

Paris, le 25 mars 2020

Décision du Défenseur des droits n°2020-082

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 ;

Vu le décret n° 2011-904 du 29 juillet 2011 relatif à la procédure applicable devant le Défenseur des droits ;

Vu la Convention des droits de l'enfant, notamment l'article 3-1 ;

Vu la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, notamment les articles 2, 3 et 5 ;

Vu la Charte sociale européenne, notamment les articles 11 et 13 ;

Vu le préambule de la Constitution française de 1946, notamment l'alinéa 11 ;

Vu le code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, notamment les articles L.554-1 et R.553-3 ;

Saisi par une association d'une réclamation portant sur la légalité du maintien en activité des centres de rétention administrative des étrangers dans le contexte d'urgence sanitaire tel qu'il découle de l'épidémie de COVID-19 qui sévit actuellement en France et dans le monde ;

Décide de présenter les observations suivantes devant le juge des référés du Conseil d'État.

Jacques TOUBON

Observations devant le juge des référés du Conseil d'État présentées en application de l'article 33 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011

Le Défenseur des droits a été saisi le 23 mars 2020 par une association d'une réclamation portant sur la légalité du maintien en activité des centres de rétention administrative des étrangers dans le contexte d'urgence sanitaire lié à de l'épidémie de COVID-19 qui sévit actuellement en France et dans le monde.

- **Faits et instruction menée par le Défenseur des droits**

Le 12 mars 2020, l'Organisation mondiale de la santé (OMS) a qualifié l'épidémie de COVID-19 de pandémie et a recommandé des mesures pour endiguer le risque de propagation du virus.

Le 14 mars 2020, la France est passée en stade 3 de l'épidémie. Dans ce contexte, le gouvernement français a pris des mesures exceptionnelles, notamment d'hygiène et de distanciation sociale à observer en tout lieu et en toute circonstance.

Le 17 mars 2020, l'Union européenne a pris la décision de fermer ses frontières extérieures pour une durée de 30 jours.

Le 18 mars 2020, la France a également fermé ses frontières. Partout dans le monde, de nombreux pays ont pris des décisions similaires pour endiguer la propagation du virus.

Dans ce contexte, les centres de rétention administrative (CRA) français, dans lesquels les étrangers dépourvus de droit au séjour sont placés en vue de procéder à leur éloignement, demeurent toutefois en activité.

Le Défenseur des droits a ainsi été informé de plusieurs décisions de placements en rétention prononcées par des préfets après le 14 mars dernier et, d'après les données transmises par les associations intervenant en rétention, un peu plus de 340 personnes étaient encore retenues en CRA le 23 mars.

Par courrier du 18 mars 2020, le Défenseur des droits a demandé au ministre de l'Intérieur de procéder, dans l'attente de l'amélioration du contexte sanitaire français, à la fermeture immédiate des centres de rétention administrative français et à la libération de tous les étrangers actuellement retenus.

- **Discussion**

Le droit à la protection de la santé se déduit de nombreuses normes du droit international et interne. S'il n'est pas expressément consacré par la Convention européenne des droits de l'Homme, il est toutefois protégé par le juge européen sur le fondement du droit à la vie prévu à l'article 2 de ladite Convention¹. En droit interne, le droit à la protection de la santé est également un principe à valeur constitutionnelle découlant de l'alinéa 11 du préambule de la Constitution de 1946².

De même que l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme prohibant les traitements inhumains ou dégradants, le droit à la protection de la santé impose aux autorités des obligations non seulement négatives – s'abstenir de prendre des mesures de nature à porter atteinte à la santé publique ou à celle d'un individu en particulier – mais également

¹ CEDH, (GC), 10 mai 2001, *Chypre c. Turquie*, n°25781/94.

² Conseil constitutionnel, 22 juil. 1980, n°80-117 DC.

positives – prendre toutes les mesures de nature à protéger le mieux possible la santé publique, notamment lorsque celle-ci se trouve menacée par un risque sanitaire.

En droit interne, le juge administratif considère que le droit au respect de la vie tel qu'il découle de l'article 2 de la Convention EDH est une liberté fondamentale au sens de l'article L.521-2 du code de justice administrative³. Il en résulte que :

« Lorsque l'action ou la carence de l'autorité publique crée un danger caractérisé et imminent pour la vie des personnes, portant ainsi une atteinte grave et manifestement illégale à cette liberté fondamentale, le juge des référés peut, au titre de la procédure particulière prévue par cet article, prescrire toutes les mesures de nature à faire cesser le danger résultant de cette action ou de cette carence. »⁴

Dans le contexte actuel d'épidémie subi par la France, et au vu des éléments portés à sa connaissance, le Défenseur des droits estime que les placements en CRA d'étrangers en situation irrégulière – tout comme leur maintien en rétention – sont susceptibles, compte-tenu en particulier des conditions de promiscuité et d'hygiène, de créer un danger pour la vie de ces personnes ainsi que celle du personnel présent en CRA, fondant la compétence du juge administratif (1).

Dans le même temps, la mesure de rétention administrative, du fait de la fermeture des frontières, perd son objet et devient de dépourvue de toute base légale puisqu'aucune mesure d'éloignement ne peut avoir lieu dans un délai raisonnable (2).

L'atteinte aux droits à la vie et à la santé paraît dès lors tout à fait disproportionnée, particulièrement à l'égard de personnes ne représentant pas une menace à l'ordre public (3).

1. Une situation de danger pour les retenus comme pour le personnel intervenant en centres de rétention administrative

Dans le contexte sanitaire actuel, le maintien en CRA d'étrangers pour lesquels il n'existe aucune perspective d'éloignement à court terme (voir *infra*) soulève d'importantes difficultés au regard du droit fondamental à la protection de la santé.

Si la compétence pour se prononcer sur les conditions générales de rétention relève du Contrôleur Général des Lieux de Privation de Liberté (CGLPL), le Défenseur des droits est en revanche appelé à intervenir régulièrement dans le cadre de situations individuelles : manquements à la déontologie de la sécurité et éloignements contraires au droit interne et international. Il dispose en conséquence d'une bonne connaissance des conditions de vie en rétention et de décisions juridictionnelles émanant tant de juges de la liberté et de la détention que de cours d'appel décrivant ces conditions.

a. L'immense difficulté à mettre en œuvre les préconisations sanitaires

Les conditions d'hygiène des centres de rétention et leur capacité à permettre la mise en place des gestes barrières paraissent tout à fait insuffisantes pour empêcher la propagation du virus aux personnes retenues ainsi qu'au personnel intervenant en CRA (forces de l'ordre, médecins, infirmiers, salariés d'associations mandatées par l'État).

D'un point de vue général, l'article R.553-3 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) dispose que les centres de rétention administrative ont une capacité

³ Voir en ce sens : CE, Réf., 16 novembre 2011, req. n° 353172, *Ville de Paris* et CE, Réf., 22 mars 2020, req., n° 439674, *Syndicat des jeunes médecins*.

⁴ *Ibid.*

d'accueil qui ne peut dépasser 140 places, répondant aux normes parmi lesquelles une surface utile minimum de 10 m² par retenu ; des chambres collectives contenant au maximum 6 personnes ; un bloc sanitaire pour dix retenus ; un téléphone en libre accès pour cinquante d'entre eux.

Ces normes, en tant que telles, paraissent empêcher la mise en œuvre pleine et entière des préconisations gouvernementales lesquelles impliquent des mesures exceptionnelles de restriction des rassemblements, des déplacements individuels ainsi que des mesures de prophylaxie, notamment en termes de distanciation sociale.

À plusieurs reprises, le juge judiciaire a pu conclure en ce sens.

Par ordonnance du 17 mars 2020, le tribunal judiciaire de Nice rejetait la demande de prolongation de rétention en ces termes :

*« la promiscuité qui caractérise les conditions de rétention au CRA (...) apparaît de nature à exposer la personne retenue à un risque de contagion disproportionné au regard des nécessités de la mise à exécution par ailleurs hypothétique de la mesure d'éloignement ».*⁵

Par ordonnance du même jour, la cour d'appel de Rouen ordonnait la levée de rétention d'un étranger au motif des repas pris en commun, des chambres collectives, d'absence de mouchoirs en papier pour les retenus, d'absence de gants pour les policiers, d'absence de masques ou de gel hydroalcoolique. Elle en déduisait que ces insuffisances créaient « une mise en danger des retenus et du personnel »⁶.

b. Des catégories de personnes particulièrement exposées

Le maintien de l'activité des CRA en période d'épidémie dite COVID-19 apparaît d'autant plus préoccupant que peuvent s'y trouver des personnes qui, du fait de leur particulière vulnérabilité, ne devraient pourtant pas faire l'objet d'une telle mesure privative de liberté.

- Les mineurs

Le Défenseur des droits rappelle régulièrement son opposition au placement d'enfants en CRA, un tel enfermement portant une atteinte grave et disproportionnée à leur intérêt supérieur.

Or, loin d'être exceptionnel, le placement en CRA de familles avec des enfants tend même à augmenter. Selon les chiffres publiés par les associations mandatées par l'État, pour l'année 2019, 279 enfants ont été enfermés dans un CRA de métropole.

Dans le contexte actuel d'épidémie, l'absence de texte visant à interdire – ne serait-ce que temporairement – le placement en rétention des mineurs est de nature à contrevenir à l'article 3-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant.

- Les étrangers malades

Dans le rapport « *Personnes malades étrangères : des droits fragilisés, des protections à renforcer* » publié en mai 2019, le Défenseur des droits pointait les nombreuses carences de la prise en charge sanitaire des étrangers placés en CRA. Il relevait que, très souvent, l'objectif d'exécution de la mesure d'éloignement primait sur la réelle prise en compte de l'état de santé des étrangers, conduisant au placement en CRA de nombreuses personnes à la

⁵ TJ Nice, 17 mars 2020, RG 20/00454.

⁶ CA Rouen, 17 mars 2020, RG 20/01226.

santé notoirement fragile. Il déplorait également, dans certains CRA, des difficultés d'accès à l'unité médicale (UMCRA) ainsi qu'une présence médicale et infirmière insuffisante. Il regrettait enfin l'absence de cadre légal définissant la procédure à suivre lorsqu'il apparaît que l'état de santé d'un étranger est incompatible avec son maintien en rétention administrative.

Dans ces circonstances, il y a tout lieu de croire que les CRA français ne sont *a fortiori* pas équipés pour assurer une prise en charge sanitaire satisfaisante des étrangers retenus dans un contexte d'épidémie, qu'il s'agisse des étrangers qui pourraient se trouver infectés par le COVID-19 ou de ceux souffrant d'autres pathologies et qui, dans le contexte de crise sanitaire subi par la France, devraient, conformément aux obligations qu'impose le droit la protection de la santé, bénéficier d'une attention renforcée du fait de leur particulière vulnérabilité.

Le rapport du Comité européen pour la prévention de la torture (CPT) relatif à la visite *ad hoc* effectuée en France du 23 au 30 novembre 2018 et rendu public le 24 mars 2020, conforte ces craintes. Le comité s'exprime en ces termes :

« En matière de soins de santé, il ressort des constatations faites lors de la visite que les personnes placées en rétention ne bénéficiaient pas toutes systématiquement d'un examen médical à leur arrivée dans les lieux. Le Comité rappelle - une fois encore - l'importance de cet examen, en particulier pour dépister sans délai des maladies ou des troubles nécessitant des soins urgents (comme des maladies transmissibles ou des addictions), identifier les personnes présentant des risques de suicide ou d'automutilation, et dispenser en temps utile les soins médicaux et le soutien psychologique éventuellement nécessaires »

2. La rétention, une mesure désormais privée d'objet et de ce fait dépourvue d'utilité et de base légale

Le renvoi des étrangers retenus vers leur pays d'origine n'apparaît plus comme une perspective raisonnablement envisageable à court terme.

D'abord parce que, faisant suite aux préconisations de l'OMS visant à limiter le risque de diffusion du virus, de nombreux pays ont décidé de restreindre l'accès à leur territoire en fermant leurs frontières.

Ensuite parce que l'exécution d'une mesure d'éloignement, même vers un pays qui n'aurait pas encore fermé ses frontières, serait, dans un contexte de pandémie, de nature à favoriser la propagation du virus, et donc en contradiction avec les préconisations formulées par l'OMS ainsi qu'avec les recommandations du Premier ministre qui, dans son discours du 14 mars dernier, appelait à l'adoption d'un « *comportement responsable et solidaire* ».

Or, l'article L.554-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et le droit d'asile (CESEDA) prévoit qu'un étranger ne peut être placé ou maintenu en rétention que pour le temps strictement nécessaire à son départ.

Dès lors qu'il n'existe plus de perspective d'éloignement à court terme, la rétention administrative des étrangers actuellement retenus en CRA est dépourvue de fondement légal. Entre le 17 et le 21 mars 2020, plusieurs juges judiciaires ont ainsi levé des mesures de rétention au motif de l'absence de perspective raisonnable d'éloignement. Il en va ainsi de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence à l'égard de ressortissants portugais, tunisiens, russes, ou bien du tribunal judiciaire de Toulouse s'agissant de Géorgiens, Algériens, Nigériens, Serbes.

Toutefois, faute de décision générale visant à tirer les conséquences de l'épidémie de COVID-19 sur l'organisation de la rétention administrative des étrangers en France, la jurisprudence judiciaire rendue dans ce cadre demeure en effet disparate. Pour cette raison, l'intervention du juge administratif apparaît particulièrement nécessaire.

3. Une atteinte disproportionnée aux droits fondamentaux

Si le juge administratif n'est pas le juge de la garantie judiciaire et donc du bienfondé des mesures de rétention administrative prises à titre individuel⁷, il lui appartient en revanche de connaître des décisions relatives à l'organisation générale de la rétention administrative des étrangers en France⁸.

En tant que juge de la police administrative, il lui appartient également de vérifier que les autorités compétentes ont pris toutes les mesures à la fois nécessaires et suffisantes pour garantir la préservation de l'ordre public général.

Sur ce point, le contexte sanitaire actuel fait émerger une difficulté particulière liée à l'apparition d'enjeux d'ordre public possiblement contradictoires : d'une part, les objectifs de sécurité publique servis par la police des étrangers, d'autre part, ceux tenant à la préservation de la santé publique, autre composante de l'ordre public.

Il ressort en effet des éléments développés ci-dessus que, dans le contexte actuel, la poursuite des placements en centre de rétention – lesquels s'inscrivent dans une activité de police des étrangers –, doit être réinterrogée au regard des enjeux de santé publique qu'elle soulève en exposant les étrangers retenus ainsi que le personnel des CRA à un risque sanitaire.

Pour identifier les mesures de police à privilégier dans ce cadre, il semble pertinent de mesurer les effets de chacune d'entre elles sur la préservation actuelle de l'ordre public.

Or, ainsi qu'indiqué précédemment, la mesure de police que constitue la rétention administrative est neutre en terme d'effet sur l'ordre public : contrairement à la mesure de détention qui a notamment pour objet d'isoler un individu susceptible de représenter une menace pour la société, la mesure de rétention a seulement pour objet de faciliter l'exécution des mesures d'éloignement prises à l'encontre des étrangers n'ayant pas respecté les règles applicables à l'entrée et au séjour des étrangers en France.

Dès lors que les mesures d'éloignement ne peuvent plus, dans le contexte actuel, faire l'objet d'une exécution dans un délai raisonnable, le maintien de la rétention administrative est sans effet sur les objectifs de sécurité publique poursuivis par la police des étrangers.

En revanche, et ainsi que développé en première partie de décision, le maintien de l'activité des CRA n'est pas neutre quant aux conséquences qu'il emporte en matière de santé publique.

Dans ce contexte, le Conseil d'État rappelait le 22 mars dernier dans sa décision *Syndicats des jeunes médecins* :

« Il appartient à [aux] différentes autorités [en charge de la préservation de l'ordre public] de prendre, en vue de sauvegarder la santé de la population, toutes dispositions de nature à prévenir ou à limiter les effets de l'épidémie. Ces mesures, qui peuvent limiter l'exercice des droits et libertés fondamentaux, [...] doivent, dans cette mesure, être

⁷ TC, 9 février 2015, n° C3986.

⁸ En ce sens et suivant un raisonnement analogique : TC, 27 novembre 1952, *Préfet de Guyane*, n° 01420.

nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif de sauvegarde de la santé publique qu'elles poursuivent. »

Cela implique, pour le juge chargé d'évaluer une éventuelle carence des autorités en la matière, d'examiner plusieurs questions :

- **En premier lieu**, déterminer, parmi les options offertes aux autorités, celles qui apparaissent le mieux à même de remplir l'objectif de préservation de la santé publique poursuivi

Dans sa décision récente précitée, le Conseil d'État rappelle qu'il y a lieu, avant de caractériser une carence effective des autorités de nature à porter atteinte à une liberté fondamentale – en l'occurrence ici les droits à la vie et la protection de la santé – de vérifier si l'action supplémentaire des autorités ne serait pas susceptible d'emporter des conséquences dangereuses et contraires à l'objectif initialement recherché.

Pour cette raison, la haute juridiction a estimé que le fait pour les autorités de ne pas avoir pris des mesures de confinement total de la population ne caractérisait pas une carence de leur part, dès lors que ce confinement total pourrait aboutir à l'effet inverse à celui qui est recherché, en l'occurrence à « *de graves ruptures d'approvisionnement [...] elles-mêmes dangereuses pour la protection de la vie* ».

À cet égard, si on ne peut exclure le risque que les personnes libérées et qui seraient contaminées puissent propager la maladie à l'extérieur des CRA, il n'apparaît pas, d'une part, que ce risque soit avéré, ni d'autre part que, si tel était le cas dans certaines situations individuelles, il soit tel qu'il annulerait le gain par ailleurs obtenu pour la préservation de la santé des étrangers retenus et des personnels en cas de fermeture des CRA, ni enfin qu'il soit inévitable.

- **En second lieu**, et dans l'hypothèse d'options globalement équivalentes en termes d'impact sur la protection de la santé, déterminer, conformément aux exigences de proportionnalité récemment rappelée par le juge administratif, l'option qui, dans toutes celles susceptibles d'être retenues, apparaît la moins attentatoire pour les libertés fondamentales ;

Les mesures de rétention administrative, on l'a vu, sont devenues, dans le contexte actuel, privées d'objet et, par suite, de base légale. La poursuite de la rétention administrative dans le cadre de l'épidémie de COVID-19 est donc constitutive d'une privation arbitraire de liberté contraire à la garantie judiciaire tel que consacré par l'article 66 de notre Constitution. Dès lors qu'il n'est pas démontré que la fermeture temporaire des CRA emporterait des conséquences contraires aux effets recherchés en matière de protection de la santé publique, il y a donc lieu d'y procéder dans les meilleurs délais.

- **En dernier lieu**, et conformément à la récente jurisprudence du Conseil d'État sur ce point, vérifier si l'option apparemment préférable n'implique pas, pour prévenir un risque de carence à venir, une action supplémentaire des autorités.

Dans sa décision « Syndicats des jeunes médecins », le juge administratif n'a pas seulement vérifié l'absence de carence actuelle des autorités mais également l'absence de carence à venir si toutefois l'économie générale des arrêtés ministériels en vigueur venaient à être inexactement interprétés ou si leur non-respect était inégalement ou insuffisamment sanctionné. C'est donc pour prévenir le risque d'une carence à venir qu'il a ordonné au Gouvernement de préciser la portée de ses textes.

En l'espèce, il appartiendra donc au juge de vérifier, non seulement l'existence d'une carence des autorités administratives en ce qu'elles n'ont pas procédé à la fermeture des CRA mais également s'il n'y aurait pas lieu, pour prévenir le risque d'une carence à venir, d'enjoindre aux autorités d'anticiper dès à présent ce risque en prenant toutes les mesures nécessaires.

En l'occurrence, il pourrait s'agir d'anticiper le risque de propagation du virus susceptible de résulter de la décision de fermeture des CRA – décision qui, au terme de l'analyse développée ci-dessus, se révèle seule nécessaire, adaptée et proportionnée à l'objectif de sauvegarde de la santé publique poursuivi. Il pourrait ainsi être prévu des solutions temporaires d'hébergement en chambre d'hôtel pour les étrangers sans solution de confinement.

Telles sont les observations que le Défenseur des droits entend porter et souhaite soumettre à l'appréciation de la formation de jugement.

Jacques TOUBON