



**HAL**  
open science

**”L’encadrement strict des prolongations de plein droit  
des détentions provisoires”, AJ Pénal, Dalloz, 2020, n°  
7-8, p. 346**

Evan Raschel

► **To cite this version:**

Evan Raschel. ”L’encadrement strict des prolongations de plein droit des détentions provisoires”, AJ Pénal, Dalloz, 2020, n° 7-8, p. 346. Actualité juridique Pénal, 2020, n° 7-8, p. 346. hal-02935483

**HAL Id: hal-02935483**

**<https://uca.hal.science/hal-02935483v1>**

Submitted on 16 Sep 2020

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L’archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d’enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

## L'encadrement strict des prolongations de plein droit des détentions provisoires durant l'état d'urgence sanitaire

Evan RASCHEL, Professeur à l'Université Clermont Auvergne

Note sous Cass. Crim., 26 mai 2020, n° 20-81910 (trois arrêts) et Cass. Crim., 26 mai 2020, n° 20-81971 (deux arrêts)

Il est évident et banal d'affirmer que la crise sanitaire a bousculé et bousculera encore des pans entiers de notre droit, notamment pénal. S'il n'y a rien d'illégitime à tenir compte de ces circonstances exceptionnelles, il faut s'assurer que les mesures prises sur leur fondement sont adaptées et proportionnées, spécialement s'agissant d'atteintes aux libertés. C'est précisément ce à quoi s'attachent les arrêts du 26 mai 2020, en contrôlant strictement les prolongations de plein droit des détentions provisoires prononcées durant l'état d'urgence sanitaire.

A en lire les premiers commentaires, largement convergents, « C'est une belle victoire pour les droits de la défense »<sup>1</sup>, autant qu'un « revers pour Belloubet »<sup>2</sup>. Très clairement, ces arrêts revêtent la plus grande importance. Certes, leur objet principal, à savoir l'art. 16 de l'ordonnance du 25 mars 2020<sup>3</sup>, a opportunément été repris, avec le nouvel art. 16-1 inséré par la loi du 11 mai 2020<sup>4</sup>. Il reste que des prolongations de plein droit de détention provisoire ont bel et bien eu lieu durant le confinement : il convient de s'assurer de leur validité.

Précisément, qui sera le gardien des libertés susceptibles d'être bafouées par de telles mesures ? Le Conseil d'Etat avait été le premier saisi, en référé, pour rejeter la requête<sup>5</sup>, par une ordonnance « de tri »<sup>6</sup>, comme dans la quasi-totalité des cas durant la pandémie<sup>7</sup>. Plus que jamais, c'est le juge judiciaire qui paraît « seul garant de la liberté individuelle »<sup>8</sup>, grâce à son rôle de premier contrôleur de la conventionalité. Quant au Conseil constitutionnel, s'il fut saisi par deux arrêts rendus le même 26 mai 2020, l'attente de sa décision n'impose nullement à la chambre criminelle de surseoir à statuer, les requérants étant privés de liberté<sup>9</sup>. Ajoutons la contestation de la conformité de l'ordonnance à la loi d'habilitation, pour se convaincre que les arrêts commentés mériteraient à eux seuls une formidable étude des sources et des juges du droit de la crise sanitaire.

Pour autant, c'est davantage sous l'angle des intérêts – tout aussi nombreux – des arrêts en matière de procédure pénale et de libertés qu'ils seront ici commentés. A cet égard, commençons par rappeler l'origine des difficultés, à savoir l'ordonnance du 25 mars 2020 adoptée sur le

<sup>1</sup> Tweet d'O. Cousi, bâtonnier de Paris, le 27 mai.

<sup>2</sup> J.-B. Jacquin, Prolongation des détentions sans juge : revers pour Belloubet » : *Le Monde*, 28 mai 2020, p. 12 ; adde parlant d'un « camouflet pour le ministère de la justice » : M. Leplongeon, *Le Point*, 26 mai 2020.

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> Art. 1<sup>er</sup>, III, 2° de la loi n° 2020-546 du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions.

<sup>5</sup> CE, ord. 3 avr. 2020, req. n° 439894, et req. n° 439877, 439887, 439890 et 439898 ; V. Dalloz actualités, 9 avr. 2020, obs. J.-B. Perrier.

<sup>6</sup> Art. L. 522-3 CJA.

<sup>7</sup> V. Dalloz actualités, 30 avr. 2020, obs. J. Mucchielli. Relevons, à la décharge du Conseil d'Etat, qu'il statuait au pic de l'épidémie et de l'angoisse en découlant, quand la Cour de cassation rendait les arrêts commentés après quelques semaines de déconfinement...

<sup>8</sup> V. Dalloz actualités, 29 mai 2020, obs. H. Christodoulou.

<sup>9</sup> Ordonnance n° 58-1067 du 7 nov. 1958, art. 23-5.

fondement de la loi du 23 mars. Cette loi permettait d'adapter « *aux seules fins de limiter la propagation de l'épidémie de covid-19 (...), les règles relatives au déroulement et à la durée des détentions provisoires et des assignations à résidence sous surveillance électronique, (...)* »<sup>10</sup>. L'idée partagée par le législateur et le gouvernement, tout à fait compréhensible, était d'éviter que des détenus provisoires soient remis en liberté par l'effet du confinement des juridictions pénales<sup>11</sup>, empêchant ces dernières de statuer dans les délais légaux. Il reste qu'elle n'était pas sans soulever d'importantes difficultés. La première est épidémique, en quelque sorte : alors que la même ordonnance du 25 mars « *facilitait la sortie anticipée des personnes condamnées, pour éviter que les établissements pénitentiaires ne deviennent des foyers de propagation, on pouvait être surpris de cette prolongation aveugle des détentions provisoires* »<sup>12</sup> qui maintiennent des personnes détenues dans des lieux nécessairement à risque. La seconde est juridique : il s'agissait bien, avec l'article 16 de l'ordonnance, de prolonger automatiquement des détentions provisoires<sup>13</sup>, pour une durée de deux à six mois (en fonction de la peine encourue), « *sans audience, sans débat, sans juge, sans avocat, et sans décision, alors même qu'il s'agit de personnes présumées innocentes* »<sup>14</sup>.

Ainsi dans la première affaire<sup>15</sup>, un mis en examen était détenu depuis le 4 avril 2019 : alors que son titre de détention devait expirer le 3 avril 2020, il fut prolongé automatiquement jusqu'au 4 octobre. Dans la seconde<sup>16</sup>, c'est un accusé attendant son jugement devant une cour d'assises qui vit prorogé de plein droit les effets de son mandat de dépôt, du 22 avril au 22 octobre 2020.

Saisie de ces prolongations de plein droit, la Cour de cassation était en premier lieu confrontée à une véritable difficulté d'interprétation (I), puis devait, en second lieu, procéder à des contrôles multiples et variés. D'abord, un contrôle de légalité de l'ordonnance : dépassait-elle les limites de l'habilitation (II) ? Ensuite, un contrôle de constitutionnalité, pour décider de renvoyer deux questions prioritaires au Conseil (III). Enfin, un contrôle de conventionalité (IV), lui permettant de considérablement restreindre les effets de l'ordonnance.

## I. L'interprétation de l'ordonnance

Dès l'entrée en vigueur du texte, de grandes difficultés ont été soulevées, qui ont entraîné des divergences d'analyse par les juridictions du fond. Relevons qu'avec ce seul constat d'interprétations contradictoires, la conventionalité des dispositions concernées pouvait être attaquée. En effet, pour la Cour EDH, l'art. 5 de la Convention impose que les conditions de privation de liberté soient clairement définies en droit interne et que la loi soit prévisible dans son application pour remplir le critère de légalité<sup>17</sup>.

Cette difficulté d'interprétation a été ainsi formulée par la Cour de cassation : « *Il convient de déterminer si l'expression « délais maximums de détention provisoire » désigne la durée totale de la détention*

<sup>10</sup> Art. 11, I, 2°, d) de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19.

<sup>11</sup> V. sur ce thème : J.-B. Thierry, La procédure pénale confinée par voie d'ordonnance : commentaire de l'ordonnance « covid-19 » : Lexbase pénal n° 26, 23 avr. 2020.

<sup>12</sup> J.-B. Perrier, L'honneur de l'équilibriste, la chambre criminelle face à la prolongation sans juge de la détention provisoire : D. 2020, p. 1274, n° 1.

<sup>13</sup> Comp., en droit « commun » : art. 145-1 et 145-2 CPP.

<sup>14</sup> P. Bonfils in Gaz. Pal. 2020/21, p. 20.

<sup>15</sup> Pourvoi n° 20-81971.

<sup>16</sup> Pourvoi n° 20-81910.

<sup>17</sup> V. par ex. : CEDH, 1<sup>ère</sup> sect., 28 mars 2000, n° 28358/95, *Baranowski c/ Pologne*, § 52. Evidemment, la circulaire et le courriel ministériels n'ont à cet égard aucune valeur.

*susceptible d'être subie après l'ultime prolongation permise par le code de procédure pénale ou si elle désigne la durée au terme de laquelle le titre de détention cesse de produire effet en l'absence de décision de prolongation ».*

Pour les demandeurs en cassation, qui pouvaient s'appuyer sur le sens littéral de l'expression « *délais maximums* », et sur certaines décisions<sup>18</sup>, tant que la mesure pouvait être prolongée par le juge, éventuellement sans audience, il était inutile d'y procéder automatiquement : seules les détentions provisoires insusceptibles d'être renouvelées étaient concernées.

Mais c'est une autre interprétation que retint une circulaire du 26 mars 2020 - confirmée par un... courriel de la DACG<sup>19</sup> - et surtout la chambre criminelle dans les arrêts commentés. Pour ce faire, cette dernière procéda à une véritable analyse, à la fois littérale et téléologique, retracée par une motivation enrichie<sup>20</sup>, dans le détail de laquelle il est malheureusement impossible de revenir ici<sup>21</sup>. Retenons en revanche la solution, notamment déduite de la « *prolongation de plein droit* » de ces délais maximums : « *l'article 16 s'interprète comme prolongeant, sans intervention judiciaire, pour les durées qu'il prévoit, tout titre de détention venant à expiration, mais à une seule reprise au cours de chaque procédure* ». La Cour de cassation constate qu'au surplus, cette lecture n'est pas en contradiction avec la loi du 11 mai 2020, qui avait précisément pour but de confirmer l'interprétation ministérielle, et qui a pour cela introduit un article 16-1 dans l'ordonnance du 25 mars, mettant fin aux prolongations de plein droit et dont il résulte qu'elles s'appliquaient soit à une échéance intermédiaire, soit à la dernière échéance possible de la détention provisoire<sup>22</sup>.

Cet alignement de la Cour sur la position ministérielle, et sur celle d'une certaine pratique judiciaire, n'est pas dénué de pragmatisme. Si elle avait retenu la solution inverse, les titres susceptibles d'être renouvelés auraient été considérés comme ayant été prolongés irrégulièrement<sup>23</sup> – indépendamment même des questions de légalité, de constitutionnalité et de conventionalité posées par l'ordonnance.

## II. Le contrôle de légalité

Le moyen des demandeurs en cassation exposait, dans l'une de ses branches, qu'en prévoyant cette prolongation de plein droit des détentions provisoires, l'ordonnance (du 25 mars) dépassait les limites de la loi d'habilitation (du 23 mars). Ce reproche est évacué rapidement par la Cour<sup>24</sup>, alors qu'il méritait quelques explications. En effet, l'art. 11, I, 2°, d) de la loi précitée n'envisageait nullement l'absence de toute décision judiciaire relative aux prolongations : leur caractère automatique semble bien être une initiative du Gouvernement... L'ordonnance (qui conserve une nature réglementaire tant qu'elle n'a pas été ratifiée) aurait pu être écartée sur le fondement de l'art. 111-5 CP : l'acte est bien illégal s'il dépasse les limites de l'habilitation<sup>25</sup>, et de son examen dépend la solution soumise au juge pénal.

<sup>18</sup> V. not. CA Nancy, ch. Instr., 5 mai 2020 : Dalloz actualités, 22 mai 2020, obs. S. Fucini.

<sup>19</sup> Confirmant l'originalité de certaines pratiques normatives durant la crise sanitaire. V. très critique : F. Nguyen, Le débat contradictoire de prolongation de détention devant le JLD et l'état d'urgence sanitaire : Lexbase pénal n° 26, 23 avr. 2020.

<sup>20</sup> § 9-20 (n° 20-81910) et 14-25 (n° 20-81971).

<sup>21</sup> Adde les conclusions (en ligne) de l'avocat général F. Desportes, p. 15 et s.

<sup>22</sup> M. Léna, AJ Pénal mai 2020, p. 213.

<sup>23</sup> Autour de 2.900 renouvellements de plein droit auraient eu lieu, au 30 avril, selon les conclusions précitées de F. Desportes, p. 4.

<sup>24</sup> § 22-25 (n° 20-81910) et § 27-30 (n° 20-81971).

<sup>25</sup> CE, 6ème et 1ère sous-sections réunies, 13 juillet 2006, n° 286711.

Soulignons encore que le législateur n'a attendu que quelques semaines avant de revenir sur l'ordonnance du 25 mars<sup>26</sup> : n'est-ce pas le signe d'un dépassement de la loi initiale d'habilitation ?

Les arrêts commentés confirment la faible portée, voire la faible normativité des lois d'habilitation<sup>27</sup>, en examinant les problématiques posées par l'ordonnance sous l'angle exclusif des libertés.

### III. Le contrôle de constitutionnalité

Rappelons en premier lieu qu'en application de la théorie de la « loi-écran », il n'appartient pas à la Cour de cassation de se prononcer sur la constitutionnalité d'une ordonnance prise en application d'une loi : seul le Conseil constitutionnel a compétence pour se prononcer, directement ou indirectement, sur la conformité d'une loi à la Constitution.

Cette question de la constitutionnalité sera donc tranchée par le Conseil, saisi de deux questions prioritaires en ce sens<sup>28</sup>. Parmi les textes susceptibles d'avoir été méconnus, figure principalement l'art. 66 de la Constitution : c'est évidemment le rôle de l'autorité judiciaire de garant de la liberté individuelle qui est mis en exergue. Au regard de ce texte, « *La question posée présente un caractère sérieux, (...), en ce que la disposition critiquée pourrait ne pas préciser suffisamment les modalités de l'intervention du juge judiciaire lors de l'allongement des délais de détention* »<sup>29</sup>. C'est un euphémisme : l'art. 11, I, 2<sup>o</sup>, d) ne prévoit strictement rien quant à l'éventuelle intervention du juge... En tous les cas, peuvent être censurées les lois d'habilitation qui sont soit par elles-mêmes, soit « *par les conséquences qui en découlent nécessairement, contraires à une règle ou à un principe de valeur constitutionnelle* »<sup>30</sup>.

En revanche, la Cour refuse de renvoyer la question portant sur les dispositions de la loi du 11 mai 2020, car elles ne sont pas applicables au litige<sup>31</sup>. Par conséquent, leur constitutionnalité pourra être attaquée ultérieurement, à l'occasion d'autres affaires.

Le Conseil censurera-t-il la loi concernée ? Il a jusqu'ici validé largement les lois prises dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, y compris celles méconnaissant assez ouvertement la Constitution<sup>32</sup>... Sa décision devra être étudiée avec attention, quoiqu'il statue alors que la Cour de cassation s'est déjà prononcée sur la conventionalité de l'ordonnance.

### IV. Le contrôle de conventionalité

La France ayant fait le choix – « *risqué* »<sup>33</sup> - de ne pas exercer le droit de dérogation prévu à l'art. 15 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la Cour de cassation a dû se demander si l'art. 16 de l'ordonnance était conforme à l'art. 5 de ladite Convention (« Droit à la liberté et à la sûreté »).

<sup>26</sup> Loi précitée n° 2020-546 du 11 mai 2020.

<sup>27</sup> V. pour une rare décision similaire : Cass. Crim., 17 nov. 2009, n° 09-81531.

<sup>28</sup> D'après sa « note explicative », c'est la première fois que la chambre criminelle examinait une QPC portant sur une loi d'habilitation.

<sup>29</sup> Arrêts n° 971 et 973.

<sup>30</sup> V. par ex. : Cons. Const., 22 juill. 2005, n° 2005-521 DC, cons. 7.

<sup>31</sup> Arrêt n° 1061.

<sup>32</sup> V. J.-E. Gicquel, La loi organique Covid-19 et l'irrespect non sanctionné de la Constitution, note sous Cons. Const., 26 mars 2020, n° 2020-799 DC : Gaz. Pal. 7 avr. 2020, p. 27.

<sup>33</sup> F. Sudre, La mise en quarantaine de la CEDH : JCP G 2020, 510 ; comp. S. Touzé, La restriction vaudra toujours mieux que la dérogation : JCP G 2020, 511.

Si cet art. 5 ne condamne ni explicitement ni directement la pratique des prolongations automatiques des détentions provisoires, la Cour européenne a bien indiqué qu'au-delà de la décision initiale de placement en détention, le juge doit contrôler la privation de liberté de façon périodique<sup>34</sup>, à « *des intervalles raisonnables* ». Ces exigences ont pour raison d'être qu'un détenu ne doit pas courir le risque de rester en détention longtemps après le moment où sa privation de liberté a perdu toute justification<sup>35</sup>. Les décisions portant sur la prolongation des détentions sont évidemment des occasions privilégiées de tels contrôles.

La Cour de cassation, paraissant plus exigeante encore, souligne l'importance d'examens réguliers et automatiques : « *l'exigence conventionnelle d'un contrôle effectif de la détention provisoire ne peut être abandonnée à la seule initiative de la personne détenue ni à la possibilité pour la juridiction compétente d'ordonner, à tout moment, d'office ou sur demande du ministère public, la mainlevée de la mesure de détention* »<sup>36</sup>.

Formellement, la chambre criminelle ne retient pas d'incompatibilité de principe de l'art. 16 au droit européen des droits de l'homme, mais l'importance des réserves émises aboutit à un résultat comparable... En effet elle exige que « *la juridiction qui aurait été compétente* » se prononce « *dans un délai rapproché courant à compter de la date d'expiration du titre ayant été prolongé de plein droit* ». En dehors des circonstances exceptionnelles que nous vivons, la Cour de cassation se serait sans doute montrée plus sévère : l'intervention du juge n'a pas à survenir avant l'expiration, ni même immédiatement après...

Plus précisément, elle fixe la durée de ces délais – il faudrait s'interroger sur cette possibilité pour le juge, au prétexte de contrôler la conventionalité d'une loi, de la réécrire à ce point<sup>37</sup>... Si la personne n'a pas encore été jugée, ils sont d'un (délits) ou de trois mois (crimes), tandis qu'après une première condamnation, le délai est en toute matière trimestriel. Ces délais ont été choisis « *en tenant compte des circonstances de fait exceptionnelles résultant du contexte épidémique* »<sup>38</sup>. Ils ont pour but de limiter les mises en liberté d'office, et permettront effectivement aux juges de remplir ces exigences<sup>39</sup>... du moins en matière criminelle : pour les délits, la situation est bien plus compliquée. Comme le communiqué du 26 mai de la garde des Sceaux le reconnaissait, le délai d'un mois en matière délictuelle « *conduira à la remise en liberté de détenus provisoires qui n'ont pas déposé de demande de mise en liberté, pour lesquels un tel examen non prévu par les textes n'a d'évidence pas été opéré* ». En urgence, Nicole Belloubet a donc « *demandé à ses services d'évaluer le nombre de détenus concernés* », en précisant qu'aucun détenu en matière terroriste ne l'était.

Ainsi, dans les espèces commentées, la détention du premier demandeur n'est prolongée au 4 octobre qu'à condition qu'un juge se prononce dans le délai de trois mois fixé par la Cour de cassation (soit le 4 juillet) ; quant au second, sa détention ne sera effectivement prolongée jusqu'au 22 octobre qu'à condition qu'un juge se prononce avant le 22 juillet.

Ce contrôle doit se tenir selon les formes prévues, incluant un débat contradictoire, quitte à ce que celui-ci se tienne selon les modalités prévues par l'art. 19 de l'ordonnance du 25 mars

<sup>34</sup> CEDH, 5<sup>ème</sup> sect., 2 oct. 2012, n° 14743/11, *Abdulbakov c/ Russie* (non-traduit en français), § 209.

<sup>35</sup> V. les références jurisprudentielles citées par J.-B. Perrier, L'honneur de l'équilibriste : art. préc., n° 19.

<sup>36</sup> § 35 (n° 20-81910) et § 40 (n° 20-81971).

<sup>37</sup> S. Detraz y voit une « œuvre de législateur » (blog du Club des juristes, 5 juin 2020).

<sup>38</sup> § 36-37 (n° 20-81910) et § 41-42 (n° 20-81971).

<sup>39</sup> V. comparant cela à des « rattrapages » : J.-B. Perrier, L'honneur de l'équilibriste : art. préc., n° 17.

(télécommunication audiovisuelle<sup>40</sup>, voire procédure écrite) – du moins tant que cet article demeure applicable (jusqu'à un mois après la cessation de l'état d'urgence).

A défaut d'un tel contrôle, l'intéressé doit être immédiatement remis en liberté (sauf s'il est par ailleurs détenu pour une autre cause).

En réalité, il ressort des arrêts de la Cour de cassation que trois hypothèses sont réservées, dans lesquelles une intervention du juge ne sera pas nécessaire, puisqu'un contrôle aura déjà été réalisé. Dans ces conditions, le nombre réel de remises en liberté ne devrait pas être si important.

Dans la première, la juridiction compétente (en première ou seconde instance) a, dans le respect de l'art. 5 de la Convention EDH, statué sur la nécessité du maintien de la détention provisoire, dans les délais requis. Dans la seconde, la juridiction a procédé de même, d'office ou lors de l'examen d'une demande de mise en liberté. Dans la troisième, le juge a déjà exercé son contrôle en application de l'art. 16-1, al. 5 de l'ordonnance du 25 mars, tel qu'introduit par la loi précitée du 11 mai. Cet article prévoit que lorsque la détention provisoire a été prolongée de plein droit, au cours de l'instruction, pour une durée de six mois, cette prolongation ne peut maintenir ses effets jusqu'à son terme que par une décision prise par le JLD, qui doit intervenir au moins trois mois avant le terme de la prolongation.

---

<sup>40</sup> Comp., la position traditionnelle du Conseil constitutionnel, réticent à la visio-conférence en matière de libertés : Cons. Const., 21 mars 2019, n° 2019-778 DC, § 234 ; Cons. Const., 30 avr. 2020, n° 2020-836 QPC.