

N° N 20-81.971

M. X...

1^{ère} section

Audience du 19 mai 2020

QPC et détention

Rapporteure : Mme LABROUSSE

Avocat général : M. DESPORTES

Conclusions de l'avocat général

I.1.- M. A... X..., mis en examen des chefs de tentative de meurtre en bande organisée, recel et destruction de bien par incendie, a été placé en détention provisoire le 4 avril 2019. Saisi aux fins de statuer sur la prolongation de la détention provisoire à l'expiration du délai d'un an prévu par l'article 145-2 du code de procédure pénale, le juge des libertés et de la détention, par ordonnance du 30 mars 2020, a dit n'y avoir lieu à débat au motif que la détention provisoire se trouvait prolongée de plein droit pour une durée de six mois en application de l'article 16 de l'ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020 portant adaptation de règles de procédure pénale sur le fondement de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19.

Sur l'appel de M. X..., la chambre de l'instruction de Grenoble, par arrêt du 9 avril 2020, après avoir rejeté l'exception d'illégalité de l'ordonnance précitée du 25 mars 2020 prise en application de l'article 38 de la Constitution et non encore ratifiée, a confirmé l'ordonnance du juge des libertés et de la détention.

M. X... a formé un pourvoi contre cet arrêt, contestant l'interprétation de l'article 16 de l'ordonnance du 25 mars 2020 retenue par la chambre de l'instruction et, subsidiairement, la légalité des dispositions de cet article, tel qu'interprété par elle.

En outre, à l'occasion de ce pourvoi, M. X... a posé une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) relative à la conformité aux droits et libertés que garantit la Constitution, des dispositions de l'article 11, I, 2°, d) de la loi précitée du 23 mars 2020 sur le fondement desquelles ont été adoptées celles de l'article 16 de l'ordonnance du 25 mars 2020, étant précisé que cette loi n'a pas été déférée au Conseil constitutionnel.

I.2.- Avant d'entrer dans la discussion sur la portée et la légalité des dispositions d'habilitation de l'article 11 de la loi du 23 mars 2020 et de l'article 16 de l'ordonnance du 25 mars 2020 qui les mettent en oeuvre, il est nécessaire de retracer brièvement les circonstances qui ont conduit à l'adoption de ces textes.

I.2.1.- L'épidémie de covid-19 provoquée par le coronavirus SARS-CoV2, qui est apparue en

Chine à la fin de l'année 2019, s'est propagée en quelques mois à l'ensemble du monde, se révélant, en Europe, d'une particulière virulence. Comme l'ont relevé de nombreux commentateurs, elle a induit, sur notre continent, une crise d'une ampleur sans équivalent depuis la fin de la Seconde guerre mondiale. Le risque sanitaire majeur provoqué par l'épidémie a déterminé les Etats, dont la France, à prendre des mesures de protection drastiques. Par la loi précitée du 23 mars 2020, le législateur a créé un cadre adapté à la mise en oeuvre de telles mesures en introduisant dans le code de la santé publique des dispositions permettant, en cas de *"catastrophe sanitaire mettant en péril, par sa nature et sa gravité, la santé de la population"*, de déclarer un *"état d'urgence sanitaire"*¹. Selon les dispositions nouvelles, l'état d'urgence est déclaré par décret en conseil des ministres, sa prorogation au-delà d'un mois devant être autorisée par la loi². Toutefois, dans le contexte pressant de la crise actuelle, le Parlement a dérogé à ce dispositif. A l'article 4 de la loi, il a lui-même déclaré l'état d'urgence sanitaire dont il a fixé la durée à deux mois, sans préjudice d'une éventuelle prorogation. L'état d'urgence sanitaire est donc entré en vigueur le 24 mars 2020 et était appelé à prendre fin le 24 mai prochain. Depuis lors il a été prorogé par la loi n° 2020-546 du 11 mai 2020 jusqu'au 10 juillet 2020 inclus. Précisons que l'instauration de cet état d'urgence n'a pas été accompagné par la France d'une déclaration aux fins d'exercer le droit à dérogation prévu à l'article 15 de la CESDH *"en cas de danger public menaçant la vie de la nation"*.

Lorsque l'état d'urgence sanitaire est déclaré, l'article L. 3131-15 du code de la santé publique issu de la loi nouvelle, permet au Premier ministre, *"aux seules fins de garantir la santé publique"*, de prendre par décret un certain nombre de mesures de sauvegarde au nombre desquelles des restrictions très importantes à la libre circulation des personnes ainsi que la limitation ou l'interdiction des rassemblements ou réunions³.

En application de cet article et le jour même de la promulgation de la loi, a été pris le décret n° 2020-293 du 23 mars 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire. Selon l'article 3 de ce décret, modifié à plusieurs reprises⁴, *"jusqu'au 11 mai 2020, tout déplacement de personne hors de son domicile est interdit à l'exception des déplacements"* justifiés par certains motifs, limitativement énumérés. C'est donc, comme dans la quasi totalité des Etats affectés par l'épidémie, une mesure de strict confinement de la population qui a été décidée par le Premier ministre afin de ralentir la propagation de la maladie et prévenir ainsi la submersion du système hospitalier. La rigueur du confinement est illustrée par le caractère très limité des dérogations admises.

Le confinement général mis en oeuvre dans ces conditions appelle trois observations.

D'abord, s'il est, pour la population, la manifestation la plus emblématique et la plus contraignante de l'état d'urgence sanitaire, il ne se confond pas avec lui. Décidé dans le cadre de ce régime d'exception, il peut être levé avant que celui-ci ne prenne fin. En l'état des textes le terme du confinement - fixé au 11 mai 2020 - ne coïncide pas avec celui de l'état d'urgence sanitaire - fixé au 10 juillet suivant.

Ensuite, le confinement n'a pas débuté avec l'entrée en vigueur du décret du 23 mars 2020 pris en application de la loi du même jour. Dès avant, la mesure avait été prévue, à compter du 17 mars à 12h00, sur le fondement de la théorie des circonstances exceptionnelles, par le décret n° 2020-260 du 16 mars 2020 portant réglementation des déplacements dans le cadre de la lutte contre la propagation du covid 19, décret abrogé par celui du 23 mars qui a pris le relais.

¹ Art. L. 3131-12 CSP

² Art. L. 3131-13 CSP

³ Art. L. 3131-15 CSP :

⁴ La dernière fois par le décret n° 2020-432 du 16 avril 2020

Enfin, le confinement n'est pas l'unique mesure de prévention sanitaire mise en oeuvre. Ont été en outre imposées, notamment, l'instauration de mesures d'hygiène et de distanciation sociale, dites "mesures barrières", devant être observées en tout lieu et en toute circonstance ainsi que l'interdiction, pour un grand nombre d'établissements, services ou structures, d'accueillir du public de même que, sauf dérogations ponctuelles, l'interdiction des rassemblements, réunions ou activités mettant en présence plus de cent personnes. Ces mesures, prévues par le décret du 23 mars 2020, avaient été mises en oeuvre, dès avant l'entrée en vigueur de ce texte, par une succession d'arrêtés du ministre de la santé pris, à compter du 4 mars 2020, sur le fondement de l'article L. 3131-1 du code de la santé publique.

I.2.2.- Au-delà des dispositions déjà évoquées instituant et encadrant l'état d'urgence sanitaire, la loi du 23 mars 2020, en son article 11, a habilité le Gouvernement à prendre par ordonnances, dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution, toute mesure relevant du domaine de la loi *"afin de faire face aux conséquences de la propagation de l'épidémie de covid-19"*.

Notamment, au d) du 2° du I de cet article, pour faire face à ces conséquences sur le fonctionnement de la justice pénale, la loi a habilité le Gouvernement à prendre toute mesure *"adaptant, aux seules fins de limiter la propagation de l'épidémie de covid-19 parmi les personnes participant à ces procédures (...) les règles relatives au déroulement et à la durée des détentions provisoires et des assignations à résidence sous surveillance électronique, pour permettre l'allongement des délais au cours de l'instruction et en matière d'audiencement, pour une durée proportionnée à celle de droit commun et ne pouvant excéder trois mois en matière délictuelle et six mois en appel ou en matière criminelle, et la prolongation de ces mesures au vu des seules réquisitions écrites du parquet et des observations écrites de la personne et de son avocat"*.

Sur le fondement de l'habilitation législative, le Gouvernement a procédé à l'adaptation des règles considérées par l'ordonnance déjà citée du 25 mars 2020. Ainsi que l'énonce son article 1^{er}, l'objet des dispositions de cette ordonnance est *"de permettre la continuité de l'activité des juridictions pénales essentielle au maintien de l'ordre public"*. Les règles dérogatoires qu'elle prévoit sont applicables, selon son article 2, *"sur l'ensemble du territoire de la République jusqu'à l'expiration d'un délai d'un mois à compter de la date de cessation de l'état d'urgence sanitaire déclaré dans les conditions de l'article 4 de la loi du 23 mars 2020"*, soit, sauf prorogation, jusqu'au 10 août 2020, l'état d'urgence expirant, on l'a vu, le 10 juillet.

I.2.3.- S'agissant plus spécialement de l'aménagement des règles relatives à la détention provisoire, les dispositions prises sur l'habilitation prévue à l'article 11, I, 2°, d) de la loi du 23 mars 2020 figurent au chapitre V de l'ordonnance, comportant les articles 15 à 20. L'article 16, qui prévoit une prolongation de plein droit des détentions provisoires, a très vite soulevé de nombreuses interrogations. La question s'est posée de savoir si cette prolongation s'appliquait uniquement à la durée totale de la détention provisoire ou également aux durées de détention au terme desquelles il doit être statué sur la prolongation de la mesure.

Les juridictions se sont divisées sur ce point. Si la seconde interprétation a été consacrée par la majorité des chambres de l'instruction ayant été appelées à se prononcer⁵ - dont celle de Grenoble, par l'arrêt attaqué -, plusieurs se sont prononcées en sens contraire⁶. Certaines, tout en jugeant que la détention provisoire pouvait être prolongée de droit, ont néanmoins refusé de censurer des décisions de prolongation qui avaient été prises dans les conditions prévues par le code de procédure pénale. Sollicité par nos soins, le directeur de l'administration pénitentiaire

⁵ Ainsi les chambres de l'instruction d'Aix-en-Provence, Dijon, Fort-de-France, Lyon, Paris, Pau, Rennes et Versailles ont jugé qu'en application des dispositions de l'article précité, les délais impartis pour prolonger la détention provisoire se trouvaient prorogés de droit.

⁶ Se sont prononcées en sens inverse les chambres de l'instruction de Bordeaux, Caen, Chambéry, Metz et Nancy.

n'a pas été en mesure de nous fournir le nombre de détentions provisoires ayant fait l'objet d'un renouvellement de plein droit. Il a toutefois estimé à quelque 2900 au plus, au 30 avril, les renouvellements procédant de l'ordonnance.

Contestant l'interprétation de l'article 16 de l'ordonnance du 25 mars 2020 par la chambre de l'instruction, le demandeur soutient principalement que cet article ne permettait pas que sa détention provisoire fût prolongée de plein droit. Dans le cas où vous ne retiendriez pas cette solution il fait valoir subsidiairement que, tel qu'interprété par la chambre de l'instruction, ce même article serait contraire à la fois aux termes de la loi d'habilitation et aux normes constitutionnelles et conventionnelles. Enfin, dans le cas où vous estimeriez que les dispositions législatives d'habilitation autorisaient le Gouvernement à adopter les dispositions telles que celles de l'article 16 de l'ordonnance, il demande, par la QPC déjà évoquée, que ces dispositions d'habilitation soient renvoyées au Conseil constitutionnel.

Depuis lors, est intervenue la loi précitée du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions. Par cette loi, le législateur a, notamment, introduit dans l'ordonnance du 25 mars 2020 un article 16-1 organisant le retour au droit commun de la détention provisoire. Toutefois, si les dispositions nouvelles peuvent apporter au débat un éclairage nouveau, elles laissent intactes les questions soulevées par le demandeur.

Bien qu'intellectuellement, l'examen de la QPC ne constitue pas la première étape de l'analyse à laquelle vous invite le demandeur, c'est par lui que nous commencerons, étant rappelé qu'en application de l'article 23, alinéa 2 et 3, de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958, une transmission de la QPC n'impliquerait pas de surseoir à statuer sur le pourvoi dès lors que l'instance a pour objet de mettre fin à une mesure privative de liberté et qu'au surplus, votre chambre est appelée à statuer dans un délai déterminé.

II.- Sur la question prioritaire de constitutionnalité

II.1.- La question est ainsi libellée : *“L'article 11.I.2.d de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 qui autorise le gouvernement à prendre par ordonnance toute mesure, notamment en adaptant «aux seules fins de limiter la propagation de l'épidémie de Covid-19 parmi les personnes participant à ces procédures (...) les règles relatives au déroulement et la durée des détentions provisoires (...) pour permettre l'allongement des délais au cours de l'instruction et en matière d'audience pour une durée proportionnée à celle de droit commun (...) et la prolongation de ces mesures au vu des seules réquisitions écrites du parquet et des observations écrites de la personne et de son avocat » à supposer qu'il ait ainsi créé une prolongation de plein droit de toute détention par les durées « proportionnées » prévues, sans intervention du juge judiciaire et sans nécessité pour ce dernier de s'interroger au fond sur la nécessité de mettre en oeuvre cette prolongation, est-il contraire aux articles 16 et 66 de la Constitution, et au principe selon lequel toute privation de liberté doit être, à tout instant, placée sous le contrôle du juge judiciaire, et pouvoir faire l'objet d'un recours effectif devant ce juge ?”*

II.2.- L'applicabilité de ces dispositions à la procédure au sens du 1° de l'ordonnance du 7 novembre 1958 ne fait pas de doute. En effet, les dispositions de l'article 16 de l'ordonnance du 25 mars 2020, qui ont été opposées au demandeur pour justifier l'absence de tenue d'un débat contradictoire sur la prolongation de sa détention provisoire, trouvent leur fondement dans les dispositions précitées de l'article 11, I, 2°, d) de la loi du 23 mars 2020 qui ont habilité le Gouvernement à adapter le régime de la détention provisoire dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire.

A cet égard, l'intervention de la loi du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire est sans incidence. On pourrait certes se demander si, en introduisant dans l'ordonnance du 25 mars 2020 un article 16-1 prévoyant que les dispositions de l'article 16 cesseront de recevoir application à compter du 11 mai 2020 et en précisant les modalités du retour au droit commun, le législateur n'a pas implicitement mais nécessairement validé les dispositions de cet article,

leur conférant ainsi un caractère législatif. En pareil cas, la critique des dispositions d'habilitation serait inopérante. Cependant, une telle solution ne paraît pas pouvoir être retenue. Le Conseil constitutionnel l'a admise dans un cas où les dispositions "validées" étaient issues d'un décret⁷. Lorsqu'elles sont issues d'une ordonnance prise en application de l'article 38 de la Constitution, la solution se heurte aux dispositions de cet article, aux termes desquelles de telles ordonnance "*ne peuvent être ratifiées que de manière expresse*".

II.3.- Les interrogations que peut susciter la recevabilité de la question viennent plutôt de sa formulation un peu singulière - hypothétique ou conditionnelle. La QPC qui vous est soumise se présente en quelque sorte comme une QPC préventive. En l'absence de toute décision de votre Chambre sur le sens et la portée de la loi d'habilitation, le demandeur critique d'avance l'interprétation que vous pourriez en faire. Plus précisément, il s'agit pour lui d'anticiper la réponse que vous pourriez apporter au moyen de son pourvoi selon lequel les dispositions de l'article 16 de l'ordonnance du 25 mars 2020, en ce qu'elles prévoiraient la possibilité de proroger de droit la durée des détentions provisoires, seraient contraires aux termes de la loi d'habilitation. Dans la mesure où vous seriez susceptibles d'écarter ce moyen en retenant la solution inverse, le demandeur entend pouvoir contester d'emblée la conformité de cette solution aux droits et libertés que garantit la Constitution. Il se trouve ainsi, dans le débat qu'il entend ouvrir sur la constitutionnalité des dispositions précitées de la loi d'habilitation, à front renversé puisque, pour poser une QPC, il doit postuler une interprétation des dispositions législatives contraire à celle qu'il défend au soutien de son pourvoi. Cela explique qu'il ne pose sa question que pour le cas où cette interprétation serait retenue.

Dès lors, vous pourriez lui opposer la jurisprudence constante du Conseil constitutionnel selon laquelle "*en posant une question prioritaire de constitutionnalité, tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à cette disposition*"⁸, étant précisé qu'une telle interprétation doit être le fait de la juridiction placée au sommet de l'un des deux ordres de juridictions⁹. De ce principe, il pourrait être déduit, a contrario, que le demandeur n'est pas recevable à contester une interprétation qui est, à ce stade, hypothétique puisque vous n'avez jamais eu à prendre parti sur le sens et la portée des dispositions de l'article 11, I, 2°, d) de la loi du 23 mars 2020¹⁰.

Cependant, cette solution apparaît discutable. L'opération d'interprétation se trouve comme intégrée au contrôle de constitutionnalité. L'examen d'une question prioritaire de constitutionnalité vous conduit nécessairement à prendre préalablement parti sur le sens et la portée de la disposition critiquée, et donc à l'interpréter. Autrement dit, votre interprétation peut être concomitante à l'examen de la question. Bien entendu, il se peut que la disposition critiquée n'ait pas le sens qui lui est prêté par l'auteur de celle-ci. Sa contestation sera alors tenue pour inopérante et la question pour non sérieuse.

Selon une solution désormais bien établie tant dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel que dans celle de votre Cour, une interprétation peut être tenue pour constante dès lors qu'a

⁷ Déc. n° 2014-431 QPC, 23 nov. 2014, *Soc. ING Direct et ING Bank NV*

⁸ Déc. n° 2010-39 QPC, 6 oct. 2010 ; Déc. n° 2011-127 QPC, 6 mai 2011 ; Déc. n° 2013-336 QPC, 1er août 2013 ; Déc. n° 2015-488 QPC, 7 oct. 2015 ; Déc. n° 2015-500 QPC 27 nov. 2015 ; Déc. n° 2015-503 QPC, 4 déc. 2015 ; Déc. n° 2015-520 QPC, 3 févr. 2016 ; Déc. n° 2016-563 QPC 16 sept. 2016 ; Déc. n° 2016-579 QPC 5 oct. 2016 ; Déc. n° 2016-615 QPC 9 mars 2017 ; Déc. n° 2018-699 QPC 13 avril 2018

⁹ Déc. n° 2011-120 QPC, 8 avril 2011 - 1ère Civ. 25 sept. 2019, QPC n° 19-13.413 ; Com. 17 oct. 2019, QPC n° 19-15.410 - Crim., 24 mars 2020, n° 19-86.706

¹⁰ Pour des exemples de QPC déclarées irrecevables au motif qu'était critiquée une interprétation qui n'était pas constante : Crim. 14 sept. 2006, n° 15-86.918 ; Crim. 27 juin 2018, n° 18-80.684 ; Crim. 16 janv. 2019, n° 18-81.040 ; Crim. 19 févr. 2019, n° 18-86.428 ; Crim. 28 janv. 2020, n° 19-84.526

été rendue une décision fixant le sens et la portée de la disposition considérée¹¹. Ce n'est donc pas la répétition qui fait la constance. Il en résulte qu'une interprétation constante peut résulter de la décision même par laquelle vous examinez le sérieux d'une QPC. Au demeurant, il se peut qu'à l'occasion d'une QPC vous opérerez un revirement de jurisprudence pour donner au texte une nouvelle interprétation qui soit conforme aux droits et libertés que garantit la Constitution¹². En pareil cas, il y a bien, dans une seule et même décision, interprétation de la disposition législative et appréciation de sa constitutionnalité au regard de cette interprétation.

En définitive, il ne nous semble pas qu'il y ait lieu de tirer une cause d'irrecevabilité de la formulation de la question qui s'explique uniquement par le souci, compréhensible, du demandeur de ne pas se voir reprocher de développer dans sa QPC une position opposée à celle qu'il développe au soutien de son pourvoi. Une autre solution reviendrait à le priver de la possibilité de contester la constitutionnalité d'une disposition législative dont les termes, entendus selon une interprétation qu'il conteste, risquent de lui être opposés lors de l'examen de son pourvoi.

II.4.-Pour autant, l'examen de la QPC suppose que vous franchissiez un second obstacle. C'est, semble-t-il, la première fois que vous êtes invités à examiner une question prioritaire de constitutionnalité portant sur des dispositions habilitant le gouvernement à légiférer par ordonnance en application de l'article 38 de la Constitution. Le renvoi de la QPC serait par ailleurs une première pour le Conseil constitutionnel qui, s'il a été conduit à maintes reprises à examiner des dispositions d'habilitation dans le cadre de son contrôle a priori, n'en a pas encore été saisi par la voie de la QPC.

Certaines critiques ne paraissent pas pouvoir être portées par cette voie. Il en est ainsi de celles, fréquemment développées dans le cadre du contrôle a priori, tirées de la méconnaissance de la procédure prévue à l'article 38 de la Constitution¹³. En effet, cet article ne proclame aucun droit ou liberté que garantit la Constitution. En revanche se pose la question de savoir dans quelle mesure une critique tirée, comme en l'espèce, de ce que les dispositions d'habilitation méconnaîtraient un droit ou une liberté fondamentale peut être prise en compte.

La question vient de ce que les dispositions d'habilitation sont faiblement normatives. Elles n'énoncent pas de règles qui seraient d'application directe. Elles autorisent seulement le Gouvernement à prendre par ordonnance des "*mesures qui sont normalement du domaine de la loi*". Certes, cette nature particulière n'exclut pas qu'elles puissent méconnaître un droit ou une liberté que garantit la Constitution. Il suffit de relever que, dans le cadre de son contrôle a priori, le Conseil constitutionnel a eu à examiner, à plusieurs reprises, des griefs tirés d'une telle méconnaissance, dirigés contre des dispositions d'habilitation¹⁴. Il ne les a pas tenus pour inopérants ou irrecevables et y a parfois fait droit, soit en assortissant sa décision d'une réserve

¹¹ Déc. n° 2015-503 QPC, 4 déc. 2015, M. Gabor R., et le commentaire aux Cahiers

¹² v. par ex. Crim., 5 oct. 2011 QPC, n° 11-90.087 ; Crim. 12 avr. 2012 QPC, n° 12-90.004, B. n° 100 ; Crim., 10 mai 2012 QPC, n° 11-87.301, B. n° 117 ; Crim. 26 juin 2012, QPC, n° 12-80.319 ; 2e Civ., 10 juill. 2014, QPC n° 13-25.985, Bull. 2014, II, n° 170 - Le rôle normatif de la Cour de cassation, Etude annuelle 2018, p. 269 et 273

¹³ pour quelques exemples récents de tels arguments, classiquement invoqués dans le cadre du contrôle a priori : Déc. 2019-794 DC, 20 déc. 2019, Loi d'orientation des mobilités, 45 ; Déc. 2019-778 DC, 21 mars 2019, Loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, 47 ; Déc. 2018-769 DC, 4 sept. 2018, Loi pour la liberté de choisir son avenir professionnel, 86 ; Déc. 2017-752 DC, 8 septembre 2017, Loi pour la confiance dans la vie politique, 75 ; Déc. 2015-727 DC, 21 janv. 2016, Loi de modernisation de notre système de santé, 65.

¹⁴ v. not. Déc. n° 86-208 DC, 2 juill. 1986, Loi relative à l'élection des députés et autorisant le Gouvernement à délimiter par ordonnance les circonscriptions électorales, cdt 20, 21 ; Déc. n° 2008-573 DC, 8 janv. 2009, Loi relative à la commission prévue à l'article 25 de la Constitution et à l'élection des députés, cdts 20 à 22 ; Déc. n° 2014-704 DC, 11 déc. 2014, Loi relative à la désignation des conseillers prud'hommes, cdts 8-17 ; Déc. n° 2016-745 DC, 26 janv. 2017, Loi relative à l'égalité et à la citoyenneté, § 9

d'interprétation soit en censurant la disposition critiquée¹⁵. Il faut en réalité distinguer.

Il se peut tout d'abord que la loi d'habilitation délègue au Gouvernement le soin de légiférer dans tel domaine et pour telle finalité, sans lui imposer d'autres contraintes. Une telle loi ne paraît pas pouvoir, par elle-même, porter atteinte aux droits et libertés que garantit la Constitution. C'est ce qu'a jugé le Conseil d'Etat, en posant en principe que "*des dispositions législatives qui se bornent à délimiter le champ de l'habilitation donnée au Gouvernement sur le fondement de l'article 38 de la Constitution pour prendre par ordonnance des mesures qui sont normalement du domaine de la loi ne sont pas, par leur nature même, susceptibles de porter atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit*"¹⁶. La solution évoque celle retenue par ailleurs par le Conseil d'Etat à propos du contrôle des lois de programmation, prévues à l'article 34 de la Constitution, qui se bornent à déterminer "*les objectifs de l'action de l'Etat*"¹⁷ et, dans une moindre mesure, par la Chambre sociale à propos d'une disposition législative se bornant à renvoyer au pouvoir réglementaire le soin de prendre un certain nombre de mesures dans son propre champ de compétence¹⁸.

Dans ce premier cas de figure, le contrôle de constitutionnalité est reporté sur l'ordonnance prise en application de l'habilitation. En effet, le seul fait que l'ordonnance respecte le champ de l'habilitation ne suffit pas à la mettre à l'abri de ce contrôle qui est assuré, pendant tout le temps où elle conserve un caractère réglementaire, par le juge administratif ou par le juge judiciaire saisi d'une exception d'illégalité. La loi d'habilitation, en quelque sorte transparente, ne peut faire écran au contrôle. C'est l'idée exprimée par le Conseil constitutionnel lorsqu'il rappelle, à longueur de décisions, que les dispositions d'une loi d'habilitation, "*ne sauraient avoir ni pour objet ni pour effet de dispenser le Gouvernement, dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés en application de l'article 38 de la Constitution, de respecter les règles et principes de valeur constitutionnelle*"¹⁹. Autrement dit l'habilitation ne contraint pas à l'inconstitutionnalité.

La solution est évidemment différente lorsque les dispositions législatives ne se bornent pas à délimiter le champ de l'habilitation donnée au Gouvernement mais orientent l'action de celui-ci dans des conditions induisant nécessairement l'adoption de mesures contraires aux droits et libertés constitutionnellement garantis. Il en est ainsi, notamment, lorsque l'objet même des mesures que le Parlement habilite le Gouvernement à prendre est nécessairement inconstitutionnel. Il est toutefois peu d'exemples de dispositions d'habilitation censurées pour ce motif. On peut citer les décisions par lesquelles le Conseil constitutionnel a jugé que l'habilitation donnée au Gouvernement d'adapter la délimitation des circonscriptions législatives par la mise en oeuvre de critères incompatibles avec le respect du principe d'égalité devant le

¹⁵ v. pour la méconnaissance du principe de l'égalité devant le suffrage, décisions précitées n° 86-208 DC du 2 juillet 1986 et n° 2008-573 DC du 8 janvier 2009 et, pour la méconnaissance de la liberté d'enseignement, décision précitée n° 2016-745 DC, 26 janv. 2017

¹⁶ CE 23 janv. 2015, *M. Tirat*, n° 380339, T. ; CE, 30 janv. 2019, *Ordre des avocats à la cour d'appel de Paris et autres*, n°s 408258, 408267, 408289, 408305, 415795, 415827, 415901

¹⁷ CE, 18 juill. 2011, *Fédération nationale des chasseurs et a.*, n° 340512

¹⁸ Soc. 11 déc. 2014, n° 14-17.394, B. n° 288

¹⁹ Déc. 81-134 DC, 5 janv. 1982, *Loi d'orientation autorisant le Gouvernement par application de l'article 38 de la Constitution, à prendre des mesures d'ordre social*, cdt 5 ; Déc. n° 86-208 DC, 2 juill. 1986, *Loi relative à l'élection des députés et autorisant le Gouvernement à délimiter par ordonnance les circonscriptions électorales*, cdt 8 ; Déc. n° 95-370 DC 30 déc. 1995, *Loi autorisant le Gouvernement, par application de l'article 38 de la Constitution, à réformer la protection sociale*, cdt 28 ; Déc. n° 99-421 DC, 16 déc. 1999, *Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes*, cdt 24 ; Déc. n° 2004-506 DC, 2 déc. 2004, *Loi de simplification du droit*, cdt 7 ; Déc. n° 2005-521 DC 22 juill. 2005, *Loi habilitant le Gouvernement à prendre, par ordonnance, des mesures d'urgence pour l'emploi*, cdt 7 ; Déc. n° 2010-618 DC 9 déc. 2010, *Loi de réforme des collectivités territoriales*, cdt 70

suffrage était, par son objet même, contraire à la Constitution²⁰. De ce cas, peut être rapproché celui, un peu différent, où la censure est prononcée en raison de l'insuffisant encadrement des mesures susceptibles d'être prises par le Gouvernement lorsque, par leur nature même, ces mesures affectent un droit ou une liberté fondamentale. Ainsi, en raison de l'indétermination des finalités de l'habilitation, le Conseil a censuré des dispositions confiant au Gouvernement le soin de substituer un régime d'autorisation à un régime déclaratif pour l'ouverture d'établissements privés d'enseignement scolaire - substitution pouvant porter une atteinte disproportionnée à la liberté de l'enseignement²¹.

En définitive, pour s'inspirer d'une formule utilisée par le Conseil constitutionnel dans plusieurs de ses décisions portant sur la constitutionnalité de lois d'habilitation, il y a lieu à censure, si les dispositions de celles-ci sont *“par elles-mêmes [ou] par les conséquences qui en découlent nécessairement, contraires à une règle ou à un principe de valeur constitutionnelle”*²².

II.5.- C'est en suivant cette approche que sera examiné le sérieux de la question qui vous est posée étant entendu qu'elle n'est pas nouvelle, les principes dont la violation est invoquée étant deux des principaux fondements constitutionnels du droit pénal et de la procédure pénale.

II.5.1.- Pour procéder à cet examen, il vous faut préalablement apprécier le sens et la portée des dispositions critiquées de l'article 11, I, 2°, d), de la loi du 23 mars 2020. Plus précisément, il s'agit de savoir si, comme cela est avancé dans la QPC, ces dispositions autorisent le Gouvernement à prévoir par ordonnance *“la prolongation de plein droit”* de l'ensemble des détentions provisoires, et donc leur renouvellement au cours de l'information *“sans intervention du juge judiciaire et sans nécessité pour ce dernier de s'interroger au fond sur la nécessité de mettre en oeuvre cette prolongation”*.

II.5.1.1.- L'article 11, I, 2° d) de la loi du 23 mars 2020 est rédigé en ces termes : I : *“Dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution, le Gouvernement est autorisé à prendre par ordonnances, dans un délai de trois mois à compter de la publication de la présente loi, toute mesure (...) relevant du domaine de la loi (...)/ 2° Afin de faire face aux conséquences, notamment de nature administrative ou juridictionnelle, de la propagation de l'épidémie de covid-19 et des mesures prises pour limiter cette propagation, toute mesure : /(...) d) Adaptant, aux seules fins de limiter la propagation de l'épidémie de covid-19 parmi les personnes participant à ces procédures, (...) les règles relatives au déroulement et à la durée des détentions provisoires et des assignations à résidence sous surveillance électronique, pour permettre l'allongement des délais au cours de l'instruction et en matière d'audiencement, pour une durée proportionnée à celle de droit commun et ne pouvant excéder trois mois en matière délictuelle et six mois en appel ou en matière criminelle, et la prolongation de ces mesures au vu des seules réquisitions écrites du parquet et des observations écrites de la personne et de son avocat (...).”*

Selon leurs termes mêmes, ces dispositions d'habilitation poursuivent donc deux objectifs qu'il faut constamment garder à l'esprit pour apprécier le sens et la portée du dispositif législatif.

Le premier, qui figure en dénominateur commun des dispositions du 2° du I de l'article 11, est d'adapter les règles de procédure et d'organisation judiciaire afin de permettre aux juridictions de *“faire face aux conséquences de la propagation de l'épidémie de covid-19 et des mesures prises pour limiter cette propagation”*. Il s'agit de prendre en compte les retards et la désorganisation qui pourraient être causés à la fois par la contamination des personnes et par

²⁰ Cons. Const. 8 janv. 2009 préc.

²¹ Cons. Const. 26 janv. 2017 préc.

²² Déc. n° 2004-506 DC 2 déc. 2004, *Loi de simplification du droit*, cdt 7 ; Déc. n° 2005-521 DC, 22 juill. 2005, *Loi habilitant le Gouvernement à prendre, par ordonnance, des mesures d'urgence pour l'emploi*, cdt 7

les mesures sanitaires de lutte contre l'épidémie, au premier rang desquelles le confinement de la population, pouvant entraver ou empêcher la circulation des personnes et l'accomplissement des démarches ou formalités.

Le second objectif est fixé au d) du 2° contenant les dispositions contestées. Il est de *"limiter la propagation de l'épidémie de covid-19 parmi les personnes participant"* aux procédures considérées. Il n'est pas exclusif de l'autre.

Pour atteindre ces deux objectifs, le Parlement a habilité le Gouvernement, par ces mêmes dispositions, à adapter *"les règles relatives au déroulement et à la durée des détentions provisoires (...) pour permettre l'allongement des délais au cours de l'instruction et en matière d'audiencement, pour une durée proportionnée à celle de droit commun et ne pouvant excéder trois mois en matière délictuelle et six mois en appel ou en matière criminelle"*.

II.5.1.2.- La question qui vous est posée est de savoir si, par ces dispositions, le Parlement a autorisé le Gouvernement à allonger les délais applicables en matière de détention provisoire sans imposer que cet allongement soit subordonné à une décision judiciaire et sans permettre au juge d'en écarter l'application. Cette question en appelle une autre, préalable, qui est celle de savoir si le Parlement a entendu autoriser uniquement l'allongement de la durée totale de la détention provisoire ou s'il a entendu permettre également au Gouvernement d'allonger les délais intermédiaires impartis pour statuer sur la prolongation de celle-ci. En effet, il nous paraît évident que, si l'on retient la seconde solution, il faut considérer que le Parlement a permis que cet allongement puisse se faire sans intervention préalable d'un juge sans quoi l'adaptation prévue ne serait qu'une source de complication. On ne verrait pas en effet l'intérêt d'augmenter le délai imparté pour tenir un débat contradictoire sur la prolongation de la détention provisoire si cette augmentation devait être elle-même précédée d'une décision judiciaire rendue au terme d'un tel débat.

II.5.1.2.1.- La réponse n'est ni simple ni évidente. Considérant la lettre des dispositions litigieuses, on pourrait estimer que le Parlement a seulement envisagé un allongement de la durée totale des détentions provisoires dans les proportions indiquées afin de prendre en compte le retard dans la conduite des investigations ou de l'audiencement lié à la perturbation des cabinets d'instruction et à l'encombrement des rôles causés par la crise sanitaire. Pour le reste, il aurait seulement prévu que la prolongation de la détention provisoire puisse s'opérer selon une procédure simplifiée, que ce soit la prolongation, envisagée par le texte même, pouvant intervenir à l'expiration de la durée totale de la détention provisoire, ou celle devant être décidée au terme des délais intermédiaires, prévus par le code de procédure pénale - délais à l'expiration desquels la détention ne peut se poursuivre que sur décision judiciaire. En effet, les dispositions de l'article 11, I, 2°, d) de la loi du 23 mars 2020 habilite par ailleurs le Gouvernement à prendre des mesures permettant *"la prolongation [des détentions provisoires] au vu des seules réquisitions écrites du parquet et des observations écrites de la personne et de son avocat"*. Il serait possible de considérer que, pour le Parlement, la possibilité accordée au Gouvernement de mettre en oeuvre cette procédure simplifiée constituait un moyen suffisant pour atteindre l'autre objectif assigné par les dispositions d'habilitation : *"limiter la propagation de l'épidémie de covid-19 parmi les personnes participant à ces procédures"*.

II.5.1.2.2.- Les débats parlementaires fournissent des éléments d'appréciation pouvant conforter cette interprétation du texte. Dans la présentation qu'il fait des dispositions habilitant le Gouvernement à adapter le régime de la détention provisoire, le rapporteur de la Commission des lois du Sénat n'évoque que l'allongement, dans certaines proportions, de la durée maximum de celle-ci afin d'assurer le maintien en détention de la personne poursuivie jusqu'à l'audience de jugement. N'est pas envisagé l'allongement des délais impartis pour statuer sur la prolongation de la détention provisoire au cours de l'instruction. Quant aux modalités de la prolongation de la détention provisoire, le rapporteur se borne à exposer les règles prévues

pour l'organisation d'un débat simplifié²³.

Toutefois, à notre sens, les débats parlementaires, au demeurant assez succincts sur le point qui nous occupe en raison de l'ampleur du projet de loi et du bref délai dans lequel le Parlement a été appelé à l'examiner, ne nous semblent pas suffisamment explicites pour que l'on puisse y trouver des arguments décisifs. En particulier la présentation, que nous venons d'évoquer, des dispositions contestées doit être considérée en prenant en compte l'évolution qu'elles ont connue. Dans sa version issue du projet de loi, à laquelle s'applique le commentaire du rapporteur de la Commission des lois du Sénat, ces dispositions prévoyaient un aménagement des règles relatives *"au déroulement et à la durée des détentions provisoires"* uniquement *"pour permettre l'allongement des délais d'audiencement"*. C'est au cours des débats en séance publique que le Sénat a adopté un amendement du Gouvernement précisant que cet aménagement tendait à permettre *"l'allongement des délais"* non seulement *"en matière d'audiencement"* mais également *"au cours de l'instruction"*.

L'exposé des motifs de cet amendement prête à interprétation. Il y est indiqué que *"le déroulement même des instructions"* étant rendu *"plus difficile"* par l'épidémie, il convient de prendre des mesures permettant *"d'éviter la remise en liberté de personnes placées en détention provisoire"*. Sans nul doute est ainsi considérée la nécessité d'allonger la durée totale de la détention provisoire afin de prendre en compte l'allongement de la durée des instructions causé par l'épidémie - ce qu'a relevé la rapporteure de la Commission des lois de l'Assemblée nationale²⁴. Mais plus largement, la modification peut être comprise comme étant destinée à répondre aux conséquences d'une situation pouvant rendre difficile le respect des échéances de la détention au cours de l'instruction.

II.5.1.2.3.- Il est en tout cas certain que la formule adoptée est suffisamment large pour être comprise comme ouvrant au Gouvernement la possibilité de prévoir, outre l'allongement de la durée totale de la détention provisoire, celui des délais intermédiaires au terme desquels doit être prise la décision sur la prolongation de celle-ci. A la lumière du contexte dans lequel a été discuté le projet de loi et des objectifs poursuivis par le législateur, cette interprétation peut en définitive apparaître comme la plus cohérente.

Il n'est pas besoin de revenir longuement sur la gravité de la crise sanitaire qui s'ouvrait lorsque le Parlement a adopté la loi du 23 mars 2020 instituant un état d'urgence sanitaire pour y faire face. Tant dans l'exposé des motifs du projet de loi que dans le rapport fait au nom de la Commission des lois du Sénat, il a été d'emblée rappelé que cette crise était *"sans précédent depuis un siècle"*. La rapporteure de la Commission des lois de l'Assemblée nationale s'exprimait quant à elle en ces termes : *"La France est frappée de plein fouet. Le risque sanitaire est très élevé : on déplore, déjà, de nombreux malades, de nombreuses victimes, et les prévisions sont des plus inquiétantes"*²⁵. Par ailleurs, depuis le 17 mars, l'ensemble de la population se trouvait confinée en application du décret déjà évoqué du 16 mars 2020. Bref, était alors en phase ascendante une épidémie d'une intensité exceptionnelle, causée par un nouveau virus, dont les conséquences, potentiellement dévastatrices, avaient justifié des mesures de protection sanitaire sans précédent restreignant la circulation des personnes et

²³ M. Philippe Bas, Rapp CL Sénat n° 381, 19 mars 2020, p. 32 : *"la durée de la détention provisoire ou de l'ARSE pourrait être prolongée au-delà des durées maximales actuellement prévues par le code de procédure pénale, afin d'éviter que ces mesures de sûreté n'arrivent à leur terme avant que l'audience de jugement n'ait pu être organisée. Cette durée supplémentaire ne pourrait excéder trois mois en première instance et six mois en appel. De plus, les décisions de prolongation de la détention provisoire ou de l'ARSE pourraient être prises par le juge des libertés et de la détention au terme d'une procédure écrite (réquisitions écrites du parquet, observations écrites de la personne ou de son avocat)"*

²⁴ Mme Marie Guévenoux, Rapp. CL AN n° 2074, 20 mars 2020, p. 37 - Selon le rapport la précision a avant tend à permettre *"l'allongement de la durée des détentions provisoires pour l'achèvement des instructions en cours"*.

²⁵ Ibid. - de fait, 9 134 contaminations étaient alors recensées sur le territoire national, pour 244 décès. L'évolution des chiffres a confirmé l'inquiétude exprimée.

mettant sous le boisseau la vie économique du pays.

Dans ce contexte, ont été adoptées les dispositions contestées avec le double objectif, fixé par le législateur, de limiter les risques de contagion et de parer aux conséquences possibles, sur le fonctionnement des juridictions, tant de l'épidémie que des mesures prises pour l'endiguer.

A la lumière d'un tel contexte et au regard de tels objectifs, il nous semble que l'habilitation donnée au Gouvernement aux fins d'adapter les *règles relatives au déroulement et à la durée des détentions provisoires (...) pour permettre l'allongement des délais au cours de l'instruction* doit être lue comme autorisant l'allongement des délais impartis pour la prolongation de la détention provisoire et donc le report de la tenue du débat contradictoire sur la nécessité de celle-ci. En effet, une telle mesure n'est pas exclue par la formule que nous avons citée qui ne comporte sur ce point aucune restriction. Elle est par ailleurs, dans son principe, en adéquation avec les deux objectifs poursuivis par le législateur. Tout d'abord, en évitant, les déplacements qu'impose la tenue d'un débat, elle tend à limiter le risque de contagion. Ensuite et, c'est l'essentiel, prenant en compte les dysfonctionnements susceptibles d'être causés par la crise sanitaire, spécialement dans la phase ascendante de l'épidémie, elle permet de parer au risque que le débat ne puisse se tenir dans les délais impartis par la loi avec les graves conséquences susceptibles d'en résulter pour l'ordre public.

En l'absence de dispositions législatives, votre Chambre aurait été appelée à examiner au cas par cas si des circonstances insurmontables étaient de nature à justifier que le débat ne puisse se tenir régulièrement dans les délais requis, comme elle le fait par exemple, pour s'en tenir au contentieux de la détention provisoire, en cas de grève des personnels pénitentiaires ou de mouvement du barreau²⁶. Dans un contexte sanitaire dégradé aux conséquences aussi graves et incertaines, le législateur a pu estimer souhaitable d'éviter une telle appréciation en autorisant que, par une disposition générale, applicable sur l'ensemble du territoire national, l'échéance des délais de prolongation soit d'emblée reportée.

II.5.2.- La portée des dispositions d'habilitation étant ainsi entendue, il ne fait pas de doute que différer la tenue du débat contradictoire sur le bien-fondé de la détention provisoire porte atteinte au droit de la personne détenue à ce que sa privation de liberté fasse l'objet, à intervalles réguliers, d'un débat contradictoire en vue d'en apprécier la le caractère nécessaire.

La nécessité que se tienne, à intervalles réguliers, un débat contradictoire sur le maintien de la détention provisoire se déduit très clairement de plusieurs décisions du Conseil constitutionnel. Elle est, en particulier, affirmée, en creux, dans sa décision du 17 décembre 2010 relative aux modalités procédurales de l'examen des demandes de mise en liberté par le juge des libertés et de la détention prévues à l'article 148 du code de procédure pénale. Par cette décision, le Conseil constitutionnel a admis que, dès lors que le législateur avait fait le choix libéral de permettre à toute personne en détention provisoire de demander à tout moment sa mise en liberté tout en imposant au juge de statuer à bref délai, il avait pu prévoir, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, que cette demande pourrait être examinée sans que se tienne un débat contradictoire. Toutefois, si le Conseil a jugé qu'avait été ainsi assurée, par le législateur, une conciliation qui n'était pas déséquilibrée entre l'objectif de valeur constitutionnelle de bonne administration de la justice et les droits de la défense fondés sur l'article 16 de la Déclaration de 1789, ce n'est qu'après avoir relevé que plusieurs autres dispositions du code de procédure pénale garantissaient à la personne détenue la possibilité de discuter la légalité de sa détention au cours d'un débat contradictoire : l'article 145, qui prévoit que la détention provisoire d'une personne mise en examen ne peut être ordonnée qu'à l'issue d'un tel débat, les articles 145-1 et 145-2, qui imposent un débat pour la prolongation de

²⁶ par ex. Crim. 29 avr. 1998, B. n° 143 ; Crim. 9 mai 2001, B.. n° 114 : barrages routiers ou grève des personnels pénitentiaires justifiant que le débat contradictoire en vue de la décision sur la détention provisoire ne se tienne pas en présence de l'intéressé - Crim. 11 juill. 1990, n° 90-82.613, B. n° 282 : mouvement collectif du barreau rendant impossible l'assistance d'un avocat lors d'une audience relative au contentieux de la détention provisoire

la détention provisoire et l'article 199, qui prévoit que l'appel d'une décision rejetant une demande de mise en liberté est également débattu contradictoirement devant la chambre de l'instruction.

Il apparaît ainsi que, pour le Conseil constitutionnel, le droit de faire examiner par un juge, à intervalles réguliers, la légalité de la détention provisoire au cours d'un débat contradictoire est un élément essentiel de la conformité du régime de la détention provisoire aux dispositions de l'articles 16 de la Déclaration de 1789. Il est la traduction des dispositions de l'article 66 de la Constitution qui confie au juge judiciaire la garantie de la liberté individuelle. Au-delà de la détention provisoire, le Conseil constitutionnel a affirmé, pour la mise en oeuvre de mesures restrictives de liberté, la nécessité d'un réexamen régulier et contradictoire de la mesure²⁷.

Certes, le Conseil constitutionnel n'a pas fixé de durée au-delà de laquelle le maintien de la détention provisoire sans réexamen systématique serait excessive. Il a toutefois jugé excessive la durée d'un an pendant laquelle la personne détenue en matière criminelle pourrait être maintenue en détention sans qu'à aucun moment sa comparution physique devant la chambre de l'instruction ne soit rendue impérative en cas de saisine de cette juridiction²⁸.

Pour autant, le simple constat que la loi d'habilitation autorise le Gouvernement à prendre des mesures pouvant affecter la périodicité du débat contradictoire relatif à la détention provisoire ne peut suffire à justifier le renvoi de la QPC au Conseil constitutionnel.

D'abord, considérée dans son principe même, la possibilité ouverte au Gouvernement de proroger les délais impartis pour statuer sur la prolongation de la détention provisoire n'apparaît pas, en raison du contexte de crise sanitaire et des objectifs poursuivis tels qu'ils ont été rappelés, comme inadéquate et portant une atteinte non nécessaire et disproportionnée aux droits dont la violation est invoquée. En particulier, est sans objet la critique, articulée par le demandeur dans son mémoire de QPC, selon laquelle les dispositions considérées reviendraient à retirer au juge tout pouvoir d'appréciation de sorte que la prorogation qu'elles autorisent aurait pour conséquence de faire obstacle, pendant la durée de celle-ci, à tout contrôle de la nécessité de la privation de liberté. Le fait que la durée de la détention provisoire soit prolongée par la loi ne signifie pas que le juge se verrait interdire d'y mettre fin avant le terme de la prolongation. La solution inverse serait contraire à l'article 66 de la Constitution.

Ensuite, la loi d'habilitation autorise mais n'impose pas. Elle permet que la durée totale de la détention provisoire soit augmentée pour une durée qui doit être proportionnée à celle de droit commun dans la limite de trois ou six mois. Elle permet par ailleurs que les délais intermédiaires soient également augmentés. Mais elle ne prévoit pas que le Gouvernement devrait allonger les délais intermédiaires de toutes les détentions provisoires en cours pendant l'état d'urgence pour une durée selon le cas de trois ou six mois. Ainsi, il eût été loisible au Gouvernement de prévoir un allongement de la durée globale de la détention provisoire pour une durée de quatre mois tout en prévoyant que cet allongement serait assuré à la fois par une prorogation du délai impartit pour statuer sur la prolongation de la détention et par une prolongation décidée par un juge au terme d'un débat contradictoire.

Enfin, la marge d'appréciation du Gouvernement est encadrée par la nécessité de respecter la double finalité prévue par l'habilitation. La prorogation de droit n'est permise que dans la mesure où elle constitue une réponse adéquate, nécessaire et proportionnée pour limiter la propagation de l'épidémie et pallier les dysfonctionnements induits par la crise sanitaire.

Ces observations pourraient conduire à estimer que le contrôle de constitutionnalité devrait être intégralement reporté sur les dispositions de l'ordonnance du 25 mars 2020. Comme l'énonce

²⁷ Déc. n° 2017-624 QPC, 16 mars 2017, § 17 pour l'assignation à résidence

²⁸ Déc. n° 2019-802 QPC du 20 sept. 2019, § 13, préc.; Déc. n° 2020-836 QPC du 30 avril 2020, *M. Maxime O.*

le Conseil constitutionnel, les lois d'habilitation "*ne sauraient avoir ni pour objet ni pour effet de dispenser le Gouvernement, dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés en application de l'article 38 de la Constitution, de respecter les règles et principes de valeur constitutionnelle*".

Toutefois, cette seule réserve générale peut apparaître insuffisante lorsqu'est en cause un aspect essentiel de la garantie de la liberté individuelle tenant au droit, pour la personne détenue, de voir le bien-fondé de sa privation de liberté réexaminé à intervalles réguliers. En pareil cas, se pose la question, sérieuse, de savoir si les dispositions d'une loi d'habilitation qui autorisent des mesures restreignant une telle garantie ne doivent pas encadrer de manière spécifique, claire et précise la marge d'appréciation du Gouvernement. A cet égard, il faut convenir qu'un tel encadrement n'apparaît pas assuré par les dispositions de l'article 11 de la loi du 23 mars 2020 qui, dans une même disposition autorise l'allongement de la durée totale de la détention provisoire et celui des délais impartis pour la prolongation de celle-ci. Or on ne peut confondre ces deux mesures. La seconde, qui tend à cantonner le contrôle de la détention provisoire par le juge, soulève des questions différentes et, à certains égards, plus sensibles que celles soulevées par une augmentation de la durée totale de la détention. Elle appelait sans doute un encadrement particulier. La loi du 11 mai 2020 et les débats qui l'ont précédée font à cet égard clairement apparaître le caractère incertain, et en tout cas contestable de l'habilitation aux yeux de nombre de parlementaire au point, d'ailleurs, que la Commission des Lois du Sénat en a proposé l'abrogation pure et simple.

II.5.3.- Aussi, en raison du caractère très sensible de dispositions habilitant le Gouvernement à aménager les règles relatives à la détention provisoire, des interrogations sérieuses suscitées par la conformité de l'habilitation consentie aux droits et libertés que garantit la Constitution, nous concluons au renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité.

III.- Sur le moyen du pourvoi

III.-1.- Aux deux premières branches de l'unique moyen qu'il propose à l'appui de son pourvoi, le demandeur conteste l'interprétation de l'article 16 de l'ordonnance du 25 mars 2020 retenue par la chambre de l'instruction. Aux troisième à sixième branches qui peuvent être regardées comme subsidiaires, il soutient que, si cette interprétation était admise, l'article 16 devrait être déclaré contraire tant aux dispositions d'habilitation qu'aux principes constitutionnels et conventionnels. Dans la septième et dernière branche, il demande que soient tirées les conséquences de la déclaration d'inconstitutionnalité des dispositions d'habilitation.

III.-2.- Se pose donc tout d'abord la question du sens et de la portée des dispositions de l'article 16 de l'ordonnance du 25 mars 2020.

III.2.1.- La durée de la détention provisoire est définie aux articles 145-1 et 145-2 du code de procédure pénale de manière à ce que soit assuré, à intervalles réguliers, un contrôle automatique du bien-fondé de la mesure au terme d'un débat contradictoire. Il en résulte un dispositif d'une certaine complexité puisque ces articles fixent à la fois, d'une part, la durée au-delà de laquelle la détention provisoire ne peut se poursuivre sans qu'ait été prise à cet effet, par le juge des libertés et de la détention, une décision de prolongation pour une durée déterminée par la loi et, d'autre part, la durée au-delà de laquelle, toutes les possibilités de prolongation étant épuisées, la détention doit prendre fin. Ainsi, en matière correctionnelle, sauf dans le cas prévu au premier alinéa de l'article 145-1, la détention provisoire, d'une durée initiale de quatre mois, peut être prolongée de quatre mois en quatre mois dans la limite d'un plafond qui varie en fonction de la nature et de la gravité des faits reprochés, mais ne peut, en principe, excéder deux ans. En matière criminelle, la détention provisoire, d'une durée initiale d'un an peut être prolongée de six mois en six mois dans la limite d'un plafond également variable mais ne pouvant, en principe, excéder quatre ans. Les textes prévoient donc des durées pouvant être qualifiées d'intermédiaires ainsi qu'une durée totale faite de l'addition des précédentes.

En son premier alinéa, l'article 16 de l'ordonnance du 25 mars 2020²⁹ dispose notamment : *“En matière correctionnelle, les délais maximums de détention provisoire (...) prévus par les dispositions du code de procédure pénale, qu'il s'agisse des détentions au cours de l'instruction ou des détentions pour l'audience devant les juridictions de jugement des affaires concernant des personnes renvoyées à l'issue de l'instruction, sont prolongés de plein droit de deux mois lorsque la peine d'emprisonnement encourue est inférieure ou égale à cinq ans et de trois mois dans les autres cas (...)”*. Au même alinéa, il est prévu que *“Ce délai est porté à six mois en matière criminelle et, en matière correctionnelle, pour l'audience des affaires devant la cour d'appel”*.

Le demandeur soutient que, contrairement à ce qu'énonce la chambre de l'instruction, cet article ne prévoit pas la prolongation de plein droit du délai imparti pour statuer sur la prolongation de la détention provisoire mais seulement la prolongation de plein droit de la durée totale de celle-ci. Le demandeur poursuit ainsi, pour l'interprétation des dispositions de l'ordonnance, la discussion qu'il a ouverte par sa QPC, pour l'interprétation des dispositions de la loi d'habilitation.

De fait, dès la publication de l'ordonnance, un intense débat s'est fait jour au sein des juridictions pour savoir si “la prolongation de plein droit” prévue au premier alinéa de l'article 16 s'appliquait au “délai butoir” de la détention provisoire, défini comme le délai au terme duquel, selon les dispositions des articles 145-1 et 145-2 du code de procédure pénale, la détention ne peut plus faire l'objet d'aucune prolongation, ou si elle s'appliquait également aux délais, pouvant être qualifiés d'intermédiaires, définis comme ceux au terme desquels, selon les mêmes articles, une détention provisoire ne peut se poursuivre sans avoir fait l'objet d'une décision de prolongation.

La seconde interprétation a été développée dans la circulaire d'application de la ministre de la justice du 26 mars 2020³⁰ ainsi que dans un courriel de la directrice des affaires criminelles et des grâces du 27 mars suivant. Elle a été contestée devant le juge des référés du Conseil d'Etat qui a été saisi, selon le cas, sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative ou sur celui de l'article L. 521-2 du même code, aux fins d'ordonner la suspension de l'exécution de l'article 16 de l'ordonnance ainsi que de la circulaire ministérielle et du courriel subséquent. Le juge administratif a rejeté l'ensemble des requêtes³¹. Compte tenu des difficultés d'interprétation, l'on comprend que nombre de juges d'instruction et de juges des libertés et de la détention, qui, dans la mission que leur confère l'article 66 de la Constitution, sont tenus de veiller au strict respect des délais imposés par la loi en matière de détention provisoire, aient fait prévaloir l'interprétation la plus protectrice - et donc la plus prudente. L'on comprend également que les chambres de l'instruction se soient partagées.

²⁹ Le texte intégral est le suivant : *En matière correctionnelle, les délais maximums de détention provisoire ou d'assignation à résidence sous surveillance électronique, prévus par les dispositions du code de procédure pénale, qu'il s'agisse des détentions au cours de l'instruction ou des détentions pour l'audience devant les juridictions de jugement des affaires concernant des personnes renvoyées à l'issue de l'instruction, sont prolongés de plein droit de deux mois lorsque la peine d'emprisonnement encourue est inférieure ou égale à cinq ans et de trois mois dans les autres cas, sans préjudice de la possibilité pour la juridiction compétente d'ordonner à tout moment, d'office, sur demande du ministère public ou sur demande de l'intéressé, la mainlevée de la mesure, le cas échéant avec assignation à résidence sous surveillance électronique ou sous contrôle judiciaire lorsqu'il est mis fin à une détention provisoire. Ce délai est porté à six mois en matière criminelle et, en matière correctionnelle, pour l'audience des affaires devant la cour d'appel./ Les prolongations prévues à l'alinéa précédent sont applicables aux mineurs âgés de plus de seize ans, en matière criminelle ou s'ils encourrent une peine d'au moins sept ans d'emprisonnement./ Les prolongations prévues par le présent article ne s'appliquent qu'une seule fois au cours de chaque procédure”*.

³⁰ Circ. CRIM-2020-12/H2-26.03.2020 du 26 mars 2020 interprétant les dispositions de l'ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020 portant adaptation de règles de procédure pénale sur le fondement de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, § 1.4.1

³¹ CE Ord. réf., 3 avr. 2020, Syndicat des avocats de France, n° 439894 ; CE Ord. réf. 3 avril, 2020, Union des jeunes avocats et autres, n° 439877, 439887, 439890, 439898 ; CE, ord. réf., 22 avr. 2020, *Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation*, n° 440039

III.2.2.- Venons-en au débat. L'expression "*délais maximum de la détention provisoire*" est évidemment placée au coeur de celui-ci. Il n'est toutefois pas évident que, de l'analyse de cette expression, inusitée dans le code de procédure pénale, puissent être tirés des arguments décisifs.

III.2.2.1.- Sans conteste, l'expression peut être interprétée comme désignant la limite supérieure de la durée de la détention provisoire - et donc la durée totale de la détention susceptible d'être subie après l'ultime prolongation permise par le code de procédure pénale. C'est le sens que revêt l'expression approchante - mais pas nécessairement synonyme - "*durée maximale de la détention provisoire*" employée à l'article 141-3 du code de procédure pénale³² - seul article où elle figure. Par ailleurs dans les rares arrêts où votre chambre évoque, la "*durée maximum*"³³, de la détention provisoire, sa "*durée maximale*"³⁴ ou, plus rarement, son "*délai maximal*"³⁵, c'est la durée totale de la détention provisoire qu'elle désigne ainsi. Enfin, sans qu'il soit nécessaire de passer en revue les ouvrages de procédure pénale, il ne fait pas de doute que l'expression "*durée maximum de la détention provisoire*" est couramment employée dans ce sens. Ainsi, commentant les dispositions de l'article 16 de l'ordonnance du 25 mars 2020, plusieurs auteurs ont estimé que l'expression en débat devait être ainsi comprise³⁶.

Il ne fait pas de doute cependant que peut être également qualifiée de "*durée maximum*" la durée au terme de laquelle le titre de détention cesse de produire effet en l'absence de décision de prolongation. Lorsque, aux articles 145-1 et 145-2 du code de procédure pénale, le législateur énonce que la détention provisoire "*ne peut excéder quatre mois*", qu'elle "*peut être prolongée pour une durée qui ne peut être supérieure à six mois*" ou encore que "*la personne détenue ne peut être maintenue en détention au-delà d'un an*", il ne fait aucun doute qu'il fixe des maximums. Pourtant il désigne ainsi des périodes de détention susceptibles de faire l'objet de prolongations. C'est alors par l'expression "*durée totale*" de la détention provisoire qu'à l'article 145-1, il désigne la durée maximale de la détention provisoire, après épuisement des possibilités de prolongation. En réalité, une durée maximale peut être en même temps une durée renouvelable, ce qu'illustrent de nombreuses dispositions du code de procédure pénale qui, pour d'autres mesures coercitives que la détention provisoire, qualifient leur durée de "*maximale*" tout en prévoyant aussitôt la possibilité de leur renouvellement. Sans prétendre à l'exhaustivité, ainsi en est-il pour la mise en oeuvre des interceptions de correspondances par la voie des télécommunications, de la géolocalisation, des techniques spéciales d'enquête ou encore de certaines mesures conservatoires sur les biens³⁷. Cette présentation tend à souligner le caractère exceptionnel que doit revêtir la prolongation de telles mesures au-delà du terme qui leur est normalement fixé. De ce point de vue, elle peut paraître particulièrement opportune en matière de détention provisoire.

Au terme de cette analyse, littérale, du texte, il semble difficile d'avancer un argument

³² Lorsque la détention provisoire est ordonnée à la suite d'une révocation du contrôle judiciaire à l'encontre d'une personne antérieurement placée en détention provisoire pour les mêmes faits, la durée cumulée des détentions ne peut excéder de plus de quatre mois la durée maximale de la détention prévue respectivement aux articles 145-1 et 145-2. Lorsque la peine encourue est inférieure à celle mentionnée à l'article 143-1, la durée totale des détentions ne peut excéder quatre mois.

³³ Crim. 11 sept. 2002, n° 02-84.430 ; Crim. 6 nov. 2002, n° 02-85.794 ; Crim. 2 déc. 2003, n° 03-85.460, B. n° 229, 26 avr. 2017, n° 17-80.979, P.

³⁴ Crim. 20 sept. 2000, n° 00-84.363 ; Crim. 1^{er} oct. 2013, n° 13-84.897

³⁵ Crim. 18 juin 1997, n° 97-82.008, B. n° 244 ; Crim. 3 mai 2007, n° 07-81.211

³⁶ v. not. J.-B. Perrier, La prorogation de la détention provisoire, de plein droit et hors du droit, Dall. act., 9 avr. 2020 ; H. Matsopoulou, Les conséquences de l'état d'urgence sanitaire sur les mesures de détention provisoire, site du Club des juristes, 10 avr. 2020

³⁷ v. art. 74-2, 100-2, 230-3-2, 627-3, 706-95, 706-95-16 CPP

déterminant en faveur de l'une ou l'autre interprétation. La formule "*délais maximums de détention provisoire (...) au cours de l'instruction*" ne correspondant, en législation, à aucune catégorie bien définie, elle se prête à toutes les analyses. Elle peut être comprise, de manière étroite, comme désignant la durée totale de la détention provisoire après épuisement des prolongations. Dans le même temps, elle est suffisamment large pour être entendue comme recouvrant l'ensemble des "délais" au terme desquels la détention est appelée à prendre fin soit parce qu'elle ne peut se poursuivre en l'absence de décision la prolongeant, soit parce qu'elle est arrivée à son terme après épuisement des prolongations.

Cela étant, si les deux analyses sont possibles, l'on peut trouver précisément dans le caractère inhabituel de l'expression un argument en faveur de la seconde. En évoquant "les délais maximums de détention provisoire" plutôt que "la durée maximum" de celle-ci, le législateur a pu signifier qu'il entendait viser les durées de détention susceptibles de prolongation. En effet, ces *durées* sont en même temps, de fait, pour le juge, des *délais*, même si, juridiquement, il ne s'agit pas de délais de procédure relevant de l'article 801 du code de procédure pénale. Ainsi, lorsque l'article 145-2 du code de procédure pénale énonce qu'en matière criminelle, la personne détenue ne peut être maintenue en détention au-delà d'un an en l'absence de décision de prolongation, il fixe une durée mais également le délai imparti au juge pour statuer sur la prolongation de la détention. Il résulte de cette analyse qu'en une formule unique, le législateur a entendu désigner à la fois la durée totale de la détention provisoire et les durées maximums intermédiaires. C'est en définitive l'analyse de la chambre de l'instruction. Il reste que l'économie de mots conduit à l'ambiguïté et, en l'état de celle-ci, vous pourriez être amenés à retenir l'interprétation la plus étroite.

III.2.2.2.- Il faut donc chercher en dehors de la formule elle-même des éléments permettant d'en éclairer le sens, étant précisé que le rapport de présentation du projet d'ordonnance n'est d'aucun secours.

Contrairement à ce qu'énonce l'arrêt attaqué, on ne les trouvera pas au troisième alinéa de l'article 16 aux termes duquel : "*Les prolongations prévues par le présent article ne s'appliquent qu'une seule fois au cours de chaque procédure*". Certes, au premier abord, on pourrait être tenté de soutenir que cette précision serait inutile si la prolongation de droit n'était susceptible de s'appliquer qu'au terme de la durée totale de la détention provisoire puisque, par construction, elle ne pourrait alors ne s'appliquer qu'une fois. Mais en réalité, même dans ce cas, la précision garde son utilité. En effet, le texte prévoyant par ailleurs la prolongation de droit des détentions "*pour l'audience devant les juridictions de jugement*", elle peut avoir pour seul objet de préciser qu'au cours d'une même procédure, si la prolongation de droit a été appliquée pour augmenter la durée totale de la détention provisoire pendant l'instruction, elle ne peut l'être à nouveau pour augmenter la durée totale de la détention provisoire avant audience.

S'il est plus sérieux, l'argument en faveur, cette fois, de l'interprétation étroite, tiré des dispositions de l'article 19 de l'ordonnance du 25 mars 2020 ne paraît pas davantage déterminant. Mettant en oeuvre l'habilitation législative évoquée lors de l'examen de la QPC, ces dispositions permettent que, par dérogation aux articles 145-1 et 145-2 du code de procédure pénale, le débat contradictoire sur la prolongation de la détention provisoire se tienne, sans comparution de la personne détenue, selon une procédure écrite dès lors du moins que "*le recours à l'utilisation du moyen de télécommunication audiovisuelle (...) n'est matériellement pas possible*" et sous réserve que l'avocat puisse faire des observations par un tel moyen. L'on pourrait considérer que, ces dispositions ayant précisément pour objet de répondre à l'objectif de prévention de la contagion, la prorogation, à cette même fin, des délais impartis pour statuer sur la prolongation de la détention provisoire serait inutile. Autrement dit, la simplification du débat contradictoire exclurait implicitement mais nécessairement que le législateur ait prévu par ailleurs d'en différer la tenue. La prolongation de plein droit ne s'appliquerait donc qu'au terme de la durée totale de la détention provisoire.

Cette analyse distributive et non cumulative des dispositions de l'article 16, conduirait à retenir

deux régimes de prolongation. D'une part, au terme du délai imparti par le code de procédure pénale pour statuer sur la prolongation de la détention provisoire, la prolongation devrait être décidée par le juge des libertés et de la détention, dans les conditions et pour la durée prévue par le code de procédure pénale, sous réserve de la possibilité, offerte par l'article 19 de l'ordonnance, de statuer hors la présence physique de la personne détenue, voire selon une procédure exclusivement écrite. D'autre part, au terme de la durée totale de la détention provisoire, celle-ci ferait l'objet d'une prolongation de plein droit de deux, trois ou six mois selon les distinctions prévues par l'article 16. L'objet de cette ultime prolongation serait de prendre en compte l'allongement de la durée des instructions causée par les perturbations induites par la crise sanitaire.

Toutefois, bien qu'elle puisse apparaître cohérente au premier abord, cette analyse est discutable.

En premier lieu, si la prolongation intermédiaire de la détention provisoire intervient toujours sur décision judiciaire prise à l'issue d'un débat contradictoire simplifié, l'on se demande pourquoi le législateur n'aurait pas prévu la même solution pour l'augmentation de la durée totale de la détention provisoire. Il peut en effet sembler paradoxal que le législateur ait prévu que la prolongation la plus dérogatoire - celle qui aboutit à prolonger la durée totale de la détention provisoire - s'opérerait de plein droit tandis que la prolongation intermédiaire serait subordonnée à une décision judiciaire prise au terme d'un débat contradictoire.

En second lieu, comme nous l'avons rappelé lors de l'examen de la QPC, le report du débat contradictoire n'a pas pour seul objectif de limiter le risque de contagion. Sa principale raison d'être est de parer le risque qui pourrait découler pour l'ordre public de ce que le débat, y compris simplifié, ne puisse se tenir dans les délais impartis par le code de procédure pénale en raison de l'indisponibilité des personnes ou d'un dysfonctionnement quelconque lié à l'épidémie et aux mesures mises en oeuvre pour endiguer celle-ci. Dès lors, il paraît cohérent que, pour faire face aux conséquences de l'épidémie, le Gouvernement ait entendu combiner le report du débat contradictoire et la simplification de sa tenue - l'allongement du délai et, lorsque le débat doit se tenir, l'allègement des formalités.

En définitive, il apparaît qu'en prévoyant la prolongation de plein droit de la durée des détentions provisoires, le Gouvernement a poursuivi deux objectifs. D'abord, pour prendre en compte les retards liés à la crise sanitaire, il a entendu prolonger, pour une durée de deux, trois ou six mois, la durée totale des détentions provisoires en cours pendant l'état d'urgence sanitaire, cette prolongation pouvant s'opérer, selon les cas, soit au terme de la durée totale de détention provisoire, soit à l'échéance du délai imparti par le code de procédure pénale pour prolonger la mesure, l'allongement du délai de prolongation se répercutant alors sur la durée totale de la détention. Ensuite, pour assurer la sécurité et la continuité des procédures et, accessoirement, limiter le risque de contagion, il a entendu différer la tenue des débats contradictoires en prévoyant la prorogation des délais impartis pour sa prolongation.

A ces arguments s'en est ajouté, depuis lors, un autre qui nous paraît déterminant. Par la loi du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence, le Parlement a complété l'ordonnance du 25 mars 2020 par un article 16-1 dont l'objet est de permettre un retour au droit commun et donc de sortir du dispositif institué par l'article 16. Or, en même temps qu'il met un terme à ce dispositif, l'article 16-1 en précise le sens et la portée et lève ainsi les incertitudes. Il résulte en effet très clairement de ses dispositions que les prolongations de plein droit prévues par l'article 16, auxquelles il est mis fin, étaient applicables, soit à la dernière échéance possible de la détention provisoire, soit à une échéance intermédiaire. S'il en était besoin, les débats parlementaires le confirment amplement. Les dispositions de l'article 16-1 peuvent donc être regardées comme consacrant la solution retenue par la chambre de l'instruction.

Certes, elle ne remédie pas aux interrogations auxquelles le texte pouvait donner lieu à la date de l'arrêt attaqué. Mais elle n'en éclaire pas moins désormais le sens. Le cas échéant, de ce que la clarification serait tardive, il pourrait être tiré qu'il n'y a pas lieu de censurer les

juridictions qui n'auraient pas mis en oeuvre la prolongation de droit. Mais il serait paradoxal d'en tirer que les prolongations de droit intervenues antérieurement seraient irrégulières.

III.2.2.3.- Au terme de ces développements, nous vous proposons de retenir que c'est à bon droit que la chambre de l'instruction a jugé que la prolongation de droit des délais maximums de détention provisoire prévue à l'article 16 de l'ordonnance du 25 mars 2020 s'appliquait à l'échéance des délais impartis par les articles 145-1 et 145-2 du code de procédure pénale pour statuer sur la prolongation de la détention provisoire. Cette interprétation est conforme à la lettre du texte, considérée à la lumière des objectifs poursuivis par le législateur et de la loi nouvelle.

III.3.- Il reste toutefois à apprécier si le texte ainsi interprété peut être regardé comme conforme à la fois aux dispositions d'habilitation et aux droits fondamentaux. C'est la question posée par les quatrième à sixième branches du moyen.

III.3.1.- Quelques précisions ou observations préliminaires nous semblent nécessaires sur le contrôle qu'il vous est demandé d'exercer et sur celui qui a été exercé par la chambre de l'instruction.

Tout d'abord, le moyen manque en fait en sa troisième branche, selon laquelle la chambre de l'instruction se serait déclarée à tort incompétente pour contrôler la légalité de l'ordonnance du 25 mars 2020 sur le fondement de l'article 111-5 du code pénal. En réalité, la chambre de l'instruction n'a pas décliné sa compétence qui, bien sûr, ne fait pas de doute. Lorsque, comme en l'espèce, une ordonnance prise en application de l'article 38 de la Constitution revêt un caractère réglementaire en l'absence de ratification, sa conformité à la loi et à la Constitution peut être contrôlée par le juge pénal³⁸, y compris dans le cas où, de cette conformité, dépend non le bien-fondé de la poursuite mais, comme ici, la régularité d'une mesure privative de liberté³⁹. De plus, le juge pénal est toujours compétent pour contrôler la conventionnalité d'une ordonnance, qu'elle ait été ou non ratifiée. La chambre de l'instruction n'a pas remis en cause ces solutions. Elle s'est bornée à préciser l'étendue de ses pouvoirs en énonçant qu'en cas d'illégalité, elle ne pourrait annuler les dispositions litigieuses mais seulement en écarter l'application dans la procédure en cours, ce qui n'est que l'expression d'une solution aussi ancienne que constante sur laquelle il n'est pas nécessaire de revenir⁴⁰.

Ensuite, il importe de préciser l'incidence de la loi d'habilitation sur le contrôle que vous êtes invités à exercer. Comme nous l'avons indiqué lors de l'examen de la QPC, les dispositions d'habilitation figurant à l'article 11, I, 2°, d) de la loi du 23 mars 2020 ouvrent au Gouvernement la possibilité de proroger les délais impartis pour prolonger la détention provisoire. En soi une telle possibilité ne heurte aucun droit ou liberté que garantit la Constitution dès lors qu'elle est ouverte sous la réserve explicite de respecter les finalités de l'habilitation et sous celle, implicite, de ne porter aucune atteinte disproportionnée à un droit ou une liberté fondamentale. Les dispositions de la loi d'habilitation ne peuvent donc être regardées comme autorisant et, encore moins, comme imposant au Gouvernement de prendre des dispositions telles que celles qui figurent à l'article 16 de l'ordonnance du 25 mars 2020. Il en résulte, d'une part, que vous ne pouvez tenir d'emblée ces dispositions pour conformes à la loi d'habilitation et, d'autre part, que, comme nous l'avons relevé lors de l'examen de la QPC, cette loi ne saurait faire écran au contrôle de constitutionnalité. L'écran est ici transparent comme chaque fois que le pouvoir réglementaire intervient dans sa sphère d'autonomie⁴¹. Tel est le cas lorsqu'il agit, non comme

³⁸ v. not. Crim. 19 oct. 2004, n° 04-82.485, B. n° 247 ; Crim. 17 nov. 2009, n° 09-81.531 ; Crim., 13 janv. 2015, n° 13-88.183, B., n° 17

³⁹ rappr. Crim. 13 déc. 2016, n° 16-82.176, B. n° 340 ; Crim. 13 déc. 2016, n° 16-84.162 ; Crim. 13 déc. 2016, n° 16-84.794, B. n° 338

⁴⁰ Crim. 7 nov. 1908, B. n° 427

⁴¹ Crim., 29 janv. 2019, n° 17-84.366, B. n° 27 ;

exécutant, mais comme déléataire. En tout état de cause, une loi d'habilitation ne peut faire obstacle au contrôle de conventionnalité.

Enfin, on ne peut ignorer que, par trois ordonnances rendues, pour les deux premières, déjà évoquées, sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative⁴² et, pour la troisième, sur celui de l'article L. 521-1 du même code⁴³, le juge des référés du Conseil d'Etat a rejeté plusieurs requêtes tendant à ce que soit ordonnée la suspension de l'exécution de l'article 16 de l'ordonnance du 25 mars 2020 dont les requérants, ou certains d'entre eux, soutenaient qu'il était contraire tant aux termes de la loi d'habilitation qu'aux articles 66 de la Constitution et 5 de la CESDH. Toutefois, ces décisions ne vous lient pas. Vous jugez de manière constante que la décision du juge administratif rejetant un recours en annulation ne fait pas obstacle à ce que le juge pénal apprécie la légalité de l'acte ayant fait l'objet de ce recours⁴⁴. A fortiori en est-il ainsi lorsque la décision a été rendue selon une procédure d'urgence, par le juge des référés administratif dont l'office est d'examiner, selon le cas, s'il existe "un doute sérieux quant à la légalité de la décision" ou si une "atteinte grave ou manifestement illégale" à été portée à une liberté fondamentale.

A la lumière de ces observations, nous proposons de faire passer de la quatrième à la sixième branches du moyen pour examiner dans un même développement si, et dans quelle mesure, les dispositions de l'article 16 de l'ordonnance du 25 mars 2020 peuvent être tenues pour contraires aux termes de la loi d'habilitation, ainsi qu'aux articles 16 de la Déclaration de 1789, 66 de la Constitution, 5 de la CESDH.

III.3.2.- Au cours de l'instruction, le contrôle juridictionnel de la détention provisoire est assuré par deux séries de dispositions, au-delà de la faculté, pour la juridiction d'instruction, de décider d'office une mise en liberté. D'abord, en application de l'article 148 du code de procédure pénale, la personne placée en détention provisoire peut, à tout moment, demander sa mise en liberté. L'examen de cette demande ne donne pas lieu à la tenue d'une audience devant le juge des libertés et de la détention, même si un respect minimum du contradictoire a été imposé par le Conseil constitutionnel. Ensuite, en application des articles 145-1 et 145-2 de ce code, même en l'absence de toute initiative de la personne détenue, la détention provisoire doit faire l'objet, à intervalles réguliers, d'un réexamen par le juge qui doit apprécier si la mesure est toujours nécessaire. Le titre de détention, à durée limitée, ne peut prolonger ses effets au-delà de cette durée que si le juge des libertés et de la détention le décide au terme d'un débat contradictoire. Rappelons qu'en matière correctionnelle, la prolongation doit intervenir de quatre mois en quatre mois dans la limite du plafond légal. En matière criminelle, après une période d'un an, elle doit intervenir de six mois en six mois dans la même limite⁴⁵.

Ce sont ces périodes qui se trouvent modifiées par l'article 16 de l'ordonnance que nous avons déjà citée. En matière correctionnelle, elles sont allongées de deux ou trois mois selon que la peine encourue par l'intéressé est ou non inférieure à cinq ans. Le délai imparti pour prolonger la détention provisoire se trouve donc porté, selon le cas, à six ou sept mois, au lieu de quatre. En matière criminelle, la prorogation est de six mois. Son incidence varie selon que le titre a déjà fait ou non l'objet d'une prolongation judiciaire. Lorsque, comme en l'espèce, la prorogation de six mois s'applique au terme de la première période d'un an de la détention provisoire, elle a pour effet de porter à dix-huit mois le délai au terme duquel il devra être statué sur la prolongation de celle-ci. Lorsqu'elle s'applique après qu'une prolongation de six mois a été décidée, elle a pour effet de porter à un an, au lieu de six mois, la durée impartie pour statuer

⁴² v. les deux ordonnances précitées du 3 avril 2020

⁴³ v. ord. préc. du, 22 avr. 2020

⁴⁴ Crim. 4 mars 1986, n° 85-93.836, B. n° 89 ; Crim. 17 déc. 2014, n° 13-86.686, B. n° 279

⁴⁵ Sous réserve, de la prolongation exceptionnelle de quatre mois prévue au troisième alinéa de l'article 145-2, permettant de dépasser le plafond ordinaire permise .

sur une nouvelle prolongation.

Rappelons en outre que, dans tous les cas, la prorogation de deux, trois ou six mois du délai imparti pour statuer sur la prolongation de la détention provisoire se répercute sur la durée totale de celle-ci qui se trouve donc prolongée d'autant. Il en résulte qu'en même temps qu'elle reporte la tenue du débat sur le maintien de la détention provisoire, la prolongation de plein droit repousse le plafond de la durée de celle-ci. Bien entendu, le mécanisme ne peut jouer qu'une fois. Au terme de la prolongation de droit et si une nouvelle prolongation est encore possible, elle doit procéder d'une décision du juge des libertés et de la détention prise, le cas échéant, selon la procédure simplifiée prévue à l'article 19 de l'ordonnance.

III.3.3.- Aux termes du paragraphe 4 de l'article 5 de la CESDH : *“Toute personne privée de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal, afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale”*. Faisant application de ces stipulations, la Cour européenne des droits de l'homme rappelle à longueur d'arrêts les principes fondamentaux qui en découlent en matière de contrôle de la détention⁴⁶. Ils peuvent être succinctement restitués. En premier lieu, la circonstance qu'un juge ait pris la décision initiale de placement en détention provisoire ne dispense pas de tout contrôle ultérieur de la légalité et du bien-fondé de celle-ci. En effet, la justification de la privation de liberté ne peut être tenue pour acquise une fois pour toutes, un détenu ne devant *“pas courir le risque de rester en détention longtemps après le moment où sa privation de liberté a perdu toute justification”*⁴⁷. En second lieu, les contrôles ultérieurs peuvent être exercés de manière automatique et/ou sur recours selon le choix des Etats mais, dans tous les cas, pour satisfaire aux exigences de l'article 5, paragraphe 4, ils doivent remplir deux conditions. D'abord, ils doivent être exercés - ou pouvoir l'être - à des intervalles *“raisonnables”*. En outre, lorsque la détention relève, comme en l'espèce, de l'article 5, paragraphe 1, c), ils doivent donner lieu à la tenue d'une audience - autrement dit d'un débat contradictoire.

De la même façon, la nécessité que se tienne, à intervalles réguliers, un débat contradictoire sur la légalité de la détention provisoire se déduit très clairement de la jurisprudence du Conseil constitutionnel que nous avons évoquée en examinant la QPC (v. II.5.2). Il semble cependant délicat d'apprécier la conformité de l'article 16 de l'ordonnance au regard de la norme constitutionnelle, la loi d'habilitation nous paraissant faire écran à un tel contrôle dans la mesure du moins, pour reprendre la formule du juge des référés du Conseil d'Etat où *“l'ordonnance a mis en oeuvre cette habilitation, dans le respect des conditions que la loi y a mises”*⁴⁸.

III.3.4.- En l'absence de circonstances exceptionnelles qui seraient de nature à la justifier, il ne paraît pas faire de doute que la prorogation, pour une durée de six mois, de la durée pendant laquelle une personne peut rester détenue en matière criminelle sans qu'il soit statué sur la nécessité de sa détention provisoire lors d'une audience contradictoire, serait contraire à l'article 5, paragraphe 4, de la CESDH. Rappelons que, selon le moment auquel elle intervient, la prolongation de plein droit aboutit à ce que la personne puisse demeurer détenue sans débat contradictoire, soit pendant une période de dix-huit mois suivant son placement en détention, soit pendant une période d'un an après avoir subi, après une ou deux prolongations judiciaires, une détention d'un an et demi ou deux ans. La Cour de Strasbourg a estimé, par exemple, que *“lorsque la liberté personnelle est en cause”* on ne saurait tenir pour un intervalle raisonnable

⁴⁶ v. not. : CEDH, 24 oct. 1979, *Winterwerp c/ Pays-Bas*, § 61 ; CEDH, 24 juin 1982, *van Droogenbroeck c/ Belgique*, § 47 ; CEDH 21 oct. 1986, *Sanchez-Reisse c/ Suisse*, n° 9862/82, § 51 ; CEDH, 25 oct. 1989, *Bezicheri c/ Italie*, § 20-21 ; CEDH, 24 sept. 1992, *Herczegfalvy c/ Autriche*, § 75 ; CEDH, 13 juill. 1995, *Kampanis c. Grèce*, n°17977/91, § 47 ; CEDH, 28 oct. 1998, *Assenov c/ Bulgarie*, n° 90/1997/874/1086 ; CEDH 25 mars 1999, *Nikolova c/ Bulgarie* (GC), n° 31195/96, § 58 ; CEDH, 26 sept. 2000, *Oldham c/ Royaume-Uni*, n° 36273/97, § 29 s. ; CEDH, 15 juin 2006, *Jrjevs c/ Lettonie*, n° 70923/01, § 55 s. ; CEDH, 20 oct. 2010, *Knebl c/ République Tcèque*, n° 20157/05, § 81 s. ; CEDH 3 mars 2020, *Bas c/ Turquie*, n° 66448/17, § 215 s.

⁴⁷ CEDH, 9 janv. *Chichkov c/ Bulgarie*, n° 38822/97, § 88

⁴⁸ CE ord réf, 22 avr. 2020, *Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation* préc. § 28

une période d'un an et demi, ce qui ne signifie pas bien entendu qu'une période d'une durée inférieure pourrait nécessairement être tenue comme tel⁴⁹.

La question qui vous est posée est celle de savoir si le contexte de grave crise sanitaire et ses conséquences sur le fonctionnement de la justice pénale sont de nature à justifier un tel allongement des durées de détention sans débat contradictoire.

Pour répondre à cette question, il faut bien entendu garder présent à l'esprit les finalités assignées par la loi d'habilitation aux mesures susceptibles d'être prises par le Gouvernement. Rappelons que ces finalités, prévues à l'article 11 de la loi du 23 mars 2020 sont, d'une part, de *"faire face aux conséquences de la propagation de l'épidémie de covid-19 et des mesures prises pour limiter cette propagation"* et, d'autre part, de *"limiter la propagation de l'épidémie de covid-19 parmi les personnes participant"* aux procédures considérées.

Par ailleurs, le caractère adéquat, nécessaire et proportionné des dispositions de l'article 16 de l'ordonnance du 25 mars 2020 ne peut être apprécié qu'à la lumière de celles de l'article 15 de cette même ordonnance. En effet, cet article lie l'application des dispositions dérogatoires prévues dans le chapitre V de l'ordonnance consacré aux "dispositions applicables en cas de détention provisoire"- et donc celles de l'article 16 - à l'état d'urgence sanitaire. Sans ce lien, les dispositions fortement dérogatoires prévues dans ce chapitre seraient évidemment dépourvues de toute justification. L'article 16 est donc indissociable de l'article 15 pour l'appréciation de sa conformité aux finalités de l'habilitation législative et aux droits fondamentaux.

Selon l'article 15, les dispositions de l'article 16 sont applicables *"aux détentions provisoires en cours ou débutant de la date de publication de [l']ordonnance à la date de cessation de l'état d'urgence sanitaire déclaré et, le cas échéant, prorogé"*. Au même article, il est précisé que *"les prolongations de détention provisoire qui découlent de ces dispositions continuent de s'appliquer après la date de cessation de l'état d'urgence sanitaire déclaré et, le cas échéant, prorogé"*.

III.3.5.- Ces précisions, étant apportées, les dispositions contestées apparaissent à plusieurs égards non conformes aux finalité prévues par l'habilitation législative et aux droits fondamentaux dont la violation est invoquée. Pour l'essentiel, la difficulté vient de ce qu'à travers un seul et même dispositif le législateur a cherché à atteindre deux objectifs légitimes mais très différents : d'une part, prendre en compte les retards dans la conduite des investigations induits par la crise sanitaire et, d'autre part, parer à la fois au risque de contagion lors de la tenue des débats contradictoires et au risque de dysfonctionnement lié à l'impossibilité de les tenir. Le premier objectif pouvait justifier un allongement de la durée des détentions provisoires de deux, trois ou six mois mais pas nécessairement une prolongation de plein droit de la détention. Le second pouvait justifier une prolongation de plein droit du délai imparti pour décider du sort de la détention provisoire mais pas nécessairement de deux, trois ou six mois.

III.3.5.1.- Tel qu'il était applicable à la date de l'arrêt attaqué, et donc avant que n'intervienne la loi du 11 mai 2020, le texte produisait des conséquences disproportionnées sur plusieurs points.

III.3.5.1.1.- En premier lieu, il résulte de l'article 16 de l'ordonnance, interprété à la lumière de l'article 15, dont il est indissociable que la prolongation de plein droit peut s'opérer après la fin de l'état d'urgence sanitaire dès lors qu'elle s'applique à une détention provisoire qui était en cours pendant cette période d'exception. Ainsi, une détention provisoire en matière criminelle qui aurait débuté pendant l'état d'urgence sanitaire et dont la première période d'un an expirerait plusieurs mois après la fin de celui-ci, serait, de plein droit, prolongée de six mois.

⁴⁹ CEDH, 28 oct. 2010, *Knebl c/ République tchèque*, n° 20157/05

Or, aucune circonstance ne peut justifier que soit maintenu, à ce stade, un mécanisme de prolongation de plein droit qui trouve sa seule justification dans l'existence d'un risque de contagion ou de dysfonctionnement lié à l'épidémie ayant déterminé l'instauration de l'état d'urgence sanitaire. Si l'on peut comprendre qu'une prolongation des délais de la détention provisoire demeure possible après la fin de l'état d'urgence pour tenir compte des perturbations ayant pu affecter des informations qui étaient en cours pendant la crise sanitaire, rien ne justifie en revanche que la prolongation s'opère alors de plein droit, sans intervention judiciaire puisque, par hypothèse, il n'existe plus d'obstacle à la tenue d'un débat contradictoire.

La référence à cette période peut en outre être elle-même discutée car, à elle seule, la persistance de l'état d'urgence sanitaire ne suffit pas à établir l'existence d'un risque de nature à faire obstacle à la tenue d'un débat contradictoire pour la prolongation de la détention provisoire. Il paraît plus pertinent de se référer à la période durant laquelle les déplacements des personnes hors de leur domicile se sont trouvés, en principe, interdits en application de l'article L. 3131-15 du code de la santé publique. Ce confinement général de la population est l'indice objectif de la gravité de la crise en même temps qu'il constitue l'une des principales sources de perturbation pour le fonctionnement des juridictions. La période correspondante qui, nous l'avons vu, ne se confond pas avec celle de l'état d'urgence sanitaire, a pris fin le 11 mai.

III.3.5.1.2.- En deuxième lieu, par l'effet des dispositions de l'article 15 de l'ordonnance, les prolongations de plein droit qui interviennent pendant la période d'état d'urgence sanitaire - ou de confinement si l'on retient ce critère plus pertinent - sont susceptibles de produire leurs effets au-delà de la fin de celle-ci dans des proportions d'autant plus importantes que la prolongation intervient à une date rapprochée de la fin. Or, à supposer que l'existence d'une crise sanitaire puisse justifier une prolongation de droit de la détention provisoire pour une durée de six mois, l'absence de débat contradictoire ne se justifie qu'autant que dure cette crise. Ce "débordement" des prolongations au-delà de la durée de l'état d'urgence sanitaire - ou de la période de confinement -, sans que ne soit rétablie l'obligation de tenir un débat contradictoire semble porter une atteinte, qui n'est pas strictement nécessaire, à la tenue d'un tel débat à des intervalles réguliers et raisonnables. Là encore, le texte ne paraît pas en parfaite adéquation avec les finalités assignées par les dispositions d'habilitation.

III.3.5.1.3.-, En troisième lieu, indépendamment des réserves que peut susciter, au regard tant des finalités de l'habilitation législative que du respect des droits fondamentaux, le champ d'application de la prolongation de droit prévue à l'article 16 de l'ordonnance du 23 mars 2020, se pose la question de sa durée même.

1) La prorogation de deux à trois mois, applicable en matière correctionnelle, n'est pas discutée par le demandeur auquel a été appliquée la prorogation de six mois prévue en matière criminelle. Toutefois, pour mettre en évidence que la seconde est excessive, il est nécessaire d'exposer les raisons pour lesquelles la première est, à notre sens, admissible.

En considérant l'extrême gravité de la crise sanitaire et ses possibles implications sur le fonctionnement des juridictions, le législateur a pu estimer adéquate, nécessaire et proportionnée une telle prolongation pour atteindre les objectifs assignés par la l'habilitation législative. La durée de deux ou trois mois demeure inférieure à celle de quatre mois prévue par le code de procédure pénale en cas de prolongation de la détention provisoire en matière correctionnelle. En outre, comme le texte le précise, la circonstance que la durée du titre de détention soit prorogée de deux à trois mois ne fait bien évidemment pas obstacle à ce que la personne détenue demande sa mise en liberté pendant la période correspondante.

Il est vrai que l'examen d'une telle demande ne donne pas lieu à un débat contradictoire devant le juge des libertés et de la détention, qui statue alors dans les conditions prévues à l'article 148 du code de procédure pénale. Cependant, la demande peut être soumise à la chambre de l'instruction, soit par la voie de l'appel, soit, le cas échéant, par la voie de la saisine directe prévue à l'article précité. La chambre de l'instruction statue alors dans le délai prévu, selon le cas, aux articles 148, 194 et 199 du code de procédure pénale, augmenté, dans ces

circonstances, d'un mois par l'article 18 de l'ordonnance du 25 mars 2020. Surtout, en application de l'article 199 du code de procédure pénale, elle statue toujours à l'issue de débats contradictoires, au cours d'une audience qui doit en principe être publique. Lors de cette audience, la comparution personnelle du requérant est de droit - fût-elle assurée, dans le contexte de crise sanitaire, par un moyen de télécommunication audiovisuel. L'intéressé ou son avocat peuvent déposer un mémoire auquel la chambre de l'instruction est tenue de répondre. L'avocat est entendu et la personne mise en examen ou son défenseur doit avoir la parole en dernier.

Hors circonstances exceptionnelles, la possibilité de ce débat devant la chambre de l'instruction est l'un des éléments pris en compte pour justifier qu'il n'en soit pas tenu devant le juge des libertés et de la détention lorsque celui-ci statue sur une demande de mise en liberté. Le Conseil constitutionnel en a jugé ainsi dans sa décision déjà citée du 17 décembre 2010. Votre Chambre a eu la même approche, au regard de l'article 5, paragraphe 4 de la CESDH, dans un arrêt du 26 février 2003⁵⁰. Par cet arrêt vous avez jugé que les dispositions de l'article 148 du code de procédure pénale relatives à l'examen des demandes de mise en liberté ne sont pas incompatibles avec cet article dès lors que la personne détenue provisoirement peut déférer à la chambre de l'instruction toute ordonnance rejetant une demande de mise en liberté, laquelle peut être renouvelée à tout moment, et que la juridiction d'appel statue selon une procédure conforme aux exigences du même article conventionnel.

En période de circonstances exceptionnelles, le même raisonnement nous semble pouvoir être suivi pour admettre que soit différée de deux ou trois mois la tenue du débat contradictoire sur la prolongation de la détention provisoire. Il conviendrait alors sans doute de prévoir que, lorsqu'elle statue sur une demande de mise en liberté présentée par une personne ayant fait l'objet d'une prolongation de plein droit en application de l'article 16 de l'ordonnance du 25 mars 2020, la chambre de l'instruction ne peut faire usage de la faculté qui lui est ouverte par l'article 199 du code de procédure pénale de refuser la comparution personnelle de l'intéressé au motif qu'il a comparu devant elle moins de quatre mois auparavant. La comparution, fût-ce par visioconférence, serait alors impérative.

Quoi qu'il en soit, compte tenu de la possibilité d'un débat contradictoire devant la chambre de l'instruction pendant la prorogation de deux à trois mois prévue par l'article 16 de l'ordonnance du 25 mars 2020, il nous semble, s'agissant de la prolongation de plein droit applicable en matière correctionnelle, que le législateur a opéré une conciliation qui n'apparaît pas déséquilibrée entre d'une part, la garantie des droits de la défense de la personne privée de liberté et, d'autre part, les objectifs de protection sanitaire et de préservation de l'ordre public poursuivi par les dispositions de l'article précité dans un contexte de crise sanitaire majeure.

2) Il est plus difficile de se fonder sur la seule possibilité d'un débat contradictoire devant la chambre de l'instruction pour tenir pour adéquate, nécessaire et proportionnée la prolongation de plein droit de six mois applicable en matière criminelle, seule en cause en l'espèce. Par l'effet de cette prolongation, la personne détenue pourra se trouver maintenue en détention provisoire, selon le cas, pendant une période de dix-huit mois ou un an sans que ne se tienne à aucun moment devant le juge des libertés et de la détention un débat contradictoire alors que, selon les règles du code de procédure pénale, ce débat aurait dû intervenir, dans le premier cas, au terme de l'année suivant le placement en détention provisoire et, dans le second, à l'expiration du délai de six mois ayant suivi la précédente prolongation judiciaire.

Il paraît difficile de justifier que, pour une durée aussi longue, aucun débat contradictoire sur la nécessité de la détention provisoire ne se tienne devant le juge des libertés et de la détention. A la différence de celui ouvert devant la chambre de l'instruction en cas d'appel d'un refus de mise en liberté, le débat contradictoire prévu à l'article 145-2 du code de procédure pénale ne dépend pas d'une initiative de la personne détenue. Il doit être tenu de manière automatique et à intervalles réguliers. Cette automaticité du contrôle judiciaire de la détention provisoire au

⁵⁰ Crim. 26 févr. 2003, n° 02-88.131, B. n° 55

cours d'une audience publique et contradictoire, est un élément essentiel de la garantie de la liberté individuelle confiée par l'article 66 de la Constitution au juge judiciaire. La seule circonstance que les désordres résultant d'une grave crise sanitaire rendent incertaine la possibilité de l'assurer dans les délais impartis, ne peut justifier que la tenue de ce débat soit suspendue pendant six mois.

Dans un contexte de circonstances exceptionnelles liées à une tentative de coup d'Etat ayant déterminé la mise en oeuvre de l'article 15 de la CESDH, la Cour de Strasbourg a jugé que le défaut de comparution du requérant devant le juge de la détention pendant une période d'environ un an et deux mois "*avait porté atteinte à la substance même du droit garanti par l'article 5, § 4, de la Convention*", cette non comparution ne pouvant raisonnablement être regardée, y compris dans des circonstances de "danger public menaçant la vie de la nation", comme "strictement requise pour la sauvegarde de la sécurité publique"⁵¹. Il ne s'agit pas de transposer une solution retenue dans une configuration très différente mais de mettre en évidence, à travers cette solution, le contrôle exigeant exercé par les juges européens en la matière dans un cas de figure où pourtant la marge d'appréciation de l'Etat se trouvait étendue par la mise en oeuvre de l'article 15 de la CESDH.

III.3.5.2.- Ces observations ne nous conduisent pas cependant à vous proposer de retenir l'illégalité des dispositions litigieuses.

Avant que n'intervienne la loi du 11 mai 2020, il nous avait semblé possible et souhaitable de les interpréter de manière conforme aux exigences constitutionnelles et conventionnelles et aux finalités de la loi d'adaptation. Cet effort nous paraît désormais inutile, dès lors que, par la loi du 11 mai 2020, le législateur a en quelque sorte neutralisé les excès que nous avons relevés. Sans entrer dans le détail du dispositif complexe de retour au droit commun prévu à l'article 16-1 de l'ordonnance issu de cette loi, nous citerons les trois mesures assurant à nos yeux la mise en conformité des dispositions. D'abord, les prolongations de plein droit ne peuvent plus s'opérer depuis le 11 mai, date de la fin du confinement, des dispositions transitoires organisant le retour au droit commun qui ne peut bien entendu être assuré de manière abrupte. Ensuite, celles de six mois qui se sont opérées pendant le confinement doivent faire l'objet d'un débat contradictoire avant l'expiration d'un délai de trois mois. Enfin, le législateur a ouvert aux personnes n'ayant pas comparu devant le juge d'instruction depuis deux mois, la possibilité de saisir directement la chambre de l'instruction d'une demande de mise en liberté et de discuter ainsi le bien fondé de la détention provisoire au cours d'un débat contradictoire. Les dispositions nouvelles, qui ne sont pas contestées, paraissent donc établir une conciliation qui n'est pas manifestement disproportionnée entre, d'une part, la protection des droits de la défense et de la liberté individuelle et, d'autre part, l'exigence de bonne administration de la justice.

III.4.- Le rejet du pourvoi n'est pas acquis pour autant. Une cassation nous semble en effet devoir être prononcée en prenant appui sur la septième branche du moyen. Dans cette branche, le demandeur entend tirer les conséquences de la déclaration d'inconstitutionnalité de l'article 11, I, 2°, d) de la loi du 23 mars 2020, à intervenir sur sa QPC. Bien entendu, si vous ne renvoyez pas la QPC, cette branche est sans objet. On ne peut ignorer cependant l'argumentation qui y est développée selon laquelle les dispositions précitées ne pouvaient faire obstacle à l'appréciation, par le juge judiciaire, du bien-fondé de la détention.

III.4.1.- Au cas présent, M. X... a été placé en détention provisoire le 4 avril 2019. Selon les règles ordinaires, le juge des libertés et de la détention aurait dû apprécier la nécessité de prolonger sa détention provisoire à compter du 4 avril 2020 pour une durée de six mois. En application des dispositions de l'article 16 de l'ordonnance du 25 mars 2020, il s'est borné à constater la prolongation de plein droit de la détention provisoire pour la même durée. A vrai dire, la décision a été prise dans des conditions un peu singulières puisqu'elle est intervenue, le 30 mars, alors qu'étaient réunies les conditions du débat contradictoire qui avait été programmé, en application de l'article 145-2 du code de procédure pénale, avant l'entrée en

⁵¹ CEDH, 3 mars 2020, *Bas c/ Turquie*, préc., § 229-230

vigueur des dispositions de l'ordonnance du 25 mars 2020. Ainsi, l'avocat de M. X... avait été convoqué et la comparution en visioconférence de l'intéressé, assurée. La prolongation de droit a donc été constatée lors d'un débat qu'elle avait précisément pour objet d'éviter. Cela étant, le demandeur n'a formulé aucune contestation de ce chef et, de fait, quelle que paradoxale que soit la solution, on voit mal comment tenir pour irrégulier un débat dont le juge aurait pu se dispenser.

III.4.2.- La décision de la chambre de l'instruction est davantage contestable. Saisie de l'appel de la personne détenue, elle s'est bornée à constater que le juge des libertés et de la détention avait fait l'exacte application de l'article 16 de l'ordonnance du 25 mars 2020 en constatant la prolongation de plein droit de la détention provisoire. Il nous semble cependant qu'elle ne pouvait s'en tenir à ce constat. En faisant appel de l'ordonnance, l'intéressé contestait bien sûr que la prolongation ait pu s'opérer de plein droit mais il contestait surtout la prolongation elle-même. Autrement dit, il demandait sa mise en liberté. Dès lors qu'elle était saisie d'un tel appel dont la recevabilité n'était ni discuté ni discutable, la chambre de l'instruction aurait dû examiner si la détention provisoire était nécessaire au regard des dispositions de l'article 144 du code de procédure pénale. La circonstance qu'une détention provisoire soit prolongée de plein droit ne signifie pas que la détention serait obligatoire. Elle dispense le juge de prendre une décision pour prolonger la mesure mais s'il, est saisi d'une contestation portant sur la légalité de la privation de liberté, il ne peut se dispenser d'apprécier le bien-fondé de celle-ci. La solution nous paraît s'imposer avec d'autant plus de force en l'espèce que, comme nous l'avons relevé, l'équilibre du dispositif législatif repose pour partie sur le maintien de la possibilité de tenir un débat contradictoire devant la chambre de l'instruction sur la nécessité de la privation de liberté.

III.5.- En conséquence, pour ce motif nous concluons à la cassation de l'arrêt attaqué.

Avis :

- de renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité
- de cassation

