Séminaire de Luxembourg, 24 & 25 octobre 2023

« Crises et droits fondamentaux : quel rôle pour le médiateur »

Intervention Claire Hédon

Mardi 24 octobre

11h00 – 12h30 *Salle Marie-Thérèse*	1er thème : Crise sanitaire et droits fondamentaux Modérateur : M. Mohamed BENALILOU, Médiateur de l'Institution du Royaume du Maroc et Vice-Président de l'AOMF Intervenants : - Le Ministère de la Santé dans la gestion de crise sanitaire, par Mme Paulette LENERT, Vice-Première ministre, Ministre de la Santé (Luxembourg) - L'action d'un médiateur dans le contexte de la crise sanitaire, par Mme Claire HÉDON, Défenseure des droits (France) - Crise sanitaire et droits des enfants, par M. Charel SCHMIT, Ombudsman des droits des enfants (Luxembourg)

Madame la Ministre,

Chers collègues,

Bonjour à toutes et à tous,

Je suis heureuse vous retrouver et de participer à ce temps de réflexion sur notre rôle en tant que Médiateurs dans un contexte de crise sanitaire.

C'est en effet une tâche qui me paraît essentielle : les crises, nous ne devons pas nous contenter de les vivre ou de nous y adapter, nous devons en tirer des enseignements. C'est à la lumière des saisines reçues par l'institution française que je vous propose de le faire.

A chaque crise, la France a été placée en « régime d'état d'urgence ». Le Défenseur des droits s'est alors mobilisé pour exercer un contrôle externe indépendant. En premier lieu, il a accueilli toutes les réclamations individuelles mettant en cause des mesures prises au titre de l'état d'urgence. Par ailleurs, il a examiné au cas par cas, en toute indépendance et en toute impartialité, les réclamations relevant de ses domaines de compétence. Enfin, l'ensemble des délégués territoriaux ont été mobilisés et un espace d'information juridique a été ouvert sur le site de l'institution.

En mars 2020, l'état d'urgence a de nouveau été déclaré pour faire face à la pandémie de Covid-19. Et là encore, le Défenseur des droits a exercé son rôle de vigie des droits et libertés.

L'état d'urgence sanitaire se singularise par deux traits nouveaux. Il porte atteinte à la quasi intégralité des droits et libertés considérés jusque-là comme fondamentaux et garantis à ce titre par la Constitution et la Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Il revêt également une ampleur inédite car il visait des millions de personnes et s'immisce dans toutes les sphères de leur vie quotidienne, familiale, professionnelle, privée et sociale.

Entre le 15 mars et le 31 octobre 2020, le Défenseur des droits a enregistré 3 093 demandes relatives au COVID-19, à raison de 1 416 pour le siège et 1 677 pour le réseau territorial.

Au-delà des atteintes aux droits et libertés, les mesures sanitaires se sont aussi traduites par un recul des services publics et une exacerbation des inégalités sociales.

Au titre de nos différentes compétences, nous sommes intervenus pour rétablir les personnes dans leurs droits face aux problèmes qu'elles ont pu rencontrer en lien avec cette crise. Quelques exemples permettent d'illustrer les atteintes aux droits pour lesquelles nous avons exercé nos pouvoirs d'action.

S'agissant des relations avec les services publics, l'institution a été alertée sur des importantes atteintes aux droits et libertés, concernant en particulier :

- Les difficultés de retours en France, notamment de Franco-algériens et de Franco-marocains, mais aussi d'étudiants et de couples bi-nationaux, souhaitant revenir en France, d'enfants séparés de leurs parents et pris en charge par leur famille proche ;
- La protection sociale : nous sommes intervenus pour que la situation des personnes dont les ressources avaient diminué du fait de la crise soit prise en compte en cas de recouvrement d'indus ;
- La fermeture des bureaux de poste, qui a particulièrement affecté les personnes précaires et vulnérables qui, faute de carte bancaire, sont contraintes de retirer leurs prestations au guichet ;

- Les conditions de détention : nous avons alerté le ministère de la justice sur le risque de contamination des détenus et des agents pénitentiaires, et nous avons notamment recommandé de favoriser 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, l'octroi de permissions et d'autorisations de sortie.
- Nous avons aussi été alertés sur les difficultés spécifiques posées par le confinement à Mayotte, particulièrement pour l'accès à l'eau potable ou aux bons alimentaires et le suivi pédagogique des élèves.

Concernant la déontologie de la sécurité, nous sommes intervenus en réponse à plusieurs problèmes, en particulier les difficultés liées aux attestations de déplacement des personnes sans domicile fixe, des personnes vulnérables ou des personnes en situation de handicap.

Sur l'ensemble de nos compétences, nous avons porté une **attention particulière aux personnes les plus vulnérables** : ce sont elles qui ont été les plus durement affectées par la crise sanitaire et les mesures prises pour y faire face.

Pour ce qui concerne les enfants, nous avons été saisis – ou nous nous sommes saisis – de plusieurs problématiques. Nombre des droits des enfants ont été mis à mal, en particulier :

- Le droit d'être protégé contre toutes formes de violence ;
- Le droit d'être entendu dans le cadre des mesures de protection de l'enfance notamment mais pas seulement ;
- Le droit d'entretenir des relations avec ses parents, quand des droits de visite et d'hébergement ont été suspendus ;
- Le droit d'aller à l'école et les conditions de scolarisation ;
- L'accès au juge des enfants ;

- Le droit de recevoir une protection et des soins, notamment pour des mineurs non accompagnés ni pris en charge ni accueillis ;
- Le droit au bien-être et à la santé mentale ;
- Le maintien des liens familiaux a également été entravé pour les mineurs en détention ou dont un des parents est détenu.
    - Pendant le premier confinement, le Défenseur des droits a insisté pour que des alternatives à l'incarcération soient mises en œuvre pour les 800 mineurs en détention (dont plus de 80% en détention provisoire) privés de scolarisation et de visite.
    - Dès le déconfinement en mai 2020, alerté par plusieurs saisines, le Défenseur des droits avait attiré l'attention de la direction pénitentiaire sur la nécessité de faciliter les parloirs des familles et enfants de personnes détenues. Les unités de vie familiale et les parloirs ont de nouveau été suspendues à l'occasion des deux reconfinements que nous avons connus en France.

Un grand nombre d'enfants en situation de handicap ont aussi été durement affectés par la crise sanitaire, que ce soit du fait des confinements, occasionnant des ruptures de suivi, ou de la mise en œuvre des mesures sanitaires et des « gestes barrières ».

Il est apparu en effet, de manière générale, que la situation particulière des enfants handicapés était très peu prise en compte dans l'application des mesures sanitaires. Le manque d'équipements en masques inclusifs – des enfants comme des professeurs – l'illustre bien.

J'ai en tête deux saisines qui montrent bien ce manque d'adaptabilité :

- La première concerne un jeune autiste en CAP ébénisterie. Comme il ne supportait pas le port du masque plus de 20 minutes, il a été exclu de l'atelier. Résultat : il ne pouvait plus suivre que 2 cours par semaine.

- La seconde concerne un enfant handicapé scolarisé en primaire. Comme son handicap l'empêchait de respecter les gestes barrière, l'accès au centre de loisirs où ses parents souhaitaient l'inscrire lui a été refusé.

A titre d'exemples, je citerais **deux avancées** obtenues avec succès par le Défenseur des droits.

a) En premier lieu, suite à l'alerte transmise par l'institution à propos de refus d'accès à des supermarchés opposés à des enfants accompagnant leurs parents, le gouvernement a mis en place un dispositif de réclamations et rappelé la loi à l'ensemble des enseignes.

b) En second lieu, déplorant le manque de coordination et d'accessibilité des dispositifs de soutien à la parentalité, le Défenseur des droits a recommandé au gouvernement de créer une plateforme de ressources pour centraliser toutes les initiatives et coordonnées des interlocuteurs. C'est ainsi que la plateforme « Enfance et COVID » a été mise en place pour les parents et les professionnels de l'enfance le 1er avril 2020.

Ces exemples ne sont pas exhaustifs, et ne disent rien des atteintes que les différents confinements pourront avoir durablement sur les enfants et les jeunes, en termes d'impact psychologique, d'accroissement des inégalités, de décrochage scolaire.

La situation des demandeurs d'asile a aussi retenu toute notre attention et notamment les difficultés pour déposer une demande d'asile.

Pour les **personnes en détention**, nous avons créé, dès le 20 mars 2020, un numéro de téléphone dédié pour leur permettre de contacter des juristes. Plus de 2 000 appels de détenus ont été traités.

Les principales questions portaient sur : les conditions d'aménagement de peine et d'exécution des peines, les conditions de renouvellement de la détention provisoire prévues par voie d'ordonnance, la suspension des parloirs en détention, les conditions sanitaires, l'usage de la téléphonie, la rupture du paiement du travail, les violences entre détenus.

Les **personnes en situation de grande précarité** ont également pu être confrontées à d'importantes atteintes à leurs droits. Je pense notamment à celles ne disposant pas de carte bancaire, face au refus de certains commerçants d'accepter les paiements en espèce – qui peut s'apparenter à une discrimination indirecte et aux gens du voyage, qui ont pu rencontrer des difficultés pour être raccordés à l'eau.

Nous avons également été particulièrement attentifs à la **situation des résidents des EHPAD (« maisons de retraites »)**. Nous avons ainsi été saisis de graves entraves à la vie privée et familiale, à la liberté d'aller et venir et au respect du consentement des résidents. Je pense par exemple :

- A des restrictions de visite ou de circulation prolongées au-delà des périodes de confinement ;
- A des décisions prises sans que le consentement du résident ait été recueilli, notamment en matière de dépistage et d'isolement.

Parallèlement au traitement des saisines qui nous étaient adressées, nous avons, tout au long des états d'urgence sanitaire, accordé une **vigilance particulière aux textes encadrant les mesures prises**.

Nous avons adressé des avis au Parlement, à plusieurs reprises, en mars, mai, juin et septembre 2020.

Nous l'avons alerté sur plusieurs points qui nous semblaient essentiels : l'opportunité d'un contrôle parlementaire renforcé ; la nécessité de respecter les principes de légalité, de prévisibilité, de nécessité et de proportionnalité ; la nécessité de s'assurer que les dispositions permettant de restreindre les libertés soient suffisamment précises et strictement encadrées par la loi pour garantir aux individus une protection contre les risques d'abus et d'arbitraire.

La situation de crise exceptionnelle suppose des mesures exceptionnelles. Mais, précisément, nous devons veiller à ce que le respect des libertés demeure la règle et les restrictions, l'exception. Nous devons veiller à ne pas laisser s'installer une accoutumance au rétrécissement progressif de nos libertés.

J'en viens maintenant aux **enseignements que nous pouvons tirer de ces crises**.

Parce qu'il tend à menacer gravement les droits et libertés et l'équilibre des institutions, l'état d'urgence doit non seulement demeurer exceptionnel et temporaire, mais aussi être assorti de garanties suffisantes et de contrôles renforcés.

J'en ai proposé un certain nombre dans mon avis du 3 décembre 2020 à l'attention de la mission d'information de l'Assemblée nationale sur le **régime juridique de l'état d'urgence sanitaire. Voici les contrôles et garanties qui me semblent essentiels.**

Premièrement, une loi précise, claire et intelligible, qui encadre l'état d'urgence dans le respect des principes de légalité, de nécessité et de proportionnalité et en le limitant au temps strictement nécessaire à la gestion de la crise.

Deuxièmement, la recherche constante d'un juste équilibre entre la protection de la santé publique et la préservation des droits et libertés de chacun : le caractère nécessaire et proportionné des mesures doit systématiquement être interrogé, eu égard à l'objectif poursuivi, à la situation sanitaire, aux données disponibles, à l'éventuelle insuffisance des mesures précédentes. Une attention particulière doit être accordée aux services publics dont le fonctionnement serait affecté par ces mesures. Car l'effectivité d'une grande partie des droits et libertés en dépend.

Troisièmement, étant donné les atteintes aux libertés qu'elles créent, il apparaît en outre nécessaire de rendre systématique le contrôle a priori des lois relatives aux régimes d'exception, par le Conseil constitutionnel.

Quatrièmement, il conviendrait de renforcer, d'une part, le contrôle parlementaire : le Parlement devrait être saisi rapidement lorsque l'état d'urgence est invoqué ou prorogé – en France, dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, il ne l'est qu'au bout d'un mois. Il en va de de la confiance des citoyens dans la gestion de la crise, et son efficacité en dépend.

En parallèle, il est aussi crucial de renforcer le contrôle juridictionnel pour contrôler la régularité et de la nécessité des mesures mises en œuvre.

Par ailleurs, sixième point, les autorités indépendantes doivent être davantage impliquées : elles doivent être davantage sollicitées sur les questions relevant de leurs compétences, notamment dans le cadre d'auditions par le Parlement sur la mise en œuvre des mesures.

En outre, septième point, il paraît indispensable d'organiser un débat public de fond pour discuter de la protection des droits et libertés, du renforcement des services publics, du caractère adapté, nécessaire et proportionné des mesures sanitaires. L'adhésion des citoyens en dépend.

Une autre garantie à renforcer est la transparence et l'accessibilité de l'information : toutes les données utilisées, doivent être rendues publiques sans délai.

En complément, les espaces de délibération doivent être accrus. D'une part, en intégrant dans le conseil scientifique des juristes spécialistes des libertés publiques, mais aussi des psychiatres. D'autre part, en créant un conseil de citoyens pour appréhender la réception des mesures par la population.

Si nous ne veillons pas à préserver un équilibre entre, d'un côté la préservation de notre sécurité et de notre santé et, d'un autre côté, nos droits et libertés, nous risquons de sacrifier les seconds au profit de la première.

Pour terminer, je voudrais pousser un peu plus loin la réflexion. « Apprendre des crises », ce ne peut pas uniquement vouloir dire « apprendre de telle ou telle crise la façon de gérer la suivante ».

La succession des « crises » à répétition doit interroger sur l'usage même du concept de crise. On parle de « crise économique » de façon quasi-ininterrompue depuis le premier choc pétrolier. Les moins de 50 ans n'ont connu que cela, toute leur vie. Est-ce encore une crise ? On se met à évoquer une « crise migratoire » quand les drames de l'exil deviennent plus visibles ; mais a-t-on affaire à des phénomènes provisoires, amenés à disparaître au terme d'un retour à la normale ?

Je pourrais continuer longtemps : « crise du logement » ?... « crise écologique » ?... « crise démocratique » ?... Si on utilisait la notion de façon rigoureuse, on la réserverait pour désigner un moment transitoire et dont l'issue est incertaine. Au lieu de quoi, on a pris l'habitude d'appeler « crises » des phénomènes qui ne sont pas du tout provisoires, simplement parce qu'on ne sait pas les traiter, qu'on ne les comprend pas vraiment.

Et l'hypothèse que je voudrais faire, c'est que les qualifier de « crises » ne nous aide pas vraiment à les prendre en charge de façon adéquate. Parler de crise c'est suggérer qu'il faut une action rapide, ponctuelle, exceptionnelle, dérogatoire – et qu'ensuite on va en sortir. Toutes ces « crises » qui n'en finissent pas doivent nous renseigner sur les limites de cette logique.

Ce que nous appelons « crise », c'est en définitive l'état d'incertitude dans lequel nous sommes, et auquel nous ne sommes pas habitués. Et ce que nous pouvons déjà entrevoir des conséquences du changement climatique ne nous laisse pas trop de doute : il va falloir continuer à « faire avec » des incertitudes radicales. Cela va donc exiger que nous nous efforcions de « penser l'impensable », de mobiliser d'autres réflexes que ceux qui gouvernent nos esprits sous les régimes de l'urgence.

Cela passe aussi par le fait de prendre au sérieux le caractère proprement *systémique* de certains des phénomènes auxquels nous avons affaire. C'est la condition indispensable pour se donner les moyens de lutter contre, à la hauteur qui s'impose.

En résumé, cette période de crises doit nous encourager d'une part, à préserver l'État de droit et les libertés en toute période ; d'autre part, à apprendre à penser la nouveauté et l'incertitude autrement que sous la notion de crise, en pensant toujours à l'impact de ces crises et des moyens d'y répondre sur les plus précaires et les plus en difficulté.