

N^{os} 440037, 440165

REPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

- ORDRE DES AVOCATS AU CONSEIL
D'ETAT ET A LA COUR DE
CASSATION
- M. C...

Le Conseil d'Etat statuant au contentieux
(Section du contentieux, 6^{ème} et 5^{ème} chambres réunies)

Mme Fanélie Ducloz
Rapporteuse

Sur le rapport de la 6^{ème} chambre
de la Section du contentieux

M. Olivier Fuchs
Rapporteur public

Séance du 10 février 2021
Décision du 5 mars 2021

Vu les procédures suivantes :

1° Sous le n° 440037, par une requête et deux mémoires en réplique, enregistrés le 9 avril 2020 et les 22 janvier et 1^{er} février 2021 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, l'Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, le Conseil national des barreaux, l'Ordre des avocats au barreau de Paris et l'association Conférence des bâtonniers de France et d'outre-mer demandent au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler les articles 4, 5, 7, 13, 14, 15, 16, 17 et 30 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, et la circulaire de présentation du 26 mars 2020 de la garde des sceaux, ministre de la justice ;

2°) de dire que l'augmentation des délais de procédure prévue par l'article 4 de l'ordonnance du 25 mars 2020 s'applique aux délais prévus par la loi du 29 juillet 1881, que sont augmentés tous les délais de recours à compter du 12 mars 2020, qu'une décision prononcée à une audience autre que celle au cours de laquelle ont eu lieu les débats sera qualifiée de décision contradictoire à signifier, que les délais de recours ont été suspendus entre le 12 et le 26 mars 2020, que les recours formés par lettre recommandée avec demande d'avis de réception et par courriel ont pour date celle de leur envoi, que le juge a l'obligation de motiver sa décision lorsqu'il recourt à un moyen de télécommunication audiovisuelle contre la volonté des parties,

que l'avocat doit donner son accord pour le recours à un moyen de télécommunication pour l'entretien confidentiel avec une personne gardée à vue et que l'avocat qui intervient à distance dans le cadre d'une garde à vue peut obtenir copie des pièces visées à l'article 63-4-1 du code de procédure pénale ;

3°) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 4 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Ils soutiennent que :

- l'article 2 de l'ordonnance du 25 mars 2020 porte une atteinte disproportionnée au droit à un procès équitable garanti par les stipulations de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales en ce qu'il impose le maintien des dispositions des articles 5, 7, 14 et 30 un mois après la fin de l'état d'urgence sanitaire ;

- l'article 4 de l'ordonnance du 25 mars 2020 méconnaît l'article 11 de la loi d'habilitation du 23 mars 2020 et le droit à un recours juridictionnel effectif et le principe de l'égalité des armes garantis par les stipulations de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales en ce qu'il ne prévoit pas que l'allongement des délais de recours s'applique à tous les délais arrivant à échéance après le 12 mars 2020 ;

- il méconnaît le droit d'accès à un juge et le droit à un recours effectif garantis par les stipulations de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales en ce qu'il ne prévoit pas la suspension des délais de recours entre le 12 et le 26 mars 2020, en ce qu'il ne prévoit pas de report du point de départ du délai de recours contre une décision contradictoire prononcée à une audience autre que celle à laquelle ont eu lieu les débats, en ce qu'il ne prévoit pas que la date à laquelle un recours formé par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par courrier électronique sera réputé avoir été exercé est la date d'envoi et en ce qu'il ne prévoit pas que la déclaration de pourvoi peut être formée par télécopie ;

- l'article 5 de l'ordonnance du 25 mars 2020 méconnaît l'article 11 de la loi d'habilitation du 23 mars 2020 en ce qu'il autorise le recours au téléphone ;

- il porte une atteinte excessive aux droits de la défense et au droit à un procès équitable garantis par les stipulations de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales en ce que, d'une part, il ne soumet à aucune condition le recours à un moyen de télécommunication audiovisuelle, d'autre part il ne prévoit pas l'obligation, pour le juge, de motiver sa décision de recourir, contre la volonté des parties, à un tel moyen de télécommunication audiovisuelle ;

- l'article 7 de l'ordonnance du 25 mars 2020 porte une atteinte manifestement disproportionnée au droit à un procès équitable garanti par les stipulations de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales en ce qu'il ne soumet pas la décision de tenir l'audience à « publicité restreinte » à une obligation de motivation particulière ;

- l'article 13 de l'ordonnance du 25 mars 2020 porte une atteinte disproportionnée aux droits de la défense garantis par les stipulations de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales en ce qu'un officier de police judiciaire peut imposer à l'avocat d'intervenir selon des moyens de communication à distance ;

- l'article 14 de l'ordonnance du 25 mars 2020 porte atteinte à la liberté individuelle et aux droits de la défense garantis par les stipulations de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales en ce qu'il supprime toute obligation de présentation du gardé à vue devant le magistrat amené à statuer sur la prolongation de la garde à vue ;

- les articles 15, 16 et 17 de l'ordonnance du 25 mars 2020, tels qu'interprétés par la circulaire du 26 mars 2020, sont contraires aux exigences de l'article 5, paragraphe 3 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales en ce qu'ils permettent une prolongation de plein droit des détentions provisoires, sans débat préalable devant l'autorité judiciaire ;

- l'article 30 de l'ordonnance du 25 mars 2020 méconnaît les droits de la défense et le principe du contradictoire garantis par les stipulations de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que l'intérêt supérieur de l'enfant, en ce qu'il autorise le juge à prononcer la prolongation des mesures éducatives d'office, sans audition des parties.

Par un mémoire en défense, enregistré le 19 juin 2020, le garde des sceaux, ministre de la justice conclut au rejet de la requête. Il soutient qu'aucun des moyens de la requête n'est fondé.

La requête a été communiquée au Premier ministre, qui n'a pas produit de mémoire.

2° Sous le n° 440165, par une requête, enregistrée le 20 avril 2020 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, M. D... C... demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler l'article 16 de l'ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020 portant adaptation de règles de procédure pénale sur le fondement de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 et la circulaire de présentation du 26 mars 2020 de la garde des sceaux, ministre de la justice, en ce qu'elle concerne les prolongations de la détention provisoire ;

2°) de transmettre, à titre très subsidiaire, une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne relative à la conformité de l'article 16 de l'ordonnance du 25 mars 2020 tel qu'interprété par la circulaire du 26 mars 2020 avec les articles 6, 47, 48 de la charte des droits fondamentaux et les articles 3 et 4.1 de la directive n° 2016/343 du 9 mars 2016 ;

3°) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 3 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Il soutient que :

- l'article 16 de l'ordonnance du 25 mars 2020, qui prévoit la prolongation systématique de la détention provisoire, méconnaît l'article 11 de la loi d'habilitation du 23 mars 2020 ;

- il méconnaît le principe de sécurité juridique, les articles 3 et 5 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, les stipulations de l'article 3 et du paragraphe 3 de l'article 5 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et l'article 5 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, en ce qu'il autorise une prolongation de plein droit de la détention provisoire, sans débat contradictoire préalable à la prolongation devant l'autorité judiciaire ;

- la circulaire de la garde des sceaux, ministre de la justice, du 26 mars 2020 méconnaît les stipulations de l'article 3 et du paragraphe 3 de l'article 5 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, les articles 5 et 47.1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et la directive 2016/343 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016, en ce qu'elle autorise la prolongation de plein droit des détentions provisoires, sans débat contradictoire préalable à la prolongation devant l'autorité judiciaire ;

- la circulaire de la garde des sceaux, ministre de la justice, du 26 mars 2020 est illégale à raison de l'incompétence de son auteur en ce qu'elle fixe une règle nouvelle relative à la prolongation de plein droit des détentions provisoires, sans débat contradictoire préalable à la prolongation devant l'autorité judiciaire.

Par un mémoire en défense, enregistré le 4 janvier 2021, le garde des sceaux, ministre de la justice conclut au rejet de la requête. Il soutient qu'aucun des moyens de la requête n'est fondé.

La requête a été communiquée au Premier ministre, qui n'a pas produit de mémoire.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

- le code de procédure pénale ;

- la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 ;

- l'ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 ;

- l'ordonnance n° 2020-557 du 13 mai 2020 ;

- le décret n° 2020-260 du 16 mars 2020 ;

- le décret n° 2020-279 du 19 mars 2020 ;

- le décret n° 2020-293 du 23 mars 2020 ;

- le code de justice administrative et le décret n° 2020-1406 du 18 novembre 2020 ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de Mme Fanélie Ducloz, maître des requêtes en service extraordinaire,

- les conclusions de M. Olivier Fuchs, rapporteur public ;

La parole ayant été donnée, après les conclusions, à la SCP Boré, Salve de Bruneton, Mégret, avocat de l'Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation et autres ;

Considérant ce qui suit :

1. Par deux requêtes qu'il y a lieu de joindre, d'une part, l'Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, le Conseil national des barreaux, l'Ordre des avocats au barreau de Paris et l'association Conférence des bâtonniers de France et d'outre-mer demandent l'annulation des articles 2, 4, 5, 7, 13, 14, 15, 16, 17 et 30 de l'ordonnance du 25 mars 2020 portant adaptation de règles de procédure pénale et de la circulaire du 26 mars 2020 de la garde des sceaux, ministre de la justice présentant les dispositions de cette ordonnance et, d'autre part, M. C... demande l'annulation de l'article 16 de la même ordonnance et de la même circulaire en tant qu'elle concerne les prolongations de la détention provisoire.

Sur le cadre juridique :

2. Le Gouvernement a été autorisé, en vertu du 2° du I de l'article 11 de la loi du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, « 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 », à prendre toute mesure, pouvant entrer en vigueur, si nécessaire, à compter du 12 mars 2020, relevant du domaine de la loi « 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 (...) ».

3. Sur le fondement de cette habilitation, l'ordonnance 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 a adapté les règles de la procédure pénale afin, comme l'indique son article 1^{er}, « *de permettre la continuité de l'activité des juridictions pénales essentielle au maintien de l'ordre public* » en édictant des règles dérogatoires applicables, ainsi que le prévoit son article 2, « *sur l'ensemble du territoire de la République jusqu'à l'expiration d'un délai d'un mois à compter de la date de cessation de l'état d'urgence sanitaire déclaré dans les conditions de l'article 4 de la loi du 23 mars 2020* », un décret pouvant toutefois, selon le même article 2, mettre fin à tout ou partie des dispositions de l'ordonnance, sur tout ou partie du territoire de la République, à une date qu'il fixe, avant l'expiration du délai d'un mois à compter de la date de cessation de l'état d'urgence sanitaire. L'article 4 de l'ordonnance du 27 mars 2020 portant adaptation des règles relatives aux difficultés des entreprises et des exploitations agricoles à l'urgence sanitaire et modifiant certaines dispositions de procédure pénale a complété l'article 18 de l'ordonnance du 25 mars 2020. L'article 1^{er} de l'ordonnance du 13 mai 2020 modifiant 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 a complété les articles 2 et 4 de l'ordonnance du 25 mars 2020 et y a inséré un article 28-1. Enfin, la loi du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions a inséré dans l'ordonnance du 25 mars 2020, après l'article 16, un article 16-1.

Sur l'article 4 :

4. L'article 4 de l'ordonnance attaquée du 25 mars 2020 double les délais d'exercice des voies de recours prévus par le code de procédure pénale, en instituant un minimum de dix jours, sauf pour le délai de quatre heures donné par l'article 148-1-1 du code de procédure pénale au procureur de la République pour interjeter appel d'une ordonnance de mise en liberté d'une personne placée en détention provisoire. Il ouvre, en outre, la possibilité, au-delà des modes habituels de dépôt des recours, demandes, mémoires et conclusions, de procéder au dépôt des recours et demandes par la voie d'une lettre recommandée avec accusé de réception et prévoit la possibilité de former appel ou de se pourvoir en cassation par l'envoi d'un courrier électronique faisant l'objet d'un accusé de réception. Ces dispositions s'appliquent, faute de dispositions transitoires, aux délais courant à compter du 26 mars 2020, date d'entrée en vigueur de l'ordonnance du 25 mars 2020 et, dans la mesure où ces dispositions sont plus favorables, aux délais non échus à cette date.

5. En premier lieu, il résulte du I de l'article 11 de la loi du 23 mars 2020 que le législateur a, sur le fondement de l'article 38 de la Constitution, spécialement habilité le Gouvernement agissant par voie d'ordonnance à prendre « *toute mesure pouvant entrer en vigueur, si nécessaire, à compter du 12 mars 2020* » aux fins notamment d'adapter,

d'interrompre, de suspendre ou de reporter le terme des délais prévus à peine de forclusion et d'adapter les règles relatives aux modalités de saisine des juridictions. Si le b) du 2° du I de l'article 11 de la loi du 23 mars 2020 prévoit que les mesures relatives aux délais prévus à peine de forclusion sont rendues applicables à compter du 12 mars 2020, ce n'est qu'à la condition, comme le rappelle le I de cet article, que le pouvoir réglementaire l'ait estimé nécessaire pour faire face aux conséquences sur l'activité juridictionnelle de la propagation de l'épidémie de covid-19 et des mesures prises pour limiter cette propagation. Par suite, le moyen tiré de ce que les dispositions de l'article 4 de l'ordonnance du 25 mars 2020 méconnaissent le I de l'article 11 de la loi du 23 mars 2020 en ce qu'elles ne prévoient pas leur entrée en vigueur à compter du 12 mars 2020 doit être écarté.

6. En deuxième lieu, l'article 1^{er} de l'ordonnance du 13 mai 2020 complète l'article 4 de l'ordonnance du 25 mars 2020 en prévoyant que les dispositions de cet article s'appliquent également aux délais fixés par la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse. L'ordonnance du 13 mai 2020 se borne, sur ce point, ainsi que le fait d'ailleurs valoir le garde des sceaux, à interpréter l'article 4 de l'ordonnance du 25 mars 2020, dès lors que les délais fixés par les dispositions du code de procédure pénale, auquel se réfère cet article, s'entendent des délais fixés par des dispositions prévoyant des voies de recours pour l'ensemble des procédures pénales, y compris celles que prévoit la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse. Dès lors, l'Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation et autres ne sont pas fondés à soutenir que l'article 4 de l'ordonnance du 25 mars 2020 méconnaîtrait les stipulations de l'article 13 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales sur le droit à un recours effectif en ce qu'il ne s'applique pas aux délais d'exercice des voies de recours prévus par la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

7. En troisième lieu, il ne ressort pas des pièces du dossier que les dispositions de l'article 4, qui doublent les délais des voies de recours et ouvrent des modalités supplémentaires par lettre recommandée ou par courriel pour leur exercice, seraient incomplètes ou insuffisantes pour assurer, pour les délais commençant à courir à compter du 26 mars 2020 ou non encore échus à cette date, dans le contexte de la lutte contre l'épidémie de covid-19 et des mesures prises pour éviter sa propagation, l'effectivité du droit au recours garanti par les stipulations de l'article 13 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Si l'Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation et autres soutiennent que ces dispositions soumettent la régularité d'un recours aux aléas de la réception, par les greffes des juridictions judiciaires, d'une lettre recommandée avec accusé de réception ou d'un courrier électronique, de telles difficultés d'application, qu'il appartient, le cas échéant, au juge saisi d'un recours de résoudre, ne caractérisent en tout état de cause pas, par elles-mêmes, une méconnaissance des stipulations de l'article 13 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

8. En quatrième lieu, les dispositions de l'article 4 de l'ordonnance du 25 mars 2020, qui permettent, en plus des modes habituels, l'exercice des voies de recours par lettre recommandée avec accusé de réception et, pour l'appel et le pourvoi en cassation, par courrier électronique avec accusé de réception, ne s'appliquent, ainsi qu'il a été dit précédemment, qu'aux délais de recours courant à compter du 26 mars 2020 et aux délais non échus à cette date. Entre le 17 mars, date à compter de laquelle le Premier ministre a interdit, par un décret du 16 mars 2020, le déplacement de toute personne hors de son domicile sous réserve d'exceptions limitativement énumérées et devant être dûment justifiées, et le 26 mars, une partie a pu être dans l'impossibilité de former un recours, lorsqu'il ne pouvait, en l'état des textes applicables, être formé que par déclaration au greffe de la juridiction compétente. Dans la mesure où il ne

prévoit pas que les délais des recours qui ne pouvaient être formés que par déclaration au greffe et qui étaient échus entre le 17 et le 26 mars 2020 étaient suspendus jusqu'à l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 25 mars 2020, l'article 4 de l'ordonnance porte une atteinte disproportionnée et injustifiée au droit à un recours effectif garanti par les stipulations de l'article 13 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Il y a lieu, en conséquence, d'annuler l'article 4 de l'ordonnance du 25 mars 2020 en tant qu'il ne prévoit pas la suspension des délais fixés par les dispositions du code de procédure pénale ou par la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse pour l'exercice d'une voie de recours entre le 17 et le 26 mars 2020 lorsque le recours ne pouvait, en l'état des textes applicables, être exercé que par déclaration au greffe de la juridiction compétente et que le délai de recours était échu au cours de cette période.

Sur l'article 5 :

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

10. Ces dispositions permettent au juge d'imposer au justiciable le recours à des moyens de télécommunication audiovisuelle ou, le cas échéant, de communication téléphonique devant l'ensemble des juridictions pénales, notamment le tribunal correctionnel, la chambre des appels correctionnels, les juridictions spécialisées pour juger les mineurs en matière correctionnelle, ou lors du débat contradictoire préalable au placement en détention provisoire ou à la prolongation de cette détention, à la seule exception des juridictions criminelles. Elles ne soumettent l'exercice de cette faculté à aucune condition légale et ne l'encadrent par aucun critère. Eu égard à l'importance de la garantie qui s'attache à la présentation physique du justiciable devant la juridiction pénale, ces dispositions portent une atteinte au droit à un procès équitable garanti par l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales que ne peut justifier le contexte de lutte contre l'épidémie de covid-19.

11. Il résulte de ce qui précède que l'article 5 de l'ordonnance attaquée est entaché d'illégalité.

Sur l'article 7 :

12. En vertu de l'article 7 de l'ordonnance attaquée, le président de la juridiction peut, avant l'ouverture de l'audience, décider, par dérogation aux règles de publicité

définies par les articles 306 et 400 du code de procédure pénale, que les débats se dérouleront avec une publicité restreinte, voire à huis clos en cas d'impossibilité de garantir les conditions nécessaires à la protection de la santé des personnes présentes. Il prévoit toutefois que, dans les conditions déterminées par le président, des journalistes peuvent assister à l'audience, y compris lorsque le huis clos a été ordonné.

13. Ces dispositions ont pour objet, dans le contexte exceptionnel de lutte contre l'épidémie de covid-19, d'assurer la continuité des audiences pénales tout en limitant les contacts physiques entre les personnes, en particulier dans les lieux confinés que sont les salles d'audience. Le huis-clos est en outre soumis à la condition qu'il soit impossible, même avec une publicité restreinte, de garantir la protection des personnes présentes à l'audience. Dans ces conditions, ces dispositions peuvent être légalement mises en œuvre par le président sans qu'il soit tenu de motiver de façon spécifique sa décision. Par suite, le moyen tiré de ce que l'article 7 de l'ordonnance du 25 mars 2020 porterait une atteinte injustifiée et disproportionnée au droit à un procès équitable garanti par l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales en ce qu'il ne soumet pas la décision du président de l'audience d'ordonner une publicité restreinte ou le huis-clos à une obligation de motivation particulière doit être écarté.

Sur l'article 13 :

14. L'article 13 de l'ordonnance attaquée permet, par dérogation aux dispositions des articles 63-4 et 63-4-2 du code de procédure pénale, que l'entretien avec un avocat lors de la garde à vue ou de la rétention douanière ainsi que l'assistance par un avocat au cours des auditions se déroule par l'intermédiaire d'un moyen de communication électronique, y compris téléphonique, dans des conditions garantissant la confidentialité des échanges pour les entretiens confidentiels entre la personne gardée à vue et son avocat prévus par le code de procédure pénale.

15. En premier lieu, il ressort des travaux parlementaires de la loi du 23 mars 2020, habilitant le Gouvernement à prendre toute mesure relevant du domaine de la loi relative au déroulement des gardes à vue, que le législateur a entendu permettre l'entretien avec un avocat et l'assistance par ce dernier au cours de la garde à vue ou de la retenue douanière par un moyen de communication à distance à condition que l'avocat le demande ou l'accepte. Le rapport au Président de la République sur l'ordonnance du 25 mars 2020, publié au Journal officiel de la République française, précise que l'entretien avec un avocat et l'assistance par ce dernier ne peuvent se dérouler par l'intermédiaire d'un moyen de communication électronique, notamment par téléphone, que si l'avocat de la personne gardée à vue ou retenue l'accepte ou le demande. Dès lors, l'article 13 de l'ordonnance du 25 mars 2020 doit être regardé comme n'autorisant l'entretien avec un avocat de la personne gardée à vue ou retenue et l'assistance par celui-ci par un moyen de communication à distance que si l'avocat accepte ou demande le recours à un tel moyen. Il en résulte que le moyen tiré de ce que l'article 13 de l'ordonnance du 25 mars 2020 serait, sur ce point, contraire aux exigences de l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales relatif au droit à un procès équitable doit être écarté.

16. En second lieu, l'article 13 de l'ordonnance du 25 mars 2020 n'a ni pour objet ni pour effet d'empêcher l'avocat d'accéder aux pièces mentionnées à l'article 63-4-1 du code de procédure pénale. Par suite, l'Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation et autres ne sont pas fondés à soutenir que l'article 13 de l'ordonnance du 25 mars 2020 méconnaît les stipulations de l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales en ce qu'il ne comporte aucune disposition spécifique relative à l'accès de l'avocat aux pièces mentionnées à l'article 63-4-1 du code de procédure pénale dans l'hypothèse d'un entretien et d'une assistance par un moyen de communication à distance.

Sur l'article 14 :

17. L'article 14 de l'ordonnance attaquée autorise la prolongation des gardes à vue des mineurs âgés de seize à dix-huit ans, ainsi que la prolongation des gardes à vue prévues par l'article 706-88 du code de procédure pénale, sans présentation de la personne devant le magistrat compétent, sur décision de ce dernier.

18. Ces dispositions mettent en œuvre l'habilitation donnée au Gouvernement par les dispositions du d) du 2° du I de l'article 11 de la loi du 23 mars 2020 pour adapter « *les règles relatives au déroulement des gardes à vue, pour permettre (...) la prolongation de ces mesures pour au plus la durée légalement prévue sans présentation de la personne devant le magistrat compétent* ». Elles ne permettent de déroger, sur décision du magistrat compétent, qu'à la présentation physique du gardé à vue devant ce magistrat et n'excluent dès lors pas que cette présentation soit faite par un moyen de communication à distance. Par suite, le moyen tiré de ce que l'article 14 de l'ordonnance attaquée méconnaîtrait la liberté individuelle et les droits de la défense garantis par les stipulations de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales en ce qu'il supprimerait l'obligation de présentation du gardé à vue doit être écarté.

Sur les articles 15, 16 et 17 :

19. Aux termes de l'article 16 de l'ordonnance attaquée, dans sa rédaction alors applicable : « 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 ». Aux termes de l'article 17 de la même ordonnance : « 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. ». Enfin, l'article 15 de l'ordonnance dispose : « 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 ».

20. L'article 16 de l'ordonnance attaquée prévoit que 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 en attente d'audiencement devant les juridictions de jugement des affaires concernant des personnes renvoyées à l'issue d'une instruction, sont prolongés de plein droit. Les délais de détention provisoire en cours d'instruction sont prolongés de plein droit, en matière correctionnelle, de deux mois lorsque la peine d'emprisonnement encourue est inférieure ou égale à cinq ans et de trois mois dans les autres cas ; en matière criminelle, de six mois. Les délais de détention provisoire en attente d'audiencement sont prolongés de plein droit, en matière correctionnelle, de deux mois lorsque la peine d'emprisonnement encourue est inférieure ou égale à cinq ans, de trois mois dans les autres cas et de six mois pour l'audiencement des affaires devant la cour d'appel ; en matière criminelle, de six mois. L'article 17 de l'ordonnance attaquée allonge les délais d'audiencement dans le cadre des procédures de comparution immédiate et de comparution à délai différé pour les personnes placées en détention provisoire dans l'attente de l'audience de jugement. Les délais de comparution à l'audience de jugement sont portés, selon les hypothèses mentionnées à cet article, de trois à six jours, de six à dix semaines, de deux à quatre mois et de quatre à six mois.

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

22. L'Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation et autres et M. C... soutiennent que les articles 15, 16 et 17 de l'ordonnance du 25 mars 2020 méconnaissent les stipulations du paragraphe 3 de l'article 5 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en ce qu'ils ont pour effet de maintenir des personnes en détention provisoire, de façon automatique, au-delà du terme que l'autorité judiciaire a fixé dans le mandat de dépôt ou l'ordonnance de prolongation.

23. Si les stipulations conventionnelles citées au point 21 ne font pas obstacle, en particulier dans le contexte exceptionnel de lutte contre l'épidémie de covid-19, à ce que soient prévues des modalités de prolongation des délais de détention provisoire, elles imposent toutefois, même dans ce contexte exceptionnel, que la juridiction compétente se prononce systématiquement, après un débat contradictoire, dans un bref délai à compter de la date d'expiration du titre de détention, sur le bien-fondé du maintien de la détention provisoire.

24. Dès lors, l'article 16 de l'ordonnance attaquée, qui prévoit la prolongation de plein droit des délais maximums de détention provisoire pour une durée de deux, trois ou six mois, et l'article 17 de cette ordonnance, qui allonge les délais d'audiencement dans le cadre des procédures de comparution immédiate et de comparution à délai différé pour les personnes placées en détention provisoire dans l'attente de l'audience de jugement, méconnaissent les stipulations du paragraphe 3 de l'article 5 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Ils sont par suite, comme l'article 15 de l'ordonnance et la circulaire du garde des sceaux du 26 mars 2020 en tant qu'ils concernent les dispositions de ces articles, entachés d'illégalité.

Sur l'article 30 :

25. L'article 30 de l'ordonnance attaquée permet au juge des enfants, lorsque le délai des mesures de placement ordonnées en application de l'ordonnance du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante arrive à échéance, de proroger ce délai d'office et sans audition des parties, pour une durée maximale de quatre mois. Il permet en outre au juge des enfants de proroger le délai d'exécution des autres mesures éducatives pour une durée maximale de sept mois.

26. Ces dispositions ont pour objet, dans le contexte exceptionnel de lutte contre l'épidémie de covid-19, qui impose de limiter les déplacements et les contacts physiques entre les personnes, d'assurer la continuité des mesures éducatives prononcées à l'égard de mineurs sur le fondement de l'ordonnance du 2 février 1945 et d'éviter toute rupture dans le suivi éducatif mis en place. Elles soumettent la possibilité, pour le juge des enfants, de proroger d'office les mesures éducatives à la condition qu'il dispose du rapport du service éducatif en charge de la mesure. Le juge des enfants a par ailleurs l'obligation d'informer le mineur, ses parents et le procureur de la République de la prorogation. Enfin, ces dispositions limitent la durée maximale de la prorogation d'office décidée par le juge des enfants en fonction du degré de contrainte de la mesure éducative. Dans ces conditions, et eu égard à son objectif, l'article 30 de l'ordonnance du 25 mars 2020 ne peut être regardé comme méconnaissant le caractère contradictoire de la procédure et le respect des droits de la défense ni comme contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant. Par suite, le moyen tiré de l'illégalité, pour ces motifs, de l'article 30 de l'ordonnance attaquée doit être écarté.

Sur l'article 2 et la durée de mise en œuvre des dispositions dérogatoires résultant de l'ordonnance du 25 mars 2020 :

27. Aux termes de l'article 2 de l'ordonnance attaquée, dans sa rédaction applicable à la date d'enregistrement de la requête de l'Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation : « Les dispositions de la présente ordonnance, dans sa rédaction résultant de la loi n° 2020-546 du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions, sont applicables sur l'ensemble du territoire de la République jusqu'à l'expiration d'un délai d'un mois à compter de la date de cessation de l'état d'urgence sanitaire déclaré dans les conditions de l'article 4 de la loi du 23 mars 2020 ».

28. Toutefois, l'article 2 de l'ordonnance du 25 mars 2020 a été complété par l'article 1^{er} de l'ordonnance du 13 mai 2020, lequel prévoit qu'un décret peut mettre fin à tout ou partie des dispositions de l'ordonnance, sur tout ou partie du territoire de la République, à une date qu'il fixe, avant l'expiration du délai d'un mois à compter de la date de cessation de l'état d'urgence sanitaire. Dans ces conditions, le moyen tiré de ce que l'article 2 de l'ordonnance du 25 mars 2020 serait illégal en ce qu'il impose la mise en œuvre des dispositions prévues aux articles 5, 7, 14 et 30 de l'ordonnance pendant un mois après la cessation de l'état d'urgence sanitaire ne peut qu'être écarté.

29. Il résulte de tout ce qui précède, sans qu'il y ait lieu d'examiner les autres moyens des requêtes ni de saisir la Cour de justice de l'Union européenne à titre préjudiciel, que ne sont entachés d'illégalité que les articles 4, 5, 15, 16 et 17 de l'ordonnance attaquée, pour les motifs et dans les limites précisés par la présente décision, ainsi que la circulaire du garde des sceaux du 26 mars 2020, en tant qu'elle présente les dispositions illégales des articles 15, 16 et 17 de l'ordonnance.

Sur les conséquences de l'illégalité de certaines dispositions de l'ordonnance attaquée:

30. Afin de déterminer si l'annulation rétroactive de ces dispositions serait de nature à emporter des conséquences manifestement excessives en raison des effets qu'elles ont produits et des situations qui ont pu se constituer quand elles étaient en vigueur, il y a lieu, avant de statuer sur les conclusions tendant à leur annulation, de recueillir sur ce point les observations des parties, dans un délai d'un mois à compter de la notification de la présente décision.

31. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède qu'il y a lieu, d'une part, de surseoir à statuer sur les conclusions dirigées contre les dispositions déclarées illégales par la présente décision et sur les conclusions présentées au titre de l'article L 761-1 du code de justice administrative, jusqu'à l'expiration du délai donné aux parties pour formuler leurs observations sur le point mentionné au point 30, d'autre part, de rejeter le surplus des conclusions des requêtes.

DECIDE :

Article 1^{er} : Il est sursis à statuer sur les conclusions dirigées contre les dispositions de l'ordonnance attaquée mentionnées à l'article 29 de la présente décision et sur les conclusions présentées au titre de l'article L 761-1 du code de justice administrative jusqu'à l'expiration du délai donné aux parties pour formuler leurs observations sur le point mentionné au point 30.

Article 2 : Le surplus des conclusions des requêtes est rejeté.

Article 3 : La présente décision sera notifiée à l'Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, premier requérant dénommé, à M. D... C... et au garde des sceaux, ministre de la justice.

Copie en sera adressée au Premier ministre.