contrôleur général des lieux de privation de liberté, à l'occasion de son contrôle des établissements de soins du ressort², n'aurait sans doute pas été possible pour des juges non spécialisés, seulement en prise avec un contentieux d'occasion.

Soyons honnêtes : une telle politique partenariale n'est à l'évidence envisageable que dans les juridictions d'une taille certaine, confrontée à un contentieux de masse et à des partenaires en nombre suffisant. Mais ne cassons pas une telle dynamique, là où elle est possible, par une réforme unilatérale et uniforme, fondée sur le postulat d'une supposée désertion des fonctions de JLD pour cause de cumul de fonctions civiles et pénales.

Il est en réalité loin d'être certain que limiter le JLD aux fonctions purement pénales sera un facteur d'attractivité accrue. Comme en toutes choses, la richesse d'une fonction vient aussi de sa diversité.

Ce juge des paradoxes et des contraires, que nous décrivions en début d'article, n'est-il pas *aussi* intéressant (et peut-être même attachant) pour cette caractéristique-là : la variété de ses compétences et la multitude de ses champs d'action, tant au civil qu'au pénal ? Réduire la fonction de JLD au seul contentieux de la détention provisoire et à la protection des libertés individuelles dans le cadre de l'enquête parquet (autorisation des interceptions, des perquisitions, des saisies, des géolocalisations et des autres mesures techniques d'enquête...) ne fera pas un « tout » susceptible de constituer une fonction autonome spécialisée. Sans doute, l'idée serait-elle séduisante dans le cadre d'une refonte en profondeur de la procédure pénale française, qui verrait la suppression du juge d'instruction et la création d'un juge de l'enquête et des libertés, sur les vestiges du JLD, chargé de contrôler l'action du parquet, alors seule autorité de direction d'enquête, et de statuer sur toutes les mesures coercitives ou attentatoires aux libertés individuelles (de la garde à vue à la détention provisoire, en passant par toutes les techniques d'enquête intrusives). On sait, pour des raisons politiques et institutionnelles, que cette orientation, souhaitée par certains et sans doute pas dénuée d'intérêt, n'est – pour l'instant – pas à l'ordre du jour. S'il s'agit, en revanche, de dégager du temps de magistrat du siège, pour statuer, dans un avenir proche, sur toutes les mesures de géolocalisations en temps réel ou en différé (les fameuses fadettes), suite à la jurisprudence de la CJUE³ et aux arrêts de la chambre criminelle du 12 juillet dernier⁴, ayant d'une certaine façon disqualifié le parquet pour le faire, il n'est pas évident qu'un tel exercice répétitif et fastidieux, appliqué à plus d'un million et demi de mesures, selon les estimations les plus pessimistes, soit de nature à rendre la fonction de JLD pénal tellement plus attractive...

Mais allons-même plus loin : à y regarder de plus près, cet Arlequin judiciaire est-il fait d'une étoffe si hétéroclite que cela ? **Derrière les apparences, le JLD ne cache-t-il pas une cohérence d'ensemble ? Une justification commune. Une sorte de « diversité bien ordonnée ».** Comme le personnage central de la commedia dell'arte, le JLD n'est-il pas « *toujours le même et toujours différent* »⁵ pour servir une fonction que nul autre que lui n'est à même d'exercer ?

² CGLPL, [Rapport de visite : du 7 au 11 juin 2021 – 2^{ème} visite. Unité pour malades difficiles de Villejuif \(Val-de-Marne\)](#), 2021, p. 34-37 ; CGLPL, [Rapport définitif : du 2 au 10 novembre 2021 – 2^{ème} visite. Hôpitaux de Saint-Maurice \(Val-de-Marne\)](#), 2021, p. 66-70.

³ CJUE, 2 octobre 2018, [C-207/16, Ministerio Fiscal](#) ; CJUE, 6 octobre 2020, [C-511/18, C-512/18, C-520/18, La Quadrature du Net et al.](#), CJUE, 20 septembre 2022, affaires jointes, [C-793/19, C-794/19](#).

⁴ Crim., 12 juillet 2022, n° [21-83.710](#), crim., 12 juillet 2022, n° [21-83.820](#), crim., 12 juillet 2022, n° [21-84.096](#), crim., 12 juillet 2022, n° [20-86.652](#).

⁵ Selon l'expression du regretté Giorgio STREHLER.

D'abord, et la remarque est importante, il existe des ponts entre les fonctions civiles et pénales du JLD. Au demeurant distincts, ces deux aspects de son activité sont plus proches qu'il n'y paraît, et même complémentaires.

Prenons cette fois-ci l'exemple de la rétention des étrangers. Ce contentieux civil par excellence, partagé pour moitié avec la juridiction administrative, est la véritable « bête noire » de nos collègues non spécialisés amenés à exercer les fonctions de JLD les fins de semaine, par crainte d'une méconnaissance des dispositions du CESEDA. En réalité, à part quelques notions essentielles à connaître, il n'est pas nécessaire de maîtriser sur le bout des doigts toutes les dispositions de ce code, car le véritable débat porte généralement à l'audience sur des exceptions de nullité qui concernent le plus souvent la procédure pénale ayant, dans la grande majorité des cas, précédé le placement en rétention : interpellation sur contrôle d'identité, placement en garde à vue suite à des infractions en définitive non poursuivies par le parquet, sortie de détention... Avoir exercé des fonctions pénales sera donc d'une grande aide pour statuer sur ces irrégularités de procédures, même soulevées dans le cadre d'un contentieux civil. Inversement, un magistrat « civiliste » pourra trouver matière à développer ses connaissances de la procédure pénale à l'occasion du traitement de la rétention des étrangers.

N'oublions pas qu'exercer concomitamment des fonctions civiles et pénales est un atout pour un corps qui a trop souvent pour habitude de les opposer de manière stérile et stéréotypée. Le JLD est ainsi devenu une sorte de garant de l'unité de la magistrature. Pas seulement parce qu'il est la seule juridiction à maintenir ce lien permanent entre le civil et le pénal, en relativisant cette distinction dès qu'il s'agit de protection des libertés, mais aussi parce qu'il contribue à garantir la pérennité du ministère public à la française, en validant son intervention dans l'avant-procès, lui, autorité de poursuite, à qui la jurisprudence européenne conteste de plus en plus le statut de magistrat.

Ensuite, il est possible de dégager une ligne de force, commune à toutes les fonctions du JLD, constitutive d'un véritable « bloc de compétences ».

Dans les principes qu'il applique, comme dans sa pratique, le JLD appréhende les principaux contentieux qui lui sont soumis avec le même regard, la même approche et la même action : l'appréciation de la nécessité et de la proportionnalité de la privation ou de l'atteinte à une liberté, face à une situation et à un objectif donnés. Car après tout, rechercher si la détention provisoire d'un mis en examen est *l'unique réponse* pour permettre d'atteindre certains objectifs d'enquête ou de sûreté, est-il si différent de l'exercice consistant à vérifier que le placement en isolement d'un patient est une pratique de *dernier recours* seule à même d'éviter un risque pour autrui ou pour lui-même ? Qu'il s'agisse d'autoriser une perquisition au domicile ou une interception téléphonique, d'ordonner la prolongation d'une rétention ou d'une hospitalisation d'office, le juge procède toujours à ce même examen de proportionnalité, en fonction bien sûr des critères fixés par la loi. Il s'en dégage une cohérence transversale de ses différents modes d'intervention, fondée sur une finalité commune : apprécier les atteintes portées aux libertés, en les validant ou en les sanctionnant. En somme, le JLD est à lui seul un condensé de l'acte de juger. C'est, d'une certaine façon, le juge par excellence.

L'erreur a été de lui rajouter au fil du temps des scories de compétences éparées, selon « *la propension des pouvoirs publics à puiser dans le JLD le remède à toute carence judiciaire* »⁶. On ne compte plus en effet les textes multiples et disparates (Code rural, Code des douanes, Code de procédure fiscale, Code de la sécurité intérieure, Code de la consommation, Code du commerce, Code de la santé publique, ...) qui prévoient l'intervention du JLD dès lors qu'une liberté est en jeu, et ce, au détriment quelquefois de la juridiction administrative (qu'il s'agisse par exemple des autorisations de visites domiciliaires par certaines administrations, de la saisie préventive d'armes ou de bateaux de pêche, de mesures de consignations, du contrôle des mesures de quarantaine...). Il est maintenant urgent de faire une pause législative et de laisser le JLD investi de ses trois fonctions essentielles, mais de ces trois fonctions seulement (la détention provisoire et le contrôle des mesures coercitives de l'enquête préliminaire, le contentieux des étrangers et celui des hospitalisations sans consentement), en lui retranchant toutes

⁶ Pauline LE MONNIER DE GOUVILLE, « [Le JLD entre présent et avenir](#) », *Les Cahiers de la justice*, 2011, n° 4, p. 145-157.

PARTIE I. LE JLD, PERSPECTIVES TRANSVERSALES

les compétences accessoires qui nuisent à la visibilité de son rôle et à la cohérence de son action. Ce « bloc de compétences » qui s'est imposé au fil du temps constitue désormais le socle cohérent des interventions du JLD qui participe à la fois de son identification et de son affirmation dans le paysage judiciaire français.

Se présente ainsi devant nous le portrait-robot du JLD de demain : un juge expérimenté recentré sur ses trois compétences essentielles, au double visage civil et pénal, inséré dans la Cité par le développement de différents partenariats institutionnels et animateur d'une équipe de juristes assistants recrutés pour faire face à la technicité croissante de ses contentieux.

La richesse d'une fonction est celle que l'on tire de son exercice : celle du JLD est infinie. Chers collègues, engagez-vous ! Devenez JLD !

L'OFFICE DU JLD EN MATIÈRE DE CONTRÔLE DES CONDITIONS DE DÉTENTION : UNE BRÈCHE À INVESTIR

Par

Joana FALXA

*Maître de conférences en droit privé et sciences criminelles
Université de Pau et des pays de l'Adour*

Le juge des libertés et de la détention (JLD), dont la mission première était relative au contentieux de la détention provisoire¹, a vu ses prérogatives croître avec le temps : contrôle des perquisitions², contrôle des mesures d'enquêtes telles que les écoutes téléphoniques en enquête de flagrance³ ou la prolongation des mesures de géolocalisation au-delà de quinze jours⁴, contrôle des hospitalisations d'office⁵ ou encore contrôle de la rétention administrative des étrangers en situation irrégulière⁶. Véritable juge des libertés, son champ d'action s'est considérablement étendu.

La loi n° 2021-403 du 8 avril 2021 tendant à garantir le respect de la dignité en détention⁷ a été l'occasion d'une nouvelle extension de ses compétences, puisque le JLD est à présent investi, au titre du nouvel article 803-8 du Code de procédure pénale, d'un rôle inédit dans le contentieux des conditions de détention, lui donnant le pouvoir de faire cesser une détention provisoire qui se déroulerait dans des conditions contraires à la dignité humaine, comme peut également le faire le juge de l'application des peines pour les condamnés. Cette mission s'inscrit d'ailleurs pleinement parmi les prérogatives du juge des libertés et de la détention, et se trouve en parfaite consonance avec sa dénomination.

Si l'on peut qualifier l'irruption du juge judiciaire dans le contentieux des conditions de détention de « *révolution culturelle* », avec son lot de difficultés (I), le recours innovant ainsi créé présente un intérêt certain pour la protection des droits fondamentaux des personnes détenues (II). C'est pourquoi, en dépit des limites intrinsèques du dispositif, il s'agit d'un outil que les JLD doivent investir pleinement pour contribuer à son effectivité (III).

I. Une « révolution culturelle »

Le juge naturel de l'administration pénitentiaire est le juge administratif⁸. Ainsi, celui-ci est, de longue date, le juge compétent pour toute question relevant du contentieux pénitentiaire, au rang

¹ Loi n° [2000-516](#) du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes. Marcel LEMONDE, « [Le juge des libertés et de la détention : une réelle avancée ?](#) », *RSC*, 2001, p. 51.

² Loi n° [2004-204](#) du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

³ *Ibid.*

⁴ Loi n° [2014-372](#) du 28 mars 2014 relative à la géolocalisation.

⁵ Loi n° [2011-803](#) du 5 juillet 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge puis loi n° 2013-869 du 27 septembre 2013 modifiant certaines dispositions issues de la loi n° 2011-803 du 5 juillet 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge.

⁶ Loi n° [2000-516](#) du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes puis loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité.

⁷ *Droit pénal*, 2021, [alerte 24](#), William ROUMIER ; *AJ pénal*, 2021, p. [169](#), obs. Maud LENA ; *Recueil Dalloz*, 2021, p. [736](#), obs. Anne PONSEILLE et Mustapha AFROUKH ; *JCP*, 2021, p. [458](#), aperçu rapide par Muriel GIACOPELLI ; *Droit pénal*, 2021, [alerte 38](#), William ROUMIER ; *RSC*, 2021, p. [469](#), obs. Jean-Baptiste PERRIER ; *Procédures*, 2021, [alerte 12](#), focus par Muriel GIACOPELLI.

⁸ Trib. confl., 22 février 1960, *Dame Fargeaud d'Épied*.

desquelles figure celle des conditions de détention⁹. Le juge judiciaire a quant à lui longtemps refusé de s'immiscer dans cet environnement, en excluant expressément la possibilité pour la personne détenue de recourir à l'article 225-14 du Code pénal relatif au délit d'hébergement contraire à la dignité humaine pour dénoncer ses conditions de détention¹⁰, et en écartant l'argument de l'indignité des conditions de détention comme obstacles au placement ou au maintien en détention provisoire¹¹. Le terme de « *révolution culturelle* » n'est donc pas usurpé pour décrire cette métamorphose du rôle du juge judiciaire en la matière : révolution pour le juge, certes, mais révolution aussi pour l'administration. Ainsi, la position peut, d'une part, sembler malaisée pour le JLD : habitué des décisions concernant le bien-fondé de la détention provisoire, il n'était jusque-là pas invité à s'intéresser de plus près aux conditions dans lesquelles celle-ci se déroulerait en interférant dans la mission de l'administration pénitentiaire. L'exercice peut sembler d'autant plus délicat, d'autre part, que l'administration elle-même pourra faire preuve de réticence face à l'ingérence d'un nouveau juge dans le domaine traditionnellement réservé du juge administratif, « son » juge.

Le JLD n'est d'ailleurs pas le seul concerné puisque le juge de l'application des peines (JAP) est également investi de cette nouvelle compétence pour le contrôle des conditions de détention des détenus condamnés. Si le JAP est habitué à travailler avec l'administration pénitentiaire, notamment dans le cadre des décisions à adopter sur avis de la commission d'application des peines¹², il s'agit pour lui également d'un rôle inédit, qui présente les mêmes incertitudes concernant sa réception possible par l'administration pénitentiaire.

Certes, il ne s'agit pas de la première incursion du JLD dans les contrées de l'administration : il intervient déjà en hôpital pour le contrôle des hospitalisations d'office, et auprès des étrangers retenus en zone d'attente ou placés en centre de rétention administrative. Dans tous les cas, il est le garant de la liberté individuelle, mais plus largement « des libertés », au pluriel, qui comprennent notamment le droit au respect de la dignité dû à toute personne humaine.

Cette nouvelle compétence, issue de la loi du 8 avril 2021, est le résultat d'un cheminement jurisprudentiel de longue haleine. C'est, en premier lieu, l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme *J. M. B. contre France*, rendu le 30 janvier 2020¹³, qui a été le déclencheur des évolutions

⁹ V. par ex. TA Rouen, 27 mars 2008, n° 0602590, *AJDA*, 2008, p. 668 ; *Recueil Dalloz*, 2008, p. 1959, note Martine HERZOG-EVANS ; *AJ pénal*, 2008, p. 245, obs. Éric PECHILLON ; *RSC*, 2008, p. 972, étude Pierrette PONCELA ; *RPDP*, 2008, p. 413, obs. Jean-Paul CERE ; CAA Douai, 12 novembre 2009, n° 09DA00782, Ministre de la Justice, *AJDA*, 2010, p. 42, chron. Jacques LEPERS ; *AJ pénal*, 2010, p. 91, obs. Éric PECHILLON ; *RSC*, 2010, p. 645, chron. Pierrette PONCELA ; *JCP Adm.* 2010, p. 2112, comm. Marie-Élisabeth BAUDOIN et Charles-André DUBREUIL ; CAA Bordeaux, 18 octobre 2011, *Mme Paula L.*, et n° 11BX00160, 11BX00161 et 11BX00163 ; CAA Marseille, 15 décembre 2011, n° 11MA02831 ; CE, ord., 22 décembre 2012, *Section française de l'OIP et autres*, n° 364584, *Recueil Dalloz*, 2013, p. 1304, obs. Éric PECHILLON ; *AJDA*, 2013, p. 12 ; *AJ pénal*, 2013, p. 232, obs. Éric PECHILLON ; CE, 6 décembre 2013, n° 363290, *Thévenot*, *JDA*, 2013, p. 2461 ; *AJDA*, 2014, p. 237, concl. Delphine HEDARY ; *AJ pénal*, 2014, p. 143, obs. Éric PECHILLON.

¹⁰ Crim., 20 janvier 2009, n° 08-82.807 ; *Bull. crim.* 2009, n° 18 ; *AJ Pénal*, 2009, p. 139, note Martine HERZOG-EVANS ; *RSC*, 2009, p. 377, obs. Yves MAYAUD ; *RSC*, 2009, p. 922, obs. Jean-François RENUCCI.

¹¹ Crim., 18 septembre 2019, n° 19-83.950, *Recueil Dalloz*, 2019, p. 1761 ; *Dalloz actualité*, 10 octobre 2019, obs. William AZOULAY ; *AJ pénal*, 2019, p. 560, obs. Jenny FRINCHABOY ; *RSC*, 2019, p. 808, obs. Yves MAYAUD.

¹² La commission d'application des peines est un organe consultatif, composé du juge de l'application des peines (qui le préside), du procureur de la République et du chef d'établissement ou d'un membre du personnel de direction (art. 712-4-1 du Code de procédure pénale). Outre ces trois membres de droit, la commission de l'application des peines comprend des membres permanents : les membres du personnel de direction de l'établissement pénitentiaire, un membre du corps de commandement, un membre du corps d'encadrement et d'application du personnel de surveillance et les personnels d'insertion et de probation (c. pénit, art. L. 423-4 ; c. pr. pén., art. D. 49-28 al. 1^{er}). Peuvent s'ajouter à ces membres des personnes remplissant une mission dans l'établissement lorsque leur présence est utile à la connaissance des cas individuels. Les décisions prises en CAP sont celles relatives aux réductions de peines, aux permissions de sortir et aux autorisations de sortie sous escorte.

¹³ CEDH, 30 janvier 2020, *J. M. B. et autres c./ France*, n° 9671/15, *Recueil Dalloz*, 2020, p. 753, note Jean-François RENUCCI ; *ibid*, p. 1195, chron. Jean-Paul CERE, Joana FALXA et Martine HERZOG-EVANS ; *AJDA*, 2020, p. 263 ; *AJ pénal*, 2020, p. 122, étude

récentes en droit interne. Par cet arrêt, la France a été condamnée au double titre de l'atteinte à la dignité des personnes détenues du fait de conditions de détention contraires à l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme dans plusieurs établissements pénitentiaires et de l'atteinte au droit à un recours effectif sous l'angle de l'article 13 de la Convention. Les recours en vigueur à l'époque ne satisfaisaient pas à cette dernière exigence, d'où un constat d'ineffectivité. En effet, la combinaison de l'existence d'un recours indemnitaire n'intervenant qu'*a posteriori*¹⁴ et des pouvoirs d'injonction restreints du juge des référés administratifs ne remplissait pas les critères d'une voie de recours pleinement effective. D'où la nécessité de créer une nouvelle voie de recours en droit interne permettant de mettre fin, de manière effective, à l'atteinte à la dignité humaine en raison des conditions matérielles de détention.

C'est ensuite la chambre criminelle de la Cour de cassation qui s'est saisie de la question, en réaction à la condamnation européenne, et qui a créé, dans un arrêt retentissant du 8 juillet 2020¹⁵, une voie de recours prétorienne pour les personnes placées en détention provisoire, prévoyant la saisine de la chambre de l'instruction en cas d'atteinte à la dignité en raison des conditions de détention.

Enfin, le Conseil constitutionnel, par une décision du 2 octobre 2020 (n° 2020-858/859 QPC¹⁶), a conclu à l'inconstitutionnalité des articles 137-3, 144 et 144-1 du Code de procédure pénale relatifs à la décision de placement en détention provisoire car limitant les possibilités de remise en liberté du détenu provisoire aux seuls motifs limitativement énumérés par la loi, n'incluant pas la détention dans des conditions contraires à la dignité humaine. La censure différée laissait au législateur un délai allant jusqu'au 1^{er} mars 2021 pour adopter un texte assurant aux détenus provisoires le droit d'être détenus dans des conditions dignes. Une seconde décision, intervenue le 16 avril 2021, devait étendre le constat d'inconstitutionnalité à l'article 707 du Code de procédure pénale en raison de l'absence de voie de recours effective pour les personnes condamnées¹⁷.

La loi créant une voie de recours pour permettre aux personnes détenues de contester leurs conditions de détention est parue le 8 avril 2021. Le décret nécessaire à son application a été publié le 15 septembre 2021, prévoyant une entrée en vigueur effective au 1^{er} octobre 2021¹⁸. La loi nouvelle instaure ainsi un recours dédié au contentieux des conditions de détention. Elle ne va pas jusqu'à en faire un nouveau critère de contrôle du placement en détention provisoire, bien que cette solution eût pu prospérer, au nom de la préservation du droit absolu à la dignité humaine : cela aurait été l'occasion de donner tout son sens au nom de la fonction du juge de la détention provisoire, devenu ainsi un

Jean-Paul CERE ; *Juris associations*, 2020, n° 614, p. 11, obs. Thomas GIRAUD ; Pauline PARINET-HODIMONT, « [Le référé-liberté face aux conditions de détention : la France doit revoir sa copie !](#) », *RDLF*, 2020, chron. n° 25.

¹⁴ Recours en responsabilité de l'administration pénitentiaire ou référé-provision.

¹⁵ Crim., 8 juillet 2020, n° 20-81.739, *AJDA*, 2020, p. 1383 ; *Recueil Dalloz*, 2020, p. 1774, note Joana FALXA ; *ibid.*, p. 1643, obs. Jean PRADEL ; *ibid.*, 2021, p. 1564, obs. Jean-Baptiste PERRIER ; *AJ fam.*, 2020, p. 498, obs. Léa MARY ; *AJ pénal*, 2020, p. 404, note Jenny FRINCHABOY ; *RFDA*, 2021, p. 87, note Jean-Baptiste PERRIER ; *RSC*, 2021, p. 517, obs. Djoheur ZEROUKI-COTTIN ; *RTD civ.*, 2021, p. 83, obs. Pascale DEUMIER.

¹⁶ C. const., 2 octobre 2020, n° 2020-858/859 ; *Recueil Dalloz*, 2021, p. 57, note Jérôme ROUX ; *Recueil Dalloz*, 2020, p. 2056, entretien Joana FALXA, *ibid.*, 2367, obs. Catherine GINESTET et 2021, p. 1308, obs. Émilie DEBAETS et Nathalie JACQUINOT ; *AJDA*, 2020, p. 1881, et *ibid.*, p. 2158, note Julien BONNET et Pierre-Yves GAHDOUN ; *AJ famille*, p. 2020, p. 498, obs. Léa MARY ; *AJ pénal*, 2020, p. 580, note Jenny FRINCHABOY ; *RFDA*, 2021, p. 87, note Jean-Baptiste PERRIER ; *JCP*, 2020, p. 1348, note Virginie PELTIER ; *ibid.*, 2021, *Doctr.* 66, obs. Bertrand MATHIEU et Anne-Laure CASSARD-VALEMBOS ; *Droit Pénal*, 2020, comm. 193, note Albert MARON et Marion HAAS.

¹⁷ C. const., 16 avr. 2021, n° 2021-898 QPC, *Dalloz actualité*, 28 avril 2021, obs. Dorothée GOETZ ; *Recueil Dalloz*, 2021, p. 748, et les obs. ; *Lexbase Pénal*, n° 37, 29 avril 2021, *Procédure pénale*, obs. Adélaïde LEON. Cette décision, intervenue après l'adoption de la loi du 8 avril 2021, venait souligner l'inconstitutionnalité du régime antérieur, à laquelle répondait la récente réforme.

¹⁸ Décret n° 2021-1194 du 15 septembre 2021 relatif au recours prévu à l'article 803-8 du Code de procédure pénale et visant à garantir le droit au respect de la dignité en détention. V. : *Dalloz Actualité*, 21 septembre 2021, obs. Dorothée GOETZ.

véritable *juge des libertés et de la détention*, où le placement en détention serait examiné à l'aune de l'ensemble des droits et libertés de la personne concernée, et notamment du droit fondamental au respect de sa dignité. Une telle solution aurait eu le mérite de fonctionner comme un mécanisme de régulation des entrées en détention qui, associé bien évidemment à un ensemble de mesures concernant à la fois le prononcé des peines et les décisions d'application des peines, aurait pu apporter un début de réponse à la problématique structurelle de la suroccupation des établissements pénitentiaires. Ce n'est pas le choix du législateur, qui a néanmoins consacré un dispositif innovant pour tenter de répondre à des enjeux fondamentaux.

II. Un recours innovant aux enjeux fondamentaux

La voie de recours instituée par la loi du 8 avril 2021 présente une certaine complexité, qui n'a pas manqué d'être relevée¹⁹. Elle se divise en trois phases distinctes²⁰.

La première phase est celle de l'examen de la recevabilité de la requête. Le juge saisi dispose d'un délai de 10 jours pour se prononcer à compter du dépôt de la requête. Il doit le faire de manière expresse, par ordonnance²¹ qui est susceptible d'appel. La loi prévoit deux causes d'irrecevabilité : une première concernant le fait que le juge saisi ne s'est pas encore prononcé sur une précédente requête ; une seconde tenant au fait qu'aucun élément nouveau n'a modifié les conditions de détention du plaignant ayant déposé une requête antérieure. La requête devra être déclarée recevable dès lors que les allégations présentées par le requérant sont « *circonstanciées, personnelles et actuelles* »²². Celui-ci n'aura pas à rapporter la preuve de ce qu'il avance en raison de la situation de dépendance et de vulnérabilité dans laquelle il se trouve du fait de sa détention, conformément aux exigences de la Cour européenne des droits de l'homme en la matière²³ : il suffit qu'il présente des éléments suffisamment précis et crédibles pour que ceux-ci soient considérés comme un commencement de preuve et que la requête puisse être déclarée recevable. À ce sujet, la circulaire du 30 septembre 2021 de présentation des dispositions de l'article 803-8 du Code de procédure pénale précise que « *le requérant ne peut se borner à décrire l'état général ou de surpopulation de l'établissement au sein duquel il est incarcéré ou à faire état de rapports rendus par des organismes nationaux ou internationaux indépendants. Il doit expliquer précisément comment cette surpopulation ou l'état général de l'établissement affecte actuellement et personnellement, en fournissant des données relatives à l'espace personnel dont il dispose au sein de sa cellule (superficie, nombre d'occupants), à l'état de cette cellule ou encore aux heures journalières d'occupation* »²⁴. Cela ne signifie pas pour autant que les rapports des autorités de contrôle indépendantes tels que ceux du Contrôleur général des lieux de privation de liberté ne pourront pas venir au renfort de ces allégations, simplement qu'ils ne suffisent pas à eux seuls à établir les éléments de recevabilité de la requête.

À ce stade, l'administration pénitentiaire n'intervient pas encore²⁵, et elle ne sera sollicitée qu'une fois la requête jugée recevable. Si le magistrat envisage de prononcer l'irrecevabilité de la requête, il doit au préalable procéder à l'audition du requérant²⁶. Si en revanche il déclare la requête

¹⁹ Éric SENNA, « [Le volet procédural de l'indignité des conditions de détention](#) », *Recueil Dalloz*, 2021, 977 ; Jean-Baptiste PERRIER, « [Détention et conditions indignes : création d'un recours \(in\)effectif](#) », *RSC*, 2021, 469.

²⁰ V. schéma *infra*.

²¹ Crim., 13 septembre 2022, n° [22-83.885](#), *Dalloz Actualité*, 29 septembre 2022, [obs. Margaux DOMINATI](#).

²² Pour une jurisprudence relative à ces allégations sous l'empire de la voie de recours prétorienne antérieure : crim., 9 novembre 2021, n° [21-84.928](#).

²³ CEDH, 30 janvier 2020, *J. M. B et autres c./ France*, n° 9671/15, préc., § 258.

²⁴ Circulaire n° CRIM 2021-09/E3-30/09/2021 du 30 septembre 2021, II. B. 1.2.

²⁵ Crim., 31 mai 2022, n° [22-81.770](#), *AJ Pénal*, 2022, p. [490](#), *obs. Joana FALXA ; Dalloz Actualité*, [5 juillet 2022](#), *obs. Mathilde ROBERT*.

²⁶ C. pr. pén., art. R. 249-35.

recevable, l'audition devra avoir lieu avant le prononcé de la décision relative au bien-fondé de celle-ci.

Lorsque le juge déclare la requête recevable, il donne un délai de trois à sept jours à l'administration pénitentiaire pour faire valoir ses observations écrites²⁷. Le JLD doit, en outre, solliciter l'avis écrit du magistrat saisi du dossier. Il peut également procéder lui-même à des vérifications lui permettant d'apprécier les conditions de détention du requérant, soit en se déplaçant sur les lieux, soit en procédant à l'audition du requérant, de ses codétenus ou des agents de l'administration pénitentiaire²⁸.

À l'issue de cette étape, et tout au plus dans un délai de 10 jours à compter de sa décision sur la recevabilité de la requête, le juge se prononce sur le bien-fondé de la requête. Il statue en s'appuyant sur les critères dégagés par la Cour européenne des droits de l'Homme, à savoir l'espace personnel disponible (avec une forte présomption d'atteinte pour les superficies inférieures à 3 m²), le défaut d'accès à la cour de promenade ou à l'air et à la lumière naturels, une mauvaise aération, une température insuffisante ou trop élevée dans les locaux, une absence d'intimité aux toilettes ou de mauvaises conditions sanitaires et hygiéniques, l'absence d'activités suffisante hors de la cellule, etc.²⁹ Il convient de relever qu'au-delà des conditions purement matérielles de détention, le traitement réservé à certains détenus (menottage pour visites médicales, régimes de fouilles, placement prolongé à l'isolement) est susceptible de relever du champ d'application de l'article 3 de la Convention, et donc de cette nouvelle voie de recours³⁰. Si, à l'examen, le juge estime que les conditions de détention dont il a pris connaissance n'atteignent pas le seuil de l'atteinte à la dignité humaine, il rejette la requête par ordonnance motivée. À l'inverse, si la requête est fondée, le juge rend une ordonnance, notifiée sans délai au chef d'établissement, au conseil du requérant ainsi qu'au magistrat saisi du dossier.

Cette ordonnance précise les conditions de détention qu'il juge contraires à la dignité humaine et fixe un délai compris entre dix jours et un mois à l'administration pénitentiaire pour que celle-ci prenne les mesures nécessaires à mettre fin à l'atteinte constatée. L'administration pénitentiaire est libre de décider des mesures les plus adaptées, le juge judiciaire ne disposant d'aucun pouvoir d'injonction à son égard. La circulaire du 30 septembre 2021 donne toutefois un aperçu des mesures susceptibles de s'appliquer en pareil cas : « *la réalisation immédiate de travaux ou aménagements, [...] des mesures de réorganisation interne au sein de l'établissement (par exemple, un changement de cellule) ou encore [...] une mesure de transfèrement* » vers un autre établissement. L'administration pénitentiaire rend compte dans un rapport, avant l'expiration du délai imparti, des mesures ainsi adoptées.

Le juge dispose alors, à partir de la réception du rapport, d'un nouveau délai de dix jours pour statuer sur la réalité de la cessation de l'atteinte en raison des mesures correctives adoptées. S'il estime que les mesures ont mis fin aux conditions de détention indignes, il constate le non-lieu à statuer sur le fond de la requête. Si toutefois, à l'issue de ce délai, les mesures adoptées n'ont pas mis fin à la situation de violation constatée, le JLD peut prononcer deux sortes de mesures : il décide soit d'un transfèrement judiciaire³¹, soit d'une mise en liberté, le cas échéant sous contrôle judiciaire ou sous assignation à résidence avec surveillance électronique. L'article 803-8 II, alinéa 5 du Code de

²⁷ Notons que la loi (c. pr. pén., art. 803-8 I., al. 4) indique un délai de trois jours ouvrables à sept jours, là où le décret et la circulaire mentionnent un délai allant jusqu'à dix jours. Le délai de dix jours correspond en réalité à celui que prévoit la loi entre la date de la décision sur la recevabilité et celle de la décision sur le bien-fondé de la requête.

²⁸ Circulaire n° CRIM 2021-09/E3-30/09/2021 préc., II.B. 2.2, b.

²⁹ CEDH [GC], 20 octobre 2016, n° [7334/13](#), *Mursîc c./ Croatie*.

³⁰ V. ainsi, pour une décision de rejet mais n'écartant pas d'emblée l'examen du menottage lors de consultations médicales : crim., 16 novembre 2022, n° [22-80.807](#).

³¹ C. pr. pén., art. R. 249-33.

procédure pénale prévoit toutefois que ces mesures peuvent être exclues si le requérant a refusé, lors d'une étape précédente, un transfèrement qui lui était proposé.

Un appel est possible dans un délai de dix jours pour chacune des trois étapes de la procédure (recevabilité, bien-fondé, mesure adoptée), qui se fera devant le président de la chambre de l'instruction pour les décisions rendues par le JLD. Le juge saisi doit statuer dans un délai d'un mois. Il convient toutefois de relever que l'appel du parquet dans un délai de 24 heures est suspensif, et que l'examen de l'appel doit alors avoir lieu dans les quinze jours. La procédure doit respecter les mêmes étapes que devant le JLD, bien que ni l'audition ni la comparution du requérant ne soient prévues en appel, le droit à l'accès au juge étant suffisamment garanti par les possibilités d'audition prévues en première instance et par la possibilité de présenter ses observations en appel³². La Cour de cassation a par ailleurs admis, au visa de l'article 567 du Code de procédure pénale, le pourvoi en cassation à l'encontre des ordonnances du président de la chambre de l'instruction, aucune disposition légale ne s'y opposant³³.

La voie de recours ainsi instituée pour contester des conditions de détention contraires à la dignité humaine est innovante, à n'en pas douter. Elle est innovante à tout le moins en ce qui concerne les issues envisagées : en cas d'inaction de l'administration pénitentiaire, ou d'une réaction insuffisante, c'est le juge lui-même qui va remédier à la situation, soit en ordonnant le transfèrement du détenu, soit – et c'est là le véritable élément inédit de cette voie de recours – en décidant de sa remise en liberté. Il est vrai que la solution retenue par le législateur est en retrait par rapport à la voie de recours jurisprudentielle imaginée par la Cour de cassation dans son arrêt du 8 juillet 2020³⁴. Elle permet néanmoins, si elle est pleinement investie par ses juges, d'apporter une réponse concrète aux situations d'atteinte grave à la dignité des personnes détenues.

III. Un outil à investir pleinement en dépit de limites intrinsèques

La loi du 8 avril 2021 instaure un dispositif aux potentialités intéressantes mais limitées. Pour atteindre une véritable effectivité dans le combat contre l'indignité des conditions de détention dans un certain nombre d'établissements pénitentiaires français, et à l'heure où les chiffres de la population pénitentiaire battent tous les records mois après mois, il est indispensable que les magistrats compétents (JLD comme JAP) investissent pleinement la marge de manœuvre, même étroite, qui leur est ainsi proposée.

Ainsi, dans la phase de recevabilité, le juge se voit confier un rôle actif d'investigation : il importe qu'il se saisisse de ces prérogatives, et qu'il ne se satisfasse pas des seuls éléments rapportés par l'administration pénitentiaire en cas d'allégations crédibles du requérant. Le seuil de l'indignité des conditions de détention n'est pas figé : il faut tenir compte de tous les éléments pouvant aggraver concrètement les conditions de détention des personnes détenues pour en faire une juste appréciation.

De même, il serait souhaitable, dans la phase relative aux mesures correctives ou visant à mettre fin aux conditions de détention indignes, que le juge s'assure de l'effectivité concrète des mesures entreprises. En cas de transfert, il faudrait ainsi qu'il puisse vérifier que le nouveau lieu de détention permet une amélioration réelle des conditions de détention au regard du lieu précédent. Et, bien que cela n'ait pas été envisagé dans les textes, il aurait été souhaitable que la loi prévoie qu'en cas de cellule sur-occupée par exemple, et de constat d'atteinte à la dignité humaine en raison d'un

³² Crim., 13 septembre 2022, préc.

³³ Crim., 31 mai 2022, préc.

³⁴ Voie de recours dont l'application a perduré au-delà de l'adoption de la loi du 8 avril 2021, dans l'attente de son entrée en vigueur : crim., 20 octobre 2021, n° [21-84.498](#), *Recueil Dalloz*, 2022, p. [107](#), note Damien ROETS ; *AJ pénal*, 2021, p. [583](#), note Joana FALXA ; *Dalloz Actualité*, [7 novembre 2021](#), obs. Sébastien FUCINI.

espace personnel insuffisant, la place éventuellement libérée par le requérant qui aurait obtenu gain de cause ne soit pas immédiatement réoccupée par un autre détenu, à défaut de quoi la tâche serait semblable à celle de Sisyphe.

Les limites à ce dispositif sont multiples, elles ont été relevées par nombre d'auteurs³⁵. Elles tiennent par exemple au risque d'inégalité de traitement entre les détenus en fonction de leur statut pénal : il est de notoriété publique que les maisons d'arrêt sont davantage sujettes à la suroccupation et aux mauvaises conditions de détention. Les prévenus ou les condamnés à de courtes peines sont donc les plus susceptibles de connaître ces conditions de détention, avec parfois peu d'alternatives, les différentes maisons d'arrêt d'une région pénitentiaire pouvant être en situation de tension sur une même période. Cette inégalité pourra en outre tenir à la situation géographique des personnes détenues : en outre-mer par exemple, dans des territoires qui n'ont parfois que peu d'établissements, voire un seul, et qui sont pour la plupart concernés par le constat de mauvaises conditions de détention, les personnes détenues n'auront pas de véritable alternative : le transfèrement vers un autre établissement pourrait supposer pour elles un éloignement de plusieurs milliers de kilomètres, et la perte de tout contact avec leurs proches.

Dans cette situation, il est aisé d'imaginer que les personnes détenues préfèrent renoncer à l'exercice de la voie de recours plutôt que de risquer d'être transférées. Il s'agit d'un véritable conflit de droits fondamentaux pour ces détenus, dans lequel le droit supposé absolu (le droit à la dignité humaine) s'inclinera souvent devant la nécessité de maintenir des liens familiaux. On peut même penser que ces possibilités de renonciation soient entrées dans le calcul du législateur lors de l'adoption de la loi du 8 avril 2021, en comptant sur le fait que la plupart des détenus ne saisiraient pas le juge si l'issue supposait un risque d'éloignement de leur environnement familial. Le dispositif porte d'ailleurs en lui-même un fort potentiel dissuasif en ce qu'il permet de retenir contre le détenu un refus de transfèrement pour finalement ne pas mettre fin aux conditions de détention dont pourtant le juge a bien considéré qu'elles étaient contraires à la dignité humaine. Le législateur assume donc la possibilité de maintenir une personne dans des conditions de détention contraires à la dignité humaine dès lors que ce maintien lui serait imputable en raison de son refus de transfèrement.

Afin d'éviter ces écueils, il incombe donc aux magistrats investis de cette nouvelle compétence de se saisir pleinement de leurs prérogatives pour assurer l'effectivité de la voie de recours ainsi créée. Car à défaut, cette voie de recours risquerait finalement de n'être qu'un feu de paille, une illusion bientôt éteinte, comme semble le craindre le Comité des ministres du Conseil de l'Europe, chargé de la surveillance de l'exécution des arrêts de la CEDH, dans une décision concernant les suites de l'arrêt *J. M. B. contre France* rendue les 6-8 décembre 2022³⁶.

Le principal reproche à retenir ici est néanmoins celui adressé au législateur et à l'exécutif de manière générale, pour n'avoir répondu que de manière parcellaire et segmentée à une problématique structurelle, qui nécessite l'adoption de mesures d'ampleur et d'une politique bien plus ambitieuse pour l'exécution des peines et pour l'ensemble de la chaîne pénale³⁷.

³⁵ V. not. Éric SENNA, « Le volet procédural de l'indignité des conditions de détention », *op. cit.* ; J.-B. PERRIER, « Détention et conditions indignes : création d'un recours (in)effectif », *op. cit.* ; Anne PONSEILLE, Mustapha AFROUKH, « [La proposition de loi tendant à garantir le droit : une avancée en trompe-l'œil ?](#) », *Recueil Dalloz*, 2021, p. 736 ; Aude DENIZOT, « [Les foudres de la doctrine](#) », *RTD Civ.*, 2021, p. 708 ; Joana FALXA, « [Jouer sur les mots, se jouer des maux](#) », *AJ pénal*, 2021, p. 583, note sous *chpurim.*, 20 octobre 2021, préc.

³⁶ Comité des ministres du Conseil de l'Europe, 6-8 décembre 2022, [CM/Del/Dec\(2022\)1451/H46-11](#).

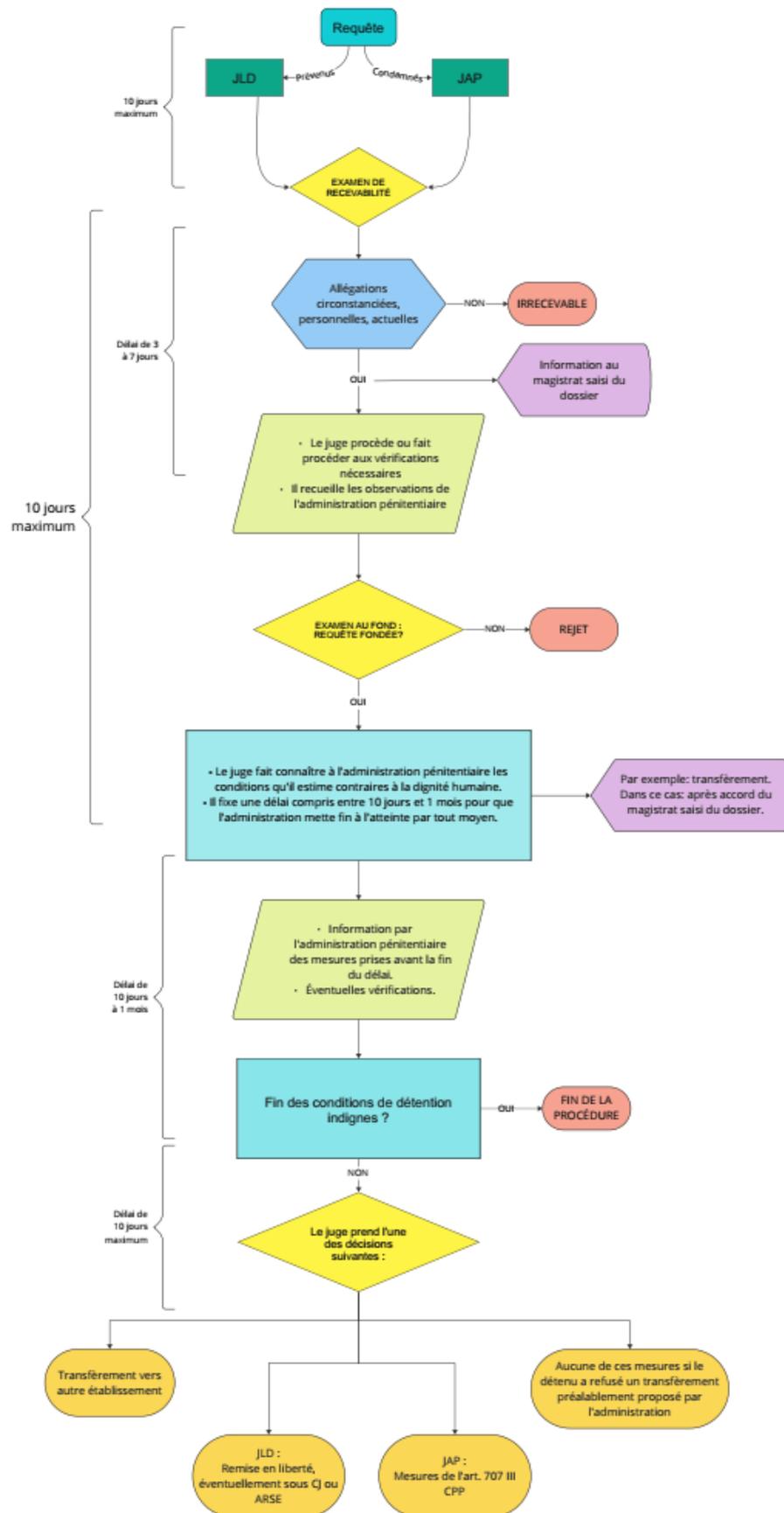
³⁷ *Ibid.*, décision dans laquelle le Comité des ministres du Conseil de l'Europe invite la France à « *envisager rapidement de nouvelles mesures législatives qui réguleraient, de manière plus contraignante, la population carcérale* ».

PARTIE II. ACTUALITÉ DES ATTRIBUTIONS PÉNALES DU JLD

Cette première « révolution », pour ne pas rester lettre morte, nécessite donc à la fois un investissement réel de la mesure par le JLD et le JAP, mais également une autre « révolution culturelle » plus large, entraînant notamment le monde judiciaire dans une réflexion relative au recours à la privation de liberté en matière pénale avant jugement et à titre de peine. La situation actuelle des établissements pénitentiaires et la crainte des effets de la réforme des réductions de peine³⁸ exigent que cette réflexion ait lieu dans les plus brefs délais.

³⁸ Muriel GIACOPELLI, « [Pour la confiance dans l'institution judiciaire dans l'exécution des peines. Beaucoup de bruit...](#) », *JCP G*, 2022, 153 ; Benjamin MONNERY, « [La réforme des réductions de peine : un pari très risqué](#) », *Lexbase Quotidien*, 23 août 2021, n° 38.

PARTIE II. ACTUALITÉ DES ATTRIBUTIONS PÉNALES DU JLD



LE JUGE DES LIBERTÉS ET DE LA DÉTENTION DANS LE CONTEXTE DE LA JUSTICE PÉNALE DES MINEURS : QUELS ENJEUX, QUEL AVENIR ?

Par

Marie-Cécile GUÉRIN

*Maître de conférences HDR en droit privé et sciences criminelles à l'Université de Bordeaux
Institut de sciences criminelles et de la justice*

1. JLD et justice pénale des mineurs. L'adoption du Code de la justice pénale des mineurs (CJPM) a jeté un éclairage inattendu sur le rôle du juge des libertés et de la détention (JLD) dans les affaires de mineurs. Jusque-là, son intervention dans ce cadre s'était faite plutôt discrète. Créé par la loi du 15 juin 2000 renforçant la présomption d'innocence et le droit des victimes, il dépossédait le juge d'instruction de son pouvoir de placement en détention provisoire. Mais les raisons de cette dépossession n'impliquaient pas nécessairement des dispositions spécifiques aux mineurs ; le JLD garantissait désormais que le placement en détention provisoire ne serait plus un moyen de pression du juge d'instruction sur le mis en examen pour le pousser, le cas échéant, à des aveux, qu'il s'agisse d'un majeur comme d'un mineur.

2. Le JLD « chargé spécialement des affaires concernant les mineurs » dans le CJPM. Le JLD constituait l'une des rares juridictions non spécialisées statuant à l'égard de mineurs délinquants, sous réserve du juge de police traitant d'infractions peu graves et de la chambre criminelle de la Cour de cassation jugeant du droit. Néanmoins, que penser du JLD statuant sur la détention d'un mineur présumé innocent et au sujet duquel, de surcroît, les textes internationaux mentionnent que son incarcération doit demeurer exceptionnelle¹ ? À la faveur du dépôt d'un amendement inattendu, le CJPM ajouta le JLD parmi les juridictions spécialisées en matière de crimes, délits ou contraventions de cinquième classe reprochés à un mineur². Il est ainsi mentionné comme magistrat « *chargé spécialement des affaires concernant les mineurs* », ce qui s'est accompagné, en pratique, d'une simple habilitation « mineurs » octroyée à l'ensemble des JLD. Gageons qu'à l'avenir, ce magistrat « spécialisé » le soit réellement, grâce, par exemple, à une formation spécifique, comme c'est déjà le cas des magistrats du parquet « mineurs ».

3. Le JLD statuant au stade de l'information judiciaire : application du droit commun. Les compétences juridictionnelles relatives à la détention des mineurs relèvent du Code de procédure pénale et du CJPM. L'article L. 13-1 dudit code indique que le Code de procédure pénale s'applique sauf dispositions contraires du CJPM. Donc, à défaut de précision contraire, le JLD est compétent en matière de détention provisoire d'un mineur³ et de toute autre question s'y rapportant : mise en liberté, placement sous contrôle judiciaire ou sous assignation à résidence avec surveillance électronique (ARSE). Ainsi, les dispositions spécifiques relatives à l'information judiciaire dans le CJPM ne précisent rien sur le magistrat chargé de statuer sur la détention provisoire du mineur mis en examen. Cette décision incombe donc au JLD. Sa compétence, dans ce cadre, ne saurait être contestée ; elle constitue une garantie dont il serait inique de priver le mineur, sous réserve que sa spécialisation devienne effective. Toutefois, alors qu'auparavant, dans les affaires de mineurs, l'instruction était obligatoire en matière criminelle, correctionnelle et pour les contraventions de cinquième classe, elle ne l'est plus qu'en matière criminelle comme en droit commun. L'instruction

¹ Conv. int. dr. enfant, art. 37 b).

² CJPM, art. L. 12-1.

³ Dans le CJPM, et sauf précision contraire, le terme de « mineur » s'entend de toute personne mineure au moment des faits et non au moment de la procédure (CJPM, art. L. 13-2).

obligatoire devant les juridictions spécialisées était justifiée au regard de la nécessité d’approfondir la connaissance du mineur, ce qui s’effectue désormais dans le cadre de la césure du jugement généralisée en matière de délits et de contraventions de cinquième classe. Cette importante innovation procédurale du CJPM complexifie la répartition des compétences relatives au contentieux de la détention provisoire.

4. Un contexte nouveau : la généralisation de la césure du jugement des contraventions de cinquième classe et des délits. Le CJPM organise la césure du jugement des mineurs par le juge des enfants et le tribunal pour enfants (TPE), tout en conservant, de manière exceptionnelle, le jugement à audience unique dans certains cas : information judiciaire préalable ou saisine du TPE par le procureur de la République selon la procédure de jugement en audience unique, à l’égard de certains mineurs⁴ âgés d’au moins treize ans. La césure scinde en deux le jugement de ces juridictions spécialisées : une première audience d’examen de la culpabilité, une seconde consacrée à l’examen de la sanction. Entre les deux, lorsque le mineur est reconnu coupable de l’infraction, s’ouvre à son encontre une période de mise à l’épreuve éducative. L’objectif de cette césure est de statuer rapidement sur des faits dénués de complexité, fournissant ainsi une réponse pénale rapide à l’adolescent, la délinquance juvénile étant principalement une délinquance d’opposition⁵ pour laquelle la rapidité de la réponse sociale apparaît souhaitable. En revanche, l’adaptation nécessaire de la réponse judiciaire au mineur, par rapport à la fragilité et la construction de sa personnalité, suppose des investigations sur sa situation et sa personnalité afin de prononcer la mesure ou la sanction pénale la plus appropriée. C’est indéniablement l’objectif de cette césure qui permet à la juridiction spécialisée d’ordonner une expertise médicale ou psychologique, une mesure judiciaire d’investigation éducative (MJIE)⁶, une mesure judiciaire éducative (MEJ) provisoire, un contrôle judiciaire ou une ARSE.

5. Conditions du contrôle judiciaire, de l’ARSE ou de la détention provisoire dans le cadre de la justice pénale des mineurs. Rappelons que, quel que soit le magistrat ou la juridiction décisionnaire⁷, ces mesures de sûreté ne peuvent être ordonnées qu’à l’égard de certains mineurs, et à certaines conditions spécifiques au CJPM. Seuls les mineurs âgés de plus de treize ans sont concernés par le contrôle judiciaire et la détention provisoire⁸. L’ARSE ne peut être prononcée que contre un mineur âgé d’au moins seize ans⁹. Le contrôle judiciaire peut comprendre diverses obligations ou interdictions énumérées par le CJPM au titre desquelles figurent le placement éducatif et le placement en centre éducatif fermé (CEF)¹⁰. La détention provisoire est possible à l’égard d’un mineur âgé de moins de seize ans, en matière criminelle ou en matière correctionnelle¹¹, lorsqu’il s’est volontairement soustrait aux obligations du placement en CEF et uniquement en cas de violation répétée ou d’une particulière gravité ou si cette violation s’accompagne d’une autre violation des obligations du contrôle judiciaire et lorsque le rappel ou l’aggravation de ces obligations n’est pas suffisant pour atteindre les objectifs

⁴ CJPM, art. L. 521-1, sous réserve de la possibilité pour le juge des enfants ou le TPE, de décider de statuer selon la procédure de jugement avec mise à l’épreuve éducative (CJPM, art. L. 521-27) après avoir recueilli les observations des parties et sur décision motivée spécialement au regard de la personnalité et des perspectives d’évolution du mineur.

⁵ V. par ex., M. LE BLANC, « La conduite déviante des adolescents : son développement, ses causes », in *Traité de criminologie empirique*, dir. M. CUSSON et M. LE BLANC, Presses de l’Université de Montréal 2010, p. 228 et s., spéc. p. 243, au sujet de la délinquance limitée à l’adolescence, délinquance d’occasion ou commune comme épiphénomène de l’adolescence où le sujet se construit en « testant » les limites sociales.

⁶ CJPM, art. L. 521-14.

⁷ Ces mesures ordonnées avant jugement peuvent être prolongées par le TPE ou le juge des enfants, V. *infra*, n° 18.

⁸ CJPM, art. L. 331-1 et L. 334-1.

⁹ CJPM, art. L. 333-1.

¹⁰ CJPM, art. L. 331-2.

¹¹ CJPM, art. L. 334-4.

de l'article 144 du Code de procédure pénale¹². La détention provisoire des mineurs âgés de plus de seize ans est possible en matière criminelle, ou lorsque la peine d'emprisonnement encourue est égale ou supérieure à trois ans, ou encore lorsque le mineur s'est soustrait aux obligations du contrôle judiciaire ou de l'ARSE et seulement en cas de violation répétée ou d'une particulière gravité et lorsque le rappel ou l'aggravation de ces obligations est insuffisant pour atteindre les objectifs de l'article 144 du Code de procédure pénale¹³. Dans tous les cas, la détention provisoire ne pourra être prononcée ou prolongée que si cette mesure est indispensable et s'il est démontré, au regard d'éléments précis et circonstanciés¹⁴ relatifs à la personnalité du mineur, qu'elle est l'unique moyen de parvenir à l'un des objectifs de l'article 144 du Code de procédure pénale et que ces derniers ne sauraient être atteints par un contrôle judiciaire ou une ARSE¹⁵.

6. Compétences comparées du JLD et du juge des enfants relatives au contentieux de la détention provisoire dans le CJPM. Les travaux parlementaires du début de l'année 2021 ont prévu la compétence du JLD pour le placement en détention provisoire du mineur devant comparaître devant le TPE selon la procédure de jugement en audience unique. Initialement, dans l'ordonnance du 11 septembre 2019 soumise à ratification, cette décision incombait au juge des enfants¹⁶, compétence qui lui fut finalement ôtée, compte tenu de risques allégués de partialité. Pourtant, ce dernier conserve ce chef de compétence dans le cadre de la procédure de jugement avec mise à l'épreuve, durant la période de probation, en cas de violation des obligations du contrôle judiciaire ou d'une ARSE.

7. Enjeux et perspectives. La rapidité de l'adoption du CJPM par les parlementaires n'a peut-être pas permis de prendre l'exacte mesure des enjeux de l'intervention du JLD et particulièrement par rapport aux compétences résiduelles du juge des enfants en matière de placement en détention provisoire. Ce dernier chef de compétence interroge mais ne saurait être compris qu'au regard de l'analyse des enjeux en présence tenant à spécialisation de la justice pénale des mineurs, tant d'un point de vue organique que fonctionnel. La répartition des compétences entre le JLD et le juge des enfants mérite donc d'être discutée, afin de déterminer, le cas échéant, s'il convient d'accroître encore davantage celles du JLD au détriment de celles du juge des enfants. À cet égard, rappelons que le juge des enfants fut conçu, dès l'origine, comme un véritable pilier de la justice pénale des mineurs, bien que cette fonction centrale ait été, depuis, largement entamée. Elle a peut-être d'ailleurs plutôt changé de forme et spécialement avec l'entrée en vigueur du CJPM. Compte tenu de la place actuelle du JLD dans la justice pénale des mineurs et des enjeux en présence, faudrait-il aller plus loin et dans quel sens ; en étendant encore davantage ses pouvoirs ou en les restreignant ?

Les enjeux diffèrent indéniablement selon qu'il s'agit de placer en détention provisoire un mineur dans le cadre de la saisine du TPE selon la procédure de jugement à audience unique (I), ou dans le cadre de la mise à l'épreuve éducative (II).

¹² L'article 144 du Code de procédure pénale indique que la détention provisoire doit constituer l'unique moyen de parvenir à l'un des objectifs suivants : conservation des preuves ou des indices, prévention des pressions et concertations frauduleuses, protection du mis en examen, garantie de présentation en justice, cessation de l'infraction ou prévention de son renouvellement, cessation d'un trouble exceptionnel et persistant à l'ordre public.

¹³ CJPM, art. L. 334-5.

¹⁴ Il convient de noter que des réquisitions de placement en détention provisoire supposent la réalisation d'un recueil de renseignements socio-éducatifs (RRSE), qui permettra notamment au magistrat ou au TPE de statuer en connaissance de cause, relativement à la situation et à la personnalité du mineur (CJPM, art. L. 322-5). La consultation du dossier unique de personnalité (DUP - CJPM, art. L. 322-8) sera également une source d'information, spécialement à l'égard de délinquants en situation de réitération, de récidive ou, plus généralement, d'ancrage dans la délinquance.

¹⁵ CJPM, art. L. 334-2.

¹⁶ Ordonnance n° [2019-350](#) du 11 septembre 2019 portant partie législative du Code de la justice pénale des mineurs, art. L. 423-9 : JORF n° 0213 du 13 septembre 2019.

I. Les compétences du JLD en matière de placement en détention provisoire du mineur comparaissant devant le TPE : retour sur un parti pris législatif contestable

8. Saisine du TPE selon la procédure de jugement en audience unique (CJPM, art. L. 423-9). La césure apparaît inutile lorsque le mineur est déjà connu du tribunal et a fait l'objet d'un rapport récent sur sa situation et sa personnalité. De plus, cela signifie que le mineur est en situation de réitération d'infraction, voire de récidive, manifestant ainsi une tendance à l'ancrage dans la délinquance. Lorsque le délit commis est relativement grave, la trajectoire délinquante peut être alarmante et justifier un nouveau jugement dans un temps relativement rapide. Ainsi, lorsqu'un mineur déféré devant le procureur de la République est poursuivi pour un délit passible d'une peine égale ou supérieure à cinq ans lorsqu'il est âgé de plus de seize ans, ou pour un délit passible d'une peine égale ou supérieure à sept ans, lorsqu'il est âgé de moins de seize ans, le procureur peut saisir le TPE selon la procédure de jugement à audience unique dans deux cas¹⁷. Le second cas est relativement marginal¹⁸, mais le premier concerne les mineurs ayant fait l'objet d'une mesure éducative, d'une MJIE, d'une mesure de sûreté, d'une déclaration de culpabilité ou d'une peine prononcée dans le cadre d'une autre procédure et ayant donné lieu à un rapport datant de moins d'un an. Cette procédure se situe dans le sillage du jugement accéléré des mineurs réitérants ou récidivistes déjà prévu par l'ordonnance du 2 février 1945¹⁹.

9. Détention provisoire des mineurs âgés d'au moins 16 ans. En fonction de la gravité de la délinquance développée par ces adolescents âgés d'au moins seize ans et dans l'attente du jugement, leur placement en détention provisoire peut s'avérer indispensable ne serait-ce que pour garantir leur présentation en justice²⁰. Le CJPM prévoit que le procureur de la République peut requérir une mesure de sûreté : contrôle judiciaire, ARSE ou détention provisoire. Avant jugement, et hors information judiciaire, seuls peuvent être placés en détention provisoire les mineurs âgés d'au moins seize ans dans l'attente de l'audience du TPE saisi selon la procédure de jugement en audience unique²¹. À l'égard de ces mineurs, le TPE doit rendre son jugement dans un délai maximal d'un mois. À défaut de respect de ce délai, le mineur est remis d'office en liberté²². La détention provisoire est donc de courte durée et concerne des adolescents déjà relativement âgés et ancrés dans la délinquance, au sujet desquels la détention doit constituer l'ultime mesure permettant notamment de garantir leur présentation devant le tribunal.

10. Compétence initiale du juge des enfants en matière de placement en détention provisoire. Dès lors, dans l'ordonnance du 11 septembre 2019, le gouvernement avait retenu la compétence du juge des enfants pour la prise de cette décision²³, dans le sillage de l'ordonnance du 2 février 1945 qui comprenait des dispositions analogues dans le cadre de la procédure de jugement accéléré des mineurs (à délai rapproché)²⁴. Le juge des enfants intervenait dès lors avant jugement, au stade de la poursuite, par dérogation au principe processuel de séparation des autorités de poursuite, d'instruction et de jugement. Signalons qu'en droit commun, dans le cadre de la procédure de comparution immédiate et avant jugement, le JLD est compétent pour décider du placement en détention provisoire du prévenu jusqu'à l'audience²⁵.

¹⁷ CJPM, art. L. 423-4.

¹⁸ L'article L. 423-4, 2°, b) vise un mineur poursuivi pour le délit prévu par l'article 55-1 du Code de procédure pénale (refus, lors de l'enquête, de se soumettre à un prélèvement externe).

¹⁹ Ordonnance du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante, art. 14-2.

²⁰ Objectif énoncé par l'art. 144 du Code de procédure pénale.

²¹ CJPM, art. L. 423-9, 2°.

²² *Ibid.*

²³ Ordonnance n° [2019-950](#) du 11 septembre 2019 portant partie législative du Code de la justice pénale des mineurs, CJPM, art. L. 423-9.

²⁴ Ordonnance n° [45-174](#) du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante, art. 14-2 IV, version en vigueur avant abrogation de l'ordonnance.

²⁵ C. pr. pén., art. 394.

11. L'impartialité du juge des enfants : droit à un tribunal indépendant et impartial et spécialisation de la justice pénale des mineurs. Jusqu'alors, ce reliquat de compétence du juge des enfants en matière de placement en détention provisoire n'avait pas attiré l'attention du législateur ou même des plaideurs ; ces prérogatives datent d'avant la jurisprudence européenne et constitutionnelle en matière d'impartialité nécessaire du juge des enfants. Ce n'est que très tardivement que le droit français a remis en cause le rôle central du juge des enfants en matière de justice pénale des mineurs, rôle clé qui lui permettait d'intervenir tout au long de la procédure relativement à la petite et à la moyenne délinquance, notamment en cumulant des fonctions d'instruction et de jugement. Longtemps, cette dérogation avait été tolérée. En 1993, la chambre criminelle de la Cour de cassation estimait que « [...] si le mineur auquel est imputée une infraction pénale doit bénéficier d'un procès juste et équitable, ce principe ne fait pas obstacle à ce qu'un même magistrat spécialisé, prenant en compte l'âge du prévenu et l'intérêt de sa rééducation, puisse intervenir à différents stades de la procédure »²⁶.

12. Retour nécessaire sur le critère européen : « la nature et la portée des décisions prises antérieurement ». La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, au visa de l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales n'était pas contraire²⁷. Toutefois, elle ne statue pas à la lueur de la spécialisation de la justice pénale des mineurs, mais conformément à ses précédents jurisprudentiels en matière d'appréciation du risque de partialité des tribunaux. En effet, de jurisprudence constante, relativement au droit à un tribunal indépendant et impartial²⁸, elle adopte une conception objective de l'indépendance, jugeant que l'absence de séparation des autorités de poursuite, d'instruction et de jugement ne suffit pas à considérer qu'il y a violation de ce droit ; tout dépend de la nature et de la portée des décisions prises antérieurement (affaire *Hauschildt c./Danemark*²⁹). Dans l'affaire *Nortier c./Pays-Bas*, le juge des enfants avait auparavant connu de l'affaire en tant que juge d'instruction ayant statué sur la détention provisoire du mineur. La décision de la Cour était motivée par le fait que le juge des enfants, à ce stade, n'avait fait que peu d'investigations. Ainsi, ces actes accomplis avant jugement ne permettaient pas de considérer qu'il risquait de s'être forgé un préjugé sur la culpabilité. Inversement, bien des années après, en appliquant le même critère tiré de l'arrêt *Hauschildt c./Danemark*³⁰, dans l'arrêt *Adamkiewicz c./Pologne*³¹, elle identifia une violation du droit à un tribunal indépendant et impartial en matière de justice pénale des mineurs, un même juge ayant cumulé des fonctions d'instruction et de jugement. L'examen précis des circonstances permet de mieux mesurer la portée de cette décision.

13. Constance de la jurisprudence européenne. Présentant superficiellement les caractères d'un revirement en matière de justice pénale des mineurs, cette décision n'a rien de nouveau relativement à l'appréciation des risques de partialité des magistrats. En effet, en l'espèce, le juge aux affaires familiales avait renvoyé le requérant devant le tribunal des enfants, constatant que les éléments réunis au cours de l'instruction démontraient que le prévenu était l'auteur des faits. Cette décision, au stade de l'instruction avait impliqué, de la part de ce magistrat, le même type d'analyse que celle qu'il devait ensuite effectuer en tant que membre du tribunal des enfants, juridiction de jugement. Par application de la jurisprudence *Hauschildt*, la nature et la portée du premier acte réalisé au cours de l'instruction était très proche de l'analyse demandée ensuite au sein de la juridiction de jugement. Cela conduit nécessairement à faire naître un doute légitime sur l'impartialité de ce juge, selon la formule consacrée

²⁶ Crim., 7 avril 1993, n° [92-84.725](#), Bull. crim., n° 152 ; JCP, 1993 II 22151, note ALLAIX.

²⁷ CEDH, 24 août 1993, *Nortier c./Pays-Bas*, n° [13924/88](#).

²⁸ Conv. EDH, art. 6 § 1.

²⁹ CEDH, 24 mai 1989, *Hauschildt c./Danemark*, n° [10486/83](#).

³⁰ *Ibid.*

³¹ CEDH, 2 mars 2010, *Adamkiewicz c./Pologne*, n° [54729/00](#).

de la Cour. La condamnation de la Pologne dans l'affaire *Adamkiewicz* devait inévitablement remettre en cause certaines caractéristiques de la justice pénale française des mineurs³².

14. Le contexte de l'article L. 423-9 du CJPM ne justifiait pas l'éviction du juge des enfants. Le rappel de ces péripéties juridico-judiciaires est utile lorsqu'il s'agit d'apprécier l'éviction du juge en matière de détention provisoire du mineur comparaisant devant le TPE selon la procédure de jugement en audience unique.

En effet, ce sont bien les craintes liées à un risque de partialité d'un juge des enfants ensuite président du TPE appelé à statuer qui ont conduit à lui ôter ces compétences. Pourtant, la jurisprudence européenne ne l'imposait pas. La nature et la portée de la décision antérieurement prise par le juge des enfants se rapproche de celle de l'arrêt *Nortier* : le placement en détention provisoire du mineur ensuite renvoyé devant le TPE. L'appréciation nécessaire au placement en détention provisoire à ce stade n'implique aucun examen, fut-il superficiel, relatif aux charges de culpabilité pesant sur le prévenu. Il s'agit d'apprécier l'opportunité d'un placement en détention provisoire au regard des articles 137 et 144 du Code de procédure pénale, impliquant juste l'appréciation de la nécessité de la détention provisoire comme ultime mesure permettant d'atteindre les objectifs énumérés par l'article 144 du Code de procédure pénale. Si, dans le cadre d'une information judiciaire, cela implique indirectement un examen des indices de culpabilité pesant sur la personne mise en examen³³, tel n'est pas le cas ici. Il suffit qu'un des objectifs de l'article 144 du Code de procédure pénale soit pertinent pour justifier la détention provisoire. Il nous semble donc que la compétence anciennement prévue du juge des enfants en la matière, ne posait pas de difficulté.

14. La compétence du juge des enfants serait-elle préférable ? Dès lors, qui devait être préféré, du JLD ou du juge des enfants pour la prise de cette décision, indépendamment, par conséquent, de toute crainte de partialité du juge des enfants ?

La réponse apparaît mitigée. D'une part, le recours au juge des enfants comme juge spécialisé présente un intérêt non négligeable car il s'agit d'un magistrat expérimenté dans les questions de l'enfance, et qui jugera probablement mieux de l'opportunité pratique de la détention provisoire du mineur. L'absence d'une spécialisation réelle et solide du JLD affaiblit en pratique la spécialisation de la justice pénale des mineurs. D'autre part, la détention étant de courte durée et la décision relevant de considérations objectives, une spécialisation approfondie du magistrat décisionnaire est-elle vraiment indispensable ? Cela étant, le caractère exceptionnel de la détention³⁴, ici plus encore qu'à l'égard des majeurs, semble faire pencher la balance du côté du juge des enfants. Rappelons également, qu'en application du CJPM, la détention d'un mineur, à tous les stades de la procédure, doit être motivée par des éléments précis et circonstanciés sur la personnalité du mineur³⁵.

16. Perspectives. Le retour de cette compétence entre ses mains est-il envisageable ? Si l'argument décisif consiste en une fragilisation de la spécialisation de la justice pénale des mineurs, une question prioritaire de constitutionnalité pourrait être soulevée quant à la constitutionnalité de l'article L. 423-

³² C. const., QPC, 8 juillet 2011, n° [2011-147](#), JORF du 9 juillet 2011, p. 11979 : le Conseil constitutionnel considère contraire à l'art. 16 DDHC (d'où il déduit le principe d'impartialité), le renvoi par le juge des enfants de l'affaire devant un TPE que ce dernier préside ensuite au stade du jugement. Cette décision a conduit à l'abrogation de l'art. L. 251-3 du Code de l'organisation judiciaire et à sa réécriture par la loi du 26 décembre 2011 visant à instaurer un service citoyen pour les mineurs délinquants.

³³ En effet, les mesures de sûreté, dont la détention provisoire, ne peuvent être prononcées que contre une personne mise en examen et la chambre de l'instruction est tenue de vérifier, lorsqu'elle est saisie du contentieux de la détention provisoire, que la mise en examen est justifiée au regard de la présence d'indices graves ou concordants : crim., 9 févr. 2021, n° [20-96.339](#) : JCP G, 2021, [290](#), obs. S. DETRAZ ; *Dr. pén.* 2021, comm. [76](#), note A. MARON et M. HAAS ; *AJ pénal* 2021, [154](#), obs. J. BOUDOT.

³⁴ Conv. int. dr. enfant, art. 37, b).

³⁵ CJPM, art. L. 334-2.

9 du CJPM au regard des principes constitutionnels dégagés en matière de justice pénale des mineurs au titre desquels figure la spécialisation des juridictions et des procédures³⁶.

Cette discussion permet de mesurer à quel point une l'analyse des enjeux est indispensable, ce qui est également le cas relativement à la compétence du juge des enfants pour statuer sur la détention provisoire des mineurs dans le cadre de leur mise à l'épreuve éducative.

II. Le placement en détention provisoire du mineur dans le cadre de sa mise à l'épreuve éducative par le juge des enfants : enjeux spécifiques

17. Compétence du juge des enfants en matière de suivi de la période de mise à l'épreuve éducative.

La juridiction statuant sur la culpabilité, lorsqu'elle ouvre une période de mise à l'épreuve éducative, précise les mesures qui accompagneront cette période : expertise médicale ou psychologique, MJIE, MEJ provisoire, contrôle judiciaire, ARSE³⁷. Le suivi du mineur est assuré par le juge des enfants dans tous les cas³⁸ et il peut prescrire, modifier ou lever la MEJ provisoire ou les mesures de sûreté d'office, à la demande du mineur ou de son avocat ou sur réquisition du procureur de la République³⁹.

18. Hypothèses de placement en détention provisoire dans le cadre de la césure du jugement du TPE ou du juge des enfants.

En premier lieu, un placement en détention provisoire peut être ordonné par le juge des enfants ou le TPE, lors de l'audience d'examen de la culpabilité lorsque le mineur n'a pas respecté les obligations du contrôle judiciaire ou d'une ARSE ordonnées dans l'attente de cette première audience⁴⁰. Mais surtout, le juge des enfants est seul compétent pour le placement en détention provisoire du mineur qui méconnaît les obligations de ces mesures de sûreté prononcées à l'ouverture de la probation pour la durée de celle-ci⁴¹. Dans un cas comme dans l'autre, la durée de la détention provisoire ne peut pas excéder un mois. Le mineur ne peut pas subir plus de deux révocations de ces mesures au cours d'une même période de mise à l'épreuve éducative⁴². Sur une période de mise à l'épreuve de six à neuf mois, par conséquent, il ne peut pas subir un total de plus de deux mois de détention provisoire. De plus, en cas de seconde révocation de ces mesures et de placement en détention provisoire, le juge des enfants peut convoquer le mineur devant le TPE en vue d'une audience de prononcé de la sanction⁴³.

19. L'objectif de la détention provisoire dans le cadre de la mise à l'épreuve éducative est-il spécifique ?

Le régime juridique de la détention provisoire dans ce cadre interroge sur ses objectifs. Ils apparaissent se distancier de ceux de droit commun qui font de la détention provisoire une simple privation de liberté avant jugement à titre de mesure de sûreté. En effet, contrairement au régime de droit commun, la détention provisoire du mineur durant la probation présentencielle ne peut jamais couvrir l'intégralité de la période avant l'audience d'examen de la sanction. Dès lors, à quoi sert-elle ? Il semble que la détention provisoire fasse ici davantage office de « punition » ou du moins de moyen de pression sur l'adolescent, afin qu'il respecte à l'avenir les obligations du contrôle judiciaire ou d'une ARSE. En effet, si au bout de deux placements en détention provisoire, il continue de s'y soustraire, alors, le juge des enfants, pouvant le convoquer à l'audience d'examen de la sanction, peut ainsi prendre acte de l'échec de la probation. D'ailleurs, ces obligations présentent pour certaines un aspect

³⁶ C. const. 29 août 2002, n° [2002-461](#) DC, : JO 10 septembre 2002, p. 14953 : ces principes dégagés sur le fondement des lois de la République (principe fondamental reconnu par les lois de la République) sont repris par l'article préliminaire du CJPM. Il s'agit de la responsabilité atténuée en fonction de l'âge du mineur, de la nécessité de rechercher leur relèvement éducatif et de la spécialisation des juridictions et des procédures.

³⁷ CJPM, art. L. 521-14.

³⁸ CJPM, art. L. 521-13.

³⁹ CJPM, art. L. 521-15.

⁴⁰ CJPM, art. L. 521-10.

⁴¹ CJPM, art. L. 521-21.

⁴² CJPM, art. L. 521-22, al. 2.

⁴³ CJPM, art. L. 521-22, al. 3.

très éducatif, puisque le contrôle judiciaire peut comprendre un placement éducatif ou un placement en CEF. En outre, la violation des autres obligations du contrôle judiciaire manifeste tout de même une opposition du mineur qui augure mal de sa réceptivité à l'égard de sa prise en charge éducative.

20. Pertinence de la compétence du juge des enfants au détriment du JLD. Dès lors, le placement en détention provisoire du mineur dans ce cadre apparaît étroitement lié au déroulement de la probation éducative et subordonné à l'appréciation de l'opportunité des mesures d'accompagnement éducatif. Nous reconnaissons ici le domaine de compétence privilégié du juge des enfants, ce magistrat ayant été créé pour suivre l'évolution de la personnalité du mineur afin de prononcer à son encontre les mesures ou les peines les plus appropriées à sa situation et à son caractère. Par ailleurs, sont ici dépourvus de pertinence les risques de partialité ayant justifié son éviction du placement en détention provisoire du mineur comparissant devant le TPE statuant en audience unique. Le juge des enfants intervient, dans le cadre de la probation éducative, exclusivement au stade du jugement, entre les deux audiences composant la procédure de jugement. Il ne saurait donc être question d'un risque de partialité relevant d'un cumul des fonctions de poursuite, d'instruction et de jugement ou d'un risque plus général de formation précoce d'un préjugé. Néanmoins, ce chef de compétence est nouveau et propre au CJPM, dans le cadre de la procédure de jugement avec mise à l'épreuve éducative qui n'existait pas dans l'ordonnance du 2 février 1945 en tant que telle, même si l'ordonnance prévoyait une césure possible, calquée sur l'ajournement du prononcé de la peine en droit commun. Il aurait donc été possible au législateur de prévoir la compétence du JLD, plutôt que celle du juge des enfants. Il ne nous semble pas que ce dernier choix ait été fait par hasard, bien au contraire. Le juge des enfants retrouve dans le cadre de cette procédure la fonction qui a toujours été la sienne : une fonction de suivi éducatif des mineurs sur plusieurs mois, vers l'adoption définitive d'une mesure ou d'une peine adaptée au regard des investigations menées et de l'évolution de l'adolescent. La légitimité du JLD, lors de sa création, reposait sur la nécessité d'ôter au juge d'instruction un moyen de pression sur la personne mise en examen durant l'information judiciaire. Nulle analogie n'est possible ici. Certes, la détention provisoire pourrait constituer, entre les mains du juge des enfants, un moyen de pression pour contraindre l'adolescent, après détention, à se conformer aux obligations d'un contrôle judiciaire ou d'une ARSE jusqu'à l'audience d'examen de la sanction. Néanmoins, l'objectif de cette pression prend place dans un contexte éducatif, même si nous sommes ici dans le contexte d'une éducation en quelque sorte « sous contrainte ». Il nous semble en résulter que la compétence du JLD ne serait pas nécessairement une meilleure solution, bien au contraire.

Par conséquent, il faut souhaiter que la compétence du juge des enfants soit ici maintenue, afin qu'il puisse conserver la quintessence éducative de ses fonctions, particulièrement à l'égard de la délinquance moyenne concernée par la procédure de jugement avec mise à l'épreuve éducative.

JUGE D'INSTRUCTION ET JUGE DES LIBERTÉS ET DE LA DÉTENTION : COMPLÉMENTARITÉ OU CONCURRENCE ?

Par

Davy MIRANDA

Magistrat, juge d'instruction au pôle criminel du tribunal judiciaire de Narbonne

La pandémie de Covid-19, outre les répercussions concrètes qu'elle a pu occasionner pour l'ensemble des particuliers, a mis sous tension les institutions publiques, et notamment les juridictions nationales puisque de nombreux contentieux ont été portés devant le Conseil constitutionnel, le Conseil d'État ou la Cour de cassation, que ce soit au sujet de l'atteinte aux libertés de circulation, d'aller ou de venir, ou encore du débat portant sur l'instauration du Pass sanitaire. Il en est ainsi d'un contentieux qui a particulièrement cristallisé les débats des juristes et des praticiens : celui du renouvellement « automatique » des prorogations de délai de détention provisoire, c'est-à-dire les incarcérations prononcées au cours de la phase préparatoire au procès pénal.

Au-delà de la décision du Conseil constitutionnel rendue le 29 janvier 2021¹ qui est venue mettre un terme aux incertitudes et aux divergences des décisions des cours d'appel, en rappelant avec force que l'autorité judiciaire reste la seule garante des libertés individuelles, cela a été l'occasion de faire taire un doute qui s'était instauré de façon pratique : savoir si la décision d'application des dispositions contestées devait être mise en œuvre par le juge d'instruction lui-même ou par le juge des libertés et de la détention (JLD). Faute de précisions dans les textes votés en urgence lors de l'apparition de cette pandémie, plusieurs pratiques se sont développées en matière de détention provisoire : certains juges d'instruction ont considéré que le renouvellement étant « automatique », il n'y avait pas lieu de faire quoi que ce soit si ce n'est constater la situation pour chaque détenu ; d'autres en revanche ont saisi le JLD pour se prononcer sur chaque cas et certains JLD s'étaient même « auto-saisis » pour statuer à cette fin alors qu'aucun texte du Code de procédure pénale ne prévoit cette possibilité. S'agissant des décisions prises par ce magistrat, certains JLD n'ont fait que constater ce renouvellement automatique sans audience ou présentation, là où d'autres se sont prononcés pour ou contre par des décisions motivées en fait et en droit après un débat contradictoire y compris par visioconférence. La confusion était donc bien réelle.

Ce rappel n'est pas anodin et confirme qu'il existe depuis plusieurs années des réflexions quant à la répartition des rôles entre le juge d'instruction et le JLD dans cette phase préparatoire au procès pénal. En effet, dans le cadre de l'enquête préliminaire et depuis l'instauration des comparutions immédiates ou à délai différé, le procureur de la République décide directement des poursuites dans la plupart des procédures. Cela a été rendu possible par l'accroissement concomitant des pouvoirs du JLD pour autoriser certains actes requis par le ministère public et se prononcer sur les mesures coercitives avant le procès. Cela interroge forcément quant au rôle désormais dévolu au juge d'instruction hors le cadre de l'enquête criminelle qui reste encore à ce jour de sa seule compétence. Pour comprendre les enjeux qui se profilent à l'horizon, et les possibles évolutions de ces deux fonctions, il est important de faire un bref état des lieux quant à l'articulation des rôles du juge d'instruction et du JLD en matière pénale (I), avant de s'interroger sur les perspectives d'avenir de ces deux fonctions, entre complémentarité ou fusion-absorption si tant est que l'on puisse puiser dans le vocabulaire du droit des sociétés la physionomie future de la phase préparatoire du procès pénal (II).

¹ C. const., 29 janvier 2021, n° [2020-878/879](#).

I. L'articulation des rôles du juge d'instruction et du juge des libertés et de la détention en matière pénale : état des lieux

La question de « l'articulation » des fonctions du juge d'instruction et du JLD en matière pénale n'est pas nouvelle. Elle existe depuis la création de la fonction « JLD » par la loi du 15 juin 2000 et celle des pôles de l'instruction en 2007² (mis en place en 2010) à une époque où la suppression du juge d'instruction était clairement envisagée. Depuis près de vingt ans, cette « coexistence » n'a été l'occasion ni d'une disparition ou affaiblissement de la fonction d'instruction en dépit de la baisse constante du nombre d'affaires pénales confiées aux cabinets d'instruction (3 et 6% de l'ensemble des procédures pénales³), ni d'une transformation du JLD en « juge de l'enquête » comme certains le prédisaient. La question qui demeure est la part toujours plus importante donnée au JLD pour autoriser certains actes d'enquête dans le cadre de procédures menées par le procureur de la République, et désormais ceux qu'il sera amené à autoriser s'agissant des perquisitions envisagées par le juge d'instruction dans le cabinet d'un avocat (B). Auparavant, il est utile de rappeler la répartition des rôles et des pouvoirs du juge d'instruction et du JLD en ce qui concerne les mesures coercitives à la lumière des décisions prises lors du confinement de 2020 puisque ces deux magistrats n'interviennent qu'au cours de la phase préalable au procès pénal (A).

A) En matière de mesures coercitives

Selon les dispositions de l'article 137-1 du Code de procédure pénale, la détention provisoire est ordonnée ou prolongée par le JLD quelle que soit la nature des infractions, délictuelle ou criminelle. Les demandes de mise en liberté lui sont également soumises. Mesure assez critiquée par certains juges d'instruction lors de son entrée en vigueur, voyant là une atteinte majeure à leur office, cette modification notable de la procédure pénale française a permis de scinder la fonction « d'enquête » du juge d'instruction, et celle relative à la « détention » relevant désormais de la seule décision du JLD, mettant finalement un terme à cette célèbre formule attribuée à un ancien garde des Sceaux décrivant le juge d'instruction comme étant « *à la fois Maigret et Salomon* »⁴ lorsqu'il décidait lui-même de la détention d'un mis en examen, dénommé alors inculpé.

Une fois saisi par le juge d'instruction qui doit motiver en fait et en droit la demande de placement en détention provisoire au regard des éléments du dossier, le JLD doit examiner si les conditions requises à l'article 144 du Code de procédure pénale sont réunies et motiver sa décision pour pouvoir prononcer cette détention et délivrer le mandat de dépôt correspondant : conserver les preuves ou indices matériels, empêcher les pressions sur les témoins ou victimes, empêcher une concertation entre coauteurs, protéger le mis en examen contre des risques de représailles, garantir son maintien à disposition de la justice et éviter les risques de fuite, mettre fin à l'infraction ou prévenir son renouvellement et enfin mettre fin au trouble exceptionnel provoqué par la gravité de l'infraction. À ce stade de la procédure, le JLD, saisi de l'unique objet du contentieux de la détention provisoire, ne doit pas se prononcer sur la pertinence ou non des charges pesant sur le mis en examen et retenues par le juge d'instruction. Il n'est pas le « juge d'appel » de la mise en examen. Pour autant, il résulte de l'article 5 § 1, c) de la Convention européenne des droits de l'Homme que le JLD, tout comme la chambre de l'instruction si elle est saisie de la contestation d'une incarcération provisoire, doit s'assurer que les conditions légales des mesures de sûreté sont réunies. À ce titre, et par application combinée des articles 80-1 et 137 du Code de procédure pénale, ce magistrat doit expressément constater l'existence d'indices graves ou concordants rendant vraisemblable la participation du mis en examen comme auteur ou complice des faits reprochés avant de décider s'il y a lieu de prononcer sa détention provisoire. C'est dire que cette distinction est tenue dans la mesure où si n'est pas examiné

² Loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale.

³ Ministère de la justice, *Chiffres clés de la justice*, édition 2022, p. 15-17.

⁴ Robert BADINTER, « [La mort programmée du juge d'instruction](#) », *Le Monde*, 21 mars 2009.

le fondement de la mise en examen mais l'existence d'indices graves ou concordants, en pratique, avouons-le, cela revient à la même chose...

Le JLD conserve toutefois une marge de manœuvre en matière de mesures de sûreté, outre la décision de placement en détention provisoire elle-même, puisqu'il peut, lorsqu'une demande de débat différé est sollicitée par le mis en examen ou son conseil⁵, saisir le Service Pénitentiaire d'Insertion et de Probation (SPIP), la Protection Judiciaire de la Jeunesse (PJJ) ou toute association habilitée aux fins d'enquête rapide de personnalité s'il envisage éventuellement le placement du mis en examen sous contrôle judiciaire ou sous Assignation à Résidence sous Surveillance Electronique (ARSE). Une fois sa décision intervenue, le juge d'instruction « reprend la main » et peut décider à tout moment soit d'ordonner la mise en liberté sous contrôle judiciaire, soit le placement du mis en examen sous ARSE en fonction de l'avancée des investigations. En d'autres termes, le JLD n'intervient qu'au stade de la mise en œuvre de mesures coercitives, et de leurs éventuelles prolongations, ou lors de demandes de mise en liberté formées par le détenu provisoire. Il ne peut en aucun cas s'auto-saisir. De plus, une fois l'information judiciaire achevée, le juge d'instruction qui décide de renvoyer le mis en examen « détenu provisoire » devant un tribunal correctionnel peut décider de maintenir la détention provisoire de ce dernier par une ordonnance motivée distincte de son ordonnance de renvoi, et ce sans saisir le JLD qui n'a plus vocation à intervenir. Pour ceux qui ne sont pas rompus à l'instruction préparatoire, cette articulation paraît bien complexe.

Dans sa décision du 29 janvier 2021, le Conseil constitutionnel, saisi le 4 novembre 2020 par la Cour de cassation⁶ de QPC relatives à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit de l'article 16 de l'ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020 portant adaptation des règles de procédure pénale prise sur le fondement de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19, a rappelé avec force la compétence exclusive de l'autorité judiciaire en tant que garante des libertés individuelles issue de l'article 66 de la Constitution. Cet article 16 prévoyait la prolongation « de plein droit » et pour des durées variables selon la peine encourue, des détentions provisoires au cours et à l'issue de l'instruction, pendant la période du confinement. Au-delà du fait que le juge constitutionnel ait tranché en faveur de la nécessité de l'intervention du juge judiciaire pour apprécier du maintien de plein droit des personnes détenues provisoirement, il a, par cette décision, réaffirmé (même s'il ne l'a pas formulé en ce sens) que le JLD devait être saisi par le juge d'instruction pour s'assurer que les conditions requises pour maintenir en détention étaient réunies. La solution, bien que logique d'un point de vue strictement juridique, a permis de réaffirmer la compétence exclusive du JLD pour connaître du contentieux de la détention provisoire et mettre ainsi fin à des pratiques disparates qui s'étaient développées dans les juridictions. En effet, certains JLD s'étaient auto-saisis de la question des détentions provisoires qu'ils avaient prononcées, sans aucun fondement juridique, et certains juges d'instruction avaient rendu des ordonnances constatant le renouvellement automatique alors même qu'ils n'ont aucune compétence en matière de mesure de sûreté. C'est dire la confusion qui régnait et qui était révélatrice d'une absence de clarification de la répartition des rôles et des fonctions pour certains praticiens.

Cette question de la répartition des rôles entre juge d'instruction et JLD ne se posait finalement qu'en matière de mesure de sûreté et notamment s'agissant du placement en détention provisoire. Néanmoins, une récente loi⁷ est venue imposer au juge d'instruction, cette fois s'agissant du fond du dossier, c'est-à-dire dans le cadre de l'enquête elle-même, une saisine obligatoire du JLD avant de pouvoir réaliser un acte d'investigation.

⁵ Qui doit intervenir dans les quatre jours ouvrables. V. : c. pr. pén., art. 145, al. 4.

⁶ Crim., 3 novembre 2020, renvois nos [2358](#) et [2349](#).

⁷ Loi n° [2021-1729](#) du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire.

B) En matière de perquisition d'un cabinet d'avocat

Au fil des réformes de la procédure pénale, le JLD acquiert de nouvelles compétences notamment lorsqu'il s'agit d'une mesure attentatoire aux libertés, de façon concurrente au juge d'instruction dans la mesure où ce dernier peut, dans un dossier d'information, et par ordonnance motivée, autoriser des écoutes téléphoniques, des géolocalisations en temps réel et la saisie de données de connexion. La loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire, dans son article 3, a créé un régime particulier s'agissant des perquisitions réalisées dans un cabinet d'avocat ou au domicile de ce dernier.

Désormais, les dispositions des articles 56-1 à 56-1-2 du Code de procédure pénale imposent, y compris au juge d'instruction, l'autorisation écrite et motivée du JLD avant toute perquisition dans les cabinets d'avocats ou en d'autres lieux, comme le domicile d'un avocat ou sa résidence secondaire, voire même sa case du palais, dès lors qu'il s'agirait de saisir éventuellement des documents protégés par le secret professionnel. Pour ce faire, le JLD doit, s'il autorise cette perquisition, justifier qu'il existe des raisons plausibles de soupçonner cet avocat d'avoir commis ou tenté de commettre, en tant qu'auteur ou complice, l'infraction qui fait l'objet de la procédure ou une infraction connexe. Une fois cette autorisation obtenue, le juge d'instruction qui, rappelons-le, doit mener lui-même cette perquisition, doit veiller à ce que les investigations conduites ne portent pas atteinte au libre exercice de la profession d'avocat et à ce qu'aucun document relevant de l'exercice des droits de la défense, et couvert par le secret professionnel de la défense et du conseil, ne soit saisi hors le cadre précis de son information judiciaire. Pour autant, certaines restrictions sont prévues par la loi puisque l'article 56-1-2 du Code de procédure pénale prévoit que le secret professionnel n'est pas opposable aux mesures d'enquête ou d'instruction s'agissant des délits de fraude fiscale, de corruption, de trafic d'influence, de financement du terrorisme et de blanchiment de ces infractions, dès lors que les actes de cet avocat (consultations, correspondances ou pièces détenues ou transmises par l'avocat à son client) établissent la preuve de leur utilisation aux fins de commettre ou faciliter la commission desdites infractions.

Tout récemment, à l'occasion d'une contestation de la portée de la circulaire du 28 février 2022 du garde des Sceaux sur ce sujet, le Conseil d'État, saisi de deux QPC⁸ concernant la conformité des articles 56-1 et 56-2 du Code de procédure pénale à la Constitution, a décidé de les transmettre au Conseil constitutionnel. Il sera donc très intéressant pour les praticiens d'attendre la décision des Sages de la rue Montpensier pour connaître les contours définitifs de ces dispositions, décision particulièrement attendue tant par les magistrats que par les avocats. C'est dire que l'articulation « juge d'instruction – JLD » en matière de perquisitions dans un cabinet d'avocat n'est pas encore très précise, car il existe encore des doutes quant à leur constitutionnalité. Incertitude du droit ou droit des incertitudes...

II. Perspectives d'avenir et répartition des rôles

Quelles sont actuellement les perspectives d'avenir de ces deux fonctions ? Doivent-elles continuer à exister en tant que telles ou fusionner en un seul juge du siège « juge de l'enquête » ou « juge de l'instruction » ? La question paraît saugrenue mais elle pose peut-être les bases de l'architecture future de la phase préparatoire au procès pénal, du moins s'agissant des infractions les plus graves ou en matière de criminalité organisée. En d'autres termes, les réformes à venir vont-elles s'orienter vers une place plus importante prise par le procureur de la République et l'intervention d'un juge du siège pour autoriser ou valider des actes d'investigations souhaités par le ministère public (A) ? Ou bien, à l'inverse, va-t-on assister à un renforcement des rôles du juge d'instruction et du JLD avec des

⁸ [C. const., n° 2022-1030 QPC](#) ; v. : [QPC 360°](#), portail de la Question Prioritaire de constitutionnalité ; Pauline DUFORQ, « [Secret professionnel des avocats : transmission de la QPC au Conseil constitutionnel](#) », *Dalloz actualité*, 9 novembre 2022.

« spécialisations » plus affirmées sur le plan de la politique pénale menée par le ministère de la Justice (B) ?

A) Vers une disparition du juge d'instruction en phase préparatoire du procès pénal ?

La question n'est pas nouvelle puisqu'elle a déjà été abordée à l'occasion de deux commissions⁹. Certains auteurs¹⁰ estiment qu'il serait nécessaire de donner au JLD un pouvoir de contrôle des actes d'investigations réalisés par le procureur de la République mais également par le juge d'instruction, et d'en faire ainsi une sorte de juge de la légalité des investigations, quel que soit le cadre d'enquête (enquête de police judiciaire ou instruction préparatoire). Cette hypothèse se heurte toutefois à deux arguments contraires : d'une part, l'ensemble des actes du juge d'instruction est déjà placé sous le contrôle de la chambre de l'instruction qui peut être saisie en appel ou par requête en nullité soit par les parties (les avocats des mis en examen ou des parties civiles) soit par le ministère public et, d'autre part, cela reviendrait à créer un « double appel » des actes d'investigations, d'abord devant le JLD de la même juridiction et ensuite devant la chambre de l'instruction le cas échéant. Cela serait-il opportun et pertinent ? Assurément non, du point de la vue de la pratique, engorgeant nécessairement les cabinets des JLD et rallongeant de fait les délais d'instruction. Si c'est la célérité des informations judiciaires qui est recherchée, qui est un but louable et souhaité par les magistrats instructeurs eux-mêmes, il serait alors bien plus logique et efficace de cantonner la fonction du juge d'instruction aux seuls dossiers criminels, et d'envisager de restreindre les possibilités de saisine de ce juge en matière délictuelle. Sans préjuger de leur pertinence pour les victimes, les plaintes avec constitution de partie civile concernant les dossiers délictuels alourdissent sensiblement les cabinets d'instruction. Ce constat est connu du législateur puisque une réforme récente¹¹ permet désormais au procureur de solliciter, du doyen des juges d'instruction saisi d'une plainte avec constitution de partie civile, la possibilité de poursuivre et terminer les investigations déjà engagées avant toute ouverture d'information judiciaire au fond. Sans avoir à ce jour suffisamment de recul sur la pertinence de cette possibilité, il semblerait que cette option permettrait au juge d'instruction de se recentrer sur les dossiers criminels et ceux relevant de la criminalité organisée qui nécessitent des instructions longues, complexes, impliquant des services d'investigations spécialisés.

Si le rôle du JLD s'est considérablement étoffé depuis sa création et notamment depuis la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, il est important de souligner que, si le JLD a permis de développer des alternatives à la saisine du juge d'instruction pour permettre au procureur de la République d'orienter différemment ses poursuites, (comme les comparutions immédiates ou à délai différé avec placement en détention provisoire, permettant la finalisation d'investigations lancées en amont), il n'en demeure pas moins que le juge d'instruction, contrairement au JLD ou au procureur, réalise lui-même certaines investigations. En effet, en sa qualité de « juge enquêteur », il mène lui-même les interrogatoires de fond, prononce les mises en examen, réalise les confrontations et les reconstitutions, ce que ne font ni le procureur de la République ni le JLD, qui laissent ces investigations entre les mains des services d'enquête. N'est-ce pas le gage d'une intervention d'un juge du siège spécialisé permettant d'assurer les garanties exigées par la Cour européenne des droits de l'Homme, que ce soit en matière de motivation des actes ou de contrôle effectif des investigations menées sous son autorité tout en permettant un recours contre ses décisions ? *A priori* la réponse est positive et ne justifierait donc pas que le JLD devienne l'instance de

⁹ Commissions dites « Commission Donnedieu de Vabre » et « Commission Delmas-Marty », voir Projet de réforme de la procédure pénale française, 1949 ; [Rapport](#) de la commission justice pénale et droits de l'Homme sur la mise en état des affaires pénales, présidée par Mireille DELMAS-MARTY, 1991.

¹⁰ V. notamment : Pauline LE MONNIER DE GOUVILLE, « [La mutation du juge des libertés et de la détention](#) », *AJ pénal*, 2019, p. 131 ; Pauline LE MONNIER DE GOUVILLE, « [Réflexions sur le contrôle des actes d'investigation par le juge des libertés et de la détention](#) », *Lexbase Quotidien*, n° 50, 23 juin 2022.

¹¹ Loi n° [2019-222](#) du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice ; c. pr. pén., nouvel art. 86.

contrôle des actes menés par le juge d'instruction ou tout simplement qu'il devienne, par un mécanisme de « fusion-absorption » le seul juge de l'enquête un temps envisagé.

B) Vers une véritable création de pôle d'enquêtes ou d'instruction alliant les compétences du juge d'instruction et du JLD ?

À l'heure de grandes interrogations sur le devenir de la police judiciaire lancées par le ministère de l'Intérieur, le maintien du juge d'instruction prend toute sa dimension et sa coexistence avec le JLD toute son acuité. Quelles sont les perspectives d'avenir de ces deux fonctions ? La question n'est pas simple et éminemment politique car elle pose en filigrane la question de l'indépendance du parquet à l'égard de l'exécutif, finalement une des seules raisons au maintien du juge d'instruction. Mais une autre option pourrait être envisagée et qui serait conforme aux attentes des justiciables et adaptée à l'évolution de la criminalité.

En effet, l'institution du juge d'instruction telle qu'elle existe aujourd'hui et qui a été pensée pour lutter contre une délinquance plutôt individuelle et localisée ne semble plus adaptée à la criminalité organisée de nos jours qui se régionalise ou s'internationalise, ainsi qu'à l'accroissement de la délinquance complexe, notamment économique et financière, qui demande des investigations longues et bien souvent très techniques ou des déplacements à l'étranger. Si les dysfonctionnements constatés à l'occasion de l'affaire dite *d'Outreau* ont mis en exergue les limites de l'intervention d'un seul juge d'instruction, rappelons que les détentions provisoires avaient été décidées par un JLD et validées pour la plupart par la Chambre de l'instruction. La question et les solutions à envisager sont donc d'un autre ordre. N'y aurait-il pas intérêt à faire évoluer les pôles d'instruction actuels en véritables collégialités, dotées d'équipes structurées et permanentes autour des magistrats instructeurs, avec des greffiers spécialisés, des assistants spécialisés ou des juristes-assistants formés à la criminalité organisée ou ayant des compétences marquées en matière économique, comptable et financière. Cette collégialité permettrait d'aborder, pour les dossiers les plus complexes, tant les questions d'investigations au fond que la question des mesures de sûreté comme la détention provisoire. Elle permettrait d'éviter les lenteurs communément constatées à l'occasion de l'arrivée d'un nouveau magistrat instructeur devant nécessairement prendre connaissance de l'ensemble des dossiers de son cabinet (entre 130 et 150 dossiers). Elle renforcerait la réactivité nécessaire lors d'une opération ou ouverture d'information impliquant de très nombreuses personnes et permettrait d'éviter des mises en examen prononcées par un seul magistrat. Cette « équipe » autour des magistrats de l'instruction permettrait d'avoir cette continuité, la fluidité des investigations et de leur suivi ainsi qu'une véritable décision collégiale s'agissant des questions attentatoires aux libertés comme la détention provisoire, les saisies mobilières ou immobilières. Les dossiers seraient attribués, non plus nominativement à un juge d'instruction, mais à la juridiction d'instruction composée d'au moins trois magistrats ayant les compétences actuelles des juges d'instruction et des JLD. Ils pourraient ainsi juger ensemble des orientations d'enquête et déléguer des tâches concrètes à leurs assistants, comme par exemple la rédaction des missions d'expertise ou le suivi des demandes d'actes des services d'enquête, une fois validés par la collégialité. Ce système pourrait évidemment garder de la souplesse et ne faire intervenir que deux, voire un seul magistrat selon l'importance des dossiers ou des tâches à réaliser. Peut-être serait-il également pertinent de créer des pouvoirs spéciaux du « président » de cette collégialité, à l'instar du président de la chambre de l'instruction, pour traiter des demandes simples et ne nécessitant pas la saisine de l'instance collégiale.

Cette évolution fusionnant les deux compétences actuelles permettrait de répondre efficacement aux enjeux de politique pénale de lutte contre les réseaux organisés de trafic de stupéfiants et plus largement contre la criminalité organisée dont les ramifications sont nombreuses et étendues sur un échelon *a minima* régional. Elle serait le gage d'une véritable indépendance de la justice dans cette phase préparatoire au procès pénal telle que souhaitée et rappelée par la Cour européenne des droits de l'Homme.

REGARD DE PROCUREUR SUR LA FONCTION DE JUGE DES LIBERTÉS ET DE LA DÉTENTION

Par

Florence LARDET

Magistrate, vice-procureure

Tribunal judiciaire de Paris, section criminalité financière de la juridiction nationale de lutte contre la criminalité organisée

Près de 23 ans que le juge des libertés et de la détention (JLD) existe¹. En 2000, rien ne garantissait qu'il trouve sa place dans un écosystème – à l'équilibre fragile – qui fonctionnait sans lui depuis de nombreuses décennies. À l'époque, il était par ailleurs créé notamment en raison d'une certaine défiance à l'égard d'un juge d'instruction considéré par beaucoup comme trop puissant. Et pourtant, au fil des évolutions législatives et jurisprudentielles, des discussions et débats portés par comités et groupes de travail qui se sont succédé pour penser la procédure pénale, le JLD a su trouver sa place. Consécration ultime, il s'est vu doter en 2016 d'un véritable statut. Tel un kaléidoscope, il a aussi permis à chaque protagoniste de réinterroger place et fonction de chacun, faisant ainsi évoluer les pratiques professionnelles de tous.

Outre un écosystème fragile, il lui fallait aussi trouver sa place dans un contexte extrêmement mouvant. On notera notamment dans la première décennie de ce siècle une prise en compte de la nécessité de mieux appréhender les phénomènes de criminalité organisée. Cela a donné lieu – *et ce fut salué par les acteurs de terrain* – à de nombreuses réformes visant à doter institutions judiciaire et policière des moyens de remplir efficacement leur mission : création en 2004 des juridictions interrégionales spécialisées, dispositions pour faciliter saisies et confiscations en 2010, création en 2013 d'un Parquet National Financier et d'un Office Central de Lutte contre la Corruption et les Infractions Financières et Fiscales, création d'une Juridiction Nationale de Lutte contre la Criminalité Organisée en 2019. Des textes plus récents questionnent en revanche la capacité des institutions judiciaire et policière à faire face de manière efficace aux phénomènes de délinquance de grande ampleur, tant sur le plan de l'arsenal législatif et réglementaire que sur celui des moyens dévolus aux acteurs de terrain. Réforme de la police nationale, réforme de la procédure pénale sont autant de sujets de réflexion en cours de nature à susciter quelques inquiétudes quant à notre capacité à contrer la montée en puissance de groupes criminels toujours plus puissants et à protéger un État de droit toujours plus ébranlé, que ce soit de l'intérieur ou de l'extérieur.

Réfléchir à l'office du JLD doit se faire en pensant aux répercussions que toute modification apportée à la fonction de JLD aura nécessairement sur les autres acteurs de la procédure ainsi que sur la manière – efficace ou non – dont sont menées les investigations. N'oublions pas que toute réflexion touchant à l'un des acteurs ou à l'objet du droit pénal ou de la procédure pénale nécessite de garder à l'esprit les enjeux suivants : comment protéger au mieux l'État de droit ? Comment concevoir des réformes renforçant à la fois protection des droits et efficacité procédurale ?

Cet article décrira ce qu'est le JLD d'aujourd'hui : un juge de l'urgence, reconnu et légitime (I) avant de s'interroger sur l'avenir et sur ce qui attend le JLD de demain (II).

¹ Loi n° [2000-516](#) du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes.

I. Le JLD d'aujourd'hui : juge de l'urgence, reconnu et légitime

En un peu plus d'une vingtaine d'années, le JLD a su monter en puissance. Intrinsèquement, il s'est forgé une légitimité : il est de tous les contentieux (civil, pénal, administratif), il est incontournable pour le législateur qui lui attribue de nouvelles missions quasiment à chaque réforme. En 2016, reconnaissance de taille : un statut lui est accordé. Sa légitimité est pleine et entière. C'est indéniablement un magistrat impartial et puissant (I). Extrinsèquement, il a le mérite d'avoir réussi cette montée en puissance sans mettre à mal le fragile écosystème qui existait avant lui : au juge d'instruction et au parquet, le champ des investigations, au JLD, le champ juridictionnel pré-sententiel (II).

A) Un magistrat impartial et puissant

Un magistrat fortement sollicité et vis-à-vis duquel les attentes sont fortes. Avec la loi de 2000², le législateur a décidé de confier le contentieux de la liberté et de la détention à un magistrat du siège, en position d'arbitre impartial et « *paraissant tel aux yeux de tous* » selon les termes de la Cour européenne des droits de l'homme³. Le juge d'instruction ne satisfaisant pas à cette obligation, un nouveau juge devait remplir cet office.

Il a fallu commencer par s'interroger sur ce qu'on attendait de lui et déjà, avant toute chose, sur la manière dont on allait le nommer. Initialement, le JLD était plutôt envisagé – notamment par les députés – comme un « *juge de la détention* »⁴. La détention provisoire, c'est son cœur de métier : placement, prolongation... Il est indéniablement juge de la liberté des mis en examen, et ce sous contrôle de la Chambre de l'instruction et de la Cour de cassation. Par la suite, il a été de plus en plus souvent mobilisé. Dès qu'un risque d'atteinte aux libertés individuelles apparaissait dans le cadre de l'enquête, le législateur avait recours à ses services : perquisitions, écoutes téléphoniques, visites domiciliaires et saisies, gardes à vue dans le champ de la criminalité organisée (prolongations exceptionnelles, report de l'assistance de l'avocat), contrôle *a posteriori* des saisies de sommes d'argent sur comptes bancaires... Ces différentes facettes le positionnent naturellement comme un « *juge des libertés* ».

À ce jour, il compte plus de 70 attributions à son actif⁵. Il se doit d'être un « *touche à tout* », capable d'osciller entre champ civil, pénal et administratif, le tout dans l'urgence et conformément à un planning qu'il ne maîtrise pas. Autant dire que cette fonction ne pouvait être réservée qu'à des magistrats aguerris et expérimentés.

Un magistrat protégé par un statut propre. Au fil des ans, le JLD s'est éloigné de cette image de « *spectateur épisodique du dossier* »⁶. À la suite de l'affaire d'Outreau notamment, les parlementaires ont fait part de leur souhait d'accroître son rôle et de garantir son indépendance, faisant leur la préconisation du Syndicat de la Magistrature de faire de la fonction de JLD une fonction juridictionnelle

² Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes.

³ [Déclarations](#) de Madame Élisabeth GUIGOU, ministre de la Justice, sur la réforme de la justice, à Paris à l'Assemblée nationale le 15 janvier et au Sénat le 22 janvier 1998. Voir notamment : CEDH, 17 janvier 1970, *Delcourt c./ Belgique*, n° 2689/65.

⁴ Projet de loi n° 1079 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, déposé à l'Assemblée nationale le 16 septembre 1998.

⁵ Frédéric NGUYEN, « [Les 20 ans de la loi du 15 juin 2000 – le juge des libertés et de la détention : à la recherche du sens perdu](#) », *Lexbase Pénal*, n° 28, 18 juin 2020.

⁶ Nathalie GUIBERT, « [Les juges de la liberté et de la détention, "spectateurs épisodiques" d'Outreau](#) », *Le Monde*, 22 février 2006.

spécialisée avec nomination par décret après avis conforme du Conseil Supérieur de la Magistrature (CSM)⁷.

Quelques années plus tard, avec la loi organique du 8 août 2016⁸, un statut lui a été accordé. Il lui a permis de bénéficier d'une formation et de conditions de nomination de nature à sécuriser les conditions d'exercice de ses fonctions en lui évitant de se disperser en participant au tour général pour assurer audiences générales ou divers remplacements. Ce statut a ainsi renforcé sa légitimité. Le corollaire en est une exigence croissante à son encontre. Exigence de motivation de ses décisions et prohibition des motivations « *serviles* » sont désormais de mise.

Avant 2015, ni le Code de procédure pénale ni la jurisprudence de la chambre criminelle n'exigeaient de motivation lors des demandes d'autorisation d'acte. Une simple référence non motivée à la requête du ministère public était suffisante⁹. Ce procédé était validé par la jurisprudence¹⁰. Après 2015, un revirement de jurisprudence a été opéré. La Cour de cassation a estimé que l'absence de motivation portait grief aux personnes captées et enregistrées¹¹. La motivation constituait en effet une garantie essentielle contre le risque d'atteinte disproportionnée au droit au respect à la vie privée et elle permettait également au justiciable de connaître les raisons précises pour lesquels tel ou tel acte était autorisé. L'ordonnance du JLD devait dorénavant être motivée¹².

Dans la même veine, les motivations par renvoi ont été interdites. Le JLD ne devait en effet pas donner l'impression que sa décision était entachée de partialité. Son ordonnance devait être autonome par rapport à la requête du parquet même s'il pouvait y faire écho. Sa motivation permettait de justifier qu'il avait exercé un contrôle effectif et réel en appréciant éléments de droit et de fait. Il pouvait d'ailleurs à cet effet demander la communication de toutes pièces estimées utiles à l'examen de la demande. À titre d'exemple, avec la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre la criminalité organisée, une obligation de motivation était imposée au juge des libertés et de la détention pour les autorisations relatives aux techniques spéciales d'enquête¹³ ou bien encore pour les autorisations à perquisitionner sans assentiment¹⁴.

B) Un champ réservé : les fonctions juridictionnelles de la phase d'investigation

À la fin des années 90, le juge d'instruction était une figure qui faisait peur. Une certaine inquiétude s'élevait à son encontre¹⁵. Tout puissant, il était à la fois responsable des investigations et décisionnaire du placement en détention provisoire. En 1997, les membres de la commission de réflexion sur la justice¹⁶ soulignaient la nécessité que le pouvoir de placer et maintenir en détention soit séparé de celui d'enquêter. En 2000, l'instauration du JLD concrétisait la dissociation de la fonction d'enquête et de la fonction juridictionnelle pendant la phase d'investigation. Au procureur et au juge d'instruction, les missions d'investigation, au JLD, les missions juridictionnelles.

Des fonctions juridictionnelles dévolues au JLD. Le JLD se devait de trouver sa place. Là où il y avait deux magistrats (le procureur pour les enquêtes délictuelles et le juge d'instruction pour les enquêtes criminelles ou délictuelles complexes), en voilà dorénavant trois. On peinait à trouver un nom au

⁷ [Compte rendu intégral](#) de la 1^{ère} séance du 7 décembre 2005 de l'Assemblée Nationale, 92^{ème} séance.

⁸ Loi organique n° [2016-1090](#) du 8 août 2016 relative aux garanties statutaires, aux obligations déontologiques et au recrutement des magistrats ainsi qu'au Conseil supérieur de la magistrature.

⁹ Crim., 27 septembre 2011, n° [11-81.458](#) ou crim., 22 octobre 2013, n° [13-81.945](#).

¹⁰ Crim., 6 mars 2013, n° [12-87.810](#).

¹¹ Crim., 6 janvier 2015, n° [14-84.694](#).

¹² Crim., 10 janvier 2018, n° [17-83.932](#).

¹³ C. pr. pén., art. 706-95-1.

¹⁴ C. pr. pén., art. 706-92.

¹⁵ [Rapport](#) de la commission justice pénale et droits de l'Homme sur la mise en état des affaires pénales, présidée par Mireille DELMAS-MARTY, 1991.

¹⁶ [Rapport](#) de la commission de réflexion sur la justice, présidée par Pierre TRUCHE, juillet 1997.

nouveau venu, oscillant entre « *juge de la détention* » côté Assemblée Nationale et « *juge des libertés* » côté commission mixte paritaire. L'appellation de juge de la détention n'était pas convaincante. Trop réductrice. Celle de juge des libertés non plus. La Constitution prévoyait en effet que tout magistrat était garant des libertés individuelles. En nommant ce nouveau juge ainsi, ne risquait-on pas d'induire que les autres magistrats n'étaient pas suffisamment garants des libertés individuelles de telle sorte qu'ils devaient être contrôlés ?

L'équilibre qui s'est dessiné au fil d'années de pratiques et de débats parlementaires consiste à considérer le JLD comme chargé de missions juridictionnelles. Son champ est – en matière pénale – celui de la légalité et de la proportionnalité. Il ne lui appartient toutefois pas de juger de l'opportunité ou de la nécessité d'une enquête. N'ayant pas un rôle de contrôleur ou de valideur, il n'y a pas de rivalité mais une complémentarité entre les différents protagonistes. À titre d'exemple, en matière de garde à vue, il n'a pas à contrôler la nécessité ou non d'un placement. Il contrôle en revanche certaines motivations liées à la prolongation¹⁷ en vérifiant notamment si le gardé à vue a été régulièrement informé de ses droits et de la durée prévisible de la mesure.

Il revient au JLD de contrôler la légalité des mesures desquelles il est saisi. Il statue sur la recevabilité des actes qui lui sont soumis. Il vérifie si l'infraction pour laquelle il est saisi s'inscrit dans le champ des infractions visées par les dispositions de l'article 706-73 du Code de procédure pénale et si le quantum de peine visé par les textes est respecté ; des éléments propres à l'acte (localisation, durée des opérations, lieu des perquisitions, numéro de téléphone, mention de la durée de la mesure...). Il apprécie ensuite la proportionnalité de l'acte et si l'acte envisagé est absolument nécessaire.

Des fonctions d'enquête dévolues au juge d'instruction et au procureur. S'interroger sur la fonction de JLD, c'est aussi réfléchir à la place et à la fonction des autres acteurs de la phase pré-sententielle et à l'articulation entre leurs différents rôles.

Le procureur – en tant que magistrat – est, tout comme le JLD, garant des libertés individuelles¹⁸. Il dirige l'enquête. Ainsi, dans le cadre de sa permanence, le procureur exerce pleinement son office de magistrat garant des libertés individuelles en classant les procédures dans lesquelles il relève une irrégularité ou une nullité. C'est le « *classement pour motif 36 – irrégularité de la procédure* » qui vise l'hypothèse où, après analyse de la procédure, le parquet relève une irrégularité et décide en conséquence de classer le dossier¹⁹.

Dans les interactions entre JLD, juge d'instruction et procureur, point de hiérarchie. Tous trois sont magistrats, occupant des fonctions complémentaires. Le juge d'instruction comme le procureur dirigent les investigations. Le JLD, quant à lui, intervient quand les libertés individuelles sont menacées.

Le JLD a ainsi su prendre sa place sans bouleverser le fragile équilibre procédural qui nécessite de respecter une pluralité d'objectifs tels que l'efficacité de l'enquête, la protection des droits de la défense ou encore le respect du positionnement institutionnel des acteurs en présence (enquêteurs, procureur et juge d'instruction). Il permet par ailleurs d'apporter, pendant la phase des investigations, un autre regard, renforçant ainsi le poids de la procédure. Il ne peut être reproché à un juge d'instruction ou à un procureur d'agir en toute puissance. La solidité de la procédure en est ainsi renforcée. Avant l'audience, requêtes et audiences devant le JLD rythment par ailleurs la procédure, permettant de se confronter à un autre regard et de reprendre connaissance du dossier à intervalles réguliers.

¹⁷ C. pr. pén., art. 62-2.

¹⁸ Constitution française, art. 66.

¹⁹ [DACG](#), Dépêche du 14 juin 2021 relative à la mise à jour du formulaire et des motifs de classement sans suite.

II. Le JLD de demain : quel avenir pour le JLD ?

L'avenir du JLD se pose à un moment particulier. Projet de réforme de la procédure pénale, de réorganisation de la Police nationale... Quel avenir pour le JLD dans ce contexte particulier ? Quels écueils éviter (A) ? Quelles attentes à son égard (B) ?

A) Des écueils à éviter : toute puissance et congestion

Le risque de toute puissance. Conformément à l'article préliminaire du Code de procédure pénale, « toute personne suspectée ou poursuivie est présumée innocente tant que sa culpabilité n'a pas été établie ». Il ne faut ainsi pas que la décision du JLD soit une forme de pré-jugement. Ce souci a d'ailleurs été celui du législateur qui, lorsqu'il s'est posé la question de la collégialité du JLD, l'a écartée afin d'éviter que la décision du JLD ne soit perçue comme une préparation de la décision finale sur la culpabilité et la peine devant une juridiction collégiale de jugement. Il ne faut ainsi pas que la montée en puissance du JLD se fasse au détriment de la juridiction de jugement, avec une dégradation de l'acte de juger à la suite d'un délestage de la fonction de décision au profit de fonctions de contrôle, d'autorisation et d'homologation dévolues au JLD.

Le risque de congestion. Lors des dernières réformes, il semblerait que la tendance soit à privilégier des objectifs considérés par beaucoup comme irréalistes. Des grands principes – louables – sont prônés mais sans qu'y soient associés les moyens permettant leur mise en œuvre concrète. Les études d'impact sont souvent extrêmement succinctes et parcellaires. Plus que la raison, nombreux considèrent que c'est plutôt l'opinion qui guide la main du législateur²⁰. On communique. On dit qu'on va faire. On fait vite. On fait mal. On dit approximativement ce qu'on a fait. On consulte hâtivement et on passe à un nouveau texte.

S'agissant du JLD, le législateur lui en demande toujours plus, et ce le plus souvent « à moyen constant ». Il doit faire plus, aussi bien et avec autant de moyens. Résultat, le voilà à devoir gérer dans l'urgence plus de 70 attributions, relevant des matières civile, pénale ou bien encore administrative²¹. À titre d'exemple, avec la loi du 22 décembre 2021²², il s'agit d'améliorer le fonctionnement de notre justice, de restaurer la confiance des citoyens dans les institutions, de préserver les droits de la défense²³ par une série de mesures dont certaines modifient le régime des perquisitions. Avec les nouveaux articles 56-1-1 et 56-1-2 du Code de procédure pénale, le régime dérogatoire prévu pour les perquisitions dans le cabinet d'un avocat ou à son domicile, est généralisé. Dorénavant, lorsqu'en cours de perquisition, est trouvé un document relevant de l'exercice des droits de la défense et couvert par le secret professionnel de la défense et du conseil²⁴, la personne chez qui il est procédé à ces opérations peut s'opposer à la saisie de ce document. Ledit document est alors placé sous scellé. Il appartient au JLD de statuer sur la contestation dans les cinq jours de la réception des pièces qui lui ont été transmises sans délai. Il a la possibilité d'entendre le magistrat qui a participé à la perquisition ainsi que l'avocat de la personne concernée. Avec le nouveau texte, la protection du régime dérogatoire est attachée non plus à un lieu (cabinet d'avocat ou son domicile) mais à tout document relevant de l'exercice des droits de la défense et couvert par le secret professionnel de la défense et

²⁰ O. DUFOUR, *Justice et médias, La tentation du populisme*, LGDJ, 2019, notamment p. 9 et suivantes (chapitre 1, « Toxics medias »).

²¹ Frédéric NGUYEN, *op. cit.*

²² Loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire.

²³ [Rapport](#) pour la confiance dans l'institution judiciaire, 7 mai 2021.

²⁴ Il s'agit des documents prévus à l'article 665 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, à savoir « les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à celui-ci, les correspondances échangées entre le client et son avocat, entre l'avocat et ses confrères à l'exception pour ces dernières de celles portant la mention "officielle", les notes d'entretien et, plus généralement, toutes les pièces du dossier sont couvertes par le secret professionnel ».

du conseil, et ce peu importe où il se trouve. Sur un plan opérationnel, cela laisse présager d'une surcharge d'activité : le JLD ne sera plus uniquement saisi dans le cadre d'un dispositif dérogatoire (perquisitions dans les cabinets d'avocat) et devra se préparer à des saisies dont le nombre devraient augmenter de manière exponentielle car susceptibles de concerner tous lieux, portant en matière économique et financière sur des données volumineuses et techniques nécessitant un temps d'analyse certain et ce alors qu'il doit se prononcer dans un délai de cinq jours. Fort probable que le JLD, notamment en matière économique et financière, par essence technique et complexe, use de sa possibilité d'entendre le magistrat du parquet en charge du suivi de l'enquête pour statuer sur la contestation de saisie, autant d'opérations qui pourront se révéler chronophages. Si des exceptions existent à ce texte, la poursuite de l'infraction générale de blanchiment et des atteintes à la concurrence, qui font l'objet d'une protection spéciale par le droit de l'Union européenne, n'ont pas été inscrites dans la liste de ces dernières²⁵. Nouvelle mesure. Grand principe louable. Risque d'embolie et de congestion pour cause de modification textuelle à moyen constant.

B) Des attentes fortes : circonscription du rôle du JLD et allocation de moyens

La nécessité de circonscrire le rôle du JLD à un contrôle de légalité et de proportionnalité. Dans le cadre des réflexions menées lors des États généraux de la justice²⁶, il a été proposé par le comité de redéfinir les attributions du JLD en renforçant – en matière pénale – sa spécialisation. Actant de son rôle sans cesse croissant, notamment sous l'effet des exigences résultant de la Constitution et de la Convention européenne des droits de l'homme, le comité propose « *d'accroître son champ d'intervention en matière pénale, tout en préconisant de définir plus clairement son office, en le limitant à un contrôle de légalité et de proportionnalité sur les actes qui lui sont soumis* »²⁷. Il s'agirait aussi de doter le JLD pénal d'un statut spécifique afin de consacrer cette spécialisation.

Une spécialisation semble en effet pertinente notamment en matière de criminalité organisée ou financière ou pour certains autres contentieux spécialisés. En pratique, il est opportun qu'un JLD puisse « *suivre* » l'ensemble des débats et actes concernant une même procédure, voire un même groupe criminel concerné par différentes procédures. Cela est particulièrement pertinent en matière de criminalité organisée ou financière où des compétences techniques sont nécessaires et où la connaissance de l'environnement et du fonctionnement des réseaux criminels est précieuse mais ne peut se faire que dans la durée. Cela a déjà été relevé dès 2014 dans le rapport sur la procédure pénale rédigé sous l'égide de Jacques BEAUME²⁸ : « *la fonction du juge des libertés et de la détention comporte un véritable contenu de « métier spécifique » qui impose une stabilité et une cohérence, pour tout dire, une « politique procédurale », fondée, pour ce qui concerne le plan pénal, sur une parfaite connaissance des milieux délinquants ou criminels, des techniques d'enquêtes, y compris des technologies extraordinaires, des moyens et difficultés de leur mise en œuvre, des nécessités de l'opérationnalité, de l'organisation des services d'enquête, des stratégies de défense, des jurisprudences ou textes spécifiques, tous éléments qui ne peuvent pas s'accommoder d'un tour de permanence indifférencié* ». La mission chargée du rapport soulignait aussi l'importance de ne pas penser la professionnalisation du JLD de manière uniforme, afin de prendre en compte les différences de pratiques professionnelles liées aux tailles des juridictions. Était notamment envisagée la constitution d'une équipe professionnalisée de JLD au sein de la juridiction principale d'un département susceptible, « *s'agissant de débats seulement techniques portant sur des autorisations procédurales, [de] statuer sur requête écrite, voire, si nécessaire, après des réquisitions orales par visio-conférence* ». Il est à noter que l'article 137-1-1 du Code de procédure pénale donne la possibilité de mutualiser un JLD entre plusieurs juridictions (3 au maximum).

²⁵ Florence LARDET, « La réforme de l'enquête préliminaire : des résultats qui s'annoncent décevants », *AJ pénal*, janvier 2022.

²⁶ Rapport « [Rendre justice aux citoyens](#) » du comité des États généraux de la justice, présidé par Jean-Marc SAUVE, avril 2022.

²⁷ *Ibid.*, p. 200.

²⁸ [Rapport](#) sur la procédure pénale présidée par Jacques BEAUME, juillet 2014, p. 33 et suivantes.

Outre la spécialisation, il conviendrait de donner les moyens aux services du JLD de s'organiser pour avoir la capacité de porter les politiques procédurales évoquées dans le rapport BEAUME. Cela nécessite – outre le temps consacré aux audiences, aux débats, à la préparation des dossiers et à la rédaction des décisions – d'avoir aussi du temps pour « penser la fonction » : suivi de l'actualité judiciaire, formation, partage de pratiques professionnelles, réunions entre JLD de la juridiction ou de juridictions voisines. L'objectif est que les services de JLD puissent au sein d'une même juridiction ou du ressort d'une Cour d'appel avoir des « politiques procédurales » les plus homogènes possibles, et ce pour éviter déconvenues ou jurisprudence fluctuante relevant de pratiques individuelles. Cela nécessite pour les JLD de s'inspirer de la fonction de procureur et de penser en équipe en prenant en compte les forces de chacun (spécialisation antérieure pouvant être valorisée, appétence pour un compétence spécifique), ce qui serait par ailleurs de nature à renforcer l'attractivité de la fonction.

L'indispensable allocation de moyens à la hauteur des fortes ambitions à l'égard du JLD. Dès la création du JLD, ce sujet a à juste titre fait l'objet de préoccupations et d'interrogations devant le Sénat²⁹. À l'époque, l'étude d'impact transmise au parlement proposait l'institution d'un ou plusieurs JLD, évaluant à 170 le nombre de postes nécessaires pour le fonctionnement de la réforme, et ce pour un nombre de 187 tribunaux de grande instance. Entre le dépôt du projet de loi et la discussion devant l'Assemblée Nationale, ce nombre a été réévalué à 110, avec 68 créations de postes au titre du budget 1999 et 42 au titre du budget 2000.

Au fil des réformes, le JLD a par la suite fait figure de sésame pour satisfaire aux exigences jurisprudentielles européennes. Comme le relève Frédéric NGUYEN³⁰, « *ce qui fragilise le JLD et limite la portée de son office est paradoxalement l'engouement du législateur qui le conduit à y recourir de façon quasiment compulsive dès lors qu'une liberté publique lui paraît devoir être garantie, sans débat de fond sur le périmètre d'intervention et le sens des missions de ce magistrat* ». S'agissant de la loi du 22 décembre 2021, l'étude d'impact³¹ a de manière étonnante uniquement pris en compte les besoins concernant juge d'instruction, parquet et greffier sans traiter le sujet du JLD. Oubli ? Analyse juridique estimant qu'il n'y a pas d'incidence du côté du JLD ? Le sujet n'est en tout cas pas développé. Cela est assez symptomatique des dernières réformes faites, à « moyen constant », avec un « super JLD » capable d'absorber toutes ses nouvelles missions sans que la qualité de son travail ne soit détériorée. Reste à espérer que les travaux portés par la Direction des Services Judiciaires (DSJ) sur la charge d'activité des magistrats permettent d'éclairer acteurs de terrain et responsables politiques sur le sujet.

En tout état de cause, le JLD est devenu pour tout parquetier un partenaire incontournable dont il convient de saluer l'engagement professionnel. C'est un magistrat qui décide seul, sur la base d'éléments limités, dans des délais contraints. Ses décisions sont extrêmement sensibles car lourdes de conséquences. En bout de chaîne pénale, il n'a pas la main sur le temps et statue souvent à des heures tardives. C'est en somme un juge de l'urgence multi-cartes car opérant en civil, en pénal et en administratif, dans des domaines du droit souvent techniques. Autant le dire, il est primordial dans les réflexions en cours sur la réforme de la procédure pénale tant de panser que de penser le JLD afin que cette fonction retrouve son attractivité et que les magistrats qui exercent cette belle fonction, au cœur de la protection des libertés individuelles, le fassent dans les meilleures conditions possibles.

²⁹ Projet de loi sur la présomption d'innocence et propositions de loi relatives aux gardes à vue et à la détention provisoire, rapport 419 (98-99) de Charles JOLIBOIS, annexe au procès-verbal de la séance du 10 juin 1999.

³⁰ Frédéric NGUYEN, *op. cit.*

³¹ [Étude d'impact](#) relative au projet de loi pour la confiance dans l'institution judiciaire, 13 avril 2021.

LE CONTRÔLE DES MESURES D'ISOLEMENT ET DE CONTENTION PAR LE JUGE DES LIBERTÉS ET DE LA DÉTENTION : VERTUS ET LIMITES

Par

Paul VÉRON

*Maître de conférences en droit privé et sciences criminelles à l'Université de Nantes
Laboratoire Droit et changement social (UMR 6297)*

L'extension du rôle du JLD en psychiatrie. Sous l'impulsion du Conseil constitutionnel¹ et de la Cour européenne des droits de l'Homme², le législateur a prévu, avec l'adoption de la loi du 5 juillet 2011³, un contrôle obligatoire et systématique par le juge des libertés et de la détention, des décisions d'admission sous un régime de soins psychiatriques sans consentement. Ce contrôle n'est pas préalable, mais doit intervenir dans les douze jours de l'admission, sous peine de mainlevée de la mesure⁴. Dans son principe, cette réforme constitue une avancée importante du point de vue de la garantie des droits fondamentaux. L'hospitalisation sous contrainte, fruit d'une décision administrative prise tantôt par le Préfet⁵, tantôt par le directeur d'établissement d'accueil⁶ constitue en effet une mesure privative de liberté au sens de l'article 66 de la Constitution, qui appelle une intervention du juge à bref délai. Or, avant la réforme, la saisine du juge était simplement facultative et le malade – souvent fragilisé et peu enclin à défendre ses droits, à l'exception de quelques patients paranoïaques quérulents processifs – pouvait rester interné plusieurs mois sans qu'un contrôle ne soit exercé sur la régularité et le bien-fondé de la mesure de contrainte. On pourrait même s'étonner que le contrôle juridictionnel ait été instauré si tardivement s'agissant de l'internement psychiatrique, alors que, de longue date en matière pénale, la mise en détention, même provisoire, suppose une intervention préalable du juge. L'explication de cette différence de régime trouve sans doute sa cause dans la finalité de l'enfermement dans l'un et l'autre cas. L'emprisonnement du détenu a avant tout une fonction punitive là où l'hospitalisation contrainte est censée répondre – exclusivement ou partiellement – à l'intérêt du malade⁷.

Centrée sur la décision d'admission ou de maintien du malade sous un régime de soins sans consentement, la réforme de 2011 est en revanche restée muette sur l'encadrement et le contrôle juridictionnel des différents actes de contrainte intervenant au cours de la prise en charge du malade. La question s'est notamment posée de savoir si le patient admis sans son consentement conservait son droit de consentir aux soins. La loi du 27 septembre 2013⁸ est venue préciser que l'usage de la contrainte ne peut concerner que des malades pris en charge sous la forme de l'hospitalisation complète, à l'exclusion de ceux bénéficiant d'un programme de soins⁹. Depuis lors, la position de la

¹ C. const., 26 novembre 2010, n° [2010-71](#), QPC, *M^{lle} Danielle S.*, *AJDA*, 2011, p. [174](#), note Xavier BIOY ; *ibid.* 2010, p. [2284](#) ; *Recueil Dalloz*, 2011, p. [1713](#), obs. Valérie BERNAUD et Laurence GAY ; *ibid.*, p. [2565](#), obs. Aude LAUDE ; *RFDA*, 2011, p. [951](#), étude Annabelle PENA ; *RDSS*, 2011, p. [304](#), note Olivier RENAUDIE.

² CEDH, 5^{ème} section, 18 novembre 2010, *Baudoin c./ France*, n° [35935/03](#) : *JurisData* n° 2010-030726.

³ Loi n° [2011-803](#), relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge : JO 6 juill. 2011, p. 11705 ; *JCP G*, 2013, doctr. [157](#), note Maud VIALETES et Marie GROSSET ; *JCP G*, 2011, act. [847](#), obs. Aude MIRKOVIC.

⁴ CSP, art. L. 3211-12-1.

⁵ CSP, art. L. 3213-1.

⁶ CSP, art. L. 3212-1 : sur demande d'un tiers ou en cas de péril imminent.

⁷ Natalie GILOUX, Marion PRIMEVERT, « [Le psychiatre et le juge face à la protection de la personne dans les soins contraints](#) », *RDSS*, 2015, n° 6, p. 980-981.

⁸ Loi n° [2013-869](#) du 27 septembre 2013 modifiant certaines dispositions issues de la loi n° 2011-803 du 5 juillet 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge.

⁹ CSP, art. L. 3211-2-1, III.

Cour de cassation, et plus largement des juridictions judiciaires, est celle d'une conception stricte de la compétence du JLD en psychiatrie. Ce dernier est notamment incompétent pour se prononcer sur la légalité d'une injection médicamenteuse imposée au malade¹⁰ ou du maintien d'un patient en unité pour malades difficiles¹¹. La même solution a été dégagée à propos du contrôle des mesures de mise à l'isolement ou de contention des malades¹², mesures particulièrement attentatoires aux droits et libertés fondamentaux, qui font l'objet d'un encadrement légal depuis 2016¹³. C'est à la suite de cette position de la Cour de cassation et sous l'impulsion du Conseil constitutionnel¹⁴ que le législateur a été amené à étendre la compétence du JLD au contrôle des mesures d'isolement et de contention. Le juge doit impérativement être saisi lorsque la mesure, décidée par un psychiatre, est prolongée au-delà d'une certaine durée, de 72h pour l'isolement et de 48h pour la contention, dans la version en vigueur du texte issue de la loi du 22 janvier 2022¹⁵.

Donner du sens à une garantie procédurale. Certes, l'introduction légale d'un contrôle juridictionnel ne fait pas tout. Encore faut-il qu'un tel contrôle ait du sens pour celles et ceux qui l'exercent (les magistrats), mais aussi pour les acteurs impliqués (les médecins et soignants, les directions d'établissements, les patients eux-mêmes), ce qui invite à s'interroger à la fois sur les objectifs de ce contrôle (quelle est sa visée et que peut-on en espérer ?) et sur les moyens requis (à quelles conditions ce contrôle peut-il être efficace et fécond ?). À cet égard, on peut comprendre les craintes et réserves légitimes que suscite cette réforme, tant pour les magistrats que pour les professionnels du champ de la psychiatrie, les premiers s'interrogeant sur leur capacité à apprécier sérieusement et dans l'urgence le bien-fondé d'une décision de mise à l'isolement ou d'immobilisation d'un patient, les seconds redoutant que le temps soignant soit encore davantage amputé par des tâches administratives et « procédurières ». Tout cela dans un contexte institutionnel où magistrats et hospitaliers ont déjà le sentiment de travailler sous pression, et où les nouvelles attributions ou tâches qui leur sont dévolues s'accompagnent rarement d'une augmentation corrélative des moyens pour les honorer. Sauf à se satisfaire d'une conception essentiellement formelle et procédurale des droits fondamentaux, il faut souhaiter que le dispositif d'intervention du JLD en psychiatrie ne se résume pas simplement à une case cochée sur la grille des exigences constitutionnelles et européennes, mais qu'il permette de contribuer aux objectifs du législateur : faire évoluer les pratiques de soins dans le sens d'une réduction importante du recours à l'isolement et la contention. Dans ce contexte, il convient d'envisager à la fois les vertus (I) et les limites (II) de l'intervention du JLD.

I. Vertus du contrôle

Un juge « régulateur » ? Certaines analyses de théorie du droit ont mis en lumière les deux fonctions de la règle de droit. La norme juridique sert, en amont, à orienter les conduites, c'est sa fonction de régulation ou de tracé. Elle sert également, en aval, d'unité de mesure permettant de juger l'action

¹⁰ CA Rennes, 28 septembre 2012, n° 12/00228 ; CA Limoges, 13 septembre 2013, n° 13/00032 : « *il ne relève pas des attributions du juge judiciaire [...] de se prononcer sur le traitement médical prescrit par les médecins* ».

¹¹ Civ., 1^{ère}, 26 octobre 2022, n° [21-10.706](#), *Bull. Dict. Perm. Santé, bioéth., biotech.*, janvier 2023, note Mathias COUTURIER. V., aussi, à propos du contrôle juridictionnel des refus d'autorisation de sortie de courte durée des malades : civ., 1^{ère}, 11 octobre 2022, n° [22-12.107](#) (refus de transmettre une QPC au Conseil constitutionnel).

¹² Civ., 1^{ère}, 7 novembre 2019, n° [19-18.262](#), *Recueil Dalloz*, 2020, p. [139](#), note Karine SFERLAZZO-BOUBLI ; *RDSS*, 2020, p. [355](#), note Pauline CURIER-ROCHE ; *RTD civ.*, 2020, p. [73](#), obs. Anne-Marie LEROYER ; *JCP G*, 2020, [94](#), obs. G. RAOUL-CORMEIL ; *Droit de la famille*, 2020, comm. [18](#), note Ingrid MARIA.

¹³ CSP, L. 3222-5-1, introduit par la loi n° [2016-41](#) du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé, art. 72.

¹⁴ C. const., 19 juin 2020, n° [2020-844](#), QPC. V. : *Recueil Dalloz*, 2020, p. [1559](#), note Karine SFERLAZZO-BOUBLI ; *AJDA*, 2020, p. [1265](#) ; *RTD civ.*, 2020, p. [853](#), obs. Anne-Marie LEROYER ; *Recueil Dalloz*, [16 juillet 2020](#), obs. Dorothée GOETZ ; *JCP G*, 2020, n° 28, act. [862](#), note Éric PECHILLON et Paul VERON ; *Droit de la famille*, 2020, comm. [139](#), obs. Laurence MAUGER-VIELPEAU.

¹⁵ Loi n° 2022-46 du 22 janvier 2022 renforçant les outils de gestion de la crise sanitaire et modifiant le Code de la santé publique, art. 17 ; *JCP G*, 2022, n° 10, p. 496, comm. Paul VERON.

accomplie et sanctionner les comportements qui s'en écartent¹⁶. Or, si l'on peut émettre des réserves sur la possibilité d'un contrôle efficace par le JLD des mesures d'isolement et de contention, on peut raisonnablement espérer que sa présence et la perspective de son intervention puissent contribuer à faire évoluer les pratiques médicales et soignantes en psychiatrie, dans le sens d'une réduction à la fois du nombre des mesures et de leur durée.

Réduire le nombre des mesures. L'article L. 3222-5-1 du Code de la santé publique rappelle que « *l'isolement et la contention sont des pratiques de dernier recours* » et qu'il « *ne peut y être procédé que pour prévenir un dommage immédiat ou imminent pour le patient ou autrui, sur décision motivée d'un psychiatre et uniquement de manière adaptée, nécessaire et proportionnée au risque après évaluation du patient* ». Les visites du CGLPL dans différents établissements psychiatriques ont révélé que cette condition de « dernier recours » était loin d'être observée en pratique. Dans certaines structures, la pratique de l'isolement ou de la contention était systématisée, les contraintes organisationnelles et l'inertie thérapeutique conduisant à laisser des malades attachés des journées entières¹⁷, ou les isoler dans des conditions insalubres¹⁸. Durant la période de crise sanitaire, des malades ont été mis à l'isolement sans distinction relative à leur statut – hospitalisation libre ou sans consentement – au motif qu'ils ne seraient pas en mesure d'observer correctement les gestes barrières¹⁹.

Le standard juridique du « dernier recours », comme ceux de nécessité et de proportionnalité, invitent les médecins prescripteurs et les infirmiers à rechercher, autant que possible, des alternatives à l'isolement ou à la contention. Les expériences étrangères montrent que ces méthodes ne sont en rien une fatalité²⁰. La prévention des épisodes de crises est un enjeu majeur, mais qui suppose que les professionnels y soient formés. Certains établissements ont, semble-t-il, par des changements de pratiques et sous l'impulsion de leur direction, radicalement réduit la fréquence des mises à l'isolement et presque supprimé le recours à la contention²¹.

La présence du JLD renforce le dispositif normatif. Devoir rendre compte d'une « *décision motivée* » d'isolement ou de contention d'un malade devant un juge oblige les professionnels à s'interroger sur les justifications de leur action, à briser les routines et à sortir progressivement d'un « *habitus sécuritaire* » banalisant ces formes de contrainte. Comme les visites du CGLPL, l'intervention du juge devrait contribuer à limiter les abus. L'exigence de traçabilité permet également au juge de contrôler le respect des conditions de mise en œuvre de l'isolement ou de la contention. Ces mesures ne sont elles-mêmes pas dépourvues de risque (suicide, automutilation, accident, aggravation de l'état psychique), c'est pourquoi elles doivent « *faire l'objet d'une surveillance stricte, somatique et psychiatrique, confiée par l'établissement à des professionnels de santé désignés à cette fin et tracée dans le dossier médical* »²². Un registre dédié mentionne « *le nom du psychiatre ayant décidé cette mesure, un identifiant du patient concerné ainsi que son âge, son mode d'hospitalisation, la date et l'heure de début de la mesure, sa durée et le nom des professionnels de santé l'ayant surveillée* »²³.

¹⁶ Catherine THIBIERGE, « Au cœur de la norme : le tracé et la mesure », *APD*, n° 51, 2008, p. 341.

¹⁷ CGLPL, [Recommandations](#) en urgence du Contrôleur général des lieux de privation de liberté du 8 février 2016, relatives au centre psychothérapique de l'Ain (Bourg-en-Bresse), n° CPLX1605078X.

¹⁸ CAA Marseille, ch. 2, 21 mai 2015, n° 13MA03115, inédit : *JCP A*, 2016, [2019](#), n° 3, obs. Éric PECHILLON : conditions d'isolement contraires à la dignité.

¹⁹ CGLPL, [Recommandations](#) en urgence du 25 mai 2020 du Contrôleur général des lieux de privation de liberté, relatives à l'établissement public de santé mentale Roger Prévot de Moisselles (Val-d'Oise), n° CPLX2014877X.

²⁰ Not., Pall MATHIASSEN, « [Moins de soins sous contrainte : l'expérience islandaise](#) », *L'information psychiatrique*, 2017/7, vol. 93, p. 558.

²¹ V., le dossier « Isolement et contention : faire autrement ? », *Santé mentale*, n° 260, septembre 2021, p. 21 et s.

²² CSP, art. L. 3222-5-1, I.

²³ CSP, art. L. 3222-5-1, I.

Réduire la durée des mesures. L'intervention du JLD pourrait également avoir une incidence sur la durée des mesures. Reprenant le contenu des recommandations de bonnes pratiques²⁴, la loi précise que l'isolement ne peut être décidé que pour une durée maximale de 12h et, lorsque l'état du patient le justifie, renouvelé dans la limite de 48h. Quant à la contention, elle ne peut être décidée que pour une durée de 6h, renouvelable jusqu'à 24h maximum. Ces durées légales ne constituent pas véritablement une limite mais uniquement un seuil au-delà duquel le juge judiciaire doit obligatoirement être informé « *sans délai* », outre une information du procureur de la République et des proches du patient. Un renouvellement peut donc encore intervenir au-delà des 48h d'isolement ou des 24h de contention, « *à titre exceptionnel* ». Or, le législateur n'a prévu une saisine obligatoire du juge par le directeur d'établissement qu'avant la 72^{ème} heure d'isolement ou la 48^{ème} heure de contention. Le contrôle du juge à bref délai pourrait avoir un effet dissuasif et conduire les psychiatres à ne renouveler la mesure que dans les hypothèses où la nécessité de son maintien ne fait aucun doute, limitant ainsi le risque d'inertie. On ne saurait toutefois se bercer d'illusion. L'intervention du JLD ne résoudra pas les difficultés structurelles qui affectent plus profondément le secteur de la psychiatrie aujourd'hui²⁵. Le recours trop fréquent à l'isolement n'est pas uniquement un enjeu de « culture » de la psychiatrie française. Il est aussi directement lié aux conditions matérielles d'exercice des hospitaliers. Pour s'occuper des malades, contenir leurs angoisses et prévenir les épisodes de crises, il faut d'abord auprès d'eux des médecins et des soignants en nombre suffisant.

II. Limites du contrôle

Le contrôle des justifications. Une première interrogation porte sur l'aptitude technique du juge à apprécier si une mesure d'isolement ou de contention est, non seulement motivée en la forme, mais également justifiée au fond. Cette réserve a déjà été exprimée à propos du contrôle des décisions d'admission ou de maintien en soins sous contrainte, instauré par la loi du 5 juillet 2011²⁶. Plus de dix années de recul sur l'application de cette loi permettent d'affirmer que le juge, pour apprécier si les conditions légales sont remplies, s'en remet *in fine* à la motivation exprimée dans les certificats médicaux qui accompagnent la décision administrative du directeur d'établissement ou du Préfet. Dès lors que la décision apparaît bien motivée, le juge peut-il sérieusement ne pas suivre les conclusions médicales ? Ajoutons que la Cour de cassation limite elle-même le pouvoir du JLD, en lui interdisant non seulement de dénaturer le contenu des certificats médicaux, ce qui est somme toute classique, mais également d'apprécier lors de l'audience si le malade est apte ou non à consentir aux soins²⁷. Pour la haute juridiction, cette évaluation relève du monopole du psychiatre. Rappelons en effet que l'admission en soins psychiatriques à la demande d'un tiers, comme celle fondée sur l'existence d'un péril imminent, supposent à la fois que le malade soit dans l'incapacité de consentir aux soins et que son état nécessite des soins assortis d'une surveillance constante²⁸. Le magistrat doit apprécier ces conditions à l'aune des certificats médicaux ; interdiction lui est faite de « jouer au docteur ».

S'agissant d'une décision médicale de maintien à l'isolement ou sous contention d'un patient, le contrôle du juge devrait, en toute logique et *a fortiori*, se heurter aux mêmes limites. Au fond, le juge se contentera de vérifier que la mesure n'est pas arbitraire, que le médecin apporte des éléments propres à caractériser les conditions de « dernier recours », de « danger immédiat ou imminent pour le patient ou pour autrui » et de « proportionnalité », justifiant de poursuivre la mesure. Le magistrat pourra certes contrôler l'existence d'une motivation et son apparente adéquation avec les exigences

²⁴ HAS, [Recommandations de bonne pratique. Isolement et contention en psychiatrie générale. Méthode Recommandations pour la pratique clinique](#), février 2017, p. 45.

²⁵ V., Mathieu BELLAHSEN, Rachel KNAEBEL, *La révolte de la psychiatrie. Les ripostes à la catastrophe gestionnaire*, La découverte, 2020, 240 p.

²⁶ Loi n° 2011-803 du 5 juillet 2011, préc.

²⁷ Civ., 1^{ère}, 27 septembre 2017, n° 16-22.544 : JurisData n° 2017-018673 ; *Droit de la famille*, 2017, comm. 232, obs. Ingrid MARIA ; *RDSS*, 2018, p. 125, note Paul VERON.

²⁸ CSP, art. L. 3212-1, I.

légales, mais sans pouvoir apprécier sa pertinence. Le décret du 23 avril 2022²⁹ précise, il est vrai, que « *le juge peut solliciter l'avis d'un autre psychiatre que celui à l'origine de la mesure* »³⁰, mais le JLD recourra-t-il en pratique à cet avis tiers au regard du très bref délai dans lequel il doit statuer ? Quant au patient, il n'est auditionné que s'il le demande, à condition que des motifs médicaux n'y fassent pas obstacle, et peut être représenté par un avocat.

Le contrôle procédural. Le contrôle du respect de règles de procédure ne pose certes pas les mêmes difficultés. On peut néanmoins s'interroger sur la manière dont seront sanctionnées les irrégularités procédurales. Le non-respect de l'information du patient ou des tiers, des conditions de durée ou la mauvaise tenue du registre, conduiront-elles à une mainlevée ? S'agissant de la mesure d'admission ou de maintien en soins contraints, les irrégularités procédurales n'entraînent pas automatiquement la levée de l'hospitalisation. La loi conditionne la sanction à la démonstration d'une atteinte aux droits du malade³¹, ce qui limite assurément la portée de ces obligations de procédure. Un système qui n'est pas sans rappeler, en procédure pénale, les nullités conditionnées à la démonstration d'un grief. En outre, la mainlevée pour raison de pure procédure pose une difficulté fondamentale : le malade peut avoir besoin d'être hospitalisé et sa « libération » peut aller contre son propre intérêt. On perçoit là encore une différence majeure avec le champ pénal. Si l'on peut admettre qu'il est toujours de l'intérêt d'un prévenu de ne pas être emprisonné ou d'un détenu de bénéficier d'une libération conditionnelle, les choses peuvent être moins évidentes s'agissant du malade psychiatrique. C'est pourquoi la sanction des obligations de procédure connaît plusieurs tempéraments. D'une part, en cas de mainlevée d'une hospitalisation complète, le juge peut différer l'exécution de sa propre décision dans l'attente de l'élaboration d'un programme de soins par les médecins psychiatres³². D'autre part, la mainlevée pour motif de procédure n'empêche pas l'autorité administrative de reprendre immédiatement une décision d'hospitalisation en respectant cette fois les formes requises³³. Dans ce contexte, la portée des obligations de procédure se trouve fortement limitée. Les mêmes précautions ne devraient pas nécessairement s'appliquer pour les irrégularités de procédure relatives à l'isolement ou à la contention, dès lors que l'enjeu n'est pas la sortie d'hospitalisation mais « uniquement » la sortie d'isolement ou la levée de la contention. Malgré tout, l'article L. 3222-5-1 du Code de la santé publique semble n'envisager la mainlevée que pour non-respect des conditions du I. de cet article, ce qui inclut les conditions de fond (dernier recours, nécessité et proportionnalité, décision motivée d'un psychiatre), celles liées à la surveillance du malade ainsi que les conditions de durée et de renouvellement des mesures, mais pas les obligations relatives, par exemple, à l'information ou à la traçabilité. Est-ce à dire que des manquements relatifs à l'information du patient ou de sa famille, ou la mauvaise tenue du registre ne pourraient conduire à une mainlevée ? La Cour de cassation, quant à elle, a confirmé que la mainlevée d'une mesure d'isolement ou de contention n'a pas d'effet sur la légalité de l'hospitalisation³⁴, bien que le JLD qui n'ordonne pas la levée de l'hospitalisation complète puisse parfaitement statuer, au cours de la même instance, y compris d'office, sur le maintien ou non de la mesure médicale³⁵.

Ajoutons que le psychiatre, chargé d'apprécier l'état de santé du malade et les soins requis, conserve une certaine marge de manœuvre. Lorsque le juge prononce une mainlevée, aucune nouvelle mesure ne peut être prise avant l'expiration d'un délai de 48h à compter de cette décision, sauf en cas de « *survenance d'éléments nouveaux dans la situation du patient qui rendent impossibles d'autres modalités de prise en charge permettant d'assurer sa sécurité ou celle d'autrui* ». En d'autres termes,

²⁹ Décret n° [2022-419](#) du 23 mars 2022 modifiant la procédure applicable devant le juge des libertés et de la détention en matière d'isolement et de contentieux mis en œuvre dans le cadre de soins psychiatriques sans consentement.

³⁰ CSP, art. R. 3211-38.

³¹ CSP, art. L. 3216-1, al. 2. Pour une application récente : civ., 1^{ère}, 26 octobre 2022, n° 20-22-827.

³² CSP, art. L. 3211-12-1, III, al. 2.

³³ Par ex. : civ., 1^{ère}, 10 février 2021, n° [19-25.224](#).

³⁴ Civ., 1^{ère}, 8 juillet 2021, avis n° 15012.

³⁵ CSP, art. L. 3211-5-1, IV.

il peut être dérogé au délai de carence de 48h suivant la mainlevée, ce qui atténue là encore la portée de la sanction judiciaire.

Déplacement de la contrainte ? Si la réforme devait effectivement conduire, en pratique, à une réduction du recours à l'isolement ou la contention, le risque existe également que la contrainte ne se déplace plus qu'elle ne disparaisse ou s'amenuise. Notamment, l'incitation légale à abandonner la contention mécanique, que d'autres États ont purement et simplement interdit³⁶, pourrait conduire à une augmentation corrélative du recours à la contention chimique et à la sédation. Le médicament plutôt que les sangles. Or, la médication forcée et ses conséquences sur les patients (les cocktails médicamenteux très puissants pouvant avoir des effets délétères sur l'état de santé de ces derniers), bien que moins spectaculaires que l'immobilisation sur une table de contention, n'interrogent pas moins le respect des droits fondamentaux de la personne hospitalisée. En viendra-t-on alors, demain, à confier au JLD, dont la charge de travail ne cesse d'augmenter au gré de nouvelles attributions, le contrôle des injections de neuroleptiques ? Jusqu'où faut-il étendre le contrôle (juridictionnel) de la contrainte en psychiatrie au nom des droits fondamentaux ? Enfin, pourra-t-on éviter le glissement vers une forme de « routinisation » du contrôle tant que le législateur ne donnera pas aux hôpitaux psychiatriques et à la justice les moyens de son ambition ?

³⁶ Pour l'exemple de la Suisse : Delphine MOREAU, « [Limiter la contrainte ? Usages et régulations des usages de la contrainte psychiatrique en Suisse](#) », *L'information psychiatrique*, 2017/7, vol. 93, p. 551.

LE CONTRÔLE SYSTÉMATIQUE DES MESURES D'ISOLEMENT ET DE CONTENTION : DES CONSTATS DE RÉSISTANCE À LA MISE EN ŒUVRE D'UN CONTRÔLE EFFECTIF

Par

Corinne VAILLANT

Avocate au Barreau de Paris

Présidente de l'association Avocats Droits et Psychiatrie

En 2021, 95 500 personnes, soit plus de 5 % des personnes suivies en psychiatrie en établissement de santé, ont été prises en charge au moins une fois sans leur consentement. Parmi elles, 78 400 ont été hospitalisées à temps plein sans leur consentement¹. À titre de comparaison, il y avait au 1^{er} octobre 2022, 72 350 détenus en France².

Il a pourtant fallu plus de 150 ans pour que soit introduit dans notre droit un contrôle systématique de ces mesures par le juge des libertés. Les malades mentaux étaient les seules personnes privées de liberté qui ne bénéficiaient pas des garanties légales et procédurales accordées depuis toujours aux détenus ou aux étrangers en rétention. Il a fallu la persévérance de justiciables, (pourtant parmi les plus vulnérables), d'associations et d'avocats devant les tribunaux, devant la Cour européenne des droits de l'Homme et devant le Conseil constitutionnel pour qu'il soit enfin jugé que les dispositions légales existantes étaient contraires à la Constitution et à l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'Homme³, ce qui a contraint le législateur à voter la loi du 5 juillet 2011⁴ instaurant cette nouvelle procédure. Toutefois ce texte ne comportait aucune disposition sur l'isolement et la contention, pas plus que les dispositions de la loi du 27 septembre 2013 l'ayant modifié postérieurement⁵.

Or, parmi les personnes hospitalisées sans leur consentement, en 2021, 30 % ont fait l'objet d'une mesure d'isolement et parmi ces dernières, un tiers a fait l'objet de mesures de contention soit une personne sur dix hospitalisées sans son consentement. Ces mesures, particulièrement attentatoires à la liberté individuelle n'étaient soumises à aucun contrôle. Rappelons que « *l'isolement est le placement du patient dans un lieu dédié et adapté dont il ne peut sortir librement et qui est séparé des autres patients et que la contention physique ou manuelle consiste à maintenir ou immobiliser le patient en ayant recours à la force physique. Elle peut être aussi mécanique par l'utilisation de tous moyens, méthodes, matériels ou vêtements empêchant ou limitant les capacités de mobilisation volontaire de tout ou partie du corps* »⁶.

¹ Magali COLDEFY, Coralie GANDRE, Stéphanie RALLO, « [Les soins sans consentement et les pratiques privatives de liberté en psychiatrie : un objectif de réduction qui reste à atteindre](#) », *Questions d'économie et de la santé*, n° 269, juin 2022, 8 p.

² *Le Monde*, 31 octobre 2022.

³ C. const., 26 novembre 2020, n° [2010-71](#) QPC ; c. const., 9 juin 2012, n° [2011-135](#) ; arrêt CEDH, 18 novembre 2010, *Baudoin c./ France*, n° [35935/03](#).

⁴ Loi n° [2011-803](#) du 5 juillet 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge.

⁵ [Loi n° 2013-869 du 27 septembre 2013](#) modifiant certaines dispositions issues de la loi n° 2011-803 du 5 juillet 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge.

⁶ HAS, [Isolement et Contention en psychiatrie générale. Méthode recommandations pour la pratique clinique](#), février 2017, p. 9.

Une difficile gestation

L'article L. 3222-5 du Code de la santé publique (CSP) n'a été introduit qu'en 2016⁷ et il a défini pour la première fois les conditions du recours à ces mesures et prévu leur traçabilité sur un registre, précisant que la décision de contention ou d'isolement devait être prise par un psychiatre, en dernier recours, pour prévenir un dommage immédiat ou imminent, pour une durée limitée dans le temps, avec une surveillance confiée à des professionnels de santé désignés. Le texte n'a toutefois prévu aucun contrôle, mais seulement la présentation du registre à leur demande à certaines instances telles que la Commission Départementale des Soins Psychiatriques, le Contrôleur général des lieux de privation de liberté et les parlementaires et à l'occasion de leurs visites. Aucun contrôle systématique de la tenue régulière et conforme de ces registres et aucune sanction en cas de non-respect de ces dispositions n'étaient prévus.

Il a fallu, là encore, la persévérance des avocats de ces justiciables pour que ces mesures fassent enfin l'objet d'un contrôle juridictionnel. En effet, considérées comme des modalités de soins, la Cour de cassation a jugé à plusieurs reprises qu'« *elles ne relevaient pas de l'office du juge des libertés et de la détention* »⁸, avant de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité (QPC)⁹ au Conseil constitutionnel qui a déclaré contraire à la Constitution les dispositions de l'article L. 3222-5-1 du CSP¹⁰. Il a en effet jugé que : « *si le législateur a prévu que le recours à l'isolement et à la contention ne peut être décidé par un psychiatre que pour une durée limitée, il n'a pas fixé cette limite ni prévu les conditions dans lesquelles au-delà d'une certaine durée, le maintien de ces mesures est soumis au contrôle du juge judiciaire. Il s'ensuit qu'aucune disposition législative ne soumet le maintien à l'isolement ou sous contention à une juridiction judiciaire dans des conditions répondant aux exigences de l'article 66 de la Constitution* »¹¹.

La résistance du législateur obligera la défense à déposer trois nouvelles QPC¹² et deux nouvelles décisions du Conseil constitutionnel devront être rendues avant que ne soit mis en place un véritable contrôle systématique de ces décisions dans le cadre d'une procédure autonome définie à L. 3222-5 du CSP. La loi du 22 janvier 2022¹³ prévoit également que la régularité des mesures d'isolement et de contention est aussi examinée dans le cadre du contrôle systématique à 12 jours et à 6 mois, le juge devant statuer le cas échéant, y compris d'office sur leur maintien, comme dans le cadre du recours dit facultatif prévu à l'article L. 3211-12¹⁴.

La difficile gestation de ce texte témoigne de la résistance commune du législateur, des juges et des hôpitaux à mettre un œuvre un véritable contrôle. Dans le même temps, pourtant, le ministère des Solidarités et de la Santé prône officiellement au fil des instructions la volonté et la priorité de réduire drastiquement tant la durée de ces mesures que leur nombre et incite les établissements à une réflexion sur les pratiques au sein de chaque unité de soins afin de rechercher des alternatives à l'isolement et à la contention.

⁷ Loi n° [2016-41](#) du 26 janvier 2016, art. 72.

⁸ Civ., 1^{ère}, 7 novembre 2019, n° [19-18.262](#) ; civ., 1^{ère}, 21 novembre 2019, n° [19-20.513](#) ; avis civ., 1^{ère}, 3 février 2020, n° [19-70.020](#).

⁹ Civ 1^{ère}, 5 mars 2020, n° [19-40.039](#).

¹⁰ C. const., 19 juin 2020, n° [2020-844](#) QPC.

¹¹ Gloria DELGADO-HERNANDEZ, Letizia MONNET-PLACIDI, « [L'inconstitutionnalité de l'article L. 3222-5-1 du Code de la santé publique relatif à l'isolement et à la contention psychiatriques](#) », *La lettre juridique*, n° 833, 23 juillet 2020.

¹² JLD Versailles, 6 janvier 2021, n° 21-010.

¹³ Loi n° [2022-46](#) du 22 janvier 2022 renforçant les outils de gestion de la crise sanitaire et modifiant le Code de la santé publique.

¹⁴ CSP, art. L. 3211-12, III et art. L. 3211-12-1, V.

Des budgets ont été débloqués pour la mise en œuvre de cette réforme comme pour la formation nécessaire des personnels à des pratiques alternatives pour gérer les crises¹⁵.

Force est toutefois de constater, au bout de quelques mois de pratique, que la résistance au contrôle est vive et que les nouveaux textes souffrent de graves lacunes privant d'effectivité la défense et le respect des droits des personnes concernées.

A) L'absence d'information et de saisine du juge

Aussi incroyable que cela puisse paraître, 8 mois après son entrée en vigueur et alors que décret, circulaire et instructions organisent et fournissent des outils pratiques pour sa mise en œuvre, il existe encore des hôpitaux qui résistent et ne respectent pas les nouveaux textes. Ils n'informent, ni ne saisissent le juge des libertés. Les recommandations prises en urgence par le Contrôleur général des lieux de privation de liberté à deux reprises en 2022 en sont un exemple¹⁶. Ce n'est souvent qu'à l'occasion de la saisine du juge d'une demande de mainlevée de mesures d'isolement ou de contention par le justiciable et/ou sa famille¹⁷ et de l'intervention d'un avocat que l'on s'aperçoit qu'il n'y a eu aucune information ni contrôle et qu'ainsi, par exemple, l'intéressé est à l'isolement et attaché depuis un mois et demi¹⁸ ! Rappelons que la durée maximale prévue par la loi est de 48 heures pour l'isolement et 24 heures pour la contention...

Compte tenu des difficultés quasi insurmontables pour une personne isolée et attachée pour contacter l'extérieur (proche ou avocat) et saisir le juge par cette procédure, l'impunité est quasi-totale.

Il faut ajouter à cela l'avis rendu par la Cour de cassation¹⁹ qui précise que, si une mainlevée de la mesure est intervenue avant que le juge n'exerce son contrôle, il n'a pas à connaître de sa régularité. Combien de décisions irrégulières échappent à tout contrôle et surtout combien de justiciables subissent encore des privations extrêmes de liberté illégales !

On peut imaginer que de telles situations, qui se révèlent très fréquentes, puissent être mises jour à l'occasion du contrôle systématique de la mesure d'hospitalisation complète. Or, d'une part, ce contrôle n'intervient qu'à 12 jours puis seulement 6 mois après, ce qui laisse champ libre pour le non-respect de la loi, mais on constate, d'autre part, des résistances chez les juges pour apprécier la régularité et le bien-fondé des mesures à cette occasion.

B) La résistance des juges et des hôpitaux lors du contrôle systématique

L'article L. 3211-12-1 IV prévoit expressément que « *lorsque le juge des libertés et de la détention n'ordonne pas la mainlevée de la mesure d'hospitalisation complète, il statue, le cas échéant, y compris d'office, sur le maintien de la mesure d'isolement ou de contention* ».

Il est des tribunaux où les juges refusent d'exercer ce contrôle au motif qu'ils l'exerceront dans le cadre du contrôle autonome²⁰.

¹⁵ Instruction DGOS/DGS du 29 mars 2017 ; instruction DGOS/DGS du 29 mars 2021 p. 10 à 12.

¹⁶ [Recommandations en urgence](#) du 19 août 2022 relatives à l'établissement public de santé mentale de Vendée à la Rochesur-Yon, JO du 27 octobre 2022.

¹⁷ CSP, art. R. 3211-34 et R. 3211-35.

¹⁸ JLD Nanterre, 23 novembre 2022, n° 22/01894.

¹⁹ Avis n° [15012](#) de la Cour de cassation, 8 juillet 2021.

²⁰ Par exemple dans le Lot.

Il est également des hôpitaux qui refusent de communiquer les documents relatifs à l'isolement dans le cadre d'une procédure de contrôle de la mesure d'hospitalisation complète devant le juge des libertés ou en appel en soutenant que cela n'est pas l'objet de cette instance²¹.

Dans d'autres juridictions²², la résistance s'exerce sous d'autres formes. Ainsi à Paris, les documents relatifs à l'isolement/contention que détient le greffe, ne sont plus communiqués à l'avocat avec la saisine de l'hôpital ou de la préfecture alors qu'ils l'étaient avant l'entrée en vigueur des dispositions de la loi du 22 janvier 2022. Pour connaître l'existence d'une mesure d'isolement ou de contention, l'avocat doit interroger le greffe et l'hôpital par une démarche spécifique, ou bien le découvrir incidemment à la lecture des pièces du dossier (par exemple le certificat médical déclarant la personne « non transportable » au motif de son placement à l'isolement). Quand bien même l'avocat rapporte la preuve de l'existence d'une mesure d'isolement, le juge refuse souvent d'exercer son contrôle, de statuer sur ladite mesure, voire de se saisir d'office. Faisant preuve parfois d'une certaine mauvaise foi, le juge écarte les arguments relatifs à la régularité de la mesure d'isolement en considérant qu'il n'est pas rapporté la preuve que la personne est actuellement placée en chambre d'isolement ou sous contention même face à la mention expresse de l'isolement comme motif de sa non-comparution à l'audience²³.

Si des pièces sont communiquées sur l'isolement et la contention et notamment les décisions que le juge a pu rendre, il est alors constaté, qu'elles font l'objet d'une numérotation spécifique (pas d'enrôlement et d'attribution d'un numéro de rôle général²⁴ RG), et surtout que la personne n'est jamais assistée d'un avocat commis d'office. Les ordonnances rendues comportent toutes la même motivation stéréotypée et pré-imprimée qui reprend de façon générale les critères de l'article L. 3222-5, seul le nom de la personne concernée change²⁵.

Attendu que l'état de santé de **Madame** \ attesté par les éléments soumis à notre juridiction, justifie la prolongation de la mesure d'isolement prononcée par le corps médical ; qu'en effet il est établi que la mesure, prise en dernier recours, est nécessaire et proportionnée à la situation et à l'état de la patiente et pour prévenir un dommage immédiat ou imminent pour la patiente ou pour autrui.

C) L'absence fréquente de l'avocat dans le cadre de la procédure autonome conduit à une absence de contrôle effectif

Dans nombre de barreaux un système d'astreinte a été mis en place aussi bien devant le juge des libertés que devant la Cour, de telle sorte qu'un avocat est disponible sept jours sur sept pour intervenir. Les avocats inscrits sur la liste dédiée aux soins sans consentement sont formés à cette défense²⁶. Toutefois, certains établissements hospitaliers²⁷ estiment qu'ils n'ont pas à informer les personnes placées à l'isolement et/ou sous contention de l'information du juge puis de sa saisine pour contrôler la mesure, ni à leur demander si elles veulent être assistées ou représentées par un avocat, dans le cadre de ce contrôle au motif que leur état de santé ne le permet pas. C'est expressément indiqué dans toutes les requêtes parisiennes saisissant le juge des libertés (plus de 2000 depuis la

²¹ Par exemple à l'UMD de Châlons-en-Champagne.

²² Par exemple, à Paris.

²³ Pour exemple : JLD Paris, 13 octobre 2022, n° 22 /03422 ; JLD Paris, 7 novembre 2022, n° 22/03685 ; JLD Paris, 7 novembre 2022, n° 22/03687.

²⁴ Comme c'est pourtant le cas à Bobigny, ou Nanterre.

²⁵ Pour exemple : JLD Paris, 9 octobre 2022, n° 22/1641 ; JLD Paris, 15 octobre 2022, n° 22/1738 ; JLD Paris, 16 novembre 2022, n° 22/2024.

²⁶ Aux Barreaux de Paris, Versailles ou Bobigny.

²⁷ À titre d'exemple à Paris, le GHU Paris Psychiatrie et Neurosciences qui regroupe les hôpitaux de Sainte-Anne, Maison Blanche et Perray Vacluse.

réforme). Ainsi donc, de façon paradoxale, la personne hospitalisée dont l'état de santé a conduit à son placement à l'isolement se trouve privée de l'accès à un avocat au motif de ce même état de santé, lequel devrait d'autant plus justifier l'intervention d'un professionnel pour la défense de ses droits.

D'autres hôpitaux ont la même pratique mais le juge²⁸ demande alors systématiquement la désignation d'un avocat, dans le respect de l'esprit de la loi du 5 juillet 2011.

Rappelons en effet que, dans le cadre du contrôle systématique de la mesure d'hospitalisation complète, l'article L. 3211-12-2 du CSP prévoit que si, au vu d'un avis médical motivé, des motifs médicaux font obstacle, dans son intérêt, à son audition, la personne est représentée par un avocat lorsque des motifs médicaux rendent impossible l'audition de l'intéressé par le juge. Cette représentation obligatoire intervient quasiment à chaque fois que la personne est à l'isolement et/ou sous contention au moment du contrôle à 12 jours ou à 6 mois. Mais il semblerait que, pour certains hôpitaux et certains juges²⁹, ce principe ne s'applique pas en matière de contrôle autonome aux personnes placées à l'isolement ou sous contention qui pourtant sont concernées au premier chef et le plus entravées dans leur liberté de mouvement.

Dès lors, on pourrait penser que le juge va pallier cette absence totale de débat contradictoire par un contrôle d'office d'autant plus conséquent. Il n'en est rien puisque les décisions sont rendues de façon stéréotypée.

Le Contrôleur des lieux de privation de liberté a d'ailleurs été récemment saisi d'une demande d'intervention en urgence pour faire cesser cette situation de non-droit à Paris.

Heureusement d'autres juges remplissent leur office de contrôle et il s'avère que lorsque l'avocat formé, présente des observations sur la régularité de la mesure, le juge exerce son contrôle, répond aux moyens soulevés³⁰ et ordonne fréquemment la mainlevée quand les dispositions légales ne sont pas réunies.

Ainsi en est-il lorsque le placement à l'isolement intervient avant l'admission en hospitalisation complète³¹, quand le juge est saisi tardivement³², que toutes les pièces ne lui sont pas transmises³³, ou encore que l'intéressé n'est pas entendu alors qu'il en avait fait la demande³⁴.

Il en est de même également quand la mesure n'est pas motivée ou l'est de façon stéréotypée³⁵, qu'elle ne mentionne pas l'heure où elle est prise³⁶ (ne permettant pas le contrôle des

²⁸ Tel est le cas par exemple à Bobigny, mais pas à Paris.

²⁹ Notamment à Paris.

³⁰ La procédure en cette matière est soumise aux règles de procédure civile sauf dispositions dérogatoires prévues dans la partie réglementaire.

³¹ JLD Versailles, 11 juin 2022, n° RG 22/1206.

³² JLD Versailles, 4 février 2022 n° 22/194 ; JLD Versailles, 6 février 2022 ; JLD Versailles, 7 février 2022, n° 22/204 ; JLD Versailles, 7 février 2022, n° 22/216 ; JLD Versailles, 15 février 2022, n° 22/269 ; JLD Versailles, 29 mars 2022, n° 22/618 ; JLD Versailles, 4 avril 2022, n° 22/675 ; JLD Versailles, 3 mai 2022, n° 22/927 ; JLD Versailles, 11 juin 2022, n° RG 22/1204 ; JLD Versailles, 12 juin 2022, n° RG 22/1207.

³³ JLD Versailles, 12 juin 2022 n° RG 22/1207 ; JLD Versailles, 2 mai 2022, n° 22/922 ; JLD Versailles, 3 avril 2022, nos 22/668, 666 et 665.

³⁴ JLD Versailles, 8 février 2022, n° 22/222.

³⁵ JLD Versailles, 20 juin 2022, n° 22/1261 ; JLD Versailles, 29 janvier 2022, n° 22/150 ; JLD Versailles, 15 février 2022, n° 22/260 ; JLD Versailles, 20 février 2022, n° 22/739 ; JLD Versailles, 5 mai 2022, nos 22/968 et 671.

³⁶ JLD Versailles, 18 avril 2022, n° 22/805 et 806.

durées *maxima*), qu'elle n'est pas notifiée à l'intéressé³⁷ ou que les proches ne sont pas informés³⁸, qu'il s'agisse de la famille ou du curateur³⁹.

Ainsi donc le juge, fort de son obligation d'impartialité, peut ne pas se soumettre aux exigences d'une partie à la procédure.

On mesure à la lecture de ces décisions motivées⁴⁰ combien le contrôle de l'isolement et de la contention est un contentieux technique et juridique qui nécessite un véritable débat contradictoire entre professionnels formés pour que les droits des personnes concernées soient respectés.

La Cour européenne des droits de l'Homme s'est ainsi prononcée avec rigueur sur la question et n'a pas hésité à condamner le Danemark pour violation de l'article 3 de la Convention européenne (interdiction des traitements inhumains et dégradants)⁴¹. Elle a jugé que « *les autorités n'ont donc pas suffisamment prouvé qu'il avait été strictement nécessaire de laisser le requérant sanglé à un lit de contention pendant 23 heures. La Cour ne peut conclure que les mesures en cause ont respecté la dignité humaine de M. Aggerholm et ne l'ont pas exposé à des douleurs et des souffrances. Il s'ensuit qu'il y a eu violation de l'article 3* ».

Elle avait d'ailleurs antérieurement condamné la Croatie dans des conditions similaires ajoutant à la violation de l'article 3, celle de l'article 5 § 1 e) de la Convention, en raison de l'absence de représentation effective de la personne internée du fait de la carence de l'avocat et de celle du juge à prendre les dispositions appropriées pour assurer son accès effectif à la justice⁴².

En conclusion, si chaque intervenant effectue sa mission en toute connaissance des exigences légales, alors il est permis d'espérer que les personnes hospitalisées sans leur consentement, et placées à l'isolement et/ou sous contention ne seront pas aussi privées de leur qualité de justiciable et de citoyen et qu'elles pourront bénéficier d'un contrôle effectif des mesures dont elles font l'objet.

³⁷ JLD Versailles, 14 avril 2022, n° 22/765 ; JLD Versailles, 18 mai 2022, n° 22/1075.

³⁸ JLD Versailles, 29 janvier 2022 ; JLD Versailles, n° 18 avril 2022, n° 22/807 ; JLD Versailles, 15 mai 2022, n° 22/1054 ; JLD Versailles, 31 mai 2022, n°s 22/1189 et 1192.

³⁹ JLD Versailles, 19 juin 2022, n° 22/1267.

⁴⁰ Également rendues dans d'autres tribunaux comme Bobigny ou Bordeaux par exemple.

⁴¹ CEDH, 15 septembre 2020, *Aggerholm c./ Danemark*, n° [45439/18](#).

⁴² CEDH, 19 mai 2015, *M.S. c./ Croatie*, n° [75450/12](#).

TRANSFERT DE CONTENTIEUX ET TRANSFERT DE JURISPRUDENCE : BRÈVES REMARQUES SUR LE CONTRÔLE DE L'ARRÊTÉ DE PLACEMENT EN RÉTENTION ADMINISTRATIVE

Par

Vincent TCHEN

*Professeur de droit public
Université de Rouen*

Un transfert de contentieux entre les deux ordres de juridiction se heurte à trois obstacles. Le premier est d'ordre politique : la crainte d'offenser un ordre juridictionnel. Le second est plus rationnel. Il renvoie au risque de déstabilisation d'un équilibre contentieux. Un transfert de contentieux doit enfin s'accommoder des contraintes constitutionnelles, en rappelant que l'article 66 de la Constitution réserve à « l'autorité judiciaire » le contentieux de la « liberté individuelle » et qu'un principe fondamental reconnu par les lois de la République, sous les réserves tenant à la « bonne administration de la justice », réserve à la juridiction administrative le contentieux de « l'annulation ou [de] la réformation des décisions prises dans l'exercice des prérogatives de puissance publique »¹. Dans ce contexte, on ne s'étonnera guère que les transferts de contentieux soient peu nombreux. On songe à la consécration en 1957 de la compétence judiciaire pour indemniser les victimes d'un accident causé par un véhicule de l'administration ou à la dépénalisation du stationnement payant en 2014. Adoptée en 2011, la réforme du contentieux de l'hospitalisation d'office peut aussi être citée.

Ce dernier précédent mérite l'attention. Le ressort de cette loi (simplifier les voies de recours et renforcer les droits des personnes visées) présente en effet une forte analogie avec la réforme du 7 mars 2016 qui transfère au juge judiciaire le contentieux de l'arrêté préfectoral de placement d'un étranger en rétention administrative. Pour justifier leur choix, les porteurs du projet avancent un diagnostic : la compétence du juge administratif complique le contrôle de la nécessité d'une privation de liberté. Simultanément, ils ne proposent aucun mode d'emploi pour contrôler l'arrêté, ne pouvant guère recommander au juge des libertés et de la détention de se conformer aux pratiques du juge administratif ou de s'en détourner.

Si l'on considère la masse du contentieux concerné (environ 40 000 litiges annuels en première instance et en appel) et les enjeux (s'assurer qu'une privation de liberté est nécessaire), ce transfert n'était pas anodin. Il met fin à un contentieux administratif qui avait accompagné la création des centres de rétention. Trente-six ans durant, il a été admis qu'un acte pris dans l'exercice d'une prérogative de puissance publique pour assurer la mise en œuvre d'une mesure de police administrative devait être déféré au juge de l'excès de pouvoir². Sur cette base, ce dernier statuait sur la régularité interne et externe de l'arrêté de placement en rétention au nom d'une évidence qui, paradoxe des choses, n'aura jamais été expliquée par le Conseil constitutionnel.

¹ C. const., 23 janvier 1987, n° [87-224](#) DC, cons. 15.

² C. const., 28 juillet 1989, n° [89-261](#) DC, cons. 22 (« s'agissant de l'usage par une autorité exerçant le pouvoir exécutif ou par un de ses agents de prérogatives de puissance publique, les recours tendant à l'annulation des décisions administratives relatives à l'entrée et au séjour en France des étrangers relèvent de la compétence de la juridiction administrative »). Au contraire de l'arrêté d'assignation à résidence, l'arrêté de placement en rétention n'est alors pas mentionné au titre des actes pris dans l'exercice d'une prérogative de puissance publique.

Enfermé dans un carcan temporel strict, le dispositif imposait au juge administratif de statuer dans le délai de placement initial (entre un et cinq jours, selon les régimes). Une annulation de l'arrêté entraînait la libération de l'étranger concerné. Mais cette issue impliquait une remarquable diligence du juge administratif. À l'épuisement du délai de placement initial, seul le juge des libertés et de la détention pouvait en effet se prononcer sur la nécessité du maintien en rétention. Le juge administratif n'était certes pas dessaisi³. Il ne pouvait toutefois plus enjoindre au préfet de libérer la personne retenue pour ne pas empiéter sur l'office du juge judiciaire et devait donc se borner à annuler l'arrêté de placement en rétention⁴. Il en était de même lorsque l'arrêté était contesté en référé⁵.

Sans guère de débat, la réforme du 7 mars 2016 met fin à cette situation à une réserve près : le juge administratif demeure compétent pour apprécier la légalité du placement en rétention de l'étranger dont la demande d'asile est jugée dilatoire⁶. Hors ce cas, le juge des libertés et de la détention statue depuis le 1^{er} novembre 2016 sur la légalité du placement en rétention et, comme dans le passé, sur la demande de maintien⁷.

Quel bilan peut-on tirer de ce transfert ? Le débat en légitimité du juge administratif pour contrôler un acte pris dans l'exercice d'une prérogative de puissance publique paraît aujourd'hui dépassé. Ce transfert est d'autant moins discuté que la pratique n'a pas mis à jour de carences. À tout le moins, aucun syndicat de magistrats ou d'avocats, aucune association de défense des étrangers ne se sont élevés pour recommander une refonte du dispositif que la réforme mise en débat en janvier 2023 épargnera donc. Un autre indice, plus délicat d'interprétation, renforce le sentiment d'une réforme mise en œuvre paisiblement : la Cour de cassation a été fort peu sollicitée pour clarifier les termes du transfert de compétence.

Cette situation est à sa manière contrariante : comment écrire le bilan d'une réforme qui ne produit pas de crise mais qui n'offre pas une ligne jurisprudentielle claire ? On ajoutera que la faible diffusion des ordonnances rendues dans ce domaine complique la bonne connaissance du contentieux. Pour en restituer les contours, une balise se propose. Elle renvoie aux pratiques observées avant le 1^{er} novembre 2016 qui ont, de toute évidence, survécu au transfert de compétence (II). Au préalable, un retour sur les racines de ce transfert s'impose (I).

I. Les racines d'un transfert de compétence inédit

Le débat ouvert par la réforme du 7 mars 2016 a mis en lumière l'incongruité d'un dispositif qui scindait jusqu'alors le contrôle de la régularité (juge administratif) et de la nécessité (juge judiciaire) du placement en rétention. La réforme de 2016 est portée par la volonté de dépasser cette situation... qui continue de régir le contentieux de la zone d'attente (A). Ce transfert de compétence est toutefois assorti de plusieurs restrictions (B).

A) Garantir la pleine compétence de l'ordre principalement intéressé

³ Par ex. : CAA Paris, 8 juillet 2011, n° 10PA00568 (l'arrêté « ayant reçu application, l'intéressé est recevable à en contester la légalité »).

⁴ V. ainsi : CE, 17 novembre 2004, n° [259119](#), *Préfet des Pyrénées-Orientales* (« la décision attaquée est une décision administrative ; il appartient au juge administratif de statuer sur sa légalité, alors même que la prolongation de la rétention administrative a été autorisée par le juge judiciaire [...] par suite, le moyen tiré de ce que le jugement attaqué aurait empiété sur la compétence du juge judiciaire doit être écarté »).

⁵ V. ainsi : CE, réf., 27 juin 2011, n° [350207](#), *Min. Intérieur* (référé suspension) et CE, réf., 13 mars 2009, n° [325855](#) (référé liberté).

⁶ CESEDA, art. L. 754-4.

⁷ CESEDA, art. L. 614-13 et L. 741-10.

La suppression du contentieux administratif de la rétention trouve son origine dans un amendement parlementaire. Elle procède d'une audace que résume cette conclusion formulée en 2016 par le rapporteur du projet Erwann BINET : « *Il est permis de penser que le Conseil constitutionnel estimera que l'ordre judiciaire est bien "principalement intéressé" par le contentieux de la rétention eu égard à la dimension privative de liberté de la rétention administrative* »⁸. Ces propos en forme de pari ont pu étonner mais, à cette date, le Conseil constitutionnel ne s'était jamais prononcé sur la compétence du juge administratif pour une raison déroutante : aucun législateur ne s'était aventuré dans une telle voie. L'option finale s'est, si l'on peut dire, avérée payante au sens où le Conseil n'a pas contesté le transfert de compétence. Plus exactement, il a esquivé le débat en s'abstenant d'expliquer comment le contrôle d'une décision prise dans l'exercice d'une prérogative de puissance publique pouvait échapper à la compétence du juge administratif⁹. Il lui était pourtant loisible de renvoyer aux raisons tirées de la « *bonne administration de la justice* » (garantir un monopole de compétence à l'ordre principalement intéressé) et aux exigences de l'article 66 de la Constitution (ne pas retarder l'intervention de la « *gardienne* » de la liberté individuelle¹⁰). Une autre explication a été privilégiée. Le transfert du contentieux des arrêtés de placement en rétention vers le juge des libertés et de la détention a été justifié par la nécessité d'assurer un contrôle effectif du « *droit à la liberté et à la sûreté* » garanti par l'article 5 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Il a notamment été soutenu que l'absence d'effet suspensif attaché au recours dirigé contre l'arrêté de placement en rétention compromettrait l'effectivité du recours¹¹. Cette lecture était confortée par l'article 15, § 2 de la directive européenne « retour » du 16 décembre 2008 qui impose « *un contrôle juridictionnel accéléré de la légalité de la rétention [...] le plus rapidement possible à compter du début de la rétention* ».

L'ineffectivité des voies d'action qui étaient ouvertes devant le juge administratif doit être nuancée. Tout d'abord, la directive « retour » ne mentionne pas que le recours formé contre le placement en rétention ait nécessairement un caractère suspensif automatique. Ensuite, sans préjudice d'une action en référé et comme le Conseil d'État l'avait observé, le juge administratif pouvait statuer rapidement sur la légalité des mesures édictées dans le cadre de la procédure d'éloignement¹². La Cour européenne des droits de l'Homme avait de même estimé que « *l'article 5 § 4 [de la Convention] ne va pas jusqu'à exiger une forme particulière de recours et [qu']il n'appartient donc pas à la Cour d'affirmer quelle voie de recours interne serait plus opportune qu'une autre, ni, a fortiori, de porter une appréciation sur la répartition des compétences opérée par les autorités internes entre les juges judiciaires et administratifs. Au regard de l'article 5 § 4, seule importe en effet l'ampleur du contrôle exercé* »¹³. L'article 5 § 4 de la Convention impose un certain niveau d'effectivité¹⁴. Mais il ne garantit pas un contrôle qui habiliterait le tribunal à substituer son appréciation à celle de l'autorité, y compris sur des

⁸ Assemblée nationale, Rapport n° [3423](#) au nom de la commission des lois sur le projet de loi relatif au droit des étrangers en France, 20 janvier 2016.

⁹ C. const., 3 mars 2016, n° [2016-728](#) DC.

¹⁰ Une question prioritaire de constitutionnalité avait offert à la cour administrative d'appel de Bordeaux l'occasion de lever le voile de ce mystère (CAA Bordeaux, ord., 23 juin 2017, n° 17BX01467). Il avait été soutenu que la réforme de 2016 avait méconnu le principe selon lequel la juridiction administrative est par principe compétente pour annuler ou réformer les décisions prises dans l'exercice des prérogatives de puissance publique. Il avait également été défendu que le transfert de compétence ne conférait pas au juge judiciaire un pouvoir d'annulation ou de réformation de l'arrêté du préfet. Cette argumentation a été contestée au motif que le dispositif permettait au juge judiciaire de procéder à un contrôle de la légalité du placement en rétention, à charge pour le juge administratif de contrôler la légalité de la mesure d'éloignement. Si cette mesure est annulée, il est mis fin à la rétention (CESEDA, art. L. 614-16, L. 614-17 et L. 742-9). Le juge des libertés et de la détention peut aussi ordonner une remise en liberté ou une assignation à résidence si le placement en rétention est entaché d'illégalité. Compte tenu de ces recours, des effets attachés et des pouvoirs des juges saisis, il a été conclu que la réforme de 2016 n'avait pas porté une atteinte manifeste au droit à un recours effectif.

¹¹ CAA Bordeaux, 20 mars 2012, n° 11BX02932.

¹² CE, 4 mars 2013, n° [359428](#) : Vincent TCHEN, « [Effet suspensif automatique des recours et contentieux du départ forcé](#) », *Droit administratif*, n° 5, mai 2013, comm. 35.

¹³ Rappelant cette exigence : CEDH, 12 juillet 2016, A. M. c./ France, n° [56324/13](#), § 40.

¹⁴ Sur ce même constat : CJUE, 5 juin 2014, aff. [C-146/14](#), Mahdi.

points de pure opportunité. Il demeure qu'en interdisant au juge administratif saisi d'un recours contre un arrêté de placement en rétention de contrôler la régularité des actes préalables à ce placement (contrôle d'identité, garde à vue, retenue pour vérification du droit de séjour), le dispositif antérieur à la réforme de 2016 ne satisfaisait pas à toutes les exigences de l'article 5 § 4 de la Convention. Les raisons profondes du transfert de compétence résident dans cette anomalie.

B) Les limites du transfert de compétence

La réforme de 2016 est portée par la promotion d'un plein contrôle du juge des libertés et de la détention sur la nécessité d'un placement en rétention et de son maintien. Ce vœu se heurte à une impasse de nature assez similaire à celle qui prévalait dans le passé, le juge civil ne pouvant pas apprécier et interpréter la légalité de la mesure de départ forcé et des actes administratifs pris en conséquence. La réforme de 2016 n'a pas altéré cette ligne de partage entre les contentieux de la mesure de départ forcé (juge administratif) et du placement en rétention (juge des libertés et de la détention) qui forme une masse de granite que seule une révision de la Constitution pourrait déplacer. Comme l'a résumé la Cour de cassation en 2017, « *le législateur a ainsi organisé deux compétences parallèles, exclusives l'une de l'autre* ». Il en ressort, sans surprise, que le juge administratif conserve sa compétence exclusive pour connaître de la légalité des décisions relatives au séjour et à l'éloignement, « *quand bien même leur illégalité serait invoquée par voie d'exception à l'occasion de la contestation, devant le juge judiciaire, de la décision de placement en rétention* »¹⁵.

Pour cette raison, le juge des libertés et de la détention ne peut pas estimer (comme un certain bon sens le recommande) que l'irrégularité de l'obligation de quitter le territoire vicie la décision de placement en rétention, quand bien même la première mesure forme l'unique fondement de la seconde¹⁶. De même, il ne peut pas annuler le placement en rétention au motif que l'arrêté de transfert d'un candidat à l'asile ne respecte pas l'article 24 du règlement n° [604/2013/UE](#) du 26 juin 2013¹⁷. On doute encore que le juge des libertés et de la détention puisse contrôler une interpellation en préfecture aux fins d'éloignement et de placement en rétention car celle-ci constitue une décision de police administrative¹⁸. Ce point était pourtant contrôlé avant 2016 par le juge administratif qui estimait que les conditions d'interpellation en préfecture étant relatives à la régularité d'une procédure administrative, leur irrégularité était invocable à l'encontre de l'arrêté de placement en rétention¹⁹. À cette occasion, le défaut de loyauté pouvait être dénoncé, sauf si l'étranger avait été informé des risques d'interpellation ou se présentait spontanément pour solliciter l'examen de sa situation.

Une autre limite à la compétence du juge judiciaire se déduit directement de la loi du 7 mars 2016 qui a isolé un contentieux du maintien en rétention des demandeurs d'asile²⁰. Comme il a été observé, les personnes concernées peuvent demander au président du tribunal administratif l'annulation de la décision de maintien en rétention dans les 48 heures « *pour contester les motifs retenus par l'autorité administrative pour estimer que sa demande d'asile a été présentée dans le seul but de faire échec à l'exécution de la mesure d'éloignement* ». Ce contentieux « *n'affecte [pas] le contrôle du juge des libertés et de la détention exercé sur la décision de placement en rétention* ». Toutefois, la compétence de ce dernier pour remettre à tout moment en liberté l'étranger si les circonstances de droit ou de fait

¹⁵ Civ., 1^{ère}, 27 septembre 2017, n° [17-10.207](#), *Préfet du Rhône c./ M. Sofiane X.*

¹⁶ Civ., 1^{ère}, 27 septembre 2017, *ibid.*

¹⁷ Civ., 1^{ère}, 27 septembre 2017, nos [16-50.062](#) et [17-10.206](#), *Préfet du Nord c./ M. Stanislav X.*

¹⁸ CAA Marseille, 20 décembre 2013, n° 12MA03416 et par analogie : civ., 1^{ère}, 28 mars 2012, n° [11-30.454](#), *Proc. gén. près la cour d'appel de Rouen.*

¹⁹ CAA Marseille, 20 décembre 2013, *ibid.*

²⁰ CESEDA, art. L. 754-2 à L. 754-5.

le justifiant s'exerce « sous réserve de la compétence exclusive du juge administratif sur la décision de maintien en rétention d'un demandeur d'asile »²¹.

II. Du transfert de contentieux au transfert de jurisprudence

En prévoyant simplement que « la décision de placement en rétention ne peut être contestée que devant le juge des libertés et de la détention »²², le législateur n'a apporté aucune précision sur les modalités de ce contentieux. Le pouvoir réglementaire n'a pas comblé cette lacune. Comme l'aurait-il pu d'ailleurs sans porter atteinte à l'office du juge saisi et à son indépendance ? Dans ce contexte normatif, les juges des libertés et de la détention ont été placés dans une position singulière à compter du 1^{er} novembre 2016. L'absence d'une véritable circulaire de cadrage ou d'une solide ressource documentaire ont pu être déplorées à cette occasion.

Cette situation menaçait de conduire à un contrôle carencé de l'arrêté de placement en rétention ou à des interprétations divergentes. L'étude de la maigre jurisprudence publiée et les retours de pratique démontrent à l'évidence que ce spectre a été évité. Il nous semble que cette situation peut être imputée à l'exportation des pratiques contentieuses suivies devant les tribunaux administratifs (A). Les axes de cette jurisprudence ne s'imposaient bien évidemment pas aux juges des libertés et de la détention. Pourquoi cependant auraient-ils ignoré des pratiques parfaitement exportables ? À cette occasion, des juridictions judiciaires ont d'ailleurs organisé des échanges informels avec des magistrats administratifs. Assez naturellement, le transfert de compétence s'est donc accompagné d'un transfert de jurisprudence (B).

A) Le cadre du transfert de jurisprudence

Un modèle de contrôle de l'arrêté de placement en rétention s'est dessiné entre 1980 et 2016. Il repose sur un ensemble de griefs dirigés contre cet arrêté, sans que finalement la nature du juge saisi (administratif ou civil) interfère. Ces griefs (on ose dire « cas d'ouverture », par référence à la terminologie du recours pour excès de pouvoir) se ramènent à deux séries de questions que le juge saisi de l'arrêté préfectoral peut être amené à trancher. Comme la Cour de justice de l'Union européenne l'a rappelé le 8 novembre 2022, ces irrégularités doivent être dénoncées d'office pour assurer le plein respect du droit européen et faire cesser une privation de liberté irrégulière²³.

Une première série de griefs se concentre sur le respect de la légalité externe²⁴. Sur ce chapitre, le spectre de contrôle est étroit, le cadre normatif étant assez lapidaire. En pratique, ce contrôle porte sur la compétence de l'auteur de l'arrêté, plus particulièrement sur la régularité de la délégation de signature²⁵. Il s'étend à la motivation de l'arrêté. Dans le passé, le juge administratif s'est accommodé d'une motivation minimaliste et largement stéréotypée qui renvoyait aux raisons de fait justifiant le placement en rétention et au refus d'accorder un délai de départ volontaire. Il a certes pu être reproché une motivation révélant « un insuffisant examen de la situation personnelle de l'intéressé au regard de l'ensemble des considérations de droit applicables »²⁶. Mais le plus souvent, il était estimé

²¹ CESEDA, art. L. 743-2.

²² CESEDA, art. L. 614-13.

²³ Pour garantir un contrôle effectif « à intervalles raisonnables », le juge de la rétention doit relever la méconnaissance d'une condition de légalité découlant du droit de l'Union qui n'aurait pas été soulevée par la personne concernée (CJUE, 8 novembre 2022, aff. [C-704/20 et C-39/21](#), *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*).

²⁴ CESEDA, art. L. 741-6 (décision « écrite et motivée »), L. 741-7 (délai de 7 jours entre deux placements), L. 741-8 (information du procureur de la République), L. 741-9 (information des droits individuels), R. 741-1 et R. 741-2 (compétence préfectorale).

²⁵ Civ., 1^{ère}, 15 décembre 2021, n° [20-17.628](#).

²⁶ CAA Paris, 30 octobre 2014, n° 13PA04009.

que « *la seule lecture de la décision suffi[sait] pour connaître les motifs du placement en rétention* »²⁷ ! Le juge administratif se satisfaisait ainsi d'une décision visant « *les textes dont il est fait application et [faisant] état des éléments de fait qui ont conduit le préfet* » à prononcer un placement²⁸. Il était également attendu du préfet d'établir l'absence de garanties de représentation²⁹. Ce cadre bienveillant peut expliquer que les annulations aient été très isolées³⁰, un constat qui a semble-t-il survécu à la réforme de 2016. On peut le déplorer car la mise en œuvre d'une procédure d'éloignement ne suffit pas à établir les raisons de droit et de fait justifiant un placement en rétention. Tenu de ne pas se borner à viser les textes sans référence au cas d'espèce, le préfet devrait systématiquement démontrer les raisons factuelles qui font craindre un risque de fuite, que la mesure d'éloignement ne peut pas être exécutée immédiatement (vol indisponible, doute sur la nationalité, défaut de laissez-passer consulaire, etc.) ou que l'intéressé ne peut pas être assigné à résidence. On ne saurait donc dire (comme l'ont soutenu certains juges) que le placement en rétention étant discrétionnaire, il n'a pas à être motivé³¹.

Le contrôle de la légalité interne de l'arrêté de placement en rétention invite à des vérifications plus poussées. Il est tout d'abord nécessaire de s'assurer que le placement des mineurs accompagnants est conforme aux exigences de l'article L. 741-5 du Code des étrangers qui limite sévèrement un tel placement. Il est ensuite requis de contrôler la nécessité du placement qui doit garantir la bonne exécution de la mesure d'éloignement. À ce titre, le juge contrôle les perspectives de départ à brève échéance et mesure le risque de fuite. Enfin, le placement doit être proportionné, de sorte que le juge saisi doit s'assurer qu'il n'existe pas une voie moins contraignante garantissant la bonne exécution de la mesure de départ forcé. Comme le recommande la lettre même de la loi, il vérifie ici que l'assignation à résidence était impossible.

Ce cadre de la légalité interne est strictement compris. Il ne peut pas s'étendre au contrôle de l'atteinte à la vie privée et familiale ou à une « situation personnelle » qui se déduirait du placement en rétention car cet effet est réputé résulter de la mesure d'éloignement³². Or, l'étranger placé en rétention ne peut pas se prévaloir par voie d'exception de l'illégalité de la mesure de départ forcé et des actes pris en conséquence. À défaut, le juge des libertés et de la détention empièterait sur la compétence du juge administratif. Ce moyen est pourtant fréquemment soulevé, souvent de manière stéréotypée ou pour la première fois en appel.

²⁷ CAA Bordeaux, 15 juillet 2014, n° 14BX00009.

²⁸ CAA Marseille, 20 novembre 2014, n° 13MA03178 et égal. : CAA Lyon, 3 janvier 2011, n° 10LY00893, *Préfet de Haute-Savoie* (motivation suffisante par référence aux textes).

²⁹ V. ainsi CAA Versailles, 13 novembre 2012, n° 12VE00325, *M. Karim A.* (« ces éléments constituent une motivation suffisante ») et égal. : CAA Bordeaux, 14 juin 2012, n° 11BX02651, *Préfet de Haute-Garonne* (« absence de moyens de transport immédiats et garantie de représentation »).

³⁰ Pour quelques exemples isolés : CAA Nancy, 15 octobre 2009, n° 08NC01848, *M. Sevdija A.* (l'arrêté de placement « se borne à viser de manière générale le code [des étrangers] ; il s'ensuit que [la mesure] ne saurait être considérée comme suffisamment motivée ») ; CE, sect., 27 février 2004, n° [252988](#), *Préfet des Pyrénées-Orientales c./ Abounkhila* (défaut de motivation) ; CAA Bordeaux, 26 février 2008, n° 07BX01561, *M. El Bachir X.* (arrêté motivé par la « nécessité de maintenir l'intéressé dans les locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire pendant le temps strictement nécessaire à l'organisation de son départ sans que soient précisées les raisons pour lesquelles existe une telle nécessité ») ; CAA Bordeaux, 21 décembre 2006, n° 06BX02264, *M. Puiu X.* (arrêté de rétention se bornant à exposer « que la mesure d'éloignement ne peut être mise immédiatement à exécution », qu'il existe une « nécessité absolue de maintenir en rétention l'intéressé » qui « ne sait pas lire » et qui « ne comprend pas le français »).

³¹ CAA Nancy, 25 octobre 2012, n° 11NC01933, *M. Abdullah* ; CAA Nancy, 23 septembre 2010, n° 10NC00554.

³² Voir entre autres exemples, CAA Bordeaux, 18 octobre 2012, n° 12BX01113, *Préfet de Haute-Garonne* (la rétention « ne porte par elle-même aucune atteinte au droit de M. A à mener une vie familiale normale ») et CE, 15 février 1995, n° [136169](#), *Bangoura* : *Droit administratif*, 1995, comm. 267.

B) L'esquisse d'un bilan des pratiques

Une pratique analogue à celle qu'il était permis d'observer dans le passé devant le juge administratif se dessine depuis le 1^{er} novembre 2016. Elle enseigne, comme ce fut le cas pour le juge administratif, que le juge des libertés et de la détention est tributaire des requêtes (et, pourrait-on dire, de leur qualité) qui cherchent avant toute chose à faire cesser une privation de liberté. Sous cet angle, le recours contre l'arrêté de rétention constitue un levier d'action au même titre que la contestation de la demande de maintien en rétention. Si ces deux leviers sont actionnés, les requêtes sont examinées au cours d'une même audience. Certains conseils paraissent éluder le premier volet par manque de temps ou d'arguments, parfois peut-être par ignorance de cette voie.

Lorsque l'arrêté de placement en rétention est spécifiquement contesté, le juge des libertés et de la détention est invité à répondre à des moyens qui soulèvent des éléments de légalité externe et interne suivant un cadre procédural très souple. Le décret n° [2016-1457](#) du 28 octobre 2016 a en effet fourni peu de précisions. Tout au plus, il a été indiqué que l'étranger saisit le juge des libertés et de la détention par « *simple requête* » adressée « *par tout moyen au greffe du tribunal compétent* » avant l'expiration d'un délai de 48 heures³³. La demande est alors enregistrée par le greffier qui constate la date et l'heure de la réception. À peine d'irrecevabilité, la requête est motivée et signée de l'étranger ou de son avocat, à charge pour l'administration de produire la décision contestée.

On avoue savoir peu de choses sur le contrôle de la régularité externe de l'arrêté de placement en rétention. Dans le passé, ce levier d'action était peu exploité devant le juge administratif. Selon les retours observés depuis le 1^{er} novembre 2016, il semble que ces pratiques aient perduré, notamment sur le chapitre du contrôle de la motivation de l'arrêté préfectoral. La Cour de cassation n'a apporté qu'un élément de réponse en tranchant que ni les garanties procédurales du chapitre III de la directive « retour » [2008/115/CE](#), ni les articles L. 121-1, L. 211-2 et L. 121-2, 3^o du code des relations entre le public et l'administration (respect du contradictoire) ne s'appliquent à l'arrêté de placement en rétention. La méconnaissance de ces dispositions est donc sans incidence sur la régularité de l'arrêté. Sur le fond, le juge des libertés et de la détention vérifie que le placement en rétention repose sur une base légale. Ce placement ne peut pas être prononcé sur le fondement d'une interdiction de retour sur le territoire français alors que l'obligation de quitter ce territoire, qui date de plus d'un an, n'a pas été exécutée³⁴. Le contrôle de la nécessité occupe une place plus centrale au sens où « *l'administration ne peut placer l'étranger en rétention administrative que dans la mesure où cela est strictement nécessaire à son départ et en vue d'accomplir les diligences visant à permettre une exécution de l'obligation de quitter le territoire français* »³⁵. Pour cette raison, elle peut être tenue d'établir la réalité de ces diligences³⁶. Ce contrôle de la nécessité présente des enjeux très concrets puisqu'il porte sur le choix entre l'assignation, la rétention ou un régime de liberté.

Depuis le 1^{er} novembre 2016, ce levier de contestation est presque systématiquement actionné, parfois en rapportant la preuve d'un hébergement ignoré des services de la préfecture. Une ligne jurisprudentielle claire paraît cependant délicate à dresser. Dans le passé, le juge administratif s'est fréquemment satisfait d'un renvoi stéréotypé à l'absence de justification de représentation, aux risques de fuite et à l'absence de moyen de transport pour assurer immédiatement l'éloignement³⁷.

³³ CESEDA, art. R. 741-3.

³⁴ V. ainsi civ., 1^{ère}, 15 juin 2022, n° [20-22.889](#) et civ., 1^{ère}, 17 novembre 2021, n° [20-17.139](#).

³⁵ CAA Paris, 8 février 2016, n° 15PA02305 et égal. : CE, 12 décembre 2001, n° [223099](#), M^{me} Diaby.

³⁶ CAA Paris, 8 février 2016, préc. (« *la seule circonstance qu'il ne se soit pas rendu à un entretien prévu au consulat de Côte d'Ivoire, à Paris, ne suffisait pas à rendre strictement nécessaire une mesure de rétention* »).

³⁷ Par ex., CAA Paris, 23 septembre 2011, n° 11PA01582 (la décision de placement en rétention « *est motivée par l'impossibilité d'exécuter dans l'immédiat la mesure de reconduite à la frontière [...] en raison des formalités nécessaires à l'organisation matérielle de la reconduite* »).

S'agissant des perspectives d'éloignement à brève échéance, il s'assurait tout de même que l'éloignement effectif n'avait pas pu encore être mis en œuvre, faute de moyen de transport disponible, mais qu'il allait intervenir à brève échéance³⁸. Cette preuve peut être rapportée par la réservation d'une place dans un avion ou l'organisation d'un vol spécial. En tout état de cause, l'administration ne satisfait pas à son obligation de diligence par l'envoi au service compétent du ministère de l'Intérieur d'une demande de présentation d'un étranger aux fins d'identification pour que ce service saisisse ensuite les autorités consulaires. Cette demande n'établit pas la réalité d'un envoi effectif à l'autorité étrangère compétente en vue de l'exécution de la mesure d'éloignement³⁹. Le contexte de pandémie a mis à jour un véritable contrôle de la nécessité du placement en rétention. Comment, en effet, établir des perspectives d'éloignement à brève échéance vers des pays qui avaient fermé leurs frontières ? En mars 2020, ce seul constat a justifié la remise en liberté d'étrangers retenus contre l'évidence des choses et dans des conditions sanitaires douteuses⁴⁰. Le juge des référés du Conseil d'État a pourtant refusé d'ordonner la fermeture temporaire des centres de rétention jusqu'à la levée du confinement imposé du 17 mars au 15 avril 2020. Certes, le nombre des personnes retenues s'était « *très substantiellement réduit et devrait être marginal dans la période à venir* »⁴¹. Il a toutefois été mis en avant le fait que l'administration avait procédé à des éloignements... sans que le gouvernement apporte de précisions chiffrées sur ce point central.

À ce jour, seule une étude publiée en janvier 2008 par la direction des affaires civiles et du Sceau du ministère de la Justice décrypte en détail l'état des pratiques du contentieux civil de la rétention administrative⁴². Alors que se profile une nouvelle réforme du droit des étrangers, un bilan réactualisé s'impose plus que jamais pour évaluer l'impact de la loi du 7 mars 2016.

³⁸ Par ex., CAA Bordeaux, 14 juin 2012, n° 11BX02651, *Préfet de Haute-Garonne (« absence de moyens de transport immédiats »)* ; CAA Nantes, 4 février 2010, n° 09NT02245 (« l'intéressé ne pouvait déférer à la mesure d'éloignement en raison d'une absence de transport immédiat ») ; CAA Nancy, 23 septembre 2010, n° 10NC00554 (obligation de quitter le territoire non susceptible d'être exécutée le jour du placement en rétention) ; CAA Versailles, 21 septembre 2010, n° 09VE01249, *Préfet de Seine-Saint-Denis (« aucun élément de nature à établir le bien-fondé du seul motif de cet arrêté tiré de l'absence de moyen de transport permettant le départ immédiat de l'intéressé »)*.

³⁹ Civ., 1^{ère}, 13 juin 2019, n° [18-16.802](#).

⁴⁰ V. ainsi : TJ Paris, 15 mars 2020, n° 20/00966 (« la reconduite de M. X., qu'elles que soient les diligences que l'administration a pu déjà ou pourra accomplir, est plus qu'hypothétique »).

⁴¹ CE, réf., 27 mars 2020, n° [439720](#), *GISTI et autres*. Alors que les 26 centres ont une capacité d'accueil de 1 800 places, 350 personnes étaient retenues au 16 mars et 152 au 26 mars. À cette dernière date, neuf centres ne retenaient aucun étranger et seules deux structures accueillait plus de 16 personnes.

⁴² Cécile BARBERGER, Brigitte MUNOZ PEREZ et Caroline MOREAU, [Le contentieux judiciaire des étrangers. Enquête statistique sur les décisions prononcées du 1^{er} au 31 mai 2007 par les juges des libertés et de la détention et les cours d'appel statuant sur des demandes de prolongation du maintien en rétention ou en zone d'attente](#), ministère de la Justice, DACS, Cellule Études et de recherches, janvier 2008, p. 78.

L'ÉVOLUTION DE L'OFFICE DU JLD PAR LE PRISME DES JURIDICTIONS EUROPÉENNES

Par

Patrick BERDUGO

Avocat au Barreau de Paris

Co-président de l'Association « Avocats pour la Défense des Droits des Étrangers » (ADDE)

À l'origine intimement lié au droit pénal, l'office du juge des libertés et de la détention (JLD), depuis sa création par la loi de 2000¹, a complètement évolué et s'est à ce point diversifié, qu'il ne pouvait plus être simplement « délégué » par son président de juridiction mais devait être considéré comme un poste à part entière. Et son évolution, atypique s'il en est, lui donne aujourd'hui des attributions civiles, puisque c'est en cette forme procédurale qu'il statue sur divers domaines et, notamment, dans le contentieux des étrangers, tant à la frontière, s'agissant des maintiens en zone d'attente, que sur le territoire, s'agissant des placements en rétention.

Ceci établi, la dernière évolution issue de la loi de 2016² – plus révolution qu'évolution – lui déléguant une compétence quasi administrative n'étonnait plus véritablement, faisant de lui l'un des rares, voire le seul, juge à statuer de façon perméable aux ordres juridictionnels, à la fois sur une prolongation de privation de liberté mais aussi sur la « régularité » d'une mesure administrative.

Cette spécificité du JLD, rendant la matière suffisamment complexe pour susciter nombre de réticences³ dans le choix de poste, est accrue par le fait que la matière traitée, touchant au régalién, est soumise tant à une instabilité textuelle qu'à une régulière évolution jurisprudentielle remettant constamment en cause les certitudes d'hier.

C'est ainsi que, tour à tour, la Cour de cassation, la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH) ou la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE), quand ce n'est pas le législateur, viennent modifier ou préciser des pans de droit et obliger le JLD à un constant travail de mise à jour.

Si, depuis quatre ans, le Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA), monument d'instabilité depuis sa codification en 2006, n'a pas subi de modification, en attente de la réforme prévue en 2023, les juridictions « de tutelle » ont, elles, notamment par deux importants arrêts rendus en mars et novembre 2022, eu à préciser l'extension de l'office du juge (I), donnant lieu à l'émergence du contrôle de vulnérabilité (II), au premier rang duquel, celui des mineurs privés de liberté semble central (III).

I. L'extension de l'office du JLD

Par deux importants arrêts rendus en Grande Chambre le 8 novembre 2022⁴, la CJUE, au visa du droit à la liberté et à la sûreté, assuré par l'article 6 de la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne (CDFUE)⁵, va venir rappeler l'absence de limite au pouvoir du juge judiciaire quant à

¹ Loi n° [2000-516](#) du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes.

² Loi n° [2016-274](#) du 7 mars 2016 relative au droit des étrangers en France.

³ V. : Jean-Marc SAUVE, [Rendre justice aux citoyens - Rapport du Comité des États généraux de la justice \(oct. 2021-avr. 2022\)](#).

⁴ CJUE [GC], 8 novembre 2022, *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid c./ C et a. C, B et X c./ Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*, nos [C-704/20](#) et [C-39/21](#).

⁵ « Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté ».

l'examen du bien-fondé de la prolongation d'une mesure de rétention, étendant même son office jusqu'à, peut-être, le rendre en apparence incompatible avec le droit français.

Ainsi, au visa de cet article, la CJUE a estimé que les législations nationales devaient prévoir des contrôles juridictionnels réguliers de la privation de liberté des étrangers, fussent-ils opérés d'office par l'autorité judiciaire, que cette dernière devait relever « d'office » tout élément permettant de dire que la mesure de rétention ne serait plus légale ou opportune, obligeant ainsi le JLD à assumer pleinement son rôle inquisitoire quant aux demandes de l'administration sans être simplement lié par le dossier présenté⁶.

La Cour vise notamment l'impossible maintien en rétention d'un étranger dès lors que son éloignement ne saurait être exécuté dans un délai raisonnable, que cette absence de perspective d'éloignement résulte d'un manque de diligence, ou, que l'étranger puisse être placé sous un régime moins coercitif. La Cour conclut en effet qu'il revient au juge, saisi ou non de conclusions en ce sens, de statuer sur ces situations, même – et surtout – d'office, en rappelant qu'il revient au juge judiciaire d'utiliser les pouvoirs mis à sa disposition.

Cet arrêt est notable sous plusieurs aspects. Il rappelle l'absence de limite au pouvoir du juge judiciaire, tirant de l'article 66 de la Constitution son office de gardien de la liberté individuelle, et induit de ce rôle une obligation faite au juge d'opérer de lui-même un « examen à 360° » de la situation de l'étranger menant à faire perdurer la privation de liberté.

Tout d'abord, et alors que l'arrêt vise les conditions de fond du maintien en rétention et une violation du droit de l'Union, la question des contours de cette obligation d'agir « d'office » pour le juge pourrait se poser et, principalement, la question de savoir si les moyens propres à la procédure, policière, pénitentiaire ou administrative, précédant le placement en rétention, sont de nature à pouvoir se rattacher au droit de l'Union.

⁶ « 85. Dès lors que le législateur de l'Union exige, sans exception, qu'un contrôle de la satisfaction des conditions de légalité de la rétention ait lieu "à intervalles raisonnables", l'autorité compétente est tenue d'effectuer ledit contrôle d'office, même si l'intéressé n'en fait pas la demande.

86. Ainsi qu'il ressort de l'ensemble de ces dispositions, le législateur de l'Union ne s'est pas limité à établir des normes communes de fond, mais a également instauré des normes communes procédurales, ayant pour finalité d'assurer qu'il existe, dans chaque État membre, un régime qui permet à l'autorité judiciaire compétente de libérer, le cas échéant après un examen d'office, la personne concernée dès qu'il apparaît que sa rétention n'est pas, ou plus, légale.

87. Afin qu'un tel régime de protection assure de manière effective le respect des conditions strictes auxquelles la légalité d'une mesure de rétention visée par la directive 2008/115, par la directive 2013/33 ou par le règlement n° 604/2013 doit répondre, l'autorité judiciaire compétente doit être en mesure de statuer sur tout élément de fait et de droit pertinent pour vérifier cette légalité. À cette fin, elle doit pouvoir prendre en considération les éléments de fait et les preuves invoquées par l'autorité administrative ayant ordonné la rétention initiale. Elle doit également pouvoir prendre en considération les faits, les preuves et les observations qui lui sont éventuellement soumis par la personne concernée. En outre, elle doit être en mesure de rechercher tout autre élément pertinent pour sa décision au cas où elle le jugerait nécessaire. Les pouvoirs qu'elle détient dans le cadre d'un contrôle ne peuvent, en aucun cas, être circonscrits aux seuls éléments présentés par l'autorité administrative (voir, en ce sens, arrêts du 5 juin 2014, Mahdi, C-146/14 PPU, EU:C:2014:1320, points 62 et 64, ainsi que du 10 mars 2022, Landkreis Gifhorn, C-519/20, EU:C:2022:178, point 65).

88. Ainsi que M. l'avocat général l'a, en substance, relevé au point 95 de ses conclusions, eu égard à l'importance du droit à la liberté, à la gravité de l'ingérence dans ce droit que constitue la rétention de personnes pour des motifs autres que la poursuite ou la répression d'infractions pénales et à l'exigence, mise en exergue par les normes communes établies par le législateur de l'Union, d'une protection juridictionnelle de niveau élevé qui permette de se conformer au besoin impératif de libérer une telle personne lorsque les conditions de légalité de la rétention ne sont pas, ou plus, satisfaites, l'autorité judiciaire compétente doit prendre en considération l'ensemble des éléments, notamment factuels, portés à sa connaissance, tels que complétés ou éclairés dans le cadre de mesures procédurales qu'elle estimerait nécessaire d'adopter sur le fondement de son droit national, et, sur la base de ces éléments, relever, le cas échéant, la méconnaissance d'une condition de légalité découlant du droit de l'Union, quand bien même cette méconnaissance n'aurait pas été soulevée par la personne concernée. Cette obligation est sans préjudice de celle consistant, pour l'autorité judiciaire ainsi amenée à soulever d'office une telle condition de légalité, à inviter chacune des parties à s'exprimer sur cette condition conformément au principe du contradictoire ».

Aujourd'hui, il semblerait hardi de considérer que le droit à la liberté et à la sûreté, prévu à l'article 6 de la CDFUE, ne détermine pas les procédures policières en droit interne, ou que les procédures administratives de contrôle et d'éloignement des étrangers ne résultent pas directement de l'application en droit interne de la directive 2008/115/CE du 16 décembre 2008⁷.

Dès lors, et même si ce point sera probablement sujet à discussion, il peut sembler établi que l'ensemble des éléments menant à la rétention administrative entre dans l'office du juge tel qu'analysé par l'arrêt de 8 novembre 2022.

Ensuite, la question de l'absence de limitation des pouvoirs du juge judiciaire n'est, pour le juge européen, pas une nouveauté. En effet, celui-ci avait déjà eu l'occasion de le rappeler dans son arrêt *Madhi*⁸.

De même, en droit interne, la Cour de cassation avait déjà pu instiller l'idée que le contrôle de la mesure privative de liberté constituant le « cœur de métier » du JLD, celui-ci ne devait pas être contraint par des obstacles procéduraux trop stricts.

Ainsi, la Cour a considéré que le moyen tiré d'une erreur de droit affectant l'arrêté de placement en rétention administrative constitue, non pas une exception de procédure, mais une défense au fond, pouvant être invoquée en tout état de cause et même pour la première fois en appel⁹ de même que les moyens tirés du non-respect des droits en rétention¹⁰. Enfin, la Cour a rappelé l'office inconditionnel du juge pour « *mettre fin, à tout moment, à la rétention administrative, lorsque des circonstances de droit ou de fait le justifient* »¹¹ et la nécessité d'appliquer le droit de l'Union¹².

À une époque où la masse de travail du juge, l'obligation de mise à jour des compétences et l'injonction de statuer sur le siège sont mises en avant par les présidents de juridictions, la CJUE impose donc au JLD de revoir sa façon de juger et la circonscription d'un rôle que beaucoup tendent à voir comme intimement lié à l'action de l'administration.

Enfin, et surtout donc, la question de l'adaptabilité du droit français aux enseignements de cet arrêt se pose. En effet, à deux égards la question du cadre légal de l'office du juge va se poser. En premier lieu, la Cour de cassation a eu à rappeler la limitation des moyens débattus en cause d'appel aux termes de l'acte d'appel¹³. Se pose donc aux conseillers des Cours la question de la possibilité de limiter pour

⁷ Directive [2008/155/CE](#) du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier.

⁸ CJUE, 5 juin 2014, *Bashir Mohamed Ali Mahdi*, n° [C-146/14 PPU](#) : « *La Cour déclare qu'une autorité judiciaire statuant sur une demande de prolongation d'une rétention initiale doit obligatoirement être en mesure de statuer sur tout élément de fait et de droit pertinent pour déterminer si la prolongation est justifiée, ce qui nécessite un examen approfondi des éléments de fait propres au cas d'espèce. Cette autorité doit pouvoir substituer sa propre décision à celle ayant ordonné la rétention initiale et ordonner soit la prolongation de la rétention, soit une mesure de substitution moins coercitive, soit la remise en liberté du ressortissant lorsque cela est justifié. L'autorité judiciaire doit prendre en considération tout élément pertinent pour rendre une telle décision. Il s'ensuit que les pouvoirs détenus par l'autorité judiciaire dans le cadre d'un tel contrôle ne peuvent, en aucun cas, être circonscrits aux seuls éléments présentés par l'autorité administrative* ».

⁹ Civ., 1^{ère}, 20 novembre 2019, n° [18-25.107](#), publié.

¹⁰ Civ., 1^{ère}, 1^{er} juillet 2009, n° [08-11.846](#) et 23 février 2011, n° [10-11.862](#).

¹¹ Civ., 1^{ère}, 7 octobre 2015, n° [14-20.370](#).

¹² L'arrêt civ., 1^{ère}, 9 novembre 2016, n° [15-27.357](#) énonce en matière de rétention : « *Qu'en statuant ainsi, alors qu'il incombe au juge des libertés et de la détention, saisi en application des articles L. 552-1 et suivants du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, résultant, notamment, de la recherche de la conformité au droit de l'Union de la mesure de rétention, le premier président a violé les textes susvisés* ».

¹³ ... s'agissant d'un moyen nouveau. V. : civ., 1^{ère}, 16 janvier 2019, n° [18-50.047](#), publié s'agissant du placement en rétention administrative.

l'étranger appelant ou intimé, l'examen d'un moyen, dès lors qu'il a évidemment été contradictoirement débattu au terme de l'appel.

Précisément, la question des appels de l'administration, partie perdante en première instance, et celle des appels avec demande d'effet suspensif du ministère public, limités au motif d'annulation ou de rejet de sa requête, vont se poser : au regard de cette jurisprudence, le juge pourra-t-il se satisfaire de répondre uniquement au moyen d'appel sans égard, s'il venait à infirmer la décision déférée, pour les autres moyens développés en première instance¹⁴ ?

Ensuite, se posera la question de la coexistence de cette nouvelle obligation pesant sur le JLD avec les termes des articles L. 743-11¹⁵ et L. 743-12¹⁶ du CESEDA : face à une situation touchant au fond et préexistant à une précédente présentation, telle qu'un état pathologique dont serait atteint le retenu avant sa coercition, le JLD pourrait-il être amené lors des présentations ultérieures à réexaminer la situation qui aurait déjà fait l'objet d'une précédente ordonnance, ou qui n'aurait jamais été évoquée et qui, en tout état de cause, ne constitue pas une « atteinte au droit » mais bien une discussion de fond ?

La question de la prégnance du droit européen sur nos procédures internes ne saurait être ignorée ou pudiquement omise car elle reporte sur le juge une charge de travail qu'il serait préférable, dans un premier temps, de différer.

Il semblerait utile que, rapidement, la Chancellerie se saisisse de cette décision, rendue en Grande Chambre, et clarifie immédiatement ces difficultés pour éviter de laisser le JLD décider seul, en proie aux doutes dans le cadre de son délibéré et au risque d'une insécurité juridique résultant d'une pluralité d'interprétation du rôle et des limites de son propre office.

II. L'émergence d'un contrôle de vulnérabilité...

Jusqu'à la loi du 10 septembre 2018¹⁷, le contrôle de l'état de vulnérabilité n'était prévu par le CESEDA que pour les demandeurs d'asile, qu'ils soient sur le territoire national ou à la frontière, excluant donc toute intervention du JLD sur cette notion à l'exception, rare et marginale, des retenus faisant l'objet d'une procédure de prise en charge « Dublin ».

Cette loi est venue généraliser le contrôle de cette notion dans tous les domaines de privation de liberté des étrangers. Désormais, le JLD doit s'assurer, au visa des articles 3 et parfois 2 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (CSDH), que la situation de particulière vulnérabilité des étrangers placés sous régime privatif de liberté a été appréhendée, et, *a minima*, examinée.

Ce faisant, prenant acte d'un tournant jurisprudentiel, la loi « COLLOMB »¹⁸ va venir rappeler en matière de zone d'attente que « *la décision de refus d'entrée, qui est écrite et motivée, est prise par un agent relevant d'une catégorie fixée par voie réglementaire* » et qu' « *une attention particulière est accordée* »

¹⁴ Sur cette question, v. : civ., 1^{ère}, 20 juin 2006, n° [04-50.161](#).

¹⁵ « *En cas de violation des formes prescrites par la loi à peine de nullité ou d'inobservation des formalités substantielles, le juge des libertés et de la détention saisi d'une demande sur ce motif ou qui relève d'office une telle irrégularité ne peut prononcer la mainlevée du placement ou du maintien en rétention que lorsque celle-ci a eu pour effet de porter atteinte aux droits de l'étranger* ».

¹⁶ « *À peine d'irrecevabilité, prononcée d'office, aucune irrégularité antérieure à une audience à l'issue de laquelle le juge des libertés et de la détention a prolongé la mesure ne peut être soulevée lors d'une audience ultérieure* ».

¹⁷ Loi n° [2018-778](#) du 10 septembre 2018 pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie.

¹⁸ [Projet de loi pour l'asile et l'immigration dans la République](#).

aux personnes vulnérables, notamment aux mineurs accompagnés ou non d'un adulte »¹⁹. S'agissant de la rétention administrative, il est également rappelé que « la décision de placement en rétention prend en compte l'état de vulnérabilité et tout handicap de l'étranger. Le handicap moteur, cognitif ou psychique et les besoins d'accompagnement de l'étranger sont pris en compte pour déterminer les conditions de son placement en rétention »²⁰.

Dans les deux cas, le rôle du JLD est sur une ligne de crête puisqu'il pourrait aisément être considéré que cela relève de la matière administrative, permettant ainsi d'échapper à un contrôle du juge judiciaire d'autant plus malaisé qu'il intervient dans l'urgence et souvent dans un grand dénuement documentaire.

Néanmoins, et par l'entremise de la requête contre le placement en rétention, cette question relève directement de l'office du JLD. La Cour de cassation a d'ailleurs récemment pu rappeler que si « *le juge ne peut fonder sa décision sur des faits qui ne sont pas dans le débat* »²¹, il doit vérifier que l'état de vulnérabilité est mentionné *a minima* dans la décision, et ne peut s'exonérer de ce contrôle en raison de l'existence d'un service médical au centre de rétention administrative (CRA), ou de l'intervention possible, durant la rétention, de l'Office Français de l'Immigration et de l'Intégration (OFII). Ce faisant, « *en statuant ainsi, alors que l'absence de prise en compte, par l'autorité administrative, de l'état de vulnérabilité de la personne au moment du placement en rétention ne peut être suppléée par l'évaluation réalisée par les agents de l'OFII pendant la mesure, le premier président a violé les textes susvisés* »²².

En matière de maintien en zone d'attente, la question du contrôle juridictionnel est encore plus aisée en ce que le rôle du magistrat est plus souple, la jurisprudence traditionnelle de la Cour de cassation rappelant que la prolongation dudit maintien n'est « *qu'une faculté* » du JLD²³, ce qui l'exonère du carcan procédural dans lequel il se trouve engoncé en matière de rétention.

Néanmoins, le contrôle du JLD reste formel, le juge ne pouvant et ne devant rentrer dans le fond des motifs du maintien en zone d'attente ou du placement en rétention. Il n'en reste pas moins qu'il doit vérifier que l'administration a bien conscience de cet état de vulnérabilité et, le cas échéant, qu'elle a mis en œuvre des moyens propres à permettre une privation de liberté dans la dignité. C'est du reste le sens de l'instruction ministérielle du 11 septembre 2018²⁴ qui confirme explicitement cette nouvelle « obligation » pesant sur les administrations²⁵.

Reste à identifier qui sont les « *vulnérables* » visés.

¹⁹ CESEDA, art. L. 332-2.

²⁰ CESEDA, art. L. 741-4.

²¹ Civ., 1^{ère}, 15 décembre 2021, n° [20-17.283](#).

²² *Ibid.*

²³ Par exemple : civ., 2^{ème}, 15 novembre 1995, n° [94-50.045](#) ; civ., 2^{ème}, 4 janvier 1996, n° [94-50.056](#) ; civ., 2^{ème}, 21 février 2002, n° [00-50.079](#), civ., 2^{ème}, 8 juillet 2004, n° [03-50.096](#).

²⁴ Instruction relative à la loi pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie, NOR : [INTV1824378J](#).

²⁵ « 3.1.2. *Attention particulière accordée aux personnes vulnérables, notamment aux mineurs accompagnés ou non d'un adulte placés en zone d'attente [...]. [L'article 7 du CESEDA] requiert des gardes-frontières qu'ils respectent pleinement la dignité humaine dans l'exercice de leurs fonctions, notamment dans les cas qui impliquent des personnes vulnérables, et de son article 20 qui prévoit que les mineurs sont soumis aux mêmes vérifications d'entrée mais requièrent des gardes-frontières une attention particulière qu'ils soient ou non accompagnés. Cette mention ajoutée n'emporte pas de garanties procédurales spécifiques, mais renvoie à une exigence générale de proportionnalité et, pour ce qui concerne les mineurs qu'ils soient ou non accompagnés, aux obligations des gardes-frontières détaillées à l'annexe VII du code frontière Schengen* ».

Les personnes vulnérables s'entendent textuellement, comme les personnes atteintes d'un handicap ou d'une pathologie, avec des extensions jurisprudentielles aux personnes souffrant d'un état de santé particulier temporaire (femmes enceintes, âge²⁶) mais aussi et surtout aux personnes mineures, qu'elles soient ou non accompagnées.

Si la première catégorie – identifiée et assez commune dans l'activité juridictionnelle – ne pose pas de difficulté notable, la seconde, liée à la minorité, est bien plus sujette à discussion, très sensible et soumise à de régulières évolutions jurisprudentielles.

Ensuite se pose la question des demandeurs d'asile, puisque dans l'importante décision *M.S.S. contre Belgique et Grèce*²⁷, la Grande Chambre de la CEDH a en effet considéré que les demandeurs d'asile forment un « *groupe vulnérable* », renvoyant donc une question subjective à un statut juridique²⁸.

Le droit européen, contrairement aux normes internes, nous fournit une liste de personnes pouvant être considérées comme « vulnérables ». Ainsi, l'article 21 de la directive 2013/33/UE, dite directive Accueil²⁹, rappelle que les États membres doivent tenir compte de « *la situation particulière des personnes vulnérables, telles que les mineurs, les mineurs non accompagnés, les handicapés, les personnes âgées, les femmes enceintes, les parents isolés accompagnés d'enfants mineurs, les victimes de traite des êtres humains, les personnes ayant des maladies graves, les personnes souffrant de troubles mentaux et les personnes qui ont subi des tortures, des viols ou d'autres formes graves de violence psychologique, physique ou sexuelle, par exemple les mutilations génitales féminines* ».

On parle donc d'une double condition pour le demandeur d'asile qui doit avoir des besoins particuliers résultant de sa vulnérabilité spéciale.

III. ... au premier rang duquel celui des mineurs privés de liberté

Les mineurs se situent au premier rang des personnes vulnérables.

En droit interne, la position de principe est claire : la Cour de cassation a ainsi jugé que le seul fait de maintenir en rétention administrative une jeune mère de famille, son mari et leur bébé d'un an ne constituait pas en soi, un traitement inhumain et dégradant à son endroit, tout en invitant les juges à opérer une appréciation *in concreto* des conditions de la rétention³⁰, rappelant également que les effets psychologiques de la rétention de l'enfant auprès de ses parents étaient limités par le maintien de l'unité familiale³¹.

Pour sa part, la CEDH n'a jamais voulu poser d'interdiction de principe de la rétention des mineurs, se contentant de condamner *in concreto* un certain nombre de pratiques.

Ainsi, par huit décisions, qui se sont succédé depuis l'arrêt *Popov* en 2012 jusqu'à l'arrêt *M. D. et A. D.* du 22 juillet 2021³², la Cour a toujours pris soin de caractériser pourquoi, au vu de la situation concrète,

²⁶ CA Paris, 9 février 2021, n° 21/00397.

²⁷ CEDH [GC], 21 janvier 2011, *M.S.S. c./ Belgique et Grèce*, n° [30696/09](#).

²⁸ À noter que cette approche n'a pas été unanime puisqu'une voie dissidente a souligné que « *bien que bon nombre [...] soient des personnes vulnérables, les demandeurs d'asile ne sauraient être qualifiés inconditionnellement de groupe particulièrement vulnérable* », v. § 103.

²⁹ Directive [2013/33/UE](#) du parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale (refonte).

³⁰ Civ., 1^{ère}, 10 décembre 2009, n° [08-14.141](#) ; civ., 1^{ère}, 10 décembre 2009, n° [08-21.101](#).

³¹ Civ., 1^{ère}, 28 mars 2012, n° [10-26.141](#) ; civ., 1^{ère}, 28 mars 2012, n° [10-26.142](#).

³² CEDH, 22 juillet 2021, *M. D. et A. D. c./ France*, n° [57035/18](#).

un faisceau d'indices pouvait donner lieu au constat d'un traitement inhumain et dégradant, portant grief, résultant d'un maintien en rétention administrative.

Ainsi, dans son emblématique arrêt *Popov*³³, elle retenait que, si « *les conditions de détention étaient assimilables à un traitement inhumain et dégradant* » prohibé par l'article 3 de la CSDH, c'est en raison de malfaçons matérielles, le CRA disposant d'infrastructures inadaptées voire même dangereuses pour de jeunes enfants. Elle concluait ainsi que le droit à la liberté et à la sûreté des enfants, protégé par l'article 5 § 1, F. de la CSDH, n'était pas assuré puisque leur situation particulière n'avait pas été suffisamment prise en compte, de même que la recherche de solutions alternatives à la privation de liberté³⁴.

Comme la Cour le rappelle régulièrement, le placement d'enfants mineurs en rétention administrative soulève des questions spécifiques dans la mesure où, qu'ils soient ou non accompagnés, ils sont particulièrement vulnérables et appellent une prise en charge spécifique compte tenu de leur âge et de leur absence d'autonomie³⁵.

Si le maintien en zone d'attente, lui, ne semble pas avoir fait l'objet de décisions internes ou communautaires sur la question, le caractère transposable des principes s'applique par analogie juridique avec cette précision que, contrairement à la rétention, des mineurs isolés peuvent être maintenus en zone d'attente, ce qui donne lieu à la mise en œuvre des articles 3-1 et 20 de la Convention Internationale des Droits de l'Enfant (CIDE) pour régler tout litige, les seules questions prévalant alors étant de savoir dans quelles conditions l'enfant pourrait être accueilli sur le territoire national ou, s'il était éloigné très rapidement, dans le pays de renvoi.

C'est dans ce contexte juridique que, pour la neuvième fois en dix ans, la France faisait l'objet le 31 mars 2022, d'un nouvel arrêt de condamnation pour rétention d'un mineur³⁶.

À nouveau, pour examiner la possibilité de maintenir en rétention les mineurs, la CEDH va utiliser la liste de conditions qu'elle a déterminées comme devant être appréhendées par le JLD pour décider d'une éventuelle violation de l'article 3 de la Convention³⁷, soit :

- l'âge des enfants mineurs ;
- le caractère adapté des locaux au regard de leurs besoins spécifiques ;
- la durée de leur rétention.

C'est à travers cette grille de lecture qu'elle va considérer que, si « *un enfant âgé de huit ans ne peut être considéré comme ayant le discernement suffisant pour comprendre la situation de l'espèce, il reste placé dans une situation de particulière vulnérabilité* », avant de conclure « *qu'au-delà d'une brève période de rétention, la répétition et l'accumulation des effets engendrés, en particulier sur le plan psychique et émotionnel, par une privation de liberté entraînent nécessairement des conséquences*

³³ CEDH, 19 avril 2012, *Popov c./ France*, n° [39472/07](#) et [39474/07](#).

³⁴ V. également : CEDH, 12 juillet 2016, *R. C. et V. C. c./ France*, n° [76491/14](#) ; *A. M. c./ France*, n° [56324/13](#) ; *A. B. et autres c./ France*, n° [11593/12](#) ; *R. M. et autres c./ France*, n° [33201/11](#). La Cour a condamné la France pour violation en particulier de l'article 3 de la Convention (« *Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants* »). Dans ces affaires, les enfants étaient, avec leurs parents, dans des centres habilités à recevoir des familles, mais construits en bordure immédiate des pistes d'un aéroport, exposant les personnes présentes à des nuisances sonores importantes. Il était également relevé qu'il n'y avait pas de véritable séparation entre la cour intérieure de la zone famille et la zone « hommes », à laquelle s'ajoutait l'environnement sonore relativement anxiogène causé par les appels diffusés toute la journée au moyen de haut-parleurs au volume sonore élevé.

³⁵ CEDH, 19 avril 2012, *Popov c./ France*, *op. cit.*, § 91.

³⁶ CEDH, 31 mars 2022, *N. B. et autres c./ France*, n° [49775/20](#).

³⁷ CEDH, 12 juillet 2016, *R. M. et autres c./ France*, *op. cit.*, § 70 ; 7 mars 2018, *S. F. et autres c./ Bulgarie*, n° [8138/16](#), §§ 78-83.

néfastes sur un enfant en bas âge, dépassant alors le seuil de gravité précité. Il s'ensuit que l'écoulement du temps revêt à cet égard une importance particulière »³⁸.

Elle juge donc que, pour un enfant de 8 ans, y compris lorsque placé dans un centre « habilité », la durée de 14 jours de rétention mène à franchir le seuil précité et caractérise un maintien de privation de liberté contraire à l'article 3 de la CSDH.

Cette décision montre bien le rôle central que la Cour entend donner au juge judiciaire devant faire la part *in concreto* des atteintes psychologiques subies par le mineur retenu. Ainsi, quand bien même les conditions seraient considérées comme « acceptables » au visa des articles 3-1 et 20 de la CIDE, la réitération des atteintes, par le simple temps écoulé, mène à un seuil de gravité, atteint d'autant plus rapidement que l'enfant est jeune, et qui, une fois dépassé, interdit la privation de liberté.

L'absence de position concrète et objective de la Cour sur cette question vient totalement à rebours du mouvement actuel de la justice française visant à objectiver au plus possible les conditions légales pour permettre au magistrat d'arriver à des décisions plus rapidement et de façon plus homogène.

Par cet arrêt, pris dans la lignée des huit autres, la Cour fixe pour le juge les deux variables du contrôle – l'âge du mineur et la durée de rétention – lui rappelant que quelles que soient les conditions concrètes de maintien en situation de privation de liberté, c'est la durée « excessive » de la rétention, à apprécier selon l'âge du mineur, qui est centrale et décisive. Elle précise, en outre, l'impossibilité d'opposer le « *nemo auditur* » tiré d'un refus d'embarquer menant à faire perdurer la rétention³⁹.

Ce faisant, la Cour replace le JLD au centre du débat puisqu'il est seul à pouvoir déterminer, selon sa décision souveraine, éclairée par l'âge de l'enfant et les conditions de sa rétention, à quel moment la privation de liberté devra être considérée comme constitutive d'une atteinte à l'article 3 de la CSDH.

Peut-être en réponse à cette décision, ou par un hasard de calendrier, le projet de loi immigration⁴⁰ en cours d'élaboration par le Parlement a mis dans le débat une disposition particulière prescrivant une interdiction de principe de placement en rétention d'un étranger s'il est accompagné d'un mineur de 16 ans.

On le voit bien, dans ces deux arrêts majeurs, la CJUE et la CEDH tentent de mettre le juge au cœur du contrôle de la privation de liberté et veulent faire de lui l'acteur principal du contrôle de cette atteinte, que ce soit dans son rôle d'examen « d'office » et non conditionné de la privation de liberté ou dans celui de contrôle *in concreto* des effets de la privation de liberté sur les enfants.

Reste à savoir si les JLD, de façon pragmatique, sont prêts à se saisir de ces opportunités et à faire leur révolution en décloisonnant clairement leur office, les juges européens les invitant à rappeler leur

³⁸ « La Cour a déjà relevé que les conditions d'accueil au centre de rétention de Metz-Queuleu bien que nécessairement sources importantes de stress et d'angoisse pour un enfant en bas âge, ne sont pas suffisantes à elles seules pour que soit atteint le seuil de gravité requis pour tomber sous le coup de l'article 3 (A.M. et autres c. France, précité, § 51) », § 50. La Cour conclut que « au cas d'espèce, [...] la rétention d'un enfant mineur âgé de huit ans dans les conditions existantes, à la date des faits litigieux, dans le centre de Metz-Queuleu qui s'est prolongée pendant quatorze jours est excessive au regard des exigences qui découlent de l'article 3 [...] et [...] le juge des libertés et de la détention du tribunal judiciaire de Metz n'a tenu aucun compte de la présence de K.G. et de son statut d'enfant mineur, et que, s'il a pris en considération cette circonstance, le magistrat délégué par le premier président de la cour d'appel de Metz n'en a pas suffisamment tenu compte dans la solution qu'il a retenue », § 52.

³⁹ CEDH, 31 mars 2022, *N. B. et autres c./ France*, n° 49775/20, cons. n° 51.

⁴⁰ Pierre JANUEL, « [Le gouvernement lance le débat sur son pré-projet de loi immigration et asile](#) », *Dalloz actualité*, 1^{er} décembre 2022.

PARTIE III. ACTUALITÉ DES ATTRIBUTIONS CIVILES DU JLD

indépendance par rapport à la partie demanderesse, fût-elle l'administration. Reste à savoir également si la Cour de Cassation, qui sera inévitablement saisie prochainement de ces questions, donnera des orientations permissives ou au contraire restrictives au nouveau périmètre de contrôle du juge tel que dessiné par les juridictions européennes.

LE JUGE DES LIBERTÉS ET DE LA DÉTENTION, MAGISTRAT FIL ROUGE DES LIEUX DE PRIVATION DE LIBERTÉ

Par

Candice DAGHESTANI

Magistrate

Détachée au contrôle général des lieux de privation de liberté

Le Contrôleur général des lieux de privation de liberté est une autorité administrative indépendante créée par la loi du 30 octobre 2007¹ à la suite de l'adoption par la France du protocole facultatif à la Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants².

Il a pour mission de veiller, sur le territoire national, à la protection de l'ensemble des droits fondamentaux des personnes qui sont privées de la liberté d'aller et venir, par l'effet de la décision d'un juge ou d'une autorité administrative. Il s'assure notamment que les droits à la vie, à l'intégrité physique et psychique ou à ne pas être soumis à un traitement inhumain ou dégradant sont respectés. Il lui revient également de veiller à un juste équilibre entre le respect des droits fondamentaux des personnes et les considérations d'ordre public et de sécurité, notamment en matière de droit à la vie privée et familiale, au travail et à la formation, d'accès aux soins, ainsi qu'à la liberté d'expression, de conscience et de pensée. De plus, les conditions de travail des personnels et des partenaires sont examinées car elles peuvent avoir des conséquences directes sur le traitement des personnes privées de liberté (PPL).

Organisme de prévention, le contrôle général des lieux de privation de liberté (CGLPL) émet des recommandations et relève les bonnes pratiques qui sont de nature à favoriser le respect des droits des personnes privées de liberté et peuvent servir de modèle à d'autres établissements ou acteurs intervenant dans ces lieux.

Depuis sa création, il a été un observateur privilégié de l'évolution de la compétence du juge des libertés et de la détention (JLD). En effet, le JLD exerce son office dans la très grande majorité des lieux visités par le CGLPL. Tel est le cas³, des établissements ou unités de santé recevant des personnes hospitalisées sans leur consentement, des unités pour malades difficiles (UMD), des unités hospitalières spécialement aménagées (UHSA), des centres et locaux de rétention administrative des étrangers (LRA et CRA), des zones d'attente (ZA) des ports et aéroports et dernièrement des établissements pénitentiaires pour les personnes prévenues⁴.

¹ Loi n° [2007-1545](#) du 30 octobre 2007 instituant un Contrôleur général des lieux de privation de liberté.

² [Protocole facultatif](#) adopté par l'assemblée générale des Nations-Unies le 18 décembre 2002 se rapportant à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

³ Le CGLPL est également compétent pour les le contrôle des chambres sécurisées au sein des hôpitaux, les unités médico-judiciaires (UMJ), les unités d'hospitalisation sécurisées interrégionales (UHSI), l'établissement public de santé national de Fresnes, le centre socio-médico-judiciaire de sûreté, les locaux de garde à vue des services de police et de gendarmerie, les locaux de rétention douanière, les dépôts ou geôles situés dans les tribunaux, les centres éducatifs fermés, de tout véhicule permettant le transfèrement des personnes privées de liberté. La loi n° [2014-528](#) du 26 mai 2014 modifiant la loi n° 2007-1545 du 30 octobre 2007 instituant un Contrôleur général des lieux de privation de liberté a en outre étendu la mission de l'institution au contrôle de l'exécution matérielle des procédures d'éloignement de personnes étrangères jusqu'à leur remise aux autorités de l'État de destination.

⁴ C. pr. pén., art. 803-8, issu de la loi n° [2021-403](#) du 8 avril 2021 tendant à garantir le droit au respect de la dignité en détention et modifié par la loi n° [2021-1729](#) du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire.

Au cours de leurs missions, les équipes du CGLPL, vérifient notamment que les établissements contrôlés délivrent une information sur la compétence du JLD, assurent l'accès au juge et lui communiquent les éléments favorisant l'effectivité de son office. Elles rencontrent les JLD afin d'appréhender leur conception de leur rôle, les difficultés auxquelles ils sont confrontés et assistent aux audiences avec leur autorisation lorsqu'elles ne sont pas publiques. Elles observent les pratiques professionnelles des JLD qui sont confrontés à un public particulièrement vulnérable – isolement social et souvent familial, difficulté de maîtrise de la langue française, difficulté de compréhension des notions juridiques, difficulté à exercer leurs droits du fait de l'enfermement etc. –. Ces problématiques nécessitent qu'ils fassent preuve d'un effort de traduction en des termes intelligibles de leur rôle, du sens du contrôle qu'ils exercent et des voies de recours pouvant être introduites à l'encontre de leurs décisions.

L'évolution des compétences du JLD lui donne un rôle central dans le contrôle du respect des droits fondamentaux des personnes enfermées (I). De plus, un glissement est en cours vers un contrôle plus général des lieux de privation de liberté (II).

I. Le rôle central du JLD dans le contrôle du respect des libertés et droits fondamentaux des personnes enfermées

Les missions du CGLPL sont, dans leur principe, complémentaires de celles de l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle⁵. L'évolution des compétences et des missions du JLD lui donne un rôle central dans le contrôle des droits fondamentaux des personnes privées de liberté. En cela, la sémantique des textes qui fondent sa compétence est intéressante : contrôle de la **dignité des conditions de détention** des personnes prévenues notamment en procédant à des **vérifications sur place**⁶, **transport sur les lieux** en CRA⁷ et transport **sur place** en ZA⁸ pour **vérifier les conditions du maintien** dans ces lieux, **contrôle systématique** du maintien de l'hospitalisation en soins sans consentement (SSC)⁹ et des **pratiques de dernier recours** que sont les mesures d'isolement et de contention, et la possibilité de se rendre à tout moment sur place¹⁰.

Les attributions du JLD ne sont donc pas uniquement juridictionnelles, et ne se cantonnent pas à un contrôle de régularité. Un glissement progressif a été opéré vers des fonctions de contrôle des mesures et des lieux d'enfermement, de vérification et d'autorisation guidé par la recherche d'un juste équilibre entre protection des libertés et des droits fondamentaux et nécessité d'une atteinte proportionnée à ces droits et libertés. Les évolutions législatives récentes qui étendent la compétence du JLD au contrôle de la dignité des lieux de détention pour les personnes prévenues et au contrôle systématique des mesures d'isolement et de contention pour les personnes hospitalisées en soins sans consentement, confirment cette tendance.

Depuis ces dix dernières années, les évolutions législatives relatives à la compétence du JLD en psychiatrie sont l'exemple le plus prégnant. Le CGLPL avait observé que l'instauration du contrôle par le JLD des décisions d'admission en soins sans consentement, par la loi du 5 juillet 2011, avait été très diversement appréciée par la communauté médicale. De leur côté, les magistrats judiciaires s'étaient d'abord montrés réticents quant à l'extension de leur compétence à ces décisions¹¹, extension peu

⁵ Const., art. 66.

⁶ C. pr. pén., art. R. 249-24 : « Pour vérifier si les conditions de détention portent ou non atteinte à la dignité du requérant, le juge peut : 1. Se déplacer sur les lieux de détention [...] ».

⁷ CESEDA, art. L. 743-1.

⁸ CESEDA, art. L. 343-3, L. 343-4 et L. 343-6.

⁹ CSP, art. L. 3211-12-1.

¹⁰ CSP, art. R. 3211-38 : « [...] Le juge peut se rendre à tout moment sur place afin d'apprécier les conditions d'exécution de la mesure ».

¹¹ CGLPL, *Soins sans consentement et droit fondamentaux*, [rapport](#), Dalloz, 17 juin 2020, 179 p.

préparée et qui a été réalisée à moyens constants tout comme d'ailleurs la réforme sur le contrôle des mesures d'isolement et de contention. Sur cette dernière, certains établissements de santé ne l'ont, dans un premier temps, pas appliquée, en ne transmettant pas au JLD les informations relatives aux mesures d'isolement et de contention, soit qu'ils ne disposaient pas de systèmes d'information adaptés, soit qu'ils peinaient à s'organiser, soit plus rarement qu'ils résistaient au principe de la réforme. De nombreux services du JLD ont été désorganisés et ont rencontré des difficultés à mettre en place la réforme dont le contenu a connu en sus une instabilité juridique.

Le CGLPL œuvrait depuis plusieurs années en faveur de l'instauration d'un recours relatif aux décisions de placement en isolement et en contention, mesures de contrainte physique jusque-là exclues de tout contrôle judiciaire¹². Lors de récentes visites, le CGLPL a constaté des lectures non uniformes par les services du JLD arguant du manque de lisibilité du texte législatif, certains s'estimant non compétents lorsqu'un patient en soin libre est placé en isolement ou en contention. Or, l'article L. 3222-5-1 du Code de la santé publique¹³ n'autorise ces mesures de dernier recours que pour les patients en soins sans consentement. Le CGLPL estime donc que l'office du JLD est de contrôler les mesures d'isolement et de contention au-delà d'un certain délai, peu importe le statut de la personne. Si elles sont appliquées à un patient en soin libre elles sont par nature illégales, le JLD ne pouvant que le constater et lever la mesure. Cette lecture a une importance de taille pour les mineurs qui sont considérés en soins libres par la loi lorsqu'ils sont hospitalisés à la demande des titulaires de l'autorité parentale.

Par ailleurs, le CGLPL observe que l'un des effets du contrôle par le JLD des mesures d'hospitalisation et des décisions d'isolement et de contention est la consécration du statut de sujet de droit des patients en psychiatrie. Sous cette impulsion, les pratiques professionnelles du corps médical et soignant tendent à évoluer, notamment : les certificats médicaux sont davantage étayés et accessibles à un néophyte, l'information délivrée aux patients sur ses droits tend à être renforcée même si la formation des professionnels de santé est encore trop aléatoire, des réflexions sur les alternatives à l'isolement et à la contention sont progressivement impulsées lorsqu'elles faisaient défaut.

Le CGLPL défend une extension encore plus élargie des attributions du JLD. Il estime notamment que les mesures de programme de soins, considérées comme des mesures restrictives de liberté, doivent lui être systématiquement soumises à une fréquence suffisante et au moins annuelle. En effet, le non-respect du programme par le patient est sanctionné par une ré-hospitalisation à temps plein avec les privations de liberté qu'elle comporte. De plus, il a observé des programmes de soins qui ne respectent pas les prescriptions légales. Enfin, il recommande le rétablissement de la présence d'un magistrat judiciaire, garant du respect des libertés individuelles, dans la composition des commissions départementales des soins psychiatriques (CDSP)¹⁴.

Pour les patients, le JLD est tantôt une figure angoissante (en fonction des pathologies) à tel point que certains établissements mentionnent dans leurs documents d'information « le juge des

¹² CGLPL, *Isolement et contention dans les établissements de santé mentale*, [rapport](#), Dalloz, 25 mai 2016, 136 p.

¹³ « I.- L'isolement et la contention sont des pratiques de dernier recours et **ne peuvent concerner que des patients en hospitalisation complète sans consentement**. Il ne peut y être procédé que pour prévenir un dommage immédiat ou imminent pour le patient ou autrui, sur décision motivée d'un psychiatre et uniquement de manière adaptée, nécessaire et proportionnée au risque après évaluation du patient. Leur mise en œuvre doit faire l'objet d'une surveillance stricte, somatique et psychiatrique, confiée par l'établissement à des professionnels de santé désignés à cette fin et tracée dans le dossier médical [...] ».

¹⁴ Suppression de la présence d'un magistrat judiciaire dans la composition des CDSP par la loi n° [2019-222](#) du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice. Les CDSP sont prévues à l'article L. 3222-5 du Code de la santé publique. L'ensemble de ces recommandations sont développées dans le rapport thématique soins sans consentement et droits fondamentaux précité. V. : n° 11.

libertés » – le terme « détention » est censuré –, tantôt une figure rassurante du tiers qui décide, qui porte un regard extérieur sur la situation du patient. La présence du patient à l'audience est donc importante, le sentiment d'être écouté l'est encore plus. Le CGLPL invite habituellement les magistrats à interroger l'établissement lorsque la part des certificats médicaux de non-présentation à l'audience est importante ou qu'ils ne sont pas motivés. Les conditions de présentation du patient à l'audience sont également observées par le CGLPL, notamment le port du pyjama hospitalier. D'ailleurs, un JLD a considéré que ce traitement constituait une « *atteinte directe à la dignité* » du patient qui entachait d'irrégularité l'ensemble de la mesure dont il faisait l'objet et, par suite, méconnaissait les dispositions de l'article L. 3211-3 du Code de la santé publique. Il a pour ce motif, ordonné la mainlevée de la mesure de soins sans consentement avec un effet différé de 24 heures au maximum¹⁵.

Par ailleurs, au gré de l'observation du déroulement des audiences et en dehors des nécessités impérieuses de mettre en délibéré la décision, le CGLPL a constaté l'effet bénéfique pour le patient lorsque le JLD annonce sa décision à l'audience et la lui explicite. La figure du tiers décideur est alors pleinement investie et la compréhension de la décision est favorisée. Cette tâche ne saurait, en effet, incomber systématiquement aux équipes soignantes, souvent mises en difficulté par cet exercice.

II. Le glissement progressif vers un contrôle des lieux de privation de liberté

La sémantique des textes sur les compétences variées du JLD lui demande de vérifier les conditions de prise en charge, de réaliser des constats *in situ* et, plus récemment, de manière explicite, de contrôler la dignité des conditions de détention. En ce sens, le développement des annexes judiciaires, présentes souvent en établissement de santé mentale, parfois en ZA ou en CRA paraît particulièrement judicieux en ce qu'elles favorisent un accès et une connaissance plus fine par le JLD des lieux de privation de liberté, avant, après ou pendant les audiences.

Depuis l'entrée en vigueur de l'article 803-8 du Code de procédure pénale, le CGLPL a observé de manière empirique, au gré des visites, que peu de recours sur la dignité des conditions de détention sont introduits en raison du risque de transfert de la personne détenue vers un autre établissement pénitentiaire qui porterait une atteinte trop importante au droit au maintien des liens familiaux. Sur la possibilité ouverte au JLD de procéder lui-même aux vérifications sur les conditions de détention, les réflexes professionnels sont, pour le moment, contrastés. Il paraît plus évident au juge de l'application des peines (JAP), qui se déplace déjà au sein des établissements pénitentiaires pour tenir des commissions d'application des peines ou des audiences de débat contradictoire, de procéder ainsi. Il convient de rappeler que le JLD comme le JAP, peuvent « *consulter tout rapport décrivant les conditions de détention mises en cause issu de la visite d'un organisme national ou international indépendant* »¹⁶ pour vérifier si les conditions de détention portent ou non atteinte à la dignité du requérant. Cette disposition consacre la complémentarité des missions de l'autorité judiciaire et du CGLPL.

En revanche, dans des lieux qui lui sont plus familiers, le CGLPL a pu observer des démarches volontaristes de JLD pour vérifier les conditions de prise en charge des personnes enfermées lorsque leur indignité est soulevée par le justiciable ou son avocat. Ainsi, en avril 2021, un JLD s'est-il transporté dans la zone d'hébergement de la zone d'attente pour personne en instance (ZAPI) de l'aéroport de Roissy Charles-de-Gaulle, après avoir suspendu l'audience tenue dans l'annexe judiciaire. Dans le respect du principe du contradictoire, il a effectué la visite en présence de l'avocat de l'administration, de l'interprète, de la personne maintenue et de son avocat qui avait soulevé l'inadaptation des

¹⁵ Tribunal de grande instance de Versailles, 26 septembre 2019, *Directeur du centre hospitalier de Saint-Germain-en-Laye c./XXX*.

¹⁶ C. pr. pén., art. R. 249-24.

conditions de prise en charge de son client comme ne respectant pas les règles sanitaires. Le procès-verbal de transport décrit la configuration et l'état des locaux de manière précise et les dispositifs d'hygiène mis en place en relation avec la situation sanitaire, et conclut que si les conditions matérielles de prise en charge sont perfectibles, elles ne sont pas considérées comme indignes¹⁷. Dans le même sens, une visite inopinée du centre de rétention administrative de Nice a été menée par un JLD de permanence de weekend en juin 2019, motivée par les témoignages recueillis au cours de l'audience sur les conditions dégradées de prise en charge des personnes retenues¹⁸. Un rapport de constat a été dressé décrivant les conditions de prise en charge et un compte-rendu d'entretien avec des personnes retenues.

De plus, le contrôle des mesures d'isolement et de contention incite le JLD à visiter les unités de psychiatrie et les chambres d'isolement afin de se figurer la réalité de la prise en charge des patients et les conditions de mise en œuvre des mesures de contrainte physique les plus privatives de liberté.

Ainsi, le JLD est-il un magistrat à l'office atypique et mouvant. Il est devenu le fil rouge du contrôle des droits des personnes enfermées au sens large. Aux attributions purement juridictionnelles s'ajoutent celles de contrôle du respect des libertés et des droits fondamentaux dont l'une des déclinaisons est le contrôle des lieux de privation de liberté. Son rôle est essentiel, les attentes sur l'exercice de son office sont fortes, et ce d'autant plus que sa compétence pourrait encore être élargie à l'avenir sous l'impulsion de la jurisprudence européenne et du Conseil constitutionnel.

¹⁷ CGLPL, [Rapport de visite](#) : 6 au 8 avril 2021 et 7 mai 2021 - 4^{ème} visite. Zone d'attente de l'aéroport Paris-Charles-de-Gaulle, Roissy-en-France (Val-d'Oise), 2021, 38 p.

¹⁸ CGLPL, [Rapport de visite](#) : 8 au 11 février 2021 - 4^{ème} visite. Centre de rétention administrative de Nice (Alpes-Maritimes), 2021, 62 p.

NOUS AVONS LU POUR VOUS...
JUSQU'AU BOUT DE MES PEINES DE BÉRANGÈRE LE BOËDEC-MAUREL

Par

Amandine MAGNE

*Assistance de justice au Département Recherche et Documentation de l'École nationale de la magistrature
Doctorante à l'université de Poitiers, ISCrIm', associée au CIRAP de l'École nationale d'administration pénitentiaire*

« C'est indéniablement un échec pour un JAP lorsque la personne condamnée ne parvient pas à changer de comportement et persiste dans ses travers »¹.

Dans son ouvrage intitulé *Jusqu'au bout de mes peines*, Bérangère LE BOËDEC-MAUREL nous livre un témoignage poignant sur le quotidien des juges de l'application des peines. Devenue magistrate sur le tard, l'auteure a occupé cette fonction aussi méconnue que captivante de 2017 à 2022, et semble s'y être fortement impliquée. Le rôle du juge de l'application des peines nous est conté avec honnêteté et franchise, auxquelles se mêle une pudeur assumée.

Au travers d'un récit de 312 pages, les portes du cabinet du juge de l'application des peines nous sont ouvertes. Le livre est ponctué de courts chapitres, qui rythment la lecture et la rendent agréable. Dans une démarche sciemment pédagogique, l'auteure s'efforce de vulgariser son propos, ainsi rendu accessible au lecteur expert comme au profane curieux de découvrir les rouages d'une justice souvent critiquée dans le débat public. À cette fin, on trouve notamment de nombreux encarts qui éclairent les aspects les plus techniques. Le pénaliste les survolera probablement mais le non juriste ou le novice en la matière saura les apprécier.

Au-delà du pur aspect formel, plusieurs éléments de l'ouvrage marqueront le lecteur. Y sont dressés les portraits de condamnés, y est décrite l'importance de relations institutionnelles apaisées et y est avouée la complexité de certains questionnements moraux.

Invités à suivre des parcours parfois comparables, parfois bien distincts, on mesure la grande diversité des profils de condamnés, allant à l'encontre des nombreux préjugés qui perdurent encore dans l'imaginaire collectif. On rencontre tous types de condamnés : des primo-délinquants et des récidivistes, des délinquants d'habitude ou fortuits, des condamnés souffrant d'addictions, des travailleurs ou des personnes sans emploi, des jeunes et des moins jeunes, des hommes, des femmes, des criminels dangereux, des délinquants inquiets, ceux qui bénéficient de nombreuses ressources mais surtout les plus démunis, les isolés, ceux dont l'insertion sociale relève de l'évidence et ceux pour qui elle fait défaut, ceux qui sont acteurs de leur peine et ceux qui l'éprouvent... Les actes initialement commis sont de toute nature : délinquances sexuelle, routière, en lien avec un trafic de stupéfiants, atteintes aux biens, etc. Autant de profils qui anéantissent les idées reçues et parmi lesquels le lecteur sera parfois tenté de relever quelques similitudes avec des personnes qu'il a déjà croisées. Autant de profils auxquels il pourra être surpris de s'identifier lui-même. Autant de profils qui lui feront admettre la réalité selon laquelle la justice pénale nous touche tous de près ou de loin. Autant de profils, enfin, avec lesquels le juge de l'application des peines doit traiter seul, malgré l'émotion que peuvent lui provoquer la tragédie et la fatalité – plus ou moins subies – de certains parcours de vie.

¹ Bérangère LE BOËDEC-MAUREL, *Jusqu'au bout de mes peines. Chronique d'un juge de l'application des peines*, Enrick B. Éditions, novembre 2021, p. 269.

Sans conteste, le juge de l'application des peines est confronté à une grande solitude, que l'ouvrage évoque largement. Cette solitude est duale : non seulement le magistrat la subit car il statue à juge unique mais il en souffre plus encore dans les petites juridictions, comme c'est en l'occurrence le cas, en étant l'unique juge de l'application des peines du ressort. Le texte nous permet toutefois d'appréhender l'importance des relations institutionnelles, qui atténuent partiellement cette solitude. À plusieurs reprises, l'auteure revient sur le caractère essentiel des liens entre les différents praticiens du monde judiciaire. Une relation magistrat-greffier apaisée sera essentielle et facilitera le traitement des dossiers. Une bonne entente avec le ministère public permettra des échanges fructueux quant aux solutions envisageables à propos de tel condamné. Un service pénitentiaire d'insertion et de probation pleinement investi de sa mission de suivi et d'accompagnement saura orienter adéquatement la décision du magistrat. Un avocat technicien de l'exécution des peines formulera des demandes adaptées aux besoins de son client. S'il est évident que seul le juge tranche *in fine*, il n'en reste pas moins que la confrontation des divers points de vue a ceci d'essentiel qu'elle nourrit abondamment – et surtout utilement – la réflexion. À défaut d'interaction, le juge de l'application des peines se retrouve démuné, seul, confronté à une prise de décision parsemée de nombreux doutes qui auraient facilement pu être écartés.

Qu'ils aient à affronter d'importantes problématiques sociales ou qu'ils soient plutôt bien insérés au sein de la société, chacun des condamnés décrits présente une histoire personnelle que le juge est tenu de prendre en considération. Plongé au cœur de la juridiction cévenole, on découvre ces justiciables dont ledit JAP est chargé de l'exécution de la peine, c'est-à-dire de son adaptation à la situation du condamné, selon des modalités qui doivent être à la fois justes et adéquates. Là encore, les éléments sociaux, familiaux, professionnels et relationnels fournis par les acteurs judiciaires participent de cette justesse et alimentent le processus de décision. En tout état de cause, et peu importe la quantité d'éléments dont il dispose, la singularité de chaque situation impose au magistrat un raisonnement long. Bien qu'agrémenté de doutes et d'interrogations, ce cheminement est nécessaire à la connaissance de l'autre et ainsi au bon positionnement du juge. Une réflexion au temps long lui assure l'impartialité nécessaire à son action. Sans la décrire avec précision, Bérangère LE BOËDEC-MAUREL fait transparaître l'attitude qu'elle adoptait face aux condamnés dont elle était la juge de l'application des peines. Une distance utile mais une certaine proximité indispensable, en tout cas une considération de chacun comme son semblable et avec une juste dose d'empathie. Ceci à un tel point qu'elle évoque fréquemment « *ses* » condamnés – et non des simples dossiers – qui l'identifient comme étant « *leur* » juge. Cette justesse du positionnement est d'autant plus importante que le juge de l'application des peines incarne l'équilibre entre les deux fonctions de la peine que sont la sanction et la réinsertion².

Sans honte, l'auteure révèle ses inquiétudes mais aussi ses peurs face au risque de prendre une mauvaise décision : pour l'une, « *une bouteille de trop serait son ultime enfermement* »³ ; pour l'un, il est utile « *de prendre le risque d'un peu d'humanité* »⁴ même à l'encontre des préconisations du parquet et du conseiller pénitentiaire d'insertion et de probation concerné ; pour d'autres, « *la complexité d'une mesure les perd* »⁵. Nombreuses donc, sont les pensées qui traversent l'esprit, non seulement du juge de l'application des peines, mais surtout de tout magistrat. Et fort heureusement, car sans ce difficile exercice de mise en balance des tenants et des aboutissements de chaque affaire, le processus judiciaire se trouverait tristement déshumanisé dans un théâtre où l'humain est pourtant le principal acteur. À une époque où la justice algorithmique est en plein essor, Bérangère LE BOËDEC-MAUREL replace l'Homme au cœur du contentieux.

² C. pén., art. 130-1.

³ Bérangère LE BOËDEC-MAUREL, *Jusqu'au bout de mes peines. Chronique d'un juge de l'application des peines*, op. cit., p. 235.

⁴ *Ibid.*, p. 83.

⁵ *Ibid.*, p. 277.

NOUS AVONS LU POUR VOUS...

Finalement, il apparaît que l'ambition de l'auteure est tout à fait louable. Elle n'a pour intention, en définitive, que de faire connaître la fonction qu'elle occupait au temps de l'écriture de l'ouvrage et pour volonté que de se livrer en toute simplicité. C'est très modestement qu'elle propose un récit sincère – presque un journal – sur le quotidien du juge de l'application des peines, qui fait face aux matins décrits comme pleins d'espoir et aux soirs souvent remplis de désillusions. Peu importe la situation à laquelle ils sont confrontés, condamnés et professionnels restent empreints de cette irréductible humanité qui, au bout du compte, les rapproche.

Une lecture qui en vaut la peine.

ZOOM SUR LA RECHERCHE

« 4 QUESTIONS à... » *Éric MACÉ et son équipe à propos de la recherche « GENVIPART » sur les auteurs de violences sur partenaires intimes*

Par

Fathia ZEGHOUDI

Magistrate, chargée de mission

Département Recherche et documentation de l'École nationale de la magistrature

En 2019, une équipe pluridisciplinaire de 9 chercheurs et chercheuses¹ (sociologie, droit, démographie), initiait l'étude GENVIPART portant sur les dimensions « genrées » des violences contre les partenaires intimes. Financée par l'IERDJ et la Région Nouvelle-Aquitaine, cette recherche, soutenue par l'ENM, se donnait pour objectif de « comprendre le sens des actes et le sens de la peine pour les auteurs afin de mieux prévenir et réduire ces violences ». Avant un colloque national de présentation des résultats et la remise du rapport à l'IERDJ en juillet 2023, Éric MACE, professeur de sociologie et coordonnateur de la recherche, Marine DELAUNAY, chercheuse post-doctorale en sociologie et Marie , professeure de droit privé, répondent à nos questions.

Lors du séminaire de présentation de vos résultats en décembre dernier, votre équipe de recherche, composée notamment de juristes et d'historiens du droit, a retracé l'histoire du traitement des violences conjugales et de leurs auteurs par le droit et la justice, de l'époque romaine à nos jours, mettant en avant l'évolution progressive d'une « matrice patriarcale » à l'encadrement juridique des abus de la puissance maritale puis à la répression pénale actuelle des violences conjugales. À cette occasion, vous mettiez en exergue des changements de normes, aboutissant au 21^{ème} siècle à une volonté législative de renforcer la lutte contre les violences conjugales, qui connaîtraient toutefois des limites structurelles liées notamment à un « hiatus » entre droit civil et droit pénal, que vous illustrez au travers du cas des ordonnances de protection. Comment comprendre ce hiatus ?

La multiplication des dispositifs législatifs et la succession des réformes depuis près de 20 ans pour lutter contre les violences dites conjugales, phénomène dévoilé et désormais largement médiatisé, témoignent de toutes les difficultés à donner une réponse juridique et judiciaire efficace. Une des principales difficultés tient à l'insertion d'un dispositif de prévention et de répression dans un système juridique marqué par l'héritage d'une matrice patriarcale. Comme le montre parfaitement Emmanuelle BURGAUD, l'évolution des structures familiales dans l'histoire révèle que la conception d'une femme objet d'appropriation (conquête, butin, objet d'acquisition) a longtemps constitué un frein à l'encadrement des abus de la puissance maritale. Plus avant, même si les structures familiales se sont désormais diversifiées (pluralisme familial) et répondent à des impératifs d'égalité et de liberté, la lutte contre les violences au sein du couple se heurte encore à la spécificité du lien présent ou passé qui implique une intimité particulière souvent considérée comme une zone de « non-droit », difficilement accessible en termes de preuve et ensuite de sanctions. Du fait de l'existence d'un lien de couple (et éventuellement de la présence d'enfants), le traitement des violences ne peut se faire

¹ Équipe composée de Élixa BARON, MCF en droit pénal, UR IS CJ ; Christophe BERGOUIGNAN, PU en démographie, UMR Comptrasec ; Emmanuelle BURGAUD, MCF en histoire du droit et des institutions, UR CERFAPS ; Marine DELAUNAY, chercheuse post-doctorale en sociologie, UMR Centre Émile Durkheim ; Thomas HERRAN, MCF en droit pénal, UR IS CJ ; Claire KERSUZAN, docteure en démographie, UMR Comptrasec ; Marie LAMARCHE, PU en droit privé, UR CERFAPS ; Éric MACE, PU en sociologie, UMR Centre Émile-Durkheim ; Nicolas REBIERE, MCF en démographie, UMR Comptrasec. Pierre VENDASSI, docteur en sociologie, a également contribué au recueil des entretiens auprès des auteurs et à l'observation de stages de sensibilisation.

uniquement d'un point de vue pénal même si la sanction d'une infraction peut sembler *a priori* la réponse naturelle.

Le hiatus entre le droit civil et le droit pénal apparaît alors à plusieurs niveaux. D'un point de vue du droit civil, et particulièrement du droit de la famille, il est nécessaire tout d'abord, face à des violences au sein du couple d'adapter les règles régissant les rapports au sein de la famille. L'auteur des violences doit ainsi être « éloigné » voire exclu du cercle familial, y compris juridiquement et pas simplement physiquement, afin de protéger le conjoint/partenaire et les enfants. Reste que la plupart des mesures d'exclusion (retrait de l'autorité parentale, indignité alimentaire ou successorale par exemple) sont dépendantes d'une condamnation pénale préalable. La nécessité d'une reconnaissance d'une responsabilité pénale semble ainsi constituer une condition préliminaire qui se répercute au niveau de l'intervention judiciaire en matière civile. L'utilisation de l'ordonnance de protection par le juge civil dont on a pu dénoncer un certain manque d'efficacité (rapport du Comité national de pilotage de l'ordonnance de protection, 2021) se heurte encore à ce raisonnement qui consiste à attendre que l'auteur présumé des violences conjugales soit « réellement » déclaré coupable des faits incriminés avant d'intervenir, même au niveau civil pour protéger juridiquement la ou les victimes.

Le hiatus droit pénal/droit civil est également d'ordre temporel : l'urgence de l'éloignement en matière civile s'accommode mal du temps du procès pénal. L'appréciation du danger – condition de l'ordonnance de protection selon l'article 515-9 du Code civil – devient alors une variable d'appréciation de l'opportunité d'anticiper sur la condamnation pénale. La suppression de cette condition qui conduirait à ne se baser que sur des violences passées et la création d'une juridiction unique spécialisée dans les violences conjugales sont autant de pistes qui pourraient contribuer à gommer ce hiatus. Si l'on ajoute que le non-respect de l'ordonnance de protection, constitutif d'une infraction, implique la saisine du juge pénal, on mesure à quel point les divergences de logique du droit pénal et du droit civil peuvent contribuer à l'affaiblissement de l'effectivité du dispositif légal.

Il convient pour conclure d'indiquer qu'intrinsèquement, chaque branche du droit porte en elle, la complexité d'un traitement genré des violences au sein du couple. Le droit pénal tout d'abord, comme le rappellent ÉLISA BARON et THOMAS HERRAN, est conçu traditionnellement de façon objective : c'est en effet le trouble effectif à l'ordre social qui fonde et légitime l'intervention du droit pénal. Le courant subjectiviste, également appelé droit pénal du criminel, pour lequel l'intervention du droit pénal est fondée et légitimée par l'état dangereux demeure encore très en retrait. Il faut peut-être se tourner vers la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et son influence sur les conceptions du droit interne pour percevoir, selon les spécialistes de droit pénal de cette étude, les prémices d'une dimension genrée des violences dites domestiques. Le droit de la famille ensuite demeure contraint par une conception très traditionaliste des relations de couple. En maintenant d'un point de vue juridique, une obligation de communauté et un devoir conjugal, pour les couples mariés, et les sanctions qui peuvent exister en termes de divorce pour faute, on participe à une sorte de « schizophrénie juridique » dont les auteurs et les victimes de violences conjugales peuvent se prévaloir ou au contraire subir les conséquences. Le maintien d'un devoir conjugal face à la sanction du viol entre époux en constitue certainement l'illustration la plus frappante.

Votre étude partait du constat de l'existence d'un angle mort des politiques publiques trop peu soucieuses de distinguer les différents profils et logiques d'action des auteurs de violences sur partenaires intimes. Pour y remédier, vous avancez une typologie de 4 logiques d'action des auteurs à travers leurs dimensions sociale et genrée. Pouvez-vous nous présenter ces différents profils d'auteurs de violence ?

Cet angle mort dans la recherche et le traitement institutionnel en France a été le point de départ du projet GENVIPART proposé à l'IERDJ en 2019, et c'est quelques mois plus tard que le sujet a été pleinement pris en compte par les institutions lors du « Grenelle contre les violences conjugales ».

Nous n'avons pas repris à notre compte cette appellation franco-française de « violence conjugale » qui rabat ce fait social massif et structurel sur la « vie de couple », pour lui préférer, pour des raisons qu'avait bien montré Marine DELAUNAY dans sa thèse, la notion internationale de « violence contre partenaire intime » (« Intimate Partner Violence ») qui est considérée comme une des formes de violence de genre, qu'il s'agisse d'une relation cohabitante, familiale ou pas. L'approche par logique d'action nous a semblé nécessaire en raison des limites des autres approches. Dire que ces hommes sont « agis » par la domination patriarcale n'aide pas à rendre compte de la diversité des situations, d'autant plus que nous faisons l'hypothèse, dans le droit fil de l'analyse des inflexions du droit précisées par Marie LARMARCHE, que le moment contemporain est moins celui d'une reproduction ou d'une continuité des violences patriarcales que le moment où le démantèlement institutionnel des privilèges patriarcaux dans la conjugalité et la sexualité est en lui-même un facteur de violence de la part de masculinités qui ne parviennent pas à gérer les dimensions identitaires et émotionnelles de ces inflexions, s'inscrivant dès lors moins dans la norme de la domination patriarcale que dans la déviance à la norme. De la même manière, rabattre leur conduite violente sur leur personnalité, leur condition sociale ou leurs addictions est à la fois trop partiel et faiblement explicatif.

Lorsqu'on se plonge dans nos données empiriques (plus de deux cents dossiers judiciaires, entretiens avec les auteurs, observations de stages, exploités de façon qualitative mais aussi statistique par les démographes Christophe BERGOUIGNAN et Nicolas REBIERE), on observe que ces violences peuvent être caractérisées selon 2 axes, indépendamment de la gravité de ces violences. Le premier axe est lié à la fréquence des violences : il existe des violences qui apparaissent intrinsèques à la relation intime elle-même (qu'elle soit conjugale cohabitante ou pas) avec des répétitions et des récidives légales fréquentes, et d'autres qui sont conjoncturelles, c'est-à-dire souvent isolées et liées à une situation (par exemple de séparation) ou à un événement (par exemple une tromperie ou un soupçon de tromperie) qui en active alors les ressorts. Le second axe est lié au contrôle de ces conduites violentes : tantôt elles apparaissent « anomiques », c'est-à-dire dérégulées, pulsionnelles – et ici les addictions amplifient cette dimension – tantôt, à l'inverse, elles apparaissent « oppressives », c'est-à-dire organisées, préméditées, systémiques. Si on croise ces quatre dimensions dans un tableau à double entrée, on obtient quatre logiques d'action dont la caractérisation permet de mieux comprendre quels en sont les ressorts, et, sans doute, de mieux différencier leurs formes de prise en charge.

La première logique, dite « *mode violent d'existence* », associe des violences relationnelles et anomiques et s'observe dans des contextes où la violence intime n'est pas séparable d'une vie sociale violente en général, à la fois subie et exercée. Cette logique est la plus présente dans les cas étudiés (40 %) et c'est sans surprise qu'on y trouve une sur-représentation des milieux sociaux désaffiliés (70 % des cas de cette logique d'action) et sujets aux addictions. Dans ce cas, on peut dire que ces formes de masculinité violente sont à la fois hégémoniques dans leur milieu, exerçant des tyrannies domestiques effrayantes, et les plus fortement stigmatisées comme masculinités déviantes par les représentations sociales et la répression judiciaire. Les trois autres logiques apparaissent comme ayant le même poids relatif (20 %) et la même proportion de milieux désaffiliés (50 % ou moins), de sorte que c'est bien la plupart des milieux sociaux qui sont ici concernés. La deuxième logique, dite « *violence surgie* », associe la même dimension anomique mais cette fois de façon conjoncturelle : bien que toutes les relations intimes sont complexes voire compliquées, la violence psychique ou physique n'y apparaît pas nécessairement présente, jusqu'à ce qu'un événement, qui peut être important (une rupture) ou anodin (un geste, un commentaire, une omission, un sentiment d'infériorité, etc.), déclenche de manière subite et souvent isolée une violence psychologique (injures, menaces) ou physique (claque, tabassage, meurtre), et que rétrospectivement certains auteurs mettent sur le compte de leurs propres faiblesses et failles psychiques et de leur incapacité – liée à leur socialisation masculine – à gérer sans violence ce type de situation. La troisième logique, dite « *égocentrisme dominateur* », associe les dimensions relationnelles et oppressives de violence : il s'agit d'hommes dont les masculinités façonnées par une socialisation à forte asymétrie de genre, attendent de leur partenaire des conduites féminines conformes à ces attentes, et qui activent des conduites violentes oppressives

à la fois pour exercer cette asymétrie dans la routine relationnelle et comme réaction lorsque ces attentes sont contrariées. La quatrième logique, dite de « *narcissisme blessé* », comporte également cette dimension oppressive, mais moins liée à la relation elle-même (qui pouvait ne pas avoir connu de dimension violente) qu'à sa rupture, dès lors que le fait d'être quitté, trompé ou délaissé, remet en cause le contrôle qu'ils pensaient avoir sur leur vie, la violence étant alors mobilisée de façon obsessionnelle à la fois pour tenter de reprendre le contrôle (d'où le paradoxe des violences exercées au nom de l'amour que l'on porte à la partenaire) et pour consoler cette blessure narcissique.

Votre projet de recherche envisageait l'opérationnalisation de vos résultats en termes de politiques publiques. Pour les magistrats, quel(s) enseignement(s) tirer de votre étude en termes d'individualisation et d'efficacité de la peine ?

Les peines et les obligations associées se focalisent sur les actes violents mesurés en ITT et sur leurs adjuvants (notamment les addictions), en faisant l'hypothèse que cela donnera à réfléchir aux auteurs afin qu'ils comprennent qu'ils doivent cesser de se comporter ainsi. Or, c'est les considérer comme des déviants à la norme, sans prendre en compte le fait que cette déviance n'est pas le produit d'une mauvaise compréhension de leur part de ce qu'est la norme – ils savent tous que ce n'est pas bien d'être violent avec les femmes en général et leur femme en particulier – mais bien le produit de logiques d'action qui ont des ressorts spécifiques qui doivent être pris en compte de façon différenciée, mais qui toutes sont en lien avec le rapport à la masculinité, dans ses dimensions à la fois culturelles et subjectives propres à la socialisation genrée.

Pour le dire autrement, l'enjeu des peines et obligations est tout d'abord de reconnaître la dimension genrée de ces violences afin de répondre au fait que nous avons un « problème avec les garçons ». De sorte que, et c'est sans doute étrange de la part d'un sociologue de dire cela, je pense que la notion de « soin global », au sens de « care », me semble la plus appropriée (même si, comme le souligne plus loin Marine DELAUNAY, les expériences étrangères en la matière ont elles-mêmes leurs limites). Ainsi, les personnes désaffiliées pour qui le mode de vie est violent ne doivent pas être soignées seulement pour leurs addictions mais bénéficier d'une prise en charge globale sur le plan psychique et social, tout comme, en dehors de toute addiction, une claque isolée lors d'une séparation difficile ou un accès de harcèlement post-rupture, devrait conduire à un travail subjectif réflexif sur les ressorts masculins de cette conduite plutôt qu'à un stage sur l'égalité de genre. De la même manière, il peut sembler limité de convaincre tous les auteurs de la réalité du « cycle de la violence » dès lors que cela semble être pertinent plutôt pour ceux dont la violence est relationnelle, de sorte que ceux dont la violence est conjoncturelle peinent à se reconnaître dans ces figures (d'autant plus lorsque cela se traduit par des stéréotypes de classe polarisés, sous-prolétaire alcoolisé vs classe moyenne diplômé), rendant ainsi difficile l'efficacité de la peine, au risque que la violence de genre dont ils sont porteurs (et tout particulièrement dans la logique de narcissisme blessé) ne soit pas bien prise en compte.

M. DELAUNAY, votre thèse intitulée « *Les violences entre partenaires intimes : de l'indignation politique et morale aux pratiques routinières des institutions pénales* » s'appuyait sur l'exemple suédois dans la prise en charge des violences conjugales, par son approche dite de « soin global ». Qu'est-ce que la prise en charge par le « soin global » ? Son efficacité sur la prévention de la récidive ou la réitération a-t-elle pu être mesurée ? Par ailleurs, le modèle suédois étant très souvent cité en référence, que penser de la transposition d'un modèle de pays à pays ?

La Suède est régulièrement classée parmi les pays les plus progressistes en matière d'égalité entre les hommes et les femmes par le *Gender Gap Report*, notamment pour ses politiques redistributives, ses scores de participation des femmes à la vie politique, leur accès aux opportunités économiques et à l'éducation. Depuis la France, on entend essentiellement parler de la Suède pour ses politiques favorisant des arrangements conjugaux égalitaires, notamment dans la distribution de la charge domestique et du travail professionnel (avec un congé parental long depuis 1994 par exemple).

S'agissant du traitement judiciaire des violences entre partenaires intimes, la « loi cadre » espagnole dite « loi intégrale contre les violences de genre » votée en 2004 est mieux connue des politiques et des professionnels de la justice dans la mesure où elle a inspiré la création de brigades d'enquête et de tribunaux spécialisés, ainsi que la mise en œuvre du bracelet anti-rapprochement.

Le modèle suédois pourrait constituer une source d'inspiration pour accompagner le développement des Centres de Prise en Charge des Auteurs de violences conjugales (CPCA) décidé à l'issue du Grenelle des violences conjugales, fin 2019. En effet, ces centres entendent proposer une prise en charge « globale », au sens pluridisciplinaire d'une approche par le soin thérapeutique, médical et l'accompagnement socioprofessionnel. Ces dispositifs existent en Suède depuis 2002 sous le nom de *Rikskriscentrum* (Centre de crise) et offrent une capacité d'hébergement visant à permettre l'effectivité des procédures d'éviction du partenaire violent du domicile conjugal.

Ce qu'ont aussi d'intéressant les pratiques judiciaires suédoises, c'est l'accent porté sur la dimension éducative qui accompagne les sanctions au titre d'une injonction de soins. En 2004, les services pénitentiaires et de probation (*kriminalvården* et *frivården*) ont adopté un programme d'intervention inspiré du modèle IDAP (*Integrated Domestic Abuse Programme*) développé dans les années 1980 aux États-Unis. Destiné aux hommes violents, ce programme est construit sur la perspective selon laquelle les violences entre partenaires intimes constituent une forme d'expression des rapports de pouvoir et de contrôle exercés par les hommes sur les femmes. Concrètement, le programme décline la notion de « soin global » en une succession de neuf modules indépendants, répartis sur vingt-sept semaines. Les modules sont ordonnés en plusieurs thèmes qui abordent par exemple les notions de partenariat conjugal, de partenariat parental, de socialisation masculine, de consentement sexuel, d'égalité et d'inégalités sociales. Ils sont divisés en trois séances : une pour la définition, une pour l'expérience personnelle et enfin une pour l'enseignement de stratégies d'évitement de la violence. La méthode d'animation contribue pleinement à la pédagogie du programme : le binôme d'agents de probation est composé d'un homme et d'une femme incarnant des rapports de genre égalitaires. Le format cyclique et continu du programme permet un renouvellement régulier des participants et la mobilisation du savoir expérientiel des individus condamnés pour encourager les nouveaux arrivants, sur un format de « justiciables partenaires ».

En Suède comme en France, la mise en œuvre des programmes à destination des auteurs de violence soulève des controverses quant à leur efficacité et à la manière la plus pertinente de la mesurer. Dans les deux pays, des recherches soulignent encore parfois le maintien d'un discours normalisant le recours à la violence à l'issue des programmes. Une autre manière d'en mesurer l'efficacité consiste à s'intéresser aux taux de récidive légale. Si on observe généralement ainsi un faible pourcentage de réactivation des dossiers judiciaires, la fiabilité de ce dispositif d'évaluation est discutable. De nombreuses recherches démontrent que la procédure pénale est susceptible de constituer une expérience décourageant la perspective de réactiver le système judiciaire pour les victimes. Dès lors, l'absence de plainte n'est en aucun cas un indicateur objectif de la cessation des violences.

Toutefois, dans le cas suédois, les chercheurs ne manquent pas de souligner que le mouvement de généralisation nationale du programme a contribué à l'institutionnalisation de la formation des agents de probation aux violences entre partenaires intimes, à l'homogénéisation des pratiques professionnelles, ainsi qu'à la diffusion et l'appropriation d'un cadre d'action ciblant la construction sociale des masculinités et faisant des hommes les destinataires des politiques de prévention des violences. Ce que nous apprend en définitive l'expérience suédoise, c'est que la stratégie d'évaluation doit être pensée dès l'élaboration des programmes de prise en charge et correspondre à des objectifs explicites afin de permettre une réflexivité critique sur nos pratiques.

Au centre de l'attention du législateur depuis sa création, le JLD s'est retrouvé au cœur d'une activité législative et jurisprudentielle inédite ces quatre dernières années. Ce nouveau numéro de la RJA invite à penser ces récentes évolutions jurisprudentielles et législatives qui placent aujourd'hui le JLD à un tournant de son existence. Comment analyser cette montée en puissance du JLD, particulièrement accélérée au cours des quatre dernières années, marquée par une dynamique de multiplication et diversification de ses tâches ? Quelle influence les jurisprudences constitutionnelle et européennes ont-elles jouée dans les récentes évolutions de son rôle ? Et enfin, dans le filigrane des mouvements d'aujourd'hui, quels contours de la figure du JLD de demain se dessinent ?

Pour éclairer chacun de ces différents points, et bien d'autres encore, universitaires, magistrats et avocats ont accepté de retracer, pour les lecteurs de la RJA, la généalogie de ces nouvelles attributions, pénales et civiles du JLD, de proposer leurs éclairages sur le sens à donner à ces compétences nouvelles, et, plus largement, d'inviter à penser la reconfiguration à l'œuvre des fonctions du JLD, et, dans une certaine mesure, la recomposition actuelle de son identité.

À ce dossier thématique consacré au JLD, s'ajoutent deux nouvelles rubriques : une rubrique de recension d'ouvrages en lien avec la magistrature ("Nous avons lu pour vous") et une rubrique consacrée aux recherches en cours soutenues par l'ENM ("Zoom sur la recherche"). La première présente l'ouvrage "Jusqu'au bout de mes peines" écrit par Bérangère LE BOËDEC-MAUREL ; la seconde nous livre les premiers résultats inédits de l'étude GENVIPART portant sur les dimensions genrées des violences contre les partenaires intimes.