COUR DE CASSATION

Pourvoi n° 20-81.971
M. A... X...
Rapporteur: Mme LABROUSSE

RAPPORT

Sur le pourvoi formé par M. A... X... contre l'arrêt de la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Grenoble, en date du 14 avril 2020, qui, dans l'information suivie contre lui des chefs de tentative de meurtre en bande organisée, recel, destruction aggravée d'un bien appartenant à autrui, a confirmé l'ordonnance du juge des libertés et de la détention constatant la prolongation de plein droit de la détention provisoire.

RAPPEL DES FAITS ET DE LA PROCÉDURE

Le 4 avril 2019, M.X..., mis en examen des chefs susvisés, a été placé en détention provisoire.

Le 17 mars 2020, le juge d'instruction a saisi le juge des libertés et de la détention aux fins de prolongation de la détention provisoire.

Après débat contradictoire par visio-conférence, par ordonnance en date du 30 mars 2020, le juge des libertés et de la détention a constaté que la détention provisoire de M.X... était 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.

Par l'arrêt attaqué, en date du 14 avril 2020, la chambre de l'instruction a rejeté l'exception d'illégalité de l'article 16 de l'ordonnance précitée et a confirmé l'ordonnance du juge des libertés et de la détention.

Par deux déclarations, formés par courriel par son conseil, en date des 15 et 17 avril 2020, M. X... s'est pourvu en cassation.

Le 16 avril 2020, la SCP Waquet, Farge et Hazan s'est pourvue en demande et le 23 avril 2020 a déposé un mémoire ampliatif ainsi que, par un mémoire spécial et motivé, une question prioritaire de constitutionnalité.

Des observations complémentaires ont été déposées.

Le pourvoi formé le 15 avril 2020 paraît recevable.

Le demandeur, ayant par sa déclaration en date du 15 avril 2020 épuisé son droit de se pourvoir en cassation, le pourvoi formé le 17 avril 2020 est irrecevable.

ANALYSE SUCCINCTE DES MOYENS

Un moyen unique de cassation est proposé.

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté l'exception d'illégalité de l'article 16 de l'ordonnance n° 2020/303 du 25 mars 2020, et d'avoir confirmé l'ordonnance du juge des libertés et de la détention du 30 mars 2020 ayant dit n'y avoir lieu à débat contradictoire et ayant constaté la prolongation de plein droit pour une durée de six mois de la détention provisoire de M. X... alors que :

1. l'article 16 de l'ordonnance n° 2020/303 du 25 mars 2020 ne prévoit une prolongation « de plein droit » que pour les délais maximums de détention provisoire, c'est-à-dire lorsque les ultimes prolongations légales sont atteintes; qu'en faisant application de ce texte lors du premier renouvellement du mandat criminel délivré lors de l'instruction, la chambre de l'instruction a violé ledit article 16 par fausse application ;

2. il résulte des articles 16 et 19 de l'ordonnance 2020/303 du 25 mars 2020, que les prolongations envisagées par l'article 16 ne peuvent être prises qu'après un débat contradictoire, éventuellement écrit comme prévu à l'article 19 de la même ordonnance ; en validant une ordonnance rendue sans débat contradictoire sur le fond, la chambre de l'instruction a violé ces textes ;

3. la prolongation de la détention ordonnée de plein droit n'étant possible qu'aux termes de l'article 16 de l'ordonnance n° 2020/303 du 25 mars 2020 – texte de nature réglementaire en l'état –, la chambre de l'instruction avait le pouvoir de contrôler sa légalité ; qu'en se déclarant incompétente pour le faire, la chambre de l'instruction a violé l'article 111-5 du code pénal précité et méconnu l'étendue de ses pouvoirs ;

4. en édictant des prolongations « de plein droit » non prévues par l'ordonnance, l'article 16 précité excède les limites de l'habilitation législative et est entaché d'excès de pouvoir ;

5. à supposer que l'article 16 de l'ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020 ait entendu créer une prolongation de détention de plein droit et systématique, sans permettre au juge d'apprécier sa nécessité au fond, notamment à l'occasion d'un débat contradictoire fût-il écrit, ce texte est contraire aux articles 66 et 16 de la Constitution de 1958, qui confère au juge judiciaire la protection de la liberté individuelle et impose en la matière un recours effectif au juge ;

6. un tel texte, à l'interpréter de la sorte, en faisant échapper une possible prolongation de la détention provisoire au contrôle du juge, est contraire aux dispositions de l'article 5 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

7. la déclaration d'inconstitutionnalité de l'article 11.I.2.d de la loi d'urgence n° 2020 du 23 mars 2020 entraînera la nullité de l'arrêt attaqué et la cassation interviendra sans renvoi.

POINTS DE DROIT A JUGER

Le présent pourvoi doit conduire la chambre criminelle à interpréter 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 (ci-après l'ordonnance).

Il doit également, dans un second temps, la conduire à examiner les conséquences qui devront être tirées de sa décision.

Les principales questions posées par ce pourvoi sont les suivantes :

1. question méthodologique : s'agissant d'un article d'une ordonnance, quelle(s) méthode(s) d'interprétation privilégier : interprétation littérale ? interprétation de la volonté du législateur ? interprétation du rédacteur de l'ordonnance ? interprétation mettant en cohérence les différents articles de l'ordonnance ? interprétation conforme aux exigences constitutionnelles et conventionnelles en matière de liberté individuelle?

2. Comment interpréter l'expression « *les délais maximum de détention provisoire* (...) *sont prolongés de plein droit* » figurant à l'article 16 de l'ordonnance ? Que faut-il entendre par « *délais maximum de détention* » ? Que signifie : « *sont prolongés de plein droit* » ? Cette expression est-elle exclusive de tout contrôle du juge judiciaire ?

3. L'ordonnance est-elle conforme à la loi d'habilitation ?

4. Quelles sont les exigences constitutionnelles et conventionnelles en matière de liberté individuelle dans le cadre de l'adoption d'un « état d'urgence sanitaire » : dans quelle mesure et à quelles conditions, le cas échéant, la prolongation de la détention provisoire, de par l'effet de la loi, au delà du titre de détention, serait-elle contraire aux exigences précitées?

DISCUSSION

Pour la clarté de l'exposé, avant d'examiner les différentes branches du moyen, il convient de présenter brièvement le régime juridique de la détention provisoire[1].

Le régime de la détention provisoire obéit à des **conditions de fond**, définies aux articles 143-1, 144 et 144-1 du code de procédure pénale (tenant à la gravité de l'infraction reprochée, à la nécessité de la mesure, à sa subsidiarité au regard des mesures de contrôle judiciaire et d'assignation à résidence, à sa durée raisonnable) et

[1] Cf. Traité de procédure pénale - Economica- F.Desportes et L.Lazerges-Cousquer-- 4ième édition n°2701 et suivants.
Droit et pratique de l'instruction préparatoire - Dalloz Action- C.Guéry et P.Chambon p.483 et suivants.

à **des conditions procédurales**, qui seront seules examinées.

En principe, le titre de détention a une durée limitée impérative et sa prolongation exige une décision du juge des libertés et de la détention, prise après débat contradictoire.

Afin de limiter la durée de la détention provisoire pendant l'information, le législateur a:

- d'une part, fixé une durée limitée au titre initial de détention (quatre mois en matière correctionnelle, un an en matière criminelle) dont les effets à l'expiration de cette durée ne peuvent être prolongés que par une décision motivée du juge des libertés et de la détention, prise à l'issue d'un débat contradictoire, conformément aux dispositions des articles 145 et, le cas échéant, 706-71 du code de procédure pénale.

La prolongation de la détention provisoire est également à durée limitée et doit être renouvelée par le juge des libertés et de la détention tous les quatre mois en matière correctionnelle et tous les six mois en matière criminelle, après débat contradictoire.

Une ordonnance de prolongation de la détention intervenue en l'absence du débat contradictoire prévu par l'article 145-1 du code de procédure pénale est nulle (Crim., 9 mai 2001, pourvoi n°01-81.598, Bull. crim. 2001, n°111) ; celle intervenue postérieurement à l'expiration du titre de détention est inexistante (Crim., 10 mai 1995, pourvoi n° 95-80.975, Bull. crim. n°168). La personne détenue doit être immédiatement remise en liberté.

Le juge des libertés et de la détention ne peut fixer à l'avance une durée du titre de détention inférieure à celle prévue par la loi (Crim., 3 avril 2002, pourvoi n° 02-81.056, Bull. crim. 2002, n° 73). Cette solution ne méconnaît pas l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme dès lors que la personne placée en détention provisoire peut à tout moment demander sa mise en liberté (Crim., 21 novembre 2006, pourvoi n° 06-86.937, Bull. crim. 2006, n° 291).

- d'autre part, enserré la durée totale de la détention dans « *un double plafond légal*[2] » : la détention provisoire ne doit excéder ni « une durée raisonnable », ni les durées légales au delà desquelles elle ne peut plus être prolongée (soit en matière correctionnelle un, deux ou trois ans, en matière criminelle trois ou quatre ans, sans préjudice de la possibilité pour la chambre de l'instruction de prolonger la détention provisoire pour une durée de quatre mois, renouvelable une fois en matière criminelle, à titre exceptionnel, pour la poursuite des investigations du juge d'instruction et si la mise en liberté de la personne mise en examen causerait pour la sécurité des personnes et des biens un risque d'une particulière gravité[3]).

***

En fixant une durée limitée au titre de détention, le législateur a souhaité obliger le juge d'instruction et, sur sa saisine, le juge des libertés et de la détention, à réexaminer, à échéances rapprochées, au regard des circonstances particulières de droit ou de fait, la persistance des motifs justifiant le maintien en détention, l'impossibilité d'avoir recours à des mesures alternatives (article 144 du code de procédure pénale) et la

---

[2]Traité de procédure pénale - F.Desportes et L.Lazerges-Cousquer- Economica - n°2737.

[3]art.145-1, alinéa 3 et 145-2, alinéa 3 du code de procédure pénale.

durée raisonnable de la détention (article 144-1 du code de procédure pénale), et ce indépendamment d'une saisine par la personne détenue.

Contrairement au placement en détention provisoire où l'initiative est partagée avec le ministère public (article 137-4 du code de procédure pénale), seul le juge d'instruction peut saisir le juge des libertés et de la détention aux fins de prolongation de la détention provisoire, s'il estime celle-ci nécessaire. Il ne s'agit nullement d'une obligation pour le juge d'instruction qui peut, en dehors de toute demande, soit ordonner la mise en liberté de la personne détenue avant l'expiration du terme du titre de détention (article 147 du code de procédure pénale), soit ne pas saisir le juge des libertés et de la détention aux fins de prolongation de la détention provisoire, celle-ci prenant alors fin à l'expiration du terme du titre.

Saisi aux fins de prolongation de la détention provisoire, le juge des libertés et de la détention peut soit ordonner cette prolongation, soit décider qu'il n'y a pas lieu à prolongation de la détention provisoire, la mise en liberté intervenant à l'expiration du titre de détention, soit ordonner immédiatement la mise en liberté, avant l'expiration du titre (Crim., 6 août 2003, pourvoi n° 03-82.964, Bull. crim. 2003, n° 144).

Pour préserver la liberté individuelle, le système est ainsi asymétrique : si la mise en liberté peut être décidée par le seul juge d'instruction, la prolongation de la détention provisoire ne peut être ordonnée que par le juge des libertés et de la détention sur avis conforme du juge d'instruction.

En dehors des décisions de prolongation de la détention provisoire, la personne détenue peut, à tout moment de la procédure, former une demande de mise en liberté (article 148 du code de procédure pénale). Ce droit s'exerce largement puisqu'il n'existe pas de limite quant au nombre de demandes pouvant être formulées : le législateur a seulement imposé qu'une demande de mise en liberté ne soit pas formée tant que le juge des libertés et de la détention n'a pas statué, dans les trois jours de sa saisine, sur une précédente demande.

Enfin, la personne détenue peut être mise en liberté d'office :

- à tout moment, par le juge d'instruction (article 147 du code de procédure pénale);

- par le juge d'instruction ou, s'il est saisi, par le juge des libertés et de la détention, lorsque les conditions de l'article 144 du code de procédure pénale ne sont plus remplies ou lorsque la détention paraît excéder une durée raisonnable (article 144-1, alinéa 2 du code de procédure pénale) ;

- par la chambre de l'instruction, en application de l'article 201 du code de procédure pénale, lorsqu'elle est saisie d'une procédure, peu important l'objet de sa saisine[4], ou sur saisine de son président en vertu de ses pouvoirs propres (art 223) ou en application de l'article 221-3 (évaluation de l'information par la chambre de l'instruction saisie par le président d'office, à la demande du ministère public ou de la personne mise en examen).

4

« L'exercice par la chambre d'accusation de cette faculté relève de sa seule initiative, et n'est pas subordonné à une saisine de son président ou de l'intéressé, ni limité au cas où le titre de détention serait nul ou inexistant » (Crim., 26 septembre 1995, pourvoi n° 95-80.010, Bull. crim. 1995 n° 282).

Par exception, la durée du titre peut être modifiée par décision judiciaire.

1. Dans l'hypothèse d'une substitution correctionnelle à une substitution criminelle, si à la date de la requalification, la durée maximale de détention correctionnelle n'a pas expiré, l'article 146 du code de procédure pénale prévoit que le juge d'instruction peut soit saisir le juge des libertés et de la détention aux fins de maintien en détention provisoire, soit prescrire sa mise en liberté assortie ou non du contrôle judiciaire.

2. Dans le cas inverse, en cas de notification d'une qualification criminelle se substituant à une qualification correctionnelle, la chambre jugeait que le titre initial demeurait valable, la détention se trouvant alors soumise aux règles qui découlent de la nouvelle qualification. Le point de départ du délai de renouvellement de la détention résultant de ce nouveau régime était fixé au jour du titre initial (Crim., 19 mars 1991, pourvoi n° 90-87.892, Bull. crim. 1991 n°134 ; Crim., 27 mai 1997, pourvoi n° 97-81.486, Bull crim. 1997, n° 202).

L'article 118 du code de procédure pénale, issu de la loi n°2004-204 du 9 mars 2004, prévoit désormais que le juge d'instruction doit notifier contradictoirement à la personne mise en examen et à son avocat la nouvelle qualification criminelle et que « s*i la personne était placée en détention provisoire, le mandat de dépôt initialement délivré demeure valable et est considéré comme un mandat de dépôt criminel. La détention provisoire se trouve alors soumise aux règles applicables en matière criminelle, les délais prévus pour la prolongation de la mesure étant calculés à compter de la délivrance du mandat ».*

3. Aux termes de l'article 181, alinéa 7, du code de procédure pénale, si l'accusé est placé en détention provisoire, le mandat de dépôt décerné contre lui conserve sa force exécutoire et l'intéressé reste détenu jusqu'à son jugement par la cour d'assises.

Saisie d'une question prioritaire de constitutionnalité qui soutenait que les dispositions du sixième alinéa de l'article 181 du code de procédure pénale, en ce qu'elles prévoient « le maintien automatique » en détention du mis en examen lorsqu'il est détenu au moment de l'ordonnance de mise en accusation, portaient atteinte aux droits et libertés garantis par les articles 6, 7 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, au principe d'égalité devant la loi et à la liberté individuelle telle qu'elle est garantie par l'article 66 de la Constitution, la chambre a énoncé que :

> *« la question posée qui vise les dispositions de l'article 181, alinéa 7 du code de procédure pénale qui édictent que le mandat de dépôt conserve sa force exécutoire lorsque la mise en accusation est ordonnée devant la cour d'assises, est dépourvue de caractère sérieux en ce que ces dispositions ne portent atteinte ni au principe d'égalité devant la loi découlant de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme qui ne s'oppose pas à ce que le législateur règle, de façon différente, des situations différentes, ni au droit de l'accusé à un recours juridictionnel effectif, garanti par l'article 16 de ce texte, dès lors que les dispositions de l'article 148-1 dudit code lui permettent de demander sa mise en liberté à tout moment jusqu'à sa comparution devant la juridiction de jugement »* (Crim., 31 octobre 2012, pourvoi n° 12-85.470).

4. Enfin, on relèvera qu'en cas de requalification du fait de la loi, la chambre juge que le titre initial de détention demeure valable et est soumis de plein droit aux règles qui

découlent de la nouvelle qualification, sans qu'il y ait lieu de saisir, en application de l'article 146 du code de procédure pénale, le juge des libertés et de la détention (Crim., 7 juin 2006, pourvoi n° 06-82.233, Bull. crim. 2006, n° 158). En l'espèce, il s'agissait d'une requalification de faits criminels en faits délictuels. Il ne semble pas que la chambre ait statué dans un cas inverse.

Il résulte de ce qui précède, qu'à l'exception de la jurisprudence sur la requalification légale, qui paraît être isolée, le changement de la durée du titre de la détention s'effectue sous le contrôle du juge qui, soit procède à une requalification des faits, soit ordonne la mise en accusation de la personne détenue devant la cour d'assises.

***

EXAMEN DU MOYEN

I- Les mesures prises, en matière de détention provisoire, dans le cadre de la loi du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19 et de l'ordonnance n°2020-303 du 25 mars 2020

1 : le contexte d'adoption de ces mesures

Il convient de rappeler que, dans le cadre de la pandémie d'un nouveau coronavirus (covid-19), pathogène et contagieux, le ministre des solidarités et de la santé adoptait plusieurs arrêtés à compter du 4 mars 2020 et notamment un arrêté du 14 mars 2020 imposant la fermeture d'un grand nombre d'établissements recevant du public, interdisant les rassemblements de plus de cent personnes ainsi que l'accueil des scolaires, lycéens et étudiants au sein de leurs établissements d'enseignement.

Le même jour, une circulaire[5] du ministère de la justice relative à l'adaptation de l'activité pénale et civile des juridictions aux mesures de prévention et de lutte contre la pandémie covid-19 était diffusée aux présidents de juridictions, les autorisant à mettre en oeuvre les plans de continuation d'activité, si le taux d'absentéisme ou la situation locale le justifiait.

S'agissant de la détention provisoire, cette circulaire insistait sur l'utilisation la plus large possible de la visio-conférence. Il était également indiqué que «*dans ce contexte exceptionnel, les circonstances insurmontables paraissent pouvoir autoriser la juridiction à se prononcer sur la prolongation de la détention provisoire sans procéder à la tenue du débat contradictoire prévu par la loi, dès lors que le recours à la visio-conférence s'avère impossible ou refusé ».*

Par un décret du 16 mars 2020, le Premier ministre interdisait le déplacement de toute personne hors de son domicile (ce qui a été appelé « le confinement ») sous réserve d'exceptions limitativement énumérées et devant être dûment justifiées, à compter du 17 mars à 12h.

C'est dans ce contexte qu'était adoptée, selon la procédure accélérée, la loi n°2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 (c-après la loi

[5] n°NOR : JUSD2007740C

d'habilitation) dont l'objet était triple : organiser les modalités de report du deuxième tour des élections municipales qui devait se dérouler le dimanche 22 mars, instaurer un dispositif d'urgence sanitaire et enfin prévoir une série d'habilitations à légiférer dans des domaines variés.

Afin de donner un cadre juridique spécifique aux mesures de police administrative nécessaires, l'article 4 de la loi déclarait l'état d'urgence sanitaire pour une durée de deux mois sur l'ensemble du territoire national. Par un nouveau décret du 23 mars 2020, le Premier ministre réitérait les mesures précédemment ordonnées tout en leur apportant des précisions ou restrictions complémentaires. Leurs effets étaient par la suite prolongés.

L'article 11 de la loi habilitait le Gouvernement, pendant trois mois, 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, et ce dans un grand nombre de matières, notamment « en matière administrative ou juridictionnelle ».

En vertu de cette habilitation, le Gouvernement adoptait l'ordonnance n°2020-303 du 25 mars 2020 portant adaptation de règles de procédure pénale.

La loi d'habitation n'a pas été déférée au Conseil constitutionnel.

2 : la loi d'habilitation et l'ordonnance

Pour une présentation exhaustive de la teneur de ces textes, il convient de se référer au document joint en annexe au présent rapport.

2.1 : l'article 11 de la loi d'habilitation

> *« 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, pouvant entrer en vigueur, si nécessaire, à compter du 12 mars 2020, relevant du domaine de la loi et, le cas échéant, à les étendre et à les adapter aux collectivités mentionnées à l'article 72-3 de la Constitution:*
>
> *(...)*
>
> *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 des gardes à vue, pour permettre l'intervention à distance de l'avocat et la prolongation de ces mesures pour au plus la durée légalement prévue sans présentation de la personne devant le magistrat compétent, et 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 (...);*

2.2 : l'ordonnance du 25 mars 2020 (chapitre V : Dispositions applicables en cas de

détention provisoire)

article 15 :

« *Les dispositions du présent chapitre sont applicables aux détentions provisoires en cours ou débutant de la date de publication de la présente ordonnance à la date de cessation de l'état d'urgence sanitaire déclaré et, le cas échéant, prorogé sur le fondement des articles L. 3131-12 à L. 3131-14 du code de la santé publique pour faire face à l'épidémie de covid-19.*

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 sur le fondement des articles L. 3131-12 à L. 3131-14 du code de la santé publique pour faire face à l'épidémie de covid-19 »

article 16 :

«*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'audiencement devant les juridictions de jugement des affaires concernant des personnes renvoyées à l'issue de l'instruction, sont prolongés 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'audiencement 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 encourent 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».

(...)

article 19 :

« *Par dérogation aux dispositions des articles 145-1 et 145-2 du code de procédure pénale, les décisions du juge des libertés et de la détention statuant sur la prolongation de la détention provisoire interviennent au vu des réquisitions écrites du procureur de la République et des observations écrites de la personne et de son avocat, lorsque le recours à l'utilisation du moyen de télécommunication audiovisuelle prévu par l'article 706-71 de ce code n'est matériellement pas possible.*

S'il en fait la demande, l'avocat de la personne peut toutefois présenter des observations orales devant le juge des libertés et de la détention, le cas échéant par un moyen de télécommunication audiovisuelle.

Dans les cas prévus au présent article, le juge organise et conduit la procédure en veillant au respect des droits de la défense et en garantissant le caractère contradictoire des débats ».

A ce stade de l'analyse, il convient de rappeler brièvement que les ordonnances de l'article 38 de la Constitution sont soumises à un régime juridique particulier qui a été défini par les jurisprudences convergentes du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État. L'ordonnance, aussi longtemps qu'elle n'est pas ratifiée, est un acte de forme réglementaire soumis au contrôle du juge administratif. Lorsque le projet de loi de ratification n'est pas déposé dans le délai fixé par la loi d'habilitation, les ordonnances deviennent caduques, en application du deuxième alinéa de l'article 38. Si le Parlement ne se prononce pas après le dépôt du projet, les ordonnances demeurent de niveau réglementaire (décision n° 72-73 L du 29 février 1972 ; CE, 2 avril 2003 n° 246748, Conseil régional de Guadeloupe).

Après ratification, l'ordonnance acquiert force de loi, avec effet rétroactif pour ce qui concerne ses dispositions qui sont du domaine législatif.

Depuis la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, l'article 38 de la Constitution exige une ratification expresse des ordonnances.

En l'état, l'ordonnance n°2020-303 n'a pas été ratifiée.

II- Analyse des différentes branches du moyen

1. Sur les 1ère et 2ième branches du moyen : l'interprétation de l'article 16 de l'ordonnance

L'interprétation de l'article 16 de l'ordonnance a donné lieu à une importante controverse doctrinale[6] ainsi que, comme le relève le mémoire, à des divergences de jurisprudence.

1.1 : L'interprétation retenue en l'espèce par les différents juges

Après avoir énoncé que M. X... encourait une peine criminelle, le juge des libertés et de la détention, au visa de l'article 16 de l'ordonnance, a constaté que la détention provisoire de ce dernier était prolongée de plein droit pour une durée de six mois.

Pour rejeter l'exception d'illégalité soulevée par le prévenu, la chambre de l'instruction a énoncé en substance que :

- la détention provisoire de M.X... étant en cours le 26 mars 2020, les dispositions de l'ordonnance du 25 mars 2020 lui étaient applicables ;

- l'ordonnance critiquée pouvait faire l'objet, en vertu de l'article 111-5 du code pénal, d'une appréciation de sa légalité dès lors que de la légalité de l'article 16 de celle-ci dépendait la régularité de la prolongation de la détention provisoire de M.X...;

- l'exception d'illégalité ne permettait pas au juge pénal d'annuler l'ordonnance mais d'en écarter l'application dans la procédure en cours ;

- l'article 16 critiqué ne mentionnait pas une "durée maximale'" mais "un délai maximal" (...), notion correspondant à l'espace de temps à l'expiration duquel un acte

[6]Cf.notamment pour une présentation synthétique de cette controverse : « Justice pénale de l'essentiel ». AJ pénal avril 2020. Valérie-Odile Dervieux et Philippe Laumosne.

doit être accompli ;

- dans l'immédiateté d'une crise sanitaire et la volonté de limiter les risques de contagion dans la population, prolonger les "délais maximums " de détention s'entendait comme une prolongation de la détention en cours afin de reporter la tenue du débat contradictoire à une échéance postérieure ;

- l'article 19 de l'ordonnance n'était pas en contradiction avec l'article 16 de ladite ordonnance : l'article 16 prévoyait une prolongation de plein droit de la détention provisoire, afin d'éviter les contacts physiques induits par des débats contradictoires dans une situation de pandémie ascendante et de ralentissement, voire d'arrêt momentané des actes d'instruction pendant la période de confinement, tandis que l'article 19 organisait un débat contradictoire par visio-conférence ou par écrit, aux termes du titre de détention prolongé du délai supplémentaire prévu par l'article 16 ;

- la circulaire du ministère de la justice du 26 mars 2020 relative à l'ordonnance n°2020-303 du 25 mars 2020 n'était qu'interprétative et elle ne faisait, comme l'a relevé le Conseil d'Etat dans son ordonnance n°439894 du 3 avril 2020, qu'expliciter la portée et exposer les conséquences qui découlaient nécessairement de la prolongation exceptionnelle des délais de détention provisoire dans le contexte de crise sanitaire ;

- les dispositions de l'article 16 ne portaient atteinte ni au droit à la sûreté, ni aux droits de la défense et apparaissaient proportionnées à l'impératif légitime de santé publique dès lors que le droit d'accès au juge et le contrôle des mesures privatives de liberté par le juge judiciaire étaient préservés de façon expresse par l'article 16 critiqué ;

- l'article 16 précisait également, dans son dernier alinéa, que *"les prolongations prévues par le présent article ne s'appliquent qu'une seule fois au cours de chaque procédure "*, ce qui ne pouvait se comprendre que si la prolongation de plein droit avait lieu immédiatement afin de limiter le risque de contagion.

Après avoir rejeté l'exception d'illégalité et rappelé le déroulement du débat contradictoire devant le juge des libertés et de la détention, pour confirmer l'ordonnance attaquée, la chambre de l'instruction a énoncé que l'article 16 de l'ordonnance précitée a prévu une prolongation de plein droit de la détention provisoire pour une durée différenciée suivant la nature des faits reprochés, mesure proportionnée à la situation sanitaire du pays, ledit article précisant que la juridiction concernée conservait la possibilité « d'ordonner à tout moment, d'office, sur demande du ministère public ou sur demande de l'intéressé, la mainlevée de la mesure ».

1.2 : l'interprétation de l'article 16 de l'ordonnance par le ministère de la justice

L'interprétation de l'article 16 de l'ordonnance faite par la chambre de l'instruction rejoint celle de la direction des affaires criminelles et des grâces du ministère de la justice.

Il résulte en effet de la circulaire[7] et des deux dépêches de la direction des affaires

[7] CRIM-2020-11/H2-26.03.2020

criminelles et des grâces des 27 mars[8] et 16 avril 2020[9] les éléments d'interprétation suivants :

- la notion de « délais maximums » s'applique non pas à la durée totale cumulée de détention mais à la durée du titre de détention en cours ; dès lors, les délais de prolongation prévus par l'ordonnance s'appliquent y compris dans le cas où la détention provisoire peut encore faire l'objet d'une décision de prolongation ;

- la prolongation de plein droit du délai des détentions en cours a pour effet d'augmenter la durée légale du titre de détention de 2/3/6 mois à compter de la dernière décision de placement ou de prolongation intervenue ;

- cette prolongation n'a pas à faire l'objet d'une formalisation par une décision judiciaire ;

- dès lors, la tenue d'un débat contradictoire de prolongation n'est pas conforme au droit ;

- en cas de saisine néanmoins du juge des libertés et de la détention (saisine antérieure au 26 mars 2020 ou saisine par un juge d'instruction n'interprétant pas l'article 16 de l'ordonnance comme la circulaire), le juge des libertés et de la détention doit rendre une ordonnance disant n'y avoir lieu à statuer sur la prolongation de la détention provisoire ;

- pour les détentions provisoires débutant de la date de publication de l'ordonnance à la date de cessation de l'état d'urgence sanitaire, la durée de détention provisoire, prolongée de plein droit du délai prévu à l'ordonnance, doit être enregistrée dès l'écrou de l'intéressé ;

- la prolongation de plein droit ne peut avoir lieu qu'à une reprise, au cours de la procédure ;

- enfin, la prolongation de plein droit du titre de détention s'applique, en vertu de l'article 15 de l'ordonnance, à toutes les détentions en cours, y compris celles qui arriveraient à échéance dans un délai lointain, et pas uniquement à celles qui arriveraient à échéance au cours de la période de l'état d'urgence.

Pour être exhaustif, et comme l'a rappelé la chambre de l'instruction, tant l'ordonnance, et notamment ses articles 15, 16 et 19, que la circulaire précitée ont fait l'objet de plusieurs référés-suspension devant le Conseil d'Etat qui les a rejetés[10].

Le Conseil d'Etat a estimé, s'agissant de l'ordonnance, et notamment de son article 16, que :

- l'ordonnance a mis en oeuvre l'habilitation donnée par la loi du 23 mars 2020, dans le respect des conditions que la loi y a mises ;

---

[8] dépêche du 27 mars 2020 relative à l'article 16 de l'ordonnance du 25 mars

[9] dépêche du 16 avril 2020 relative à la prolongation des détentions provisoires

[10] CE, 3 avril 2020, n°439877, 439887, 439890, 439898 (UJA de Paris, ADAP, CNB et autres) et CE, 22 avril 2020, n°440039 (Ordre des avocats au conseil d'Etat et à la Cour de cassation).

- les dispositions contestées se sont bornées à allonger les délais des détentions provisoires *« sans apporter de modifications aux règles du code de procédure pénale qui régissent le placement et le maintien en détention provisoire »* (ordonnances du 3 avril 2020*) ou,* autre formulation *« sans apporter de modifications aux règles du code de procédure pénale qui régissent le rôle du juge en matière de placement en détention provisoire » (*ordonnance du 22 avril 2020*) ;*

- eu regard à l'évolution de l'épidémie, à la situation sanitaire et aux conséquences des mesures prises pour lutter contre la propagation du covid-19 sur le fonctionnement des juridictions, sur l'action des auxiliaires de justice et sur l'activité des administrations, l'ordonnance ne peut être regardée comme portant une atteinte manifestement illégale aux libertés fondamentales ;

- le moyen pris de la méconnaissance de l'article 5.3 de la Convention européenne des droits de l'homme n'est pas de nature à faire naître un doute sérieux, quant à la légalité de l'article 16.

S'agissant de la circulaire, le conseil d'Etat a énoncé qu'elle se bornait à expliciter la portée de l'ordonnance et à en exposer les conséquences et qu'eu égard à son contenu et à sa portée, elle ne pouvait être regardée comme portant une atteinte manifestement illégale à une liberté fondamentale.

1.3 : les conséquences pratiques de cette interprétation

Interprété ainsi, l'article 16 de l'ordonnance est d'une application très large puisqu'il :

- augmente la durée du titre initial de détention lors d'un placement ordonné pendant l'état d'urgence sanitaire dans les conditions suivantes :

- la durée du titre en matière correctionnelle n'est plus de 4 mois mais de 4 mois + 2 ou 3 mois = 6 ou 7 mois ;
- la durée du titre en matière criminelle n'est plus d'1 an mais de 1 an + 6 mois = 18 mois

- augmente la durée des titres de détention lorsque cette détention est en cours durant l'état d'urgence sanitaire de sorte que :

- la durée du titre en matière correctionnelle n'est plus de 4 mois mais de 4 mois + 2 ou 3 mois = 6 ou 7 mois ;
- la durée du titre en matière criminelle n'est plus de 6 mois mais de 6 mois + 6 mois = 1 an

- augmente la durée d'audiencement.

Ainsi en matière criminelle :

- le titre de détention d'un détenu placé en détention provisoire le 1er avril 2020 expirera le 1er octobre 2021 (soit 18 mois après) au lieu du 1er avril 2021 ;
- le titre de détention d'un détenu placé en détention provisoire le 1er avril 2019, expirera non le 1er avril 2020 mais le 1er octobre 2020 (soit aussi 18 mois après), soit à une date où l'état d'urgence sanitaire ne sera peut-être plus en cours ;
- le titre de détention d'un détenu placé en détention provisoire le 1er mars 2019, déjà prolongé à une reprise, à compter du 1er mars 2020, expirera le 1er mars 2021 (soit

un an après) et non le 1er octobre 2020.

Quatre conséquences peuvent être dégagées :

- l'article 15 de l'ordonnance confère à l'article 16 ainsi interprété un effet systémique puisque, d'une part, la prolongation de plein droit des titres de détention s'appliquera à toutes les détentions provisoires en cours ou débutant durant l'état d'urgence sanitaire, y compris celles dont le titre de détention n'expirerait pas durant cette période, d'autre part, les effets de cette prolongation demeureront au delà, le cas échéant, de la cessation de l'état d'urgence sanitaire ;

- en l'absence de demande de mise en liberté de sa part ou de mise en liberté d'office prononcée par le juge d'instruction ou la chambre de l'instruction dans le cadre des pouvoirs qui lui sont dévolus au titre des articles 201, 221-3 ou 223 du code de procédure pénale, la personne mise en examen en matière criminelle restera détenue durant un an ou 18 mois sans que soit examinée la nécessité de sa détention provisoire et sa durée raisonnable ;

- à supposer que la personne détenue forme une demande de mise en liberté, celle-ci ne sera examinée que dans le cadre d'une procédure écrite, certes contradictoire, mais sans audience et ce durant un an ou 18 mois, étant précisé qu'en l'état actuel des textes, en cas d'appel formé par le détenu en cas de rejet de sa demande de mise en liberté, assorti d'une demande de comparution, la chambre de l'instruction pourra lui imposer de comparaître par visio-conférence ;

- la prolongation de plein droit de la détention provisoire s'appliquera alors même qu'à la date à laquelle la prolongation aurait dû intervenir en vertu du droit commun, l'état d'urgence sanitaire aura cessé.

1.4 : interprétation du mémoire

Pour le mémoire, d'une part, le « *délai maximum* » visé par l'ordonnance correspond au délai qui ne peut en aucun cas être dépassé après mise en oeuvre de toutes les prolongations possibles, d'autre part, l'expression de « plein droit » n'est pas exclusive de l'intervention du juge : « *La prolongation est possible, elle est de plein droit en ce sens qu'elle peut jouer si nécessaire, mais elle peut être refusée par le juge si elle n'est pas nécessaire au regard notamment des critères de l'article 144 du code de procédure pénale » (p.5)* .

1.5 : analyse

L'arrêt de la chambre de l'instruction distingue **plusieurs niveaux d'interprétation** pour aboutir à la conclusion que les dispositions de l'article 16 de l'ordonnance du 25 mars 2020 doivent nécessairement s'interpréter comme autorisant une prolongation de plein droit des titres de détention. Il convient d'examiner successivement ces différentes interprétation :

- interprétation littérale de l'article 16 ;
- interprétation mettant en cohérence l'article 16 de l'ordonnance avec l'article 19 de celle-ci ;
- interprétation finaliste, éclairée par les travaux parlementaires de la loi d'habilitation**.**

sur l'interprétation littérale.

- Selon le dictionnaire juridique Cornu, le « délai » est le laps de temps fixé par la loi, le juge ou la convention **pour imposer d'agir** avant l'expiration de ce temps. La durée est le temps que cet effet dure. En utilisant la terminologie « *délais* » et non « *durée* » l'ordonnance vise la prolongation des délais aux termes desquels la formalité de la prolongation de la détention provisoire doit être effectuée.

Dans le même sens, il est également possible de faire valoir que le titre de détention en cours représente toujours le délai maximum de principe de la détention provisoire au terme duquel le prévenu doit en principe être remis en liberté (cf.rédaction des articles 145-1: « *en matière correctionnelle, la détention provisoire ne peut excéder quatre mois* (...) et art.145-2 : « *en matière criminelle, la personne mise en examen ne peut être maintenue en détention au delà d'un an* »).

Néanmoins, il convient de se demander si cette analyse ne mérite pas d'être relativisée au regard tant de la rédaction des articles 145-1 et 145-2 du code de procédure pénale que de la jurisprudence de la chambre criminelle.

En effet, l'article 145-1 du code de procédure pénale ne fait pas mention de délais mais uniquement de durée et ne parle pas de « *délais maximum* » mais de « *durée totale* » pour désigner le terme au delà duquel la détention provisoire ne peut plus être prolongée. La même observation peut être faite s'agissant de l'article 145-2 du code de procédure pénale qui, s'il mentionne qu'à l'expiration « *d'un délai* » d'un an, la détention provisoire peut être prolongée « *pour une durée* » qui ne peut être supérieure à six mois, prévoit en son alinéa 2, que les « *délais* » au-delà desquels la personne ne peut plus être maintenue en détention provisoire sont portés à trois ou quatre ans, en fonction de la gravité de l'infraction poursuivie.

Cette même hésitation sur le vocabulaire apparaît dans les arrêts de la chambre criminelle et de la Commission nationale de réparation des détentions qui désigne la période à l'issue de laquelle la détention provisoire ne peut plus être prolongée soit sous le terme de « délais maximum » (titrage de Crim., 27 septembre 2005, pourvoi n° 05-84.234, Bull. crim. 2005, n° 236 - Crim., 18 juin 1997, pourvoi n°97-82.008, Bull. crim. 1997, n° 244 - pourvoi n° 04CRD001, Bull. crim. 2004, n° 4, p. 10- 17 mars 2008, pourvoi n° 07CRD080, Commission nationale de réparation des détentions 2008, n° 1), soit sous le terme de « durée totale » de la détention provisoire (nombreuse jurisprudence sur l'article 145-3 du code de procédure pénale et Crim., 11 juillet 2017, pourvoi n° 17-82.426 - Crim., 24 juin 2015, pourvoi n° 15-82.152 -Crim., 1 octobre 2013, pourvoi n°13-84.885 et pourvoi n°13-84.897).

On relèvera encore que la période à l'issue de laquelle la détention provisoire doit faire l'objet d'une décision de prolongation ne constitue pas une délai de procédure au sens de l'article 801 du code de procédure pénale mais une durée de détention (Crim., 16 novembre 1982, pourvoi n° 82-93.353, Bull.crim n° 261).

Il est enfin possible de relever que l'article 16 de l'ordonnance ne fait référence qu'aux « délais (...) de détention provisoire » sans mentionner le report de l'échéance des mandats de dépôt.

sur l'interprétation mettant en cohérence les différents articles de l'ordonnance

La chambre de l'instruction a retenu que les articles 16 et 19 de l'ordonnance

poursuivent des finalités différentes et s'appliquent à des stades distincts de la procédure : l'article 16 prolonge de plein droit les titres de détention afin d'éviter les contacts physiques induits par des débats contradictoires dans une situation de pandémie ascendante et de ralentissement, voire d'arrêt momentané des actes d'instruction tandis que l'article 19 prévoit l'organisation d'un débat contradictoire, aux termes du titre de détention prolongé du délai supplémentaire prévu par l'article 16, selon une procédure simplifiée.

En ce sens, l'article 19 de l'ordonnance peut être analysé comme une disposition prévisionnelle compte tenu de l'impossibilité d'apprécier la durée effective de l'état d'urgence sanitaire

A l'inverse, il peut être soutenu que l'ordonnance aménage le contentieux de la prolongation de la détention provisoire pour l'adapter aux circonstances exceptionnelles actuelles, afin d'en assurer le maintien (dérogation aux règles de publicité des débats, rallongement d'un mois des délais impartis à la chambre de l'instruction pour statuer en matière de détention provisoire, procédure écrite devant le juge des libertés et de la détention statuant sur la prolongation de la détention provisoire), ce qui ne serait pas cohérent avec une prolongation de plein droit et sans audience des titres de détention qui pourraient encore faire l'objet d'un renouvellement.

s*ur l'interprétation au regard de la loi d'habilitation*

Il paraît utile de se rapporter aux travaux parlementaires (pour une présentation exhaustive, cf.document joint en annxe).

En substance, il résulte de ceux-ci que :

- le projet de loi d'habilitation gouvernemental prévoyait l'adaptation, aux seules fins de limiter la propagation du virus covid-19 parmi les personnes y participant (...) des règles relatives au déroulement et à la durée des détentions provisoires (...) pour permettre ***l'allongement des délais d'audiencement***, pour une durée proportionnée à celle de droit commun et ne pouvant excéder trois mois ***en première instance*** et six mois ***en appel***, 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,*** lorsque les exigences de la santé publique rendent impossible l'intervention des magistrats compétents ;

- le rapport de la Commission des lois du Sénat présente ainsi le projet de loi: « La durée de la détention provisoire (...) 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*** (...) 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).

- lors des débats au Sénat, un amendement gouvernemental est voté dont l'objet de remplacer les mots : « *des délais d'audiencement* » par les mots « *des délais au cours de l'instruction et en matière d'audiencement* ». Selon l'exposé des motifs, la rédaction actuelle du texte « *semble ne permettre l'allongement des délais de détention provisoire que pour les personnes qui, après la clôture de l'instruction, sont déjà*

renvoyées devant la juridiction de jugement, alors ***qu'un tel allongement doit pouvoir également intervenir pour les détentions intervenant au cours de l'instruction.*** L'épidémie de covid-19 aura pour conséquence de ***rendre plus difficile*** non seulement l'audiencement des procès, mais également ***le déroulement même des instructions***. Il convient, dans ces deux hypothèses, ***d'éviter la remise en liberté de personnes placées en détention provisoire*** afin notamment de prévenir la commission d'infractions graves contre les personnes ou les biens ». Parallèlement, un second amendement substitue aux termes « *en première instance* » les termes « *en matière correctionnelle* » et rajoute après « *en appel* » les termes « *ou en matière criminelle* ».

- il est également voté, sur amendement du rapporteur de la Commission des lois, la suppression des mots « *lorsque les exigences de la santé publique rendent impossible l'intervention des magistrats compétents* » dont « *l'apport et la signification ne sont pas évidents* »

- le rapport de la Commission des lois de l'Assemblée nationale énonce : « En séance publique, le Sénat a adopté dix-neuf amendements présentés par le Gouvernement et bénéficiant d'un avis favorable du rapporteur sur les dispositions du titre III, afin (...) de permettre, pour trois mois ou six mois, ***l'allongement de la durée des détentions provisoires*** (...) afin de bénéficier ***d'un délai étendu pour les audiencements, mais aussi pour l'achèvement des instructions en cours*** ».

***

La chambre de l'instruction retient qu'au regard de l'intention du législateur de limiter les risques de contagion, prolonger les durées maximales de détention serait dépourvu d'intérêt dans l'immédiateté d'une crise sanitaire.

Il peut être également observé que ni les débats parlementaires, ni le texte d'habilitation ne prévoient que « *l'allongement des délais* » doit avoir lieu lorsque la durée totale de la détention provisoire a atteint son maximum (au sens où aucune prolongation n'est plus possible).

A l'inverse le mémoire soutient que le législateur a prévu deux « moyens » propres à limiter la propagation de l'épidémie : d'une part, l'allongement du délai maximum de détention provisoire, d'autre part le recours à la procédure écrite de prolongation.

En ce sens, il ne ressort pas explicitement des travaux précités qu'il ait été envisagé par le Parlement l'allongement sans débat contradictoire des « délais de détention »

Il peut être aussi soutenu, au regard des travaux parlementaires précités, que le législateur avait un double objectif :

- d'une part, allonger la durée maximum des détentions provisoires pour permettre le maintien en détention malgré le ralentissement de l'activité judiciaire en raison de l'épidémie ;

- d'autre part, permettre que les détentions provisoires fassent l'objet de prolongations au terme d'une procédure seulement écrite pour éviter la contagion.

C'est au vu de ces éléments que la chambre devra apprécier comment interpréter les notions de « délais maximum » de détention provisoire et de «prolongation de plein droit ».

2. Sur la 3^{ième} branche du moyen : l'annulation de l'ordonnance

Dans son mémoire, le demandeur a demandé à la chambre de l'instruction« *d'annuler* » l'article 16 de l'ordonnance, comme contraire aux objectifs à valeur constitutionnelle d'intelligibilité et de clarté de la loi ainsi qu'au droit à la sûreté et aux droits de la défense, garantis par la Convention européenne des droits de l'homme, la Constitution et l'article préliminaire du code de procédure pénale (mémoire p.18).

La chambre de l'instruction a énoncé que le juge pénal n'avait pas qualité pour annuler une disposition réglementaire et ne pouvait qu'en écarter l'application dans la procédure en cours.

Elle a, par la suite, rejeté l'exception d'illégalité de l'article 16 de l'ordonnance en relevant que « *les dispositions de l'article 16 ne portent atteinte ni au droit à la sûreté, ni aux droits de la défense et apparaissent proportionnées à l'impératif légitime de santé publique dès lors que le droit d'accès au juge et le contrôle des mesures privatives de liberté par le juge judiciaire sont préservés* ».

Le mémoire soutient qu'en se déclarant incompétente pour contrôler la légalité de l'ordonnance la chambre de l'instruction a violé l'article 111-5 du code pénal.

***

Au préalable, il convient de rappeler qu'en application de l'article 111-5 du code pénal, les juridictions pénales sont compétentes pour interpréter les actes administratifs, réglementaires ou individuels et pour en apprécier la légalité, lorsque, de cet examen, dépend la solution du procès pénal qui leur est soumis (Crim., 3 mai 2017, pourvoi n° 16-86.155, Bull. crim. 2017, n° 134).

La chambre criminelle a précisé qu'il en était ainsi notamment lorsque de la régularité de ces actes dépend celle de la procédure (Crim., 13 décembre 2016, pourvoi n° 16-84.794, Bull. crim. 2016, n° 338).

Elle a ainsi examiné la régularité d'ordres de perquisitions administratives effectuées sur le fondement de la loi du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence. (Crim., 13 décembre 2016 précité) ou d'arrêtés d'assignation à résidence (Crim., 3 mai 2017, pourvoi n° 16-86.155, Bull. crim. 2017, n° 134).

Si l'article 111-5 du code pénal reconnaît ainsi au juge pénal le pouvoir de constater l'illégalité d'un acte administratif, il est de jurisprudence constante que sa décision n'a que l'autorité relative de chose jugée. Le juge pénal peut écarter l'acte illégal du procès en cours mais ne peut prononcer la nullité de l'acte administratif illégal (Crim., 7 novembre 19808, S., 1911, 1, 540).

C'est la raison pour laquelle la contestation de la légalité d'un acte administratif prend la forme d'une exception d'illégalité.

La chambre a déjà statué sur des exceptions d'illégalité soulevées à l'encontre d'ordonnances non ratifiées et donc de valeur réglementaire en matière d'urbanisme (Crim., 19 octobre 2004, pourvoi n° 04-82.485, Bull. crim. 2004, n° 247 - Crim., 13

janvier 2015, pourvoi n° 13-88.183, Bull. crim. 2015, n° 17).

La chambre criminelle devra dire si cette branche du moyen ne repose pas sur une interprétation erronée de la motivation de la chambre de l'instruction qui, si elle s'est déclarée incompétente pour prononcer la nullité de l'ordonnance, a cependant contrôler sa légalité dans le cadre d'une exception d'illégalité.

3. Sur la 4ième branche du moyen : les limites de l'habilitation législative

Cette branche du moyen soutient que l'article 16 de l'ordonnance du 25 mars 2020 excède les limites de la loi d'habilitation en prévoyant la prolongation « de plein droit », c'est-à-dire sans contrôle judiciaire, des titres de détention en cours.

Le Conseil d'Etat juge en effet que la disposition d'une ordonnance prise en dépassement de l'habilitation donnée par le législateur est nulle (CE, 13 juillet 2006, n° 286711).

1. Observations méthodologiques

1.1 : Le Conseil constitutionnel énonce de façon constante que « *si l'article 38 de la Constitution fait obligation au Gouvernement d'indiquer avec précision au Parlement, afin de justifier la demande qu'il présente, la finalité des mesures qu'il se propose de prendre par voie d'ordonnances ainsi que leur domaine d'intervention, il n'impose pas au Gouvernement de faire connaître au Parlement la teneur des ordonnances qu'il prendra en vertu de cette habilitation* »(DC n° 99-421 DC du 16 décembre 1999).

Dès lors, pour vérifier qu'une loi d'habilitation respecte l'article 38 de la Constitution, le Conseil constitutionnel ne s'en tient pas à ses termes, mais s'assure que l'exposé des motifs et les travaux préparatoires permettent d'en connaître la finalité et le domaine d'intervention (cf.notamment, parmi de nombreux exemples, décision n° 2016-739 DC du 17 novembre 2016).

Dans une décision récente (décision n° 2016-745 DC du 26 janvier 2017), le Conseil constitutionnel a été amené à préciser les conditions de l'habilitation conférée au Gouvernement par le législateur au regard de la précision des finalités des mesures susceptibles d'être prises par voie d'ordonnance.

En l'espèce, l'article critiqué visait à habiliter le Gouvernement, sur le fondement de l'article 38 de la Constitution, à prendre par ordonnance les mesures nécessaires pour remplacer le régime de déclaration, auprès de l'administration, d'ouverture des établissements privés d'enseignement, par un régime d'autorisation préalable.

Après avoir rappelé les exigences précitées auxquelles doit répondre une habilitation prise sur le fondement de l'article 38 de la Constitution, le Conseil constitutionnel a observé que le législateur avait défini avec suffisamment de précision le domaine d'intervention des mesures susceptibles d'être prises par ordonnance, dès lors qu'il avait indiqué qu'il s'agissait de remplacer un régime déclaratif par un régime d'autorisation d'ouverture des établissements privés d'enseignement. En revanche, il a estimé qu'«*eu égard à l'atteinte susceptible d'être portée à la liberté de l'enseignement par la mise en place d'un régime d'autorisation administrative, en confiant au Gouvernement, sans autre indication, le soin de préciser " les motifs pour lesquels les autorités compétentes peuvent refuser d'autoriser l'ouverture" de tels établissements, le législateur a insuffisamment précisé les finalités des mesures*

susceptibles d'être prises par voie d'ordonnance »;

Le commentaire de cette décision précise sa portée en ces termes :

> « *l'habilitation conférée ne permettait pas de connaître les lignes directrices des mesures susceptibles d'être prises par ordonnance. Or, si le Gouvernement peut demander à agir par ordonnance et si le législateur peut lui accorder son habilitation, cet accord doit être « éclairé », notamment lorsqu'une liberté constitutionnelle comme la liberté de l'enseignement est en jeu. Alors que la liberté d'enseignement était en jeu, l'habilitation rendait ainsi pratiquement impossible au Conseil constitutionnel de s'assurer que les mesures envisagées, par elles-mêmes ou par les conséquences qui en découlent nécessairement, étaient conformes à la Constitution. La décision commentée, qui constitue la première censure du Conseil constitutionnel pour un défaut de précision des finalités de l'habilitation prise sur le fondement de l'article 38 de la Constitution, ne remet toutefois pas en cause la jurisprudence bien établie et récemment réaffirmée par le Conseil selon laquelle il n'incombe pas au Gouvernement de faire connaître au Parlement la teneur des ordonnances qu'il prendra en vertu de cette habilitation* ».

1.2 : Pour apprécier la conformité d'une ordonnance à la loi d'habilitation, le juge administratif adopte la même démarche que le Conseil constitutionnel en prenant en compte les travaux préparatoires de cette loi.

Ainsi, il a jugé que l'ordonnance qui prévoyait un régime des prestations sociales à Mayotte très différent de celui de la métropole n'outrepassait pas l'habilitation qui ne permettait que des différences justifiées par la situation particulière de cette collectivité dès lors que « *eu égard aux différences qui existent entre cette collectivité et la métropole tant du point de vue de la situation économique que de la démographie et du statut civil qui s'applique à la plupart des personnes qui y résident et à l'objectif de maîtrise de la natalité nécessaire au développement de cette collectivité, les dispositions précitées ont pu prévoir l'attribution de prestations familiales dès le premier enfant et limiter à trois le nombre d'enfants ouvrant droit à ces prestations ».*

Le commissaire du gouvernement relevait que si la rédaction de la loi d'habilitation pouvait sembler assez restrictive, les travaux préparatoires de celle-ci montraient très clairement l'intention du Gouvernement d'augmenter progressivement le niveau des allocations tout en les plafonnant à trois enfants, intention qui à aucun moment lors des débats n'avait été contestée (CE, requête n°246590 - Mme Kamardine - 30 juin 2003).

1.3 : La chambre criminelle ne s'est prononcée qu'à une reprise sur le grief pris du dépassement par une ordonnance du champ de l'habilitation législative. En l'espèce, les demandeurs soulevaient une exception d'illégalité tenant au fait que la définition d'une infraction n'avait pas été prévue par la loi d'habilitation. L'infraction incriminait le fait de « *de s'introduire ou tenter de s'introduire sans autorisation dans une zone d'accès restreint* ». Or, il était constant que la loi d'habilitation n'avait pas expressément habilité le gouvernement à édicter une nouvelle infraction. Le rapporteur du pourvoi relevait qu'une telle autorisation ne figurait pas non plus dans les travaux parlementaires. La chambre a néanmoins approuvé la cour d'appel d'avoir rejeté l'exception d'illégalité en retenant que :

> « *le Gouvernement a été habilité, par l'article 31 de ladite loi, à prendre par ordonnance, en matière de police des ports maritimes, les mesures nécessaires pour définir les missions de sécurité et de sûreté relevant de l'Etat, notamment dans les ports qui accueillent des matières dangereuses ; que les juges du*

second degré ajoutent que le délit prévu par l'article L. 321-8 du code des ports maritimes a pour objet de permettre à l'Etat d'assurer les missions que la loi d'habilitation a entendu lui confier, notamment, lorsque, comme en l'espèce, des matières dangereuses sont accueillies dans un port maritime ; qu'ils en déduisent qu'en créant cette incrimination le Gouvernement n'a pas excédé les limites de l'habilitation qui lui a été conférée » (Crim., 17 novembre 2009, pourvoi n° 09-81.531).

Il en résulte qu'il ne peut être déduit du seul fait que la mesure critiquée ne résulte ni des termes de la loi d'habilitation, ni qu'elle ait été expressément évoquée lors de travaux parlementaires, qu'elle excède les limites de l'habilitation législative.

2. En l'espèce

2.1 : L'article 11 de la loi d'habilitation :

- définit ainsi la finalité des mesures « *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 (...) aux seules fins de limiter la propagation de l'épidémie parmi les personnes participant à ces procédures* ».

- précise leur domaine d'intervention : « *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 (...) 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* ».

Il est exact que la loi d'habilitation ne prévoit pas de « prolongations » de plein droit. On ne trouve pas non plus, dans les travaux parlementaires, une référence expresse à une telle prolongation « de plein droit », sauf à considérer qu'elle est implicitement incluse dans « l'allongement des délais ».

Mais pour autant l'article 11 de la loi d'habilitation ne l'exclut pas formellement.

2.2 : Le mémoire fait valoir que :

- la portée de l'habilitation ne peut être interprétée que par référence à l'expression « *aux seules fins* » ; or, pour limiter la propagation de l'épidémie, il n'est pas nécessaire qu'un juge ne statue pas sur la nécessité de la prolongation de la détention provisoire;

- si la loi prévoit deux moyens pour limiter la propagation de l'épidémie (l'allongement du délai maximum de détention provisoire, le recours à la procédure écrite), elle n'a jamais exclu une intervention du juge ;

- ce dépassement de l'habilitation législative serait contraire à la Constitution.

2.3 : Au vu de ces observations, la chambre appréciera si l'article 16 de l'ordonnance, à supposer qu'il s'interprète comme prolongeant de plein droit, sans décision judiciaire, la détention provisoire, a excédé les limites de l'habilitation législative.

A cet égard, la chambre pourra notamment se demander :

- si une telle prolongation de plein droit de la détention provisoire relève des termes des travaux préparatoires ;

- quelle est la nature, au regard de l'article 38 de la Constitution, d'une mesure prolongeant de plein droit la détention provisoire ? S'agit-il d'une mesure qui relève de la seule « teneur » de l'ordonnance, qui n'incombe pas au Gouvernement de faire connaître au Parlement ou constitue-t-elle une « finalité » que le législateur doit définir avec une précision suffisante, dès lors qu'est en jeu la liberté individuelle. Dans ce dernier cas, ne convient-il pas d'en déduire qu'au regard des exigences conventionnelles, la loi d'habilitation n'a pas pu habiliter le Gouvernement à prendre une telle mesure ?

4. Sur la 5ième branche du moyen : la constitutionnalité de l'article 16 de l'ordonnance

Si la chambre juge que l'article 16 prévoit une prolongation de plein droit des titres de détention, elle devra examiner cette branche du moyen.

Le Conseil constitutionnel juge de façon constante 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, du respect des règles et principes de valeur constitutionnelle (Décision n° 86-208 DC du 2 juillet 1986).

1. Avant d'examiner au fond cette branche du moyen, la chambre devra se demander si elle est recevable au regard de la théorie de la loi-écran.

Selon cette théorie, le contrôle opéré par le juge sur la conformité d'un acte administratif à la Constitution ne doit pas le conduire à porter une appréciation sur la constitutionnalité de la loi sur le fondement de laquelle cet acte a été pris (cf.sur cette question : Répertoire du contentieux administratif, Dalloz, M.Verpeaux - Contrôle de constitutionnalité des actes administratifs n°111 et suivants)

Dans l'arrêt d'Assemblée Sueur (CE, 29 octobre 2004, n°269814), faisant application de cette théorie, le Conseil d'Etat a jugé qu'il n'appartenait pas au juge administratif, à travers le contrôle qu'il pouvait opérer sur l'ordonnance, de se prononcer sur la constitutionnalité de la loi d'habilitation.

> *Considérant que, si les requérants soutiennent que l'institution de contrats globaux tels que les contrats de partenariat méconnaîtrait, par elle-même, les exigences constitutionnelles relatives à l'égalité devant la commande publique et au bon usage des deniers publics, de tels moyens ne peuvent utilement être invoqués à l'encontre de l'ordonnance attaquée, dès lors que le principe de la création de contrats ayant pour objet "la conception, la réalisation, la transformation, l'exploitation et le financement d'équipements publics, ou la gestion et le financement de services, ou une combinaison de ces différentes missions" résulte des termes mêmes de l'article 6 de la loi du 2 juillet 2003 habilitant le Gouvernement à simplifier le droit, sur le fondement de laquelle a été prise l'ordonnance attaquée et dont il n'appartient pas au Conseil d'Etat, statuant au contentieux, d'apprécier la conformité à la Constitution* ;

La portée de cette théorie doit être précisée. Il résulte de la jurisprudence administrative que :

- d'une part, cette théorie ne s'applique que dans les hypothèses où l'acte contesté « *résulte directement des prescriptions législatives* » (CE, Assemblée, 26 juin 1992, Monnier-Besombes, req. n°133901[11]) ou « *découle nécessairement de la loi* » (CE, 10 février 1997, Nguyen Duc Quang et autres req. n°105329 et suivants[12]). En revanche, si l'acte réglementaire est critiqué pour la manière dont il a fait usage de la marge d'appréciation que lui a laissée le législateur, le juge peut examiner la conformité de l'acte en cause avec la Constitution (CE, 12 juillet 2013, Fédération nationale de la pêche en France, n°344522).

- d'autre part, dans le prolongement de cette jurisprudence, l'application de la théorie de la loi écran est également écartée lorsque l'acte administratif contesté a été pris sur le fondement d'une loi d'habilitation qui ne contient en elle-même aucune règle de fond (CE 19 novembre 1986, req. n°41852, Sté Smanor- CE 17 mai 1991, req.n°100436, Quintin[13]). Dans cette hypothèse, l'écran « *devient transparent*». À partir du moment où le contenu de la loi qui se place entre l'acte administratif à contrôler et les normes constitutionnelles a un contenu essentiellement programmatique, le juge peut opérer un contrôle de constitutionnalité de l'acte administratif sans pour autant faire un contrôle indirect de la loi, contrôle qui n'entre pas dans ses compétences (CE, 3 octobre 2008, commune d'Annecy, req. n°297931[14]).

Dans ses conclusions, le commissaire du gouvernement M. Aguila exposait

> « *Il faut ramener la théorie de la loi-écran à sa juste mesure. Elle signifie certainement que le juge administratif ne peut pas contrôler la loi au regard de la Constitution. Elle a donc vocation à s'appliquer à l'hypothèse où un vice d'inconstitutionnalité invoqué par le requérant trouve donc sa source dans la loi, soit de manière directe, lorsque le requérant soulève expressément une exception d'inconstitutionnalité contre la loi, soit de manière indirecte lorsque, en substance, la disposition critiquée du décret reprend en réalité une disposition législative. Le juge administratif s'estime alors incompétent et écarte le moyen comme irrecevable. En revanche, lorsqu'il s'agit d'un vice propre du décret, rien n'interdit au juge de l'examiner au regard de la Constitution. Et ce, qu'il existe ou non une loi. La seule existence d'une loi ne fait pas et n'a jamais fait obstacle au contrôle de constitutionnalité des décrets. En cas de vice propre du décret, la loi devient alors un « écran transparent ».*

---

12 *« les dispositions du décret du 22 décembre 1958 concernant le mode de composition et de fonctionnement de la commission d'avancement des magistrats découlent nécessairement des articles 34, 35 et 35-I de l'ordonnance du 22 décembre 1958, dont il n'appartient pas au Conseil d'Etat statuant au contentieux d'apprécier la constitutionnalité »*

13 *Cf. C**o**nclusions du commissaire du gouvernement de R.Abraham dans l'arrêt Quintin qui expose que cette notion d'écran transparent s'applique à une loi qui tout en renvoyant à l'autorité réglementaire le soin de définir certaines règles, ne contient en elle-même aucun règle de fond de nature à faire obstacle à ce que soient critiquées les dispositions réglementaires adoptées au regard des règles de fond de niveau constitutionnelles.*

14 *« Considérant (...) que la conformité au principe énoncé par l'article 3 de la Charte de l'environnement de dispositions législatives définissant le cadre de la prévention ou de la limitation des conséquences d'une atteinte à l'environnement, ou de l'absence de telles dispositions, ne peut être contestée devant le juge administratif en dehors de la procédure prévue à l'article 61 1 de la Constitution ; qu'en revanche, il appartient à celui-ci, au vu de l'argumentation dont il est saisi, de vérifier si les mesures prises pour l'application de la loi, dans la mesure où elles ne se bornent pas à en tirer les conséquences nécessaires, n'ont pas elles-mêmes méconnu ce principe »*

Dans le sens de la jurisprudence précitée, la chambre criminelle a jugé qu'en application de l'article 111-5 du code pénal, les juridictions pénales sont compétentes pour examiner la constitutionnalité d'un décret pris en application d'une loi lorsque celle-ci ne fait que renvoyer au pouvoir réglementaire le soin de définir certaines règles et ne contient en elle-même aucune règle de fond. En conséquence, encourt la censure la cour d'appel qui, pour rejeter l'exception d'inconstitutionnalité du décret n° 93-999 du 9 août 1993 relatif aux préparations à base de foie gras, retient qu'elle n'est pas compétente pour en apprécier la constitutionnalité, alors que si ce décret a été pris en application de l'article L. 214-1 du code de la consommation, alors en vigueur, ce dernier texte, qui renvoyait au pouvoir réglementaire le soin de définir les règles tenant notamment à la composition et à la dénomination des marchandises de toute nature, ne contenait en lui-même aucune règle de fond de nature à faire obstacle à ce que la conformité du décret à des normes constitutionnelles soit examinée par la juridiction correctionnelle (Crim., 29 janvier 2019, pourvoi n° 17-84.366, Bull. crim. 2019, n° 27).

La chambre devra dès lors apprécier si, à le supposer établi, le grief pris de l'inconstitutionnalité de l'article 16 de l'ordonnance en ce qu'il prévoit une prolongation de plein droit des titres de détention trouve sa source dans la loi d'habilitation ou dans l'ordonnance elle-même.

Elle pourra pour cela se référer aux travaux parlementaires de la loi d'habilitation.

Si la chambre estime que la prolongation de plein droit est un « vice propre » à l'ordonnance, elle devra rechercher si cette mesure est contraire aux articles 16 et 66 de la Constitution.

2. Sur la constitutionnalité de la prolongation de plein droit des titres de détention, il est possible de faire les observations suivantes.

1. L'article 66 de la Constitution dispose :

> «*Nul ne peut être arbitrairement détenu.*
> *L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi ».*

Le Conseil constitutionnel déduit de l'article précité que toute privation de liberté doit être placée sous le contrôle de l'autorité judiciaire. Il reconnaît cependant une certaine latitude au législateur en lui permettant, dans l'exercice de sa compétence, d'une part, de fixer des modalités d'intervention de l'autorité judiciaire différentes selon la nature et la portée des mesures affectant la liberté individuelle qu'il entend édicter, d'autre part, d'adopter des dispositions nouvelles dont il lui appartient d'apprécier l'opportunité et de modifier des textes antérieurs dès lors que, dans l'exercice de ce pouvoir, il ne prive pas de garanties légales des exigences constitutionnelles (Décision n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010).

En cette matière, le Conseil constitutionnel exerce un contrôle approfondi en opérant « un triple contrôle de proportionnalité » : les atteintes portées à la liberté individuelle doivent être :

- **adaptées**, c'est-à-dire appropriées ou adaptées au but recherché par le législateur ;
- **nécessaires,** ce qui signifie qu'elles ne doivent pas excéder ce qu'exige la réalisation du but poursuivi et que cet objectif ne pourrait être atteint par d'autres moyens moins attentatoires à la liberté ;

- **proportionnées aux objectifs poursuivis :** la mesure attentatoire à la liberté individuelle ne doit pas, par les charges qu'elle crée, être hors de proportion avec le résultat recherché (décision n°2008-562 DC du 21 février 2008, Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, cons. 13, pour une application de ces trois principes).

Il résulte de la jurisprudence du Conseil constitutionnel que la mesure de privation de liberté doit être ordonnée par l'autorité judiciaire « dans un bref délai » et exécutée sous son contrôle.

S'agissant du moment où doit être ordonnée la privation de liberté, le Conseil constitutionnel n'exige pas que l'autorité judiciaire soit saisie préalablement à toute mesure de privation de liberté. Mais elle pose le principe que la liberté individuelle ne peut être tenue pour sauvegardée que si le juge intervient dans le plus court délai possible, délai que le Conseil module en fonction de la nature de la mesure affectant la liberté individuelle (ainsi le délai de quarante-huit heures imposé en matière de rétention administrative ou de garde à vue diffère de celui de 15 jours imposé à l'hospitalisation sans consentement).

Il importe d'observer que le Conseil constitutionnel semble imposer une intervention systématique de l'autorité judiciaire, à laquelle ne peuvent se substituer ni l'obligation faite à l'autorité judiciaire de visiter périodiquement l'établissement où est détenue la personne concernée (en l'espèce un établissement accueillant des personnes soignées pour des troubles mentaux), ni les recours juridictionnels dont disposent les personnes détenues pour faire annuler la mesure (décision précitée n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010).

Une fois ce premier contrôle judiciaire réalisé, le Conseil constitutionnel considère que l'autorité judiciaire doit conserver la possibilité d'interrompre à tout moment la prolongation de la mesure attentatoire à la liberté individuelle de sa propre initiative ou à la demande de la personne retenue, lorsque les circonstances de droit ou de fait le justifient (cf. mesure de rétention judiciaire Décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008 Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental- rétention d'un étranger : Décision n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003).

En outre,« *lorsqu'un magistrat du siège a, dans la plénitude des pouvoirs que lui confère l'article 66 de la Constitution en tant que gardien de la liberté individuelle, décidé par une décision juridictionnelle qu'une personne doit être mise en liberté, il ne peut être fait obstacle à cette décision, fût-ce dans l'attente, le cas échéant, de celle du juge d'appel » (*décision n° 96-377 DC du 16 juillet 1996 sur le référé-détention. Loi tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'un mission de service public).

2. Saisi de dispositions qui organisent l'examen, par le juge, d'une demande tendant à mettre fin à une mesure de privation de liberté, le Conseil constitutionnel lie étroitement les droits de la défense, garantis par l'exercice 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, et la liberté individuelle.

Le Conseil constitutionnel a ainsi affirmé que si le principe de présomption d'innocence, proclamé par l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789, ne fait pas obstacle à ce que l'autorité judiciaire soumette à des mesures restrictives ou privatives de liberté, avant toute déclaration de culpabilité, une personne à l'encontre de laquelle

existent des indices suffisants quant à sa participation à la commission d'un délit ou d'un crime, c'est toutefois à la condition que ces mesures soient prononcées selon une procédure respectueuse des droits de la défense et apparaissent nécessaires à la manifestation de la vérité, au maintien de ladite personne à la disposition de la justice, à sa protection, à la protection des tiers ou à la sauvegarde de l'ordre public (décision n° 2002-461 DC du 29 août 2002).

En outre, selon le Conseil constitutionnel, en matière de détention provisoire, il convient de préserver la garantie qui s'attache à la présentation physique de l'intéressé devant le magistrat ou la juridiction compétente.

Le Conseil constitutionnel a ainsi jugé que si le risque que la multiplication des demandes de mise en liberté pouvait faire peser sur la bonne administration de la justice, objectif à valeur constitutionnelle, justifiait que le législateur organisât une procédure écrite pour l'examen de ces demandes en première instance, l'existence de débats contradictoires devant le juge des libertés et de la détention pour le placement et le renouvellement de la détention provisoire permettait seule d'assurer une conciliation non disproportionnée entre cet objectif et les exigences de l'article 16 de la Déclaration de 1789 (Décision n° 2010-62 QPC – 17 décembre 2010).

Dans une décision du 21 mars 2019, il a réaffirmé son attachement à une présentation physique devant le juge des libertés et de la détention de la personne détenue lors de la prolongation de sa détention, en jugeant que la suppression de l'obligation de l'accord de l'intéressé pour le recours à des moyens de télécommunication audiovisuelle s'agissant des débats relatifs à la prolongation d'une mesure de détention provisoire (...) eu égard à l'importance de cette garantie et en l'état des conditions dans lesquelles s'exerce un tel recours à ces moyens de télécommunication, portait une atteinte excessive aux droits de la défense (décision n° 2019-778 DC du 21 mars 2019 précitée, paragr. 233 et 234)..

Selon son commentaire, trois enseignements doivent être tirés de cette décision :

> « *En premier lieu, la censure est prononcée sur le fondement des droits de la défense : c'est donc la capacité de la partie ou de son avocat à plaider sa cause et faire valoir ses arguments en défense qui est atteinte par le recours forcé à la visio-conférence en matière de détention provisoire. En deuxième lieu, la censure est acquise en considération de l'importance qui s'attache à la présentation physique de l'intéressé lors d'une décision relative à la détention provisoire, laquelle concerne, par principe, une personne non encore jugée définitivement et donc présumée innocente (...). Par ailleurs, en reconnaissant comme une garantie des droits de la défense la présentation physique du détenu au juge, le Conseil constitutionnel se montre sensible au fait qu'une telle présentation permet au juge d'apprécier plus directement les conséquences de la détention sur l'intéressé et à celui-ci de formuler plus librement ses arguments (...) ».*

Enfin, dans une troisième décision du 20 septembre 2019, saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité sur le recours à la visioconférence, contre l'avis de l'intéressé, en matière de demande de mise en liberté formée devant la chambre de l'instruction pendant la détention provisoire, le Conseil constitutionnel, après avoir relevé qu'en matière criminelle, la première prolongation de la détention provisoire peut n'intervenir qu'à l'issue d'une durée d'une année, de sorte qu'il était possible qu'une personne détenue soit privée pendant une année entière de la possibilité de comparaître physiquement devant le juge appelé à statuer sur la détention provisoire, a énoncé qu'« *eu égard à l'importance de la garantie qui s'attache à la présentation physique de l'intéressé devant la juridiction compétente pour connaître de la détention*

provisoire et en l'état des conditions dans lesquelles s'exerce le recours à ces moyens de télécommunication, les dispositions contestées [de l'article 706- 71 du code de procédure pénale] portent une atteinte excessive aux droits de la défense ».

Le commentaire précise ainsi le sens de cette décision :

> *« La motivation retenue par le Conseil constitutionnel montre que si la garantie d'une comparution physique régulière, dans des délais rapprochés, de la personne détenue est susceptible de compenser le fait qu'on puisse lui imposer, dans l'intervalle, le recours à la visioconférence pour ses demandes de mise en liberté, l'équilibre établi par le législateur entre les différentes exigences constitutionnelles est rompu lorsque ces délais sont trop longs, comme, en l'espèce, lorsque leur durée est d'un an ».*

3. La question se pose de l'adaptation des exigences constitutionnelles précitées en régime d'état d'urgence.

Précisons néanmoins immédiatement que l'état d'urgence sanitaire actuel se distingue nettement par ses finalités, « *faire face aux conséquences de la propagation de l'épidémie de covid-19* » des régimes d'états d'urgence précédemment déclarés en France sur le fondement des lois du 3 avril 1955[15] et du 20 novembre 2015 (suite aux attentats terroristes) sur lesquels le Conseil constitutionnel a été amené à statuer.

Dans sa décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985, à propos de l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie, le Conseil constitutionnel, sans examiner la constitutionnalité de la loi du 3 avril 1955, a écarté le moyen tiré de l'abrogation de la loi de 1955 par la Constitution de 1958 en jugeant que : « *en vertu de l'article 34 de la Constitution la loi fixe les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ; que, dans le cadre de cette mission, il appartient au législateur d'opérer la conciliation nécessaire entre le respect des libertés et la sauvegarde de l'ordre public sans lequel l'exercice des libertés publiques ne saurait être assuré* ».

Plusieurs décisions du Conseil constitutionnel illustrent cette conciliation nécessaire, dans le cadre de l'état d'urgence, entre différentes libertés et l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public.

Dans le commentaire de la décision n° 2017-635 QPC du 9 juin 2017 (Interdiction de séjour dans le cadre de l'état d'urgence), la démarche du Conseil constitutionnel est ainsi explicitée : le Conseil s'attache tout d'abord aux conditions de déclenchement de la mesure, puis aux exigences de stricte proportionnalité pesant sur elle, avant d'en examiner la durée prévisible.

Statuant sur les mesures d'assignation à résidence, qui ne constituent pas en principe des mesures attentatoires à la liberté individuelle mais à la liberté d'aller et venir, le Conseil constitutionnel a exigé le réexamen, au cas par cas, des mesures individuelles d'assignation à résidence prononcées lorsque l'état d'urgence est prolongé ainsi que

---

15 l'état d'urgence a été, sur le fondement de ces dispositions, appliqué à trois reprises entre 1955 et 1962 puis, toujours sans base constitutionnelle expresse, en Nouvelle-Calédonie en 1985 et, enfin, à la suite de violences urbaines constatées sur le territoire métropolitain, en 2005.

la prise d'une nouvelle décision par l'administration[16] (Décision n°2015-527 QPC du 22 décembre 2015).

Se prononçant à nouveau sur la durée de la mesure d'assignation à résidence, le Conseil constitutionnel a formulé une réserve d'interprétation sur les conditions de son renouvellement : *« au-delà de douze mois, une mesure d'assignation à résidence ne saurait, sans porter une atteinte excessive à la liberté d'aller et de venir, être renouvelée que sous réserve, d'une part, que le comportement de la personne en cause constitue une menace d'une particulière gravité pour la sécurité et l'ordre publics, d'autre part, que l'autorité administrative produise des éléments nouveaux ou complémentaires, et enfin que soient prises en compte dans l'examen de la situation de l'intéressé la durée totale de son placement sous assignation à résidence, les conditions de celle-ci et les obligations complémentaires dont cette mesure a été assortie »* (décision n° 2017-624 QPC du 16 mars 2017, paragr. 17).

Saisi de dispositions autorisant le décret déclarant l'état d'urgence à conférer aux autorités administratives, sans autre précision, le pouvoir d'ordonner des perquisitions à domicile de jour et de nuit, le Conseil constitutionnel les a censurées, au motif que « *en ne soumettant le recours aux perquisitions à aucune condition et en n'encadrant leur mise en oeuvre d'aucune garantie, le législateur n'a pas assuré une conciliation équilibrée entre l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et le droit au respect de la vie privée »* (décision n° 2016-567/568 QPC du 23 septembre 2016).

La chambre pourra s'interroger sur l'adaptabilité de la notion d'ordre public à la situation actuelle. L'objectif de limiter la pandémie entre-t-il dans l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public ? Le "cœur" de l'ordre public (au sens strict du terme) semble être le principe de la "sûreté" garantie par la Déclaration de 1789 : il n'est pas de liberté possible dans une société où les individus craignent pour la sécurité de leur personne (cf.Libertés et ordre public. Pierre Mazeaud. Cahiers du Conseil constitutionnel).

Dans sa décision n°2020-799 DC du 26 mars 2020 relative à la loi organique d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, le Conseil constitutionnel a visé « *les circonstances particulières de l'espèce »*[17].

4. Enfin, et s'agissant de l'objectif à valeur constitutionnelle qu'est la bonne administration de la justice, reconnu dans la décision n° 2006-545 DC du 28 décembre 2006, le Conseil constitutionnel juge qu'il appartient au législateur, compétent, en application de l'article 34 de la Constitution, pour fixer les règles concernant la procédure pénale, d'assurer la mise en oeuvre de cet objectif sans méconnaître les exigences constitutionnelles qui découlent de la garantie des droits protégée par l'article 16 de la Déclaration de 1789, ni la liberté individuelle.

Il résulte de la jurisprudence du Conseil, telle que résumée dans le commentaire de la décision n° 2018-704 QPC du 4 mai 2018, que lorsque le Conseil examine *« la*

---

[16] « *si le législateur prolonge l'état d'urgence par une nouvelle loi, les mesures d'assignation à résidence prises antérieurement ne peuvent être prolongées sans être renouvelées » (cons. 13).*

[17] *« 3. Compte tenu des circonstances particulières de l'espèce, il n'y a pas lieu de juger que cette loi organique a été adoptée en violation des règles de procédure prévues à l'article 46 de la Constitution ».*

conciliation entre l'objectif de bonne administration de la justice et les exigences constitutionnelles relatives aux droits processuels, le Conseil s'attache à la fois à l'existence de garanties de nature à assurer le respect de ces droits et aux difficultés pratiques, trouvant leur origine dans le dispositif législatif, susceptibles de gêner le bon fonctionnement de la justice (nature du procès d'assises, fréquence des demandes d'actes, réitération des mêmes moyens dans un contentieux répétitif, articulation des compétences entre les ordres de juridiction, difficulté de l'administration de la preuve) ».

L'analyse de cette branche fera l'objet de développements communs avec la 6ième branche du moyen.

Sur la 6ième branche du moyen : conventionnalité de l'article 16 de l'ordonnance

Toujours dans l'hypothèse où la chambre jugerait que l'article 16 de l'ordonnance prévoit une prolongation de plein droit des titres de détention, il lui appartiendra de dire si cette interprétation est contraire à l'article 5 de la Convention.

Au préalable, il convient de noter, qu'à ce jour, et contrairement à d'autres Etats également touchés par l'épidémie de covid-19, **la France n'a pas déclaré exercer le droit à dérogation** prévu à l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme. En l'absence d'une telle déclaration, la France n'est pas autorisée à prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues par ladite Convention[18].

1. L'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme dispose que :

> *1 : « Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivants et selon les voies légales :*
> *(...)*
> *c) s'il a été arrêté et détenu en vue d'être conduit devant l'autorité judiciaire compétente, lorsqu'il y a des raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis une infraction ou qu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir après l'accomplissement de celle-ci ;*
> *5.3 « Toute personne arrêtée ou détenue, dans les conditions prévues au paragraphe 1 c) du présent article doit être aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires et a le droit d'être jugée dans un délai raisonnable, ou libérée pendant la procédure. La mise en liberté peut être subordonnée à une garantie assurant la comparution de l'intéressé à l'audience »*
> *5.4 « 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. »*

L'article 5 garantit ainsi trois droits à la personne détenue provisoirement (5.1 c) :

- le droit d'être aussitôt traduit devant un magistrat (5.3)
- le droit à être jugé dans un délai raisonnable ou à être libéré pendant la procédure (5.3) ;
- le droit à ce qu'un tribunal statue à bref délai sur la légalité de la détention (5.4).

18

- CEDH.Chypre c. Turquie, rapport del a commisison du 4 octobre 1983, §66 à 68.
-« une boîte à outils pour les Etats membres » (SG/Inf(2020)11) du 7 avril 2020 du Conseil de l''Europe.
-http://www.leclubdesjuristes.com/blog-du-coronavirus/que-dit-le-droit/recours-article-15-Convention européenne des droits de l'homme/ « « Le recours à l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme ». Jean-Paul Costa.

La question de la conformité de l'article 16 de l'ordonnance à l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme peut être abordée sous deux angles : d'une part, le principe de la sécurité juridique, d'autre part, le contrôle effectif du juge sur la détention.

2. sur la sécurité juridique

La Cour européenne juge de façon constante que :

> « *Lorsqu'il s'agit d'une privation de liberté, il est particulièrement important de satisfaire au principe général de la sécurité juridique. Par conséquent, il est essentiel que les conditions de la privation de liberté en vertu du droit interne soient clairement définies et que la loi elle-même soit prévisible dans son application, de façon à remplir le critère de « légalité » fixé par la Convention. Ce critère exige que toute loi soit suffisamment précise pour permettre au citoyen – en s'entourant au besoin de conseils éclairés – de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé ».*

A ce titre, la Cour européenne censure les détentions dépourvues de base légale mais exige aussi, en cas de base légale, que celle-ci soit conforme aux exigences de qualité requises par la Convention, à savoir la précision, la prévisibilité et l'accessibilité, afin d'éviter tout risque d'arbitraire.

Les éléments à prendre en compte, lorsqu'est appréciée la « qualité de la loi » – parfois appelés « garanties contre l'arbitraire » – sont notamment l'existence de dispositions légales claires pour ordonner la détention, maintenir cette mesure et fixer la durée de celle-ci, ainsi que l'existence d'un recours effectif par lequel le requérant peut contester la « légalité » et la « durée » de sa détention[19]*.*

La Cour a jugé que des dispositions recevant de la part des autorités des interprétations contradictoires, qui s'excluent mutuellement, ne satisfont pas à l'exigence de « qualité de la loi » posée par la Convention (Nasroulloïev c. Russie, n°656/06, 11 octobre 2007).

> *§ 77. Having regard to the inconsistent and mutually exclusive positions of the domestic authorities on the issue of legal regulation of detention with a view to extradition, the Court finds that the deprivation of liberty to which the applicant was subjected was not circumscribed by adequate safeguards against arbitrariness. The provisions of the Russian law governing detention of persons with a view to extradition were neither precise nor foreseeable in their application and fell short of the "quality of law" standard required under the Convention. The national system failed to protect the applicant from arbitrary detention, and his detention cannot be considered "lawful" for the purposes of Article 5 of the Convention. In these circumstances, the Court does not need to consider separately whether the extradition proceedings were conducted with due diligence »*

Toutefois, la Cour européenne des droits de l'homme juge qu'il ne lui appartient pas, en l'absence de jurisprudence pertinente, de donner sa propre interprétation de la loi nationale, raison pour laquelle il lui arrive de se montrer réticente à conclure que les juridictions internes n'ont pas agi selon les voies légales (s'agissant de l'application des dispositions nationales en matière d'incrimination: Włoch c. Pologne, n° 27785/95, 17

19

CEDH,arrêt du 10 juin 2010,Garayev v. Azerbaijan, n°53688/08, § 99. CEDH,arrêt du 27 juillet 2010, Louled Massoud v. Malta, n°24340/08, § 71 -CEDH,arrêt du 19 mai 2016, JN c/ Royaume Uni n°37289/12 § 77.

janvier 2001 § 114-116 ; Winterwerp c. Pays-Bas, 24 octobre 1979, n°6301/73 § 48-50).

3. Sur le contrôle effectif du juge

L'article 5.3 impose aux juridictions internes un contrôle sur le maintien en détention provisoire d'une personne en vue de garantir sa libération lorsque les circonstances ne justifient plus sa privation de liberté. Le maintien quasi-automatique en détention est contraire aux garanties énoncées à l'article 5.3.

Une fois passé le stade du placement en détention provisoire, qui doit être ordonné « *par un tribunal, par un juge ou par toute autre personne habilitée à exercer des fonctions judiciaires* », ni l'article 5.1, ni l'article 5.3 exigent, du moins explicitement, un examen régulier de la nécessité de la détention provisoire par le juge, de sa propre initiative.

Dans l'arrêt Martirosyan c/Arménie (arrêt du 5 février 2013, n°23341/06), la Cour européenne a jugé que dans une législation où le tribunal saisi du jugement de la procédure n'a à se prononcer sur la détention de l'accusé durant le procès qu'au début de celui-ci, sans qu'une durée maximale de détention ne soit prévue, la possibilité offerte à l'accusé de saisir ce tribunal afin de demander de remplacer cette détention par un autre dispositif de contrôle, constitue un recours effectif au regard de l'article 5.3.

Dans l'arrêt Svipsta c.Lettonie (9 juin 2006, n°66820/01), la Cour européenne des droits de l'homme rappelle au titre des principes établis par sa jurisprudence constante quant à l'interprétation de l'article 5.1 c) de la Convention

> *« qu'une détention prolongée ne peut être reconnue « régulière », au sens de l'article 5 § 1 c) de la Convention, que si elle a été ordonnée par un tribunal, par un juge ou par toute autre personne « habilitée à exercer des fonctions judiciaires ». Même si cette exigence n'est pas explicitement inscrite dans le texte de l'article 5 § 1, elle peut se déduire de l'article 5 pris dans sa globalité, en particulier du libellé du paragraphe 1 c) et du paragraphe 3 lus conjointement. En outre, la garantie d'habeas corpus que contient l'article 5 § 4 vient également appuyer l'idée que la détention qui est prolongée au-delà de la période initiale envisagée au paragraphe 3 appelle toujours l'intervention d'un « tribunal » comme garantie contre l'arbitraire (Baranowski, 28 mars 2000 ; requête n°28358/95 § 57) »*.

Dans ce dernier arrêt cité Baranowski, la Cour a condamné la pratique interne consistant à maintenir une personne en détention en raison du dépôt d'un acte d'accusation du ministère public, en l'absence d'une disposition législative ou d'une jurisprudence spécifique. La législation nationale ne prévoyait en effet aucune règle précise pour régir la situation d'un détenu pendant la procédure judiciaire, après l'expiration de la période de détention fixée dans la dernière ordonnance de mise en détention rendue au stade de l'enquête. Mais la Cour ne s'est pas contentée de relever l'absence de titre légal. Elle a également énoncé :

> « *La Cour observe que la pratique interne consistant à maintenir une personne en détention en raison du dépôt d'un acte d'accusation ne se fondait sur aucune disposition législative ou jurisprudence spécifique mais, ainsi que la Commission l'a constaté et que les parties l'ont admis devant la Cour, provenait de ce que, à l'époque des faits, la législation pénale polonaise ne prévoyait aucune règle précise pour régir la situation d'un détenu pendant la procédure judiciaire, après l'expiration de la période de détention fixée dans la dernière ordonnance de mise en détention rendue au stade de l'enquête.*
>
> *55. Dans ce contexte, la Cour estime* ***tout*** *d'abord que, en raison de l'absence de toute*

disposition précise indiquant si – et, dans l'affirmative, à quelles conditions – la détention ordonnée pour une période limitée au stade de l'enquête pouvait être régulièrement prolongée au stade de la procédure judiciaire, la législation pénale polonaise pertinente ne satisfaisait pas au critère de « prévisibilité » d'une « loi » aux fins de l'article 5 § 1 de la Convention.

*56. **Deuxièmement**, la Cour estime que la pratique qui s'est développée pour répondre à cette lacune législative, **selon laquelle une personne est détenue pour une période indéterminée et imprévisible sans que la détention se fonde sur une disposition légale concrète ou sur une décision judiciaire**, est en soi contraire au principe de la sécurité juridique, qui est implicite dans la Convention et qui constitue l'un des éléments fondamentaux de l'Etat de droit.*

*57. A cet égard, la Cour souligne **également** qu'aux fins de l'article 5 § 1 de la Convention, la détention qui s'étend sur une période de plusieurs mois et qui n'a pas été ordonnée par un tribunal ou par un juge ou par toute autre personne « habilitée (...) à exercer des fonctions judiciaires » ne saurait être considérée comme « régulière » au sens de cette disposition. Si cette exigence n'est pas explicitement formulée à l'article 5 § 1, elle peut se déduire de l'article 5 pris dans sa globalité, en particulier du libellé du paragraphe 1 c) (« en vue d'être conduit devant l'autorité judiciaire compétente ») et du paragraphe 3 (« doit être aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires »). En outre, la garantie d'habeas corpus que contient l'article 5 § 4 vient également appuyer **l'idée que la détention qui est prolongée au-delà de la période initiale envisagée au paragraphe 3 appelle l'intervention d'un « tribunal » comme garantie contre l'arbitraire**. De l'avis de la Cour, la protection offerte par l'article 5 § 1 contre les privations de liberté arbitraires serait gravement compromise si une personne pouvait être détenue uniquement sur décision du procureur à la suite d'une simple comparution devant l'autorité judiciaire visée au paragraphe 3 de l'article 5 ».*

***

La chambre criminelle appréciera si la prolongation de plein droit des titres de détention est conforme aux exigences conventionnelles et constitutionnelles précitées, qui se recoupent très largement.

Elle pourra notamment s'interroger sur les quatre points suivants :

- Le titre de détention a une durée limitée impérative fixée par la loi. Le juge qui ordonne ou maintient la détention provisoire délivre ou proroge un titre de détention qui sera valable, sauf remise en liberté, jusqu'à son terme. La prolongation de plein droit d'un titre de détention a pour objet de conférer à ce titre, de par l'effet de la loi, une durée supérieure à celle qui était la sienne lorsque le juge a ordonné le placement ou le maintien en détention provisoire. Normalement, à l'expiration du titre, le détenu aurait dû être remis en liberté, sauf prolongation par le juge des libertés et de la détention.

  Dès lors, pour les détentions qui ont été ordonnées avant l'état d'urgence sanitaire et qui doivent être prolongées de plein droit durant cette période, doit-on en déduire que la prolongation automatique du titre de détention revient à permettre au pouvoir législatif de prolonger une détention provisoire, sans contrôle judiciaire, au-delà de la durée initialement prévue ? Ou, ne s'agit-il que d'une conséquence de de la durée légale des titres de détention, que le législateur peut modifier sans qu'il ne soit porté atteinte au pouvoir judiciaire, la personne détenue conservant par ailleurs le droit de demander sa mise en liberté à tout moment ?

- selon les exigences conventionnelles et constitutionnelles précitées, le juge

judiciaire doit avoir le contrôle effectif de la nécessité et de la durée raisonnable de toute mesure de détention provisoire ainsi que le pouvoir d'y mettre fin, à tout moment, lorsque les circonstances de droit ou de fait l'exigent. La prolongation automatique du titre de détention a pour conséquence, en matière criminelle, de priver le juge des libertés et de la détention, de son pouvoir d'apprécier la nécessité du maintien en détention provisoire, et ce durant une durée d'un an ou de 18 mois, sauf demande de mise en liberté formée par la personne détenue. Autrement dit, durant cette période, et avec la même réserve tenant à l'absence de toute demande de mise en liberté, le double regard, du juge d'instruction et du juge des libertés et de la détention, voulu par le législateur sur le maintien en détention, ne s'exerce plus (toujours en l'absence de demande de mise en liberté).

Dès lors, se pose la question de savoir si la prolongation de plein droit des titres de détention, qui conduit à repousser dans le temps le débat contradictoire sur la nécessité de la détention, notamment au regard de la durée raisonnable de celle-ci, est contraire à l'article 5.3 de la Convention alors même que les garanties liées à la possibilité de saisir à tout moment le juge des libertés et de la détention d'une demande de mise en liberté demeure ? Eu égard aux délais séparant deux échéances de renouvellement de la détention provisoire, peut-on considérer que l'autorité judiciaire conserve toute la responsabilité et le pouvoir de contrôle qui lui reviennent ?

L'article 18 de l'ordonnance prévoit que le délai du juge des libertés et de la détention pour statuer sur une demande de mise en liberté est porté à six jours ouvrés et le délai de la chambre de l'instruction pour statuer augmenté d'un mois. Dans ces conditions, est-ce que la possibilité pour la personne détenue de saisir le juge d'instruction d'une demande de mise en liberté permet d'assurer une conciliation qui n'est pas disproportionnée entre l'objectif poursuivi de lutter contre la propagation de l'épidémie, compte tenu « des circonstances », et les exigences qui résultent de l'article 66 de la Déclaration de 1789 ?

- La prolongation de plein droit des titres de détention s'applique à toutes les détentions provisoires en cours ou débutant durant l'état d'urgence sanitaire, y compris celles dont le titre de détention n'expirerait pas durant cette période. En outre, les effets de cette prolongation pourront demeurer au-delà de la cessation de l'état d'urgence sanitaire. L'article 16 de l'ordonnance ainsi interprété porte-t-il une atteinte à la liberté individuelle, nécessaire, adaptée et proportionnée au regard de la finalité de limiter la propagation de l'épidémie ?.

- En l'état de la législation, la personne détenue ne peut s'opposer à comparaître en visioconférence lors de l'examen de l'appel de sa demande de mise en liberté. Dès lors, l'atteinte à la garantie qui s'attache à la présentation physique régulière de l'intéressé devant son juge (juge des libertés et de la détention ou chambre de l'instruction), qui mécaniquement perdurera bien au delà de la cessation de l'état d'urgence est-elle nécessaire et proportionnée aux raisons ayant motivé l'article 16 de l'ordonnance dans les circonstances particulières ayant conduit à la déclaration de l'état d'urgence (limiter la propagation de l'épidémie parmi les personnes participant à la procédure et/ou adaptation de l'activité judiciaire au contexte épidémique induisant son ralentissement) ?

***

CONCLUSIONS

C'est au vu de l'ensemble de ces observations que la chambre criminelle appréciera, d'une part, quelle interprétation doit être donnée à l'article 16 de l'ordonnance du 25 mars 2020, d'autre part, quelles conséquences doivent être tirées de cette interprétation, soit, autrement dit, de «*veiller à l'après-jugement* [20]».

1. **La chambre devra se demander quelle méthodologie elle doit adopter pour interpréter l'article 16 de l'ordonnance du 25 mars 2020.** A cet égard, elle devra rechercher, si, en présence de termes équivoques, elle ne doit pas faire prévaloir ou, à tout le moins, accorder une place prépondérante à une interprétation finaliste, éclairée par les travaux préparatoires de la loi, le Gouvernement n'ayant agi que sur autorisation du Parlement, dans les limites énoncées par la loi d'habilitation. Ou, si elle doit aussi tenir compte, dans son raisonnement, de l'interprétation du ministère de la justice, rédacteur tant de l'ordonnance que de la circulaire prise pour son application.

2. **Si la chambre interprète l'article 16 de l'ordonnance dans le sens où il prévoit une prolongation, sans décision judiciaire, du titre de détention**, une fois au cours de la procédure, il lui appartiendra de dire si cette interprétation est conforme aux exigences conventionnelles et/ou constitutionnelles.

2.1 : *Si la chambre estime que tel est le cas*, elle devra s'interroger sur l'office de la chambre de l'instruction.

Doit-elle se borner à constater cette prolongation de plein droit de la détention provisoire et dire n'y avoir lieu à statuer sur la détention provisoire[21] ? Dès lors qu'elle est saisie, ne rentre-t-il pas, dans son office, de s'assurer que la détention provisoire est nécessaire au sens des articles 144 et suivants du code de procédure pénale et qu'elle n'excède pas une durée raisonnable (art.144-1 du code de procédure pénale)? Et n'a-t-elle pas l'obligation de répondre, le cas échéant, aux articulations essentielles du mémoire de la personne mise en examen sollicitant sa mise en liberté ?

On observera qu'en l'espèce, la chambre de l'instruction, saisie de l'appel de la personne mise en examen, s'est bornée à confirmer l'ordonnance du juge des libertés et de la détention ayant constaté la prolongation de plein droit de la détention provisoire alors que, dans son mémoire, M.X... sollicitait, à titre subsidiaire, sa mise en liberté sur le fondement de l'article 144 du code de procédure pénale.

2.2 : *A l'inverse, s'il apparaissait à la chambre criminelle qu'une telle interprétation n'était conforme aux exigences conventionnelles et/ ou constitutionnelles que sous réserve que l'autorité judiciaire contrôle la nécessité et la durée raisonnable de la détention provisoire sans attendre la prochaine prolongation*, se poserait la question de l'aménagement d'un recours effectif, à brève échéance, pour les personnes détenues dont les titres de détention auraient été prolongés de plein droit.

3. **Si la chambre privilégie l'interprétation de l'article 16 de l'ordonnance comme désignant sous le terme de « délais maximum » les « délais butoirs** », elle devra casser l'arrêt attaqué et se demander si cette cassation est avec ou sans renvoi.

---

[20] C. Landais et F. Lenica, Chronique de la décision AC !, AJDA, 2004, p. 1183.

[21] Cf:Crim., 7 février 2017, pourvoi n° 16-86.761, Bull.crim. 2017,n°36

A cet égard, il convient de rappeler que la chambre de l'instruction peut, sans méconnaître le principe du double degré de juridiction, ni l'effet dévolutif de l'appel, ordonner la prolongation de la détention provisoire lorsque le juge du premier degré, juge des libertés et de la détention ou juge d'instruction, a prononcé sur cette mesure, ce qui est le cas en l'espèce (Crim, 28 juin 2011, n°11-82.272, Bull. n°152 -Crim, 7 septembre 2016, n°16-84.031 Bull n°235 - a contrario lorsque le juge du premier degré n'a pas été saisi de la question de la prolongation de la détention provisoire Crim., 12 juillet 2016, pourvoi n° 16-82.699 ; 14-82.696 à 14-82.700, Bull. n°213- 28 juillet 2016, n°16-83.026, Bull. n° 221).

La chambre devra s'interroger sur la portée de sa décision.

3.1 : En premier lieu, elle pourra se demander s'il ne convient pas de moduler dans le temps les effets de celle-ci. S'agissant d'un texte de procédure, les objectifs reconnus par le Conseil constitutionnel, d'une bonne administration de la justice, de prévention des atteintes à l'ordre public et de la recherche des auteurs d'infractions pourraient commander que l'interprétation donnée à l'article 16 de l'ordonnance n'ait pas d'effet rétroactif, de sorte qu'elle ne s'appliquerait qu'aux décisions prononcées à compter de l'arrêt. La modulation des effets dans le temps de l'arrêt de la chambre pourrait être justifiée par l'incertitude objective existant quant à l'interprétation de l'article 16 de l'ordonnance et par les risques qu'engendrerait l'application de l'arrêt pour le passé, au regard des objectifs précités.

Le Conseil constitutionnel fait régulièrement usage de cette faculté, sur le fondement du deuxième alinéa de l'article 62 de la Constitution, y compris en matière de liberté individuelle (cf.notamment en matière de visioconférence devant la chambre de l'instruction : décision n° 2020-836 QPC du 30 avril 2020[22] 13 § - décision n° 2019-802 QPC du 20 septembre 2019- en matière d'hospitalisation d'office décision n° 2011-135/140 QPC du 9 juin 2011).

Cette démarche est également celle de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat qui, de façon prétorienne, et dans le souci de préserver la sécurité juridique, modulent les effets dans le temps de leur revirement de jurisprudence (ainsi s'agissant de la motivation des peines d'amende contraventionnelle : Crim., 30 mai 2018, pourvoi n° 16-85.777, Bull. crim. 2018, n° 106; de la motivation de la période de sûreté Crim., 10 avril 2019, pourvoi n° 18-83.709, Bull.crim. 2019, n°75).

Il en est de même de la Cour de justice de l'Union européenne qui s'est reconnue, de façon prétorienne, le pouvoir de limiter dans le temps les effets de ses arrêts rendus sur question préjudicielle. Selon la Cour de justice, la modulation des effets dans le temps des arrêts interprétatifs doit être justifiée à la fois par une véritable incertitude sur l'état du droit et par les risques de troubles graves qu'engendrerait l'application de l'arrêt pour le passé, ces risques s'appréciant notamment au regard du nombre élevé de rapports juridiques constitués de bonne foi sur la base de la réglementation considérée comme étant validement en vigueur (sur cette question : cf. Le juge du droit de l'Union et la modulation dans le temps - Hervé Cassagnabère. Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel n° 54 - dossier : La Constitution et le temps : janvier 2017).

22

« *la remise en cause des mesures ayant été prises sur le fondement des dispositions déclarées contraires à la Constitution méconnaîtrait les objectifs de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions et aurait ainsi des conséquences manifestement excessives. Par suite, ces mesures ne peuvent être contestées sur le fondement de cette inconstitutionnalité* »

Certes, dans le cas d'espèce, il ne s'agit pas de moduler dans le temps un revirement de jurisprudence mais l'interprétation d'un texte récent dont les juridictions ont donné des interprétations divergentes. Mais ne s'agit-il pas toujours du même office du juge de cassation, à savoir préciser la signification et la portée d'une règle, telle qu'elle aurait dû être comprise et appliquée depuis le moment de son entrée en vigueur.

3.2 : S'agissant néanmoins d'une question touchant à la liberté individuelle, la chambre pourra se demander si cette modulation dans le temps ne devrait pas s'accompagner de la création d'un recours juridictionnel en faveur des personnes détenues dont la détention provisoire aurait été prolongée de plein droit.

ANNEXE

Dispositions de l'article 11 (I, 2°d) de la loi n°2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 :

« 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, pouvant entrer en vigueur, si nécessaire, à compter du 12 mars 2020, relevant du domaine de la loi et, le cas échéant, à les étendre et à les adapter aux collectivités mentionnées à l'article 72-3 de la Constitution : (…)
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 des gardes à vue, pour permettre l'intervention à distance de l'avocat et la prolongation de ces mesures pour au plus la durée légalement prévue sans présentation de la personne devant le magistrat compétent, et 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; »

Travaux parlementaires de la loi n°2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19

Projet de loi d'habilitation

2° Afin de faire face aux conséquences, notamment de nature administrative ou juridictionnelle, de la propagation du virus covid-19, et des mesures prises pour limiter cette propagation, toute mesure :
d) Adaptant, aux seules fins de limiter la propagation du virus covid-19 parmi les personnes y participant, les règles relatives au déroulement des gardes à vue, pour permettre l'intervention à distance de l'avocat et la prolongation de ces mesures pour au

plus la durée légalement prévue sans présentation de la personne devant le magistrat compétent, et 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 d'audiencement, pour une durée proportionnée à celle de droit commun et ne pouvant excéder trois mois en première instance et six mois en appel, 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, lorsque les exigences de la santé publique rendent impossible l'intervention des magistrats compétents ;

Avis du Conseil d'État

1, Le Conseil d'Etat (commission permanente), a été saisi le 17 mars 2020 d'un projet de loi d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19. Ce projet a fait l'objet d'une saisine rectificative le même jour.
2. Motivé par la crise sanitaire majeure que connaît la France en raison du caractère pathogène et contagieux du virus Covid-19, il comprend trois titres :
- le titre I organise les modalités de report du deuxième tour des élections municipales qui devait se dérouler le dimanche 22 mars ;
- le titre II instaure un dispositif d'urgence sanitaire ;
- le titre III est relatif aux mesures d'urgence économique et d'adaptation à la lutte contre l'épidémie et comporte une série d'habilitations à légiférer dans des domaines variés (...).
Etat d'urgence sanitaire : Utilité d'un nouveau cadre juridique

15. Le Conseil d'Etat souscrit à l'objectif du Gouvernement visant à donner un cadre juridique spécifique aux mesures de police administrative nécessaires en cas de catastrophe sanitaire, notamment d'épidémie. En effet, si la théorie jurisprudentielle des circonstances exceptionnelles a pu fonder le décret n° 2020-260 du 16 mars 2020 portant réglementation des déplacements dans le cadre de la lutte contre la propagation du virus Covid-19 pris par le Premier ministre sur le fondement de ses pouvoirs de police générale et si l'article L. 3131-1 du code de la santé publique a donné leur base juridique aux mesures prises par le ministre de la santé, comme son arrêté du 14 mars 2020 portant diverses mesures relatives à la lutte contre la propagation du virus, l'existence d'une catastrophe sanitaire rend utile un régime particulier de l'état d'urgence pour disposer d'un cadre organisé et clair d'intervention en pareille hypothèse (...).

Mesures d'urgence économique et adaptation à la lutte contre l'épidémie de Covid-19

24. Le projet de loi habilite le Gouvernement à prendre, dans un délai de trois mois, une série d'ordonnances pour faire face à l'urgence sanitaire. Le Conseil d'Etat relève que l'urgence est au nombre des justifications que le Gouvernement peut invoquer pour recourir à l'article 38 de la Constitution (CC, n° 99-421 DC du 16 décembre 1999, cons. 13) (...).
Faire face aux conséquences de nature administrative ou juridictionnelle résultant de la crise sanitaire :
31. Le projet comporte une série de mesures destinées à traiter des conséquences administratives ou en matière de procédures juridictionnelles des mesures prises pour faire face à l'épidémie (...)
34. En troisième lieu, le projet autorise des adaptations procédurales en matière de compétence territoriale, de composition des formations de jugement, de délais de procédure et de jugement, de publicité et de tenue des audiences ou de recours à la visioconférence pour les juridictions autres que pénales. Le Conseil d'État propose de

retenir une rédaction permettant de préserver l'ensemble des participants aux instances et non seulement les justiciables et les membres des juridictions. Il rappelle que ces adaptations ne pourront porter atteinte à la substance même des différentes garanties constitutionnelles ou conventionnelles qui régissent la conduite du procès.
35. En quatrième lieu, s'il peut s'avérer nécessaire, au regard des exigences de la lutte contre le virus, de modifier les règles relatives au déroulement de la garde à vue, au déroulement et à la durée de détention provisoire et des assignations à résidence sous surveillance électronique, ce ne peut être qu'aux seules fins de mettre en oeuvre trois catégories d'adaptation : l'intervention à distance de l'avocat, le différé limité de la présentation devant les magistrats compétents en cas d'impossibilité de les faire intervenir au regard des exigences de la santé publique, et l'allongement des délais d'audiencement, que le Conseil d'État enserre dans des limites de durée à défaut desquelles les garanties fondamentales nécessaires ne pourraient être regardées comme suffisamment données (…)

Rapport commission des lois du Sénat Rapp. Sénat n° 381 (2019-2020), p. 32

Concernant les mesures privatives de liberté que sont la garde à vue, le placement en détention provisoire et l'assignation à résidence sous surveillance électronique (ARSE), le Gouvernement demande à être habilité à prendre des mesures d'adaptation pour freiner la propagation du virus en limitant les contacts entre les individus.
La rédaction de l'habilitation tient compte des observations formulées par le Conseil d'État dans son avis sur le projet de loi, tendant à en préciser la portée. Ces précisions paraissent bienvenues dans un domaine qui touche à la protection des libertés individuelles.
L'avocat pourrait intervenir à distance pendant la garde à vue, par téléphone par exemple, et la présentation du gardé à vue à un magistrat pour décider de sa prolongation deviendrait facultative dans tous les cas. 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).

Amendement gouvernemental n°77

« Remplacer les mots : des délais d'audiencement
par les mots :
des délais au cours de l'instruction et en matière d'audiencement

Objet :

« Le d) du 2° du I de l'article 7 habilite le Gouvernement à prendre par ordonnance les mesures adaptant les règles relatives à la durée des détentions provisoires et des assignations à résidence sous surveillance électronique, en précisant que cette adaptation aura pour objet de permettre l'allongement des délais « d'audiencement », pour des durées ne pouvant excéder trois mois ou six mois.
Cette rédaction semble ne permettre l'allongement de ces délais que pour les personnes qui, après la clôture de l'instruction, sont déjà renvoyées devant la juridiction de jugement,

alors qu'un tel allongement doit pouvoir également intervenir pour les détentions intervenant au cours de l'instruction.
En effet, l'épidémie de Covid 19 aura pour conséquence de rendre plus difficile non seulement l'audiencement des procès, mais également le déroulement même des instructions.
Il convient, dans ces deux hypothèses, d'éviter la remise en liberté de personnes placées en détention provisoire afin notamment de prévenir la commission d'infractions graves contre les personnes ou les biens.
Il est dès lors indispensable de supprimer cette ambigüité en précisant que l'allongement des délais concernera à la fois les délais au cours de l'instruction et ceux en matière d'audiencement.
Cet allongement sera en tout état de cause doublement limité par le texte de l'habilitation, puisqu'il ne pourra excéder trois mois ou six mois et qu'il devra également être proportionné à la durée de détention de droit commun ».

Débats sur l'amendement

« M. le président. L'amendement n° 77, présenté par le Gouvernement, est ainsi libellé: La parole est à Mme la ministre.
Mme Muriel Pénicaud, ministre. Par cet amendement, nous souhaitons préciser que l'habilitation prévue à l'article 7 du projet de loi concerne, à la fois, les délais d'audiencement et les délais au cours de l'instruction. De telles mesures d'ajustement s'imposent en matière judiciaire.
M. le président. Quel est l'avis de la commission ?
M. Philippe Bas, rapporteur. L'avis est favorable.
M. le président. La parole est à M. Jean-Yves Leconte, pour explication de vote.
M. Jean-Yves Leconte. Avec cet amendement et le précédent, nous quittons la partie consacrée au soutien direct aux entreprises, à la vie économique et sociale du pays, pour aborder des mesures d'organisation administrative dans un temps où, effectivement, on ne peut pas fonctionner comme d'habitude dans un certain nombre de domaines.
Il est vraiment indispensable de prendre conscience que l'on a passé ce cap. Auparavant, nous parlions de mesures de soutien à la vie économique et sociale ; maintenant, nous évoquons des mesures administratives, qui peuvent se comprendre dans un contexte exceptionnel, mais ne doivent pas perdurer au-delà.
Mme Muriel Pénicaud, ministre. Tout à fait !

M. Jean-Yves Leconte. Si j'évoque ce point à ce stade du débat, Madame la Ministre, c'est que vous êtes la ministre du travail et de l'emploi et qu'il aurait peut-être fallu que la ministre de la justice vienne elle-même nous éclairer sur l'ensemble des conséquences de ces mesures.
J'y insiste, nous les comprenons dans le contexte actuel, mais il faudra veiller – c'est le sens d'un de nos amendements ultérieurs – à ce que ce type de dispositions, profondément attentatoires aux droits et aux libertés, ne puissent perdurer au-delà d'un temps raisonnable. (…)
M. le président. La parole est à Mme Marie-Pierre de la Gontrie, pour explication de vote.
Mme Marie-Pierre de la Gontrie. Cet amendement est très important et, pour tout dire, très préoccupant.
Il était déjà prévu que l'on puisse aménager les délais d'audiencement – une fois l'instruction terminée, il faut prévoir la date à laquelle l'affaire sera portée devant une juridiction de jugement. Dans ce cas, la personne est en détention ou pas, mais on voit bien qu'il s'agit d'une question de calendrier.
Néanmoins, on prévoit un deuxième cas, celui des délais au cours de l'instruction, et là les circonstances sont tout autres. Il peut y avoir détention, et la formulation de l'ordonnance,

telle qu'elle est présentée ici, laisse à penser que l'on pourrait revoir les règles encadrant la durée de cette détention.
Or quelle est la situation aujourd'hui ? Personne ne parle de la propagation de l'épidémie en prison, alors qu'il le faudrait.
Les personnes en détention se retrouvent à quatre dans des cellules de 9 mètres carrés ; elles sont désormais interdites de promenade ; elles n'ont pas de masque. Dans quelques semaines ou, peut-être, dans quelques jours, nous allons donc voir l'épidémie exploser dans les prisons. Je pense que, sur cette question, comme, de manière générale, sur celle des prisons, nous devons ouvrir les yeux.
Cet amendement, qui tend à autoriser la mise en place de règles dérogatoires s'agissant de la durée des actes au cours de l'instruction, pose le problème très grave d'une possible prolongation de la durée de détention. Contrairement à ce qui est écrit dans l'exposé des motifs, ce n'est pas un moyen d'éviter la réitération de l'infraction, puisque nous évoquons ici, ni plus ni moins, des personnes qui ne sont pas condamnées !
Si je juge sage que l'on ait pris des mesures en matière de délais d'audiencement, je serais défavorable à l'idée d'inclure les délais au cours de l'instruction.
M. le président. Je mets aux voix l'amendement n° 77.
(L'amendement est adopté.)

Texte adopté par le Sénat (1ère lecture après vote amendement précité)

« d) Adaptant, aux seules fins de limiter la propagation du covid 19 parmi les personnes participant à ces procédures, les règles relatives au déroulement des gardes à vue, pour permettre l'intervention à distance de l'avocat et la prolongation de ces mesures pour au plus la durée légalement prévue sans présentation de la personne devant le magistrat compétent, et 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 » ;

Rapport commission lois de l'Assemblée nationale

« Les c), d) et e) du 2° adaptent la procédure pénale pour limiter les contacts. Les règles de publicité des audiences et de visioconférence sont concernées ainsi que les règles des gardes à vue, des détentions provisoires et des assignations à résidence sous surveillance électronique notamment. Il sera ainsi notamment possible d'étendre le recours au huis clos ou à la visio-conférence, de permettre l'intervention par téléphone de l'avocat au cours de la garde à vue, ou d'assouplir les règles d'affectation des détenus dans les établissements pénitentiaires ». (Rapp. Ass. nat. n° 2074 et 2075 (XVème légis.), p. 22).
« En séance publique, le Sénat a adopté dix-neuf amendements présentés par le Gouvernement et bénéficiant d'un avis favorable du rapporteur sur les dispositions du titre III, afin :
- de permettre, pour trois mois ou six mois, l'allongement de la durée des détentions provisoires et des assignations à résidence sous surveillance électronique afin de bénéficier d'un délai étendu pour les audiencements, mais aussi pour l'achèvement des instructions en cours " (idem, p. 37) ».

Texte adopté par l'Assemblée nationale
idem à celui adopté par le Sénat.

Extraits du rapport de présentation relatifs aux dispositions sur l'aménagement des règles relatives à la détention provisoire 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

Le chapitre V traite de la situation des personnes placées en détention provisoire.
L'article 15 précise que les dispositions de ce chapitre sont applicables aux détentions provisoires en cours ou débutant de la date de publication de la présente ordonnance à la date de cessation de l'état d'urgence sanitaire.
L'article 16 prolonge de plein droit, de deux mois, trois mois ou six mois selon la gravité des infractions en cause, les délais maximums de détention provisoire ou d'assignation à résidence sous surveillance électronique, qu'il s'agisse des détentions au cours de l'instruction ou des détentions pour l'audiencement devant les juridictions de jugement des affaires concernant des personnes renvoyées à l'issue de l'instruction, ou des délais d'audiencement en appel. Ces dispositions s'appliquent aux mineurs âgés de plus de 16 ans en matière criminelle ou s'ils encourent une peine d'au moins sept ans d'emprisonnement.
L'article 17 prévoit l'allongement des délais d'audiencement de la procédure de comparution immédiate et de la procédure de comparution à délai différé pour les personnes placées en détention provisoire.
L'article 18 augmente d'un mois les délais impartis à la chambre de l'instruction ou à une juridiction de jugement par les dispositions du code de procédure pénale pour statuer sur une demande de mise en liberté, sur l'appel d'une ordonnance de refus de mise en liberté, ou sur tout autre recours concernant une personne placée en matière de détention provisoire et d'assignation à résidence avec surveillance électronique ou de contrôle judiciaire. Il porte à six jours ouvrés, au lieu de trois, le délai imparti au juge des libertés et de la détention pour statuer sur une demande de mise en liberté.
L'article 19 permet que la prolongation de la détention provisoire par le juge des libertés et de la détention intervienne sans débat contradictoire au vu des réquisitions écrites du procureur de la République et des observations écrites de la personne et de son avocat, lorsque le recours à la visioconférence n'est pas possible, l'avocat du mis en examen pouvant toutefois faire des observations orales devant le juge, le cas échéant par tout moyen de télécommunication.
L'article 20 augmente les délais impartis à la Cour de cassation pour statuer sur certains pourvois concernant des personnes détenues, et allonge également les délais de dépôt des mémoires par le demandeur ou son avocat.

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 – Dispositions applicables en cas de détention provisoire

Chapitre I: Dispositions générales

Article 1 :
Les règles de procédure pénale sont adaptées conformément aux dispositions de la présente ordonnance, afin de permettre la continuité de l'activité des juridictions pénales essentielle au maintien de l'ordre public.

Article 2
Les dispositions de la présente ordonnance sont applicables 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.

Article 5 :
Par dérogation à l'article 706-71 du code de procédure pénale, il peut être recouru à un moyen de télécommunication audiovisuelle devant l'ensemble des juridictions pénales, autres que les juridictions criminelles, sans qu'il soit nécessaire de recueillir l'accord des parties.
En cas d'impossibilité technique ou matérielle de recourir à un tel moyen, le juge peut décider d'utiliser tout autre moyen de communication électronique, y compris téléphonique, permettant de s'assurer de la qualité de la transmission, de l'identité des personnes et de garantir la confidentialité des échanges entre les parties et leurs avocats. Le juge s'assure à tout instant du bon déroulement des débats et le greffe dresse le procès-verbal des opérations effectuées.
Dans les cas prévus au présent article, le juge organise et conduit la procédure en veillant au respect des droits de la défense et en garantissant le caractère contradictoire des débats.

Chapitre V : Dispositions applicables en cas de détention provisoire

Article 15
Les dispositions du présent chapitre sont applicables aux détentions provisoires en cours ou débutant de la date de publication de la présente ordonnance à la date de cessation de l'état d'urgence sanitaire déclaré et, le cas échéant, prorogé sur le fondement des articles L. 3131-12 à L. 3131-14 du code de la santé publique pour faire face à l'épidémie de covid-19. 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 sur le fondement des articles L. 3131-12 à L. 3131-14 du code de la santé publique pour faire face à l'épidémie de covid-19.

Article 16
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'audiencement devant les juridictions de jugement des affaires concernant des personnes renvoyées à l'issue de l'instruction, sont prolongés 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'audiencement 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 encourent 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.

Article 18 :

Les délais impartis à la chambre de l'instruction ou à une juridiction de jugement par les dispositions du code de procédure pénale pour statuer sur une demande de mise en liberté sur l'appel d'une ordonnance de refus de mise en liberté, ou sur tout autre recours en matière de détention provisoire et d'assignation à résidence avec surveillance électronique ou de contrôle judiciaire, sont augmentés d'un mois.
Les délais impartis au juge des libertés et de la détention pour statuer sur une demande de mise en liberté sont portés à six jours ouvrés.

Article 19

Par dérogation aux dispositions des articles 145-1 et 145-2 du code de procédure pénale, les décisions du juge des libertés et de la détention statuant sur la prolongation de la détention provisoire interviennent au vu des réquisitions écrites du procureur de la République et des observations écrites de la personne et de son avocat, lorsque le recours à l'utilisation du moyen de télécommunication audiovisuelle prévu par l'article 706-71 de ce code n'est matériellement pas possible. S'il en fait la demande, l'avocat de la personne peut toutefois présenter des observations orales devant le juge des libertés et de la détention, le cas échéant par un moyen de télécommunication audiovisuelle. Dans les cas prévus au présent article, le juge organise et conduit la procédure en veillant au respect des droits de la défense et en garantissant le caractère contradictoire des débats.

Dépêche du 27 mars 2020 de la DACG en réponse aux interrogations soulevées par l' interprétation de l'article 16 par la circulaire du 26 mars 2020 présentant les dispositions de l'ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020,.

La circulaire d'application du 26 mars 2020 retient ainsi que « les délais maximums de détention provisoire » correspondent, non pas aux délais butoirs au terme desquels aucun mandat de dépôt ne peut être renouvelé, mais à la durée des mandats de dépôt elle-même.

Dépêche du 27 mars 2020

« A la suite de nombreuses questions posées sur les dispositions relatives à la prolongation des délais de détention provisoire prévues à 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, je souhaitais porter à votre attention les précisions suivantes.

L'article 16 dispose qu'en matière correctionnelle, les délais maximums de détention provisoire ou d'assignation à résidence sous surveillance électronique 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. Ce délai est porté à six mois en matière criminelle et, en matière correctionnelle, pour l'audiencement des affaires devant la cour d'appel. Cette prolongation de plein droit, comme le précise l'article 15 de la même ordonnance, est applicable aux détentions provisoires en cours ou débutant de la date de publication de la présente ordonnance à la date de cessation de l'état d'urgence sanitaire.

Cette disposition a pour objectif de limiter les débats contradictoires devant les juridictions compétentes afin de tenir compte de la capacité matérielle et humaine limitée des juridictions pendant cette période et de veiller au respect des impératifs sanitaires.

Ainsi, la notion de « délais maximums » n'est-elle pas entendue comme s'appliquant à la

durée totale cumulée de détention mais à la durée du titre de détention en cours.

Les délais de prolongation dérogatoires prévus par l'ordonnance s'appliquent donc à toute détention provisoire dès lors qu'à son terme, le prévenu serait remis en liberté en l'absence de prolongation selon les délais édictés par le code de procédure pénale. Ces délais s'appliquent donc y compris dans le cas où la détention provisoire peut encore faire l'objet d'une décision de prolongation.

La prolongation de plein droit du délai des détentions en cours a pour effet d'augmenter la durée légale du titre de détention de 2/3/6 mois à compter de la dernière décision de placement ou de prolongation intervenue. C'est donc le terme de ce titre de détention qui est repoussé d'autant par l'effet de la loi.

Les saisines du juge des libertés et de la détention déjà intervenues deviennent sans objet du fait de son application immédiate ».

Dépêche du du 16 avril 2020 relative à la prolongation des détentions provisoires de la Direction des affaires criminelles et des grâces et de la direction de l'administration pénitentiaire.

« L'article 16 de l'ordonnance du 25 mars 2020 prévoit la prolongation de plein droit des délais maximums de détention provisoire ou d'assignation à résidence sous surveillance électronique de deux mois lorsque la peine d'emprisonnement encourue est inférieure ou égale à cinq ans et de trois mois dans les autres cas. Ce délai est porté à six mois en matière criminelle et, en matière correctionnelle, pour l'audiencement des affaires devant la cour d'appel.

Il appartient à l'autorité judiciaire de veiller à la prise en compte de cette prolongation par le greffe de l'établissement pénitentiaire, même si, s'agissant d'une prolongation de plein droit, elle n'a pas à être formalisée dans une décision.

Pour mettre à jour les échéances, il peut être envisagé de le faire au fil de l'eau, étant précisé que, en l'absence de toute instruction, le greffe de l'établissement adressera, comme à l'accoutumée, une alerte au magistrat compétent huit jours avant l'échéance connue. Toutefois, il apparaît préférable d'effectuer cette mise à jour une fois pour toutes. Pour cela, un listing mentionnant toutes les personnes en détention provisoire dépendant d'une juridiction de vos ressorts vous sera adressé dans les tout prochains jours. Il vous permettra ainsi qu'aux tribunaux judiciaires, de mettre en oeuvre l'actualisation de leurs situations pénales.

Les juges d'instruction disposent d'une vision précise des détenus au sein de leur cabinet. Ils pourront adresser aux greffes des maisons d'arrêt un soit transmis précisant pour chacun la durée de la prolongation de plein droit du titre de détention en cours.

La question peut être plus complexe pour les personnes en attente d'être jugées, en première comme en seconde instance. Les magistrats en charge de cette actualisation pourront adresser également un soit transmis aux établissements voire indiquer sur le listing le nombre de mois dont la détention provisoire a été prolongée de plein droit. Il pourrait être utilement envisagé d'avoir un entretien en visio-conférence avec le greffe de l'établissement qui pourra répondre aux questions sur la situation des personnes, au vu des fiches pénales.

Enfin, il est recommandé que les nouveaux titres de détention provisoire délivrés pendant

l'état d'urgence sanitaire mentionnent la durée de droit commun ainsi que la prolongation de plein droit prévue aux articles 16 et 17 de l'ordonnance du 25 mars 2020. Ainsi, les greffes pénitentiaires enregistreront dès l'écrou de l'intéressé la durée de détention provisoire prolongée de plein droit du délai prévu à l'ordonnance du 25 mars 2020, sans avoir à solliciter ultérieurement l'autorité judiciaire sur ce point ».

Ordonnances n°439894 (SAF) et 439877, 439887, 439890, 439898 (UJA et autres) du juge des référés du Conseil d'Etat du 3 avril 2020 et n°440039 du 22 avril 2020.

Conseil d'État, Juge des référés - Ordonnance du 3 avril 2020 n°439877, 439887, 439890, 439898

(…) 9. S'agissant, ainsi que l'indique l'article 15 de l'ordonnance, des détentions provisoires en cours ou débutant entre la date de publication de l'ordonnance et la date de cessation de l'état d'urgence sanitaire déclaré et, le cas échéant, prorogé sur le fondement des articles L. 3131-12 à L. 3131-14 du code de la santé publique, l'article 16 de l'ordonnance a décidé la prolongation de plein droit des 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'audiencement devant les juridictions de jugement des affaires concernant des personnes renvoyées à l'issue de l'instruction. En matière correctionnelle, ces délais 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 ; en matière criminelle et en matière correctionnelle pour l'audiencement des affaires devant la cour d'appel, la prolongation est de six mois. Ainsi que le précise l'article 16 de l'ordonnance, ces prolongations ne s'appliquent qu'une seule fois au cours de chaque procédure et s'entendent 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. Conformément au second alinéa de l'article 15 de l'ordonnance, 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 sur le fondement des articles L. 3131-12 à L. 3131-14 du code de la santé publique.

10. L'article 17 de l'ordonnance, pour sa part, allonge les délais prévus, pour le cas de la comparution immédiate, par le troisième alinéa de l'article 396 du code de procédure pénale, par les deux premiers alinéas de l'article 397-1 du même code, par les troisième et dernier alinéas de l'article 397-3, par le deuxième alinéa de l'article 397-4, et, pour le cas de la comparution à délai différé, par le troisième alinéa de l'article 397-1-1.

11. Par ailleurs, l'article 19 de l'ordonnance a prévu que, par dérogation aux dispositions des articles 145-1 et 145-2 du code de procédure pénale, « les décisions du juge des libertés et de la détention statuant sur la prolongation de la détention provisoire interviennent au vu des réquisitions écrites du procureur de la République et des observations écrites de la personne et de son avocat, lorsque le recours à l'utilisation du moyen de télécommunication audiovisuelle prévu par l'article 706-71 de ce code n'est matériellement pas possible. / S'il en fait la demande, l'avocat de la personne peut toutefois présenter des observations orales devant le juge des libertés et de la détention, le cas échéant par un moyen de télécommunication audiovisuelle. / Dans les cas prévus

au présent article, le juge organise et conduit la procédure en veillant au respect des droits de la défense et en garantissant le caractère contradictoire des débats ».

12. Les requérants, sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, demandent au juge des référés du Conseil d'Etat de suspendre l'exécution des dispositions des articles 15, 16 et 17 de l'ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020, de suspendre l'exécution de la circulaire de la garde des sceaux, ministre de la justice, en date du 26 mars 2020 en ce qu'elle présente ces dispositions de l'ordonnance et d'enjoindre aux autorités compétentes de modifier ou d'abroger ces textes, en faisant essentiellement valoir que les dispositions contestées de l'ordonnance outrepassent l'habilitation qui a été donnée au Gouvernement et excèdent, par la généralité des prolongations de plein droit, sans intervention d'un juge, qu'elles décident, ce qui est nécessaire pour faire face aux conséquences de l'épidémie.

13. Toutefois, il résulte des dispositions du d) du 2° du I de l'article 11 de la loi du 23 mars 2020 que le législateur a, sur le fondement de l'article 38 de la Constitution, spécialement habilité le Gouvernement agissant par voie d'ordonnance, d'une part, à allonger les délais des détentions provisoires, quels qu'ils soient, pour une durée proportionnée à celle de droit commun dans la limite de trois mois en matière délictuelle et de six mois en appel ou en matière criminelle, et, d'autre part, à permettre la prolongation de ces mesures au vu des seules réquisitions écrites du parquet et des observations écrites de la personne et de son avocat.

14. En allongeant de façon générale les délais maximums de détention provisoire fixés par la loi, pour les détentions provisoires en cours comme celles débutant entre la date de publication de l'ordonnance et la date de cessation de l'état d'urgence sanitaire, l'ordonnance contestée a mis en œuvre l'habilitation donnée par la loi du 23 mars 2020, dans le respect des conditions qu'elle y a mises. Elle s'est bornée à allonger ces délais, sans apporter d'autre modification aux règles du code de procédure pénale qui régissent le placement et le maintien en détention provisoire. Elle a précisé que ces prolongations ne s'appliquent qu'une seule fois au cours de chaque procédure et a rappelé qu'elles s'entendent 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. En adoptant de telles mesures et en retenant des allongements de deux, trois ou six mois, dans les limites imparties par la loi d'habilitation, l'ordonnance contestée ne peut être regardée, eu égard à l'évolution de l'épidémie, à la situation sanitaire et aux conséquences des mesures prises pour lutter contre la propagation du covid-19 sur le fonctionnement des juridictions, sur l'action des auxiliaires de justice et sur l'activité des administrations, en particulier des services de police et de l'administration pénitentiaire, comme d'ailleurs sur l'ensemble de la société française, comme portant une atteinte manifestement illégale aux libertés fondamentales invoquées par les requérants.

15. Pour sa part, la circulaire contestée du 26 mars 2020 présente les dispositions adoptées par l'ordonnance du 25 mars 2020, en explicite la portée et expose les conséquences qui découlent nécessairement de la prolongation exceptionnelle des délais de détention provisoire telle que voulue par l'ordonnance dans le contexte très particulier des circonstances liées à l'épidémie de covid-19 et des mesures prises pour lutter contre la propagation de cette maladie. Eu égard à son contenu et à sa portée, elle ne peut être regardée comme portant une atteinte manifestement illégale à une liberté fondamentale.

16. Il résulte de ce qui précède, sans qu'il soit besoin de se prononcer sur la condition d'urgence, qu'il est manifeste que les demandes en référé ne sont pas fondées. Il y a lieu, dès lors, de rejeter les conclusions des requêtes par application de l'article L. 522-3 du

code de justice administrative, y compris les conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Conseil d'État, Juge des référés - Ordonnance du 3 avril 2020 n°439894

(…) En ce qui concerne les articles 16 et 17 de l'ordonnance et les termes correspondant des circulaires de la garde des sceaux, ministre de la justice :

15. S'agissant, ainsi que l'indique l'article 15 de l'ordonnance, des détentions provisoires en cours ou débutant entre la date de publication de l'ordonnance et la date de cessation de l'état d'urgence sanitaire déclaré et, le cas échéant, prorogé sur le fondement des articles L. 3131-12 à L. 3131-14 du code de la santé publique, l'article 16 de l'ordonnance a décidé la prolongation de plein droit des 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'audiencement devant les juridictions de jugement des affaires concernant des personnes renvoyées à l'issue de l'instruction. En matière correctionnelle, ces délais 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 ; en matière criminelle et en matière correctionnelle pour l'audiencement des affaires devant la cour d'appel, la prolongation est de six mois. Ainsi que le précise l'article 16 de l'ordonnance, ces prolongations ne s'appliquent qu'une seule fois au cours de chaque procédure et s'entendent 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. Conformément au second alinéa de l'article 15 de l'ordonnance, 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 sur le fondement des articles L. 3131-12 à L. 3131-14 du code de la santé publique.
(…)

17. Par ailleurs, l'article 19 de l'ordonnance a prévu que, par dérogation aux dispositions des articles 145-1 et 145-2 du code de procédure pénale, « les décisions du juge des libertés et de la détention statuant sur la prolongation de la détention provisoire interviennent au vu des réquisitions écrites du procureur de la République et des observations écrites de la personne et de son avocat, lorsque le recours à l'utilisation du moyen de télécommunication audiovisuelle prévu par l'article 706-71 de ce code n'est matériellement pas possible. / S'il en fait la demande, l'avocat de la personne peut toutefois présenter des observations orales devant le juge des libertés et de la détention, le cas échéant par un moyen de télécommunication audiovisuelle. / Dans les cas prévus au présent article, le juge organise et conduit la procédure en veillant au respect des droits de la défense et en garantissant le caractère contradictoire des débats ».

18. Il résulte des dispositions du d) du 2° du I de l'article 11 de la loi du 23 mars 2020 que le législateur a, sur le fondement de l'article 38 de la Constitution, spécialement habilité le Gouvernement agissant par voie d'ordonnance, d'une part, à allonger les délais des détentions provisoires, quels qu'ils soient, pour une durée proportionnée à celle de droit commun dans la limite de trois mois en matière délictuelle et de six mois en appel ou en matière criminelle, et, d'autre part, à permettre la prolongation de ces mesures au vu des seules réquisitions écrites du parquet et des observations écrites de la personne et de son avocat.

19. En allongeant de façon générale les délais maximums de détention provisoire fixés par la loi, pour les détentions provisoires en cours comme celles débutant entre la date de publication de l'ordonnance et la date de cessation de l'état d'urgence sanitaire, l'ordonnance contestée a mis en œuvre l'habilitation donnée par la loi du 23 mars 2020, dans le respect des conditions qu'elle y a mises. Elle s'est bornée à allonger ces délais, sans apporter d'autre modification aux règles du code de procédure pénale qui régissent le placement et le maintien en détention provisoire. Elle a précisé que ces prolongations ne s'appliquent qu'une seule fois au cours de chaque procédure et a rappelé qu'elles s'entendent 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. En adoptant de telles mesures et en retenant des allongements de deux, trois ou six mois, dans les limites imparties par la loi d'habilitation, l'ordonnance contestée ne peut être regardée, eu égard à l'évolution de l'épidémie, à la situation sanitaire et aux conséquences des mesures prises pour lutter contre la propagation du covid-19 sur le fonctionnement des juridictions, sur l'action des auxiliaires de justice et sur l'activité des administrations, en particulier des services de police et de l'administration pénitentiaire, comme d'ailleurs sur l'ensemble de la société française, comme portant une atteinte manifestement illégale aux libertés fondamentales invoquées par le syndicat requérant. Il en va de même pour ce qui concerne l'allongement des délais, résultant de l'article 17 de l'ordonnance pour les cas de comparution immédiate et de comparution à délai différé.

20. Pour leur part, la circulaire du 26 mars 2020 et le courriel de la directrice des affaires criminelles et des grâces contestés présentent les dispositions adoptées par l'ordonnance du 25 mars 2020, en explicitent la portée et exposent les conséquences qui découlent nécessairement de la prolongation exceptionnelle des délais de détention provisoire telle que voulue par l'ordonnance dans le contexte très particulier des circonstances liées à l'épidémie de covid-19 et des mesures prises pour lutter contre la propagation de cette maladie. Eu égard à leur contenu et à leur portée, ils ne peuvent être regardés comme portant une atteinte manifestement illégale à une liberté fondamentale.

(…) 24. Il résulte de tout ce qui précède, sans qu'il soit besoin de se prononcer sur la condition d'urgence, qu'il est manifeste que la demande en référé n'est pas fondée. Il y a lieu, dès lors, de rejeter les conclusions de la requête par application de l'article L. 522-3 du code de justice administrative.

Conseil d'État, Juge des référés - Ordonnance du 22 avril 2020 n°440039

(…) S'agissant des articles 15, 16 et 17 :

24. Pour ce qui concerne, ainsi que l'indique l'article 15 de l'ordonnance, les détentions provisoires en cours ou débutant entre la date de publication de l'ordonnance et la date de cessation de l'état d'urgence sanitaire déclaré et, le cas échéant, prorogé sur le fondement des articles L. 3131-12 à L. 3131-14 du code de la santé publique, l'article 16 de l'ordonnance a décidé la prolongation de plein droit des 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'audiencement devant les juridictions de jugement des affaires concernant des personnes renvoyées à l'issue de l'instruction. En matière correctionnelle, ces délais 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 ; en matière criminelle et en matière correctionnelle pour l'audiencement des

affaires devant la cour d'appel, la prolongation est de six mois. Ainsi que le précise l'article 16 de l'ordonnance, ces prolongations ne s'appliquent qu'une seule fois au cours de chaque procédure et s'entendent 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. Selon le second alinéa de l'article 15 de l'ordonnance, 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 sur le fondement des articles L. 3131-12 à L. 3131-14 du code de la santé publique.

25. En vertu de l'article 5 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, " 1. Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivants et selon les voies légales : (...) c) s'il a été arrêté et détenu en vue d'être conduit devant l'autorité judiciaire compétente, lorsqu'il y a des raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis une infraction ou qu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir après l'accomplissement de celle-ci (...). 3. Toute personne arrêtée ou détenue, dans les conditions prévues au paragraphe 1. c) du présent article, doit être aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires et a le droit d'être jugée dans un délai raisonnable, ou libérée pendant la procédure. La mise en liberté peut être subordonnée à une garantie assurant la comparution de l'intéressé à l'audience ".

26. Les requérants font valoir que les articles 15, 16 et 17 de l'ordonnance qu'ils contestent seraient contraires aux stipulations du paragraphe 3 de l'article 5 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en ce qu'elles ont pour effet de maintenir des personnes en détention provisoire, de façon automatique, au-delà du terme que l'autorité judiciaire a fixé dans le mandat de dépôt ou l'ordonnance de prolongation.

27. Toutefois, les dispositions contestées se sont bornées à allonger les délais des détentions provisoires, sans apporter de modification aux règles du code de procédure pénale qui régissent le rôle du juge pour le placement en détention provisoire. Elles ont précisé que les prolongations de plein droit qu'elles ont décidées ne s'appliquent qu'une seule fois au cours de chaque procédure. Elles ont rappelé qu'elles s'entendent 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. Enfin, s'appliquant à des détentions provisoires en cours ou débutant à la date de publication de l'ordonnance, comme l'indique l'article 15 de l'ordonnance, elles sont dépourvues de portée rétroactive.

28. Alors qu'il résulte des dispositions du d) du 2° du I de l'article 11 de la loi du 23 mars 2020 que le législateur a, sur le fondement de l'article 38 de la Constitution, spécialement habilité le Gouvernement agissant par voie d'ordonnance à allonger les délais des détentions provisoires, quels qu'ils soient, pour une durée proportionnée à celle de droit commun dans la limite de trois mois en matière délictuelle et de six mois en appel ou en matière criminelle, l'ordonnance a mis en oeuvre cette habilitation, dans le respect des conditions que la loi y a mises, afin de limiter la propagation de l'épidémie parmi les personnes participant aux procédures en cause en réduisant les occasions de contacts entre les personnes.

29. Dans ces conditions et eu égard à ce qu'étaient, à la date de l'ordonnance contestée, l'évolution de l'épidémie, la situation sanitaire et les conséquences des mesures prises pour lutter contre la propagation du covid-19 sur le fonctionnement des juridictions, sur l'action des auxiliaires de justice et sur l'activité des administrations, en particulier des services de police et de l'administration pénitentiaire, comme d'ailleurs sur l'ensemble de la société française, le moyen tiré de ce que les dispositions des articles 15, 16, et 17 de l'ordonnance méconnaîtraient les stipulations du paragraphe 3 de l'article 5 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'est pas de nature à faire naître un doute sérieux quant à la légalité des dispositions contestées.

30. En outre, le premier alinéa de l'article 15 de l'ordonnance ne prévoit l'application des dispositions de l'ordonnance qu'aux seules détentions provisoires en cours ou débutant entre la date de publication de l'ordonnance et la date de cessation de l'état d'urgence sanitaire déclaré et, le cas échéant, prorogé sur le fondement des articles L. 3131-12 à L. 3131-14 du code de la santé publique. La conséquence nécessaire de cet allongement des délais de détention provisoire est que, comme le précise le second alinéa de l'article 15, les prolongations de détention qui en résultent continuent de s'appliquer, pour tous les détenus concernés et pour la durée restante pour chacun d'eux, après la fin de l'état d'urgence sanitaire, la prolongation ne pouvant s'appliquer qu'une seule fois au cours de chaque procédure et s'entendant sans préjudice de la possibilité pour la juridiction compétente d'ordonner à tout moment, d'office ou sur demande du ministère public ou de l'intéressé, la mainlevée de la mesure. Dans ces conditions, le moyen tiré à cet égard de la méconnaissance du paragraphe 3 de l'article 5 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'est pas davantage de nature à faire naître un doute sérieux quant à la légalité des dispositions contestées.