

Paris, le 27 avril 2020

Avis du Défenseur des droits n°20-03

Le Défenseur des droits,

Vu l'article 71-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Vu la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits ;

Auditionné par la commission des lois du Sénat, le 22 avril 2020 sur la mise en œuvre de l'état d'urgence sanitaire pour faire face à la pandémie du Covid-19, ainsi que des ordonnances et décrets pris pour son application, le Défenseur des droits a présenté l'avis ci-joint.

Le Défenseur des droits,

Jacques TOUBON

Conformément aux missions qui lui sont confiées au titre de l'article 4 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011, le Défenseur des droits souhaite appeler l'attention des Sénateurs sur les situations pour lesquelles il est interpellé suite à la mise en œuvre de l'état d'urgence sanitaire et, de manière générale, sur le fonctionnement des services publics dans le pays depuis un mois et demi.

La crise sanitaire nécessite des mesures pour protéger la vie de toutes et tous et enrayer l'épidémie. Si des restrictions nécessaires et proportionnées sont justifiées, le Défenseur des droits a, lors des débats au Parlement sur ce projet de loi, alerté les Présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat sur la nécessité de respecter les principes de légalité, de prévisibilité et de nécessité et de s'assurer que les dispositions permettant de restreindre les libertés soient suffisamment précises et encadrées par la loi pour garantir aux individus une protection contre les risques d'abus et d'arbitraire.

Le Défenseur des droits a notamment attiré leur attention sur :

- La nécessité d'un mécanisme de contrôle juridictionnel de la régularité des mesures de mise en œuvre ;
- L'importance de protéger, dans l'exercice du service public de la justice, l'ensemble des participants aux instances et non seulement les justiciables et les membres des juridictions, et de s'assurer notamment que les adaptations ne portent pas atteinte au droit à un procès équitable ;
- La nécessité de prévoir dans la loi le contrôle juridictionnel de la durée de prolongation du délai de placement en garde à vue, de la détention provisoire ou de l'assignation à résidence sous surveillance électronique, et de ne pas la laisser à la discrétion de l'administration ;
- La nécessité de précisions sur les modalités concrètes d'exercice des droits de la défense, notamment pour la communication avec les justiciables situés dans les lieux de privation de liberté ou dans des espaces de confinement ;
- L'importance de conférer à ce dispositif - compte tenu de son caractère exceptionnel et des pouvoirs qu'il donne à l'autorité administrative – un caractère temporaire et de permettre au Parlement de procéder à une évaluation de la mise en œuvre des mesures prises et de la nécessité de les proroger ;

- L'opportunité d'un contrôle parlementaire renforcé, à l'instar de celui qui a été instauré dans la loi relative à l'état d'urgence de 2015 et la loi du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme (loi SILT).

De même que pour les mesures qui seront prises dans le cadre du déconfinement de la population, les mesures prises dans le cadre de cet état d'urgence sanitaire doivent être respectueuses des droits et libertés de chacun, conformément à ce qu'exige notre droit et le droit européen, qu'il relève de la Constitution, de la Convention européenne des droits de l'homme, de la Charte des droits fondamentaux ou des jurisprudences de la cour de Strasbourg ou de celle de Luxembourg.

C'est dans ce cadre juridique que ces mesures doivent être pensées et adoptées.

Le Défenseur des droits dans l'urgence sanitaire :

Le Défenseur des droits a fait évoluer ses méthodes de travail afin de faire face aux nombreuses situations d'urgence liées à la pandémie.

Le confinement a conduit à mettre en œuvre au sein de l'institution du Défenseur des droits un plan de continuité de service. L'important développement du télétravail au sein de l'institution depuis maintenant près de trois ans a facilité sa généralisation.

Si les permanences locales des délégués territoriaux du Défenseur des droits sont fermées, parce que les institutions qui les abritent - maisons de la justice et du droit, antennes locales, municipales ou préfectorales - le sont aussi la plupart du temps, le Défenseur des droits continue de travailler. La permanence téléphonique a accru ses moyens. Un numéro de téléphone spécial a été créé pour les détenus. Tous les délégués territoriaux restent à disposition par voie électronique et par téléphone. Le nombre de demandes qui ont été adressées à l'institution depuis mi-mars équivaut à un peu plus de la moitié de celles que reçues pendant la même période l'année dernière, et remonte progressivement, en particulier au siège.

L'institution continue d'instruire, de manière contradictoire, tous les dossiers autres que ceux liés à l'état d'urgence sanitaire.

S'agissant des demandes relatives à l'état d'urgence sanitaire, le Défenseur des droits multiplie les médiations, toujours fondées sur la base du droit, en saisissant fréquemment les pouvoirs publics, notamment les ministères, pour contribuer à remédier à des situations de mises en cause de droits pour les usagers des services publics. Il prend également un certain nombre de positions publiques.

Le Défenseur des droits continue ainsi, en cette période, d'assurer sa double vocation de vigie des droits et libertés fondamentales et de garant de l'égalité d'accès aux droits.

Il s'est efforcé de tenir le langage de l'équilibre et de la conciliation entre les exigences de la liberté et de l'égalité et celles de la sécurité, trépied fondamental en ces circonstances.

I) Protéger les libertés et l'égalité d'accès aux services publics :

A. Les attestations dérogatoires au confinement :

Le dispositif de contravention mis en place pour les déplacements dérogatoires est susceptible de soulever les mêmes difficultés de compréhension que celles rencontrées par les usagers pour les contraventions relevant du droit routier. En effet, apporter la preuve contraire par écrit ou par témoins pour contester la réalité des faits inscrits au procès-verbal est très difficile. Certains procès-verbaux sont peu circonstanciés et la réalité des motifs invoqués lors du contrôle ne sont pas toujours mentionnés pour permettre une contestation ultérieure.

Le Défenseur des droits reprend à son compte les premières remarques sur le dispositif qui ont été formulées par les parlementaires lors des débats sur le projet de loi d'urgence¹. Lors de la séance du 19 mars 2020, Marie-Pierre de la Gontrie, sénatrice du groupe Socialiste et républicain a interrogé le gouvernement concernant la formation ou encore les pouvoirs donnés aux agents de la ville de Paris alors même que le texte n'apporte aucune précision. Lors de la séance du 21 mars 2020, Raphaël Schellenberger, député Les Républicains, a critiqué l'opportunité pour les policiers municipaux et les gardes champêtres de verbaliser les contrevenants en soulignant qu'en pratique, il « *n'y aura pas de contrôle de la réalité de l'amende* ».

Reprenant à son compte certaines observations des parlementaires, des organisations syndicales représentatives des forces de l'ordre et des associations représentantes des usagers sur les difficultés de mettre en œuvre ce régime juridique, le Défenseur des droits ne peut que souligner :

- la nécessité de transmettre une meilleure information des mesures prises au plan local aux agents chargés du contrôle et de leur assurer une formation;
- la nécessité de prendre en compte la vulnérabilité de certaines personnes ainsi que la spécificité de certaines situations avant et lors des contrôles.

Si une troisième contravention est délivrée alors que le caractère définitif des premières contraventions précédentes n'est pas établi, le Défenseur des droits attire l'attention des réclamants convoqués devant le tribunal correctionnel sur le fait qu'il existe un débat juridique sur la notion de réitération. La seule verbalisation par l'officier de police judiciaire ou l'agent de police judiciaire ne constitue pas, selon certains tribunaux, un élément matériel de la contravention de cinquième classe

¹ Loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19.

ou du délit au sens des dispositions de l'article L. 3136-1 du code de la santé publique permettant de fonder la qualification de la reconnaissance de l'infraction, de condamnation ou de récidive.

Une question prioritaire de constitutionnalité a été posée le 9 avril et a été transmise à la Cour de Cassation : elle sera étudiée le 12 mai. Cette question se fonde entre autres sur le droit au recours ainsi que sur le principe de légalité des délits et des peines, interrogeant notamment la compétence du pouvoir exécutif pour définir les termes d'un délit punissable d'emprisonnement.

a) Prise en compte de la situation des personnes vulnérables.

La question des attestations dérogatoires est une question que le Défenseur des droits a prise en compte dès le décret du 16 mars devant les difficultés de certaines personnes vulnérables.

Le Défenseur des droits a attiré l'attention du ministre de l'intérieur sur :

- la particulière vulnérabilité des personnes sans domicile fixe pour lesquelles une verbalisation serait inappropriée et injuste, compte tenu de leur situation qui ne leur permet pas de rester confinées et donc de fournir une attestation mentionnant leur lieu de confinement et le motif de leurs déplacements
- le besoin de supports d'information et de procédures qui soient adaptés et compréhensibles par tous, afin de favoriser l'égalité réelle entre tous et toutes, ainsi que le respect des mesures de confinement :
 - mise à disposition, sur tous les sites gouvernementaux, des attestations de déplacement en langage dit « facile à lire et à comprendre » (FALC)
 - recours aux pictogrammes, accessibles par les personnes en situation de handicap
 - mise à disposition d'attestations de déplacement en différentes langues étrangères
- l'importance pour les forces de l'ordre, qui sont en première ligne dans des conditions difficiles, de ne pas adopter systématiquement une réponse répressive face à ces situations, de faire preuve de discernement, de pédagogie et d'aider ces populations en situation de vulnérabilité ou de difficulté

L'institution s'est ainsi préoccupée de l'accès aux droits des majeurs protégés, des personnes handicapées et des personnes aveugles.

Sur ce point, des progrès importants ont été réalisés par l'administration depuis trois semaines : par exemple, les personnes non-voyantes n'ont plus besoin de produire une attestation.

En cas de verbalisation de personnes ayant des problèmes de discernement ou de handicap les mettant dans l'impossibilité de comprendre et de remplir l'attestation, le Défenseur des droits souligne qu'il est possible d'invoquer une cause d'irresponsabilité pénale si le jugement de l'intéressé (ou du réclamant) a été altéré ou s'il n'était pas en pleine possession de ses moyens au moment des faits. A cet effet, les personnes concernées peuvent fournir un certificat médical même postérieur aux faits, ou une attestation médicale en cas de sortie d'un établissement psychiatrique. A cet égard, l'article 122-1 du code pénal dispose que « *n'est pas pénalement responsable la personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes* ».

En cas de verbalisation d'un majeur protégé (tutelle, curatelle, sauvegarde de justice), il rappelle qu'une expertise médicale (psychiatrique en principe) est obligatoire, à tout stade de la procédure (article 706-115 du code de procédure pénale). Le curateur ou le tuteur ainsi que le juge des tutelles du majeur protégé mis en cause doivent être informés des poursuites dont le majeur fait l'objet (article 706-113 du code de procédure pénale).

Le Défenseur des droits a alerté aussi les pouvoirs publics sur la question des contrôles des attestations et de la verbalisation des personnes sans domicile fixe ainsi que sur la question de l'accès aux soins de ces personnes. En cas de verbalisation de personnes sans domicile fixe, doivent avoir la possibilité d'invoquer devant l'officier du ministère public (OMP) le fait qu'elles sont dans l'impossibilité matérielle de présenter une attestation de déplacement dérogatoire en rapportant tout élément de preuve attestant de leur absence de domicile.

b) La question de la dématérialisation des attestations.

Si l'autorisation numérique désormais mise en œuvre présente des avantages, le Défenseur des droits attire l'attention sur l'injonction paradoxale des nouvelles technologies : elles permettent de continuer à travailler, mais, dans le même temps, elles écartent des millions de personnes de l'accès au service public lorsque celui-ci se fait uniquement ou préférentiellement par voie numérique, comme il a pu

l'expliquer dans un rapport publié en janvier 2019. Cette question se pose désormais dans tous les aspects de la vie sociale.

B. Autres questions relatives à l'égal accès aux services publics et aux biens privés :

Les principaux signalements et réclamations reçus par nos délégués territoriaux sur le terrain concernent : l'accès aux supermarchés d'enfants accompagnant leur parent ; les difficultés d'accès aux services bancaires, en particulier à ceux de La Poste ; la continuité des services publics, notamment du courrier ; la dématérialisation des services, avec tous les risques d'exclusion et de discrimination.

Au début de la crise sanitaire, des dérives de la part de certains commerçants qui exigeaient le paiement par carte, ont été observées. Le Défenseur des droits a rappelé que la loi interdit d'empêcher une personne de payer en espèces, pour ne pas discriminer les personnes qui n'ont pas de compte ou de carte bancaire, comme les majeurs incapables. D'autant que cela empêchait un certain nombre de personnes de pourvoir à leurs besoins élémentaires, notamment alimentaires.

Le Défenseur des droits a pu dénoncer aussi les inégalités territoriales entre territoires urbains et territoires ruraux. Au début du mois d'avril, lors du versement des allocations non contributives, le réseau de La Poste, qui permet de toucher le revenu de solidarité active (RSA) en espèces, s'était considérablement rétracté, avec un tiers des bureaux qui continuaient à fonctionner. Certaines personnes devaient parcourir des dizaines de kilomètres pour toucher leur RSA en espèces. Ceci a donné lieu à de nombreuses saisines du Défenseur des droits et une médiation engagée avec la direction générale de La Poste. Depuis quinze jours, les choses semblent avoir été améliorées.

Ont également été signalés un certain nombre de cas de personnes qui souhaitaient revenir en France depuis l'étranger - sur ce plan, les sénateurs représentant les Français de l'étranger ont été très actifs - et de problèmes concernant les étudiants d'outre-mer ont été très actifs. La déléguée chargée des Français de l'étranger a été saisie de très nombreux cas de Franco-Algériens.

II) Détention et rétention :

Le Défenseur des droits a pris position dès le début de la crise en plaidant auprès de la Garde des Sceaux et du Ministre de l'Intérieur pour des mesures fortes garantissant la sécurité sanitaire des détenus et des retenus.

Le Défenseur des droits a recommandé pour les détenus :

- de favoriser, à l'aide de moyens de communication à distance, les relations entre le détenu, sa famille et son avocat.
- de donner des instructions aux parquets de requérir, le plus souvent possible au regard de l'ordre public aux mesures prévues par la loi :
 - la libération sous contrôle judiciaire des personnes prévenues,
 - l'aménagement de peine ou l'anticipation de la libération des personnes en fin de peine,
 - la suspension des peines pour raison médicale des détenus les plus vulnérables (âgés ou présentant une pathologie à risque),
 - l'octroi de permissions et d'autorisations de sortie.

Le Défenseur des droits a aussi cosigné un texte à ce sujet avec Madame Adeline Hazan, Contrôleure générale des lieux de privation de liberté, et Maître Jean-Marie Burguburu, président de la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH), une des premières positions publiques communes aux trois institutions.

Ils ont alerté sur la situation de près de 800 mineurs qui sont détenus aujourd'hui. 82% des mineurs détenus sont en détention provisoire sans possibilité de visite ni de scolarisation. Ce qui les placent dans un isolement total. A de nombreuses reprises, le Défenseur des droits a fait part de ses préoccupations face à l'enfermement des mineurs. Il insiste pour que plus que jamais soient mises en œuvre les alternatives à l'incarcération.

La mesure de prolongation automatique de la détention provisoire paraît contradictoire avec les mesures indispensables d'allègement de la surpopulation carcérale. Aujourd'hui, les juges emprisonnent moins, en recourant, par exemple, plus fréquemment aux travaux d'intérêt général, et ils prennent aussi davantage de mesures de libération anticipée. Au total, il y a probablement quelque 10 000 détenus de moins dans les prisons.

On peut certes toujours demander une remise en liberté en cas de prolongation automatique d'une détention provisoire, mais l'on sait aussi combien la justice est actuellement embouteillée.

Sur le plan juridique, il a été dit que ce prolongement ne posait pas de problèmes. Le Défenseur des droits estime pour sa part qu'il serait intéressant de le soumettre à l'appréciation du Conseil constitutionnel. Dans sa décision sur la loi organique d'urgence sanitaire, le Conseil constitutionnel a prolongé les délais d'examen des questions prioritaires de constitutionnalité (QPC). Mais il n'a pas dit pour autant qu'il n'examinerait aucune QPC, en particulier si elle portait sur l'application de l'état d'urgence. Cette question mériterait d'être examinée sous la forme d'une QPC, par exemple à la suite de la décision d'un juge des libertés et de la détention ou d'une chambre de l'instruction. La théorie des circonstances particulières de l'espèce, qui a fondé la récente décision du Conseil constitutionnel sur la loi organique, pourrait être utilisée à l'inverse pour considérer que, dans les circonstances actuelles, la prolongation de la détention provisoire est une mesure indifférenciée contraire aux droits et libertés et aux objectifs d'intérêt général visés par l'état d'urgence sanitaire.

Sur la question des rétentions administratives, il est quasiment impossible de réaliser aujourd'hui l'objectif exclusif de la rétention administrative, à savoir l'exécution des mesures d'éloignement du territoire dont les personnes retenues font l'objet.

Le Défenseur des droits a pris dès le début de l'EUS une position publique sur les centres de rétention administrative (CRA). Voilà quinze jours, le Conseil d'État, qui en avait été saisi, a décidé qu'il n'y avait pas lieu de mettre fin à l'activité des CRA, essentiellement parce que la situation sanitaire était sous contrôle.

Le DDD a constaté depuis lors que les expulsions sont aussi peu nombreuses. Il s'interroge donc sur la légalité des rétentions qui concernent des personnes qui ont vocation à être expulsées mais qui ne le peuvent pas du fait de l'interruption du trafic aérien. Les personnes retenues ne sont pas des hors-la-loi. Il faut traiter en droit cette question de la rétention administrative.

En revanche la situation sanitaire s'est dégradée. Dans le rapport qu'elle a publié vendredi 17 avril, après avoir visité les centres du Mesnil-Amelot et de Vincennes, Adeline Hazan a alerté sur les cas de Covid-19 existants et sur les risques de contagion. En conséquence, le Défenseur des droits a demandé une nouvelle fois que soient prises des dispositions plus protectrices au profit des personnes retenues dans ces centres mais aussi des policiers, des agents ou des associations qui y travaillent.

Le blocage des demandes d'asile par ailleurs n'est évidemment pas normal. Il prive les demandeurs de leurs droits fondamentaux. Le Tribunal administratif de Paris puis le Conseil d'État en appel ont enjoint l'État de rouvrir les GUDA en Ile de France.

III) Situation des enfants dans cette urgence sanitaire :

Le Défenseur des droits a été très attentif à la situation des enfants.

Pour le Défenseur des droits comme pour la Défenseure des enfants, Geneviève Avenard, les enfants ne doivent pas constituer l'angle mort de l'état d'urgence sanitaire. C'est une question prioritaire. On parle beaucoup de syndrome post-traumatique, et plus généralement des conséquences psychosociales de cette longue période de confinement, mais aussi de ce sentiment de peur qui s'est emparé de la société. C'est sans doute pour les enfants et les adolescents que les conséquences seront les plus fortes et les plus durables. Il faut tout faire pour que le confinement ne devienne pas une période traumatique pour les enfants, en particulier pour ceux qui sont placés, malgré la difficulté de faire fonctionner les établissements.

De très nombreuses réclamations ont été reçues concernant le refus d'accès aux supermarchés opposé par de nombreuses enseignes de distribution aux enfants accompagnant un parent isolé, ne pouvant faire ses courses autrement qu'avec ses enfants. A la suite des démarches du Défenseur des droits, il n'y a pas eu d'instruction générale, mais les enseignes et les préfets ont agi, au coup par coup, dans le bon sens. Aujourd'hui, la situation semble globalement redressée, mais cette situation a montré que l'intérêt supérieur de l'enfant peut, dans des circonstances dramatiques, être complètement négligé.

A. La cantine et les conditions alimentaires alarmantes de millions d'enfants :

Il convient également d'être attentif aux inégalités sociales. Comme l'a déclaré un parlementaire récemment, « le confinement renvoie les enfants à la brutalité des différences de classes ».

À cet égard, le Défenseur des droits souligne combien la disparition de la restauration collective est l'un des éléments centraux du décrochage social et éducatif qui conduisent le Gouvernement à vouloir rouvrir les établissements scolaires à compter du 11 mai prochain.

La cantine doit donc être considérée comme un service essentiel à la réalisation du droit à l'éducation, mais aussi, dans les circonstances actuelles, un service essentiel pour que des centaines de milliers d'enfants ne soient pas laissés pour compte en matière de nourriture. La presse a commencé à parler de faim dans certains départements. Il existe des solutions. Par exemple, pourquoi ne pas s'adresser aux concessionnaires de la restauration collective qui, aujourd'hui, n'ont plus à satisfaire les entreprises privées commanditaires qui sont fermées.

Dans son rapport *Le droit à la cantine scolaire pour tous les enfants* (2019), le Défenseur des droits soulignait que le droit à l'inscription à la cantine des écoles primaires pour tous les enfants est un corollaire indispensable au droit à l'éducation et à l'obligation scolaire. De nature à favoriser l'apprentissage, en particulier pour les enfants de familles défavorisées ou confrontées à des difficultés particulières, il contribue aussi à l'inclusion de tous les enfants au sein du système scolaire.

Or la fermeture des établissements scolaires et des cantines imposée par l'état d'urgence sanitaire et le confinement actuel de la population conduit à un découplage de ces deux droits. Si les pouvoirs publics ont mis en œuvre des mesures permettant d'organiser une continuité éducative, celle-ci se limite à la seule question des apprentissages scolaires. Alors même que la continuité éducative passe par l'assurance que les parents sont en mesure de nourrir leurs enfants, rien n'a été mis en place pour pallier la fermeture des cantines, le problème étant traité au sein des diverses mesures d'accroissement de l'aide alimentaire.

Par ailleurs, durant la période de confinement, l'aide alimentaire rencontre des difficultés majeures, avec d'un côté l'augmentation sans précédent du nombre de personnes qui y recourent, et de l'autre des bénévoles qui sont d'autant moins nombreux qu'ils sont en majorité retraités et âgés et présentent des risques accrus au regard de l'épidémie.

Les mesures de confinement imposées par l'état d'urgence sanitaire créent des situations d'urgence sociale qui imposent des mesures tout aussi urgentes voire dérogatoires et innovantes.

Au-delà de l'aide exceptionnelle de solidarité dont devraient bénéficier, le 15 mai 2020, les personnes précaires et les familles modestes, notamment pour « *faire face à une diminution de leurs revenus et dans le même temps, une augmentation des dépenses courantes, notamment alimentaires avec l'arrêt de la cantine pour les enfants* », il pourrait être recommandé :

- durant le confinement, que les collectivités s'organisent pour assurer, par le biais de leurs prestataires, la fourniture d'un repas à tous les enfants ou, lorsqu'elles ont mis en place un tarif social,

à ceux qui bénéficient du tarif le plus bas. Ceux-ci pourraient prendre la forme de « box » livrées à domicile ou « à emporter » ;

- lors du déconfinement, qui pourrait s'étaler sur une période relativement longue, que les collectivités fournissent des repas aux élèves en dépit du maintien de la fermeture des cantines.

A long terme, il apparaît plus que jamais nécessaire, comme le soulignait le Défenseur des droits dans son rapport, d'amorcer une réflexion sur l'évolution du statut de service public de restauration scolaire. Sans méconnaître l'ensemble des contraintes pesant actuellement sur les collectivités et qui ne manqueront pas de s'accroître, le Défenseur des droits constate qu'en l'absence de service public obligatoire, l'effectivité du droit à la cantine pour tous les enfants de l'école primaire demeure tributaire des inégalités territoriales que l'état d'urgence sanitaire contribue à rendre particulièrement visibles.

B. Les enfants confiés à l'aide sociale à l'enfance :

Le Défenseur des droits a aussi alerté sur la situation des quelque 340 000 enfants confiés à l'aide sociale à l'enfance (ASE), dont la moitié environ sont placés dans des foyers ou des familles d'accueil. Nombre des questions qui ont été posées au Défenseur des droits ont fait écho aux débats qui ont eu lieu au Sénat en 2015 et 2016, lors de l'examen de la proposition de loi présentée par la sénatrice Michelle Meunier, devenue la loi de mars 2016 relative à la protection de l'enfance ; en particulier au sujet d'un pilotage national de la protection de l'enfance.

Le 119 doit être davantage soutenu, afin notamment qu'il puisse être saisi autrement que par téléphone, notamment par e-mail. Selon nos sources, les cellules de recueil, de traitement et d'évaluation des informations préoccupantes (CRIP) n'évaluent aujourd'hui que la moitié des signalements. De très nombreux cas ne sont donc pas évalués en temps utile. La Défenseure des enfants et le Défenseur des droits ont réclamé une plateforme de ressources à destination des parents. La situation d'urgence sanitaire a entraîné un retour quasi systématique des enfants dans leur famille, accompagné d'une restriction considérable du droit de visite, avec des inconvénients pour les familles comme pour les enfants. S'y ajoutent des difficultés entre la justice des mineurs et les départements - certains départements suppriment des droits de visite sans décision du juge, tandis que des juges prennent des décisions sans audition des parties.

Le Défenseur des droits a été saisi de la possibilité pour les juges de prendre des décisions sans contradictoire, conformément à l'ordonnance relative au fonctionnement des juridictions judiciaires. Dans une décision rendue le 10 avril, le Conseil d'État a validé les dispositions de cette ordonnance, mais il a souligné qu'elles ne faisaient « pas obstacle à ce que le mineur capable de discernement puisse préalablement exprimer son avis ».

C. Les mineurs non accompagnés :

Quant aux mineurs non accompagnés (MNA), dans un certain nombre de départements, comme à Paris, le service d'accueil a tout simplement fermé, conduisant à ce que les MNA soient traités comme des étrangers ordinaires. Beaucoup de départements ont décidé de renvoyer à plus tard la mise à l'abri et l'évaluation de ces mineurs. Ils sont donc à la rue ou dans des hôtels, une situation qui nous préoccupe grandement. La situation a évolué dans le bon sens dans de nombreux départements, mais le Défenseur des droits appelle l'attention du Sénat sur ce sujet. Les mineurs non accompagnés doivent être traités comme des mineurs, et non comme des étrangers, notamment au regard des droits de l'enfant.

IV Les exigences à respecter pour le déconfinement :

Toute décision prise pour prolonger le confinement d'une partie de la population, en fonction de l'âge ou de l'état de santé, poserait évidemment la question de la discrimination. À cet égard, quelques principes doivent être rappelés. L'âge et l'état de santé sont des critères protégés par le droit européen et la loi du 27 mai 2008. La discrimination prohibée consiste à traiter plus défavorablement, sans justification objective et raisonnable, des personnes placées dans des situations analogues ou comparables. Une mesure est considérée comme discriminatoire si elle ne poursuit pas « un but ou un objectif légitime » ou « s'il n'y a pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé ». Plus l'atteinte mettra en cause un droit de valeur essentielle, plus l'exigence de légitimité et de proportionnalité sera stricte.

Il faudra donc que les autorités démontrent la nécessité d'éventuelles mesures de maintien du confinement d'une partie de la population. Le Haut Conseil de la santé publique (HCSP), listant les personnes présentant un risque de développer une forme grave d'infection au Covid-19, en particulier les personnes souffrant de comorbidité, a estimé que l'âge n'était pas le seul critère à prendre en

compte. Dans la feuille de route qu'elle a présentée le 15 avril, la Commission européenne a recommandé aux États de protéger ces personnes pour une période plus longue, mais n'a pas dit comment procéder - cette prise de position a d'ailleurs été contestée.

La mesure doit donc être nécessaire. Elle ne serait considérée comme proportionnée que s'il était démontré qu'il n'existe aucune autre mesure alternative, moins attentatoire aux droits et libertés de la personne, permettant d'atteindre l'objectif recherché. D'après les jurisprudences de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) comme de la Cour de justice de l'Union européenne, il convient de recourir à la moins contraignante des mesures appropriées et les inconvénients causés ne doivent pas être démesurés par rapport aux objectifs visés. Une mesure générale et systématique doit donc être écartée. Au reste, il semble que c'est désormais la position du Gouvernement.

La mesure qui consisterait à poursuivre le confinement pour un certain nombre de personnes ne devrait être envisagée qu'assortie de conditions très strictes et d'une durée limitée. Elle ne pourrait être une mesure de portée générale et devrait reposer sur la responsabilité individuelle. Nous considérons qu'une obligation nécessiterait d'adopter une nouvelle disposition législative, complétant la loi instituant l'état d'urgence sanitaire et prévoyant un avis médical, de manière à assurer l'équilibre entre l'intérêt général de la sécurité sanitaire et le risque de discrimination.

Le Défenseur des droits reste très attentif à tout ce qui pourrait être fait dans ce domaine. Il s'appuie sur le corpus que constitue la jurisprudence de la CEDH. Ainsi, le placement en isolement ou une hospitalisation forcée ne peuvent être décidés que sous certaines conditions.

La Convention européenne des droits de l'homme garantit à toute personne le droit à la liberté et à la sûreté. Son alinéa e) prévoit cependant la possibilité d'une détention régulière si la personne « est susceptible de propager une maladie contagieuse ». La mesure de placement en isolement qui viserait à soumettre la personne à un traitement médical et à limiter la propagation de l'épidémie pourrait-elle entrer dans cette hypothèse ?

Selon la jurisprudence de la CEDH, une telle mesure ne serait régulière que si les conditions suivantes étaient remplies :

- La propagation de la maladie doit être dangereuse pour la santé publique ; ce qui est le cas dans la situation sanitaire que nous connaissons aujourd'hui ;
- La « détention » doit constituer le moyen de dernier recours d'empêcher la propagation de la maladie. Les autorités devront alors démontrer que d'autres mesures, moins sévères, ont été envisagées et qu'elles se sont avérées insuffisantes pour protéger la santé publique. C'est ce que

la CEDH a rappelé, par exemple, dans l'affaire *Enhorn c. Suède* de 2005, concernant le placement en isolement et une hospitalisation forcée d'une personne atteinte du VIH.² La mesure doit donc être nécessaire dans les circonstances actuelles et conforme au principe de proportionnalité.

- Si cette condition est remplie, la mesure ne devrait durer que le temps strictement nécessaire à la poursuite de l'objectif, notamment la prise en charge médicale du patient, sa guérison et la fin de la période de contamination.

Le 7 avril dernier, les États du Conseil de l'Europe ont adopté, y compris la délégation française à l'APCE, un document d'information intitulé *Respecter la démocratie, l'état de droit et les droits de l'homme dans le cadre de la crise sanitaire du Covid-19*. Il est naturellement toujours possible de saisir un juge.

L'Assemblée nationale et le Sénat seront bientôt amenés à débattre de l'**application « Stop Covid »**. Sur ce point, le Défenseur des droits a été le premier à appeler l'attention sur les difficultés qu'un tel dispositif peut comporter pour les libertés et la vie privée. Les textes européens sont clairs. La Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) a publié, le 2 avril dernier, un rapport qui était explicite. Le Comité pilote d'éthique du numérique du Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé (CCNE) avait pris position dans le même sens quelques jours plus tôt. Le Conseil national du numérique a été saisi du sujet par le Gouvernement.

L'application pose une grande difficulté, parce qu'elle laisse entrevoir un système de surveillance sociale générale. Il y a des exemples dans certains pays. Par conséquent, il est nécessaire que l'application d'une telle mesure se fasse sur la base du volontariat, que les données recueillies ne remontent pas dans une base centrale, qu'elles soient très clairement supprimées à la fin des circonstances qui conduisent à la mettre en œuvre et que le dispositif fasse l'objet d'une information importante. En effet, il ne faudrait pas que le public rejette cette mesure, qui peut être utile, ni qu'il y adhère aveuglément, par peur de la pandémie, sans connaissance de cause. Sur le sujet des nouvelles technologies, le Défenseur des droits a toujours répété que la connaissance était un élément nécessaire pour l'accès au droit, indépendamment de la technique.

Au-delà, tous ces systèmes qui consistent à automatiser le traitement médical préventif ou curatif mettent en cause le **droit fondamental du malade de consentir** au traitement qui lui est administré. Ce que les sénateurs ont d'ailleurs relevé lors de l'examen du projet de loi relatif à la bioéthique, à

² CEDH, *Enhorn c. Suède*, 25 janvier 2005.

propos de l'extension des possibilités de télémédecine et de télédiagnostic. Application ou pas, il va falloir s'interroger sur l'édifice de la loi de 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, qui risque d'être remis en cause par l'utilisation des nouvelles technologies.

En moins de cinq ans, la France a connu deux épisodes d'état d'urgence, pour affronter deux attaques meurtrières, qui sont aussi deux menaces mortelles pour nos sociétés et la population française ; de nature complètement différente, ils mettent en cause l'équilibre du trépied liberté, égalité, sécurité.

Dans un rapport intitulé *Ce qui reste(ra) toujours de l'urgence*, publié en février 2018 par le Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux (Credof) de l'Université de Nanterre, avec le concours du Défenseur des droits - il s'agissait, en l'occurrence, de l'état d'urgence décrété en novembre 2015 -, on peut lire que « c'est sur la centralité même des droits et libertés dans nos ordres juridiques et politiques qu'une expérience comme celle de l'état d'urgence invite à réfléchir ».

La situation de la justice préoccupe grandement le Défenseur des droits. Dans le cadre de l'état d'urgence antiterroriste, les contrôles judiciaires, administratifs ou de constitutionnalité avaient pu s'exercer assez efficacement ; ainsi par exemple des arrêts du Conseil d'État qui précisait la façon de traiter les enfants dans les perquisitions ou des décisions du Conseil constitutionnel qui restreignaient la portée de certaines mesures de police administrative.

La possibilité de contrôler l'état d'urgence en temps utile est un élément essentiel qui, en l'occurrence, a été nettement amoindri par le relatif blocage de la justice découlant du confinement. C'est une réflexion importante pour l'avenir, car les principes de l'État de droit exigent que le caractère nécessaire, proportionné, exceptionnel et temporaire des mesures prises pendant l'état d'urgence puisse être vérifié à l'occasion de contrôles exercés par les juridictions judiciaires ou administratives.

En conclusion, la mission de suivi du Parlement relative aux mesures prises dans cette situation d'urgence sanitaire devrait devenir demain un comité de projet, parce que la situation actuelle nous impose de réfléchir au « monde d'après ». Sur le plan des droits et libertés, ce monde doit continuer à être celui de l'État de droit et de la démocratie, de la liberté d'expression, de la liberté d'aller et venir et de la protection de la vie privée. Nous avons mis trois siècles à conquérir ces droits et libertés et nous ne devons pas plus les laisser entamer aujourd'hui par la pandémie qu'hier par les barbares. Il

appartient au Parlement d'être à l'avant-garde, non seulement de la réflexion, mais aussi des projets pour que les droits et les libertés restent au centre de nos sociétés.