

SCP COLIN – STOCLET  
Avocat au Conseil d'Etat  
et à la Cour de cassation  
14 avenue Pierre 1<sup>er</sup> de Serbie  
75116 PARIS  
contact@scp-mcs.fr  
Tel. 01.47.20.58.29 - Fax 01.47.20.16.72

**REFERE-LIBERTE**  
(L 521-2 du CJA)

**N° 439984**

**CONSEIL D'ETAT**

**SECTION DU CONTENTIEUX**

**INTERVENTION EN DEMANDE**

**POUR :**

Le syndicat de la magistrature, dont le siège est 91, rue de Charenton, 75012 Paris, représenté par sa présidente en exercice, domiciliée en cette qualité audit siège

**Ayant pour avocat au Conseil d'Etat  
La SCP COLIN – STOCLET**

**AU SOUTIEN DE LA REQUETE DU :**

Syndicat des avocats de France

**Ayant pour avocat au Conseil d'Etat  
La SCP SEVAUX – MATHONNET**

**CONTRE :**

1°) 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

2°) La circulaire NOR JUSS2008571C du 26 mars 2020 présentant les dispositions de l'ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020

3°) La circulaire contenue dans un courriel de la directrice des affaires criminelles et des grâces prescrivant aux chefs de parquet de considérer que l'allongement des délais de détention provisoire prévu par l'article 16 de l'ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020 portant adaptation de règles de procédure pénale s'applique aux titres de détention eux-mêmes et non à la durée maximale de la détention provisoire.

## FAITS ET PROCEDURE

I.- 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.

Notamment, le décret n° 2020-260 du 16 mars 2020 a initié une période de confinement en réglementant les déplacements de l'ensemble de la population.

Par une décision du 22 mars 2020 (n° 439674), le juge des référés du Conseil d'Etat, statuant en application de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, a enjoint au Premier ministre et au ministre de la santé et des solidarités, d'une part, de réexaminer ou de préciser la portée de certaines dérogations aux mesures de confinement et, d'autre part, d'évaluer les risques pour la santé publique du maintien des marchés ouverts compte tenu de leur taille et de leur niveau de fréquentation.

Un décret n° 2020-293 du 23 mars 2020 a repris en son sein les mesures précitées édictées par différents arrêtés : mesures d'hygiène et de distanciation sociale dites « mesures barrières » devant être observées en tous lieux du territoire, interdiction des rassemblements de plus de 100 personnes, fermeture de l'ensemble des lieux accueillant du public non indispensables à la vie de la Nation sauf exceptions, interdiction de déplacement des personnes sauf motifs réprécisés à la suite de la décision du Conseil d'Etat rendue la veille.

II.- Entre temps, s'agissant de l'activité des juridictions judiciaires, une circulaire du 14 mars 2020 « *relative à l'adaptation de l'activité pénale et civile des juridictions aux mesures de prévention et de lutte contre la pandémie covid-19* » a été adoptée par la directrice des affaires criminelles et des grâces et le directeur des affaires civiles et du sceau (n° NOR JDS2997740C).

Anticipant le fait que la fermeture des établissements scolaires allait conduire de nombreux agents à bénéficier d'autorisations d'absence, que l'impact sur les transports allait conduire à des absences ou des réductions du temps de présence, et que les personnes vulnérables étaient appelées à rester à leur domicile afin de ne pas être exposées au virus, la circulaire a autorisé l'ensemble des

juridictions et services à mettre en œuvre les plans de continuation d'activité (PCA) déjà préparés si le taux d'absentéisme ou la situation locale le justifie.

La circulaire se donnait également pour objet « *d'identifier les difficultés susceptibles de se poser dans le traitement judiciaire des affaires pénales et civiles et de préciser les instructions de politique pénale adaptées à ces circonstances exceptionnelles* ».

Cependant, dès le lendemain, 15 mars 2020, la garde des sceaux, ministre de la justice, annonçait publiquement la fermeture de l'ensemble des juridictions et le maintien du service pour les « *contentieux essentiels* ».

Dans la pratique, les plans de continuation de l'activité qui ont été établis au sein des juridictions montrent que sont considéré comme des contentieux essentiels : les audiences de comparution immédiate ; le contentieux de la détention provisoire et des mesures de contrôle judiciaire ou d'assignation à résidence sous surveillance électronique ; le contentieux de la protection des mineurs et des majeurs incapables.

**III.-** 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<sup>e</sup> 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* » :

*« b) Adaptant, interrompant, suspendant ou reportant le terme des délais prévus à peine de nullité, caducité, forclusion, prescription, inopposabilité, déchéance d'un droit, fin d'un agrément ou d'une autorisation ou cessation d'une mesure, à l'exception des mesures privatives de liberté et des sanctions. Ces mesures sont rendues applicables à compter du 12 mars 2020 et ne peuvent excéder de plus de trois mois la fin des mesures de police administrative prises par le Gouvernement pour ralentir la propagation de l'épidémie de covid-19;*

*c) Adaptant, aux seules fins de limiter la propagation de l'épidémie de covid-19 parmi les personnes participant à la conduite et au déroulement des instances, les règles relatives à la compétence territoriale et aux formations de jugement des juridictions de l'ordre administratif et de l'ordre judiciaire ainsi que les règles relatives aux*

délais de procédure et de jugement, à la publicité des audiences et à leur tenue, au recours à la visioconférence devant ces juridictions et aux modalités de saisine de la juridiction et d'organisation du contradictoire devant les juridictions ;

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 ;

e) Aménageant aux seules fins de limiter la propagation de l'épidémie de covid-19 parmi les personnes participant ou impliquées dans ces procédures, d'une part, les règles relatives à l'exécution et l'application des peines privatives de liberté pour assouplir les modalités d'affectation des détenus dans les établissements pénitentiaires ainsi que les modalités d'exécution des fins de peine et, d'autre part, les règles relatives à l'exécution des mesures de placement et autres mesures éducatives prises en application de l'ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante ».

**IV.-** 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 relatives à la garde à vue permettant la prolongation de la garde à vue d'un mineur de plus 16 ans et les gardes à vue de plus de 48 heures sans présentation la personne concernée devant le magistrat compétent.

Elle contient également des dispositions prévoyant un allongement de la durée de la détention provisoire « de plein droit », dont la durée dépend des peines encourues ou un allongement des délais applicables dans le cadre de la procédure de comparution immédiate.

V.- Par ailleurs, une circulaire NOR JUSS2008571C du 26 mars 2020 présentant les dispositions de l'ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020, est venue éclaircir 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 étaient prolongés de plein droit dès lors qu'ils arrivaient à expiration sans qu'il soit nécessaire que la durée totale de la détention provisoire parvienne au délai maximum prévu par la loi. 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 indiquait 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 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 » (cf production).*

Par un recours déposé le 1<sup>er</sup> avril 2020, le syndicat des avocats de France a demandé au juge des référés du Conseil d'Etat, sur le fondement des dispositions de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, de :

- **SUSPENDRE** l'exécution des dispositions des articles 4, 5, 13, 14, 16, 17, 24, dernier alinéa, et 30 de l'ordonnance n° 2020-303 du 24 mars 2020 ;
- **SUSPENDRE** l'exécution de la circulaire contenue dans un courriel de la directrice des affaires criminelles et des grâces prescrivant aux magistrats du parquet prescrivant les modalités selon lesquels devaient être appliquées les dispositions de l'article 16 de l'ordonnance n° 2020-303 du 24 mars 2020.

C'est le recours au soutien duquel le syndicat exposant intervient.

## DISCUSSION

### VI.- Sur la recevabilité de l'intervention du syndicat exposant

#### VI.1.- Le Conseil d'Etat juge que :

*« Est recevable à former une intervention, devant le juge du fond, comme devant le juge de cassation, toute personne qui justifie d'un intérêt suffisant eu égard à la nature et à l'objet du litige » (CE Sect., 25 juillet 2013, n° 350661 ; voir par exemple CE, 19 juin 2015, n° 386291).*

#### VI.2.- En l'espèce, l'article 3 des statuts du syndicat exposant stipule :

*« Le Syndicat a pour objet :*

*1°) de veiller à ce que l'autorité judiciaire puisse exercer en toute indépendance sa mission de garant des droits de l'homme, des libertés fondamentales et de l'égalité de tous et de toutes devant la loi ;*

*2°) de veiller à la défense des libertés et des principes démocratiques ;*

*3°) d'étudier et de promouvoir toutes les réformes nécessaires concernant l'organisation du service public de la justice et le fonctionnement de l'institution judiciaire, ainsi que le recrutement, la formation et la carrière des magistrat·e·s ;*

*4°) d'informer les membres du corps judiciaire et de défendre leurs intérêts collectifs ;*

*5°) d'assurer l'assistance et la défense des membres du corps judiciaire ;*

*6°) à ces fins, d'engager toutes actions, y compris contentieuses, tendant à assurer le respect des droits et libertés à valeur constitutionnelle ou garantis par les conventions internationales, ou de s'y associer. »*

Compte-tenu de cet objet, le syndicat exposant doit être considéré comme justifiant d'un intérêt suffisant au succès du recours en référé liberté initié par le syndicat des avocats de France, qui tend en substance, ainsi qu'il va être rappelé ci-dessous, à obtenir la suspension d'un certain nombre de mesures portant atteinte aux droits et libertés fondamentaux et notamment, au droit à la sureté, à l'intérêt supérieur de l'enfant et aux droits de la défense.

## VII.- Sur la recevabilité de la requête

**VII.1.-** L'ordonnance attaquée n'ayant fait l'objet d'aucune ratification par le Parlement, elle constitue un acte susceptible de recours devant le juge administratif et, notamment, d'un recours en référé liberté.

**VII.2.-** S'agissant des circulaires également attaquées, il convient de rappeler qu'une circulaire de la direction des affaires criminelles et des grâces qui prescrit aux magistrats du parquet les modalités selon lesquelles doivent être appliquées les dispositions résultant d'une loi, présente un caractère impératif et est, à ce titre et en application de la jurisprudence *Duvignères*, susceptible de recours (CE, 28 avril 2006, n° 279832).

Dans le cas présent, la circulaire du 26 mars 2020 précise le sens des dispositions de l'article 16 de l'ordonnance et y ajoute en prescrivant de retenir que la prolongation concerne la durée de tous les mandats de dépôt arrivant à expiration et non uniquement la durée des mandats de dépôt dont le renouvellement n'était pas possible compte tenu de ce que la durée totale de la détention provisoire atteint les maximums prévus par la loi.

De l'emploi du présent de l'indicatif et des exemples donnés par la circulaire (p. 9), il résulte que cette dernière ne se contente pas d'éclairer sur le sens des dispositions législatives mais en prescrit les modalités d'application, et qu'elle revêt de ce fait un caractère impératif.

Il suffit, pour s'en convaincre, de tenir compte du courriel de la directrice des affaires criminelles et des grâces venu confirmer l'analyse présentée dans la circulaire du 26 mars 2020.

Ce courriel est destiné à mettre fin aux interrogations sur la position adoptée par la Chancellerie, et dont dépend concrètement le point de savoir s'il y a lieu de saisir le juge des libertés et de la détention pour prolonger les mandats de dépôt arrivant à expiration ou s'il convient de maintenir sous écrou, sans saisine du juge des libertés et de la détention, toutes les personnes concernées pour la durée correspondante à la prolongation prévue par l'article 16 précité.

Cette interprétation est ainsi diffusée à titre de prescription. Preuve en est la dernière phrase du courriel, qui indique que « *Les saisines du juge des libertés et de la détention déjà intervenues deviennent sans objet du fait de son application*

*immédiate* », ce qui vaut instruction impérative de ne pas audiencier ces affaires, et plus encore de cesser de saisir le juge des libertés et de la détention pour toute prolongation et de maintenir en détention les personnes concernées.

Ce courriel vient donc confirmer le caractère impératif de la circulaire du 26 mars 2020 s'agissant des modalités d'application de l'article 16 de l'ordonnance.

La requête est donc recevable.

### **Sur les conditions posées par l'article L. 521-2 du code de justice administrative**

**VIII.-** L'article L. 521-2 du code de justice administrative dispose :

*« Saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. Le juge des référés se prononce dans un délai de quarante-huit heures. »*

La mise en œuvre des pouvoirs conférés par ce texte au juge des référés est donc subordonnée à la double condition que soit démontrée une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale et que la demande soit justifiée par l'urgence.

Avant de démontrer en quoi certaines dispositions de l'ordonnance attaquée doivent être suspendues en application de ce texte, l'exposant entend liminairement apporter certaines précisions sur les libertés fondamentales auxquelles les dispositions contestées portent atteinte (IX) ainsi que sur la question de l'urgence (X).

**IX.-** Parmi les libertés fondamentales pouvant justifier la mise en œuvre des dispositions de l'article L. 521-2 du code de justice administrative figurent le droit à un procès équitable et précisément le droit d'accéder au juge ainsi que le principe de l'exercice des droits la défense (a), l'exigence d'une protection de l'intérêt supérieur de l'enfant (b) et le droit à la sûreté (c).

a) 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* » (Conseil constit., décision n° 208-709 du 1er juin 2018, cons.10).

Du point de vue de la procédure de référé liberté, la possibilité d'exercer un recours effectif devant un juge présente le caractère d'une liberté fondamentale (CE, 13 mars 2006, n° 291118, mentionné aux tables ; 4 mars 2010, n° 336700, mentionné aux tables).

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 Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (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).

Le juge des référés du Conseil d'Etat a notamment eu l'occasion de juger que « *la possibilité d'assurer de manière effective sa défense devant le juge a le caractère d'une liberté fondamentale* » (CE, référé, 18 septembre 2008, n° 320384, aux tables).

Il a regardé comme une liberté fondamentale la présomption d'innocence en tant qu'elle « *concourt à la liberté de la défense* » (CE, 14 mars 2005, n° 278435, publié au recueil).

Le droit d'accès au juge et l'exercice des droits de la défense peuvent certes faire l'objet de limitations.

Mais 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, Conseil 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* habilite 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 : il appartient en effet, même en cas de circonstances exceptionnelles, au juge administratif, de vérifier qu'une disposition de nature législative adoptée sur habilitation ne porte atteinte au principe du respect des droits de la défense, que dans la mesure où « *il était indispensable de le faire* » pour répondre à ces circonstances (CE, Ass., 19 octobre 1962, *Canal, Robin et Godot*, Rec. p. 552).

Il a également été retenu, à l'égard des mesures individuelles que constituent les assignations à résidence prises sur le fondement de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955, que c'est un contrôle entier que le juge administratif doit exercer, dans le cadre du référé liberté, pour s'assurer qu'en l'état de l'instruction devant lui, l'autorité administrative, opérant la conciliation nécessaire entre le respect des libertés et la sauvegarde de l'ordre public, n'a pas porté d'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale, que ce soit dans son appréciation de la menace que constitue le comportement de l'intéressé, compte tenu de la situation ayant conduit à la déclaration de l'état d'urgence, ou dans la détermination des modalités de l'assignation à résidence (CE, 11 déc. 2015, n° 395009, publié au recueil).

On peut ainsi d'emblée relever que les dispositions de l'ordonnance sont ici critiquées en tant qu'elles 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.

**b)** Il résulte par ailleurs de la décision 2018-768 QPC que découle des dixième et onzième alinéas du Préambule de la Constitution de 1946 une exigence de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant de valeur constitutionnelle (Conseil constit., 21 mars 2019, n° 2018-768 QPC).

L'article 3-1 de la convention internationale des droits de l'enfant dispose en outre

*" Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ".*

Le Conseil d'Etat intègre l'intérêt supérieur de l'enfant au sein des libertés fondamentales dont le juge des référés assure le respect (CE, 9 janvier 2015, n° 386865 ; 15 février 2017, n° 407355).

**c)** Il résulte enfin des articles 7 et 9 de la Déclaration des droits de l'homme le droit à la sûreté, qui est le droit pour toute personne à ne pas être privée de sa liberté, ainsi que le droit respect de la présomption d'innocence, dont découle également l'interdiction de toute rigueur qui ne serait pas nécessaire (Conseil 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.

Les personnes définitivement condamnées dont la peine arrive à expiration ne peuvent être maintenues incarcérés, 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.

**X.- Sur l'urgence**, comme l'a rappelé le juge des référés du Conseil d'Etat dans son ordonnance précitée du 22 mars 2020 (n° 439674), il peut ordonner, dans le cadre de la procédure de référé liberté, « *les mesures d'urgence qui lui apparaissent de nature à sauvegarder, dans un délai de quarante-huit heures, la liberté fondamentale à laquelle il est porté une atteinte grave et manifestement illégale* ».

Le juge des référés a notamment admis que créait une situation d'urgence justifiant la suspension d'un acte en application des dispositions de l'article L. 521-2 du code de justice administrative une note de service imposant systématiquement des fouilles intégrales aux détenus sortant de parloirs en raison de leur fréquence et de leur caractère répété (CE, Réf., 6 juin 2013, n° 368816, mentionné aux tables).

Au cas présent, pour les raisons qui suivent, il y a lieu d'ordonner la suspension :

- de l'article 14 de l'ordonnance attaquée [garde à vue] (X) ;
- de l'article 16 [prolongation des délais de détention provisoire] (XI) ;
- de l'article 17 [allongement des délais prévus pour la procédure de comparution immédiate] (XII) ;
- de l'article 24, dernier alinéa [allongement du délai imparti à la chambre d'application des peines pour se prononcer sur l'appel à caractère suspensif du parquet] (XIII) ;
- et de l'article 30 [prorogation des mesures de placement de mineurs sans audition des parties] (XIV).

## **XI.- Sur les dispositions de l'article 14 de l'ordonnance attaquée**

*[garde à vue : absence de présentation devant le juge en cas de prolongation de la garde à vue d'un mineur]*

L'article 14 de l'ordonnance attaquée dispose :

*« Les prolongations des gardes à vue des mineurs âgés de seize à dix-huit ans, ainsi que les prolongations des gardes à vue prévues par l'article 706-88 du code de procédure pénale, peuvent intervenir sans présentation de la personne devant le magistrat compétent. »*

**XI.1.-** Ce texte offre la possibilité de prolonger la garde à vue d'un mineur sans présentation de la personne concernée devant le juge compétent, ni physiquement ni par visioconférence.

Cette possibilité résulte directement de loi d'habilitation n° 2020-290 du 23 mars 2020.

Ces dispositions d'habilitation contreviennent toutefois au droit à la sûreté et à la garantie judiciaire garantis par l'article 5 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et précisément par son §3 qui impose que toute personne privée de sa liberté doit être aussitôt présentée à un juge,

Elles contreviennent également à l'article 3-1 de la convention internationale relative aux droits de l'enfant.

En effet, compte tenu de la vulnérabilité que présente un mineur placé en garde vue, même âgé de plus de 16 ans, la possibilité de prolonger cette mesure sans présentation de l'intéressé heurte le principe selon lequel l'intérêt de l'enfant doit être pris en compte en toute matière.

La présentation du mineur devant le juge compétent, ne serait-ce que par visioconférence, est impérative. La circonstance que l'absence de présentation serait décidée par le magistrat compétent est sans conséquence puisque ce dernier prend sa décision de ne pas se faire présenter le mineur au regard des seules informations que lui communiquent les services de police et les services sociaux.

Cette restriction au principe de l'intérêt supérieur de l'enfant ne trouve dans les circonstances actuelles aucune justification puisque la présentation peut avoir lieu par visioconférence.

Les dispositions critiquées de la loi d'habilitation sont manifestement contraires aux stipulations des articles 5 de la Convention européenne des droits de l'homme et 3-1 de la convention internationale relative aux droits de l'enfant, ce dont il résulte que les dispositions de l'ordonnance attaquée qui les mettent en oeuvre portent une atteinte grave et manifestement illégale aux mêmes libertés fondamentales que constituent le droit à la sûreté et l'exigence de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant.

**XI.2.-** Compte-tenu des conséquences, pour les mineurs mis en cause, de l'absence de présentation devant le juge compétent, la suspension de cette disposition doit être considérée comme s'imposant dans un délai de 48 heures, **de sorte que la condition d'urgence doit être considérée comme remplie.**

La suspension de l'exécution de ces dispositions s'impose.

## **XII.- Sur les dispositions de l'article 16 de l'ordonnance attaquée**

*[allongement des délais de détention provisoire]*

L'article 16 de l'ordonnance prévoit 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'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 encourrent une peine d'au moins sept ans d'emprisonnement. Les prolongations prévues par le présent article ne s'appliquent qu'une seule fois au cours de chaque procédure ».*

La circulaire d'application du 26 mars 2020 retient 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.**

Le courriel du 27 mars 2020 de la directrice des affaires criminelles et des grâces indique ainsi aux chefs de parquet que :

*« la notion de "délais maximums" 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 » (cf production).*

Les deux conditions justifiant la suspension de cette disposition sont dès lors remplies.

**XII.1.-** Le d) du 2) du I de l'article 11 de la loi n° 2020-290 dispose que le législateur peut prendre 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 ».*

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 butoir de la détention provisoire, c'est-à-dire ceux à l'expiration desquels il n'est plus possible de renouveler les mandats de dépôt.

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

En premier lieu, pour se convaincre que la loi d'habilitation vise l'allongement des délais maximum de détention et que ces délais ne concernent que les délais dits butoir, et aucunement la durée des mandats de dépôt, il suffit 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.

S'agissant de la matière correctionnelle, l'article 145-1 prévoit que :

*« En matière correctionnelle, la détention provisoire ne peut excéder quatre mois si la personne mise en examen n'a pas déjà été condamnée pour crime ou délit de droit commun soit à une peine criminelle, soit à une peine d'emprisonnement sans sursis d'une durée supérieure à un an et lorsqu'elle encourt une peine inférieure ou égale à cinq ans.*

*Dans les autres cas, à titre exceptionnel, le juge des libertés et de la détention peut décider de prolonger la détention provisoire pour une durée qui ne peut excéder quatre mois par une ordonnance motivée conformément aux dispositions de l'article 137-3 et rendue après un débat contradictoire organisé conformément aux dispositions du sixième alinéa de l'article 145, l'avocat ayant été convoqué selon les dispositions du deuxième alinéa de l'article 114. Cette décision peut être renouvelée selon la même procédure, sous réserve des dispositions de l'article 145-3, la durée totale de la détention ne pouvant excéder un an. Toutefois, cette durée est portée à deux ans lorsqu'un des faits constitutifs de l'infraction a été commis hors du territoire national ou lorsque la personne est poursuivie pour trafic de stupéfiants, association de malfaiteurs, proxénétisme, extorsion de fonds ou pour une infraction commise en bande organisée et qu'elle encourt une peine égale à dix ans d'emprisonnement.*

*A titre exceptionnel, lorsque les investigations du juge d'instruction doivent être poursuivies et que la mise en liberté de la personne mise en examen causerait pour la sécurité des personnes et des biens un risque d'une particulière gravité, la chambre de l'instruction peut prolonger pour une durée de quatre mois la durée de deux ans prévue au présent article. La chambre de l'instruction, devant laquelle la comparution personnelle du mis en examen est de droit, est saisie par ordonnance motivée du juge des libertés et de la détention selon les modalités prévues par le dernier alinéa de l'article 137-1, et elle statue conformément aux dispositions des articles 144, 144-1, 145-3, 194, 197, 198, 199, 200, 206 et 207 ».*

Pour la matière criminelle, l'article 145-2 prévoit que :

*« En matière criminelle, la personne mise en examen ne peut être maintenue en détention au-delà d'un an. Toutefois, sous réserve des dispositions de l'article 145-3, le juge des libertés et de la détention peut, à l'expiration de ce délai, prolonger la détention pour une durée qui ne peut être supérieure à six mois par une ordonnance motivée conformément aux dispositions de l'article 137-3 et rendue après un débat contradictoire organisé conformément aux dispositions du sixième alinéa de l'article 145, l'avocat ayant été convoqué conformément aux dispositions du deuxième alinéa de l'article 114. Cette décision peut être renouvelée selon la même procédure.*

*La personne mise en examen ne peut être maintenue en détention provisoire au-delà de deux ans lorsque la peine encourue est inférieure à vingt ans de réclusion ou de détention criminelles et au-delà de trois ans dans les autres cas. Les délais sont portés respectivement à trois et quatre ans lorsque l'un des faits constitutifs de l'infraction a été commis hors du territoire national. Le délai est également de quatre ans lorsque la personne est poursuivie pour plusieurs crimes mentionnés aux livres II et IV du code pénal, ou pour trafic de stupéfiants, terrorisme, proxénétisme, extorsion de fonds ou pour un crime commis en bande organisée.*

*A titre exceptionnel, lorsque les investigations du juge d'instruction doivent être poursuivies et que la mise en liberté de la personne mise en examen causerait pour la sécurité des personnes et des biens un risque d'une particulière gravité, la chambre de l'instruction peut prolonger pour une durée de quatre mois les durées prévues au présent article. La chambre de l'instruction, devant laquelle la comparution personnelle du mis en examen est de droit, est saisie par ordonnance motivée du juge des libertés et de la détention selon les modalités prévues par le dernier alinéa de l'article 137-1, et elle statue conformément aux dispositions des articles 144, 144-1, 145-3, 194, 197, 198, 199, 200, 206 et 207. Cette décision peut être renouvelée une fois sous les mêmes conditions et selon les mêmes modalités.*

*Les dispositions du présent article sont applicables jusqu'à l'ordonnance de règlement ».*

Il résulte ainsi de ces dispositions 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.

Si la loi fixe une durée de détention provisoire en matière correctionnelle, 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.

M. Desportes et Mme 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<sup>e</sup> 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.

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.

En second lieu, pour se convaincre 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 dispositions précitées de la loi du 23 mars 2020 et à celles de l'ordonnance attaquée.

D'abord, 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, 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 » (art . 18 et 19).

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 par ailleurs retenue par l'ordonnance d'une prolongation de plein droit.

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.

Dès lors, en tant qu'elle prévoit une prolongation de plein droit sans intervention du juge, et en tant qu'elle permettrait 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 est entachée d'une illégalité manifeste.

**b)** Dès lors, l'ordonnance attaquée doit être considérée comme portant une atteinte manifestement illégale au droit à la sûreté et la présomption d'innocence, sans que les termes de la loi d'habilitation puissent être considérés comme justifiant une telle atteinte.

Le droit à la sûreté et la présomption d'innocence qui résultent des articles 7 et 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen imposent en effet que nul ne peut être privé de sa liberté autrement que dans le cas prévu par la loi, et que, dans le cas où cette privation de liberté a lieu avant jugement, cette mesure ne traduise pas l'emploi d'une rigueur qui ne serait pas nécessaire.

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, 1 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.

Par ailleurs, sur le plan de 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.

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 et six mois des mandats de dépôt, compte tenu de ce que la procédure a été allégée de telle manière qu'elle ne peut plus être regardée comme efficiente : 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 ineffectif 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.

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.

Il en résulterait la nécessité de suspendre l'ordonnance en son article 16.

**XII.2.-** Dans l'hypothèse où l'ordonnance attaquée serait considérée comme ne permettant une prolongation de la détention provisoire que pour les mandats de dépôt qui ne peuvent être renouvelés en raison de l'expiration des délais maximum de la détention provisoire, et non à l'ensemble des mandats de dépôt, les circulaires attaquées doivent ainsi être considérées comme portant une atteinte grave et manifestement illégale au droit à la sûreté et à la présomption d'innocence, en tant qu'elles prescrivent de maintenir en détention sans décision de prolongation, des personnes qui n'aurait pu subir un tel sort que si le juge aurait ordonné la prolongation de la détention.

En prescrivant une application de l'ordonnance contraire au contenu de cette dernière et en enjoignant de ce fait aux magistrats du parquet de maintenir en détention des personnes dont la durée du mandat de dépôt est arrivé à expiration et dont la détention devait faire l'objet d'une décision de prolongation, les circulaires emportent une atteinte grave et manifestement illégale au droit à la sûreté et à la présomption d'innocence.

**XII.4.-** Enfin, dans la mesure où les dispositions contestées permettent la prolongation, de plein droit, de détentions provisoires qui seraient, sinon, parvenues à leur terme, **la condition d'urgence doit être considérée comme remplie.**

En particulier, en tant qu'elle prive de leur liberté les personnes dont la durée de la détention devait atteindre le maximum légal dans les 48 heures, et qui auraient dû être libérées lorsque ce maximum était atteint, ces dispositions doivent être considérées comme créant une situation d'urgence, et ce de manière plus évidente encore si l'on prend en considération le risque de contamination qui existe actuellement au sein des maisons d'arrêt.

On peut rappeler à cet égard que 20.000 personnes sont actuellement détenues provisoirement dans l'attente de leur jugement, soit environ un tiers des détenus. 82 % des mineurs incarcérés le sont au titre de la détention provisoire, ce qui représente environ 700 mineurs.

La suspension de ces circulaires s'impose ainsi, en tout état de cause.

### **XIII.- Sur les dispositions de l'article 17 de l'ordonnance attaquée**

*[allongement des délais prévus pour la comparution immédiate]*

L'article 17 de l'ordonnance dispose que :

*« En cas de comparution immédiate :*

*1° Le délai de trois jours ouvrables prévu par le troisième alinéa de l'article 396 du code de procédure pénale est porté à six jours ;*

*2° Le délai maximal de six semaines prévu par le premier alinéa de l'article 397-1 du code de procédure pénale et le délai maximal de quatre mois prévu par le deuxième alinéa du même article sont respectivement portés à dix semaines et à six mois ;*

*3° Le délai de deux mois prévu par le troisième alinéa de l'article 397-3 du code de procédure pénale et le délai de quatre mois prévu par le dernier alinéa du même article sont respectivement portés à quatre et six mois ;*

*4° Le délai de quatre mois prévu au deuxième alinéa de l'article 397-4 du code de procédure pénale est porté à six mois.*

*En cas de comparution à délai différé, le délai de deux mois prévu par le troisième alinéa de l'article 397-1-1 du code de procédure pénale est porté à quatre mois ».*

Les deux conditions justifiant la suspension de cette disposition sont remplies.

**XIII.1.-** Il convient d'avoir à l'esprit qu'à l'exception de celui prévu l'article 397-4 (délai imparti à la cour d'appel), les délais précités permettent de maintenir privée de sa liberté une personne qui n'est ni condamnée, ni même mise en examen, et sur laquelle reposent des charges suffisantes qui n'ont été appréciées que par le ministère public, au moment où ce dernier a fait le choix de cette procédure de comparution immédiate (art. 395), et non par un juge de jugement ou d'instruction. La décision de placement en détention provisoire prise par le juge des libertés et de la détention ou par le tribunal correctionnel en application de ces dispo-

sitions dépend uniquement des garanties de représentation ou de motifs de sûreté, sans appréciation des charges retenues par le ministère public. Il en résulte donc une atteinte à la présomption d'innocence d'autant plus forte que la privation de liberté a lieu sans appréciation par un juge de l'existence de charges suffisantes justifiant un renvoi devant le tribunal (comme en matière de détention avant jugement) ou d'indices graves ou concordants justifiant une mise en examen (comme en matière de détention provisoire pendant une instruction préparatoire).

Par suite, seules des considérations particulières tenant aux circonstances actuelles exceptionnelles peuvent justifier que ces délais soient allongés, et cet allongement, à le supposer admis en son principe, doit rester mesuré.

D'autre part, il convient de ne pas perdre de vue que l'allongement des délais ne répond à aucune exigence liée à la mise en œuvre des dispositifs sanitaires ou des « mesures barrières », puisque, allongement ou non des délais, les prévenus seront amenés à comparaître. Il s'agit uniquement de mesures destinées à prévenir le risque d'un manque de personnel judiciaire pour le jugement de ces affaires.

Or, la procédure de comparution immédiate a ceci de particulier qu'il s'agit d'une procédure dite de « traitement en temps réel » avec, d'une part un maintien quasi-assuré du fonctionnement des juridictions pour assurer un minimum de comparution (affectation prioritaire du personnel) et, d'autre part, une possibilité pour les autorités de poursuite de moduler les flux afin d'éviter que le nombre de prévenus en attente d'être jugés soit trop élevé pour que ce jugement puisse avoir lieu dans les délais fixés par les dispositions du code de procédure pénale.

La situation se distingue ainsi de celle afférente aux détentions provisoires, lesquelles mesures existaient déjà lorsque les circonstances exceptionnelles liées à l'épidémie du covid-19 sont apparues, et sur lesquelles les autorités judiciaires ont peu de marge de manœuvre en termes de flux.

Enfin, à le supposer admis en son principe, l'allongement prévu par les dispositions précitées est manifestement excessif.

Le 1<sup>e</sup> de l'article 17 permet une privation de liberté dans l'attente de comparaître de six jours, soit trois fois la durée maximale d'une garde à vue, alors qu'il semble bien peu prévisible que le tribunal ne puisse se réunir dans le délai de trois jours ouvrables prévu par le code de procédure pénale, même dans la situation actuelle. Le fait de prévoir, dans les juridictions de taille modeste, une audience de comparution immédiate deux fois par semaine permet de répondre à ce délai de 3 jours.

Le 2° de l'article 17 permet de maintenir en détention provisoire pendant quatre mois le prévenu lorsque l'affaire n'est pas en état d'être jugée ou si l'intéressé a exercé son droit de ne pas consentir à être jugé le jour de sa comparution, et ce délai est porté à six mois lorsque la peine encourue est supérieure à sept ans d'emprisonnement.

On voit mal, pourtant, comment le tribunal ne pourrait pas se réunir et juger l'affaire, dans les délais du code de procédure pénale, qui sont déjà de six et dix semaines, compte tenu, comme il a été indiqué, de la possibilité dont disposent les autorités de poursuites de maîtriser les flux.

Il est en de même, et de plus fort, pour l'allongement de la durée de détention provisoire de deux à quatre mois prévu en cas de renvoi par l'article 17 3°, et l'allongement de quatre à six mois les délais de détention en cas d'appel par le prévenu.

En définitive, compte tenu du caractère particulièrement attentatoire à la présomption d'innocence et au droit à la sûreté des mesures de privation ordonnées dans le cadre des procédures de comparutions immédiates et des moyens dont disposent les autorités judiciaires pour maîtriser le flux des affaires et à y répondre dans les délais fixés par le code de procédure pénale, les délais dérogatoires fixés par l'ordonnance attaquée dépassent ce que la situation exceptionnelle actuelle impose.

### **XIII.2.- La condition d'urgence doit en outre être considérée comme remplie.**

Selon la circulaire précitée du 26 mars 2020, ces délais s'appliquent aux procédures déjà en cours.

Une personne poursuivie dans ce cadre, ces derniers jours ou dans les jours à venir peut, en cas d'impossibilité pour le tribunal de se réunir, se trouver privée de sa liberté pendant six jours – au lieu de trois. Un prévenu déjà placé en détention provisoire et qui aurait dû être jugé prochainement ne le sera pas et sera maintenu en détention pour plusieurs semaines voire plusieurs mois supplémentaires.

La suspension de l'exécution de l'ordonnance s'impose derechef.

#### **XIV.- Sur les dispositions de l'article 24, dernier alinéa, de l'ordonnance attaquée**

*[allongement du délai imparti à la chambre d'application des peines pour se prononcer sur l'appel à caractère suspensif du parquet]*

L'article 24 de l'ordonnance attaquée prévoit en son dernier alinéa que :

*« Le délai de deux mois prévu par l'article 712-14 du code de procédure pénale est porté à quatre mois ».*

Les deux conditions justifiant la suspension de cette disposition sont remplies.

**XIV.1.-** L'article 712-14 auquel renvoie ce texte dispose :

*« Les décisions du juge de l'application des peines et du tribunal de l'application des peines sont exécutoires par provision. Toutefois, lorsque l'appel du ministère public est formé dans les vingt-quatre heures de la notification, il suspend l'exécution de la décision jusqu'à ce que la chambre de l'application des peines de la cour d'appel ou son président ait statué. L'affaire doit être examinée au plus tard dans les deux mois suivant l'appel du parquet, faute de quoi celui-ci est non avenue. »*

Le délai de deux mois prévu par l'article 712-14 du code de procédure pénale a ceci de particulier qu'il concerne le jugement d'un appel interjeté par le ministère public contre une décision favorable au détenu dans des conditions où la loi confère à cet appel un effet suspensif.

Statuant une question prioritaire de constitutionnalité dirigée contre ces dispositions, la Cour de cassation a jugé qu'elles « assurent un juste équilibre entre, d'une part, l'objectif de mise à exécution effective des condamnations dans les meilleurs délais et celui de prévention des atteintes à l'ordre public, d'autre part, le droit à un recours effectif et le respect des droits de la défense » (Crim., 20 juin 2018, pourvoi n° 18-90014).

Or, en allongeant à quatre mois le délai pendant lequel l'appel du ministre public produit son effet suspensif, l'article 24 de l'ordonnance ne se limite pas à modifier l'équilibre précité pour répondre aux circonstances exceptionnelles liées à

l'épidémie de covid-19 : elle prive de son contenu le droit du détenu à obtenir l'exécution de la chose jugée.

Il convient en effet d'avoir à l'esprit, d'une part que les mesures d'aménagement de peines peuvent intervenir moins de quatre mois avant l'expiration de la peine, ce dont il résulte qu'une suspension de la décision de première instance pendant quatre mois permet au ministère public de faire échec à la chose jugée en première instance et, d'autre part, que ces mesures d'aménagement sont décidées dans un certain contexte, au regard notamment de garanties de réinsertion – logement, promesse d'embauche – que le détenu ne peut maintenir pendant quatre mois si les mesures d'aménagement n'entrent pas en application.

Compte tenu de la particularité du contentieux de l'exécution des peines, l'extension à quatre mois du délai pendant lequel il est fait échec à l'exécution de la décision de première instance a pour effet de vider le droit à l'exécution de la chose jugée de son contenu, ce qui excède ce qui peut être admis en raison des circonstances exceptionnelles.

A cela s'ajoute que la mesure est à rebours de l'objectif poursuivi par le législateur et par le Gouvernement habilité à cette fin, qui est de favoriser les mesures d'aménagement de peines pour réduire le taux d'occupation des établissements pénitentiaires.

Par suite, à supposer que le droit d'obtenir l'exécution de la chose jugée ne soit pas vidé de son contenu, mais uniquement restreint en son exercice, cette restriction n'est pas adaptée à la finalité poursuivie par le législateur et emporte des conséquences manifestement excessives.

L'article 24, dernier alinéa, de l'ordonnance attaqué porte donc une atteinte grave et manifestement illégale au droit d'accès au juge.

**XIV.2.- Il y a en outre lieu de considérer qu'il y a urgence à suspendre cette disposition.**

Sa mise en œuvre conduit en effet à prolonger de deux mois l'effet suspensif attaché à un appel du ministère public dirigé contre une décision favorable au détenu.

En particulier, pour les détenus ayant bénéficié d'une décision favorable du juge d'application des peines ou du tribunal d'application des peines dont l'exécution

est suspendue depuis près de deux mois par l'effet de l'appel du ministère public, les dispositions en cause conduisent à repousser encore de deux mois la décision de la chambre d'application des peines, à faire perdre tout intérêt à la mesure ordonnée en première instance si elle était confirmée, et à priver l'intéressé du bénéfice de la chose jugée en raison du seul appel du ministère public.

S'agissant de mesures telles que des libérations anticipées, dans le contexte de la contamination qui sévit actuellement au sein des établissements pénitentiaires, l'atteinte aux intérêts des personnes concernées est éminemment grave.

### **XV.- Sur les dispositions de l'article 30 de l'ordonnance attaquée**

*[prorogation des mesures de placement sans audition des parties]*

L'article 30 de l'ordonnance attaquée dispose que :

*« Lorsque le délai prévu des mesures de placements ordonnés en application de l'ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante arrive à échéance, le juge des enfants peut, au vu du rapport du service éducatif, d'office et sans audition des parties, proroger ce délai pour une durée qui ne peut excéder quatre mois. Les parents, le mineur et le procureur de la République sont informés de cette prorogation.*

*Le juge peut, dans les mêmes conditions, proroger le délai d'exécution des autres mesures éducatives ordonnées en application de l'ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante, pour une durée qui ne peut excéder sept mois ».*

Les deux conditions justifiant la suspension de cette disposition sont là encore remplies.

**XV.1.-** Si les circonstances exceptionnelles liées à l'épidémie du covid-19 peuvent justifier un allègement de la procédure au terme de laquelle le juge des enfants peut prolonger les mesures de placement, il ne peut être admis qu'une telle prolongation soit décidée sans que le mineur ait été entendu, ne serait-ce que par un procédé de télécommunication audiovisuelle.

En effet, compte tenu des effets d'une mesure de placement sur un mineur, l'exigence d'une protection de l'intérêt supérieur de l'enfant interdit toute prolongation qui ne serait pas concrètement justifiée au regard de la personnalité du mineur et de son évolution depuis sa mise en cause.

Ce qui suppose que le juge entende le mineur.

Cette audition est d'autant plus importante pour la protection de l'intérêt de l'enfant, dans les circonstances actuelles exceptionnelles, qu'elle permet au juge des enfants de connaître précisément, de la bouche du mineur concerné, les conditions de son placement et les difficultés d'ordre sanitaire qu'il pourrait rencontrer.

Les dispositions précitées portent donc à l'exigence de protection de l'intérêt de l'enfant une atteinte qui excède ce qui peut être admis au regard des circonstances exceptionnelles et ce d'autant qu'elle n'a rien d'indispensable puisque l'audition du mineur pourrait avoir lieu par un procédé de visioconférence ou par tout procédé de communication électronique à l'image de ce prévoit l'article 5 de l'ordonnance.

En outre, cette prolongation automatique de quatre mois n'exclut pas explicitement les placements en centre éducatif fermé, qui sont des mesures de contrainte et non des mesures éducatives dont la prolongation pour quatre mois du seul fait des conditions sanitaires serait disproportionnée en matière d'atteinte à la liberté des mineurs concernés.

**XV.2.- L'urgence est en outre caractérisée**, spécialement pour tous les mineurs dont la mesure de placement arrive à échéance dans les 48 heures et pour lesquels l'ordonnance permet au juge des enfants de proroger cette mesure sans audition des parties.

La suspension des dispositions de l'article 30 de l'ordonnance en tant qu'elles permettent la prorogation d'une mesure de placement sans audition du mineur doit donc être ordonnée.

**PAR CES MOTIFS**, et tous autres à produire, déduire, ou suppléer au besoin d'office, l'exposant conclut qu'il plaise au juge des référés du Conseil d'Etat :

- **SUSPENDRE** l'exécution des dispositions des articles 14, 16, 17, 24, dernier alinéa, et 30 de l'ordonnance n° 2020-303 du 24 mars 2020 ;
- **SUSPENDRE** l'exécution de la circulaire contenue dans un courriel de la directrice des affaires criminelles et des grâces prescrivant les modalités selon lesquels devaient être appliquées les dispositions de l'article 16 de l'ordonnance n° 2020-303 du 24 mars 2020

**SCP COLIN – STOCLET**  
**Avocat au Conseil d'Etat**

**PRODUCTIONS :**

1. Ordonnance n° 2020-303 du 24 mars 2020
2. Circulaire NOR JUSS2008571C du 26 mars 2020 présentant les dispositions de l'ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020
3. Courriel de la directrice des affaires criminelles et des grâces du 27 mars 2020.
4. Statuts du syndicat de la magistrature
5. Décision d'ester de la présidente du syndicat de la magistrature.