

SCP BORÉ, SALVE de BRUNETON et MÉGRET

Avocat au Conseil d'État
et à la Cour de cassation
36, avenue Georges Mandel
75116 PARIS

CONSEIL D'ÉTAT

JUGE DES RÉFÉRÉS

REQUÊTE EN RÉFÉRÉ-LIBERTÉ

- POUR :**
- 1°) **Le CONSEIL NATIONAL DES BARREAUX**, ayant son siège 180 boulevard Haussmann à Paris (75008), représenté par sa présidente en exercice, domiciliée audit siège
 - 2°) **L'association CONFÉRENCE DES BÂTONNIERS DE FRANCE ET D'OUTRE-MER**, ayant son siège 12 place Dauphine à Paris (75001), représentée par son président en exercice, domicilié audit siège
 - 3°) **L'ORDRE DES AVOCATS AU BARREAU DE PARIS**, ayant son siège 4 boulevard du Palais, CS80420, à Paris Cedex 1 (75053), représenté par son Bâtonnier en exercice, domicilié audit siège

SCP BORÉ, SALVE de BRUNETON et MÉGRET

- 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 du 26 mars 2020** de présentation des dispositions de l'ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020 portant adaptation de règles de procédure pénale sur le fondement de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19

FAITS ET PROCÉDURE

I. En raison de la pandémie de la maladie à coronavirus 2019-2020, dite “covid-19” (*Coronavirus Disease 2019*) et due au virus SRAS-CoV-2, le Gouvernement a été amené à restreindre, notamment, la liberté de circulation sur le territoire national.

Par décret n° 2020-260 du lundi 16 mars 2020 portant réglementation des déplacements dans le cadre de la lutte contre la propagation du virus covid-19 (*JORF* 17 mars 2020), le premier ministre a ainsi interdit, par principe, « *le déplacement de toute personne hors de son domicile* » en prévoyant des exceptions devant être justifiées par une attestation de déplacement dérogatoire.

Ce décret a été modifié par le décret n° 2020-279 du 19 mars 2020 (*JORF* 20 mars 2020) qui a ajouté de nouvelles exceptions aux interdictions de déplacement.

II. Le Parlement a, par la suite, adopté la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d’urgence pour faire face à l’épidémie de covid-19.

Il a, d’une part, inséré dans le code de la santé publique des dispositions créant un “état d’urgence sanitaire”.

Par dérogation à ces nouvelles dispositions, et aux termes des articles 3 et 22, alinéa 2, de la loi du 23 mars 2020, l’état d’urgence sanitaire a été déclaré pour une durée de deux mois à compter de l’entrée en vigueur de la loi le jour de sa publication au *Journal officiel*, soit le 24 mars 2020.

C’est dans ce cadre que, par décret n° 2020-293 du 23 mars 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l’épidémie de covid-19 dans le cadre de l’état d’urgence sanitaire (*JORF* 24 mars 2020), le premier ministre a, notamment, interdit « *tout déplacement de personne hors de son domicile* » jusqu’au 31 mars 2020.

Le “confinement” a été prolongé, par décret n° 2020-344 du 27 mars 2020, au 15 avril 2020.

L'état d'urgence sanitaire, de son côté, devrait, sauf prorogation par le Parlement, prendre fin le 24 mai 2020.

III. La loi du 23 mars 2020 a, d'autre part, habilité le Gouvernement à prendre, par ordonnances, certaines mesures relevant du domaine de la loi et pouvant entrer en vigueur à compter du 12 mars 2020.

Par ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020 portant adaptation de règles de procédure pénale sur le fondement de la loi du 23 mars 2020 (*JORF* 26 mars 2020), en ses articles 16 et 17, le Gouvernement a, notamment, pris des mesures relatives à la détention provisoire.

Il est ainsi prévu que les « *délais maximums* » de détention provisoire sont augmentés :

- d'une durée de deux mois lorsque la peine encourue est inférieure ou égale à cinq ans d'emprisonnement ;
- d'une durée de trois mois lorsque la peine encourue est de sept ou dix ans d'emprisonnement ;
- d'une durée de six mois en matière criminelle et, en matière correctionnelle, pour l'audiencement des affaires devant la cour d'appel.

La circulaire du 26 mars 2020 de présentation des dispositions de cette ordonnance (NOR : JUSD2008571C) énonce que « *ces prolongations s'appliquent de plein droit, donc sans qu'il soit nécessaire de prendre une décision de prolongation, aux détentions provisoires en cours de la date de publication de l'ordonnance à la date de cessation de l'état d'urgence sanitaire ou ayant débuté pendant cette période. Elles continueront par ailleurs de s'appliquer après la date de cessation de l'état d'urgence sanitaire* » (circulaire, point 1.4.1, p. 8, pénultième paragraphe, soulignement conservé, *BOMJ* complémentaire du 26 mars 2020).

Ce sont l'ordonnance et la circulaire attaquées.

DISCUSSION

IV. L'article L. 521-2 du code de justice administrative dispose que, « *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 Conseil d'État a jugé, à de multiples reprises, que la liberté d'aller et venir constitue une liberté fondamentale au sens de ces dispositions.

Il a ainsi affirmé que « *le refus de renouvellement ou de délivrance d'un passeport à un citoyen français porte atteinte à la liberté d'aller et venir, laquelle comporte le droit de se déplacer hors du territoire français, qui constitue une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 précité du code de justice administrative* » (CE, ord., 9 janvier 2001, *Deperthes*, requête n° 228 928, publié au *Lebon* ; v. aussi CE, ord., 11 mars 2003, requête n° 254791, publié au *Lebon* ; CE, ord., 26 août 2016, *Ligue des droits de l'homme*, requête n° 402742, publié au *Lebon*).

Il a jugé, dans le même sens, qu'« *une décision prononçant l'assignation à résidence d'une personne, prise par l'autorité administrative sur le fondement de l'article 6 de la loi du 3 avril 1955, porte atteinte à la liberté d'aller et venir, qui constitue une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative* » (CE Sect., 11 décembre 2015, requête n° 394990, publié au *Lebon*).

Il a également retenu que « *la liberté d'aller et venir, composante de la liberté personnelle protégée par les articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, constitue une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative* » (CE, 11 avril 2018, requête n° 418027, publié au *Lebon*, § 4).

Le Conseil constitutionnel a, par ailleurs, relevé que le même article 2 de la Déclaration de 1789 avait « *inscri[t] la sûreté au rang des droits de l'homme* » (Cons. const., 4 juillet 1989, décision n° 89-254 DC, cons. 12, nous soulignons), le droit à la sûreté constituant, « *pour chaque citoyen, [...] [la] garantie contre les arrestations, détentions et*

peines arbitraires » (Gérard Cornu [dir.], *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., PUF, 2014, v^o Sûreté, sens 1, a).

L'article 66, alinéa 1^{er}, de la Constitution énonce, dans le même sens, que « *nul ne peut être arbitrairement détenu* ».

Le Conseil d'État a, par ailleurs, précisé que « *le requérant qui saisit le juge des référés sur le fondement des dispositions de l'article L. 521-2 du code de justice administrative doit justifier des circonstances particulières caractérisant la nécessité pour lui de bénéficier à très bref délai d'une mesure de la nature de celles qui peuvent être ordonnées sur le fondement de cet article* » (CE, ord., 28 mars 2008, *C^{ne} du Raincy*, requête n^o 314368, publié au *Lebon*).

Il a retenu que « *la condition d'urgence posée par cet article s'apprécie objectivement et compte tenu de l'ensemble des circonstances de l'espèce[,] qu'à cet égard, doivent être prise en compte, non seulement l'atteinte portée de manière suffisamment grave et immédiate à la situation de la personne qui est visée par l'exécution de la mesure décidée par l'autorité administrative et dont la suspension est demandée, mais également les considérations d'intérêt général qui servent de fondement à cette mesure* » et que « *lorsque l'autorité de police a recours aux pouvoirs qui lui sont conférés par l'article L. 2212-4 du code général des collectivités territoriales, dont l'usage légal est lui-même conditionné par l'existence d'un danger grave ou imminent, le respect de la condition d'urgence exigé par l'article L. 521-2 du code de justice administrative recoupe très largement, l'appréciation que le juge des référés est amenée à porter, en l'état de l'instruction, sur la légalité interne de la mesure de police contestée* » (CE, ord., 9 décembre 2004, *C^{ne} de Béziers*, requête n^o 274852, nous soulignons).

L'urgence peut donc résulter de l'atteinte même portée à une liberté fondamentale, spécialement lorsqu'est en cause la liberté d'aller et venir.

Le Conseil d'État a ainsi jugé que, « *eu égard à son objet et à ses effets, notamment aux restrictions apportées à la liberté d'aller et venir, une décision prononçant l'assignation à résidence d'une personne, prise par l'autorité administrative en application de l'article 6 de la loi du 3 avril 1955, porte, en principe et par elle-même, sauf à ce que l'administration*

fasse valoir des circonstances particulières, une atteinte grave et immédiate à la situation de cette personne, de nature à créer une situation d'urgence justifiant que le juge administratif des référés [soit] saisi sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative » (CE Sect., 11 décembre 2015, requête n° 394990, précité, nous soulignons).

Cette présomption d'urgence est parfaitement justifiée.

Comme des auteurs avisés l'ont justement souligné, « [un] *écueil, que n'avaient pas évité les ordonnances de rejet pour défaut d'urgence, consistait à pousser jusqu'à l'absurde l'examen in concreto de l'urgence, en demandant aux personnes assignées à résidence de justifier de l'impérieuse nécessité qu'elles avaient de pouvoir aller et venir. S'agissant d'une liberté aussi fondamentale, qui conditionne l'exercice des autres libertés, le raisonnement était manifestement inadapté (l'urgence à statuer sur une atteinte à la liberté d'expression s'apprécierait-elle au regard de l'intérêt de ce que l'on a à dire ?)* » (Louis Dutheillet de Lamothe et Guillaume Odinet, « L'urgence dans tous ses états », *AJDA* 2016, p. 247, nous soulignons).

V. Ces conditions sont, en l'espèce, manifestement réunies dès lors que, par application des dispositions de l'ordonnance et la circulaire critiquées, des personnes qui n'ont pas été condamnées font aujourd'hui l'objet de détentions arbitraires, leur incarcération n'étant fondée sur aucun titre délivré par le juge judiciaire.

L'urgence à y mettre fin ne fait donc aucun doute.

Sur l'intérêt à agir

VI. Le Conseil national des barreaux est, aux termes de l'article 21-1, alinéa 1^{er}, de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, un « *établissement d'utilité publique doté de la personnalité morale, [...] chargé de représenter la profession d'avocat notamment auprès des pouvoirs publics* ».

La Conférence des Bâtonniers, selon l'article 1^{er} de ses statuts, est une « *association dont l'objet est l'étude en commun de toutes questions susceptibles d'intéresser la profession d'avocat et d'assurer la défense des intérêts généraux des Ordres, l'expression de leur*

solidarité et la formation de leurs responsables ».

Ils ont naturellement vocation à défendre, de même que l'Ordre des avocats au barreau de Paris, les intérêts des avocats qui assistent quotidiennement les justiciables placés en détention provisoire et aux droits fondamentaux desquels il est porté une atteinte grave par l'ordonnance et la circulaire attaquées.

À titre d'exemple, les requérants ont déjà été jugés recevables à exercer un recours pour excès de pouvoir contre un décret relatif à la lutte contre le blanchiment de capitaux (CE Sect., 10 avril 2008, requête n° 296845, publié au *Lebon*).

Et le Conseil d'État a, encore tout récemment, considéré que le Conseil national des barreaux était recevable à demander l'annulation d'un décret relatif aux modalités d'évaluation des personnes se déclarant mineures (CE, 5 février 2020, *Unicef France et autres*, requête n° 428478, mentionné aux *Tables*).

La recevabilité de la présente requête est donc acquise.

Sur l'atteinte grave et manifestement illégale
au droit à la sûreté et à la liberté d'aller et venir

VII. On rappellera brièvement, d'abord, qu'une ordonnance prise par le Gouvernement en application de l'article 38 de la Constitution, après y avoir été habilité par le Parlement, constitue un « *acte de forme réglementaire* » tant qu'il n'a pas été ratifié (Cons. const., 29 février 1972, décision n° 72-73 L, cons. 3, nous soulignons ; *adde* Cons. const., 10 février 2012, décision n° 2011-219 QPC ; v. aussi *Rép. cont. adm. Dalloz*, v° Contrôle de constitutionnalité des actes administratifs : actes, par Michel Verpeaux, n° 21 ; *JCl. Administratif*, fasc. 35, par Jean-Éric Gicquel, n° 60), en sorte qu'elle peut faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir (CE Sect., 3 novembre 1961, *Damiani*, publié au *Lebon*).

Le Conseil d'État vérifie systématiquement que le pouvoir exécutif n'a pas « *méconnu l'étendue de l'habilitation qui lui avait été accordée* » par le pouvoir législatif (CE, 11 février 2002, requête n° 227273, publié au *Lebon* ; v. aussi, par ex., CE, 17 juin 2019, requête n° 400192, mentionné aux *Tables*).

Doit ainsi être annulé l'article du code de la santé publique résultant d'une ordonnance qui a « *procédé à une extension du champ d'application de règles de procédure pénale par rapport à l'état antérieur du droit [qui] excède les limites de l'habilitation résultant de l'article 1^{er} de la loi du 16 décembre 1999* » (CE, 26 novembre 2001, *Association Liberté Information Santé*, requête n° 222741, publié au *Lebon*, nous soulignons).

Par ailleurs, une ordonnance non ratifiée peut être annulée lorsqu'elle méconnaît un principe constitutionnel (CE Ass., 7 juillet 2006, *France Nature Environnement*, requête n° 283178, publié au *Lebon*) ou les engagements internationaux de la France (CE Ass., 28 mars 1997, *S^{té} Baxter*, requête n° 179049, publié au *Lebon*).

En effet, « *les dispositions d'une loi d'habilitation ne sauraient avoir ni pour objet ni pour effet de dispenser le Gouvernement, dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés en application de l'article 38 de la Constitution, de respecter les règles et principes de valeur constitutionnelle, ainsi que les normes internationales et européennes applicables* » (Cons. const., 26 juin 2003, décision n° 2003-473 DC ; v. aussi Cons. const., 26 juin 1986, décision n° 86-207 DC, cons. 14 et 15).

Et, dans le cadre d'un référé-liberté, le Conseil d'État juge qu'« *il résulte tant des termes de l'article L. 521-2 du code de justice administrative que du but dans lequel la procédure qu'il instaure a été créée que doit exister un rapport direct entre l'illégalité relevée à l'encontre de l'autorité administrative et la gravité de ses effets au regard de l'exercice de la liberté fondamentale en cause* » (CE, 11 avril 2018, requête n° 418027, publié au *Lebon*, § 4)

Tel est manifestement le cas en l'espèce.

VIII. L'article 15 de l'ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020 prévoit que :

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

« Les prolongations de détention provisoire qui découlent de ces dispositions continuent de s'appliquer après la date de cessation de l'état d'urgence sanitaire déclaré et, le cas échéant, prorogé sur le fondement des articles L. 3131-12 à L. 3131-14 du code de la santé publique pour faire face à l'épidémie de covid-19 » (nous soulignons).

L'article 16 du même texte énonce 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 du 26 mars 2020 de présentation des dispositions de cette ordonnance (NOR : JUSD2008571C) énonce que *« ces prolongations s'appliquent de plein droit, donc sans qu'il soit nécessaire de prendre une décision de prolongation, aux détentions provisoires en cours de la date de publication de l'ordonnance à la date de cessation de l'état d'urgence sanitaire ou ayant débuté pendant cette période. Elles continueront par ailleurs de s'appliquer après la date de cessation de l'état d'urgence sanitaire »* (circulaire, point 1.4.1,

p. 8, pénultième paragraphe, soulignement conservé).

La circulaire ajoute qu'« *elles ont ainsi pour conséquence que, pendant une durée, selon les cas rappelés plus haut, de deux mois, trois mois ou six mois, il n'est pas nécessaire que des prolongations soient ordonnées par la juridiction compétente pour prolonger la détention en cours en application des règles de droit commun (juge des libertés et de la détention au cours de l'instruction ; tribunal correctionnel ou chambre de l'instruction pour les audiences en premier ressort ; président de la chambre des appels correctionnels ou de la chambre de l'instruction pour les audiences en appel) » (ibid., p. 8, dernier paragraphe se poursuivant p. 9, soulignement conservé).*

Un exemple d'application est présenté : « *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 dernière prolongation date de trois mois, et dont la détention expire ou doit être prolongée 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 ou moins) ou dans quatre mois (s'il s'agit d'un délit puni de 7 ou 10 ans)* » (ibid., p. 9, § 2, nous soulignons).

Des dispositions similaires sont prévues lorsque, en comparution immédiate, le prévenu « *ne consent pas à être jugé séance tenante* » (article 397-1, alinéa 1^{er}, du code de procédure pénale) et que le tribunal correctionnel ordonne son placement en détention provisoire jusqu'à l'audience à laquelle l'affaire sera appelée.

En droit commun, l'article 397-3 du code de procédure pénale, en ses alinéas 2 à 4, prévoit que :

« *Dans les cas prévus par les articles 395 et suivants, le tribunal peut également placer ou maintenir le prévenu en détention provisoire par décision spécialement motivée. La décision prescrivant la détention est rendue suivant les modalités prévues par les articles 135, 137-3, premier alinéa et 464-1 et est motivée par référence aux dispositions des 1^o à 6^o de l'article 144. Elle est exécutoire par provision.*

« *Lorsque le prévenu est en détention provisoire, le jugement au fond doit être rendu dans les deux mois qui suivent le jour de sa première comparution*

devant le tribunal. Faute de décision au fond à l'expiration de ce délai, il est mis fin à la détention provisoire. Le prévenu, s'il n'est pas détenu pour une autre cause, est mis d'office en liberté.

« Lorsqu'il a été fait application des dispositions du deuxième alinéa de l'article 397-1 [renvoi à une audience devant avoir lieu entre deux et quatre mois, lorsque la peine encourue est supérieure à sept ans d'emprisonnement], le délai prévu à l'alinéa précédent est porté à quatre mois » (nous soulignons).

L'article 17 de l'ordonnance susvisée 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 » (nous soulignons).

Ces dispositions de l'ordonnance prorogent donc de deux mois les effets du mandat de dépôt décerné par le tribunal correctionnel.

Et la circulaire de présentation relève qu'« *il convient de souligner que l'augmentation des délais en matière de comparution immédiate ou de comparution à délai différé s'applique immédiatement aux délais en cours, et pas uniquement aux délais résultant*

des décisions prises après l'entrée en vigueur de l'ordonnance. Ainsi, si un renvoi a été ordonné avant le 26 mars par le tribunal saisi en comparution immédiate, le délai de jugement maximum de deux mois est porté à quatre mois » (circulaire du 26 mars 2020, point 1.4.2, p. 10, § 5, nous soulignons).

Toutes ces dispositions, qui prescrivent des détentions provisoires arbitraires, sont manifestement illégales, à trois égards.

IX. En premier lieu, elles méconnaissent le champ de l'habilitation législative.

L'article 11, I, de la loi du 23 mars 2020 dispose en effet que :

« Dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution, le Gouvernement est autorisé à prendre par ordonnances, dans un délai de trois mois à compter de la publication de la présente loi, toute mesure, pouvant entrer en vigueur, si nécessaire, à compter du 12 mars 2020, relevant du domaine de la loi et, le cas échéant, à les étendre et à les adapter aux collectivités mentionnées à l'article 72-3 de la Constitution : [...]

« 2° Afin de faire face aux conséquences, notamment de nature administrative ou juridictionnelle, de la propagation de l'épidémie de covid-19 et des mesures prises pour limiter cette propagation, toute mesure : [...]

« 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 ; [...]

« 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 ; [...] » (nous soulignons).

Ainsi, le gouvernement a été autorisé à prendre par ordonnance toute mesure « *adaptant, interrompant, suspendant ou reportant le terme des délais prévus à peine de [...]* cessation d'une mesure, à l'exception des mesures privatives de liberté et des sanctions » (article 11, I, 2°, b, nous soulignons).

Il va de soi que les peines d'emprisonnement ferme prononcées n'ont pas vocation à être prorogées pour cela seul que l'état d'urgence sanitaire a été déclaré.

Or constitue également le terme d'un délai prévu à peine de cessation de la mesure privative de liberté l'échéance fixée par un titre de détention provisoire, qu'il s'agisse d'un mandat de dépôt ou d'une décision de prolongation de la détention provisoire.

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*, nous soulignons ; 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).

C'est également pourquoi 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.

Le report de la prise d'effet de la décision de prolongation permet ainsi d'assurer la continuité des titres de détention successifs, à défaut de laquelle la mise en liberté devrait être ordonnée.

Il résulte ainsi des termes exprès de la loi d'habilitation que 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°, d, de la même loi, qui lui ouvrait la possibilité d'« *allonge[r] des délais au cours de l'instruction et en matière d'audiencement* », 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.

Mais, sauf à méconnaître l'étendue de l'habilitation législative, il ne pouvait être ordonner la prolongation de plein droit des titres de détention provisoire délivrés antérieurement à l'entrée en vigueur de l'ordonnance.

Le caractère manifestement illégal de l'atteinte portée au droit à la sûreté et à la liberté d'aller et venir est d'ores est déjà acquis.

Et il y a davantage.

X. Car, en deuxième lieu, l'ordonnance méconnaît l'étendue de l'habilitation législative à un autre titre.

Le Gouvernement n'a, en effet, été habilité à « *adapt[er]* », par ordonnance, « *les règles relatives au déroulement et à la durée des détentions provisoires [...] pour permettre l'allongement des délais au cours de l'instruction et en matière d'audiencement* » qu'« *aux seules fins de limiter la propagation de l'épidémie de covid-19 parmi les personnes* »

participant à ces procédures » (article 11, I, 2^o, d, de la loi du 23 mars 2020, nous soulignons).

Or, d'une part, l'ordonnance prévoit des prolongations « *de plein droit* » des détentions provisoires en cours pour des durées de deux, trois ou six mois.

Pourtant, le confinement de la population – qui manifeste au plus haut degré le souci de « *limiter la propagation de l'épidémie* » – n'a 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.

La situation de l'épidémie en France est, certes, évolutive.

Mais précisément : le Gouvernement ne pouvait, de manière irrévocable, prolonger les effets des mandats de dépôt et des ordonnances de prolongation d'une durée de deux, trois et six mois et 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, nous soulignons).

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.

XI. D'autre part, et surtout, l'ordonnance aménage elle-même, par ailleurs, les audiences du juge des libertés et de la détention appelé à statuer sur la prolongation des détentions provisoires.

L'article 19 de l'ordonnance du 25 mars 2020 prévoit ainsi que :

« *Par dérogation aux dispositions des articles 145-1 et 145-2 du code de procédure pénale, les décisions du juge des libertés et de la détention statuant sur la prolongation de la détention provisoire interviennent au vu des réquisitions écrites du procureur de la République et des observations écrites de la personne et de son avocat, lorsque le recours à l'utilisation du moyen de*

télécommunication audiovisuelle prévu par l'article 706-71 de ce code n'est matériellement pas possible.

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

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

Ces dispositions permettent, 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, sans qu'il soit besoin de prolonger de plein droit les effets des titres de détention déjà délivrés.

Les dispositions de l'ordonnance attaquée excèdent donc, de nouveau, les limites de l'habilitation du Parlement.

XII. En troisième lieu, l'ordonnance attaquée, telle qu'interprétée par la circulaire, dépossède le juge judiciaire des pouvoirs qui lui sont attribués par l'article 66 de la Constitution.

Cette disposition énonce que :

« Nul ne peut être arbitrairement détenu.

« L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi ».

Dans le même sens, l'article 5, § 3, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales prévoit que « toute personne arrêtée ou détenue, dans les conditions prévues au paragraphe 1.c) [relatif à la détention provisoire] du présent article, doit être aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires et a le droit d'être jugée dans un délai raisonnable, ou libérée pendant la procédure [...] » (nous soulignons).

Or l'ordonnance attaquée maintient des personnes en détention provisoire, de façon automatique, au-delà du terme que l'autorité judiciaire a expressément fixé dans le mandat de dépôt ou l'ordonnance de prolongation.

L'incarcération résulte ainsi de la seule volonté du pouvoir exécutif, sans l'intervention du juge judiciaire.

À tous égards, l'atteinte portée au droit à la sûreté et à la liberté d'aller et venir est manifestement illégale.

Sur l'illégalité manifeste de la circulaire

(à titre subsidiaire)

XIII. S'il devait être jugé que l'illégalité manifeste dénoncée ne siège pas dans l'ordonnance elle-même mais dans la circulaire de présentation du 26 mars 2020, c'est alors l'application de cette dernière que le Juge des référés devrait suspendre.

À cet égard, on rappellera seulement qu'une circulaire, lorsqu'elle présente un caractère réglementaire, est susceptible d'être annulée par le juge de l'excès de pouvoir.

Le Conseil d'État affirme ainsi régulièrement que « *le recours formé à l'encontre des dispositions impératives à caractère général d'une circulaire ou d'une instruction doit être accueilli si ces dispositions fixent, dans le silence des textes, une règle nouvelle entachée d'incompétence ou si, alors même qu'elles ont été compétemment prises, il est soutenu à bon droit qu'elles sont illégales pour d'autres motifs [et] qu'il en va de même s'il est soutenu à bon droit que l'interprétation qu'elles prescrivent d'adopter, soit méconnaît le sens et la portée des dispositions législatives ou réglementaires qu'elle entendait expliciter, soit réitère une règle contraire à une norme juridique supérieure* » (CE, 30 janvier 2015, requête n° 371415, mentionné aux *Tables*, nous soulignons ; CE, 9 novembre 2015, *Association générale contre le racisme et pour le respect de l'identité française chrétienne*, requête n° 376107, publié au *Lebon* ; v. également CE, 7 décembre 2016, *Association Plastics Europe*, requête n° 387805 ; CE, 28 février 2019, *Association Groupement d'information et de soutien sur les questions sexuées et sexuelles*, requête n° 417128).

XIV. Il est vrai, au cas présent, que l'article 16 précité de l'ordonnance du 25 mars 2020 prévoit seulement que « *les délais maximums de détention provisoire [...] sont prolongés plein droit* » (nous soulignons), et non la durée des titres de détention déjà délivrés.

Or, au regard des dispositions du code de procédure pénale, deux délais « *maximums* » peuvent être identifiés en matière de détention provisoire.

Il s'agit, d'une part, de la durée maximale du mandat de dépôt initial ou de la prolongation :

- « *en matière correctionnelle, la détention provisoire ne peut [en principe] excéder quatre mois* » (article 145-1, alinéa 1^{er}, du code de procédure pénale) et « *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* » (article 145-1, alinéa 2, du même code, nous soulignons) ;
- « *en matière criminelle, la personne mise en examen ne peut être maintenue en détention au-delà d'un an. Toutefois [...] 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* » (article 145-2, alinéa 1^{er}, du code de procédure pénale, nous soulignons).

Le délai « *maximum* » peut renvoyer, d'autre part, à la durée maximale cumulée de la détention provisoire qui, par l'effet de prolongations successives, peut être portée, jusqu'à l'ordonnance de règlement, à deux ans et quatre mois en matière correctionnelle (article 145-1, alinéas 2 et 3, du code de procédure pénale) et à quatre ans et quatre mois en matière criminelle (article 145-2, alinéas 2 à 4).

Or, loin de se borner à constater que l'un ou l'autre de ces délais maximums prévus par le code de procédure pénale serait prolongé – ce qui permettrait au juge des libertés et de la détention d'ordonner une prolongation supplémentaire de la détention provisoire –, la circulaire du 26 mars 2020 énonce que les titres de détention en cours verraient leurs effets prorogés de plein droit.

Elle enjoint ainsi de maintenir incarcérées des personnes dont le titre de détention a

expiré et prescrit, par là même, leur détention arbitraire, en méconnaissance des dispositions de l'article 16 de l'ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020.

L'illégalité est manifeste.

Sur les mesures nécessaires

XV. L'article L. 521-2 du code de justice administrative confère au juge des référés le pouvoir d'ordonner « *toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale* ».

Il peut, naturellement, ordonner la suspension de l'exécution de l'acte attaqué.

Mais, comme le relève la doctrine, « *bien qu'appelé à statuer à titre conservatoire, le juge ne sera pas limité par l'inventaire des mesures efficaces à rétablir l'intéressé dans son droit et ne devra pas s'interdire de prononcer des injonctions présentant néanmoins un caractère définitif* » (JCl. *Justice administrative*, fasc. 51, par Bernard Faure, n° 62).

Le Conseil d'État a ainsi jugé que « *ces mesures doivent en principe présenter un caractère provisoire, sauf lorsque aucune mesure de cette nature n'est susceptible de sauvegarder l'exercice effectif de la liberté fondamentale à laquelle il est porté atteinte* » (CE, 31 mai 2007, *Syndicat CFDT Interco 28*, requête n° 298293, publié au *Lebon*, nous soulignons ; v. aussi CE, 1^{er} mars 2010, *Association AWSA*, requête n° 33707 ; CE, ord., 27 mai 2019, requête n° 430631 ; CE, ord., 21 juin 2019, *Association L'Auberge des migrants et autres*, requête n° 431115).

Le juge des référés peut ainsi enjoindre à l'autorité administrative de délivrer au requérant la carte nationale d'identité qu'il demande (CE, ord., 11 mars 2003, requête n° 254791, publié au *Lebon*).

Le Conseil d'État a encore affirmé qu'« *il résulte [des] dispositions [des articles L. 511-1 et L. 521-2 du code de justice administrative] que les décisions prises par le juge des référés n'ont, en principe, qu'un caractère provisoire[,] qu'il lui appartient ainsi, lorsqu'il est saisi sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative et qu'il constate une atteinte grave et manifestement illégale portée par une personne morale de droit public à*

une liberté fondamentale, de prendre les mesures provisoires qui sont de nature à faire disparaître les effets de cette atteinte[,] que, toutefois, lorsqu'aucune mesure de caractère provisoire n'est susceptible de satisfaire cette exigence, en particulier lorsque les délais dans lesquels il est saisi ou lorsque la nature de l'atteinte y font obstacle, il peut enjoindre à la personne qui en est l'auteur de prendre toute disposition de nature à sauvegarder l'exercice effectif de la liberté fondamentale en cause [et] qu'il en va ainsi notamment lorsque l'atteinte résulte d'une interdiction dont les effets sont eux-mêmes provisoires ou limités dans le temps » (CE, ord., 30 mars 2007, Ville de Lyon, requête n° 304053, mentionné aux Tables, nous soulignons).

En application de ces principes, le Juge des référés du Conseil d'État a considéré, à l'égard de personnes détenues, qu'« il y a[va]it [...] lieu [...] d'enjoindre à l'administration de prendre, dans les meilleurs délais, toute mesure de nature à assurer et à améliorer l'accès aux produits d'entretien des cellules et à des draps et couvertures propres » (CE, ord., 30 juillet 2015, Section française de l'Observatoire international des prisons, requête n° 392043, publié au Lebon)

Le Conseil d'État a également jugé que c'était « à bon droit que le juge des référés du tribunal administratif de Lille a[va]it enjoint à l'État [...] et à la commune de Calais, de créer, dans des lieux facilement accessibles aux migrants, à l'extérieur du centre de Calais, plusieurs dispositifs d'accès à l'eau leur permettant de boire, de se laver et de laver leurs vêtements, ainsi que des latrines, et d'organiser un dispositif adapté, fixe ou mobile, d'accès à des douches selon des modalités qui devront permettre un accès, selon une fréquence adaptée, des personnes les plus vulnérables » (CE, 31 juillet 2017, C^{ne} de Calais, requête n° 412125, publié au Lebon, nous soulignons ; v. déjà CE, ord., 23 novembre 2015, Ministre de l'intérieur et C^{ne} de Calais, requête n° 394540, publié au Lebon).

Il a aussi retenu qu'« il y a[va]it lieu, dans les circonstances d'[une] espèce, d'une part, d'enjoindre à la ministre des armées de mettre en œuvre dans un délai de huit jours à compter de la notification de la présente décision toute mesure de nature à assurer la mise en sécurité immédiate du requérant et de sa famille, par tout moyen approprié, tel que le financement d'un logement dans un quartier sécurisé de Kaboul et, d'autre part, d'enjoindre aux ministres des armées, de l'intérieur et des affaires étrangères de réexaminer la situation de l'intéressé dans un délai de deux mois à compter de la notification de la [...] décision »

(CE, 14 décembre 2018, requête n° 424847, nous soulignons).

XVI. En l'espèce, la seule mesure de nature à mettre fin immédiatement aux détentions arbitraires en cours est de suspendre l'application des dispositions des articles 15, 16 et 17 de l'ordonnance du 23 mars 2020, telles qu'interprétées par la circulaire de présentation, en ce qu'elles emportent une prorogation de plein droit de deux, trois ou six mois des titres de détention régulièrement délivrés par une autorité judiciaire avant le 26 mars 2020 ou, subsidiairement, de suspendre l'exécution des points 1.4.1 et 1.4.2 de cette circulaire pour les mêmes raisons.

Il conviendra, également, d'enjoindre soit au Gouvernement, soit à la garde des Sceaux, ministre de la justice, de procéder à l'abrogation des dispositions critiquées.

PAR CES MOTIFS et tous autres à produire, déduire ou suppléer, au besoin d'office, les requérants concluent à ce qu'il PLAISE AU JUGE DES RÉFÉRÉS DU CONSEIL D'ÉTAT :

À titre principal :

- **ORDONNER LA SUSPENSION** de l'application des dispositions des articles 15, 16 et 17 de l'ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020, telles qu'interprétées par la circulaire de présentation du 26 mars 2020, en ce qu'elles prolongent de plein droit les effets des titres de détention provisoire délivrés avant le 26 mars 2020 ;
- **ENJOINDRE** au Gouvernement d'abroger ces dispositions ;

À titre subsidiaire :

- **ORDONNER LA SUSPENSION** de l'application des points 1.4.1 et 1.4.2 de la circulaire du 26 mars 2020 de présentation, en ce qu'elles prolongent de plein droit les effets des titres de détention provisoire délivrés avant le 26 mars 2020 ;
- **ENJOINDRE** à la garde des Sceaux, ministre de la justice d'abroger les points 1.4.1 et 1.4.2 de cette circulaire ;

Et en toute hypothèse :

- **METTRE À LA CHARGE** de l'État la somme de 4 000 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

SCP BORÉ, SALVE de BRUNETON et MÉGRET

AVOCAT À LA COUR DE CASSATION

Productions :

1. 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. Circulaire du 26 mars 2020 de présentation des dispositions de l'ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020 portant adaptation de règles de procédure pénale sur le fondement de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19.