

Le Syndicat de la magistrature

à

POUR ATTRIBUTION

**Mesdames et Messieurs les procureurs généraux près les cours d'appel
Monsieur le procureur de la République près le tribunal supérieur de l'appel
Mesdames et Messieurs les procureurs de la République près les tribunaux judiciaires**

POUR INFORMATION

**Mesdames et Messieurs les premiers présidents des cours d'appel
Monsieur le président du tribunal supérieur d'appel
Mesdames et Messieurs les présidents des tribunaux judiciaires
Monsieur le membre national d'Eurojust pour la France**

N° NOR : 2020/LIBERTE

N° CIRCULAIRE : CRIM-2020-SM-06.04.2020

OBJET : Contre-circulaire relative à l'adaptation de l'activité pénale des juridictions aux mesures de prévention et de lutte contre la pandémie COVID-19

N/REF : 2020/JUSTICEDP

Le 26 mars 2020, est parue au journal officiel l'ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020 portant adaptation des 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.

Les dispositions de son article 16 relatif à la prolongation des durées de détention provisoire ont d'emblée suscité de vifs débats au sein des juridictions sur leur interprétation. La circulaire d'application du 26 mars 2020 ne répondant pas clairement aux interrogations posées, la directrice des affaires criminelles et des grâces l'a complétée par un courriel dès le 27 mars 2020.

Cependant, les débats ne s'en sont pas trouvés clos pour autant, tant l'interprétation proposée apparaît éloignée de la lettre du texte et de l'habilitation donnée au pouvoir exécutif concernant la durée des détentions provisoires.

La présente contre-circulaire a donc pour objectif de synthétiser les éléments allant à l'encontre de l'interprétation proposée par le ministère, tant au regard du texte lui-même que des principes constitutionnels et conventionnels, pour que chaque magistrat puisse disposer de l'ensemble des arguments pour analyser ces dispositions, et ainsi prendre ses décisions sur ce sujet dans le cadre de ses prérogatives juridictionnelles, qui impliquent d'interpréter la norme voire de l'écarter, à l'aune notamment des principes conventionnels.

Il ne s'agit bien évidemment pas de stigmatiser des choix individuels, chacun restant libre dans ses pratiques juridictionnelles - malgré certaines pressions institutionnelles qui nous sont remontées - mais de proposer des champs d'analyse mettant notamment en exergue des atteintes graves portées à des principes constitutionnels et au droit conventionnel.

I- Rappel des dispositions prises dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire

Dans le cadre de la lutte contre la propagation de l'épidémie du coronavirus désigné sous le nom de COVID-19, le législateur et le pouvoir réglementaire ont adopté différentes mesures destinées notamment, d'une part, à limiter la contagion, d'autre part, à permettre le fonctionnement des institutions pendant cette période et en particulier des juridictions judiciaires.

La loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 a autorisé, en son article 11, le Gouvernement à prendre par ordonnance toute mesure, pouvant entrer en vigueur, si nécessaire, à compter du 12 mars 2020, relevant du domaine de la loi.

Aux termes du 2° de cet article 11, le Gouvernement peut prendre à ce titre, « *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'audience, 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* ».

Au journal officiel du 26 mars 2020, ont été publiées quatre ordonnances portant adaptation des règles de procédures devant les juridictions judiciaires et administratives, dont une ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020 portant adaptation des 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.

Cette ordonnance contient notamment des dispositions prévoyant un allongement de la durée de la détention provisoire « de plein droit », dont la durée dépend des peines encourues.

L'article 16 de l'ordonnance prévoit ainsi que :

« *En matière correctionnelle, les délais maximums de détention provisoire ou d'assignation à résidence sous surveillance électronique, prévus par les dispositions du code de procédure pénale, qu'il s'agisse des détentions au cours de l'instruction ou des détentions pour l'audience devant les juridictions de jugement des affaires concernant des personnes renvoyées à l'issue de l'instruction, sont prolongés de plein droit de deux mois lorsque la peine d'emprisonnement encourue est inférieure ou égale à cinq ans et de trois mois dans les autres cas, sans préjudice de la possibilité pour la juridiction compétente d'ordonner à tout moment, d'office, sur demande du ministère public ou sur demande de l'intéressé, la mainlevée de la mesure, le cas échéant avec assignation à résidence sous surveillance électronique ou sous contrôle judiciaire lorsqu'il est mis*

fin à une détention provisoire. Ce délai est porté à six mois en matière criminelle et, en matière correctionnelle, pour l'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 ».

Par ailleurs, une circulaire du 26 mars 2020 présentant les dispositions de l'ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020, est venue préciser les nouvelles dispositions et en prescrire, dans certains cas, les modalités d'application.

Ainsi, s'agissant de l'article 16 de l'ordonnance aux termes duquel les délais maximum de détention provisoire sont prolongés de plein droit de deux, trois ou six mois selon les cas, la circulaire a prescrit d'appliquer cette disposition de telle sorte que les mandats de dépôt en cours sont prolongés de plein droit dès lors qu'ils arrivent à expiration sans qu'il soit nécessaire que la durée totale de la détention provisoire parvienne au délai maximum prévu par la loi.

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 (p. 8 et 9). Il en résulte la prolongation de plein droit et sans audience des mandats de dépôt en cours d'exécution alors même que ces mandats pourraient encore être renouvelés. Autrement dit, les « *délais maximums* » visés par la loi concerneraient la durée des mandats de dépôt et l'ordonnance permettrait que l'ensemble des mandats arrivant à expiration soient prolongés de plein droit quelle que soit la durée antérieure de la détention provisoire. La circulaire indique ainsi : « *par exemple, pour une instruction en cours en matière correctionnelle dans laquelle le mis en examen a été placé en détention il y a trois mois ou dont la prolongation date de trois mois, et dont la détention expirait dans un mois, cette détention ne devra être prolongée que dans trois mois (s'il s'agit d'un délit puni de 5 ans d'emprisonnement au moins) ou dans quatre mois (s'il s'agit d'un délit puni de 7 ou 10 ans) ».*

Cette circulaire suscitant au sein des juridictions de sérieuses interrogations sur sa conformité avec les dispositions de l'ordonnance, qui ne visent que les « *délais maximums* » de détention provisoire et non les délais au terme desquels expirent les mandats de dépôt, et cette ordonnance soulevant elle-même des questionnements en ce qu'elle prévoit un allongement de plein droit qui n'est pas évoqué dans la loi d'habilitation, la directrice des affaires criminelles et des grâces a reprécisé les modalités d'application de l'ordonnance prescrite par la Chancellerie par un courriel en date du 27 mars 2020. Elle a indiqué dans ce courriel aux chefs de parquet que « *la notion de "délais maximum" n'est pas entendue comme s'appliquant à la durée totale de la 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 sera 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 [...]. 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 ».*

Il convient de rappeler que l'ordonnance en question n'a pas été ratifiée par le parlement ; en conséquence, elle relève pour l'instant du domaine réglementaire (CE, 6ème et 1ère sous-sections réunies, 13/07/2006, 286711, France Nature environnement ; CE, Ass., du 28 mars 1997, 179049 179050 179054, Société Baxter). 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. Il appartient donc au juge judiciaire de faire prévaloir une interprétation de l'ordonnance conforme à la loi d'habilitation, ainsi qu'aux principes supérieurs, et notamment au droit conventionnel.

II- L'interprétation de l'ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020 portant adaptation des règles de procédure pénale

Or, en visant l'allongement « *des délais au cours de l'instruction et en matière d'audience* », le législateur n'a pu viser que les délais dits butoirs de la détention provisoire, c'est-à-dire ceux à l'expiration desquels il n'est plus possible de renouveler les mandats de dépôt.

Pour rappel, c'est à partir de 1975 que la France a instauré une durée limitée à la détention provisoire, dont les plafonds ont été modifiés à plusieurs reprises depuis, notamment par l'entremise des lois du 15 juin 2000, du 5 mars 2007, du 10 août 2011 et du 21 juillet 2016 (pour les infractions terroristes). Il n'est d'ailleurs pas anecdotique de constater que la lecture des dossiers législatifs respectifs révèle que la terminologie « durées maximales » est utilisée pour désigner les délais dits butoirs de la détention provisoire.

Le législateur n'a pas habilité le Gouvernement à prévoir un allongement de la détention provisoire systématique et de plein droit, sans intervention du juge.

Pour s'en convaincre, il suffit tout simplement de revenir aux textes, et précisément, s'agissant de la détention avant l'ordonnance de renvoi ou de mise en accusation, aux articles 145-1 et 145-2 du code de procédure pénale. Il résulte en effet de ces textes que la durée que ne peut excéder la détention provisoire est :

- de quatre mois dans les cas les moins graves, où est présente la double condition que le mis en examen n'a pas déjà été condamné pour crime ou délit de droit commun à une peine criminelle ou à une peine d'emprisonnement sans sursis d'une durée supérieure à un an et que la peine encourue est inférieure ou égale à cinq ans ;
- d'un an dans les autres cas relevant de la matière correctionnelle, avec possibilité de porter cette durée à deux ans dans des cas particuliers et de prolonger cette durée de deux ans dans des circonstances spécifiques ;
- de deux ans en matière criminelle, avec une prolongation allant jusqu'à trois ou quatre ans si certains critères sont remplis.

Il s'ensuit que si la loi fixe une durée maximale de détention provisoire, c'est la durée au terme de laquelle, au gré des prolongations des mandats de dépôt, la personne peut être maintenue incarcérée.

La durée des mandats de dépôt n'est pas une « durée maximale » de la détention provisoire, sauf dans le cas particulier du premier alinéa de l'article 145-1 du code de procédure pénale, lequel prévoit que ce mandat ne peut être renouvelé.

La même analyse s'impose à la lecture de la doctrine.

Frédéric Desportes et Laurence Lazerges-Cousquer font figurer au sein de leur traité de procédure pénale un tableau dont le titre est « durée légale maximale de la détention provisoire pendant

l'instruction et en matière correctionnelle » où sont indiqués les délais de 4 mois, 1 an, 2 et 3 ans pour la matière correctionnelle, et 2, 3 et 4 ans pour la matière criminelle (F. Desportes, L. Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, Economica, 4^e éd. 2015, n° 2741). Ils indiquent que « *les dispositions des articles 145-1 et 145-2 CPP, prolongée par l'article 706-24-3, fixent la durée maximale de la détention provisoire, respectivement en matière correctionnelle et en matière criminelle – du moins jusqu'à l'ordonnance de règlement (Crim. 27 sept. 2005, B n°236). Le dispositif qui en est issu est complexe. A côté d'une durée maximale de principe fixée à quatre mois en matière correctionnelle, et à deux ans en matière criminelle, se sont multipliés les régimes particuliers autorisant une prolongation de la détention provisoire très au-delà de ces seuils. Selon le cas de figure, la durée maximale de celle-ci peut être de mois ou de près de cinq ans* » (préc., n° 2739).

En réalité, la durée « maximale » comme les « délais maximums » n'ont de sens que dans la mesure où ils viennent encadrer une détention provisoire susceptible de faire l'objet d'une ou plusieurs prolongations.

Dans la même logique, lorsque la Cour de cassation censure l'arrêt par lequel une chambre de l'instruction a illégalement prolongé la détention provisoire, elle est ainsi fréquemment amenée à « *constate[r] que [le demandeur au pourvoi] est détenu sans titre depuis [telle date à 0 heure]* » et à « *ordonne[r] [s]a mise en liberté [...] s'il n'est pas détenu pour autre cause* » (Cass. crim., 27 mars 2018, pourvoi n° 18-80.123, publié au *Bulletin* ; v. aussi, par ex., Cass. crim., 2 octobre 2018, pourvoi n° 18-84.402 ; Cass. crim., 10 avril 2019, pourvoi n° 19-80.498 ; Cass. crim., 23 octobre 2019, pourvoi n° 19-85.514 ; Cass. crim., 26 février 2020, pourvoi n° 19-87.751).

De la même manière, la Chambre criminelle juge que « *la prolongation d'une détention provisoire prend effet de plein droit à l'issue de la précédente période de détention* » (Cass. crim., 20 décembre 2017, pourvoi n° 17-85.880 ; v. aussi Cass. crim., 8 août 2018, pourvoi n° 18-83.325), afin de permettre au juge des libertés et de la détention et à la chambre de l'instruction de statuer sur une demande de prolongation plusieurs jours avant le terme du titre de détention.

C'est dire que le report de la prise d'effet de la décision de prolongation permet d'assurer la continuité des titres de détention successifs, à défaut de laquelle la mise en liberté devrait être ordonnée.

Il en résulte que, si elle est interprétée comme prolongeant de plein droit la durée des mandats de dépôt en cours d'exécution, et non la durée maximale que la détention provisoire peut atteindre au terme des prolongations de ces mandats, l'ordonnance est manifestement illégale comme excédant les termes de la loi d'habilitation. Le Gouvernement ne pouvait, par ordonnance, adapter, interrompre, suspendre ou reporter le terme des titres de détention provisoire « *en cours* » au 26 mars 2020 (article 15 de l'ordonnance). L'article 11, I, 2^o, d, de la même loi, qui lui ouvrait la possibilité d'« *allonge[r] des délais au cours de l'instruction et en matière d'audience* », ne vaut donc que pour l'avenir, les juges des libertés et de la détention et les chambres de l'instruction pouvant, à compter du 26 mars 2020, décerner des mandats de dépôt ou ordonner la prolongation pour une durée supérieure à celle du droit commun.

Pour se convaincre davantage de l'absence d'habilitation pour prévoir des règles permettant une prolongation de plein droit de la détention provisoire, sans intervention du juge, il convient de se référer aux autres dispositions de la loi du 23 mars 2020 et de l'ordonnance ciblée.

En effet, le législateur a habilité le Gouvernement à prendre des mesures non seulement pour allonger les délais de détention, mais également pour 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 ».

L'ordonnance comprend à ce titre des dispositions permettant une procédure écrite devant le juge des libertés et de la détention pour les prolongations de la détention provisoire (article 19), et prévoit un allongement d'un mois du délai imparti à la chambre de l'instruction pour se prononcer, non seulement sur les demandes de mise en liberté, mais également sur « *tout autre recours en matière de détention provisoire* » (article 18).

Il est donc bien prévu, tant au sein de la loi d'habilitation, que dans l'ordonnance, que des décisions de prolongation doivent être prises par les juridictions compétentes, ce qui est incompatible avec la solution retenue par l'ordonnance d'une prolongation de plein droit. Ces dispositions permettent d'ailleurs, à elles seules, d'atteindre l'objectif de « *limiter la propagation de l'épidémie de covid-19 parmi les personnes participant à ces procédures* » qui borne le champ de l'habilitation accordée.

En définitive, la loi d'habilitation vise un allongement des délais maximums de la détention provisoire - termes que reprend l'ordonnance - et non l'allongement de la durée des mandats de dépôt et elle n'autorise en rien le Gouvernement à prévoir une prolongation de plein droit comme le prévoit cette fois explicitement l'ordonnance. La lecture des compte-rendus des débats parlementaires ne vient pas contredire ce constat.

Aussi, en tant qu'elle prévoit une prolongation de plein droit sans intervention du juge, et en tant qu'elle permettrait, à la lumière de sa circulaire d'application, une prolongation de la durée de tous les mandats de dépôt et non pas seulement de ceux qui ne peuvent être renouvelés en raison des délais maximum prévus par la loi, l'ordonnance ne paraît pas conforme à la loi d'habilitation.

Le juge des référés du Conseil d'Etat a cependant jugé le 3 avril 2020 que « *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* ». La portée de la décision du Conseil d'Etat doit cependant être relativisée. D'une part, il ne s'agit que d'une ordonnance de tri, sans audience ; elle n'avait d'ailleurs pas été publiée, au jour de la rédaction de la contre-circulaire, sur le site du Conseil d'Etat. D'autre part, il s'agit d'une décision en référé liberté, ce qui implique que le juge n'a pas fait un contrôle approfondi de la légalité de l'ordonnance, et rien ne peut à ce stade, garantir que cette légalité ne sera pas ultérieurement remise en question.

En fin de compte, pour écarter l'application de l'article 16 de l'ordonnance peuvent dès lors être invoquées sa non-conformité à la loi d'habilitation, mais également - tel que développé ci-après - sa contrariété avec des normes conventionnelles.

III- L'atteinte portée au droit à la sûreté

En premier lieu, il résulte des articles 7 et 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (DDHC) le droit à la sûreté, qui est le droit pour toute personne à ne pas être privée de sa liberté, ainsi que le droit au respect de la présomption d'innocence, dont découle également l'interdiction de toute rigueur qui ne serait pas nécessaire (Cons. constit., 2 mars 2001, n° 2004-492).

Sur ce point, aucune conciliation n'est envisageable : il n'y a pas à maintenir en détention une personne qui ne devrait plus s'y trouver pour la seule raison que l'activité des juridictions serait entravée par des circonstances exceptionnelles liées à l'épidémie de covid-19 – on sait que c'est

même l'inverse qui est nécessaire : à savoir que le nombre de personnes incarcérées diminue pour viser l'encellulement individuel, seul de nature à permettre de limiter la propagation du virus. Or, au jour de cette contre-circulaire, de nombreuses maisons d'arrêt ont encore un taux d'occupation bien supérieur à 100 %.

Les personnes définitivement condamnées dont la peine arrive à expiration ne peuvent être maintenues incarcérées, et l'ordonnance ne le prévoit d'ailleurs pas.

Les personnes placées en détention provisoire ne peuvent être maintenues au-delà des délais prévus par la loi que si cette détention demeure concrètement nécessaire pour la poursuite des objectifs poursuivis par cette mesure et qui sont énumérés par l'article 144 du code de procédure pénale.

Ce même droit à la sûreté, tel qu'il est prévu par l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme, implique, selon le §3 de cette stipulation, que « *toute personne arrêtée ou détenue, dans les conditions prévues au paragraphe 1 c) du présent article, (...) a le droit d'être jugée dans un délai raisonnable, ou libérée pendant la procédure* ».

Aux termes de la jurisprudence tant de la Cour européenne des droits l'homme que de la Cour de cassation, le délai raisonnable s'apprécie eu égard aux circonstances de la cause et, en particulier, à la complexité de l'affaire, au comportement du détenu et à celui des autorités compétentes (CEDH, Letellier c. France, 26 juin 1991 §35 ; Abdoella c. Pays-Bas, 25 novembre 1992 §24 ; I.A c. France, 23 septembre 1998 ; Cass. Crim., 28 mars 2017, pourvoi n° 17-80390 ; 17 juin 2015, pourvoi n° 15-82206, Bull. crim., n° 833).

Il en résulte que, dans le contexte exceptionnel de l'épidémie de covid-19, la détention provisoire ne peut être prolongée qu'en raison des difficultés rencontrées par les juridictions d'instruction pour faire aboutir les informations judiciaires et celles rencontrées par les juridictions pour audier les affaires en état d'être jugées.

La solution contraire qui consisterait à exonérer les juridictions de leur obligation de prolonger les mandats de dépôt qui arrivent à expiration irait contre l'objectif visé par le législateur, à savoir le maintien de l'activité essentielle des juridictions pénales. Car il s'agirait alors d'exonérer les juridictions pénales du contentieux que leur confie la loi en matière de détention provisoire.

En définitive, à supposer que l'article 16 de l'ordonnance soit interprété comme entraînant la prolongation, de plein droit, de la durée de tous les mandats de dépôt en cours d'exécution, et non de la durée maximale que la détention provisoire peut atteindre au terme des décisions de prolongation, l'ordonnance emporterait une atteinte au droit à la sûreté et à la présomption d'innocence qui excéderait ce qui est nécessaire aux circonstances exceptionnelles liées à l'épidémie de covid-19 et qui serait à ce titre manifestement et gravement illégale.

En second lieu, toujours conformément à l'article 5§3 de la CEDH, la détention doit être contrôlée par un juge. Il s'agit d'un contrôle automatique, qui doit être distingué du droit du détenu de contester sa détention (article 5§4) – ainsi, le fait que l'article 16 prévoit explicitement la possibilité de faire une demande de mise en liberté ne saurait exonérer d'un contrôle de la détention automatique.

Les finalités de ce contrôle sont notamment de s'assurer que la détention n'est pas inadaptée par rapport à la situation du détenu, en tenant notamment compte d'une éventuelle vulnérabilité (CEDH, 03/10/2006, McKAY c. Royaume-Uni, 543/03). Il appartient au magistrat d'examiner les circonstances militent pour ou contre la détention, de se prononcer selon des critères juridiques sur l'existence de raisons la justifiant (CEDH, 29/04/1999, AQUILINA c. MALTE, 25642/94). Et afin

d'être compatible avec l'article 5§3, chaque période de détention, aussi courte soit-elle, doit être justifiée et sa légalité doit être vérifiée par un juge (CEDH, 22/05/2012, IDALOV c. RUSSIE, 5826/03).

Or, l'ordonnance telle qu'interprétée par le ministère de la Justice, en prolongeant automatiquement les mandats de dépôts en cours, a pour effet d'imposer une détention sans aucun contrôle juridictionnel, ce qui méconnaît les dispositions de l'article 5§3 de la CEDH. Elle est d'autant plus problématique que, parmi les détenus, certains peuvent présenter une vulnérabilité liée à leur état de santé en détention, et que la détention peut s'avérer non justifiée au regard du confinement général de la population.

En troisième lieu, en prolongeant, de manière indifférenciée, générale et absolue, les effets des titres de détention délivrés antérieurement à son entrée en vigueur, pour une durée qui excède amplement l'échéance aujourd'hui fixée par le Parlement pour l'état d'urgence sanitaire, le pouvoir réglementaire a, de nouveau, méconnu l'étendue de l'habilitation qui lui a été accordée.

En effet, le confinement de la population n'a pour l'heure été ordonné que jusqu'au 15 avril 2020 et l'état d'urgence sanitaire lui-même n'a été déclaré par le Parlement que jusqu'au 24 mai 2020. Ainsi, il n'est pas concevable de prévoir, de manière irrévocable, de prolonger les effets des mandats de dépôt et des ordonnances de prolongation d'une durée de deux, trois et six mois et de prévoir que « *les prolongations de détention provisoire qui découlent de ces dispositions continuent de s'appliquer après la date de cessation de l'état d'urgence sanitaire déclaré* » (article 15, alinéa 2, de l'ordonnance).

C'est ainsi que le caractère provisoire de cette loi sur l'état d'urgence sanitaire apparaît en contradiction avec les dispositions concernant la détention provisoire en ce que l'automatisme des prolongations emporte leur pérennisation, ce que ne manque pas d'ailleurs de relever - sans aller certes jusqu'à parler de contradiction, mais de spécificité - la commission des lois dans son rapport de mission de suivi de l'état d'urgence sanitaire (« 10 premiers jours d'état d'urgence sanitaire. : premiers constats », p.48), en soulignant que « *les prolongations de détention provisoire décidées pendant la période de l'état d'urgence sanitaire continueront à s'appliquer malgré la fin de celui-ci. Il s'agit donc d'une durée d'application spécifique par rapport aux autres chapitres de l'ordonnance : alors que l'article 2 de l'ordonnance prévoit que toutes ses dispositions cesseront de s'appliquer un mois après la fin de l'état d'urgence, les prolongations décidées pendant l'état d'urgence ne cesseront de produire leurs effets qu'une fois qu'elles auront été entièrement exécutées, sauf intervention du juge de la liberté et de la détention* ». Et bien justement non, cette intervention du juge est tout simplement supprimée.

Or, il convient de constater que ce caractère général et irrévocable de ces prolongations heurte le principe de sécurité juridique, également contrôlée par la Cour européenne des droits de l'homme. En effet, la Cour estime que le respect du droit implique une certaine prévisibilité (CEDH, 15/12/2016, KHLAIFIA ET AUTRES c. Italie, 16483/12). Force est de constater que l'application immédiate de l'ordonnance aux mandats de dépôt en cours était imprévisible. Ces dispositions nouvelles font produire à un titre de détention des effets postérieurement à son expiration, imprévisibles pour le détenu qui a été informé du réexamen de sa situation seulement à une date donnée.

Il résulte de tout ce qui précède que l'application de l'article 16 de l'ordonnance, telle qu'interprétée par le ministère, peut être écartée au visa notamment de l'article 5 de la CEDH.

IV- L'atteinte portée au droit à un procès équitable : le droit d'accéder au juge et le respect des droits de la défense

Le Conseil constitutionnel a affirmé, sur le fondement de l'article 16 de la DDHC, le caractère constitutionnel du droit à un recours juridictionnel effectif (Cons. constit., 21 janvier 1994, n° 93-335 DC, cons. 4 ; 23 septembre 2016, n° 2016-569 QPC). A ce titre, le Conseil constitutionnel s'assure que les restrictions dans l'accès au juge procèdent d'une « *conciliation équilibrée entre le droit au recours juridictionnel effectif et l'objectif poursuivi par le législateur* » (Cons. constit., décision n° 208-709 du 1^{er} juin 2018, cons.10).

Il convient d'ajouter sur ce point qu'en matière pénale, le droit d'accéder au juge se décline dans le droit au réexamen d'une condamnation pénale, comme le prévoient en droit interne le III de l'article préliminaire du code de procédure pénale et en droit européen l'article 2 du septième protocole additionnel à la convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Par ailleurs, le principe du respect des droits de la défense découle de la garantie des droits proclamée par l'article 16 de la DDHC (Cons. constit. 30 mars 2006, n° 2006-535, cons. 24) et implique notamment le droit à l'assistance effective de l'avocat au cours de la procédure pénale (Cons. constit. 30 juillet 2010, n° 2010-14/22 QPC), le respect du principe du contradictoire (Cons. constit. 16 septembre 2016, n° 2016-566 QPC) et l'existence d'une procédure juste et équitable, garantissant l'équilibre des droits des parties (Cons. constit. 18 novembre 2011, n° 2011-191/194/195/196/197 QPC, n° 159).

Plus avant, au regard des dispositions contestées relatives à la détention provisoire, le Conseil d'Etat a regardé comme une liberté fondamentale la présomption d'innocence (au-delà de sa garantie constitutionnelle prévue à l'article 9 de la DDHC) en tant qu'elle « *concourt à la liberté de la défense* » (CE, 14 mars 2005, n° 278435, publié au recueil).

Certes, le droit d'accès au juge et l'exercice des droits de la défense peuvent faire l'objet de limitations. Toutefois, il appartient précisément à ce titre au législateur « *d'assurer la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public, notamment à la sécurité des personnes et des biens, et la recherche des auteurs d'infractions, toutes deux nécessaires à la sauvegarde de droits et de principes de valeur constitutionnelle, et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties [au] nombre [desquelles] figure le respect des droits de la défense, qui découle de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789* » (entre autres, Cons. constit, 22 septembre 2010, n° 2010-32 QPC ; 19 novembre 2011, n° 2011-191/194/195/196/197 QPC février 2012, n° 2011-223 QPC).

De la même manière, il incombe au Gouvernement habilité à édicter des règles de procédure pénale en raison de l'épidémie de covid-19, de ne le faire que dans le but de limiter les effets de cette épidémie.

A cet égard, les points c), d) et e) du 2° du I de l'article 11 de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 habilitent le Gouvernement à adapter les règles de procédure « *aux seules fins de limiter la propagation de l'épidémie de covid-19 parmi les personnes participant à ces procédures* ».

A ce contrôle de la finalité des mesures adoptées, s'ajoute celui de leur caractère adapté et proportionné. Or, les dispositions de l'ordonnance ici critiquées dépassent ce qui est nécessaire et proportionné pour limiter la propagation de l'épidémie de covid-19 parmi les personnes participant à

ces procédures et pour maintenir dans ces conditions la continuité du service public de la justice en ses missions qui sont indispensables.

Par ailleurs, sur le plan des droits individuels, la prolongation de la détention provisoire ne peut avoir pour objet et pour effet de priver les personnes incarcérées de leur droit d'obtenir un examen de leur situation par un juge.

Retenir que les mandats de dépôt sont prolongés de plein droit aurait pour conséquence, à titre d'illustration, qu'une personne incarcérée après renouvellement d'un premier mandat de dépôt criminel, pour une durée de six mois, verrait sa détention prolongée pour six mois encore et resterait ainsi de nouveau détenue pendant un an sans qu'un juge ait eu à se pencher sur sa situation. De même, s'agissant d'une personne placée en détention provisoire le 26 mars, la première période de son mandat de dépôt criminel expirera dans un an et demi, ce qui ne peut en aucun cas être considéré comme proportionné à la situation.

Cette disproportionnalité s'avère également flagrante en termes purement arithmétiques : augmenter de 2 mois les mandats de dépôt d'une durée 4 mois correspond à une augmentation de 50 % de cette durée ; de 3 mois à une augmentation de 75 % ; de 6 mois pour un premier mandat de dépôt d'1 an, à une augmentation de 50 % et de 6 mois un second mandat de dépôt criminel d'une durée de 6 mois à une augmentation de 100 % ! En clair, tous les détenus provisoires vont voir augmenter de manière substantielle la durée de leur détention en cours, alors que des dispositions ont par ailleurs été adoptées pour faciliter, de manière exceptionnelle, le recours à des moyens de télécommunications étendus qui permettent d'assurer *a minima* le respect du principe du contradictoire, lequel est l'une des finalités de l'accès effectif à un juge.

Vainement ferait-on valoir que les personnes concernées peuvent quoi qu'il en soit solliciter leur remise en liberté. Car la faculté de présenter une demande de mise en liberté ne constitue pas une garantie suffisante pour compenser cette absence de contrôle par un juge de la durée de la détention provisoire et de la nécessité de prolonger cette mesure au-delà des durées de quatre, six mois et un an des mandats de dépôt, compte tenu de ce que la procédure a été modifiée de telle manière qu'elle ne peut plus être regardée comme efficiente : absence de possibilité de saisir le juge par courriel, procédure écrite avec un contrôle de la chambre de l'instruction destiné à redresser l'absence de débat contradictoire devant le juge des libertés mais qui est devenu inefficace puisque, en vertu de l'article 18 de l'ordonnance, le délai imparti à la chambre de l'instruction pour se prononcer est porté à deux mois.

Enfin et surtout, au visa de cette atteinte portée aux droits d'accès au juge et à l'exercice des droits de la défense, l'article 6 de la CEDH peut être invoqué pour écarter l'application de l'article 16 de l'ordonnance. Ce texte dispose que :

« 1. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. [...]

2. Toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie.

3. Tout accusé a droit notamment à [...] :

c. se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent ».

L'article 6 de la convention trouve à s'appliquer s'agissant de la matière pénale et plus précisément concernant la détention provisoire (CEDH, 23/03/2016, BLOKHIN c. RUSSIE, 47152), ce qui

implique le droit pour toute que toute personne à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, le droit à un recours effectif étant en tout état de cause garanti par l'article 13 de la CEDH.

Or, le droit à un recours effectif est apprécié *in concreto* par la Cour (CEDH, 27/03/2003, PAULINO TOMAS contre le Portugal, 58698/00). Jusqu'à présent, la procédure de prolongation de la détention provisoire garantissait l'accès à un tribunal indépendant et impartial, et l'article 16 de l'ordonnance tel qu'interprété par la circulaire prive le détenu d'accès à un tribunal pour une durée de 2 mois, 3 mois ou 6 mois, selon la peine encourue. Cet obstacle se combine avec d'autres : le confinement généralisé de la population, qui empêche de façon drastique les déplacements d'avocats ; la saisine par courrier avec accusé de réception (article 4 de l'ordonnance), alors que la plupart des bureaux de poste sont fermés.

En conséquence, en sus de la méconnaissance de l'article 5 de la CEDH, l'article 16 de l'ordonnance contestée ne répond pas plus aux exigences de l'article 6 de la CEDH.

Pour conclure, il n'est pas inutile de rappeler certains chiffres et données scientifiques, lesquels ne peuvent que nourrir les analyses juridiques.

D'après le Conseil de l'Europe, au 31 janvier 2018, les personnes incarcérées en détention provisoire en France représentaient 29,5 % de la population carcérale française totale, ce qui est bien au-dessus de la médiane européenne de 22,4 %. D'après l'administration pénitentiaire, au 1er janvier 2018 on comptait déjà 19 815 prévenus, soit 28,7 % de la population carcérale, dont 78 % en attente de jugement, contre un peu plus de 18 000 en 2016 et environ 16 500 en 2014 et 2015.

Selon les statistiques de l'administration pénitentiaire, au 1^{er} janvier 2020, sur 70 651 détenus hébergés, 21 075 sont prévenus, soit 29,83 %.

Plusieurs études ont par ailleurs mis en évidence que la décision de placement en détention provisoire a une incidence importante sur la décision de condamnation et sur la peine prononcée par la juridiction de jugement (Commission de suivi de la détention provisoire, rapport annuel 2017-2018, Ministère de la Justice). Plus la détention provisoire est longue, plus la proportion de condamnés est élevée, et plus la proportion de condamnations à une peine d'emprisonnement ferme est importante, ce que décrit notamment Virginie Gautron (« La justice pénale est-elle discriminatoire ? Une étude empirique des pratiques décisionnelles dans cinq tribunaux correctionnels », oct 2014 ; chercheuse et maître de conférence en droit pénal et sciences criminelles à l'Université de Nantes), ayant conclu que « *toutes choses égales par ailleurs, le fait d'être jugé en comparution immédiate ou celui d'avoir été placé en détention provisoire multiplie chacun par huit la probabilité d'une condamnation à un emprisonnement ferme* ».

Il importe également de garder à l'esprit que la décision de placement en détention provisoire est très souvent corrélée aux inégalités, notamment sociales. Ainsi, toujours selon Virginie Gautron, notamment le fait d'être né à l'étranger ou sans domicile fixe multiplie par cinq les « chances » d'être placé en détention provisoire.

Comme l'affirme l'adage, « Justice delayed is Justice denied ».