

Numéro 4 - Second semestre 2023

---

# LES CAHIERS DE L'OPPEE

---

LE PROCÈS PÉNAL À  
L'ÉPREUVE DE LA  
PANDÉMIE

Coordination scientifique

Joana Falxa



# PRESENTATION

Premier organisme de ce type au sein de l'université de Bordeaux, l'**Observatoire des politiques publiques en situation d'épidémie et post-épidémie** est doté d'un savoir universitaire destiné à observer en temps réel la crise sanitaire et l'après-crise pandémique au prisme de l'analyse scientifique. Les acteurs et actrices se mobilisent pour contribuer à des solutions pratiques.

L'Observatoire a vocation à être un organisme scientifique de source universitaire, produisant une analyse sur la nature et le traitement des politiques publiques liées à la crise épidémique actuelle. Créé dans le cadre de la « mission Covid-19 » de l'université de Bordeaux, l'Observatoire est rattaché à l'Institut de recherche Montesquieu (IRM – UR 7434).

Ce numéro 4 des *Cahiers de l'OPPEE* sur le procès pénal à l'épreuve de la pandémie est issu des contributions présentées lors d'une journée d'étude qui s'est déroulée à l'Université de Pau le 26 octobre 2023 sous l'égide de l'OPPEE, de l'Institut Fédératif de recherche sur les Transitions Juridiques et du Centre de recherche sur la justice pénale et pénitentiaire de l'Université de Pau et des pays de l'Adour.

---

## Coordination scientifique de ce numéro des *Cahiers de l'OPPEE*

• **Joana FALXA**, Maîtresse de conférences en Droit privé et sciences criminelles, Université de Pau et des pays de l'Adour

## Coordination éditoriale du numéro

• **Clémence FAUGERE**, Docteure en Histoire du droit, Post-doctorante Chaire COLIBEX (CNRS), chercheuse associée à l'IRM et membre de l'OPPEE

---

## En partenariat avec

IRM

Institut de recherche  
Montesquieu

université  
de BORDEAUX

Département de recherche  
DETS | Droit et transformations sociales / université  
de BORDEAUX



RÉGION  
Nouvelle-  
Aquitaine

*L'université de Bordeaux, l'OPPEE, et ses partenaires, n'entendent donner aucune approbation ni improbation aux idées émises dans les différentes contributions qui composent cette production ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs et autrices.*



Licence d'utilisation : *Creative Commons*, Attribution – Pas d'Utilisation Commerciale – Pas de Modification 4.0 International (CC BY-NC-ND 4.0)



# SOMMAIRE

<b>Avant-propos .....</b>	<b>1</b>
<i>Joana FALXA</i>	
<b>Le procès pénal à l'épreuve de la pandémie. Propos introductifs .....</b>	<b>3</b>
<i>Jean-Baptiste THIERRY</i>	
<b>L'avocat confronté à la pandémie .....</b>	<b>13</b>
<i>Jean-François BREGI</i>	
<b>La visioconférence, ersatz d'audience ou nouvelle panacée ? .....</b>	<b>26</b>
<i>Jean-Pierre BOUCHER</i>	
<b>Les mesures de sûreté alternatives à la privation de liberté avant jugement .....</b>	<b>31</b>
<i>Solène GALLUT</i>	
<b>Le Covid révélateur du procès pénal.....</b>	<b>44</b>
<i>Nicolas BAREÏT</i>	
<b>À propos des auteurs et autrices .....</b>	<b>51</b>
<b>Résumés des articles .....</b>	<b>53</b>
<b>Informations bibliographiques .....</b>	<b>57</b>



# Avant-propos

**Joana FALXA**

*Université de Pau et des pays de l'Adour  
Institut Fédératif de recherche sur les Transitions Juridiques  
Centre de recherche sur la justice pénale et pénitentiaire*

En temps d'incertitude, la force des institutions réside dans leur capacité d'adaptation et de réaction. La pandémie de Covid-19 a été l'occasion de d'éprouver durement les aptitudes de nos institutions en la matière. Et si le temps écoulé semble avoir estompé notre perception de l'urgence et de la gravité de la situation d'alors, au relativisme lénifiant post-crise pandémique il convient d'opposer le souvenir de l'épreuve vécue par les soignants au plus fort de la première vague, puis des vagues successives, la saturation des services, le nombre de décès et la méconnaissance des effets à long terme de la maladie pour certaines personnes.

Au-delà de ses conséquences sur les corps physiques, la pandémie a soumis à rude épreuve l'ensemble du corps social, de même que le fonctionnement de nos institutions. Ces vicissitudes n'ont pas épargné le monde de la justice. Et d'ailleurs, pourquoi l'auraient-elles fait ? Les modifications réglementaires, semblant parfois confiner à l'absurde (si l'on nous passe l'expression), répondaient en réalité à un souci exacerbé de protection de la santé publique et de préservation d'un système de santé déjà malmené, car traversé par une crise structurelle d'ampleur. Il convenait donc de revenir, un instant, sur cette période, sur ses effets sur le monde judiciaire et le procès pénal, et sur ses échos persistants dans certains cas.

L'observation *a posteriori* du système judiciaire pénal, dans un contexte de post-crise pandémique mais de crise de l'institution judiciaire et du système qui la sous-tend, met en évidence la variété des adaptations qu'a connu le procès pénal au cours des dernières années. Évolution forcée, effet d'aubaine ou feu de paille, chacune de ces mesures présente des caractéristiques propres et des manifestations aux effets divers. Faut-il considérer que l'état d'urgence sanitaire a été, comme il a parfois été imputé aux états d'urgences sécuritaires précédents, l'occasion d'une modification en profondeur et pérenne du procès pénal (et de la procédure pénale plus largement) au profit de l'efficacité et de la certitude de l'audience ? Ou ne s'agit-il que de l'accélérateur de certaines mesures en réalité déjà vouées à la généralisation dans un contexte plus global de crise du système judiciaire ?

Ces questions ont guidé l'organisation d'une journée d'étude qui s'est déroulée à l'Université de Pau le 26 octobre 2023 sous l'égide de l'OPPEE, et qui a été l'occasion de revenir sur plusieurs de ces mesures et dispositifs, certains provisoires, d'autres pérennisés, afin d'essayer d'identifier les logiques sous-jacentes ayant guidé leur adoption et l'évolution du procès pénal depuis la déclaration de l'état d'urgence sanitaire. Des universitaires et des praticiens (avocats, magistrat) ont ainsi apporté leur éclairage à la question des évolutions récentes du procès pénal, à l'aune non seulement de la crise sanitaire, mais

également des contraintes qui pèsent de manière toujours plus prégnante sur le système judiciaire, et en l'occurrence sur la justice pénale.

Ainsi, le Professeur J.-B. Thierry aborde dans ses propos introductifs les défis et écueils de la légistique d'urgence, et les expérimentations introduites ou élargies lors de la crise sanitaire. Le Professeur J.-F. Brégi propose ensuite une analyse de l'exercice de la profession d'avocat pendant la pandémie en s'appuyant sur son expérience de praticien. Madame S. Gallut envisage les mesures mises en œuvre en matière de privation de liberté avant jugement, et Monsieur J.-P. Boucher partage son expérience de chef de juridiction face à la question du recours à la visioconférence. Monsieur N. Bareït, enfin, conclut ces réflexions en mettant en évidence l'effet révélateur de la crise sanitaire de ce qui fait l'essence du procès pénal, de certaines *structures fondamentales* qui ne se voient pas affectées par les ajustements imposés par l'urgence. Nous vous livrons ici le fruit des réflexions et discussions de cette riche journée d'étude.

# Le procès pénal à l'épreuve de la pandémie.

## Propos introductifs

**Jean-Baptiste THIERRY**

*Université de Lorraine*

*Faculté de Droit, Sciences économiques et de Gestion de Nancy*

*Institut François Gény*

Introduire un dossier consacré au procès pénal à l'épreuve de la pandémie n'est pas chose aisée. Si l'idée est de chercher si la période de l'état d'urgence sanitaire<sup>1</sup> a certes révélé, créé ou amplifié des phénomènes juridiques particuliers, il est délicat de se livrer à une appréciation rétrospective, par nature soumise à un biais. En effet, il est beaucoup plus facile de réagir *a posteriori* qu'au jour des événements et les critiques d'aujourd'hui ne se conçoivent qu'au regard de ce que l'on sait aujourd'hui de la gestion de la pandémie. L'honnêteté intellectuelle oblige à se souvenir du degré d'incertitude qui existait alors et qui expliquait en grande partie les réponses apportées par les pouvoirs publics aux problématiques rencontrées.

Ce prisme d'analyse précisé, il faut également ajouter que le procès pénal à l'épreuve de la pandémie tel qu'il est envisagé ici n'est pas celui qui est en cours sur la gestion de la pandémie<sup>2</sup>. Si ce procès pénal apporte son lot de réflexions sur la coexistence – ou la confusion<sup>3</sup> – entre les responsabilités pénale et politique, il est différent du procès pénal « quotidien » qui a été affecté par la crise sanitaire. Autrement dit, il s'agit de s'intéresser aux transformations du procès pénal issues de la pandémie et non à l'application du procès pénal à la gestion de la pandémie.

Le droit en général et le droit pénal en particulier ont été confrontés à une « nouvelle mécanique de l'exception »<sup>4</sup>. En effet, l'exception que l'on connaissait jusqu'en 2020 était essentiellement celle liée à l'état d'urgence sécuritaire de 1955, utilisé pour instituer des mesures extraordinaires face à une délinquance exceptionnelle. À l'inverse, l'exception sanitaire de 2020 a concerné l'intégralité de la population et non quelques délinquants. Il faut ajouter que l'état d'urgence sanitaire a entraîné des conséquences bien au-delà du droit pénal puisque toutes les branches du droit ou presque ont été concernées par les

---

<sup>1</sup> Sur les spécificités de cet état d'urgence, voir notre contribution : « Le régime pénal des états d'urgence sécuritaire et sanitaire », *Gazette du Palais*, 1<sup>er</sup> 2020, n° 29, p. 70.

<sup>2</sup> V. Ass. plén., 20 janv. 2023, n° 22-82.535 : dans cette décision, la Cour de cassation a annulé la mise en examen de Mme Agnès Buzyn pour délit de mise en danger délibérée de la vie d'autrui et abstention de combattre un sinistre.

<sup>3</sup> BEAUD Olivier, « La responsabilité politique face à d'autres formes de responsabilité des gouvernants », *Pouvoirs*, 2000, n° 92, p. 17.

<sup>4</sup> THIERRY Jean-Baptiste, *op. cit.*

ordonnances prises sur le fondement de la loi du 23 mars 2020<sup>5</sup>. Les mesures de l'état d'urgence sanitaire ont été peu pérennisées<sup>6</sup>.

Le procès pénal n'est pas le seul à avoir été affecté par les règles mises en place pour lutter contre l'épidémie de covid-19 : son objet – l'infraction – a également été concerné. Le droit substantiel n'a en effet pas été épargné. Or, l'existence d'incriminations temporaires pose des difficultés particulières au regard, par exemple, de la rétroactivité de la loi pénale plus douce : quel sens peut avoir une incrimination qui n'a qu'un champ « temporel » d'application limité à quelques semaines ? Si les poursuites interviennent un peu trop tardivement, le comportement n'est plus constitutif d'une infraction au jour où il est jugé de sorte qu'une relaxe devrait intervenir. Le droit substantiel a également été concerné par la création à l'article L. 3136-1 du code de la santé publique, dans sa rédaction résultant de la loi du 23 mars 2020. Pour rappel les quatre premiers alinéas de ce texte prévoyaient :

Le fait de ne pas respecter les mesures prescrites par l'autorité requérante prévues aux articles L. 3131-8 et L. 3131-9 est puni de six mois d'emprisonnement et de 10 000 Euros d'amende. / Le fait de ne pas respecter les réquisitions prévues aux articles L. 3131-15 à L. 3131-17 est puni de six mois d'emprisonnement et de 10 000 € d'amende. La violation des autres interdictions ou obligations édictées en application des articles L. 3131-1 et L. 3131-15 à L. 3131-17 est punie de l'amende prévue pour les contraventions de la quatrième classe. Cette contravention peut faire l'objet de la procédure de l'amende forfaitaire prévue à l'article 529 du code de procédure pénale. Si cette violation est constatée à nouveau dans un délai de quinze jours, l'amende est celle prévue pour les contraventions de la cinquième classe. / Si les violations prévues au troisième alinéa du présent article sont verbalisées à plus de trois reprises dans un délai de trente jours, les faits sont punis de six mois d'emprisonnement et de 3 750 € d'amende ainsi que de la peine complémentaire de travail d'intérêt général, selon les modalités prévues à l'article 131-8 du code pénal et selon les conditions prévues aux articles 131-22 à 131-24 du même code, et de la peine complémentaire de suspension, pour une durée de trois ans au plus, du permis de conduire lorsque l'infraction a été commise à l'aide d'un véhicule.

S'agissant du délit de violations réitérées du confinement, la rédaction tortueuse de l'incrimination n'a pas été jugée contraire à la Constitution<sup>7</sup>. Cette incrimination a également permis d'enrichir le droit pénal constitutionnel d'une décision relative au déclassement de certaines de ses dispositions, afin de permettre une modification par le règlement de certains termes<sup>8</sup>.

La rédaction des textes et leur nombre<sup>9</sup> est le signe de la confusion qui existait alors – les exemples sont nombreux qui ont démontré l'incertitude des

---

<sup>5</sup> Sans même entrer dans le décompte des dispositions réglementaires, soixante-huit ordonnances ont été adoptées du 25 mars 2020 au 17 juin 2020.

<sup>6</sup> Même si certaines mesures utilisées à l'occasion de l'état d'urgence sanitaire, comme l'ordonnance pénale, sont toujours très utilisées depuis la fin de cet état d'urgence.

<sup>7</sup> Cons. Const., 26 juin 2020, n° 2020-846/847/848 QPC, *M. Oussman G. et autres [Violations réitérées du confinement]*.

<sup>8</sup> Ceci afin de lutter contre les « restaurants clandestins » : Cons. Const., 11 fév. 2021, n° 2021-291 L.

<sup>9</sup> Outre les ordonnances, il faut ajouter un nombre phénoménal de dispositions réglementaires, nationales ou préfectorales : « après seize semaines du premier état d'urgence sanitaire, les préfets avaient édicté pas moins de 2 839 arrêtés liés à la lutte contre l'épidémie de Covid-19 sur

autorités publiques en la matière, de la fermeture des libraires à l'encadrement de la vente des sapins de Noël – ce qui démontre une grande précipitation législative. En plus de cette précipitation législative, la période covid a également été marquée par un ensemble d'expérimentations : les vaccinations à grande échelle, la réorganisation des structures de soin, l'adaptation des protocoles de soin, la pédagogie à distance, *etc.* Le procès pénal n'y a pas échappé. La précipitation législative (I) s'est accompagnée d'une expérimentation juridique (II).

## I. La précipitation législative

Cette précipitation s'est formellement traduite par le choix du législateur<sup>10</sup> de renvoyer au Gouvernement le soin d'intervenir par voie d'ordonnance pour adapter le droit aux exigences de la lutte contre l'épidémie de covid 19. Ce faisant, alors qu'on aurait pu penser que ce droit de technicien serait plus posé qu'aurait pu l'être la réponse législative, il est apparu que les ordonnances étaient rédigées de manière assez obscure. Deux exemples de cette précipitation sont à relever : celui de l'élargissement du recours à la visioconférence (A) et celui de la détention provisoire (B).

### A. La visioconférence

Envisagée comme un bon moyen de continuer à juger tout en n'ayant aucun contact avec le justiciable ou les participants au procès pénal, la visioconférence s'est immédiatement imposée comme une forme de panacée contre la propagation de l'épidémie de covid-19. C'est donc tout naturellement qu'est apparu l'article 5 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<sup>11</sup>. Aux termes du premier alinéa de cet article, « 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 ». *A priori* très clair, ce texte encourage un recours très élargi à la visioconférence dans le cadre du procès pénal. Toutefois, le sens de cette « dérogation à l'article 706-71 du code de procédure pénale » n'est pas aussi clair qu'il y paraît.

---

le fondement de l'article L. 3131-17 du Code de la santé publique » : SLAMA Serge, « Confinement général : une épidémie printanière d'arrêtés préfectoraux » [en ligne], *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, n°19, 2021, mis en ligne le 09 septembre 2022, URL : <http://journals.openedition.org/crdf/8108>

<sup>10</sup> Qu'il n'est pas question ici de remettre en cause.

<sup>11</sup> Sur cette ordonnance voir : COMBLES DE NAYVES de Pierre, « Présentation de l'ordonnance réformant la procédure pénale face à l'épidémie de Covid-19 », *AJ Pénal*, 2020, p. 172 ; FOURMENT François, « De quelques écueils de l'adaptation de la procédure pénale à l'épidémie de Covid-19 », *Gazette du Palais*, 1<sup>er</sup> sept. 2020, n° 29, p. 85 ; PERRIER Jean-Baptiste, « La procédure pénale en urgence sanitaire », *Gazette du Palais*, 31 mars 2020, n° 13, p. 18 ; THIERRY Jean-Baptiste, « La procédure pénale confinée par voie d'ordonnance : commentaire de l'ordonnance "covid-19" », *Lexbase Pénal*, n° 26, 23 avril 2020 ; TOUILLIER Marc, « L'adaptation de la procédure pénale au malheur des temps », *AJ Pénal*, 2020, p. 186.

En effet, deux interprétations étaient envisageables. La première consistait à considérer que l'article 5 de l'ordonnance dérogeait aux cas dans lesquels l'article 706-71 subordonnait le recours à la visioconférence au consentement de la personne. Dans cette interprétation, le recours à la visioconférence était envisageable dans les hypothèses prévues par l'article 706-71 du code de procédure pénale, mais si cet article exige le consentement d'une personne, l'article 5 de l'ordonnance permettrait de ne pas avoir à le recueillir. La seconde interprétation reposait sur une dérogation générale à l'article 706-71 du code de procédure pénale qui permettrait de recourir à la visioconférence dans tous les cas, y compris dans des hypothèses non prévues par cet article.

Dans un arrêt du 22 juillet 2020, la Cour de cassation a jugé que « ces dispositions dérogent explicitement, pour un temps limité, à celles de l'article 706-71 du code de procédure pénale, qui prohibent le recours à la visioconférence pour le placement en détention provisoire hors le cas où la personne est détenue pour autre cause »<sup>12</sup>. Il semble donc qu'elle a fait prévaloir la seconde interprétation. Le Conseil constitutionnel a quant à lui censuré ces dispositions<sup>13</sup> en relevant que leur champ d'application était beaucoup trop étendu (seules les juridictions criminelles en étaient exclues) et qu'aucune condition légale n'encadrait le recours à la visioconférence. En conséquence, « eu égard à l'importance de la garantie qui peut s'attacher à la présentation physique de l'intéressé devant la juridiction pénale, notamment [pour la comparution, devant le tribunal correctionnel ou la chambre des appels correctionnels, d'un prévenu ou de la comparution devant les juridictions spécialisées compétentes pour juger les mineurs en matière correctionnelle], et en l'état des conditions dans lesquelles s'exerce le recours à ces moyens de télécommunication, ces dispositions portent une atteinte aux droits de la défense que ne pouvait justifier le contexte sanitaire particulier résultant de l'épidémie de covid-19 durant leur période d'application »<sup>14</sup>.

La malfaçon rédactionnelle a ensuite été corrigée dans l'ordonnance n° 2020-1401 du 18 novembre 2020 portant adaptation des règles applicables aux juridictions de l'ordre judiciaire statuant en matière pénale, dont l'article 2 prévoyait que « Nonobstant toute disposition contraire, il peut être recouru à un moyen de télécommunication audiovisuelle devant l'ensemble des juridictions pénales et pour les présentations devant le procureur de la République ou devant le procureur général, sans qu'il soit nécessaire de recueillir l'accord des parties ». Le doute n'était plus permis sur le sens de la dérogation souhaitée. Plus claire sur le sens de la dérogation, la disposition n'en a pas été moins censurée : les mêmes vices relatifs à un champ d'application très large, qui incluait même les juridictions criminelles, ont été relevés par le Conseil constitutionnel<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> Crim., 22 juill. 2020, n° 20-82.213.

<sup>13</sup> Il s'agissait de la première censure de dispositions issues d'une ordonnance non ratifiée.

<sup>14</sup> Cons. Const., 15 janv. 2021, n° 2020-872 QPC, *M. Krzysztof B. [Utilisation de la visioconférence sans accord des parties devant les juridictions pénales dans un contexte d'urgence sanitaire]* : *Gazette du Palais*, 16 mars 2021, n° 11, p. 21, note Anaïs Danet ; BOTTON Antoine, « Chronique de droit pénal constitutionnel », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2021, n°2, p. 479.

<sup>15</sup> Cons. Const., 4 juin 2021, n° 2021-911/919 QPC, *M. Wattara B. et autres [Utilisation de la visioconférence sans accord des parties devant les juridictions pénales dans un contexte d'urgence sanitaire II]*.

## ***B. La détention provisoire***

La détention provisoire a quant à elle donné lieu à une difficulté encore plus importante. L'article 16 de l'ordonnance du 25 mars 2020 a donné lieu à une véritable « saga interprétative ». Pour mémoire, ces dispositions prévoyaient que « les délais maximums de détention provisoire ou d'assignation à résidence sous surveillance électronique [...] sont prolongés plein droit » de deux à trois mois en matière correctionnelle, en fonction de la peine encourue, et de six mois en matière criminelle. Mais à la lecture de cet article 16, il n'était pas évident de savoir ce qui était prolongé de plein droit : s'agissait-il de la durée légale maximale de la détention provisoire ou de la durée judiciaire de la détention provisoire prononcée par un juge, dans la limite du maximum légal ? Autrement dit, l'ordonnance avait-elle entendu prolonger la durée maximale de la privation de liberté ou la durée du titre de détention résultant de la décision judiciaire de placement en détention provisoire ?

La circulaire du 26 mars 2020<sup>16</sup> de présentation de ces dispositions relevait 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 ». Elle ajoute : « Il n'est pas nécessaire que des prolongations soient ordonnées par la juridiction compétente ». De cette circulaire semblait alors résulter une prolongation des titres de détention. Cette interprétation n'avait en elle-même rien d'évident, puisque, par ailleurs, l'article 19 de l'ordonnance du 25 mars 2020 envisageait les conditions dans lesquelles le juge des libertés et de la détention pouvait rendre ses décisions au terme d'une procédure écrite sans organiser d'audience. Un courriel de la directrice des affaires criminelles et des grâces allait encore plus loin en indiquant que la notion de délais maximums n'est « pas entendue comme s'appliquant à la durée totale cumulée de détention mais à la durée du titre de détention en cours », de telle sorte que « ces délais s'appliquent donc y compris dans le cas où la détention provisoire peut encore faire l'objet d'une décision de prolongation », car c'est « le terme de ce titre de détention qui est repoussé ». Ce sont donc toutes les détentions provisoires qui ont été prolongées, sans intervention d'un juge. Le Conseil d'État n'y a pas vu une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale<sup>17</sup>. Acquis, la solution n'en était pas moins discutable. Comme l'a très justement relevé Jean-Baptiste Perrier, « À vrai dire, le vice s'observe dès l'ordonnance : il eut sans doute été préférable de prévoir une possibilité de prolongation exceptionnelle, sous le contrôle du juge judiciaire, plutôt que d'allonger de plein droit les durées de détention »<sup>18</sup>.

L'interprétation donnée par la circulaire et le courriel mentionné ci-dessus ont abouti à une divergence de solutions : des détentions provisoires ont été

---

<sup>16</sup> Circ., 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. NOR : JUSD2008571C.

<sup>17</sup> CE, ord. réf., 3 avr. 2020, n° 439894, n°s 439877, 39887, 439890 et 439898 : *Dalloz actualité*, 9 avr. 2020, obs. Jean-Baptiste Perrier.

<sup>18</sup> Jean-Baptiste Perrier, obs. préc.

prolongées automatiquement, sans intervention d'un juge, d'autre l'ont été sur décision d'un JLD. La chose a ensuite été résolue par l'ajout d'un article 16-1 prévoyant que, à compter du 11 mai 2020, la prolongation de plein droit des détentions provisoires prévue à l'article 16 n'était plus applicable aux titres de détention dont l'échéance intervient à compter de cette même date et que ces détentions ne peuvent être prolongées que par une décision de la juridiction compétente prise après un débat contradictoire.

Il a fallu que la Cour de cassation intervienne le 26 mai 2020 pour figer l'interprétation en jugeant que cet article 16 s'interprète comme prolongeant, sans intervention judiciaire, pour les durées qu'il prévoit, tout titre de détention venant à expiration<sup>19</sup>. Le Conseil constitutionnel a ensuite pris acte de cette interprétation pour censurer ces dispositions sur le fondement de l'article 66 de la Constitution, en constatant que « Les dispositions contestées maintiennent donc de plein droit des personnes en détention provisoire sans que l'appréciation de la nécessité de ce maintien soit obligatoirement soumise, à bref délai, au contrôle du juge judiciaire. Or, l'objectif poursuivi par les dispositions contestées n'est pas de nature à justifier que l'appréciation de la nécessité du maintien en détention soit, durant de tels délais, soustraite au contrôle systématique du juge judiciaire. Au demeurant, l'intervention du juge judiciaire pouvait, le cas échéant, faire l'objet d'aménagements procéduraux »<sup>20</sup>.

C'est donc au terme de l'intervention de plusieurs juridictions « suprêmes » que le doute a pu être levé sur la manière d'interpréter des dispositions écrites dans l'urgence de la réaction. Il faut sur ce point saluer les contrôles opérés, au nom du contrôle de conventionnalité pour la Cour de cassation, ou du contrôle de constitutionnalité pour le Conseil constitutionnel. Les textes rédigés précipitamment n'ont fait qu'amplifier les défaillances rédactionnelles que l'on trouvait déjà dans nombre de dispositions pénales. À côté de ces hésitations liées à la précipitation législative s'est en outre déroulée une vraie expérimentation juridique de grande ampleur.

## II. L'expérimentation juridique

La crise sanitaire a été l'occasion de mettre en place un certain nombre d'expérimentations destinées à lutter contre la propagation de l'épidémie de Covid-19. Dans toute expérimentation, il y a des choses qui fonctionnent et d'autres non et cette appréciation dépend du point de vue que l'on adopte. Si l'on se place du côté des pouvoirs publics, il y a eu des expériences tentées (A) et des expériences ratées (B).

---

<sup>19</sup> Crim., 26 mai 2020, n<sup>os</sup> 20-81.971 et 20-81.910 : D. 2020, p. 1274, note J.-B. Perrier. Si cet auteur regrette à raison l'interprétation discutable de la notion de délais maximums, il salue l'équilibre trouvé par la Cour de cassation qui « affirme l'irrégularité de cet article 16 tant décrié, sans pour autant conduire à une libération massive des personnes concernées ».

<sup>20</sup> Cons. Const., 29 janv. 2021, n<sup>o</sup> 2020-878/879 QPC : *AJ Pénal*, 2021, p. 210, obs. Jean-Baptiste Perrier.

## A. Les expériences tentées

Les dispositions de l'ordonnance du 25 mars 2020 s'apparentaient à un « fantasme managérial »<sup>21</sup> : audience par téléphone, généralisation de la visioconférence, procédure écrite, suspension généralisée de la prescription de l'action publique... Le caractère temporaire de ces mesures exceptionnelles a bien évidemment permis de les tolérer. Mais, parmi ces mesures expérimentales, certaines ont été pérennisées à plus ou moins grande échelle. À cet égard, la démarche suivie pour le procès pénal est la même qu'en général : les pratiques mises en place à l'occasion du covid ont pu accélérer certaines modifications de nos comportements ou révéler que des obstacles pouvaient être aisément levés. Il suffit pour cela de songer à la généralisation du paiement sans contact, largement augmenté sous l'effet de la crainte de la contamination ou au recours accru à la visioconférence qui n'a pas eu que des désavantages. Il n'est dès lors pas surprenant que le législateur ait cherché à reproduire certains aspects inspirés de la période de l'état d'urgence sanitaire.

La récente loi n° 2023-1059 du 20 novembre 2023 d'orientation et de programmation du ministère de la justice 2023-2027 (*sic*) a ainsi modifié l'article 63-3 du code de procédure pénale pour prévoir que, désormais, l'examen médical d'une personne placée en garde à vue pourrait être réalisé par visioconférence. L'idée du législateur est de pallier la pénurie de médecins disponibles. La possibilité d'un examen physique est préservée : lors de la prolongation de la garde à vue, l'examen à distance suppose l'autorisation du procureur de la République et, en tout état de cause, le médecin peut décider qu'il est nécessaire de faire un examen physique direct du gardé à vue. Dans le même ordre d'idée, l'article 803-5 du code de procédure pénale prévoit désormais qu'au cours de la garde à vue ou de l'audition libre, l'intervention de l'interprète peut se faire par l'intermédiaire d'un moyen de télécommunication.

L'état d'urgence sanitaire a également été marqué par la volonté de continuer à réprimer les auteurs d'infraction tout en évitant la tenue d'audiences, créatrices d'un risque de contamination. L'ordonnance pénale a ainsi été largement utilisée. Les pouvoirs publics ont également généralisé la forfaitisation de la répression des manquements « covid ». Ceci s'est déroulé en différentes étapes. Dans un premier temps, seul l'article R. 610-5 du code pénal, dans sa version alors applicable, avait vocation à sanctionner la violation ou le manquement aux obligations édictées par les décrets et arrêtés de police. La peine encourue n'était que l'amende prévue pour les contraventions de la première classe, soit 38 euros<sup>22</sup>. Puis, le décret n° 2020-264 du 17 mars 2020 a créé une nouvelle contravention de quatrième classe réprimant la violation des mesures destinées à prévenir et limiter les conséquences des menaces sanitaires graves sur la santé de la population. Inévitablement, la procédure de l'amende forfaitaire a été rendue applicable à cette infraction. Finalement, la loi du 23 mars 2020 a modifié l'article L. 3136-1 du code de la santé publique, qui a été le siège de la répression des manquements aux interdictions édictées par le pouvoir réglementaire pendant l'état d'urgence sanitaire. Le dispositif était le suivant :

---

<sup>21</sup> THIERRY Jean-Baptiste, *op. cit.*

<sup>22</sup> Depuis le décret n° 2022-185 du 15 février 2022, l'infraction est devenue une contravention de deuxième classe.

une contravention de quatrième classe en cas de manquement isolé, pour laquelle l'amende forfaitaire était applicable ; en cas de nouvelle violation dans un délai de quinze jours, l'infraction devenait une contravention de cinquième classe, dont la répression a également été forfaitisée<sup>23</sup> ; enfin, en cas de violation à plus de trois reprises en trente jours, l'infraction devenait correctionnelle<sup>24</sup>.

Cette extension de la procédure de l'amende forfaitaire était dans l'air du temps et n'a pas été démentie depuis. Depuis la création de l'amende forfaitaire délictuelle en matière routière par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle, la machine est en route. Réservée à quelques délits routiers, elle a été étendue par la loi du 23 mars 2019 à la vente de boissons non autorisées<sup>25</sup>, la vente à des mineurs de boissons alcooliques<sup>26</sup>, l'usage de stupéfiants<sup>27</sup>, la vente à la sauvette<sup>28</sup>, au transport routier avec une carte de conducteur non conforme<sup>29</sup>, à l'occupation « sauvage » des halls et toits d'immeubles<sup>30</sup>. Finalement, la « LOPMI »<sup>31</sup> a fait exploser le nombre de délits concernés<sup>32</sup>.

La correctionnalisation de la violation réitérée du confinement a été mise en place par le législateur pour mettre fin à une autre expérimentation, beaucoup plus dangereuse, mise en place par plusieurs procureurs de la République : celle des gardes à vue préventives assumées, sur le fondement manifestement inadapté de l'article 223-1 du code pénal<sup>33</sup>.

La loi « fourre-tout » du 17 juin 2020<sup>34</sup> a quant à elle confirmé, s'il en était besoin, la place centrale occupée par le ministère public dans la chaîne répressive, en lui permettant de réorienter la réponse pénale bien qu'une juridiction de jugement ait déjà été saisie. Pour résorber le flux des dossiers, une seconde chance est donc donnée au parquet, avec le message à peine caché de privilégier les mesures alternatives aux poursuites plutôt que d'encombrer la juridiction de jugement. L'article 33 de la loi prévoyait ainsi que pour toutes les procédures correctionnelles ou contraventionnelles concernant des majeurs ou

---

<sup>23</sup> Il s'agissait de la première contravention de cinquième classe faisant l'objet d'une amende forfaitaire : Décret n° 2020-357 du 28 mars 2020 relatif à la forfaitisation de la contravention de la 5e classe réprimant la violation des mesures édictées en cas de menace sanitaire grave et de déclaration de l'état d'urgence sanitaire.

<sup>24</sup> Sur ces aspects : BEAUSSONIE Guillaume, « Le droit pénal dans la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 », *Lexbase pénal*, 23 avril 2020, n° 26 ; CONTE Philippe, « Le droit pénal de crise : l'exemple du virus Covid-19 », *Droit pénal*, n°5, mai 2020, dossier « La réponse pénale au Covid-19 : Droit pénal d'exception ? » ; PERRIER Jean-Baptiste, « Le droit pénal du danger », *Recueil Dalloz.*, 2020, n°17, p. 937.

<sup>25</sup> Art. L. 3352-5 C. santé publ.

<sup>26</sup> Art. L. 3353-3 C. santé publ.

<sup>27</sup> Art. L. 3421-1 C. santé publ.

<sup>28</sup> Art. 446-1 C. pén.

<sup>29</sup> Art. L. 3315-5 C. transp.

<sup>30</sup> Art. L. 126-3 C. const. hab.

<sup>31</sup> L. n° 2023-22, 24 janv. 2023 d'orientation et de programmation du ministère de l'intérieur.

<sup>32</sup> V. le tableau établi par Fabien Romey, « Extension des incriminations pouvant faire l'objet d'une amende forfaitaire dans la LOPMI », *Lexbase pénal*, 23 mars 2023, n° 58.

<sup>33</sup> Sur cette pratique : POLLONI Camille, « "Mise en danger de la vie d'autrui", l'argument massif du confinement », *Mediapart*, 25 mars 2020.

<sup>34</sup> L. n° 2020-1734, 17 juin 2020, relative à diverses dispositions liées à la crise sanitaire, à d'autres mesures urgentes ainsi qu'au retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne (*sic*).

des mineurs dont les juridictions pénales de jugement ont été saisies avant la date de publication de la loi et pour lesquelles l'audience sur le fond n'est pas encore intervenue, le président du tribunal judiciaire ou le juge par lui délégué pouvait, sur requête du procureur de la République, décider, par ordonnance insusceptible de recours, de renvoyer la procédure au ministère public afin que celui-ci apprécie à nouveau la suite à y donner.

La période de l'état d'urgence sanitaire a également été l'occasion d'accélérer la généralisation des cours criminelles départementales, mises en place à titre expérimental par la loi du 23 mars 2019. Une première extension est intervenue par un arrêté du 2 mars 2020<sup>35</sup> qui a ajouté deux départements supplémentaires aux sept initialement prévus dans l'expérimentation. La loi du 17 juin 2020 a élevé à dix-huit le nombre maximum de départements pouvant participer à l'expérimentation, notamment pour faire face à l'impossibilité de réunir des jurés et au retard pris dans leur désignation. En conséquence, un troisième arrêté en date du 2 juillet 2020<sup>36</sup> a étendu l'expérimentation à six autres départements à compter du 1<sup>er</sup> août 2020. C'est finalement la loi du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire qui a généralisé les cours criminelles départementales<sup>37</sup>.

Tout a donc été fait pour permettre de continuer l'exercice de la répression. *A contrario*, l'activité qui n'était pas en lien avec le maintien de l'ordre public a été délaissée. L'ordonnance du 25 mars 2020 assumait clairement cette vision puisqu'il était affirmé dès le premier article que les règles de procédure pénale sont adaptées « *afin de permettre la continuité de l'activité des juridictions pénales essentielle au maintien de l'ordre public* ».

### ***B. Les expériences ratées***

La crise sanitaire a également été l'occasion, contrainte et forcée, de mettre en place un laboratoire contre la surpopulation carcérale<sup>38</sup>. Le droit pénitentiaire a ainsi été modifié pour essayer de lutter contre la propagation du covid-19 en détention<sup>39</sup>.

La procédure d'octroi des aménagements de peine a été allégée : les réductions de peine, autorisations de sorties sous escorte et permissions de sortir ont pu être octroyées par le juge d'application des peines sans consultation

---

<sup>35</sup> Arrêté du 2 mars 2020 portant extension de l'expérimentation de la cour criminelle.

<sup>36</sup> Arrêté du 2 juillet 2020 portant extension de l'expérimentation de la cour criminelle dans six départements, prévoyant une entrée en vigueur avant celle du décret du 2 mars 2020.

<sup>37</sup> Dans sa décision n° 2023-1069/1070 QPC du 24 novembre 2023, le Conseil constitutionnel a déclaré les dispositions du code de procédure pénale relatives aux cours criminelles départementales conformes à la Constitution, faute d'existence d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République qui aurait réservé à un jury le jugement des crimes « de droit commun », d'une part, et de méconnaissance des principes d'égalité devant la loi et devant la justice, d'autre part.

<sup>38</sup> Pour une présentation générale des dispositions applicables à la privation de liberté : Jean-Baptiste THIERRY, *op. cit.*

<sup>39</sup> CÉRÉ Jean-Paul, « Le droit pénitentiaire à l'épreuve du Covid-19 », *Gazette du Palais*, 1<sup>er</sup> sept. 2020, n° 29, p. 88.

préalable de la commission d'application des peines<sup>40</sup>. Dans le même ordre d'idée, les suspensions de peine ont été octroyées sans débat contradictoire. Des réductions de peine supplémentaires de deux mois ont été accordées aux condamnés à une peine privative de liberté à temps. L'article 28 de l'ordonnance avait même prévu une automatisation de sorties anticipées sous forme d'assignation à domicile. Finalement, le seul pas que n'avaient pas franchi les pouvoirs publics a été celui de la loi d'amnistie.

La politique mise en place pour lutter contre la surpopulation carcérale a été remarquablement efficace : le nombre de personnes détenues est passé de 70 000 détenus avant l'état d'urgence sanitaire à 59 000 en janvier 2020. Cet allègement de la pression carcérale a été rendu possible par une politique volontariste entièrement justifiée par l'extrême tension au sein des établissements pénitentiaires pendant la crise sanitaire. Le résultat de ces libérations anticipées a démontré qu'il est tout à fait possible de lutter contre la surpopulation. La chose a certes été facilitée par la diminution du nombre d'entrants, liée à la baisse d'activité des juridictions. Cette expérimentation n'a malheureusement pas perduré puisque la population des personnes détenues a repris sa course en avant une fois la crise sanitaire terminée. Et il n'est plus question de revenir en arrière, le choix effectué étant plutôt d'augmenter le nombre de places disponibles au sein des établissements pénitentiaires.

---

<sup>40</sup> La loi du 23 mars 2019 avait déjà en partie déjudiciarisé les permissions de sortie qui peuvent être directement octroyées par le directeur de l'établissement pénitentiaire. Elle avait également déjà prévu la possibilité pour la commission de délibérer par voie dématérialisée.

# L'avocat confronté à la pandémie

« Ils ne mourraient pas tous, mais tous étaient frappés »  
Jean de la Fontaine, « Les animaux malades de la peste », *Fables*, VII, 1.

**Jean-François BREGI**

*Université Nice Côte d'Azur*

*Faculté de Droit et de Sciences politique*

*ERMES (Équipe de Recherche sur les Mutations de l'Europe et de ses Société)*

*Avocat au barreau d'Aix-en-Provence*

Disons-le tout net, pour l'avocat que je suis, spécialement en matière judiciaire, les réponses apportées par les pouvoirs publics à l'épidémie de covid 19, n'ont fait que précipiter une évolution depuis longtemps commencée, laquelle avait trouvé une première consécration dans les lois des 7 octobre 2016, *pour une république numérique*<sup>1</sup>, et du 18 novembre 2016, dite *de modernisation de la justice du XXIe siècle*<sup>2</sup>.

Rappelons brièvement les grandes étapes de la crise. Fin 2019, un nouveau coronavirus, beaucoup plus violent que les précédents, le SARS-CoV-2, fait son apparition dans la région de Wuhan, la capitale de la province du Hubei, en Chine centrale, et se répand bientôt dans toute l'Asie, aux États-Unis et en Europe.

Convaincue de la solidité d'un système de santé qu'elle croit infaillible, la France a, comme souvent en la circonstance, « des réactions d'épave dérangée dans sa sieste »<sup>3</sup>. Alors que le nombre des décès et des contaminations reste faible en valeur absolue, mais commence à croître de manière exponentielle, le gouvernement décide, le dimanche 15 mars 2020, jour du premier tour des élections municipales, de la fermeture de tous les lieux publics non indispensables, puis, le mardi 17 mars, du premier confinement, qui dure jusqu'au 11 mai. Le second tour des élections municipales et les réformes en cours, dont la très contestée réforme des retraites, sont opportunément reportées. Durant soixante-quinze jours, la plupart des commerces sont fermés, les déplacements strictement limités, et principalement réservés aux salariés qui ne peuvent pas recourir au télétravail ou au chômage partiel.

À compter du lundi 11 mai 2020, un déconfinement très relatif autorise la réouverture des écoles maternelles et primaires, où les enfants sont désormais

---

<sup>1</sup> Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 *pour une République numérique*, JORF n° 0235 du 8 octobre 2016, texte n° 1.

<sup>2</sup> Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 *de modernisation de la justice du XXIe siècle*, JORF n° 0269 du 19 novembre 2016, texte n° 1. Elle-même fut suivie par la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 *de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice*, JORF n° 0071 du 24 mars 2019, texte n° 2, et bientôt par celle du 20 novembre 2023 dite *d'orientation et de programmation du ministère de la justice 2023-2027*, JORF n° 0269 du 21 novembre 2023. On ne change pas une équipe qui perd.

<sup>3</sup> CHAR René, *Feuillets d'Hypnos* (1943-1945), Gallimard, Paris, 1948, p. 24.

accueillis masqués, mais par roulement, ainsi que de certains commerces de proximité, à l'exclusion notamment des restaurants, des cinémas et les salles de concert. Le 22 juin, le protocole sanitaire est une nouvelle fois allégé. Les écoles sont tenues de reprendre un fonctionnement normal. Sous réserve de n'accueillir qu'un nombre limité de personnes, les restaurants rouvrent en juillet.

Hélas, annoncée de longue date par les épidémiologistes, la deuxième vague du coronavirus touche la France à la fin de l'été. Une hausse sensible des contaminations, dont le nombre est pratiquement multiplié par quatre depuis les derniers jours d'août<sup>4</sup>, conduit le gouvernement à ordonner un second confinement à partir du 30 octobre, un peu moins rigoureux et plus court que le précédent, puisqu'il se termine le 15 décembre 2020, afin de réserver leur part aux fêtes de fin d'année. Les commerces non-essentiels sont à nouveau fermés, les déplacements limités<sup>5</sup>, et le port du masque hors domicile rendu obligatoire.

La campagne de vaccination, qui débute à peu près au même moment<sup>6</sup>, peut laisser croire à une accalmie. Il n'en est rien. Le 16 janvier 2021, confronté à la troisième vague épidémique, le gouvernement généralise, à l'ensemble du territoire national, et de 18 heures le soir à 6 heures le matin, le couvre-feu, déjà pratiqué dans certaines régions<sup>7</sup>. Le 3 avril, un troisième confinement, également étendu à l'ensemble du territoire<sup>8</sup>, s'ajoute au couvre-feu. Si la mesure de confinement est levée un mois plus tard, le 3 mai, le couvre-feu, est, en revanche, maintenu. À partir du 19 mai, il ne commence plus qu'à 21 heures ; les commerces encore fermés sont autorisés à réouvrir avec une jauge de 8 m<sup>2</sup> par client, ainsi que les terrasses des bars et des restaurants, dans la limite de 50% de leur capacité, etc<sup>9</sup>.

Le 9 juin 2021, le début du couvre-feu est encore repoussé, cette fois à 23 heures, et les restaurants sont autorisés à servir en intérieur, avec une jauge de 50%. Sous réserve de présenter un *pass* sanitaire valable, attestant ou d'un test PCR négatif de moins de trois jours, ou d'une vaccination complète, il est désormais possible de participer à une compétition sportive amateur en plein air<sup>10</sup>. Le 30 juin 2021, le couvre-feu est à son tour supprimé<sup>11</sup>, de même que les

---

<sup>4</sup> V. notamment la très intéressante *Chronologie de la pandémie de Covid-19 en France*, Wikipédia, URL : [https://fr.wikipedia.org/wiki/Chronologie\\_de\\_la\\_pandémie\\_de\\_Covid-19\\_en\\_France](https://fr.wikipedia.org/wiki/Chronologie_de_la_pandémie_de_Covid-19_en_France)

<sup>5</sup> Seuls les déplacements dans un rayon d'un kilomètre autour du domicile sont autorisés sans attestation.

<sup>6</sup> Le 27 décembre 2020.

<sup>7</sup> Lequel sera ensuite de 19 heures à 6 heures à partir du 20 mars 2021, puis repoussé à 21 heures et 23 heures, les 19 mai et 6 juin, avant d'être supprimé le 20 juin 2021.

<sup>8</sup> Ce troisième confinement apparaît cependant bien plus léger que les deux précédents : la plupart des commerces peuvent rester ouverts, et les déplacements sont autorisés, sans attestation, dans un rayon de 10 kms autour du domicile.

<sup>9</sup> *Idem* pour les cinémas, théâtres, bibliothèques, musées, dans la limite de 35 à 50 % de leur capacité, ainsi que pour les événements sportifs couverts à 35 % de leur effectif et dans la limite de 800 spectateurs assis.

<sup>10</sup> Dans la limite de 500 participants. Les capacités d'accueil des établissements culturels sont également augmentées à 65% en moyenne, de même que celles établissements sportifs couverts, qui, sous réserve de la présentation du *pass* sanitaire, passent à 50% de leur capacité, dans la limite de 5 000 spectateurs.

<sup>11</sup> Il l'est, en réalité, depuis le 20 juin, date de l'annonce de sa suppression par le premier ministre, Jean Castex.

jauges dans les établissements qui accueillent du public. Les manifestations sportives ou culturelles, à condition qu'elles ne dépassent pas un certain seuil<sup>12</sup>, sont autorisées, toujours sous réserve d'un *pass* sanitaire valable, et dans le respect des gestes-barrières, port du masque et distanciation, en vigueur depuis le début de l'épidémie. Je tousse dans mon coude.

Augmenté d'une troisième dose de vaccin, officiellement destinée à prévenir les effets des variants du virus<sup>13</sup>, le *pass* sanitaire devient *pass* vaccinal le 24 janvier 2022<sup>14</sup>. Le 2 février, les jauges, qui subsistaient encore dans les établissements susceptibles de recevoir du public assis, sont à leur tour supprimées, de même que le port du masque en extérieur et l'obligation de recourir au télétravail, qui n'est plus que conseillé pour ceux qui en ont la possibilité. Le 16 février, enfin, estimant la couverture vaccinale suffisante, le gouvernement levait les dernières interdictions<sup>15</sup>. Un mois plus tard, le 14 mars 2022, le *pass* vaccinal était supprimé. La crise avait duré deux ans<sup>16</sup>.

Ces deux années, on s'en doute, ont marqué, et marqué très profondément, le monde judiciaire, qui est un monde naturellement frileux. Elles ont également fortement obéré les pratiques des juridictions. En éloignant plus encore qu'elle ne l'était auparavant, la justice du justiciable, elles ont poussé jusqu'à l'absurde les principes d'un système dont le fonctionnement, faute de moyens et d'imagination, échappe, depuis longtemps, à la logique la plus élémentaire.

Pour les avocats, et peut-être plus spécialement pour les avocats à la cour d'appel d'Aix-en-Provence, alors en conflit avec un certain nombre de magistrats, à propos de la tenue des audiences correctionnelles, et fortement mobilisés dans la défense de leur système de retraite, ces quelques sept cents jours, qui ébranlèrent le monde, n'ont pas été sans conséquences sur leur vie professionnelle et personnelle.

Ces conséquences furent, d'abord, d'ordre économique. Nonobstant les différents moratoires ou les aides qui leur ont été accordés<sup>17</sup>, le ralentissement général de l'activité n'a pas frappé que les avocats les plus fragiles, il a aussi très largement affaibli nombre de cabinets importants, brusquement privés d'une

---

<sup>12</sup> Évènements rassemblant plus de 1 000 personnes en intérieur comme en extérieur ; compétitions sportives amateurs de plein air dans la limite de 2 500 participants ; festivals de plein air avec jauge de 4 m<sup>2</sup> à partir de 1 000 participants, etc.

<sup>13</sup> Variants Delta et Omicron.

<sup>14</sup> Loi n° 2022-46 du 22 janvier 2022, *renforçant les outils de gestion de la crise sanitaire et modifiant le code de la santé publique*, JORF n° 0019 du 23 janvier 2022, texte 1,

<sup>15</sup> Réouverture des discothèques, fermées depuis le 10 décembre 2021 ; reprise des concerts et des spectacles avec public debout ; consommation debout dans les bars, etc.

<sup>16</sup> Les dispositions sur l'urgence sanitaire ne sont, toutefois, définitivement caduques qu'à compter du 1<sup>er</sup> août 2022, par l'effet de la loi du 30 juillet 2022, *mettant fin aux régimes d'exception créés pour lutter contre l'épidémie liée à la covid-19*, laquelle abroge le régime de gestion de la crise sanitaire institué par la loi du 31 mai 2021, *relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire*.

<sup>17</sup> Report d'échéances fiscales ou sociales, remises d'impôts directs, report du paiement de certaines factures ou échéances bancaires, mobilisation de fonds de solidarité, prêts garantis par l'État, etc. V. notamment, une note du ministère des finances du 16 avril 2020 : « CoronavirusMINEFI10032020 ».

partie non négligeable de leur revenus fixes<sup>18</sup>. La pandémie a, ensuite, été l'occasion d'une remise en question profonde du rôle de l'avocat, et de la vocation de certains à se maintenir dans la profession<sup>19</sup>. Mais elle a eu, aussi et surtout, pour résultat de multiplier les obstacles à l'exercice de la défense.

Libre en théorie, l'exercice professionnel s'est trouvé brutalement entravé par toute une série de mesures, prises dans l'urgence, de manière aussi pointilleuse que brouillonne, et qui, parce qu'elles étaient réputées être de police sanitaire ou justifiées par des impératifs de santé publique, furent appliquées avec ce zèle maniaque qui caractérise les périodes de grande peur.

Certes, plusieurs de ces mesures et principalement celles qui touchaient à la liberté de déplacement comme à l'accès aux lieux d'exercice habituels de la profession, n'ont été qu'éphémères. Lorsqu'il se mit à souffler, le vent de la guérison les emporta. D'autres, au contraire, celles qui portaient sur le fonctionnement même des processus judiciaires ou sur les garanties offertes aux justiciables, ont eu, hélas, des conséquences beaucoup plus durables, sinon dans la pratique des juges, du moins dans l'esprit des gouvernants, un peu comme si la crise du covid leur avait servi de laboratoire pour préparer la justice du futur.

C'est à partir de ce constat, qui tente de distinguer ce qui ne fut que pur accident, ce qui reste, par conséquent, du domaine de l'anecdote, de ce qui, au contraire, relevait de l'expérimentation, afin de façonner la justice de demain, que j'ai tenté d'ordonner les deux volets de ce propos, entre ce qui a disparu et ce qui est resté, ce qui n'était que matériel, et ce qui influe sur le fonctionnement même de nos institutions judiciaires : Les obstacles provisoires à l'exercice de la profession (I) et les transformations du processus judiciaire (II).

## **I. Les obstacles provisoires à l'exercice de la profession**

La crise du Covid n'a certainement pas facilité l'exercice de la profession d'avocat, mais d'une certaine façon elle a aussi rendu ce métier, qui prétendait résister à l'oppression, plus excitant. Les obstacles matériels que le coronavirus est venu placer sur le chemin de l'avocat n'ont été, heureusement, que provisoires.

On oubliera volontiers, au titre de l'éphémère, le report des audiences solennelles de rentrés ou des assemblées générales des ordres et des CARPA, la possibilité désormais offerte aux nouveaux avocats de prêter serment par écrit, ainsi que les modifications que les circonstances rendaient nécessaires dans la composition des cours d'assises. Elles n'ont en rien entravé mon activité.

---

<sup>18</sup> Principalement les honoraires versés par les compagnies d'assurances, qui ne le sont qu'une fois le procès terminé. Ces cabinets, en outre, n'ont pas pu, en raison de leur chiffre d'affaires des années précédentes, bénéficier des aides spécifiques, notamment d'urgence, mises en place par la CNBF, ou des avances exceptionnelles consenties sur l'aide juridictionnelle.

<sup>19</sup> Ici ou là, les ordres ont été contraints de créer des cellules de crise, de soutien psychologique, voire de coaching personnalisé, au profit de ceux dont la crise sanitaire accentuait leur désamour de leur profession.

Le port continu du masque, dans le respect des « gestes barrières », l'apparition, aussi soudaine qu'inutile, d'écrans de plexiglass, dépourvus de guichets, dérisoire protection des rares fonctionnaires restés sur place et des magistrats aux audiences, se sont, en revanche révélés beaucoup plus gênants. L'un et l'autre n'ont guère facilité les échanges, ni ceux des prévenus avec leurs juges, ni ceux de juges et des avocats. Certes, la pratique a rapidement fait que les avocats qui le souhaitaient puissent enlever leur masque au moment de plaider, ou que les juges abandonnent cet accessoire, d'autant plus gênant que l'audience avançait en heure. Vous me permettez, en l'occurrence, cette remarque incidente que la crise due au covid fut aussi un phénomène de classe, les plus humbles dans la hiérarchie judiciaire, notamment le personnel des greffes, continuant souvent à porter un masque, alors que celui-ci avait cessé d'être obligatoire, ou tout simplement conseillé.

Ces moments de doute mis à part, les vrais empêchements, nés des moyens mis en œuvre pour lutter contre l'épidémie, ont été essentiellement de deux ordres. Les premiers sont dus aux restrictions de circulation, et donc à la liberté d'aller et venir, imposées par le gouvernement en réponse à la pandémie. Les secondes, qui prolongent les premières, sont dues à la fermeture, plus ou moins totale, de l'espace public, ou, plus exactement, d'un certain nombre de bâtiments publics.

#### *A. Les restrictions de circulation*

Les restrictions de circulation, qu'elles résultent du confinement proprement dit ou du couvre-feu ont été une gêne indiscutable pour l'avocat.

**1-** Les trois confinements successifs ont constitué un premier obstacle au libre exercice de la profession. En application de l'article 1<sup>er</sup> du décret du 16 mars 2020, *portant réglementation des déplacements dans le cadre de la lutte contre la propagation du virus Covid-19*, différents modèles d'attestations dites « de déplacement dérogatoire » ont été rendus obligatoires par les pouvoirs publics, à peine de sanctions pénales<sup>20</sup>. La première, à usage des employeurs, et donc de l'avocat employeur, les obligeait à certifier que le déplacement de tel ou tel de leurs salariés ne pouvait être différé ou était « indispensable à l'exercice d'activités ne pouvant être organisées sous forme de télétravail »<sup>21</sup>. La seconde, à l'usage de tous, obligeait toute personne, désirant sortir de son domicile, à attester elle-même que son « déplacement entre le domicile et le lieu d'exercice de l'activité professionnelle, lorsqu'ils sont indispensables à l'exercice d'activités ne pouvant être organisées sous forme de télétravail (sur justificatif permanent) ou déplacements professionnels ne pouvant être différés »<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> En l'occurrence une amende forfaitaire de 135 €, et jusqu'à six mois d'emprisonnement en cas de récidive.

<sup>21</sup> Revêtue du cachet de l'employeur, cette attestation, imaginée exclusivement pour des salariés, et donc parfaitement inadaptée au cas des professionnels libéraux, devait préciser la nature de l'activité professionnelle, le lieu d'exercice de cette activité, le moyen de déplacement utilisé, ainsi que sa durée de validité, laquelle était paradoxalement laissée à l'appréciation de l'employeur.

<sup>22</sup> La même attestation autorisait également : les déplacements pour effectuer des achats de première nécessité ; les déplacements pour motif de santé ; les déplacements pour motif familial impérieux ; les déplacements brefs à proximité du domicile.

Passons sur les qualités d'un texte, vraisemblablement rédigé à la hâte, et qui n'avait manifestement pas été pensé pour les professionnels libéraux. L'avocat, lorsqu'il se déplaçait, s'exposait à être contrôlé, à justifier de sa qualité, de son adresse, et, éventuellement à prouver la nature professionnelle et impérative de son déplacement.

Le troisième confinement, celui d'avril 2021, fut incontestablement plus souple. L'attestation de déplacement, qui se réfère désormais à l'article 3 du décret 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*, ne prévoit pas uniquement les déplacements professionnels obligatoires, mais encore les déplacements « pour effectuer des achats de fournitures nécessaires à l'activité professionnelle », les déplacements relatifs à une « convocation judiciaire ou administrative » et ceux, enfin, qui avaient pour but de participer « à des missions d'intérêt général sur demande de l'autorité administrative ». L'avocat retrouvait, *de facto*, l'autorisation de circuler, à peu près librement, y compris pour alimenter son cabinet en consommables, indispensables à la poursuite de son activité.

Il reste, toutefois, remarquable que, durant toute cette période, il a été impossible à client individuel, à l'individu lambda, de venir consulter un avocat, la consultation d'un avocat n'étant pas un motif de déplacement prévu par la loi, laquelle autorisait, en revanche, les entrepreneurs ou les commerçants à le faire, ceux-ci pouvant toujours arguer de la nature professionnelle de ce rendez-vous. De façon paradoxale, cet inconvénient qui, incontestablement, mettait en péril l'équilibre économique des petits cabinets, n'a trouvé un commencement de solution qu'avec l'instauration du couvre-feu.

**2-** Dans son premier état au moins, le couvre-feu n'a pas uniquement entravé l'avocat, momentanément obligé de regagner son domicile à une heure décente, il l'a encore séparé davantage de ses clients lesquels, faute de pouvoir se déplacer après 18 heures, n'étaient donc pas autorisés à rencontrer un avocat à l'issue de leur journée de travail.

Saisi de la difficulté, juge administratif finit par estimer que cette situation portait atteinte à la liberté, considérée comme fondamentale, d'exercer un recours devant une juridiction, car elle rendait plus difficile l'accès à un professionnel du droit. Elle rompait, en outre, le principe d'égalité entre les citoyens, puisque comme ils l'avaient déjà fait pendant le confinement, certains chefs d'entreprise pouvaient toujours consulter leur avocat pendant le couvre-feu, en arguant de motifs professionnels, alors que de simples particuliers ne le pouvaient pas. Elle privait, enfin, les personnes, qui ne disposaient pas de moyens de communication suffisant pour télé-consulter, de toute possibilité d'échange avec leur avocat. La décision du magistrat fut, par conséquent, d'autoriser les déplacements après 18 heures pour se rendre chez un professionnel du droit. À Marseille, une solution identique paraît avoir été directement négociée par le barreau avec la Préfecture, sous réserve que l'avocat délivre à son client une attestation idoine. Ces décisions furent, au demeurant, confirmées, sans grandes difficultés, par le gouvernement, qui accepta que ce

motif de dérogation, auquel il n'avait pas songé, soit valablement mentionné sur les attestations de déplacement à compter du 5 mars 2021.

Sans doute ces restrictions de circulation ne furent-elles que temporaires. À quoi servait, cependant, de se déplacer, dès lors que la plupart des lieux où se rendait la justice avaient été totalement ou partiellement fermés.

### ***B. L'accès restreint aux bâtiments publics et aux lieux de justice***

L'accès excessivement restreint aux bâtiments publics et aux lieux de justice a, à son tour, considérablement gêné l'avocat, l'éloignant, plus encore que ses difficultés à circuler, des devoirs de sa profession. Outre les fermetures ponctuelles, pour cause de cas contacts, les bâtiments auxquels l'avocat cessait d'avoir librement accès étaient principalement au nombre de trois : les palais de justice, les locaux de l'ordre et les prisons.

1- En ce qui concerne les palais de justice, une circulaire du dimanche 15 mars 2020, de Madame Belloubet, alors garde des sceaux, annonçait leur fermeture brutale à compter du lundi 16 mars 2020, « sauf en ce qui concerne le traitement des contentieux essentiels », principalement les audiences correctionnelles pour les mesures de détention provisoire et de contrôle judiciaire, les audiences de CI, les présentations et les permanences du parquet, les référés réellement urgents, qu'ils soient de droit commun ou relèvent du JAF. Les sessions d'assises devaient être annulées « dans la mesure du possible », les services d'accueil et les points d'accès au droit immédiatement fermés, les audiences « non essentielles » reportées à une date aussi lointaine qu'ultérieure.

Dans le même temps, les tribunaux de commerce annonçaient également leur fermeture, pour une durée indéterminée à compter du 16 mars 2021, et le renvoi à plus tard de toutes leurs audiences, y compris en référé. Leurs greffes invitaient, d'autre part, les entreprises qui le souhaiteraient à effectuer l'ensemble de leurs actes par voie dématérialisée. Quelques jours plus tard, les compagnies d'expert décidaient, à leur tour, de reporter l'ensemble des réunions d'ores et déjà programmées et de n'en tenir aucune jusqu'à plus ample informé.

Conformément aux instructions venues de la chancellerie, chaque tribunal judiciaire et chaque cour d'appel se trouvait dans l'obligation de définir un PCA, ou Plan de Continuation d'Activité, assurant, en pratique, la présence de trois juges pour le tribunal correctionnel, d'un ou deux juges d'instruction, selon l'importance de la juridiction, d'un JLD et d'un JAP, d'un juge civil, pour les urgences, d'un président et/ou d'un VP, et enfin d'une permanence au parquet. La crise du covid le confirmait, la justice civile est bien le parent pauvre du système judiciaire français. Mourir peut attendre.

À ce sujet, l'ordonnance n° 2020-304 du 25 mars 2020, *portant adaptation des règles applicables aux juridictions de l'ordre judiciaire statuant en matière non pénale et aux contrats de syndic de copropriété*, allégeait en termes vagues le fonctionnement des juridictions civiles, sociales et commerciales, en permettant l'information des parties et l'organisation du contradictoire par tout moyen, afin de répondre aux enjeux sanitaires, d'éviter les contacts physiques, de pallier les contraintes du confinement et des plans d'activité réduite des

services. Le même texte prévoyait aussi des adaptations spéciales au bénéfice des juridictions pour enfants, en permettant, notamment, de prolonger sans formes les délais des mesures d'assistance éducative<sup>23</sup>.

Quant aux audiences pénales, à supposer qu'il y en ait, certains greffiers ayant menacé d'exercer leur droit de retrait, l'ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020, *portant adaptation des règles de procédure pénale*, qui, par ailleurs, faisait fi de la non-rétroactivité des lois pénales<sup>24</sup>, conseillait, article 7, que ces audiences se tiennent, aussi souvent que possible, à huis clos ou sous le régime de la publicité restreinte, en application des règles de l'article 400 du Code de procédure pénale. Les juges d'instruction, qu'il était dorénavant possible de saisir sans formes, par simple mail, étaient, pour leur part, invités à suspendre momentanément la clôture de leurs informations et à ne programmer aucun acte qualifié de non urgent. Les règles de l'application des peines étaient, en revanche, fortement assouplies. À la seule exception des condamnés pour faits de terrorisme, l'article 25 de l'ordonnance facilitait les réductions de peine, les permissions de sortie, et la libération sous contrainte, sans consultation de la commission d'application des peines, sous la seule réserve de l'avis favorable du parquet<sup>25</sup>.

Les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel, dont certains avaient prolongé leur service au-delà du 16 mars, se plièrent, à leur tour, aux exigences des ordonnances du 25 mars<sup>26</sup>. Les chefs de ces juridictions avertirent les barreaux du ressort de leur intention de ne plus tenir d'audiences, tout en maintenant leur activité par voie dématérialisée, « ce qui est grandement facilité par l'usage de Télérecours »<sup>27</sup>.

L'avocat aurait certes pu se consoler de ces contretemps à la bibliothèque de l'ordre. Hélas celle-ci était également fermée.

**2-** Les locaux de l'ordre, notamment à Aix-en-Provence, furent fermés dès le 16 mars 2020, et ce jusqu'à nouvel avis<sup>28</sup>. Cette fermeture entraînait, corrélativement, celle des CARPA, et suspendait, par conséquent, tout dépôt de fonds et toute demande de règlement, y compris celle des sommes dues aux

---

<sup>23</sup> Pour faciliter le fonctionnement des copropriétés, l'ordonnance autorisait, enfin, le renouvellement des contrats de syndic de copropriété qui expiraient ou avaient expiré depuis le 12 mars 2020.

<sup>24</sup> Notamment dans ses articles 3, suspension des délais de prescription de l'action publique et de la peine du 12 mars 2020 au 1<sup>er</sup> septembre 2022 ; 4, doublement des délais d'exercice des voies de recours ; 5, allongement des délais de traitement des demandes de mise en liberté des personnes détenues à titre provisoire ; 9, 10 et 11, qui modifiaient la composition et élargissaient la possibilité de statuer à juge unique des juridictions correctionnelles. Les articles 16 et 17 de l'ordonnance prolongeaient également les délais de détention provisoire ou de DDSE, ainsi que les délais d'audience en matière de CI ou de comparution à délai différé des personnes détenues. Il en était de même des délais de recours, articles 18 et 19, et de ceux qui étaient impartis à la Cour de cassation, article 20).

<sup>25</sup> Il en était de même, article 26, en matière de suspension ou de fractionnement des peines pour raisons sanitaires ou médicales.

<sup>26</sup> Ordonnances n° 2020-305 et 2020-306 du 25 mars 2020.

<sup>27</sup> Lettre de Madame le Président de la Cour administrative d'appel de Marseille aux bâtonniers du ressort, 26 mars 2020.

<sup>28</sup> Ils furent ensuite réouverts de manière progressive, de 10 h. à 12 h. et de 14 h. à 16 h., par exemple pour ceux d'Aix-en-Provence, à compter du vendredi 30 octobre 2020.

avocats au titre de l'aide juridictionnelle ou de la commission d'office<sup>29</sup>. Tout au plus le CNB et l'UNCA rappelaient-ils aux avocats, l'existence du service iCARPA, portail dédié aux maniements de fonds, expérimenté depuis 2012, mais qui ne permettait toujours pas d'effectuer le moindre règlement. Les CARPA profitaient aussi de la crise pour annoncer aux avocats que les règlements, à l'avenir, ne se feraient plus par chèques, mais uniquement par virements.

La fermeture des locaux ordinaires entraînait aussi la suspension momentanée des services de courrier du palais, ce qui, après tout, n'était que demi-mal, puisque ce courrier, émanant en grande partie des greffes, devenait, en pratique, inexistant, sauf les décisions rendues récemment et dont l'original n'était pas encore parvenu à l'avocat, ou ses dossiers de plaidoiries non encore restitués. Billevesée que tout cela, alors que la maladie guettait, tapie dans l'ombre des prisons.

**3-** Les prisons, dans lesquelles il est toujours plus facile d'entrer que de sortir, sont, en apparence, restées ouvertes aux avocats, au moins pour les urgences. En ce qui les concerne, le garde des sceaux, tout en légitimant une sorte de liberté de transfert en fonction des circonstances<sup>30</sup>, avait précisé que, pour éviter la circulation du virus, « les mouvements internes doivent être fortement réduits, en suspendant les activités en milieu confiné (enseignement, activités socio-culturelles, sport) », tout en indiquant que les promenades et activités sportives en plein air ou en espace non confiné devaient être « maintenus avec les aménagements nécessaires »<sup>31</sup>. Quant aux parloirs, l'accueil des familles était fermé « jusqu'à nouvel ordre dès lors que la configuration des lieux l'exige ». Rien, en revanche, n'était dit concernant les visites des avocats.

Une partie de l'administration pénitentiaire comprit rapidement le parti qu'elle pouvait tirer de ce silence, en exigeant des avocats qu'ils fournissent la preuve absolue de ce qu'ils n'étaient ni atteints par le virus, ni contagieux après l'avoir été, avant de les autoriser à pénétrer dans les maisons d'arrêt. La demande fut aussitôt considérée comme portant atteinte à la liberté et à la dignité de la profession. Après intervention des parquets généraux et sous réserve du bon vouloir des surveillants, prétextant que tel ou tel ne pouvait se rendre au parloir pour cause de covid ou de cas contact, les avocats furent autorisés à visiter leurs clients, à peu près librement.

Il reste toutefois paradoxal de constater que, même en période de confinement ou de couvre-feu, les avocats, qui s'étaient portés volontaires pour assurer la défense pénale d'urgence, ont eu, au contraire, très facilement accès aux commissariats de police et aux casernes de gendarmerie, dans le cadre des

---

<sup>29</sup> Qui fut cependant assuré au cas par cas dans certains barreaux, alors que d'autres décidaient de la suspension du prélèvement des cotisations.

<sup>30</sup> Dans le cadre la lutte contre l'épidémie, les personnes condamnées, mises en examen, prévenues ou accusées placées en détention provisoire pouvaient être incarcérées ou transférées dans un établissement pénitentiaire, sans qu'il ne soit nécessaire d'obtenir l'accord ou l'avis préalable des autorités judiciaires compétentes.

<sup>31</sup> Devaient être également maintenus, aux dires du ministre, « le travail et la formation professionnelle dans les espaces permettant de respecter les mesures barrière ».

gardes à vue, pour lesquelles ils étaient désignés. Il est aussi vrai, que sous l'effet de la crise sanitaire, la garde à vue, comme un certain nombre d'autres institutions judiciaires, connaissait alors des transformations, dont les effets étaient destinés à se prolonger dans le temps.

## II. Les transformations du processus judiciaire

Il s'agit là d'obstacles fonctionnels apportés à l'exercice de la défense, dont un certain nombre ont survécu à la crise du covid. Tout est ici distance, de la distance à respecter pendant la tenue des audiences aux audiences tenues à distance. Les pouvoirs publics ont, en effet, parfaitement su profiter de la peur du coronavirus, pour cloisonner tous les aspects du processus judiciaire, de la constitution des dossiers ou de la saisine de la juridiction, qui marque le début du procès, jusqu'au prononcé la décision qui en marque la fin.

Les exemples sont, hélas, nombreux. Passons sur la dématérialisation des procédures ou la généralisation des cours départementales de justice, dont la création constitue une atteinte, peut-être nécessaire, mais incontestable, faite sans aucun débat, à la souveraineté du peuple. Parmi ces transformations, qui sont dues au covid nous en avons retenu trois, dont la nature a été profondément modifiée par la crise sanitaire : le déroulement des gardes à vue ; la généralisation de la visio-conférence et du télétravail ; l'instauration de la procédure sans audience.

### A. Les gardes à vue

Les gardes à vue ont été parmi les premières mesures judiciaires dont le déroulement a été bouleversé par la crise sanitaire, et ce aussi bien sur le plan théorique que pratique.

1- Sur le plan théorique, soucieuse de préserver à la fois le droit des gardés à vue d'être assisté et de prévenir la propagation du virus en limitant les déplacements, l'ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020, *portant adaptation des règles de procédure pénale*, prévoyait, dans son article 13, que l'entretien de l'intéressé avec son avocat et l'assistance de la personne gardée à vue au cours de ses auditions pourraient avoir lieu par un moyen de communication électronique, notamment par téléphone, et ce, d'ailleurs, sans que l'accord de l'avocat concerné ne soit requis. Le même texte permettait également la prolongation des gardes à vue des suspects d'infractions en bande organisée ou des mineurs de 16 à 18 ans, sans présentation devant un magistrat.

De son côté, le juge administratif de l'urgence estimait devoir rappeler au gouvernement, que les personnes gardées à vue se trouvant, durant leur détention, dans une situation d'entière dépendance vis-à-vis de l'administration, elles devaient être spécialement protégées en période de crise sanitaire. À cette fin, le juge ordonnait au gouvernement de proposer, dans les plus brefs délais, de manière systématique et obligatoire, à l'ensemble des personnes gardées à vues, des kits d'hygiène, comprenant notamment des lingettes rafraîchissantes, du dentifrice à croquer et, pour les femmes, des serviettes hygiéniques. Les

personnes détenues devaient être également informées de la possibilité de changer de masque de protection toutes les 4 heures, et d'accéder, sur simple demande, à du gel hydroalcoolique ou à tout autre dispositif permettant de se désinfecter les mains.

Il n'en fut, bien évidemment rien, face à la pénurie et à l'insalubrité chronique des locaux de garde à vue.

2– Sur le plan pratique, ces recommandations ne furent, donc, aucunement respectées. Les OPJ, les premiers, estimèrent impossible d'utiliser leurs propres téléphones portables pour assurer la communication électronique telle qu'elle avait été prévue par l'ordonnance. Une circulaire de la chancellerie apaisait aussitôt leurs craintes, en précisant, *contra legem*, que la décision de recourir à la communication électronique relevait de leur seule appréciation. Le procédé n'avait pas fait long feu. Les avocats, dès lors, furent obligés de se soumettre et d'assister physiquement, sur la base du volontariat, les personnes gardées à vue, le plus souvent, dans des conditions sanitaires qui laissaient gravement à désirer au regard des exigences de la loi et du simple bon sens.

Ces conditions d'hygiène déplorables ont eu, toutefois, des conséquences inattendues sur le déroulement même des gardes à vue, et ces nouvelles habitudes se sont prolongées bien après la fin de l'urgence sanitaire. La peur de la contagion a eu, tout d'abord, pour effet immédiat de supprimer le recours systématique aux confrontations, entre plaignant et suspects, ou entre suspects, dont les enquêteurs se passent désormais volontiers, les estimant inutiles et superflues, se contentant de recueillir, en fin d'interrogatoire, les observations du gardé à vue, sur les éventuelles déclarations des uns ou des autres. Le désir de limiter les contacts a eu, d'autre part, pour conséquence de réduire le nombre des auditions des personnes gardées à vue, le plus souvent une seule, et de diminuer corrélativement leur temps de présence dans les commissariats et les gendarmeries. Ce fut un progrès.

Inversement, l'échec de la visio-conférence au cours de la garde à vue n'a pas empêché, bien au contraire, son extraordinaire ascension dans les autres domaines de la vie judiciaire.

### ***B. Le recours à la visio-conférence et au télétravail***

Le recours à la visio-conférence et au télétravail sont, en effet, devenus systématiques avec la pandémie.

1– L'utilisation généralisée du télétravail a constitué, dès le premier confinement, en mars 2020, un moyen commode de maintenir un minimum d'activité, tout en évitant les déplacements entre domicile et lieu de travail.

Obligatoire jusqu'au mois de février 2022, à partir duquel il est devenu simplement conseillé, le télétravail, il est vrai, parfaitement adapté à une partie de l'activité judiciaire, s'est largement maintenu au sein des cours et tribunaux, voire au sein de certains services pénitentiaires, tels les SPIP, et il n'est pas rare de trouver, notamment les veilles d'audiences, sur la porte fermée du bureau des

juges, une étiquette ou un post-it, marqué de deux lettres majuscules « TT ». Passée en force de coutume, cette habitude, qui vraisemblablement garantit un travail de qualité, ne favorise guère la communication, particulièrement la communication urgente, qui est aussi l'essence de la justice.

2- Largement conseillé dès le début de la crise sanitaire, le recours à la visio-conférence, qui fit la fortune de Zoom, devait être utilisé « chaque fois que ce sera possible en matière correctionnelle et en matière d'application des peines notamment ». Le procédé fut, ensuite, sinon légalisé, du moins largement étendu par les ordonnances du 25 mars 2020.

Désormais, en application de l'article 5 de l'ordonnance n° 2020-303, aussi bien les prévenus que les condamnés définitifs, à la seule exception des accusés en matière criminelle, peuvent s'adresser à leurs juges, et accessoirement à leurs avocats, par visio-conférence, depuis leur lieu de détention. Ce procédé singulier, qui prive la personne détenue, mise hors de l'audience, de tout contact physique avec ses interlocuteurs et de la présence réelle de son avocat, constitue une atteinte véritable aux droits de la défense, d'autant plus grave qu'il peut être employé sans le consentement de l'intéressé. Née de circonstances exceptionnelles, la mesure, hélas, semble destinée à se perpétuer dans le temps.

### ***C. La procédure sans audience***

La procédure sans audience n'est curieusement pas tout-à-fait, une nouveauté dans l'arsenal des procédures hexagonale, où elle existe en réalité depuis très longtemps, sous réserve du recours *a posteriori* au juge, en matière d'ordonnance d'injonction de payer ou d'amendes forfaitaires, par exemple. Il arrivait même, jadis, que pour faire un sort à des dossiers dans lesquels les prévenus avaient disparu ou qui se trouvaient atteints par la prescription, procureur de la République et président tiennent des audiences quasiment fictives, voire fantôme, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice.

La procédure sans audience n'est donc pas née du covid, qui n'a fait que la généraliser, et sa généralisation l'a rendu particulièrement dangereuse. Initiée avec la pratique des juges rapporteurs, prolongée par celle, plus ou moins volontaire des dépôts de dossier, spécialement devant les cours d'appel et les juridictions de l'ordre administratif, la procédure sans audience, et bientôt sans juge, la justice prédictive, constitue la négation la plus parfaite de la justice à visage humain, fondée sur l'oralité du débat contradictoire.

Dès le 16 mars 2020, il était indiqué aux avocats que, bien que les juridictions soient désormais fermées, il demeurait possible, « en se conformant aux dispositions de l'article 779 du code de procédure civile de préparer et déposer les dossiers en matière civile, commerciale et prud'homale devant la cour d'appel par le truchement du RPVA », les magistrats de la cour s'engageant à rendre leurs délibérés dans ces dossiers de l'ombre, aussitôt l'épidémie contenue.

Des renvois furent également ordonnés sans audience, non seulement par les tribunaux de commerce, mais aussi par les chambres des tribunaux judiciaires ou des cours d'appel qui avaient cessé, en pratique, de fonctionner. En matière administrative, l'ordonnance du 25 mars 2020, *portant adaptation des règles applicables aux juridictions de l'ordre administratif*, autorisait expressément les juges des référés à statuer sans audiences, de même que les cours administratives d'appel sur les demandes de sursis à exécution.

À Aix-en-Provence, le bâtonnier de l'Ordre informait ses confrères, par courrier du 11 décembre 2020, de ce que les juges aux affaires familiales eux-mêmes, entendaient, à leur tour, décider sans audience, et ce jusqu'au 16 mars suivant, conformément aux dispositions de l'ordonnance n° 2020-1400 du 18 novembre 2020, sauf aux avocats concernés à s'opposer dans les quinze jours à ces demandes, et à voir ainsi leurs dossiers renvoyés à la plus lointaine des dates utiles.

Particulièrement répandue devant les chambres sociales des cours d'appel, la procédure sans audiences, ne va pas sans difficultés pratiques, notamment lorsque l'une des deux parties refuse de s'y soumettre. Certaines juridictions décident, au prix d'une interprétation excessive des textes, de passer outre ce refus, au motif qu'une affaire clôturée et fixée ne peut être renvoyée que pour motifs graves. D'autres, au contraire, estiment que le refus de la procédure sans audience constitue, à lui seul, un motif suffisant de renvoi, lequel, en général, retarde de plusieurs mois la solution du procès. Que dire alors des dossiers papiers, déposés devant la porte des greffes en vue de ces audiences fictives, dont le retour n'est jamais assuré, au moins dans des délais raisonnables. Drôle de justice.

À terme, le virus à l'origine de l'épidémie de covid 19, le SARS-CoV-2, et les vaccins censés le combattre n'auront pas uniquement bouleversé le génome humain, ils auront aussi profondément transformé la génétique judiciaire. En se prolongeant dans le temps, les mesures expérimentées à l'occasion de la crise sanitaire n'ont pas seulement participé à la dématérialisation de la justice, elles ont également contribué à sa deshumanisation. Pauvre infirme que notre justice : d'aveugle qu'elle était déjà depuis longtemps, en quelques mois à peine, le covid l'aura rendu définitivement sourde. Cela fait beaucoup.

# La visioconférence, ersatz d'audience ou nouvelle panacée ?

(Transcription de contribution orale)

**Jean-Pierre BOUCHER**

*Président du tribunal judiciaire de Pau*

La question à laquelle on me demande de répondre est très intéressante, « La visioconférence, ersatz d'audience ou nouvelle panacée ? ». J'essayerai d'y répondre en donnant quelques éléments de réflexion et en précisant d'abord que la visioconférence n'est pas totalement liée à la crise sanitaire et à la période que l'on a connue, car je vais vous donner quelques éléments historiques qui vont démontrer qu'il s'agit d'un lent mouvement, mais certain, qui a été évidemment favorisé et accéléré par cette crise sanitaire. Avant cela, j'ai entendu ce qui s'est dit tout à l'heure sur les critiques, sur les mesures qui ont été prises dans la crise sanitaire. Je voudrais juste vous donner le point de vue d'un chef de juridiction que je suis et qui, le 15 mars 2020, reçoit un message qui lui dit « Vous fermez le tribunal demain matin ». Sans aucune préparation évidemment, sans aucune expérience évidemment, et sans plan de continuation d'activité dont on a parlé, qui n'était absolument pas prêt, enfin personne n'était préparé à ça.

C'est-à-dire que du jour au lendemain, vous vous posez la question « Mais qu'est-ce qui va se passer lundi ? Qu'est-ce qu'on fait des audiences prévues ? Qu'est-ce qu'on fait des gens convoqués, est-ce qu'on les reçoit, est-ce qu'on ne les reçoit pas ? Est-ce qu'on ferme les portes ? Simplement pour vous dire que tout le monde a été plongé dans une perplexité absolument considérable et qu'effectivement, localement, on a été obligé de se débrouiller et de mettre en place des mesures qui nous paraissaient adaptées et qu'on a essayé d'adapter avec le temps.

Sur la visioconférence, je voudrais simplement faire des observations sur les enjeux du recours à la visioconférence en matière d'audience pénale. Et d'abord vous dire ce que c'est une audience pénale : c'est l'aboutissement d'une procédure. Il y a eu une enquête préliminaire ou une information judiciaire. Et l'audience est un aboutissement qui est attendu. Attendu parfois et même souvent très longtemps, trop longtemps. C'est un lieu, une architecture, avec une solennité, un rituel, ce qui est important pour l'audience pénale.

L'architecture est celle d'une estrade surélevée où se trouve le juge par rapport au justiciable. Et on verra que dans la visioconférence on ne retrouve pas cela, justement. Ce sont aussi des acteurs. Dans une audience pénale il y a de nombreux acteurs. Il y a le greffe, il y a le procureur, l'huissier, les escortes, le prévenu, la victime, les avocats, les magistrats, évidemment. Et ça, c'est un élément important qu'il est difficile de décrire, c'est une atmosphère. Toutes les audiences ne se déroulent pas de la même manière, évidemment, en fonction de

la personnalité des personnes et en fonction des faits que l'on envisage, de leur gravité, des peines encourues, etc.

Il se passe des choses dans une audience, il y a des relations interpersonnelles qui vont modifier les choses, il y a des colères, des réactions parfois totalement inattendues et qui génèrent d'autres réactions. Il se passe des choses parce que ce sont des hommes et des femmes qui parlent entre eux, qui sont d'accord, qui ne sont pas d'accord. Une audience c'est cela, c'est un débat, c'est du contradictoire.

En ce qui concerne la visioconférence, juste quelques rappels : elle est apparue dans les années 1970, d'abord dans des entreprises américaines, puis à partir des années 1990, dans la justice américaine. Or contrairement à ce que l'on pourrait penser, la justice américaine n'en fait pas un usage extrêmement développé. Elle a été la première à l'essayer, si je puis dire, mais c'est un usage qui est relativement limité à certaines procédures, dans certaines audiences et dans certaines juridictions. En France, elle a commencé à se développer à partir des années 2010. La raison majeure pour laquelle on a développé la visioconférence, c'est la difficulté des extractions judiciaires, c'est-à-dire la difficulté d'amener les gens qui sont détenus jusqu'au tribunal pour qu'ils soient jugés et de les ramener ensuite dans les établissements pénitentiaires. À cet égard, il faut se souvenir que, justement, en 2010, les forces de sécurité intérieure, gendarmerie et police, n'ont plus souhaité assurer les escortes des détenus. A donc été créé, au sein de l'administration pénitentiaire, un nouveau service qui s'appelle l'ARPEJ, dédié aux escortes judiciaires. Mais immédiatement, dès 2010, les circulaires indiquaient que de toute façon les moyens étaient insuffisants et qu'il fallait donc développer les audiences en visioconférence, afin d'éviter ou de limiter les extractions.

C'est donc à partir de cette date que l'on a commencé à pratiquer la visioconférence, pas de manière massive, mais la pratique s'est progressivement développée. On a alors commencé aussi, avec beaucoup de retard, à équiper les juridictions, qui à l'époque n'avaient pas de matériel de visioconférence. Évidemment, la crise sanitaire a entraîné une situation particulière qui a amené les juridictions à développer encore les visioconférences.

Quelles sont les difficultés que cela pose ? Je vous expose le point de vue d'un praticien de l'audience correctionnelle.

D'abord il y a une difficulté qui à mon sens est très importante : il s'agit du fait que le prévenu, en visioconférence, est dans sa maison d'arrêt ou dans son centre de détention, et qu'il est seul. Il est seul dans une pièce totalement anonyme en général, et pas très bien installée. Il ne voit de l'audience à laquelle il participe que la vision de la caméra qui, en général, est fixe sur le tribunal, c'est-à-dire qu'il ne voit que les trois juges qui sont en train de l'écouter. Et c'est important parce qu'il ne voit pas la salle, il ne voit pas le public et, pire encore, il ne voit pas son avocat quand il plaide, car l'avocat, lui, il est dans la salle d'audience, en tout cas le plus souvent. Il est vrai que techniquement, on pourrait faire tourner la caméra, mais en pratique, il n'y a personne pour faire ça. Il faudrait que le greffier (qui a autre chose à faire) prenne la tablette qui lui est

dédiée et fasse en sorte qu'au moment où le parquet parle, la caméra soit fixée sur le parquet, ainsi de suite, mais cela ne se fait pas. Mettons-nous à la place du prévenu qui a une vue totalement fixe d'une audience : il ne voit pas qui est dans la salle d'audience et il ne voit même pas qui parle. Le parquet, par exemple, prend la parole à un moment donné, et le prévenu, dans sa prison, ne sait pas que c'est le procureur qui pose une question ou qui fait une remarque ou qui demande quelque chose au tribunal. C'est donc une véritable difficulté.

La difficulté également tient à la distance avec son avocat. En principe, dans une audience en présence, le prévenu est à côté de son avocat, il peut éventuellement échanger quelques mots avec son avocat pendant l'audience. En visioconférence, l'avocat est dans la salle d'audience, seul lui aussi d'ailleurs, et le prévenu est seul dans sa maison d'arrêt.

Il y a évidemment les éternels problèmes techniques qui, même s'ils sont de moins en moins nombreux grâce à un matériel de plus en plus fiable, sont quand même très problématiques et parfois nous amènent même à annuler des audiences, tout simplement parce que la connexion ne va plus se faire, ou alors tout d'un coup le son est coupé totalement et qu'on ne peut pas évidemment continuer l'audience. On est alors obligé de la renvoyer.

Une autre difficulté est liée au fait que beaucoup de prévenus ne sont pas habitués à parler devant une caméra et dans un micro. En audience, les prévenus ont déjà parfois du mal à s'exprimer parce que le cadre est intimidant, cette solennité dont je parlais tout à l'heure. Ce n'est pas simple de prendre la parole devant un tribunal, mais à distance, filmées par une caméra et devant un micro, certaines personnes sont totalement interdites de parole. C'est alors une réelle difficulté pour le tribunal d'entrer en relation. Or une audience, c'est aussi une histoire de relation. Il y a la relation entre le magistrat qui interroge et qui va juger et le prévenu qui est devant lui, il y a des choses qui peuvent être échangées. En visioconférence, c'est quand même beaucoup plus difficile.

La visioconférence induit aussi un manque de spontanéité. Pendant une audience, un prévenu, se met parfois en colère, il a parfois quelque chose à dire d'important tout de suite, en prenant la parole et en indiquant : « Non, non, non, ça, ce n'est pas vrai, ça, c'est faux ». Cela gêne, cela dérange parfois le tribunal, mais il est important aussi que cela soit exprimé. En visioconférence, il ne le fait pas, ou s'il le fait, on lui coupe le micro en considérant que « l'audience ne peut pas se continuer comme cela. Si vous prenez tout le temps la parole sans la demander, ce n'est pas possible ».

Ce sont ces principaux inconvénients qui font que l'audience en visioconférence n'est pas une vraie audience pénale telle que celle qui se déroule habituellement. Il faut aussi noter que ce sont des raisons très contingentes qui ont mené à la mise en place de la vidéoconférence, sans que malheureusement il n'y ait aucune réflexion sur cette question. La modernité de l'outil est séduisante, on a pensé à le mettre en place et à l'utiliser en audience correctionnelle, mais personne n'a vraiment réfléchi auparavant à toutes les conséquences de son utilisation. Mes recherches m'ont permis de constater qu'il existe quelques travaux de recherche aujourd'hui sur cette question-là, sur la question de savoir

ce que la visioconférence change dans les rapports entre les divers acteurs de l'audience, ce que cela change éventuellement dans les décisions qui sont rendues et quel type d'affaires on peut traiter en visioconférence. Cette réflexion, toutefois, n'a pas eu lieu en amont.

Le principal effet de la crise sanitaire en matière de visioconférence a été celui d'assurer l'équipement des juridictions. Après la crise sanitaire évidemment. Nous avons alors été inondés de matériel de visioconférence. À Pau, qui est une juridiction moyenne, on dispose à présent de visioconférences qui ne servent strictement à rien, parce qu'on en a trop, là où auparavant nous n'en avions pas.

Il convient par ailleurs noter que le Conseil constitutionnel a marqué à plusieurs reprises son attachement à la limitation de l'usage de la visioconférence en matière pénale et à l'audience en présence du prévenu. Il l'a fait d'une manière générale quand a été mise en place la possibilité d'audiences en visioconférence, et il l'a fait y compris lors de la crise sanitaire en s'opposant à ce que toutes les audiences puissent avoir lieu en visioconférence. Il faut qu'il y ait des limites qui soient posées parce que le recours à la visioconférence pose une vraie difficulté. Il demeure toutefois très largement possible, et la question essentielle est alors celle de l'acceptation de la visioconférence par l'intéressé.

En effet, il avait été décidé dans le cadre de la crise sanitaire qu'il était possible de se passer du consentement de l'intéressé, et c'est sur ce point que le Conseil constitutionnel s'était opposé, en refusant la généralisation de cette absence de consentement. Il existe évidemment des situations exceptionnelles dans lesquelles on peut se passer du consentement, mais en principe il faut recueillir le consentement du prévenu détenu. On peut néanmoins s'interroger sur la qualité du consentement du prévenu, car on lui envoie un papier en prison qui indique que le président envisage de juger en visioconférence, l'extraction étant compliquée à mettre en œuvre pour diverses raisons. Puis on lui demande « est-ce que vous acceptez ? », mais la question est en réalité légèrement biaisée, car l'intéressé pensera qu'en refusant il risque d'aggraver son sort, que cela soit mal reçu, ... La question du consentement est donc délicate, même s'il est vrai que la proposition est acceptée dans l'immense majorité des cas, bien que les prévenus concernés ne soient pas des personnes qui sont généralement prêtes à tout accepter.

Il ne faut pas non plus dramatiser les choses, l'usage de la visioconférence n'est pas massif. Au tribunal de Pau par exemple, qui est une juridiction moyenne, on a des audiences de comparution immédiate, avec des prévenus qui sont parfois en détention, le plus souvent en détention provisoire décidée par le juge des libertés et de la détention en attendant l'audience. La difficulté que nous rencontrons est que nous ne disposons que d'une seule équipe d'escorte, ce qui signifie que quand on juge quelqu'un à 14 heures, l'escorte doit ensuite le ramener à la maison d'arrêt puis nous amener le deuxième prévenu pour la deuxième affaire, ainsi de suite..., ce qui suppose une coupure de 25-30 minutes. En une après-midi, on peut perdre jusqu'à deux heures et demie d'attente, si on a par exemple six dossiers et qu'à chaque fois l'escorte doit faire le déplacement. Alors on pourrait éventuellement se dire que pour éviter tout cela, on pourrait

recourir à la visioconférence, mais on ne le fait pas parce que je crois que tout le monde est persuadé des limites, à tout le moins en matière pénale, que l'on a atteint avec ce mode de fonctionnement qui n'est pas totalement satisfaisant.

Pour répondre à la question et pour terminer, est-ce que c'est un ersatz d'audience ? Oui. Est-ce que c'est la nouvelle panacée ? Non. Est-ce que cela va se développer ? Vraisemblablement, car on atteint 74 000 détenus aujourd'hui. Malheureusement, la courbe est ascendante, et plus on aura de détenus, plus on aura recours à ces procédés qui évitent les extractions, qui posent un ensemble de problèmes, en dehors même des problèmes de personnel : des problèmes de sécurité, des problèmes d'évasion, etc. Et parfois des problèmes aussi de refus, car il faut savoir qu'il y a des détenus qui ne veulent pas être transférés au tribunal pour diverses raisons : parce que c'est compliqué, parce que les conditions de transport ne sont pas extrêmement confortables ni enviabiles, etc. Je pense donc qu'il y aura un développement de la visioconférence, mais que cela restera toutefois limité en matière d'audience pénale. C'est à tout le moins ce que je souhaite.

# Les mesures de sûreté alternatives à la privation de liberté avant jugement

**Solène GALLUT**

*Docteur en droit privé et sciences criminelles  
Université de Pau et des Pays de l'Adour  
Institut Fédératif de recherche sur les Transitions Juridiques  
Centre de recherche sur la justice pénale et pénitentiaire*

L'expression « à situation exceptionnelle, mesures exceptionnelles »<sup>1</sup> est parfois employée dans le cadre de situations aussi déroutantes qu'imprévisibles. Cette formule est assez intéressante en ce qu'elle atteste d'une certaine évidence, celle de la nécessité de répondre à une situation exceptionnelle par des mesures elles-mêmes exceptionnelles. Les mesures « ordinaires » seraient alors considérées comme manifestement inappropriées. Ce constat conduirait, *a priori*, à avancer l'idée que le caractère exceptionnel d'une situation conditionne la nature de la réponse qui y sera apportée. Si le thème de cette contribution annonce de l'exceptionnel car la réflexion s'inscrit dans le cadre post pandémie, il est également porteur d'une certaine « ordinarité » comme en témoigne l'intitulé de cette partie consacrée au recours élargi à des mesures d'adaptation préexistantes, c'est-à-dire déjà présentes en droit positif.

La situation de pandémie mondiale que la France a traversée constitue, à n'en point douter, une situation particulièrement exceptionnelle caractérisée par une certaine imprévisibilité. D'aucuns auraient pu imaginer, au début de l'année 2020, toutes les mesures qui allaient être mises en œuvre pour y faire face. Afin de surmonter la crise sanitaire, les pouvoirs publics ont décidé de mettre en place des mesures exceptionnelles que l'on pourrait juridiquement qualifier de mesures dérogatoires au droit commun.

La crise sanitaire a mis à l'épreuve l'ensemble du système de justice pénale et a inévitablement conduit à s'interroger sur le surpeuplement des maisons d'arrêt françaises qui accueillent principalement des prévenus en attente de jugement et exceptionnellement des personnes condamnées à de courtes peines<sup>2</sup>. Comment protéger ces individus soumis à des situations de promiscuité parfois

---

<sup>1</sup> V. SCHAPIRA Sébastien, « La détention provisoire, variable d'ajustement de la crise sanitaire », *Dalloz actualités*, 1<sup>er</sup> avril 2020.

<sup>2</sup> V. art. L. 211-1 du Code pénitentiaire : « les personnes prévenues sont détenues dans une maison d'arrêt ». V. également : art. L. 211-2 du Code pénitentiaire qui prévoit la possibilité pour les personnes prévenues d'être détenues à titre exceptionnel dans les établissements pour peine et art. L. 211-3 du Code pénitentiaire qui dispose que les personnes condamnées à une peine d'emprisonnement « d'une durée inférieure ou égale à deux ans peuvent, à titre exceptionnel être maintenues en maisons d'arrêt et détenues, dans ce cas, dans un quartier distinct, lorsque des conditions tenant à la préparation de leur libération, leur situation familiale ou leur personnalité le justifient ».

extrêmes en période de crise sanitaire compte tenu du risque plus élevé de contagion ? La réponse s'est très rapidement imposée : il faut réduire le nombre des personnes incarcérées. Cette solution est apparue d'autant plus nécessaire que « les mesures sanitaires s'avèrent impossible à respecter »<sup>3</sup> lorsque les détenus sont à deux, voire trois, dans une cellule originellement prévue pour une personne dans un contexte carcéral tendu où le nombre de détenus prévenus avoisinait, au 31 janvier 2020, les 30 % de la population carcérale, faisant de la France l'un des pays d'Europe présentant le taux de prévenus le plus élevé<sup>4</sup>.

Cette baisse de la population carcérale aussi rapide que spectaculaire avait stoppé nettement la « progression inflationniste »<sup>5</sup>. Les chiffres s'avéraient alors relativement parlants : si entre le 1<sup>er</sup> janvier 2015 et le 1<sup>er</sup> janvier 2020 le nombre de détenus avait augmenté de 4 500 détenus en 5 ans, dont un pic qui avait été atteint le 16 mars 2020 avec 72 575 détenus, celui-ci redescendait à 59 903 détenus le 5 mai 2020, soit 12 672 détenus en moins en seulement sept semaines<sup>6</sup>. La crise sanitaire laissait clairement entrevoir la possibilité de « ramener le taux d'occupation global des prisons françaises à leur capacité d'accueil, et même en dessous »<sup>7</sup>.

De façon assez curieuse, ce sont les détenus condamnés qui ont le plus contribué à la réduction de la population carcérale. Les moyens déployés ont permis d'accélérer la sortie des personnes condamnées que ce soit, par exemple, en assouplissant les conditions d'octroi de certaines mesures d'aménagement de peine ou en favorisant le prononcé de libération sous contrainte par la levée des restrictions à son bénéfice<sup>8</sup>. Si le gouvernement a pu faire preuve d'imagination en recourant parfois à des dispositifs spécialement prévus pour la crise sanitaire s'agissant des détenus condamnés, comme la création de l'assignation à résidence à domicile ou la réduction supplémentaire de peine liée aux circonstances exceptionnelles du Covid-19<sup>9</sup>, la source dans laquelle il a puisé son inspiration s'est rapidement tarie s'agissant de la sortie des détenus prévenus car il n'a pas jugé nécessaire d'adopter un dispositif spécifique sur ce point. Il est en effet possible de relever une situation assez paradoxale<sup>10</sup> selon laquelle le gouvernement a préféré concentrer ses efforts en facilitant la sortie des personnes condamnées plutôt que d'engager des moyens pour réduire le nombre de prévenus incarcérés, alors même que ceux-ci demeurent présumés innocents et que les maisons d'arrêt, ou quartiers maison d'arrêt, restent la catégorie d'établissements la plus touchée par le surpeuplement carcéral.

<sup>3</sup> V. CGLPL, *Rapport d'activité*, 2020, [en ligne], [consulté le 1<sup>er</sup> décembre 2023]. URL : [https://www.cglpl.fr/wp-content/uploads/2021/06/CGLPL\\_Rapport-annuel-2020\\_web.pdf](https://www.cglpl.fr/wp-content/uploads/2021/06/CGLPL_Rapport-annuel-2020_web.pdf)

<sup>4</sup> V. Statistiques annuelles du Conseil de l'Europe, *SPACE I*, [en ligne], 2020, p. 49, Tableau 8. URL : [https://wp.unil.ch/space/files/2021/04/210330\\_FinalReport\\_SPACE\\_I\\_2020.pdf](https://wp.unil.ch/space/files/2021/04/210330_FinalReport_SPACE_I_2020.pdf)

<sup>5</sup> V. KENSEY Annie, JEAN Jean-Paul, « Une diminution volontariste de la surpopulation carcérale », *AJ Pénal*, 2020, p. 261.

<sup>6</sup> V. KENSEY Annie, JEAN Jean-Paul, *op. cit.*

<sup>7</sup> V. CGLPL, *Rapport d'activité*, 2020, [en ligne], [consulté le 1<sup>er</sup> décembre 2023]. URL : [https://www.cglpl.fr/wp-content/uploads/2021/06/CGLPL\\_Rapport-annuel-2020\\_web.pdf](https://www.cglpl.fr/wp-content/uploads/2021/06/CGLPL_Rapport-annuel-2020_web.pdf)

<sup>8</sup> V. GIACOPELLI Muriel, « Le sort des personnes détenues à l'épreuve de la crise sanitaire. Commentaire du chapitre VI de l'Ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020 », *JCP G*, 8 juin 2023, n° 23, act. 688.

<sup>9</sup> V. GIACOPELLI Muriel, *op. cit.*

<sup>10</sup> Situation paradoxale relevée par la doctrine : PARIZOT Raphaële, « La détention provisoire face aux urgences sanitaires », *RSC*, 2020, p. 690.

Force est donc de constater qu'en ce qui concerne les mesures de sûreté alternatives à la privation de liberté avant jugement, il a été choisi de répondre à cette situation exceptionnelle par des mesures ordinaires, c'est-à-dire d'utiliser les dispositions juridiques de droit commun du droit positif, ce qui tend à remettre en cause l'idée de départ selon laquelle les mesures exceptionnelles seraient les seules valables pour encadrer des situations exceptionnelles, l'exceptionnel pouvant aussi bien commander l'ordinaire. Les mesures de sûreté alternatives à la privation de liberté dans le cadre de la phase pré-sentencielle auxquelles les juges ont eu recours sont celles qui étaient déjà prévues de longue date par le législateur.

Selon une doctrine autorisée, les mesures de sûreté peuvent être définies comme « des sanctions pénales déterminées par la loi pénale, prononcées par une juridiction pénale en raison de la dangerosité de l'individu et dans le dessein exclusif de prévenir la commission d'une infraction pénale que la dangerosité rend probable »<sup>11</sup>. Les mesures de sûreté visent non pas à punir la personne qui s'est rendue coupable d'une infraction mais bien à pallier la dangerosité de l'individu<sup>12</sup>. Il existe en réalité trois mesures de sûreté avant jugement formellement identifiées comme telles par le législateur, à savoir : le contrôle judiciaire, l'Assignation à Résidence sous Surveillance Électronique (également dénommée ARSE) et la détention provisoire<sup>13</sup>. Si la détention provisoire est bien une mesure de sûreté, elle est toutefois la seule mesure qui est privative de liberté, le contrôle judiciaire et l'ARSE étant, quant à elles, des mesures de sûreté restrictives de la liberté d'aller et venir.

Le Code de procédure pénale prévoit ainsi deux alternatives à la privation de liberté avant jugement. La première est le contrôle judiciaire<sup>14</sup> créé par la loi du 17 juillet 1970 qui permet au juge d'astreindre la personne mise en examen à une ou plusieurs obligations. La seconde est l'ARSE qui peut être fixe ou mobile, instaurée par la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 qui consiste pour la personne soumise à cette mesure « à demeurer à domicile ou dans une résidence fixée par [le juge] et à ne s'en absenter qu'aux conditions et pour les motifs déterminés par ce magistrat »<sup>15</sup>. Le but poursuivi par le législateur était de réduire le recours à la détention provisoire. La création du contrôle judiciaire s'était cependant avérée insuffisante à remplir cet objectif, c'est pourquoi il avait été jugé nécessaire de rompre la binarité imposée par le tandem contrôle judiciaire/détention provisoire en instaurant une troisième voie, celle de l'ARSE. Cependant, la mesure n'a pas eu le succès escompté, l'ARSE demeurant encore à l'heure actuelle peu prononcée.

La question qui se pose alors est de savoir comment ces deux mesures de sûreté alternatives à la privation de liberté avant jugement, bien connues du droit, ont été mobilisées dans le cadre de la crise sanitaire et si, dans le contexte post

---

<sup>11</sup> V. pour une étude approfondie sur ce point : GRÉGROIRE Ludivine, *Les mesures de sûreté. Essai sur l'autonomie d'une notion*, préface Philippe BONFILS, Paris, Institut universitaire Varenne, collection des thèses, 2015, p. 48.

<sup>12</sup> V. GRÉGROIRE Ludivine, *op. cit.*, p. 51.

<sup>13</sup> V. GRÉGROIRE Ludivine, *op. cit.*, p. 281.

<sup>14</sup> V. art. 137 du Code de procédure pénale.

<sup>15</sup> V. art. 142-5 al. 2 du Code de procédure pénale.

pandémie et de crise actuelle de l'institution judiciaire, il est possible de déceler un changement des pratiques des magistrats dans le cadre de la phase pré-sentencielle qui augurerait une transformation de l'avant procès pénal.

Les rapports singuliers qui existent entre ce qui relève de l'exceptionnel et de l'ordinaire, et la possible translation d'un état à un autre, serviront de fondement à la réflexion menée dans le cadre de cette contribution. Le premier axe de la réflexion tentera d'interroger la pertinence du recours à des mesures ordinaires pour affronter les situations exceptionnelles et permettra de mettre en lumière le passage de l'exceptionnel à l'ordinaire (I) quand le second axe de réflexion s'attachera à poser la question du caractère exceptionnel ou non des mesures ordinaires mises en œuvre une fois la situation exceptionnelle dépassée en posant la question du passage de l'ordinaire à l'exceptionnel (II).

## **I. De l'exceptionnel à l'ordinaire**

Juridiquement, les mesures ordinaires peuvent être qualifiées de mesures de droit commun. Le constat qui peut alors être fait est celui, d'une part, d'un recours limité aux mesures de sûreté alternatives à la privation de liberté avant jugement préexistantes en droit durant la crise sanitaire (A) et, d'autre part, de leur potentiel qui s'avère sous-exploité (B).

### ***A. Le recours restreint à des mesures de sûreté alternatives à la privation de liberté avant jugement***

Comme le relève la doctrine au sujet de la situation des personnes incarcérées, la logique poursuivie lors de la crise sanitaire n'a pas été celle « d'une libération massive et indifférenciée des détenus »<sup>16</sup>. En effet, les craintes quant aux conséquences d'une telle libération de personnes incarcérées ont davantage incité le gouvernement à opérer une différenciation selon le statut de la personne détenue. Si des efforts avaient été consentis sur la libération des condamnés, le gouvernement faisait le choix dans le même temps de prolonger de plein droit les détentions provisoires<sup>17</sup>, au cours ou à l'issue de l'instruction, de deux à six mois supplémentaires et allongeait les délais d'audiencement<sup>18</sup>. La doctrine n'a pas manqué de s'interroger sur cette manière curieuse de procéder alors même que l'objectif était le même, à savoir prévenir la propagation du virus dans les lieux de détention<sup>19</sup>. Monsieur le professeur Jean-Baptiste PERRIER relevait au sujet de l'ordonnance du 25 mars 2020 que si elle « facilitait la sortie anticipée des personnes condamnées, pour éviter que les établissements

---

<sup>16</sup> V. BONIS Évelyne, PELTIER Virginie, « Le droit de la peine et la lutte contre le Covid-19 en milieu carcéral », *Dr. pén.*, mai 2020, n° 5, 4.

<sup>17</sup> V. sur ce point : Crim., 26 mai 2020, n°s 20-81.910 et 20-81.971, *AJ pénal*, 2020, p. 346, obs. RASCHEL Evan ; *D.*, 2020, p. 1274, obs. PERRIER Jean-Baptiste ; *Gazette du Palais*, 9 juin 2020, n° 21, p. 20, obs. BONFILS Philippe ; *Gazette du Palais* 1<sup>er</sup> septembre 2020, n° 29, p. 63, obs. FOURMENT François ; *RSC*, 2020, p. 690, obs. PARIZOT Raphaële.

<sup>18</sup> V. art. 16 de l'ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020 portant adaptation des règles de procédure pénale sur le fondement de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19.

<sup>19</sup> V. par exemple SCHAPIRA Sébastien, « La détention provisoire, variable d'ajustement de la crise sanitaire », *D. actu.*, 1<sup>er</sup> avril 2020.

pénitentiaires ne deviennent des foyers de propagation, on pouvait être surpris de cette prolongation aveugle des détentions provisoires »<sup>20</sup>. Si le choix qui a été fait de prolonger les détentions provisoires a suscité certaines critiques<sup>21</sup>, restait à savoir si les alternatives à la privation de liberté seraient favorisées dans le cadre de la crise sanitaire.

Conformément à l'article 16 de l'ordonnance du 25 mars 2020, les ARSE subissaient le même sort que celui de la détention provisoire et étaient également prolongées de plein droit dans les mêmes délais<sup>22</sup>. La décision de la prolongation de l'ARSE était juridiquement assez logique car cette mesure emprunte généralement son régime à celui de la détention provisoire. En effet, dans le but de faire de l'ARSE une véritable mesure substitutive à la privation de liberté, le législateur a procédé à une assimilation de l'ARSE à la détention provisoire<sup>23</sup>, qui transparait à travers les similitudes de régime, notamment en ce qui concerne l'imputation du temps écoulé de la mesure sur la peine prononcée<sup>24</sup> ou la possibilité d'obtenir une indemnisation en cas d'une ordonnance de non-lieu, de relaxe ou d'acquittement<sup>25</sup>. Pour autant, cela signifie-t-il que le recours à la mesure de l'ARSE a été privilégié ? Face à l'urgence, la prolongation a pu se présenter finalement comme un moyen pragmatique de pallier la réduction de l'activité judiciaire<sup>26</sup>, sans qu'il ne soit possible de déceler un véritable signe d'incitation au recours à cette mesure de sûreté alternative à la privation de liberté. La circulaire du 26 mars 2020 était d'ailleurs laconique sur ce point, aucune forme d'invitation au recours à l'ARSE n'ayant été formulée à l'attention des magistrats<sup>27</sup>.

Quant au contrôle judiciaire, l'ordonnance du 25 mars 2020 restait finalement assez silencieuse sur cette mesure. Tout juste était-il précisé que les prolongations de plein droit s'opéraient « 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

---

<sup>20</sup> V. PERRIER Jean-Baptiste, « L'honneur de l'équilibriste, la chambre criminelle face à la prolongation sans juge de la détention provisoire », *D.*, 2020, p. 1274.

<sup>21</sup> V. en ce sens : BONFILS Philippe, « L'encadrement par la Cour de cassation de la prolongation de plein droit des détentions provisoires », *Gaz. Pal.*, 9 juin 2020, n° 21, p. 20 ; PERRIER Jean-Baptiste, « La prolongation de la détention provisoire, de plein droit et hors du droit », *D. actu.*, 9 avril 2020.

<sup>22</sup> V. PERRIER Jean-Baptiste, « L'honneur de l'équilibriste, la chambre criminelle face à la prolongation sans juge de la détention provisoire », *D.*, 2020, p. 1274.

<sup>23</sup> V. LEMONNIER DE GOUVILLE Pauline, « L'ARSE : une mesure efficace face à la détention provisoire ? », in CÉRÉ Jean-Paul, GRÉGOIRE Ludivine dir., *Dix ans d'application de la loi pénitentiaire. Bilan et perspectives*, Paris, L'Harmattan, coll. BibliothèqueS du droit, 2021, p. 198.

<sup>24</sup> V. art. 142-11 du Code de procédure pénale.

<sup>25</sup> V. art. 142-11 du Code de procédure pénale.

<sup>26</sup> Benjamin FIORINI relevait à juste titre que la décision de prolongation de plein droit des détentions provisoires avait sans doute été motivée par la crainte que le ralentissement de la cadence judiciaire qui se matérialisait par la diminution du nombre d'affaires pénales en l'état d'être jugées dans ce contexte sanitaire « n'entraîne *in fine* la libération massive de personnes placées en détention provisoire et potentiellement dangereuses ». V. sur ce point : FIORINI Benjamin, « Vers une métamorphose de la détention provisoire ? », *Lexbase Pénal*, n° 36, 25 mars 2021, p. 3.

<sup>27</sup> V. Circulaire du 26 mars 2020, NOR : JUSD2008571C.

contrôle judiciaire lorsqu'il est mis fin à la détention provisoire »<sup>28</sup>. Les personnes incarcérées à titre provisoire conservaient alors la possibilité de formuler des demandes de mise en liberté tout comme il était possible pour le juge compétent, d'office ou à la demande du ministère public, d'ordonner la mainlevée de la mesure. Là encore, le recours à la mesure du contrôle judiciaire n'a pas été explicitement encouragé par le gouvernement.

Pourtant, les statistiques relatives à la baisse du nombre de personnes incarcérées pendant la crise sanitaire démontrent que les mesures mises en œuvre ont conduit à une diminution de l'effectif de 4 363 pour les personnes prévenues sur la période du 16 mars au 5 mai 2020<sup>29</sup>. Cependant, cette baisse ne doit pas être interprétée comme la preuve d'un recours massif aux mesures alternatives à la privation de liberté, l'explication devant être trouvée dans « la baisse des entrées [qui] a concerné majoritairement les prévenus, d'où une baisse rapide du "stock" puis une stabilisation début avril »<sup>30</sup>. Il est intéressant de remarquer que le gouvernement a davantage compté sur la réduction de l'activité judiciaire que sur le recours accru aux mesures de sûreté alternatives à la privation de liberté avant jugement pour affronter les défis posés par la pandémie.

En effet, compte tenu de la nécessité d'adapter l'activité judiciaire au contexte sanitaire, les parquets étaient invités à réduire l'action pénale, c'est-à-dire les enquêtes, les interpellations, les placements en garde à vue et les défèrements, tout comme les magistrats du siège devaient « limiter strictement aux situations qui nécessitent la mise en œuvre d'une mesure de sûreté, la mobilisation de personnels »<sup>31</sup>. Par conséquent, le choix a été fait de réserver les mesures de sûreté avant jugement au cas de nécessité absolue, ce qui revenait à réduire les possibilités de prononcé des mesures. En définitive, c'est moins la réduction du stock par le recours à des mesures alternatives à la privation de liberté que la réduction du flux des entrées en détention qui a permis de réduire la proportion des prévenus au sein des maisons d'arrêt. Ce constat nous amène dès lors à relever la sous-exploitation du potentiel du contrôle judiciaire et de l'ARSE.

### ***B. Le potentiel sous-exploité des mesures de sûreté alternatives à la privation de liberté avant jugement***

Le potentiel des mesures de contrôle judiciaire et d'ARSE a été sous-exploité dans le cadre de la crise sanitaire. Le contrôleur général des lieux de privation de liberté avait d'ailleurs estimé au printemps 2020 que les « consignes données pour réduire le nombre de placements en détention provisoire

---

<sup>28</sup> V. art. 16 de l'ordonnance du 25 mars 2020 portant adaptation des règles de procédure pénale sur le fondement de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19.

<sup>29</sup> V. KENSEY Annie, JEAN Jean-Paul, « Une diminution volontariste de la surpopulation carcérale », *AJ Pénal*, 2020, p. 258.

<sup>30</sup> V. KENSEY Annie, JEAN Jean-Paul, *op. cit.*, p. 258. Les démographes relèvent que d'ordinaire « 75 % des entrées en maisons d'arrêt concernent la détention provisoire (données de 2019), via la procédure de comparution immédiate ou la décision du juge des libertés et de la détention ».

<sup>31</sup> V. DERVIEUX Marie-Odile, « La justice pénale française en état d'urgence sanitaire », *D. actu.*, 17 mars 2020.

s'avér[aient] insuffisantes [...] »<sup>32</sup>. Le gouvernement avait préféré opter pour l'adaptation des mesures existantes au contexte de pandémie sans toutefois procéder à des modifications en profondeur des mesures de contrôle judiciaire et d'ARSE.

La mise en œuvre de ces mesures de sûreté devait logiquement être adaptée aux exigences de distanciation sociale. La circulaire du 14 mars 2020 relative à l'adaptation de l'activité pénale et civile des juridictions aux mesures de prévention et de lutte contre la pandémie Covid-19 invitait, par exemple, à limiter les obligations de pointage, les interventions des contrôleurs judiciaires et maintenir les seules obligations et interdictions visant à préserver les intérêts de la victime ou de l'enquête<sup>33</sup>. Il est vrai que les obligations pouvant être prononcées par le juge dans le cadre du contrôle judiciaire impliquent parfois des contacts sociaux comme, par exemple, l'obligation de se présenter périodiquement aux services, associations habilitées ou aux autorités désignées par le juge<sup>34</sup>, l'obligation de se soumettre à des mesures d'examen, de traitement ou de soins<sup>35</sup> ou encore l'obligation de respecter les conditions d'une prise en charge sanitaire sociale, éducative ou psychologique destinée à permettre sa réinsertion<sup>36</sup>. Or, il s'agissait justement de limiter au maximum les contacts afin d'éviter les risques de propagation du virus, ce qui expliquait sans doute la volonté de limiter le recours à certaines obligations du contrôle judiciaire. Quant à l'ARSE, il est possible de se demander si le besoin d'assurer une certaine distanciation sociale n'avait pas aussi joué un rôle dans son prononcé. Le placement sous une mesure d'ARSE nécessite, dans certains cas<sup>37</sup>, qu'une évaluation de faisabilité de la mesure soit réalisée par le personnel du service pénitentiaire d'insertion et de probation. Ces derniers doivent s'assurer non seulement de la disponibilité du dispositif technique ainsi que de la faisabilité technique du projet<sup>38</sup> mais aussi vérifier la situation familiale, matérielle et sociale de la personne mise en examen<sup>39</sup>, par exemple, en contrôlant que la personne dispose d'un domicile qui lui est propre ou, à défaut, ait obtenu l'accord du tiers qui accueille la personne. En outre, la mise en œuvre du dispositif requiert la pose du bracelet sur la personne à la cheville ou au poignet ainsi que l'installation du boîtier récepteur à l'intérieur du lieu de l'assignation<sup>40</sup>. Ces contraintes logistiques auraient pu constituer un frein à son recours<sup>41</sup>.

---

<sup>32</sup> V. CGLPL, *Covid-19 en prison : des mesures gouvernementales insuffisantes*, Communiqué de presse, 1<sup>er</sup> avril 2020.

<sup>33</sup> V. DERVIEUX Marie-Odile, « La justice pénale française en état d'urgence sanitaire », *D. actu.*, 17 mars 2020.

<sup>34</sup> V. art. 138, 5<sup>o</sup> du Code de procédure pénale.

<sup>35</sup> V. art. 138, 10<sup>o</sup> du Code de procédure pénale.

<sup>36</sup> V. art. 138, 10<sup>o</sup> du Code de procédure pénale.

<sup>37</sup> Le Code de procédure pénale prévoit que la saisine du service pénitentiaire d'insertion et de probation aux fins de réaliser une étude de faisabilité de la pose d'un bracelet électronique qui est en principe facultative devient obligatoire en matière correctionnelle dans les cas limitativement énumérés. V. art. 142-6 al. 4 du Code de procédure pénale.

<sup>38</sup> V. art. D. 32-4, 1<sup>o</sup> du Code de procédure pénale.

<sup>39</sup> V. art. D. 32-4, 2<sup>o</sup> du Code de procédure pénale.

<sup>40</sup> V. CAMOUS Éric, « Assignation à résidence sous surveillance électronique », *J.-Cl. Procédure pénale*, art. 137 à 150, fasc. 40, 2022.

<sup>41</sup> Cela conduit donc à distinguer les ARSE prononcées avant le début de la crise sanitaire et qui ont été prolongées de plein droit des ARSE éventuellement prononcées après la crise sanitaire et

Pourtant, le contrôle judiciaire et l'ARSE auraient pu être jugés comme des mesures de sûreté tout à fait pertinentes dans le cadre de la crise sanitaire. Il est nécessaire de rappeler que la détention provisoire ne peut être prononcée qu'à la double condition que celle-ci soit l'unique moyen de parvenir à l'un ou plusieurs des objectifs visés à l'article 144 alinéa 2 du Code de procédure pénale et que ces derniers ne puissent être atteints en cas de placement sous contrôle judiciaire ou ARSE<sup>42</sup>. Or, du fait du confinement général de la population et de la baisse consécutive de certaines formes de délinquance<sup>43</sup>, plusieurs objectifs auraient pu tout autant être poursuivis si ce n'est avec le contrôle judiciaire au moins avec l'ARSE comme, par exemple, la conservation des preuves ou indices matériels nécessaires à la manifestation de la vérité, la protection de la personne mise en examen, la nécessité de garantir le maintien de la personne à la disposition de la justice ou encore de mettre fin à l'infraction ou prévenir son renouvellement<sup>44</sup>.

Par ailleurs, à l'instar des modifications relatives à l'exécution des peines, le gouvernement aurait pu faire preuve d'une plus grande imagination pour adapter les mesures de sûreté alternatives à la privation de liberté avant jugement en élargissant, par exemple, les conditions d'octroi de ces mesures ou en créant des mesures spécifiques pour affronter la pandémie. Ce manque d'initiative est d'autant plus surprenant quand on sait qu'une assignation à domicile a été spécifiquement créée pour permettre la sortie des personnes condamnées<sup>45</sup> alors même que l'ARSE, déjà disponible en droit positif, a été peu utilisée pour les prévenus et que la surveillance électronique est un dispositif qui permet de nombreuses déclinaisons, comme en témoigne la nouvelle peine de détention à domicile sous surveillance électronique prévue par la loi du 23 mars 2019. Si des mesures ordinaires, c'est-à-dire des mesures de droit positif comme le contrôle judiciaire et l'ARSE, ont pu être jugées suffisantes pour affronter une situation exceptionnelle, il convient de se demander si le recours à ces mesures ordinaires présente ou non un caractère exceptionnel.

## II. De l'ordinaire à l'exceptionnel

Si les mesures de sûreté alternatives à la privation de liberté avant jugement ont vocation à faire de la détention provisoire une mesure exceptionnelle, la crise sanitaire est-elle parvenue à opérer une transformation de l'avant-procès pénal ? La réponse semble *a priori* négative car il est possible de constater une absence de bouleversement des pratiques professionnelles (A) et les perspectives d'accroissement du recours à ces mesures de sûreté s'avèrent aujourd'hui incertaines (B).

---

qui auraient pu être considérées comme moins opportunes compte tenu des impératifs liés à la gestion de la pandémie.

<sup>42</sup> V. art. 144 du Code de procédure pénale.

<sup>43</sup> V. KENSEY Annie, JEAN Jean-Paul, « Une diminution volontariste de la surpopulation carcérale », *AJ Pénal*, 2020, p. 261.

<sup>44</sup> V. également en ce sens : LEMONNIER DE GOUVILLE Pauline, « L'ARSE : une mesure efficace face à la détention provisoire ? », *op. cit.*, p. 195.

<sup>45</sup> V. sur ce point : BONIS Évelyne, PELTIER Virginie, « Le droit de la peine et la lutte contre le Covid-19 en milieu carcéral », *Dr. pén.*, mai 2020, n° 5, 4.

### *A. Une absence de bouleversement des pratiques professionnelles*

La comparaison entre le recours au placement sous contrôle judiciaire ou au placement sous ARSE dans la phase pré-sentencielle, pendant et après la crise sanitaire, conduit à relever une absence de bouleversement de la pratique des magistrats dans le recours aux mesures de sûreté avant jugement.

Les statistiques montrent que le nombre de contrôles judiciaires et d'ARSE présente des proportions similaires avant la crise, soit en 2019, et pendant la crise sanitaire, soit sur l'année 2020, même si une légère hausse peut être relevée dans les deux cas, mais s'avère néanmoins plus marquée s'agissant du contrôle judiciaire que de l'ARSE<sup>46</sup>. Toutefois, une hausse du prononcé de ces deux mesures peut être notée sur les années 2021-2022. Le nombre de contrôles judiciaires était de 4 813 en 2020 contre 5 870 en 2022 et le nombre d'ARSE était de 342 en 2020 contre 491 en 2022<sup>47</sup>. Depuis la fin de la crise sanitaire, une augmentation du prononcé de mesures de sûreté alternatives à la privation de liberté avant jugement peut être notée, mais est-elle pour autant substantielle ?

En réalité, cette augmentation n'est pas importante au point de traduire un véritable changement général des pratiques des magistrats appelés à prononcer ce type de mesures. La crise sanitaire aurait davantage joué sur le plan individuel que collectif en favorisant l'apparition d'initiatives ponctuelles. Il semblerait en effet que les libérations résultent plus de choix ponctuels qu'ont fait certains juges que d'un recours systématique au contrôle judiciaire ou à l'ARSE. Selon une enquête menée par l'Observatoire International des Prisons (OIP), dans certaines juridictions, les juges d'instruction ont fait le choix de s'auto-saisir afin de convertir la détention provisoire en contrôle judiciaire<sup>48</sup>. En outre, si certains magistrats « se sont explicitement référés au contexte sanitaire pour motiver les décisions de remise en liberté »<sup>49</sup>, d'autres magistrats ont, au contraire, avancé l'argument selon lequel les détenus prévenus seraient mieux protégés car « le risque de contamination serait moins élevé en détention que confinés chez eux »<sup>50</sup>.

En définitive, le recours aux mesures de sûreté alternatives à la privation de liberté avant jugement est resté plutôt limité, non seulement car le contrôle

---

<sup>46</sup> En 2019, le nombre de contrôles judiciaires était de 4238 contre 4813 en 2020 et le nombre d'ARSE était de 331 contre 342 en 2020.

<sup>47</sup> V. Statistiques pénitentiaires, *Personnes placées sous main de justice 1980-2022*, [en ligne], tableau 55 : Évolution du nombre d'alternatives aux poursuites et mesures pré-sentencielles suivies par le SPIP en milieu ouvert au 1<sup>er</sup> janvier de chaque année, [consulté le 1<sup>er</sup> décembre 2023], URL : [https://www.justice.gouv.fr/sites/default/files/2023-04/PPSMJ\\_2022\\_vf.pdf](https://www.justice.gouv.fr/sites/default/files/2023-04/PPSMJ_2022_vf.pdf). Il convient de préciser qu'il s'agit de données de « stock », c'est-à-dire qu'est comptabilisé le nombre de mesures à un instant t donné, soit au 1<sup>er</sup> janvier, et non le nombre de placements qu'il y a eu au cours de l'année, qui serait alors une donnée de « flux » qui comptabiliserait « le nombre d'événements enregistrés au cours d'une période donnée ». V. TOURNIER Pierre-Victor, *Dictionnaire de démographie pénale. Des outils pour arpenter le champ pénal*, Paris, L'Harmattan, coll. criminologie, 2013, V° Stock.

<sup>48</sup> V. sur ce point : BECKER Charline, « Une politique de libération à plusieurs vitesses », *revue Dedans/Dehors*, mars-juin 2020, n° 107, p. 21.

<sup>49</sup> V. BECKER Charline, *op. cit.*, p. 21.

<sup>50</sup> V. BECKER Charline, *op. cit.*, p. 21.

judiciaire et l'ARSE n'ont pas été massivement prononcés mais aussi car les remises en liberté ont été consenties de manière ponctuelle par les magistrats. Comme le soulignait la présidente de l'Association française des magistrats instructeurs, en ce qui concerne les prévenus « on ne peut [...] pas parler de vague de libérations comme on a pu avoir à l'autre bout de la chaîne pénale avec les [juges d'application des peines] – chacun a libéré à la marge »<sup>51</sup>. Cependant, cette hausse du prononcé du contrôle judiciaire et de l'ARSE ces deux dernières années conduit à s'interroger sur un possible effet d'entraînement. Il est possible de constater que les pratiques visant à favoriser les alternatives à la privation de liberté avant jugement se développent. A titre d'illustration, une convention a été signée en octobre 2021 entre la présidente du tribunal judiciaire de GRENOBLE, le procureur de la République, la directrice du centre pénitentiaire de GRENOBLE-VARCES et le directeur fonctionnel du Service d'insertion et de probation d'Isère, dans laquelle ils s'engageaient, notamment, à promouvoir le recours à l'ARSE<sup>52</sup>. La question se pose donc de savoir si ces initiatives sont un effet de la crise sanitaire ou d'une prise de conscience de la gravité du surpeuplement carcéral en France. Il est difficile d'apporter une réponse tranchée et peut-être finalement que chacune de ces circonstances a joué un rôle dans cette tendance, encore trop timide, aux perspectives incertaines.

### ***B. Des perspectives incertaines quant au changement des pratiques professionnelles***

Les perspectives d'accroissement du recours aux mesures de sûreté alternatives à la privation de liberté avant jugement apparaissent incertaines davantage s'agissant de l'ARSE que du contrôle judiciaire. En effet, le placement sous contrôle judiciaire est une mesure de sûreté alternative à la privation de liberté avant jugement qui est mobilisée dans des proportions bien plus importantes que la mesure de l'ARSE<sup>53</sup> qui, elle, peine encore aujourd'hui à s'imposer. Les incertitudes des perspectives d'un recours accru à la mesure de l'ARSE sont corrélatives à des éléments tant endogènes à celle-ci qu'exogènes.

S'agissant des éléments endogènes, il apparaît légitime de se demander pourquoi il est si difficile de faire de la détention provisoire une mesure exceptionnelle et pourquoi l'ARSE n'est pas davantage prononcée. Il convient de garder à l'esprit le fait que le sort du contrôle judiciaire et de l'ARSE est intimement lié à celui du placement en détention provisoire. Ces mesures doivent

---

<sup>51</sup> V. BECKER Charline, *op. cit.*, p. 21.

<sup>52</sup> V. Assemblée nationale, *Rapport d'information sur les alternatives à la détention et l'éventuelle création d'un mécanisme de régulation carcérale*, [en ligne], présenté par Mesdames Caroline ABADIE et Elsa FAUCILLON, 19 juillet 2023, n° 1539, p. 92, [consulté le 1<sup>er</sup> décembre 2023], URL : [https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/16/rapports/cion\\_lois/116b1539\\_rapport-information#](https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/16/rapports/cion_lois/116b1539_rapport-information#)

<sup>53</sup> Il est possible de relever une évolution du nombre de placements dans le sens d'une augmentation constante à partir de l'année 2019. V. sur ce point : Statistiques pénitentiaires, *Personnes placées sous main de justice 1980-2022*, [en ligne], tableau 55 : Évolution du nombre d'alternatives aux poursuites et mesures pré-sentencielles suivies par le SPIP en milieu ouvert au 1<sup>er</sup> janvier de chaque année, [consulté le 1<sup>er</sup> décembre 2023], URL : [https://www.justice.gouv.fr/sites/default/files/2023-04/PPSMJ\\_2022\\_vf.pdf](https://www.justice.gouv.fr/sites/default/files/2023-04/PPSMJ_2022_vf.pdf). V. également : *Les chiffres clés de la justice*, [en ligne], éditions 2023, p. 18, [consulté le 1<sup>er</sup> décembre 2023], URL : [https://www.justice.gouv.fr/sites/default/files/2023-10/Chiffres\\_Cle%CC%81s\\_2023\\_En\\_ligne\\_0.pdf](https://www.justice.gouv.fr/sites/default/files/2023-10/Chiffres_Cle%CC%81s_2023_En_ligne_0.pdf)

pouvoir être considérées par les magistrats comme des alternatives crédibles<sup>54</sup> à l’incarcération avant jugement et ne doivent pas conduire à la mise en œuvre systématique d’une surveillance de la personne mise en examen, l’article 137 du Code de procédure pénale fixant bien la liberté comme étant le principe. Or, tant que l’on ne parviendra pas à opérer une mutation culturelle au sujet de la détention provisoire, le recours au contrôle judiciaire et à l’ARSE restera sans doute limité car il ne prendra pas le pas sur les placements en détention provisoire, conformément aux objectifs qui sont pourtant assignés à ces mesures. Si une partie de la doctrine a pu considérer que le rapport culturel des magistrats à la détention provisoire a déjà pu être modifié par la crise sanitaire<sup>55</sup>, cette modification s’avère encore insuffisante.

Il est finalement intéressant de remarquer que ni la pandémie mondiale ni les condamnations récentes de la Cour européenne en raison de la surpopulation structurelle dans les prisons françaises<sup>56</sup> n’ont réussi à infléchir de manière significative les pratiques actuelles en matière de recours aux mesures de sûreté alternatives à la privation de liberté avant jugement, contrairement à certaines pratiques relatives à l’exécution des peines qui ont davantage été marquées par ces événements. Ce décalage entre les différents stades de la procédure pénale (avant et après jugement) conduit à s’interroger sur la particularité des mesures de sûreté pré-sentencielle. Le magistrat est en effet confronté à « une logique de gestion des risques »<sup>57</sup> lorsqu’il doit décider de mettre en œuvre une mesure de sûreté. Ces mesures alternatives à la privation de liberté doivent alors permettre la régulation de risques, légalement identifiés, au stade des investigations qui portent en eux « la possibilité objective d’un dommage »<sup>58</sup> quand bien même leur « probabilité de parachèvement en lésion [pourrait] varier en intensité »<sup>59</sup>. Dès lors, il est possible de se demander si cette nécessité propre à l’instruction

---

<sup>54</sup> Yan CARPENTIER proposait d’ailleurs de renverser la perspective au sujet de l’ARSE et de voir cette mesure non pas comme « un échelon supplémentaire dans les mesures restrictives de liberté au stade de l’instruction mais plutôt comme une mesure de substitution de la détention provisoire ». V. CARPENTIER Yan, « Réponse à celui qui s’interrogeait sur le bracelet électronique : “boulet moderne” ou “outil de réinsertion” ? », *RSC*, 2019, p. 585.

<sup>55</sup> V. FIORINI Benjamin, « Vers une métamorphose de la détention provisoire ? », *Revue Lexbase pénal*, 23 juillet 2021.

<sup>56</sup> V. sur ce point : CEDH, 30 janvier 2020, *J.M.B. et autres c/ France*, n° 9671/15 et autres, *AJDA*, p. 1064, note AVVENIRE Henri ; *AJDA*, 2020, p. 263, obs. PASTOR Jean-Marc ; *AJ pénal*, 2020, p. 122, étude CÉRÉ Jean-Paul ; *D. actu.*, 6 févr. 2020, obs. SENNA Éric. ; *D.*, 2021, p. 432, chron. AFROUKH Mustapha, MARGUÉNAUD Jean-Pierre ; *D.*, 2020, p. 1195, obs. CÉRÉ Jean-Paul, FALXA Joana et HERZOG-EVANS Martine ; *D.*, 2020, p. 1643, obs. PRADEL Jean ; *D.*, 2020, p. 753, note RENUCCI Jean-François ; *Dr. adm.*, n° 3, alerte 31, obs. ROUX Christophe ; *Gaz. Pal.*, 2020, 12, note CÉRÉ Jean-Paul ; *JA*, 2020, n° 614, p. 11, obs. GIRAUD Thomas. ; *JCP G*, 10 février 2020, n° 6, 154, obs. PASTRE-BELDA Béatrice ; *JCP G*, 1er février 2021, n° 5, 129, note MILANO Laure ; *Revue Lexbase pénal*, n° 29, 16 juillet 2020, obs. GALLUT Solène ; *RLDF*, 2020, n° 46, obs. SCHMITZ Julia ; *RTDH*, 2020, n° 123, p. 729, obs. ROETS Damien ; CEDH, 6 juillet 2023, *B.M. et autres c/ France*, n°s 84187/17 et 5 autres, *AJDA*, 2023, p. 1311 ; *AJ Pénal*, 2023, p. 469, obs. FALXA Joana ; *D. actu.*, 12 juillet 2023, obs. DOMINATI Margaux.

<sup>57</sup> V. FIORINI Benjamin, « Vers une métamorphose de la détention provisoire ? », *Revue Lexbase pénal*, 23 juillet 2021.

<sup>58</sup> V. ZOUHAL A., *Le risque en droit pénal*, préface Édouard Verny, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque des sciences criminelles, tome 71, p. 310.

<sup>59</sup> V. ZOUHAL A., *op. cit.*, p. 310.

de contenir le risque pénal ne constitue pas un frein au recours à ces mesures alternatives.

Ce sont aussi parfois les modalités de mises en œuvre de l'ARSE qui peuvent être de nature à réduire les possibilités de son prononcé. Le rapport de la Commission de suivi de la détention provisoire évoquait quelques explications au faible recours à cette mesure comme, par exemple, son caractère contraignant en raison du fait que cette mesure est perçue comme une lourde charge de travail qui demande un effort d'organisation supplémentaire car elle donnerait lieu à de nombreux incidents<sup>60</sup>. Toutefois, les justifications sur ce point demeurent dans l'ensemble assez mystérieuses, comme en témoigne la recommandation de la Commission qui appelle à la réalisation d'« une véritable expertise de ce qui apparaît comme un échec de l'ARSE »<sup>61</sup>. Autrement dit, la méconnaissance des raisons réelles qui expliquent que les magistrats ne se soient pas davantage appropriés cette mesure pourrait être un autre obstacle à son prononcé. D'autres freins peuvent être relevés comme, par exemple, la nature de l'infraction que la personne est soupçonnée d'avoir commise qui rend le recours à une mesure d'ARSE peu pertinente, comme cela est le cas en matière de violences familiales<sup>62</sup>. Le juge pourrait alors préférer opter pour le placement sous contrôle judiciaire car celui-ci lui permet de prononcer une interdiction de paraître au domicile ou à la résidence ou aux abords immédiats de ceux-ci<sup>63</sup> ou encore de décider de recourir au dispositif du bracelet anti-rapprochement<sup>64</sup>. Il est également possible de citer le cas où le critère de la résidence ne peut être satisfait lorsque la personne est sans domicile fixe. Si l'article 142-5 du Code de procédure pénale prévoit bien que la mesure d'assignation peut s'effectuer dans une résidence, fixée par le juge compétent, autre que le domicile<sup>65</sup>, le manque de moyens et de structures d'accueil pour des personnes ne pouvant être hébergées par un tiers réduit les possibilités de prononcé de la mesure d'ARSE<sup>66</sup>.

---

<sup>60</sup> V. Commission de suivi de la détention provisoire, *Rapport 2017-2018*, [en ligne], avril 2018, p. 11, [consulté le 1<sup>er</sup> décembre 2023], URL : [https://medias.vie-publique.fr/data\\_storage\\_s3/rapport/pdf/272263.pdf](https://medias.vie-publique.fr/data_storage_s3/rapport/pdf/272263.pdf)

<sup>61</sup> V. Commission de suivi de la détention provisoire, *Rapport 2015-2016*, [en ligne], décembre 2016, p. 54, [consulté le 1<sup>er</sup> décembre], URL : [https://medias.vie-publique.fr/data\\_storage\\_s3/rapport/pdf/164000790.pdf](https://medias.vie-publique.fr/data_storage_s3/rapport/pdf/164000790.pdf)

<sup>62</sup> Dans ce cas, le législateur a prévu la possibilité, par dérogation à l'article 142-5 du Code de procédure pénale, d'ordonner l'assignation à résidence sous le régime de placement sous surveillance électronique mobile lorsque la personne est mise en examen pour violences ou menaces punies d'au moins cinq ans d'emprisonnement et qui sont commises soit sur le conjoint, concubin ou partenaire lié par un pacte civil de solidarité, soit contre ses enfants ou ceux de son conjoint, concubin ou partenaire. V. art. 142-12-1 du Code de procédure pénale. V. également : *Rapport du Comité des États généraux de la justice* (octobre 2021-avril 2022), [en ligne], groupe thématique : justice pénitentiaire et réinsertion, proposition n° 14, p. 75, [consulté le 1<sup>er</sup> décembre 2023], URL : <https://www.justice.gouv.fr/rapport-etats-generaux-justice>

<sup>63</sup> V. art. 138, 17° du Code de procédure pénale.

<sup>64</sup> Le juge peut décider de placer la personne sous contrôle judiciaire en lui interdisant de se rapprocher de la victime à moins d'une certaine distance fixée dans la décision, éventuellement en l'astreignant au port d'un bracelet intégrant un émetteur permettant à tout moment de déterminer à distance sa localisation sur l'ensemble du territoire national. V. art. 138-3 du Code de procédure pénale.

<sup>65</sup> V. art. 142-5 et art. D. 32-5 du Code de procédure pénale.

<sup>66</sup> V. également : *Rapport du Comité des États généraux de la justice* (octobre 2021-avril 2022), [en ligne], groupe thématique : justice pénitentiaire et réinsertion, proposition n° 14, p. 75, [consulté le 1<sup>er</sup> décembre 2023], URL : <https://www.justice.gouv.fr/rapport-etats-generaux-justice>

En ce qui concerne les éléments exogènes, le contexte actuel de crise de l'institution judiciaire conduit à s'interroger sur les perspectives d'un recours accru à l'ARSE. Dans le but de renforcer le prononcé de cette mesure, la loi n° 2023-1059 du 20 novembre 2023 d'orientation et de programmation du ministère de la justice 2023-2027 a inséré un nouvel article 142-6-1 dans le code de procédure pénale qui offre la possibilité au juge des libertés et de la détention d' « ordonner le placement conditionnel de la personne mise en examen sous assignation à résidence avec surveillance électronique en décidant de son incarcération provisoire jusqu'à ce que l'assignation puisse être mise en œuvre ou pour une période de quinze jours au plus »<sup>67</sup> lorsque les vérifications de la faisabilité technique de la mesure par le service d'insertion et de probation n'ont pas pu être réalisées ou achevées. Cette nouvelle disposition, qui ne s'applique qu'en matière criminelle lorsque la peine encourue est égale ou supérieure à trois mois d'emprisonnement, est destinée à lever l'un des obstacles matériels qui empêchent parfois les juges de prononcer la mesure d'ARSE, faute d'éléments suffisants pour apprécier les conditions d'éligibilité de la mesure au moment où ils doivent statuer. Il est intéressant de remarquer que cette nouvelle disposition reprend les propositions réalisées dans le cadre des états généraux de la justice et répondait à une demande des professionnels de la justice<sup>68</sup>. Si cette nouvelle disposition s'avère pertinente quant à l'objectif poursuivi, reste à savoir si elle permettra d'accroître véritablement le recours à l'ARSE.

Enfin, l'augmentation du budget de la justice prévu par la loi du 20 novembre 2023 et la création de nouveaux postes<sup>69</sup> doivent être saluées mais la prudence semble devoir être de mise quant à leur capacité à régler une crise qui apparaît bien plus profonde.

Pour conclure, si la situation exceptionnelle de la crise sanitaire n'a pas induit un changement révolutionnaire dans la pratique du recours aux mesures de sûreté alternatives à la privation de liberté avant jugement, elle a sans doute permis de poser les jalons d'une mutation plus silencieuse et qui prendra peut-être davantage de temps pour opérer des transformations dans le contexte actuel. Gageons que les enseignements tirés de la crise sanitaire aient véritablement été profitables tirés pour faire en sorte que cet épisode exceptionnel ne soit pas « qu'une fenêtre de respiration »<sup>70</sup>

---

<sup>67</sup> V. nouvel art. 142-6-1 du Code de procédure pénale.

<sup>68</sup> V. *Rapport du Comité des États généraux de la justice* (octobre 2021-avril 2022), [en ligne], groupe thématique : justice pénitentiaire et réinsertion, proposition n° 14, p. 76, [consulté le 1<sup>er</sup> décembre 2023], URL : <https://www.justice.gouv.fr/rapport-etats-generaux-justice>

<sup>69</sup> V. art. 1<sup>er</sup> de la loi n° 2023-1059 du 20 novembre 2023 d'orientation et de programmation du ministère de la justice 2023-2027.

<sup>70</sup> V. FIORINI Benjamin, « Vers une métamorphose de la détention provisoire ? », *Revue Lexbase pénal*, 23 juillet 2021.

# Le Covid révélateur du procès pénal

« La maladie a aiguisé mes sens »<sup>1</sup>.

**Nicolas BAREÏT**

*Maître de conférences en droit privé et sciences criminelles  
Université de Pau et des Pays de l'Adour  
Institut Fédératif de recherches sur les Transitions Juridiques*

La pandémie de Covid-19 est un événement, au sens fort du terme. C'est d'abord un événement parce que c'est un fait qui a fracturé la ligne du temps, séparant un avant et un après. L'avant, c'était le temps regretté de l'insouciance, de l'ignorance – nous ne savions pas ce que nous allions subir, nous aurions pu accomplir tant et tant de choses ; l'après, c'est aujourd'hui, c'est l'heure de tirer les leçons – qu'avons-nous appris ?

C'est ensuite un événement parce que ce fait se voit reconnaître le pouvoir d'attribuer un sens au temps – un sens, c'est-à-dire à la fois une direction (retour en arrière ou bond en avant) et une signification (progrès ou régression).

Comme l'a souligné l'historien Pierre Nora, « l'événement témoigne moins pour ce qu'il traduit que pour ce qu'il révèle, moins pour ce qu'il est que pour ce qu'il déclenche »<sup>2</sup>. Cette affirmation s'applique aisément aux effets du Covid19 sur la procédure pénale française. En effet, le Covid aura été un révélateur de notre conception du procès pénal.

Examinez les règles écartées, les règles maintenues, en gardant à l'esprit que n'importe quelle réforme était envisageable : des jugements sans audiences, des audiences sans avocats, voire une mise entre parenthèses intégrale du Code de procédure pénale.

Or, si tout était concevable, tout n'a pas été accompli. Certes, des normes tour à tour qualifiées de « provisoires », de « temporaires », de « circonstancielles », de « spéciales », de « dérogatoires », d'« exceptionnelles », ont vu le jour et bouleversé des habitudes. Mais d'autres normes sont restées intactes, malgré la maladie, malgré l'urgence, malgré l'inquiétude.

Le Covid nous a montré un procès pénal de crise et pour l'essentiel – ce sera l'objet de ces propos conclusifs – ce procès pénal de crise ressemble

---

<sup>1</sup> POE Edgar Allan, « Le Cœur révélateur », *Nouvelles histoires extraordinaires*, Paris, GF Flammarion, 2016, p. 107.

<sup>2</sup> NORA Pierre, « Le retour de l'événement », in LE GOFF Jacques, NORA Pierre (dir.), *Faire de l'histoire, I. Nouveaux problèmes*, Paris, Gallimard, collection « Folio histoire », 1986, p. 300-301.

beaucoup au procès pénal habituel, « classique », le procès pénal « d'avant ». Plus précisément, si les modalités du procès pénal ont été adaptées, son essence, elle, a été préservée.

## I. L'adaptation des modalités du procès pénal

Plusieurs textes ont été adoptés par le pouvoir exécutif pendant l'état d'urgence sanitaire :

- 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 ;
- l'ordonnance n° 2020-557 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 ;
- l'ordonnance n° 2020-1401 du 18 novembre 2020 portant adaptation des règles applicables aux juridictions de l'ordre judiciaire statuant en matière pénale.

Arrêtons-nous un instant sur le vocabulaire utilisé pour intituler ces textes de circonstance. « Adaptation » est un terme employé par les rédacteurs des ordonnances, sans véritable explication. Les rapports au Président de la République accompagnant les ordonnances sont muets sur ce point.

Selon Littré, l'adaptation désigne l'action d'adapter... et « adapter » signifie « ajuster une chose à une autre ». Le verbe « ajuster », lui, est polysémique : « rendre conforme », « rendre juste », « accommoder une chose en sorte qu'elle s'adapte à une autre », « mettre une chose en état », « embellir », « disposer avec soin ». Justesse, justice et beauté : il y aurait ces éléments dans le mot d'adaptation. Adapter la procédure pénale au contexte sanitaire signifierait dès lors l'ajuster à ce contexte, l'accommoder, la mettre en état, et de belle façon, pour qu'elle soit « juste », pour qu'elle « joue juste ». Il y a donc, dans l'adaptation, l'idée que les changements sont justifiés, voire indispensables. Légitimes en tout cas. Il y a aussi un renvoi (conscient ou non) à la théorie de l'évolution de Charles Darwin. Dans *L'Origine des espèces* (1859), il note : « Le plus mince avantage acquis par un individu, à quelque âge ou durant quelque saison que ce soit, sur ceux avec lesquels il entre en concurrence, ou une meilleure adaptation d'organes aux conditions physiques environnantes, quelque léger que soit ce perfectionnement, fera pencher la balance »<sup>3</sup>. Autrement dit, ne survivent que les individus qui présentent les caractéristiques les plus adaptées à leur environnement – c'est le principe de la sélection naturelle.

Les ordonnances, de manière métaphorique, ne nous disent-elles pas que si la procédure pénale ne s'adapte pas à son nouvel environnement sanitaire, elle

---

<sup>3</sup> DARWIN Charles, *De l'Origine des espèces par sélection naturelle ou des lois de transformation des êtres organisés*, Paris, éd. Guillaumin, 1866, 2<sup>e</sup> édition, traduction de Clémence ROYER, p. 564. En version originale : « *The slightest advantage in one being, at any age or during any season, over those with which it comes into competition, or better adaptation in however slight a degree to the surrounding physical conditions, will turn the balance* ».

est condamnée à disparaître ? L'argument est fort et, ici encore, participe de la légitimation des réformes.

Quel est le contenu de ces adaptations ? De manière synthétique, ressortent :

- une modulation des délais de procédure (suspension<sup>4</sup>, allongement<sup>5</sup>) ;
- une prolongation de plein droit des délais maximum des mesures de contrainte (détention provisoire, assignation à résidence sous surveillance électronique)<sup>6</sup> ;
- une restriction de la publicité des audiences<sup>7</sup> ;
- une réduction du nombre de juges (juge unique pour la chambre de l'instruction, le tribunal correctionnel, la chambre des appels correctionnels, la chambre spéciale des mineurs, le tribunal pour enfants statuant en matière correctionnelle, le tribunal de l'application des peines et la chambre de l'application des peines<sup>8</sup> ; suppression des assesseurs du tribunal pour enfants<sup>9</sup>) ;
- une limitation de la présence physique des acteurs du procès (visioconférence pour les audiences<sup>10</sup>, usage d'un moyen de télécommunication par l'avocat pendant la garde à vue<sup>11</sup>, absence de débat contradictoire devant le juge des libertés et de la détention pour la prolongation de la détention provisoire<sup>12</sup>, ainsi que devant les juridictions de l'application des peines<sup>13</sup>) ;
- un assouplissement des formes de recours<sup>14</sup>.

Ces adaptations ne sont pas absolument inédites. Les germes étaient déjà dans le droit positif français, dans notre Code de procédure pénale :

- pour la suspension des délais, l'article 9-3 ;
- pour la limitation de la publicité, les articles 306 et 400, et au-delà, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>15</sup> ;
- pour l'emploi de la télécommunication, l'article 706-71, ainsi que l'article 15-3-1 pour la plainte par voie électronique ;
- pour la juridiction uniquement composée de juges professionnels, l'article 380-17 (cour criminelle départementale) et l'article 698-5 (cour d'assises spéciale en matière militaire et en matière de terrorisme par renvoi de l'article 706-25).

---

<sup>4</sup> Article 3 de l'ordonnance du 25 mars 2020 : suspension des délais de prescription de l'action publique et de prescription de la peine.

<sup>5</sup> Articles 4, 17, 18 et 20 de l'ordonnance du 25 mars 2020 : doublement des délais pour l'exercice d'une voie de recours.

<sup>6</sup> Article 16 de l'ordonnance du 25 mars 2020.

<sup>7</sup> Article 7 de l'ordonnance du 25 mars 2020 ; article 4 de l'ordonnance du 18 novembre 2020.

<sup>8</sup> Articles 9 et 11 de l'ordonnance du 25 mars 2020 ; articles 6 et 8 de l'ordonnance du 18 novembre 2020.

<sup>9</sup> Article 10 de l'ordonnance du 25 mars 2020 ; article 7 de l'ordonnance du 18 novembre 2020.

<sup>10</sup> Article 5 de l'ordonnance du 25 mars 2020 ; article 1<sup>er</sup> de l'ordonnance du 18 novembre 2020.

<sup>11</sup> Article 13 de l'ordonnance du 25 mars 2020.

<sup>12</sup> Articles 14 et 19 de l'ordonnance du 25 mars 2020.

<sup>13</sup> Article 24 de l'ordonnance du 25 mars 2020.

<sup>14</sup> Article 4 de l'ordonnance du 25 mars 2020 : simplification des recours, appels et pourvois en cassation.

<sup>15</sup> V. RIBEYRE Cédric, « La procédure pénale à l'épreuve de l'état d'urgence sanitaire », *Droit pénal*, n° 5, 2020, étude 3, § 3.

Les ordonnances « Covid » n'ont donc pas établi des règles inédites, elles ont plutôt transformé des exceptions en principes. Une telle métamorphose correspond aux effets classiquement attribués à l'urgence en matière juridique<sup>16</sup>. Or l'urgence, même sanitaire, même vitale, ne justifie pas toutes les atteintes aux principes. De fait, le procès pénal a été préservé dans son essence.

## II. La préservation de l'essence du procès pénal

Les ordonnances « Covid » n'ont pas fait table rase du Code de procédure pénale. Il serait permis de s'en étonner : toutes les réformes n'étaient-elles pas imaginables ? Le droit n'est-il pas « la plus puissante des écoles de l'imagination »<sup>17</sup>, pour paraphraser l'Hector de Giraudoux ? Peut-être pas. Peut-être que dans l'imagination juridique, des limites existent, plus ou moins visibles, qui empêchent de dépasser les bornes.

Une première limite, évidente au XXI<sup>e</sup> siècle, réside dans le respect des droits fondamentaux. Une seconde limite, moins positiv(ist)e, pourrait également être recherchée dans notre culture juridique. Expliquons-nous rapidement sur ces deux aspects. Tout d'abord, la pandémie n'a pas éradiqué les droits fondamentaux, qu'ils soient affirmés sur le plan international ou qu'ils trouvent leur siège dans la Constitution<sup>18</sup>. C'est d'ailleurs le Conseil constitutionnel qui a rappelé la nécessité de préserver certains droits et garanties dans ce contexte troublé. Plus précisément, il s'est prononcé sur deux mesures : d'une part, sur la prolongation de plein droit des détentions provisoires ; d'autre part, sur l'utilisation de la visioconférence sans l'accord des parties.

Sur le premier point, le Conseil relève que les dispositions contestées maintiennent « de plein droit des personnes en détention provisoire sans que l'appréciation de la nécessité de ce maintien soit obligatoirement soumise, à bref délai, au contrôle du juge judiciaire »<sup>19</sup>. Ces dispositions méconnaissent, dès lors, l'article 66 de la Constitution (« 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 »). Le juge constitutionnel tire de l'article 66 plusieurs conséquences : « La liberté individuelle, dont la protection est confiée à l'autorité judiciaire, ne saurait être entravée par une rigueur non nécessaire. Les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent être

---

<sup>16</sup> V. en ce sens HERRAN Thomas, *Essai d'une théorie générale de l'entraide policière internationale*, Thèse dactyl., Droit, Université de Pau et des Pays de l'Adour, 2012, n° 746, p. 373.

<sup>17</sup> GIRAUDOUX Jean, *La guerre de Troie n'aura pas lieu*, Paris, Grasset, 1935, p. 121 : « Mon cher Busiris, nous savons tous ici que le droit est la plus puissante des écoles de l'imagination. Jamais poète n'a interprété la nature aussi librement qu'un juriste la réalité ». À mettre en résonance avec la phrase de Percy SHELLEY : « *Poets are the unacknowledged legislators of the world* » (*A Defence of Poetry*, Indianapolis, The Bobbs-Merrill Company, 1904, p. 90).

<sup>18</sup> V. BOTTON Antoine, « Les droits et libertés fondamentaux à l'épreuve de l'ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020 », dans *Le droit face au coronavirus. Comment une pandémie inédite a mis à l'épreuve notre système juridique*, Paris, LexisNexis, 2021, p. 156 et s.

<sup>19</sup> Cons. Const., 29 janvier 2021, n° 2020-878/879 QPC, *Prolongation de plein droit des détentions provisoires dans un contexte d'urgence sanitaire*, § 10.

adaptées, nécessaires et proportionnées aux objectifs poursuivis. Elle ne peut être tenue pour sauvegardée que si le juge intervient dans le plus court délai possible »<sup>20</sup>.

Sur le second point, le Conseil constitutionnel souligne que les dispositions contestées sont applicables « à toutes les juridictions pénales, à la seule exception des juridictions criminelles. Elles permettent donc d'imposer au justiciable le recours à un moyen de télécommunication audiovisuelle dans un grand nombre de cas. Il en va notamment ainsi de la comparution, devant le tribunal correctionnel ou la chambre des appels correctionnels, d'un prévenu ou de la comparution devant les juridictions spécialisées compétentes pour juger les mineurs en matière correctionnelle. Le recours à un moyen de télécommunication audiovisuelle peut également être imposée lors du débat contradictoire préalable au placement en détention provisoire d'une personne ou à la prolongation d'une détention provisoire »<sup>21</sup>. En outre, le recours à un tel moyen n'est soumis « à aucune condition légale »<sup>22</sup>. Le Conseil constitutionnel conclut qu'« eu égard à l'importance de la garantie qui peut s'attacher à la présentation physique de l'intéressé devant la juridiction pénale [...], ces dispositions portent atteinte aux droits de la défense »<sup>23</sup>. Cette décision est rendue sur le fondement de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (« Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ») qui garantit, selon le Conseil, les droits de la défense<sup>24</sup>. La solution a été confirmée dans une décision QPC du 4 juin 2021<sup>25</sup>.

Quantitativement, le bilan paraît maigre : trois décisions. Mais nul ne peut prévoir les poussées contentieuses, nul ne sait si des justiciables saisiront la justice, ni sur quelles bases, ni à propos de quelles difficultés. C'est le jeu de l'analyse jurisprudentielle. Qualitativement, la leçon est intéressante : ce qui n'est pas négociable dans la procédure pénale française, c'est la protection judiciaire de la liberté individuelle et ce sont les droits de la défense. Nous sommes là au plus près de notre conception du procès pénal.

Cela nous conduit à une deuxième remarque. Au-delà des droits fondamentaux qui surplombent le droit positif, les rédacteurs des ordonnances n'auraient-ils pas été contraints dans leurs gestes de réformes par leur/notre culture juridique ?

---

<sup>20</sup> Cons. Const., 29 janvier 2021, n° 2020-878/879 QPC, *Prolongation de plein droit des détentions provisoires dans un contexte d'urgence sanitaire*, § 4.

<sup>21</sup> Cons. const., 15 janvier 2021, n° 2020-872 QPC, *Utilisation de la visioconférence sans accord des parties devant les juridictions pénales dans un contexte d'urgence sanitaire*, § 8.

<sup>22</sup> Cons. Const., 15 janvier 2021, n° 2020-872 QPC, *Utilisation de la visioconférence sans accord des parties devant les juridictions pénales dans un contexte d'urgence sanitaire*, § 9.

<sup>23</sup> Cons. Const., 15 janvier 2021, n° 2020-872 QPC, *Utilisation de la visioconférence sans accord des parties devant les juridictions pénales dans un contexte d'urgence sanitaire*, § 10.

<sup>24</sup> V. DANET Anaïs, « Visioconférence dans le procès pénal : “jeu du chat et de la souris” ? », *Gazette du Palais*, n° 11, 2021, p. 21 et s.

<sup>25</sup> Cons. Const., 4 juin 2021, n° 2021-911/919 QPC, *Utilisation de la visioconférence sans accord des parties devant les juridictions pénales dans un contexte d'urgence sanitaire II*.

Méditons à partir du cas de la visioconférence, particulièrement révélateur. La visioconférence permet au prévenu ou à l'accusé d'être présent d'une certaine manière – une présence qui se situerait entre l'absence pure et simple et la présence corporelle devant le juge. Les personnes physiques se voient ainsi transformées en quasi-personnes morales. C'est une situation originale : l'image et le son sont transmis. Mais il manque... l'odeur, le goût, le (con)tact. En d'autres termes, sur les cinq sens de l'être humain, deux seulement seraient sollicités par la visioconférence – et nous percevons là une difficulté, une carence.

Pourquoi ? Sans doute parce que le procès pénal est un procès où le corps humain est en jeu. Pensons aux peines qui, même si elles ne sont plus corporelles au sens strict, s'appliquent néanmoins au corps : la privation de la liberté d'aller et venir, le travail d'intérêt général par exemple. Il faut aussi se souvenir de certaines expressions anciennes : la « contrainte par corps »<sup>26</sup>, le « corps du délit »<sup>27</sup>, la « prise de corps ». Et en terres anglo-saxonnes, lorsque la liberté d'un suspect est atteinte, c'est l'*habeas corpus* qui est invoqué<sup>28</sup>.

Il y va du corps humain dans le procès pénal, du corps en entier, perçu par tous les sens. Et c'est cela qui est compromis par la visioconférence. Et c'est bien notre culture judiciaire, juridique, qui nous fait sentir cela.

Le Covid aura aussi révélé ce fait de culture – de manière logique : le Covid porte aussi sur le corps humain. Le Covid et le procès pénal ont notre corps en partage. D'où toutes les règles d'adaptation de la procédure évoquées précédemment.

Le même raisonnement peut-il être tenu concernant le procès civil ? Certains défendent l'idée : même dans un contentieux non répressif échappent à la visioconférence « le poids des silences, les incongruités (salue-ton l'adversaire ?), la communication non verbale, le jeu des émotions et du corps, voire la nature du lien »<sup>29</sup>. Et sur cette question, le Conseil constitutionnel a statué en se fondant sur les droits de la défense qui sont également garantis par le procès civil. Pourtant, le procès pénal semble conserver une spécificité dans son rapport au corps du défendeur qu'avait souligné le doyen Carbonnier en 1937 : « Dans le procès civil, ce que l'on appelle la présence des parties à

---

<sup>26</sup> V. STEFANI Gaston, LEVASSEUR Georges, *Procédure pénale*, Paris, Dalloz, collection « Précis », 1977, p. 38 : « Elle consiste dans l'incarcération du débiteur récalcitrant, le "dettier", dans une maison d'arrêt [...] pendant une durée fixée par le juge entre un minimum et un maximum déterminés par la loi, en tenant compte du montant de l'amende et des condamnations pécuniaires ».

<sup>27</sup> V. BROUQUET CANALE Muriel, « Le corps du délit », *Essaim*, n° 8, 2001, p. 32 : « élément matériel de l'infraction », mais aussi « chose qui constitue l'objet de l'infraction ».

<sup>28</sup> V. JOLOWICZ John Anthony (dir.), *Droit anglais*, Paris, Dalloz, 1986, p. 133 : « instruction adressée au geôlier, quand la détention semble illégale, lui demandant d'amener le prisonnier devant le tribunal et de justifier que l'emprisonnement est légal ». V. aussi PRADEL Jean, *Droit pénal comparé*, Dalloz, Précis, 2002, 2<sup>e</sup> édition, p. 162 et s. ; SEMEN Yves, « *Habeas corpus*. Variations juridico-philosophico-théologiques sur le corps », dans *Entre tradition et modernité : le droit pénal en contrepoint. Mélanges en l'honneur d'Yves Mayaud*, Paris, Dalloz, 2017, p. 141 et s.

<sup>29</sup> BENABOU Valérie-Laure, JEULAND Emmanuel, « Vers la généralisation du principe de présence physique ? », *JCP édition générale*, n° 6, 2021, étude 140.

l'instance est quelque chose de purement formel, de purement juridique : leur représentation par avoués, manque de laquelle il y aurait défaut » ; « Dans le procès pénal, la présence de l'inculpé est, en principe, nécessaire »<sup>30</sup>.

Ce qui se joue devant le juge répressif n'est pas ce qui se joue devant un autre juge. L'affirmation est banale, mais dans les périodes de troubles, lorsque tous les repères semblent perdus, que les certitudes sont balayées, la banalité, parfois, nous sauve.

---

<sup>30</sup> CARBONNIER Jean, « Instruction criminelle et liberté individuelle. Étude critique de la Législation française », dans *Écrits*, Paris, Presses Universitaires de France, 2008, p. 817-818.

## À propos des auteurs et autrices

### **BAREÏT Nicolas :**

Nicolas Bareït est maître de conférences en droit privé et sciences criminelles à l'Université de Pau. Il apprend et il enseigne le droit civil, le droit pénal et le droit imaginé.

### **BOUCHER Jean-Pierre :**

Jean-Pierre Boucher est président du tribunal judiciaire de Pau.

### **BREGI Jean-François :**

Jean-François Bregi est professeur émérite d'Histoire du Droit et des institutions à l'Université de Nice Côte d'Azur et avocat au barreau d'Aix-en-Provence, Jean-François BRÉGI a pour principaux domaines de recherche le droit romain, l'histoire du droit privé et du droit pénal, et la marginalité.

### **FALXA Joana :**

Joana Falxa est maîtresse de conférences en Droit privé et sciences criminelles à l'Université des pays de l'Adour. Ses domaines de recherche portent sur le droit pénitentiaire, le droit pénal et la procédure pénale comparées, et les droits fondamentaux.

### **GALLUT Solène :**

Solène GALLUT est attachée temporaire d'enseignement et de recherche à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour. Elle dispense divers enseignements en droit pénal et en droit européen des droits de l'homme. Elle a soutenu sa thèse portant sur la lutte contre la surpopulation carcérale et le droit européen des droits de l'homme sous la direction du professeur Jean-Paul CÉRÉ le 20 novembre 2023. Ses travaux portent principalement sur les questions relatives au domaine carcéral.

### **THIERRY Jean-Baptiste :**

Jean-Baptiste Thierry est professeur de Droit privé et sciences criminelles à l'Université de Lorraine, directeur de l'IEJ de Lorraine, Jean-Baptiste THIERRY a pour principaux domaines de recherche le droit pénal entendu au

sens large (droit pénal, procédure pénale, droit de la peine), et les représentations du droit (droit et littérature, droit et cinéma).

## Résumés des articles

### **Le procès pénal à l'épreuve de la pandémie. Propos introductifs.**

Jean-Baptiste THIERRY

**Résumé.** Les mesures affectant le procès pénal mises en place à l'occasion de la crise sanitaire ont démontré que la précipitation dans la rédaction des textes entraînait des difficultés importantes d'interprétation. La « législation » de la crise sanitaire a également permis de tester différents mécanismes dont la pérennité a varié en fonction des objectifs poursuivis.

**Mots-clés :** Pandémie – Légistique – Expérimentation – État d'urgence sanitaire – visioconférence – détention provisoire

*Abstract.* The measures affecting the criminal trial put in place during the health crisis demonstrated that the haste in drafting texts led to significant difficulties in interpretation. The "legislation" of the health crisis also made it possible to test different mechanisms whose sustainability varied depending on the objectives pursued.

**Keywords:** Pandemic - Legislation - Experimentation - State of health emergency - Videoconference - Pre-trial detention

### **L'avocat confronté à la pandémie**

Jean-François BREGI

**Résumé.** La perspective de l'avocat confronté aux mesures mises en œuvre et aux difficultés apparues dans le contexte de la crise sanitaire est celle d'une profession empêchée, aux prises avec une institution en voie de « dématérialisation », processus dont les conséquences perdurent même après la fin officielle de l'état d'urgence sanitaire.

**Mots-clés :** Pandémie – État d'urgence – Avocat – Masque - Bâtiments – Établissements pénitentiaires - Télétravail – Visioconférence – Garde à vue

*Abstract.* The perspective of the lawyer confronted with the measures implemented and the difficulties arising in the context of the health crisis is one of an impeded profession, grappling with an institution in the process of "dematerialisation", whose consequences continue even after the official end of the state of health emergency.

**Keywords:** Pandemic - State of emergency - Lawyer - Mask - Buildings - Prisons - Teleworking - Videoconference - Police custody

## La vidéo conférence, ersatz d'audience ou nouvelle panacée ?

Jean-Pierre BOUCHER

**Résumé.** M. Boucher nous livre les réflexions d'un chef de juridiction face au recours accru à la visioconférence en matière pénale, en mettant en évidence les enjeux et les difficultés induites par ce procédé.

**Mots clés :** visioconférence – détenu – audience – escorte – limites

**Abstract.** *Mr Boucher shares his thoughts as a judge on the increasing use of videoconferencing in criminal cases, highlighting the issues and difficulties involved.*

**Key words:** *videoconference - prisonnr - hearing - convoy – limits*

## Les mesures de sûreté alternatives à la privation de liberté avant jugement.

Solène GALLUT

**Résumé.** Cette contribution tend à mettre en lumière l'effet relativement limité de la crise sanitaire sur le recours aux mesures de sûreté alternatives à la privation de liberté avant jugement. La pandémie n'a pas conduit le législateur à prévoir des mesures spécifiques pour les personnes devant faire l'objet d'une restriction de liberté avant jugement mais s'est contenté de mettre en œuvre des mesures déjà existantes en droit positif. S'il est possible de déceler une évolution dans la pratique professionnelle à la suite de la crise sanitaire, celle-ci ne constitue pas pour autant un bouleversement.

**Mots-clés :** mesures de sûreté ; alternatives à la privation de liberté ; stade pré-sentenciel ; covid-19 ; procédure pénale.

**Abstract.** *This contribution aims to highlight the relatively limited effect of the health crisis on the use of alternative security measures to pre-trial deprivation of liberty. The pandemic did not lead the legislator to provide for specific measures for persons to be subject to a restriction of liberty before trial, but merely implemented measures already existing in positive law. While it is possible to detect an evolution in professional practice following the health crisis, it does not constitute an upheaval.*

**Keywords:** *security measure; alternatives to deprivation of liberty; pre-trial; covid-19; criminal procedure.*

## Le covid révélateur du procès pénal

Nicolas BAREÏT

**Résumé.** Une conclusion s'impose : le procès pénal a été éprouvé par la pandémie de Covid-19. Pour faire face à une crise sanitaire sans précédent, les modalités de la procédure pénale ont été adaptées. Mais, contrairement aux idées reçues peut-être, tout n'a pas été bouleversé : l'essence du procès pénal – sa raison d'être – a été préservée. Le Covid-19 aura finalement été le révélateur (de la force) d'une certaine culture procédurale.

**Mots-clés :** Procès, Pandémie, Droits fondamentaux, Corps, Culture

*Abstract. One conclusion is clear: the Covid-19 pandemic has put the criminal justice system to the test. To cope with an unprecedented health crisis, the modalities of criminal procedure were adapted. But, perhaps contrary to popular belief, not everything has been turned upside down: the essence of the criminal trial – its raison d'être – has been preserved. In the end, Covid-19 revealed (the strength of) a certain procedural culture.*

**Keywords :** Trial, Pandemic, Fundamental Rights, Body, Culture



## Informations bibliographiques

**BAUMERT Hélène, *Le droit d'une éducation en alimentation pour tous : un enjeu social et sanitaire accentué par la Covid-19*, Paris, L'Harmattan, 2022, 204 p.**

L'Économie Domestique a longtemps été considérée comme une formation indispensable, diffusée largement auprès des jeunes filles. En France, les événements de mai 1968 ont profondément changé cette perception. Cette discipline a été progressivement exclue des programmes scolaires, particulièrement les cours pratiques d'alimentation et les ateliers de cuisine des établissements. Le développement de l'agro-alimentaire, les produits transformés prêts à être consommés, les lieux d'achats en grandes surfaces, la restauration rapide, l'ouverture des cantines scolaires et d'entreprises ont artificiellement pallié l'absence de formation des nouvelles générations. L'arrivée de la Covid-19, avec la suspension des services, a contraint les familles à préparer des repas pris au domicile et fait prendre conscience de l'importance d'une éducation en alimentation afin de réduire les coûts, pratiquer les gestes d'hygiène, manger sainement et préserver sa santé. L'ouvrage présente les notions à s'approprier en alimentation pour mener une réflexion sur le choix de son mode de vie et l'acquisition d'un esprit critique

**BUZYN Agnès, *Journal. Janvier-juin 2020, récit*, Paris, Flammarion, 2023, 494 p.**

Cet ouvrage écrit par l'ancienne ministre de la santé, en poste durant les premiers mois de la « crise Covid », sous la forme d'un Journal (« récit et journal de bord »), est revendiqué comme un « retour sur expérience collectif » et circonscrit aux six premiers mois de l'année 2020, la période cruciale du début de la pandémie. Selon la ministre, « il raconte le quotidien du gouvernement, nos questionnements, nos prises de décision, les relations que nous avons eues avec les acteurs nationaux, et internationaux, les périodes de calme comme les accélérations (p. 11) ». Au fil des pages, on mesure toute la difficulté de la gouvernance, entre une crise perçue comme médecin, vécue comme ministre, et subie comme candidate à la mairie de Paris, à partir d'un premier échange avec le directeur général de la santé, Jérôme Salomon, le 15 décembre 2019, à propos de quelques cas de pneumopathies inexplicables en Chine qui font penser au SRAS...L'ouvrage s'achève par quelques recommandations pour notre avenir, en particulier le souhait de voir la gestion des risques « enseignée, « pour que nous acquerions une culture du risque commune » (p. 486).

**DELAS Olivier, BISCHÉL Olivier et JOUZIER Baptiste, (dir.), *L'après Covid-19 : Que multilatéralisme face aux enjeux globaux ? Regards croisés : Union européenne – Amérique du Nord – Asie*, Bruxelles, Bruyant, 479 p.**

Sommes-nous, comme certains le pensent, confrontés à la fin du multilatéralisme ? Quel peut être le devenir du multilatéralisme au XXI<sup>e</sup> siècle ? La Covid-19 a confirmé le mal-être profond que traverse le multilatéralisme depuis plusieurs années. Heurté par America first, confronté à la montée en puissance de la Chine, promu par l'Union européenne et le Canada, le multilatéralisme semble aujourd'hui confronté à la montée de l'unilatéralisme et à une remise en cause des valeurs qui le sous-tendent. La crise de la Covid-19 a agi comme un catalyseur, accélérant les transformations déjà en cours. Ainsi, Josep Borrell, Haut représentant pour la politique extérieure et la politique de sécurité commune de l'Union européenne, estime que « le monde d'après est déjà là ». Avec comme point de départ une réflexion sur l'état du multilatéralisme à l'heure de la Covid-19, cet ouvrage s'interroge sur la reconfiguration annoncée et attendue du multilatéralisme contemporain. Cette publication pluridisciplinaire riche d'une trentaine de contributions propose une réflexion sur les perspectives d'un multilatéralisme menacé mais indispensable face aux enjeux globaux contemporains.

**GRAND ANGLE, *Covid-19, sécurité publique et droit pénal*, Paris Dalloz, 2020, 233 p.**

Cet ouvrage s'inscrit dans la collection Dalloz Grand Angle qui propose le meilleur des 32 revues Dalloz sur un sujet précis. Qu'elles soient opérationnelles ou doctrinales, de droit public ou privé, ces revues offrent une analyse croisée aussi riche que pertinente de l'actualité. Cet ouvrage est dédié aux effets de la crise de la Covid-19 en matière pénale et de sécurité publique. Pourquoi créer ce régime spécial d'état d'urgence sanitaire ? Quelles en ont été les conséquences, notamment en matière de liberté d'aller et venir ? Quels choix d'adaptation de la procédure pénale ont été faits ? La prolongation automatique, sans passage devant un juge, des détentions provisoires était-elle nécessaire ? Proportionnée ? Comment est-on parvenu à réduire de 12 000, soit près de 14 %, le nombre de personnes incarcérées ? De même, quel a été le rôle du maire – usant de ses pouvoirs de police – en ces temps mouvementés ? Autant de questions, et bien d'autres, relatives à cet état d'exception

**HUGONNIER Bernard, *Le capitalisme à l'ère du numérique et du Covid-19*, Paris, Economica, 2022, 97 p.**

Depuis le nouveau siècle, le monde est entré dans l'ère du numérique qui caractérise une nouvelle forme de capitalisme. L'histoire retiendra, en effet, que deux phénomènes ont mis fin à plus de soixante ans de capitalisme industriel pour le remplacer par un tout autre système, encore plus puissant, le capitalisme numérique. Cette quasi-révolution tient à deux phénomènes : d'abord à l'apparition de l'Internet dans les années 1980, qui a permis le développement des technologies de l'information et de la communication (TIC) ; puis à celles du téléphone portable, du Smartphone et des réseaux sociaux. Mais la complexité du monde s'est encore accrue au printemps 2020 sous la forme inattendue d'une pandémie qui a contribué à bouleverser encore davantage non seulement les économies mais également les sociétés du monde entier. Cet ouvrage analyse l'ensemble des conséquences du nouveau capitalisme mais aussi de la pandémie du Covid-19. Ces effets sont considérables car tous les secteurs sont concernés, que ce soit la vie privée, les relations interpersonnelles, l'économie, les organisations sociales et politiques, les entreprises, les politiques gouvernementales, mais aussi la culture et la civilisation.

**INSTITUT LOUIS FAVOREU, *Annuaire international de justice constitutionnelle, L'état d'exception, nouveau régime de droit commun des droits et libertés ? Du terrorisme à l'urgence sanitaire*, vol. XXXVI, 2021, Economica, 1143 p.**

Ce volume de l'Annuaire contient les rapports présentés lors de la Table ronde internationale organisée en septembre 2020 par l'Institut Louis Favoreu, qui a été consacrée à l'étude de l'impact des régimes d'exception sur le respect et la garantie effective des droits et libertés fondamentaux. Y figurent les rapports de la Fédération de Russie (Natasa Danelciuc-Colodrovschi, p. 357-381), de la Hongrie (Peter Kruzslicz, pp. 459-469), de la Pologne (Moroslaw Granat, p. 513-527) et de la Roumanie (Elena-Simina Tanasescu, p. 537-553).

**LARI Vannina, LE GRAND-SEBILLE Catherine (dir.), *Rites funéraires en Corse au temps de la Covid-19*, Corte, Publications de l'Université de Corse, 2023, 231 p.**

Cet ouvrage présente les analyses et conclusions d'une étude socio-anthropologique effectuée entre octobre 2020 et mars 2022. Réalisée sous forme d'enquêtes sur le terrain, cette étude est intitulée « Restrictions imposées aux familles, « confiscation » des morts et des rites funéraires, limitations des rapports humains en Corse. Quels risques sociétaux au temps du COVID et après ? ». Elle porte sur les effets de la crise sanitaire liée au COVID, sur les rites funéraires en Corse, et plus largement sur ses conséquences sur la société. Elle constitue une sorte de suite à une précédente publication « Les rites funéraires

de Méditerranée - Actualisation des découvertes et perspectives d'analyses croisées » et prend place dans le programme « Boost Cultural Competence in Corsica » (B3C) réunissant l'Università di Corsica et la Collectivité de Corse. Une mise en son et en image, par des enregistrements issus de nos enquêtes et des photographies effectuées par Olivier Sanchez, reporter-photographe vient compléter ce travail et est accessible sur le site de la Médiathèque de la Corse et des Corses (M3C). Il vient également enrichir le site Ad Memoriam et rend ainsi visible la gestion de la pandémie dans le territoire spécifique de la Corse dans un espace international.

**PAULIAT Hélène, NADAUD Séverine (dir), *La crise de la Covid-19 : Comment assurer la continuité de l'action publique ?* Paris, LexisNexis, 2020, 491 p.**

Le 24 janvier 2020, trois premiers cas de Covid-19 sont signalés en France. Après avoir demandé aux Français de respecter les « gestes barrières », le Gouvernement va être la cible des questions portant sur l'utilité des masques... Le 16 mars 2020, le Président de la République décide de mesures de confinement, pendant au moins quinze jours ; en réalité, l'état d'urgence sanitaire durera jusqu'au 10 juillet 2020, mais avec un assouplissement des restrictions à compter du 11 mai 2020. Ces quelques dates pourraient laisser penser que la crise est passée ; l'on sait qu'il n'en est rien, tant les conséquences juridiques, économiques, financières et sociales sont considérables et vont se poursuivre pendant plusieurs mois sinon plusieurs années. Cet ouvrage collectif cherche à réfléchir aux premiers enseignements d'une crise sans précédent, qui a donné lieu à des mesures tout à fait exceptionnelles : sur le plan juridique, avec des mesures de police attentatoires aux droits et libertés qui ont posé la question de leur nécessité et de leur proportionnalité au regard des normes tant nationales qu'européennes ; sur le plan budgétaire et économique, avec des décisions de soutien aux entreprises et aux artisans et commerçants d'une ampleur inégalée, remettant en cause les limites des déficits admises par l'Europe ; sur le plan social, avec un plan de chômage partiel pour maintenir l'emploi... Mais il ne faut pas ignorer le coût psychologique des mesures prises, les familles séparées, les personnes âgées souvent isolées pendant plus de dix semaines, les enterrements sans proches... Le laboratoire OMIJ (Observatoire des Mutations Institutionnelles et Juridiques), qui regroupe des juristes, des économistes et des gestionnaires, a souhaité établir un premier bilan de cet état d'urgence sanitaire : comment la crise a-t-elle été anticipée ? La réponse politique, juridique, économique, sociale a-t-elle été pertinente ? La gestion managériale de la sphère publique n'a-t-elle pas montré ses limites ? Comment nos partenaires européens ont-ils géré cette situation ? Telles sont quelques-unes des questions que l'ouvrage aborde, en insistant sur quelques domaines particuliers, soit par les commentaires qu'ils ont suscités (on pense à la justice), soit par le désert médiatique qu'ils ont engendrés (arrêt des compétitions sportives), soit encore par l'essoufflement du système qu'ils ont souligné (environnement). Cet ouvrage ne prétend pas répondre à toutes les interrogations, mais cherche à mener une

première réflexion, au sortir de l'épisode critique, mais avant toutes les conséquences que cette situation va générer.

**ZACHARIE Arnaud (dir.), *La reconstruction écologique et sociale postcovid*, Bordeaux, Le Bord de l'eau, 2022, 159 p.**

La pandémie de Covid-19 est un fait historique majeur d'envergure planétaire. Au-delà de ses conséquences sanitaires, elle a d'importantes répercussions sociales, économiques et politiques à l'échelle mondiale, dont certaines seront irréversibles. D'un côté, la pandémie est un puissant révélateur des tendances lourdes qui existaient avant son irruption - qu'il s'agisse des déséquilibres économiques et financiers, des inégalités sociales, des dérèglements climatiques, de la digitalisation, de la fatigue démocratique ou des rivalités internationales. De l'autre, elle provoque des ruptures qui pourraient favoriser une reconstruction écologique et sociale post-Covid fondée sur des modèles de développement moins inégalitaires et plus respectueux des écosystèmes, en réponse aux demandes sociales des populations et aux exigences de la transition écologique. Quels sont les déséquilibres et les ruptures que révèle la pandémie ? Comment prévenir les crises et s'adapter à l'ère des pandémies et des dérèglements climatiques ? Comment faire reposer la reconstruction des sociétés post-Covid sur des modes de production et de consommations durables ? Comment financer un Green New Deal planétaire ? Cet ouvrage collectif rassemble des spécialistes de différentes disciplines pour répondre à ces questions et définir les conditions d'une reconstruction post-Covid juste et durable.