

Covid et handicaps au prisme des institutions et de la désinstitutionnalisation*

Isabelle HACHEZ

Professeure de droit à l'USL-B (CIRC)

Louis TRIAILLE

Doctorant du projet de recherche ARC AutonomiCap

Ancrée dans une analyse juridique, la présente étude tente d'offrir une vue d'ensemble des mesures prises durant la crise sanitaire pour encadrer les situations de handicap. Dans cette perspective, elle évoque tour à tour les dispositifs normatifs qui ont jalonné les séjours en institution d'hébergement, ceux qui ont rythmé la vie des personnes à domicile et alentour, ainsi que l'accès aux soins hospitaliers. L'étude propose ensuite de lire à l'aune du droit des droits fondamentaux, non pas tant les situations générales et abstraites décrites, que les cas individuels qui ont vécu ces situations de manière potentiellement fort différenciée selon les circonstances et les subjectivités. De l'invitation à « penser par cas » les situations de handicap et les atteintes aux droits fondamentaux par le prisme de la grille de lecture qu'elle suggère, l'étude renoue enfin avec une dimension plus collective, consistant à esquisser pour l'avenir quelques perspectives possibles, nourries des enseignements des temps de crise.

PROPOS INTRODUCTIFS

1. Alors que, depuis le début de la crise sanitaire, les personnes âgées et les maisons de repos sont au centre des préoccupations et des communiqués officiels, la question du handicap – *des handicaps* – est demeurée largement invisible dans la sphère publique belge¹. Ainsi, parmi les quelque quarante procès-verbaux de séances tenues par la Conférence interministérielle Santé publique entre mars et décembre 2020, seules cinq mentions des centres pour personnes handicapées sont à dénombrer, dont quatre en avril

* La présente étude constitue la version longue, centrée sur la situation des personnes handicapées, de deux autres contributions également consacrées aux personnes âgées, incarcérées et étrangères (voy. I. HACHEZ, M. HARDT, L. LOSSEAU, O. NEDERLANDT, S. SAROLÉA et L. TRIAILLE, « Des personnes vulnérables aux situations de vulnérabilité: à quoi sert le droit en temps de Covid ? », à paraître dans la livraison de la *Rev. trim. dr. h.* d'octobre 2021; des mêmes auteurs, « Quelles réponses publiques aux vulnérabilités en temps de Covid ? », *Covid-19 et droit public*, sous la dir. de Fr. Bouhon, E. Slautsky et S. Wattier, à paraître en novembre 2021). Elle a bénéficié de l'apport d'échanges avec plusieurs acteurs (Thomas Dabeux; Véronique Duchenne; Marisa Fella; Caroline Gaussin; Véronique Ghesquière; Anne Ketelaer; Bruno Lombaert; Laurie Losseau; Gisèle Marlière; Edith Poot; Amandine Rubio et Carole Van Basseleare) qui se sont exprimés à titre personnel et que nous tenons à très chaleureusement remercier, sachant que nous assumons seuls la responsabilité des propos qui suivent. On précise enfin que cette étude se concentre sur la période couvrant les deux premières vagues de la crise sanitaire, sans aborder spécifiquement le contexte juridique de la 3^e vague (correspondant aux mois de mars et avril 2021). Tout au plus sera-t-il parfois fait allusion, lors de l'évocation des mesures adoptées dans le cadre de la 2^e vague, à leur modification ou prolongation compte tenu de la survenance de la 3^e vague.

¹ Age et handicap peuvent cependant se recouvrir, une personne âgée pouvant aussi être une personne handicapée. Mais une personne âgée n'est pas nécessairement une personne handicapée – ce que la crise Covid a parfois contribué à occulter. Inversement, les handicaps ne touchent pas uniquement des personnes âgées.

pendant la première vague: à chaque fois, il est question d'élargir à ces centres dans le futur – sans plus de précision – des mesures de soutien et de testing alors décrétées en faveur des maisons de repos².

Ce n'est pourtant pas faute pour le Conseil Supérieur National des Personnes Handicapées (CSNPH) d'avoir rapidement tiré la sonnette d'alarme³, ni pour UNIA, en charge de la promotion, de la protection et du suivi de la Convention onusienne relative aux droits des personnes handicapées (CDPH), d'avoir fait preuve de proactivité⁴. Ce n'est pas faute non plus pour les associations, les personnes handicapées et leurs familles d'avoir lancé des cris d'alerte⁵.

À l'échelle internationale, également, l'attention à porter aux situations de handicap fut très tôt rappelée par les instances onusiennes, tant sous l'angle du droit à la santé que des mesures requises pour contrer les attitudes négatives, l'isolement et la stigmatisation risquant d'accompagner la crise⁶ – et ce, dans la droite ligne de l'article 11 de la CDPH qui, dans les situations de risques et d'urgence humanitaire, enjoint aux États parties d'adopter « toutes mesures nécessaires pour assurer la protection et la sûreté des personnes handicapées »⁷.

Au sens de la CDPH, que l'État belge a ratifiée le 2 juillet 2009, le handicap recouvre un spectre

² Cf. les PV de réunion de la CIM disponibles sur le site Internet du SPF Santé publique: <https://organesdeconcertation.sante.belgique.be/fr/organe-d%27avis-et-de-concertation/conference-interministerielle-sante-publique>. Le même ordre de priorités s'est reflété pour les vaccins (cf. not. la circulaire du 26 janvier 2021 de la ministre Christie Morrae à l'attention des Directeurs et Directrices des services d'hébergement agréés par l'AVIQ).

³ Cf. ses avis et autres communications « Covid », émis dès le 13 mars 2020 avec un premier intitulé éloquent: « les personnes handicapées, les oubliés du Covid-19 ? » (<http://ph.belgium.be/fr/dossier-covid-19.html>), et, en particulier, les avis n° 2020/08, 2020/09, 2020/24.

⁴ Cf. UNIA, *Covid et droits humains: impact sur les personnes handicapées et leurs proches. Résultats de la consultation*, juillet 2020, 53 p. (<https://www.unia.be/fr/articles/la-crise-du-coronavirus-a-eu-un-impact-dramatique-sur-les-personnes-en-situation-de-handicap>); UNIA, *Covid-19. Les droits humains mis à l'épreuve*, 2020, 71 p. (<https://www.unia.be/fr/publications-et-statistiques/publications/covid-19-les-droits-humains-a-lepreuve-2020>).

⁵ Pour un aperçu d'ensemble, s'arrêtant au 3 novembre 2021, cf. les podcast de l'Association Socialiste de la Personne Handicapée (ASPH) réalisée à l'occasion de la Journée des personnes handicapées du 3 décembre 2021 (<https://associations-solidaris-liege.be/accueil/asph/03-12-podcasts-handicap-et-confinement/>; https://www.youtube.com/watch?v=NhL7o9UsF1w&list=PLElqIAKxHMXHGLI_ZjmIgmH2ti7tCZB4E). Cf. aussi l'émission « investigation » du 7 octobre 2020 de la RTBF: « Le handicap, un confinement perpétuel » (https://www.rtbf.be/auvio/detail_investigation?id=2688950), ainsi que les pages facebook de Gamp et d'Inclusion. Cf. encore, concernant les personnes âgées atteintes de troubles mentaux, le Rapport Amnesty international Belgique, *Les maisons de repos dans l'angle mort. Les droits humains des personnes âgées pendant la pandémie de Covid-19 en Belgique*, 58 p. Voy. enfin, en France, l'article de V. SCHNEIDER, « Covid-19: entre confinement et restrictions, l'épreuve sans fin des familles de handicapés », *Le Monde*, 2 mars 2021.

⁶ Special Rapporteur on the rights of persons with disabilities, Catalina Devandas, « Covid-19: Who is protecting the people with disabilities? », 17 March 2020; Président du Comité des Nations Unies pour les droits des personnes handicapées, au nom du Comité des Nations Unies pour les droits des personnes handicapées et l'Envoyée spéciale du Secrétaire général des Nations Unies sur le handicap et l'accessibilité, « Déclaration conjointe: les personnes handicapées et le Covid-19 », 1^{er} avril 2020; United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, « Covid-19 and the Rights of persons with disabilities: Guidance », 29 avril 2020, 11 p.; A. Guterres, Secrétaire général des Nations Unies, « Policy Brief: A Disability-Inclusive Response to Covid-19 », Mai 2020, 18 p.; Comité des droits des personnes handicapées, « Statement on Covid-19 and the human rights of persons with disabilities », 9 juin 2020 – qui endosse les quatre sources précitées. Voy. aussi, à l'échelle du Conseil de l'Europe: Secrétaire général du Conseil de l'Europe, « Respecter la démocratie, l'Etat de droit et les droits de l'homme dans le cadre de la crise sanitaire du Covid-19. Une boîte à outils pour les Etats membres », 7 avril 2020, p. 5. Adde H. Liu, « The global Covid-19 crisis and protection of the rights of people with disabilities », 9 avril 2020, Blog, Maastricht University. Voy. encore, depuis lors: *Disability Rights During the Pandemic. A global report on findings of the COVID-19 Disability Rights Monitor (COVID DRM)*, octobre 2020, 56 p. (<https://covid-drm.org/assets/documents/Disability-Rights-During-the-Pandemic-report-web.pdf>).

⁷ Cf. e.a. S. MOTZ, « Article 11 – Situations of Risk and Humanitarian Emergencies », *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities. A commentary*, I. Bantekas, M.A. Stein et D. Anastasiou (eds.), Oxford University Press, 2018, pp. 314 à 338; G.C. BRUNO, « Article 11 – Situations of Risk and Humanitarian Emergencies », *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities. A commentary*, V. Della Fina, R. Cera, G. Palmisano (eds.), Springer, 2017, pp. 253 à 261. Voy. aussi la Déclaration conjointe précitée (note 6), point 2.

très large de situations (trouble mental, surdité, dyslexie, ob sitt , tétraplégie, ...), se situant à la croisée d'incapacités individuelles durables et de barrières – juridiques, environnementales, comportementales, ... –  rig es par la soci t ⁸; il toucherait 15% de la population à l'échelle mondiale⁹, sans compter l'entourage potentiellement impact . Aucune statistique du nombre et des types de handicaps n'est par contre disponible au sein de l'ordre juridique belge, qui voit par ailleurs coexister différentes définitions du handicap, évalué de manières diverses selon les législations et les collectivités politiques considérées.   la diversité des situations de handicap s'ajoute en effet, en droit belge, l'éclatement des compétences en matière de handicap: la compétence de principe des communautés pour la politique des personnes handicap es¹⁰ – transférée à la Région wallonne et à la Commission communautaire française en vertu de l'article 138 de la Constitution – demeure assortie de réserves importantes au profit de l'autorité fédérale, tandis que les régions disposent de leviers, notamment dans le domaine des transports, du logement, de l'emploi ou de l'urbanisme, pour développer une approche inclusive du handicap¹¹.

L'éclatement des compétences et la diversité des handicaps, à la fois pluriels et uniques, compliquent certes l'attention à leur porter dans la gestion de la crise. Mais, dans le même temps, ils rendent d'autant plus importantes la concertation et la communication des initiatives prises à l'égard des personnes handicapées souvent peu familières des arcanes juridiques et dont certaines présentent une vulnérabilité encore accrue par la crise sanitaire¹². Les lieux collectifs de vie, accueillant, de jour ou de nuit, des personnes handicapées, sont en outre particulièrement vulnérables au Covid¹³. Aussi, dans le cadre du confinement généralisé de la première vague¹⁴, ont-ils été conduits à forcer les résidents et leur famille à se positionner, du jour au lendemain, sur leur maintien – ou non – en institution résidentielle, dans l'incertitude la plus complète des perspectives à venir¹⁵. Le repli de l'institution s'est donc accompagné, pour les personnes handicapées et leurs proches, de confinements à domicile, avec de part et d'autre, la crainte de contaminations dans un contexte où l'accès aux hôpitaux apparaissait incertain, et a pu contribuer en retour – en tout cas durant la première vague –   renforcer l'isolement des uns et des autres.

⁸ Art. 1, al. 2, de la CDPH. Pour un commentaire, voy. not. J. DAMAMME, in *Les grands arrêts en matière de handicap*, sous la dir. de I. Hachez et J. Vrieling, Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 121 et s. Différentes vulnérabilités peuvent du reste se cumuler, comme l'âge et le handicap (cf. A. GUTERRES, *op. cit.*, spéc. pp. 4 et 5, et, plus largement: M. DE PAUW, in *Les grands arrêts ...*, *op. cit.*, pp. 275 et s. *Adde*: Covid-DRM, *op. cit.*, pp. 35-40; Women's Enabled International, « Covid-19 at the Intersection of Gender and Disability: findings of a Global Human Rights Survey », Mars-avril 2020, <https://womenenabled.org/blog/covid-19-survey-findings/>).

⁹ Selon les chiffres de l'OMS (<https://www.who.int/features/factfiles/disability/fr/>).

¹⁰ Art. 5, § 1^{er}, II, 4^o, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles.

¹¹ Voy. X. DELGRANGE et M. EL BERHOUMI, in *Les grands arrêts ...*, *op. cit.*, pp. 100 et s.

¹² Une circulaire du 23 octobre 2020 de la Ministre wallonne de la Santé et de l'égalité des chances résume bien les principales difficultés auxquelles sont confrontées les autorités pour adopter des réponses adéquates en matière de handicap: « les personnes en situation de handicap constituent un 'groupe hétérogène' eu égard chacune à leur 'type de handicap', leur âge, leurs besoins et attentes. Elles peuvent donc en fonction de leur situation constituer un public vulnérable à l'épidémie de Covid-19, particulièrement les personnes présentant des comorbidités.   cette vulnérabilité peut s'ajouter pour elles la difficulté à mettre en place les gestes barrières. Les personnes en situation de handicap sont également soumises à des risques particuliers liés à un confinement. Les risques somatiques, psychologiques, et psychiques concernent l'ensemble des personnes en situation de handicap, du fait de leur vulnérabilité initiale (décompensation, aggravation des troubles moteurs, troubles du comportement, conduites addictives, risque dépressif, de dénutrition...)».

¹³ Cf.   cet égard, de manière plus générale: Comité européen pour la prévention de la torture, « Déclaration de principes relative au traitement des personnes privées de liberté dans le contexte de la pandémie de coronavirus (COVID-19) », 20 mars 2020, CPT/Inf(2020)13.

¹⁴ Sur l'éventualité de mesures de confinement limitées à certaines catégories de personnes, voy., en France, K. PICARD et J. PADOVANI, « Le confinement ciblé des personnes vulnérables à la Covid-19 à l'épreuve du droit », *Le Club des juristes*, 18 novembre 2020.

¹⁵ UNIA, *Covid et droits humains ...*, *op. cit.*, p. 23, point 8.

À défaut de mettre fin à cet isolement, le droit doit le contenir et l'encadrer pour contrer les inégalités entre les personnes handicapées et le reste de la population. À cet égard, c'est l'(in)accessibilité des dispositifs adoptés qui interpelle d'emblée: même *a posteriori*, même pour des juristes, chercher à obtenir une vue d'ensemble des mesures prises à destination des personnes handicapées depuis le début de la crise relève du parcours du combattant¹⁶. Après avoir donné un aperçu panoramique des situations de handicap (I), on tirera du contexte de crise quelques enseignements sous l'angle du droit des droits fondamentaux. Comme ailleurs¹⁷, la crise n'a pas tant révélé de nouvelles situations, que rendu visibles des lacunes, renforcé des inégalités et exacerbé des tensions qui lui préexistaient¹⁸. Si, durant la pandémie, les personnes handicapées ont pu subir des atteintes à leurs droits fondamentaux parfois extrêmement fortes, encore faut-il pouvoir établir si elles demeurent malgré tout à l'intérieur du cadre tracé par le droit des droits fondamentaux ou, au contraire, si elles l'outrepassent. En définitive, il s'agira surtout de rebondir collectivement et d'envisager l'avenir, sur la base de ce que la crise dit de la prise en compte des handicaps (II).

I - APERÇU PANORAMIQUE DES SITUATIONS DE HANDICAP EN TEMPS DE COVID

2. Dès le mois de mars 2020, les arrêtés ministériels fédéraux ont prévu la possibilité de déroger aux règles de confinement pour fournir assistance et soin aux personnes handicapées, notamment¹⁹. Ainsi l'arrêté ministériel du 18 mars 2020 permet-il de se trouver sur la voie publique « pour des raisons urgentes telles que (...) fournir l'assistance et les soins aux personnes âgées, aux mineurs, aux personnes en situation d'handicap et aux personnes vulnérables »²⁰. Au moment de fermer les services publics et entreprises,

¹⁶ Aucun site ne centralise l'ensemble des dispositifs applicables au secteur du handicap. Ainsi, le site du SPF-Santé ne renvoie, sous le secteur « santé », qu'à certaines circulaires de l'AViQ (<https://www.info-coronavirus.be/fr/protocols/>). Des acteurs publics et privés ont tenté de combler ce déficit mais ne sont parvenus à le faire que de manière incomplète, sans référence systématique aux sources des droits et obligations décrits. Cf. not. l'Aperçu des mesures Covid-19, en soutien aux situations de pauvreté et de précarité, réalisé par le Service de lutte contre la pauvreté, la précarité et l'exclusion sociale (9^e version du 29 janvier 2021, 114 p.); les ressources normatives rassemblées sur le site de l'ASBL « Inclusion » ou encore le dossier « Covid », précité (note 3), du CSNPH. Quant à l'institution scientifique Sciensano, elle précise dans son document concernant les « populations en collectivités résidentielles » (<https://covid-19.sciensano.be/fr/covid-19-procedures>) que « pour certaines autres institutions résidentielles (centres pour personnes présentant un handicap par exemple) des informations complémentaires peuvent être trouvées sur les sites des autorités régionales compétentes », avant de renvoyer, de manière incomplète, aux seuls sites Internet de l'AViQ (l'Agence pour une Vie de Qualité), de la VAPH (Vlaams Agentschap voor Personen met een Handicap) et d'Iriscare - point question de Phare, ni de l'Office de la Communauté germanophone. Peut-être l'inventaire des dispositifs applicables aux personnes handicapées en temps de Covid sera-t-il fourni, *a posteriori*, par l'État belge dans le cadre du mécanisme de rapportage devant le Comité des droits des personnes handicapées ? En tout cas peut-on lire, sous la plume de ce dernier, que « Dans leur rapport les États parties devraient exposer les mesures prises pour garantir leur protection et leur sûreté, y compris les mesures prises pour assurer la prise en considération des personnes handicapées dans les protocoles nationaux applicables en temps d'urgence » (CDPH, Directives concernant le document spécifique à l'instrument à soumettre en application du paragraphe 1 de l'article 35 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées, CRPD/C/2/3, 18 novembre 2020, pt B, art. 11).

¹⁷ Voy. en ce sens, notamment, la thèse qui tient lieu de fil rouge à Hugues Dumont dans sa contribution « Ce que le Covid-19 fait à l'Etat et à l'Union européenne. Quelques éléments de théorie générale de l'Etat revisités à la lumière de la crise du Covid-19 » (à paraître en novembre 2021 dans les actes du colloque « Covid-19 et droit public », sous la dir. de Fr. Bouhon, E. Slautsky et S. Wattier).

¹⁸ Dans son rapport « Covid-19 – Les droits humains mis à l'épreuve », UNIA écrit en ce sens: « l'épidémie et les mesures d'urgence ont accentué des sillons déjà creusés » (2020, p. 4).

¹⁹ Cf. à cet égard la contribution de Pierre-Olivier de Broux et Antoine Mayence sur « la continuité des services essentiels en temps de pandémie », et l'analyse qu'ils livrent sous l'angle des obligations positives déduites des droits fondamentaux (à paraître en novembre 2021 dans les actes du colloque « Covid-19 et droit public », sous la dir. de Fr. Bouhon, E. Slautsky et S. Wattier).

²⁰ Arrêté du Ministre de la Sécurité et de l'Intérieur du 18 mars 2020 portant des mesures d'urgence pour limiter la propagation

les « services de soins, d'accueil et d'assistance aux personnes âgées, aux mineurs, aux personnes moins valides et aux personnes vulnérables » ont d'emblée été considérés comme des « services privés et publics qui sont nécessaires à la protection des besoins vitaux de la Nation et des besoins de la population ». À ce titre, ils ont échappé à la suspension générale de leurs activités²¹. D'autres dérogations se sont ajoutées, notamment pour les entreprises du secteur non-marchand fournissant des « services de soins et d'assistance sociale aux publics vulnérables »²². En tant que services essentiels, « les institutions de soins, d'accueil et d'assistance » ne se sont pas vu appliquer de manière stricte l'obligation de télétravail et les règles de distanciation sociale²³. Elles étaient toutefois « tenu(e)s de (les) mettre en œuvre, dans la mesure du possible »²⁴.

Les autorités publiques ont par ailleurs veillé à soutenir financièrement les institutions pour

du coronavirus COVID-19, art. 8. L'interdiction de déplacements non-essentiels et son exception ont été maintenues jusqu'à leur abrogation par l'art. 9 de l'arrêté ministériel du 5 juin 2020, tandis que l'arrêté ministériel du 23 mars 2020 qui a remplacé l'arrêté du 18 mars 2020 et fut régulièrement modifié pendant toute la première vague épidémique, a été abrogé et remplacé par un arrêté ministériel du 30 juin 2020. Entre le 30 juin 2020 et le 18 octobre 2020, la référence aux groupes vulnérables est absente des arrêtés ministériels de confinement, l'interdiction des déplacements non-essentiels ayant été levée. Des règles de distanciation physique sont néanmoins maintenues, qui prévoient alors une exception « entre les accompagnateurs d'une part et les personnes ayant besoin d'une assistance d'autre part » (arrêté ministériel du 30 juin 2020, art. 19). Les mesures accompagnant la deuxième vague épidémique voient revenir une interdiction de déplacements non-essentiels – cette fois, uniquement entre minuit et cinq heures du matin – et son exception en faveur de l'assistance aux groupes vulnérables, empruntée *mutatis mutandis* aux arrêtés de la première vague (art. 16 de l'arrêté ministériel du 18 octobre 2020 portant des mesures d'urgence pour limiter la propagation du coronavirus COVID-19; art. 14 de l'arrêté ministériel du 28 octobre 2020, abrogé par l'arrêté ministériel du 23 juin 2021).

²¹ Annexe des arrêtés ministériels précités des 18 et 23 mars 2020, du 30 juin 2020, des 18 et 28 octobre 2020.

²² Annexe des arrêtés ministériels précités des 23 mars 2020, du 30 juin 2020, des 18 et 28 octobre 2020.

²³ Art. 2 et 3, et annexes, des arrêtés ministériels précités des 18 et 23 mars 2020; art. 2, § 1, et annexes, des arrêtés ministériels des 30 juin, 18 et 28 octobre 2020.

²⁴ *Ibidem*. On épinglera par ailleurs, au titre de *soft law*, les « procédures spécifiques » édictées par Sciensano, et notamment celles qui sont applicables aux « populations en collectivités résidentielles – Prisons, centres d'accueils des demandeurs d'asile et sans-abris, ou équivalent ». On peut lire dans cette brochure, mise à jour le 1^{er} octobre 2020, qu'« il reste important de protéger autant que possible les personnes à risque de présenter une forme sévère de la maladie. Ceci est d'autant plus important pour les personnes vivant dans une collectivité (fermée ou ouverte), au vu de la promiscuité et de la surpopulation fréquente dans les institutions. Les recommandations suivantes sont des lignes directrices, à mettre en œuvre dans la mesure du possible. Si des ressources supplémentaires sont requises, chaque institution devra les communiquer aux autorités compétentes respectives » (https://covid-19.sciensano.be/sites/default/files/Covid19/COVID-19_procedure_collectivity_FR.pdf). Voy. aussi la directive « COVID-19: mesures pour le personnel soignant et résidents testés dans le cadre d'un dépistage dans les collectivités » (https://covid-19.sciensano.be/sites/default/files/Covid19/COVID-19_procedure_HCW%20screening_FR.pdf). On signale encore l'existence de la *Task Force* fédérale « groupes vulnérables » qui s'est réunie, pour la première fois, le 9 avril 2020 (sur la création d'une *Task Force* « familles vulnérables » à l'échelle de la Communauté flamande, cf. l'aperçu, précité, des mesures COVID-19, en soutien aux situations de pauvreté et de précarité, réalisé par le Service de lutte contre la pauvreté, la précarité et l'exclusion sociale).

personnes handicapées²⁵, tout comme à favoriser les possibilités de renfort en personnel²⁶. Ces initiatives rejoignent les directives adoptées par le Haut-Commissaire des Nations Unies le 29 avril 2020, lesquelles invitaient les États à augmenter *temporairement* les ressources des institutions, avant de renforcer, après la crise, le processus de désinstitutionalisation²⁷. Elles n'ont cependant pas toujours été effectives: dans la pratique, certains services et institutions se sont vidés de leur personnel sans voir des renforts arriver.

Quel qu'ait été leur lieu de résidence (en institution ou à domicile), les personnes handicapées ont, pour leur part, pu bénéficier d'un soutien fédéral sous la forme d'une prime²⁸.

3. C'est dans ce cadre général que les personnes handicapées, leur entourage et les différents acteurs intervenant dans le champ du handicap ont été conduits à se positionner et à évoluer durant la crise. En complément des dispositifs juridiques que l'on vient d'évoquer, on rendra compte, ci-dessous, des données normatives qui nous ont paru les plus significatives concernant différents types d'institutions, à commencer par les centres d'hébergement pour personnes handicapées (section 1). On examinera ensuite la situation des personnes handicapées vécue à l'extérieur des lieux de résidence collective, à domicile et alentour, et, dans leur giron, les institutions comme les différents centres de jour, services de répit, d'accompagnement, de loisirs et d'aide à domicile mais, aussi, les

²⁵ La Communauté flamande soutient les institutions tantôt directement, par l'octroi de subventions spéciales, tantôt indirectement, via le *persoonsvolgend budget* (PVB) des usagers qui contribue à financer ces mêmes institutions. Par contraste, le droit francophone et bilingue est uniquement centré sur les institutions. En *Communauté flamande*, voy.: arrêté du 3 avril 2020 visant à subventionner le soutien temporaire au management pour la gestion de crise en cas de flambée de COVID-19 dans les structures résidentielles du domaine politique « Bien-être, Santé publique et Famille »; arrêté du 24 avril 2020 instaurant un certain nombre de mesures de soutien aux centres de soins résidentiels, aux centres de court séjour, aux centres de soins de jour et aux centres d'accueil de jour suite à la crise du COVID-19; arrêté du 30 avril 2020 relatif aux conséquences financières des mesures de lutte contre le COVID-19 pour les structures pour personnes handicapées et pour personnes handicapées bénéficiant du soutien de la « Vlaams Agentschap voor Personen met een Handicap »; arrêté du Gouvernement flamand du 8 mai 2020 ajustant les procédures et délais administratifs dans la réglementation du domaine politique du bien-être, de la santé publique et de la famille à la suite de la propagation du Covid-19 et modifiant divers arrêtés du gouvernement flamand dans ce domaine politique, spéc. art. 42 et 55; arrêté du Gouvernement flamand du 29 mai 2020 établissant les règles d'octroi d'une subvention aux structures résidentielles dans le domaine politique Bien-être, Santé publique et Famille pour le remboursement de certains frais par suite de l'épidémie de COVID-19; arrêté du Gouvernement flamand du 18 décembre 2020 établissant des mesures visant à continuer le soutien aux personnes handicapées en période de résurgence du COVID-19. En *Région wallonne*, cf. arrêté de pouvoirs spéciaux n° 14 du Gouvernement wallon du 10 avril 2020 relatif aux diverses dispositions prises en matière de financement des opérateurs du secteur de la santé; arrêté de pouvoirs spéciaux n° 36 du Gouvernement wallon du 7 mai 2020 relatif aux diverses dispositions prises en matière de financement des opérateurs du secteur du handicap; arrêté de pouvoirs spéciaux n° 53 du Gouvernement wallon du 16 juin 2020 relatif aux diverses dispositions prises dans le cadre du déconfinement COVID-19 pour les secteurs de la santé, du handicap et de l'action sociale, spéc. art. 3; arrêté de pouvoirs spéciaux n° 60 du Gouvernement wallon du 3 décembre 2020 relatif aux diverses dispositions prises en matière de financement des opérateurs du secteur de la santé et du handicap dans le cadre de la gestion de la crise de COVID-19. Pour les *institutions bruxelloises*, cf. not. la circulaire Iriscare du 24 novembre 2020 relative aux mesures de soutien aux entreprises du secteur non-marchand suite à la crise COVID-19 - Prolongation de la période de subvention pour le secteur des personnes handicapées (disponible sur son site www.iriscare.brussels); <https://pro.guidesocial.be/articles/actualites/bruxelles-un-fonds-de-29-millions-d-euros-pour-aider-le-non-marchand>.

²⁶ On songe en particulier à la facilitation du déploiement de jeunes volontaires ou de stagiaires dans les structures résidentielles (cf. not. arrêté de pouvoirs spéciaux n° 38 du Gouvernement wallon du 7 mai 2020 permettant de déroger aux règles et conditions d'octroi des prestations familiales aux enfants de plus de 18 ans; arrêté ministériel fédéral du 3 avril 2020 modifiant l'arrêté ministériel du 23 mars 2020 portant des mesures d'urgence pour limiter la propagation du coronavirus COVID-19, art. 6, dernier alinéa), à la mise à disposition de personnel (cf. not. arrêté de pouvoirs spéciaux n° 14 du 27 avril 2020 pris en exécution de l'article 5, § 1, 5°, de la loi du 27 mars 2020 accordant des pouvoirs au Roi afin de prendre des mesures dans la lutte contre la propagation du coronavirus COVID-19 (II) visant à garantir la bonne organisation du travail dans les secteurs critiques, art. 5) et aux transferts de personnel entre centres de jour et d'hébergement (cf. not. Circulaire Iriscare du 26 novembre 2020, p. 3).

²⁷ Cf. les directives onusiennes précitées (note 6) du Haut-Commissaire aux droits de l'homme, point 2.

²⁸ Arrêté royal n° 47 du 26 juin 2020 pris en exécution de l'article 5, § 1er, 3° et 5°, de la loi du 27 mars 2020 accordant des pouvoirs au Roi afin de prendre des mesures dans la lutte contre la propagation du coronavirus COVID-19 (II) en vue de l'octroi d'une prime temporaire aux bénéficiaires de certaines allocations d'assistance sociale, spéc. art. 1, 3°, 3 et 4.

soutiens apportés aux aidant-proche, les aménagements raisonnables ou autres mesures calibrées pour tenir compte des besoins spécifiques des personnes handicapées (section 2). Enfin, on envisagera la question de l'accès des personnes handicapées à l'institution hospitalière (section 3)²⁹.

Section 1 – La vie en institution d'hébergement

4. Par institutions, on vise ici les services résidentiels agréés par une des entités fédérées au titre de leur compétence en matière de politique des personnes handicapées³⁰, sans distinguer selon qu'ils accueillent des enfants ou des adultes³¹.

5. Ces institutions n'ont pas échappé au lot de tous les lieux de vie collectifs, en étant par ailleurs moins médicalisées que les maisons de repos, et donc plus vulnérables aux conséquences de l'éclatement d'un foyer épidémique en leur sein³². « Alors que la priorité se focalisait sur le maintien à tout prix de la capacité des hôpitaux à faire face à un afflux de patients pour éviter le scénario italien ou espagnol, les résidents et personnel de structures collectives telles que les maisons de repos (mais également les centres d'hébergement et d'accueil pour personnes en situation de handicap, etc.) se sont retrouvés livrés à leur sort », peut-on lire dans le rapport de Médecins Sans Frontières. Et ce même rapport de souligner qu'il s'agissait de « lieux de vie transformés en hôpitaux de fortune, mais manquant de tout: d'équipements de protection, de matériel médical et de dépistage, de personnel soignant en nombre suffisant pour livrer cette bataille sans précédent, et de connaissances en matière de gestion des épidémies en milieu fermé »³³.

6. D'un point de vue juridique, et quelle que soit la collectivité compétente, la vie en institution a été jalonnée par l'adoption de nombreuses circulaires, voire de « Foire Aux Questions » (« FAQ »), dont la tonalité parfois très assertive contraste avec le flou entourant leur statut juridique³⁴ et le type de publicité qui leur était réservé³⁵. Si ces

²⁹ Il ne sera par contre pas fait état, dans le cadre de cette étude, des normes générales et abstraites qui seraient par ailleurs applicables aux personnes handicapées ou leurs proches, sans les concerner spécifiquement. On précise également que, pour l'inventaire des différents circulaires étudiées, notre analyse s'arrête en général au mois de janvier 2021, et n'évoque en conséquence que de manière allusive la politique de vaccination. Elle ne rend du reste pas compte des dispositifs normatifs adoptés par la Communauté germanophone. Enfin, la présente étude laisse largement hors de son champ d'analyse les normes qui, durant la crise, ont régi les lieux d'internement, les établissements d'enseignement spécialisé et les entreprises de travail adapté (ETA).

³⁰ Ne sont donc pas couverts, bien qu'ils représentent indubitablement des « institutions pour personnes handicapées » au sens du droit de la CDPH: les services résidentiels non-agrégés; les maisons de soins psychiatriques; les hôpitaux psychiatriques où existent encore des « lits T », c'est-à-dire des placements de longue durée; les divers lieux d'internement pénal visés à l'article 3 de la loi du 5 mai 2014 relative à l'internement.

³¹ On précise cependant que, de manière générale, la préservation du lien parental avec les mineurs a dicté certains assouplissements (cf. par ex. Circulaire PHARE du 18 mai, pp. 2 et 3).

³² Certaines résidences ont, pour tout personnel médical, droit à deux heures de consultation d'un médecin généraliste par semaine.

³³ Médecins sans frontières, « Les laissés pour compte de la réponse au Covid-19. Partage d'expérience sur l'intervention de Médecins Sans Frontières dans les maisons de repos en Belgique », juillet 2020, 31 p. (<https://www.msf-azg.be/fr/maisonsderepos>).

³⁴ Les intitulés des consignes données aux différentes institutions par les organismes publics compétents varient du reste considérablement. Par convention, nous les désignerons sous l'appellation générique de « circulaires » ou « directives » – sans toutefois présupposer de leur force normative exacte. On recourra plus précisément aux abréviations suivantes pour les référencer: Infonota VAPH, Circulaire AViQ, Circulaire PHARE et Circulaire Iriscare. On reviendra infra (n° 19) sur la force normative des circulaires pour nous concentrer à ce stade sur leur contenu.

³⁵ Les directives de la VAPH, de l'AViQ, de PHARE et d'Iriscare sont consultables sur leur site respectif:

circulaires diffèrent en fonction des autorités compétentes, elles abordent des questions similaires et suivent une évolution chronologique comparable.

Les questions abordées se concentrent principalement autour de la limitation des transmissions et du traitement des cas, de la détermination du lieu de vie assigné aux bénéficiaires pendant la crise (résidence ou domicile), des contacts entre résidents de centres de jour et de nuit, des nouvelles admissions, des retours en famille, voire des allers-retours entre résidence et domicile, des visites, des activités et des soins.

Chronologiquement, on peut observer les tendances suivantes³⁶. Des mesures strictes ont d'abord été prises dans l'urgence lors de la première vague³⁷, à un moment où certaines institutions s'étaient déjà refermées sur elles-mêmes³⁸. À la demande très tôt adressée aux directeurs d'établissement de transmettre quotidiennement les cas de Covid³⁹, s'est ajoutée une limitation drastique des visites, soins, activités et sorties, réduits à l'essentiel et donc largement interdits⁴⁰, comme l'étaient les nouvelles admissions et les retours en familles⁴¹. Les résidents étaient, quant à eux, séparés en « silos » sans contacts mutuels⁴², tandis que ceux suspectés d'être contaminés étaient isolés⁴³. C'est dans ce premier temps que les droits fondamentaux des résidents subirent les plus fortes pressions⁴⁴. Dès avril, on peut repérer dans les textes une tendance à un assouplissement progressif – qui ne s'est toutefois pas toujours vérifié en pratique: à mesure que le matériel de protection est acheminé, que les risques diminuent et que la population générale se déconfiné⁴⁵, les activités et les soins non essentiels reprennent, tout

<https://www.vaph.be/professionelen/vza/documenten>;

<https://covid.aviq.be/fr/documents-officiels>;

<https://phare.irisnet.be/coronavirus>; <https://www.iriscare.brussels>. Alors que les trois premiers organismes fournissent un inventaire complet et chronologique depuis l'entame de la crise, seules les règles actuellement applicables sont disponibles sur le site d'Iriscare.

³⁶ Si l'on se réfère à la chronologie fixée par Sciensano, la fin de la 1^{re} vague correspond au 22 juin 2020, le début de la 2^e vague au 31 août, l'entre deux vagues se situant, pour sa part, entre le 22 juin et le 30 août 2020 (https://covid-19.sciensano.be/sites/default/files/Covid19/Second%20Wave_FR.pdf).

³⁷ Circulaire PHARE du 12 mars 2020; Circulaire Iriscare du 11 mars 2020; Circulaires AViQ des 13 et 14 mars 2020; Infonota VAPH INF/20/21 du 12 mars 2020. Dans des infonotas précoces (INF/20/92 et INF/20/19 des 2 et 6 mars 2020), la VAPH avait déjà relayé des consignes d'hygiène établies le 27 février 2020 par Zorg en Gezondheid.

³⁸ Nombreuses semblent en effet être les institutions qui avaient anticipé, dans les faits, ce que les circulaires sont venues confirmer par la suite.

³⁹ Voy. not. Circulaire PHARE du 5 mars 2020; Circulaire AViQ du 25 mars 2020, qui consolidait un courrier du 20 mars 2020 (non disponible sur le site de l'AViQ); Infonotas INF/20/87 et INF/20/94 des 30 mars 2020 et 2 avril 2020 (avant cela, cf. les directives de Zorg en Gezondheid du 11 mars 2020).

⁴⁰ Infonotas VAPH INF/20/21, INF/20/23 et INF/20/26 des 12, 13 et 18 mars 2020 ainsi que les directives de Zorg en Gezondheid précitées; Circulaire PHARE du 12 mars 2020; Circulaire Iriscare du 11 mars 2020 et Circulaires AViQ des 13 et 14 mars 2020.

⁴¹ C'est du côté de la VAPH que les règles applicables sont les plus complètes: cf. Infonotas VAPH INF/20/21, INF/20/23 et INF/20/26 des 12, 13 et 18 mars 2020. Voy. par ailleurs: Circulaire Iriscare du 11 mars 2020 et Circulaire PHARE du 12 mars 2020 (dans les deux cas, les nouvelles admissions restaient permises mais moyennant isolement de 14 jours); Circulaires AViQ des 13 et 14 mars 2020 (interdiction de tout retour en famille).

⁴² Infonota VAPH INF/20/23 du 13 mars 2020; Circulaires AViQ des 13 et 14 mars 2020. Du côté de l'AViQ, l'interdiction de contact visait uniquement les résidents respectifs des centres de jour et de nuit (cette interdiction fut réitérée par la circulaire du 15 mai 2020, levée par celle du 22 juin 2020, p. 3, et réintroduite par la circulaire du 3 novembre 2020), et fut sans équivalent explicite, semble-t-il, du côté de PHARE et Iriscare. Réduire la taille du groupe semble avoir d'emblée constitué un objectif prioritaire dans le chef des institutions, objectif qui s'est d'abord traduit par la demande adressée à l'entourage de reprendre les personnes handicapées à domicile pour vider les institutions, avant, pour elles, de travailler en silos, à l'intérieur de l'institution, avec les résidents qui demeuraient. Cet objectif était sans doute d'autant plus impérieux que certains types de handicaps se prêtent mal à l'observation de directive sanitaires – ce que certaines circulaires ultérieures reconnaissent du reste expressément.

⁴³ Circulaire PHARE du 12 mars 2020; Circulaire Iriscare du 11 mars 2020; Circulaires AViQ des 13 et 14 mars 2020; Directives précitées de Zorg en Gezondheid du 11 mars 2020, relayées, entre autres, par l'Infonota INF/20/21 du 12 mars 2020.

⁴⁴ Pour des témoignages, cf. les références citées aux notes 4 et 5.

⁴⁵ La nécessité de réserver un traitement égalitaire aux personnes handicapées par rapport au reste de la population est invoquée dans différentes circulaires (cf. not. Circulaires AViQ des 4 juin et 22 juin 2020, p. 2, 30 juillet 2020; circulaires

comme les visites, les nouvelles admissions et les allers-retours entre institution et domicile dans le respect des balises fixées par chaque entité fédérée⁴⁶. Parallèlement au relâchement des mois de juillet et août 2020, l'anticipation de la seconde vague se traduit par l'adoption d'un cadre normatif plus intégré, tenant compte de l'expérience accumulée, se caractérisant à la fois par plus de stabilité et d'adaptabilité aux circonstances, ainsi que par une attention désormais plus largement portée à la santé psychosociale des résidents⁴⁷. Dans cette évolution en trois temps (première vague, entre-deux, deuxième vague), on peut enfin repérer une tendance croissante à impliquer les représentants du personnel dans les décisions, mais aussi, quoi que de manière encore insuffisante au regard des standards du droit international⁴⁸, les conseils d'usagers et les familles⁴⁹. En dernière instance, l'ensemble des décisions revenaient aux directeurs d'établissements⁵⁰, ce qui s'est traduit dans les faits par une application très variable des circulaires en fonction des établissements – d'aucuns n'ont par exemple jamais été déconfinés entre les deux vagues⁵¹.

La marge d'appréciation des directeurs d'établissement semble cependant avoir été mieux balisée par la Communauté flamande. Un exemple emblématique pour les droits des usagers peut être épinglé entre les deux vagues, au moment du « retour à la nouvelle normalité »⁵². Les

PHARE des 13 et 16 juin 2020; circulaire Iriscare du 18 septembre 2020, p. 3).

⁴⁶ Voy. en particulier: Infonotas de la VAPH du 1^{er} avril (premiers assouplissements pour les visites et changement de lieu de vie, dans des situations exceptionnelles), du 29 avril (directives fort élaborées concernant la reprise des visites), du 18 mai 2020 (assouplissement des retours en famille et changements de milieu de vie) et du 10 juin (« retour à la nouvelle normale », commentée *infra*); Circulaires PHARE du 21 avril 2020 (légers assouplissements concernant les visites et les changements de lieu de vie), du 18 mai (nouveaux assouplissements permis pour les changements de lieu de vie) et du 13 juin (reprise progressive des visites, des activités, des prestations de soin); Circulaires Iriscare des 6 mai, 29 mai et 16 juin (même déroulement que pour PHARE, légèrement différé); Circulaires AViQ des 8 mai 2020 (reprise encadrée des visites), 26 mai 2020 (assouplissement des visites, retours en famille et prestations de soins) et 22 juin 2020 (« vers un retour à la normale » concernant les visites, activités, retours en famille). On notera par ailleurs l'arrêté du Ministre-Président de la Région de Bruxelles-Capitale du 22 avril 2020 pris dans le cadre de mesures d'urgence pour limiter la propagation du coronavirus COVID-19 et prolongeant l'interdiction des visites dans diverses institutions résidentielles d'accueil et de soins situées sur le territoire de la Région de Bruxelles-Capitale. En son article 1^{er}, cet arrêté prévoit que « Sauf situation spécifique (situation de nécessité, soins palliatifs, décès,...), les visites aux résidents sont interdites dans les institutions suivantes situées sur le territoire de la Région de Bruxelles-Capitale: (...) 2° les centres d'hébergement pour personnes handicapées ». Selon un procédé légistique pour le moins discutable, l'article 2 prévoit ensuite que « Par dérogation à l'article 1er, les visites aux résidents des établissements visés à l'article 1er sont autorisées moyennant: 1° le respect des directives fixées dans les circulaires suivantes: (...) - la circulaire édictée par la COCOF relative aux consignes aux centres de jour et d'hébergement accueillant des personnes handicapées (...) ». De date, il n'est pas question, mais on suppose qu'il s'agit de la circulaire PHARE du 21 avril 2021; de circulaire Iriscare non plus: il n'en existait pas en la matière lors de l'adoption de l'arrêté. On précise, enfin, que *de facto*, les périodes de quarantaine qui conditionnaient les allers-retours entre résidences collectives et familles ont freiné le déconfinement pour les personnes handicapées, tout comme la confusion qui a entouré la communication relative aux mesures et étapes de sortie a pu conduire les structures d'accueil à « surconfiner ».

⁴⁷ Cf. Infonotas INF/20/172, INF/20/181, INF/20/182-183 des 14, 22 et 28 octobre 2020 et INF/20/202 du 23 novembre 2020; Circulaires Iriscare des 18 et 24 septembre et du 21 octobre 2020; Circulaires PHARE du 23 octobre 2020 et du 19 novembre 2020; Circulaire AViQ du 23 octobre 2020. Voy. not., pour tous ces organismes sauf l'AViQ, la distinction de différents stades épidémiques (dans la droite ligne de ce qu'on retrouve dans les circulaires d'Iriscare afférentes au MR-MRS).

⁴⁸ Voy. en particulier l'article 4.3 de la CDPH.

⁴⁹ Infonotas précitées du 29 avril 2020 (concertation du personnel), du 18 mai (concertation du personnel et consultation du conseil des usagers) et du 10 juin 2020 (concertation avec le personnel et consultation du conseil des usagers); Circulaires AViQ du 26 mai 2020 (personnel et syndicats « concertés », familles et usagers « associés à la réflexion globale ») et du 4 juin 2020 (suite à l'interpellation des associations de familles d'usagers, insistance sur « la plus grande concertation possible avec celles-ci » dans le cadre des retours en famille); Circulaire PHARE du 18 mai 2020 (« concertation » avec le personnel et le syndicat, « concertation vivement souhaitée » avec la famille et le bénéficiaire demandeur, « information » du conseil des usagers); Circulaires Iriscare du 29 mai 2020 (pour un nombre limité de décisions, « concertation » du syndicat et personnel, « association à la réflexion » des familles et usagers, « concertation nécessaire » du bénéficiaire et sa famille) et du 18 septembre 2020 (insistance sur l'implication des bénéficiaires ou leurs proches dans les décisions qui les concernent), p. 3.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ Cf. les témoignages récoltés par l'ASPH référencés en note 5.

⁵² Infonota VAPH INF/20/133 du 10 juin 2020.

directeurs flamands ont alors été invités à adopter un plan de déconfinement assorti d'un calendrier et concerté avec les usagers, tandis que ces derniers se voyaient reconnaître explicitement un « droit de visite »⁵³. Les directives du 10 juin 2020 disposent en ce sens: « Chaque organisation évalue elle-même, en tenant compte de la spécificité de sa situation et de son groupe cible, comment et à quelle échéance la nouvelle normalité sera réalisée. *Pour le 1^{er} juillet au plus tard*, chaque organisation individuelle aura réalisé des avancées vers la nouvelle normalité, en ce compris par l'adoption d'un plan clair pour passer pleinement à la pleine normalité, et ce, en concertation avec les acteurs concernés »⁵⁴. Et les directives de préciser: « Le prestataire de soins se dote d'un règlement écrit pour encadrer les visites. Celui-ci est préalablement débattu avec le personnel et le conseil des usagers. (...) Les principes suivants doivent être respectés dans ce cadre: - Toute personne handicapée qui le souhaite a le droit de recevoir des visites, sauf en cas de contamination au COVID-19 ou durant une période de quarantaine (...) »⁵⁵.

La Communauté flamande se démarque aussi à d'autres égards. Premièrement, le principe de légalité y fut, dans un premier temps en tout cas, davantage respecté: les premières mesures à destination des institutions pour personnes handicapées sont d'emblée coulées dans un arrêté du gouvernement flamand du 13 mars 2020, là où les normes équivalentes des autres entités fédérées se retrouvent dans des circulaires adoptées par les administrateurs généraux du Service Phare ou de l'AViQ (l'Agence pour une Vie de Qualité) – la ministre compétente prenant toutefois rapidement le relai en Région wallonne⁵⁶ – et par le fonctionnaire dirigeant d'Iriscare⁵⁷. Deuxièmement, qu'elle intervienne par voie d'arrêté ou de circulaires, la Communauté flamande a souvent une ou plusieurs semaines d'avance sur les autres entités fédérées – notamment pour l'établissement des directives d'hygiène⁵⁸, la reprise des visites⁵⁹,

⁵³ *Ibid.* Le droit de visite accordé a ensuite été réaffirmé et modulé par les Infonotas INF/20/138 du 24 juin 2020, INF/20/172 du 14 octobre 2020, INF/20/181 du 22 octobre 2020 et INF/20/182 et 183 du 28 octobre 2020. Le surcroît d'attention porté, dans les textes, aux usagers s'inscrit dans la droite ligne de la philosophie sous-jacente à la réforme du budget flamand (cf. à cet égard S. PEETERS et J. PUT, in *Les Grands arrêts ...*, op. cit., pp. 521 et s.).

⁵⁴ Infonota VAPH INF/20/133 du 10 juin 2020, p. 4 (traduction libre de l'extrait suivant: «Elke individuele organisatie maakt, rekening houdend met de specificiteit van de eigen situatie en doelgroep, zelf de afweging hoe en tegen wanneer het nieuwe normaal gerealiseerd zal worden. *Uiterlijk tegen 1 juli* heeft elke individuele organisatie stappen gezet naar het nieuwe normaal, met inbegrip van *een duidelijk plan om volledig naar het nieuwe normaal over te gaan* dat bovendien is afgestemd met zijn stakeholders»).

⁵⁵ Infonota VAPH INF/20/133 du 10 juin 2020, p. 10 (traduction libre de l'extrait suivant: « De zorgaanbieder hanteert een uitgeschreven bezoekregeling. Die wordt voorafgaandelijk overlegd met het personeel en de gebruikersraad. (...) Bij de praktische uitwerking van een bezoekregeling moeten de volgende principes worden gevolgd: - Elke persoon met handicap die dat wenst, heeft recht op bezoek behalve in geval van besmetting met COVID-19 of gedurende lopende quarantainemaatregelen»). Cf. aussi les directives très assertives adressées, à l'issue du calendrier fixé, dans l'Infonota INF/20/154 du 7 août 2020.

⁵⁶ Dès le 8 mai.

⁵⁷ Ainsi l'arrêté du Ministre-Président de la Région de Bruxelles-Capitale du 10 mars 2020 – ménageant une exception à l'interdiction de principe des visites pour les personnes âgées en MR-MRS – ne s'applique-t-il pas aux centres d'hébergement pour personnes handicapées (au sujet de cet arrêté, cf. I. HACHEZ *et al.*, op. cit., dans la *Rev. trim. dr. h.*, chapitre 1 relatif aux personnes âgées). Il en va de même de l'arrêté du Ministre-Président de la Région de Bruxelles-Capitale du 7 avril 2020 prolongeant l'interdiction des visites dans les maisons de repos, les maisons de repos et de soins dans le cadre de mesures d'urgence pour limiter la propagation du Coronavirus - Covid-19. En revanche, l'arrêté ministériel précité (note 46) du 22 avril 2020, qui fait suite à la décision du CNS du 15 avril autorisant la reprise des visites dans les MR-MRS compte tenu de l'urgence d'une prise en compte accrue des risques psycho-sociaux liés à l'isolement dans le chef des personnes âgées, s'applique également aux institutions d'hébergement pour personnes handicapées (cf., à cet égard, I. HACHEZ *et al.*, op. cit., *Rev. trim. dr. h.*, chapitre 1).

⁵⁸ Voy. déjà Nieuwsbrief over het Coronavirus Covid-19 van Zorg en Gezondheid du 27 février 2020 (contenant des conseils d'hygiène), et Infonota INF/20/92 de la VAPH du 2 mars qui y renvoie. Du côté francophone, PHARE et Iriscare sortaient leurs circulaires de manière relativement concomitante, avant l'AViQ qui semble souvent être intervenue en réaction aux interpellations des familles et de l'associatif.

⁵⁹ Si l'on se fie au texte des circulaires, les visites reprennent respectivement le 21 avril 2020 pour la Cocof (Circulaire PHARE du 21 avril 2020), le 4 mai en Flandre (Infonota VAPH INF/20/113 du 29 avril 2020), le 6 mai pour la Cocom (Circulaire Iriscare du 6 mai 2020) et le 8 mai en Région wallonne (Circulaire de la ministre de tutelle de l'AViQ du 8 mai 2020). Des possibilités de visites exceptionnelles furent toutefois consenties dès le début du confinement: en Région

les changements de lieu de vie entre famille et institution⁶⁰, la planification du testing⁶¹ – et elle semble davantage ménager à ses destinataires le temps de réagir à l'information reçue⁶². Enfin, les circulaires flamandes se distinguent par leur densité normative: les directives qu'elles véhiculent sont plus précises, plus complètes, plus nuancées aussi, que leurs équivalents wallonnes ou bruxelloises⁶³. Elles intègrent davantage de place pour la « pensée par cas » en invitant à moduler les règles par bâtiment, voire unité de vie, pour tenir compte des comorbidités des résidents⁶⁴ et des types de handicap (de la capacité, ou non, de la personne visée à respecter les modalités convenues)⁶⁵, en distinguant aussi très tôt différents scénarios locaux⁶⁶.

7. Si, à quelques exceptions près⁶⁷, les autorités exécutives ne sont pas intervenues pour régir les droits et obligations des personnes handicapées, elles ont par contre veillé à soutenir financièrement les institutions et à favoriser les possibilités de renfort en personnel⁶⁸. Ces initiatives, avait-on aussi précisé, rejoignent les directives adoptées par le Haut-Commissaire des Nations Unies le 29 avril 2020, lesquelles invitaient les États à augmenter *temporairement* les ressources des institutions, avant de renforcer, après la crise, leurs initiatives de désinstitutionalisation⁶⁹. Dans la ligne de sa *soft jurisprudence* antérieure, le Comité des droits des personnes handicapées a, quant à lui, d'emblée plaidé pour une accélération de la désinstitutionalisation pendant la crise⁷⁰, avant de se réappropriier, dans le cadre de son agenda de travail 2021, le concept d'« *emergency*

wallonne « lorsque la situation d'une personne le requiert » (circulaire AViQ du 13 mars 2020); en Région bruxelloise pour « certains cas précis (état de crise du bénéficiaire,...) » (circulaire PHARE du 12 mars 2020; circulaire Iriscare du 11 mars 2020); en Flandre, d'abord pour les « situations exceptionnelles » (Infonota VAPH INF/20/23 du 13 mars 2020), puis uniquement « pour les situations palliatives » (Infonota VAPH INF/20/26 du 18 mars 2020), ensuite pour toutes les « situations de crise ou les situations dans lesquelles le bien-être psychosocial du résident est menacé » (Infonota VAPH INF/20/88 du 1^{er} avril 2020). À noter encore qu'une reprise des visites ordinaires avait été annoncée par le gouvernement flamand dès le 16 avril 2020 mais postposée en raison des réticences du secteur (VUB Fundamental Rights Research Centre, « Coronavirus pandemic in the EU – Fundamental Rights Implications », *European Agency for fundamental rights (FRA)*, 4 May 2020, p. 13).

⁶⁰ L'écart temporel est ici notable: Infonota VAPH INF/20/88 du 1^{er} avril 2020; Circulaire PHARE du 21 avril 2020; Circulaire Iriscare du 6 mai 2020; Circulaire de la ministre de tutelle de l'AViQ du 26 mai 2020.

⁶¹ Dès le 15 avril 2020, la VAPH annonce le début du testing aux institutions et les enjoint à communiquer des informations destinées à l'organiser (Infonota VAPH INF/20/101). Par contraste, une circulaire similaire est communiquée en Région wallonne le 2 mai 2020 (Circulaire AViQ du 2 mai 2020). Elle contient la règle suivante, qui ne laisse pas d'étonner: « Les résidents et l'ensemble des membres du personnel n'ayant jamais été soumis à un dépistage jusqu'alors seront les seuls concernés. Cela signifie que les membres du personnel absents pour cause de 'COVID19' (confirmés par un dépistage) ainsi que les personnes en situation de handicap qui auraient déjà bénéficié d'un dépistage, peu importe la date à laquelle ce test a eu lieu, ne seront pas testés une nouvelle fois » (nous soulignons).

⁶² Cf. par ex. l'extrait sur le plan de déconfinement de l'Infonota VAPH du 10 juin 2020 cité *supra*.

⁶³ Par contraste, les circulaires du Service PHARE et d'Iriscare semblent plus minimalistes que celle de l'AViQ – peut-être parce qu'à Bruxelles, le secteur handicap – plus réduit qu'en Région wallonne – a l'habitude de largement s'auto-gérer et la réputation de bien fonctionner, dans le respect des normes d'agrément.

⁶⁴ Cf. par ex. Infonota VAPH INF/20/133 du 10 juin 2020, p. 10.

⁶⁵ Cf. par ex. Infonota INF/20/113 du 29 avril 2020, pp. 2 et 3.

⁶⁶ Cf. Infonota INF/20/149 du 24 juillet, introduisant un système de réglementation différenciée en fonction de la situation sanitaire par localité (« situations 1 à 4 »). Les annexes de cette Infonota déterminent les recommandations applicables par situation locale et par type de services offerts (résidentiels, ambulatoires, à domicile,...). Ces annexes forment les « kaderrichtlijnen » valables dès le 24 juillet 2020 et régulièrement mises à jour jusqu'aujourd'hui (10 juin 2021): cf. « Pandemische niveaus COVID-19: richtinggevende elementen voor VAPH-zorgaanbieders in de verschillende lokale situaties », en ligne sur <https://www.vaph.be/maatregelen-coronavirus/professionelen>. Ce cadre de référence par situation sanitaire locale sert de base à d'autres directives, not. l'Infonota INF/20/172 du 14 octobre 2020 qui module les visites en fonction de ces critères. Voy. aussi, pour d'autres illustrations d'un mode de « pensée par cas », Circulaire PHARE du 6 mai 2020, pp. 2 et 3, ainsi que la distinction des quatre stades épidémiques que l'on retrouve notamment dans la circulaire PHARE du 23 octobre 2020.

⁶⁷ Arrêté précité du gouvernement flamand du 13 mars 2020 et arrêté précité du Ministre-Président de la Région de Bruxelles-Capitale du 22 avril 2020.

⁶⁸ Cf. *supra*, note 25 et 26.

⁶⁹ Cf. les directives onusiennes précitées (notes 6 et 27) du Haut-Commissaire aux droits de l'homme, point 2.

⁷⁰ Déclaration conjointe précitée (note 6), § 5. Voy. également en ce sens: A. GUTERRES, *op. cit.* (note 6), p. 12.

deinstitutionalisation » forgé par le mouvement *European Network of Independent Living* (ENIL)⁷¹. Ce mouvement soutient par ailleurs une réclamation collective introduite le 3 décembre 2020 par une association « handi » devant le Comité européen des droits sociaux à l'encontre de l'État finlandais⁷². Est mise en cause la conformité de la réglementation finlandaise concernant la vie en institution pendant la crise au regard des articles 11, 14 et 15 de la Charte sociale européenne révisée, lu en combinaison avec l'article E de la Charte⁷³. À première analyse, la réglementation incriminée présente plusieurs similitudes avec les mesures belges précédemment évoquées⁷⁴.

Section 2 – La vie à domicile et alentour

8. Si certaines personnes handicapées ont passé le confinement en institution, d'autres l'ont vécu, de manières très diversifiées et peut-être encore plus invisibles, depuis leur domicile ou celui de leur entourage⁷⁵. La question se pose de l'appui offert par les autorités publiques pour assister, en temps de pandémie, les personnes handicapées dans leur autonomie, comme y invitent les articles 11 et 19 de la CDPH⁷⁶.

9. Dans le contexte juridique évoqué plus haut (n° 2), les centres de jours et les services de répit, d'accompagnement, de loisirs et d'aide à domicile⁷⁷ ont, eux aussi, été conduits à se redéployer autrement, en reconvertissant leurs fonctions et en faisant preuve de créativité pour atteindre les personnes chez elles⁷⁸. Ces différentes institutions ont été

⁷¹ CRPD, « Informative note for the participation of stakeholders in CRPD initiatives during the first half of 2021 », CRPD 24th session 8 March- 1 April 2021. Voy. par ailleurs Resolution on Covid 19 and the rights of persons with disabilities adopted by EDF General Assembly 2020 (<https://www.edf-feph.org/resolution-on-covid-19-and-the-rights-of-persons-with-disabilities/>); K. THOMPSON, « EDF calls the EU Parliament to investigate the impact of Covid-19 in residential institutions and prioritise deinstitutionalisation », 2 février 2021 (<https://www.edf-feph.org/edf-calls-the-eu-parliament-to-investigate-the-impact-of-covid-19-in-residential-institutions-and-prioritise-deinstitutionalisation/>).

⁷² R.C. n° 197/2020, *Validity c. Finlande. Validity*, anciennement: MDAC, est à l'origine de la création du « Covid-DRM » (Covid DRM) qui a rédigé le rapport précité (note 6). Voy. en particulier à ce sujet les pp. 22-27 dudit rapport.

⁷³ Ces articles consacrent respectivement le droit à la protection de la santé, le droit au bénéfice de service sociaux, le droit des personnes handicapées à l'autonomie, à l'intégration sociale et à la participation à la vie de la communauté, ainsi que la non-discrimination.

⁷⁴ On relèvera cependant que l'État finlandais n'a pas connu de confinement généralisé (cf. § 20 de la R.C.).

⁷⁵ Pour une illustration de la diversité des situations de handicap vécues à domicile, cf. A. BÉLIARD, M. LE HELLEY, N. RAPEGNO, L. VELPRY et P.A. VIDAL-NAQUET, « Faire barrage au virus et s'en arranger. Des personnes en situation de handicap à l'épreuve de la Covid-19 », *Alter*, 15/2021, pp. 99 à 106.

⁷⁶ Cf. à cet égard la Déclaration conjointe précitée (note 6), spéc. §§ 2 et 9. Voy. aussi World Bank Group, *Covid 19 Response Approach Paper: Saving Lives, Scaling up Impact and Getting Back on Track*, June 2020, pp. 18-22 («Pilar 2 - Protecting Poor and Vulnerable People»), spéc. p. 19 («Operations will aim to improve the standards of social care services offered to vulnerable groups – elderly, disabled (a cross-cutting issue for IDA19), homeless, street children and others»).

⁷⁷ On rappelle que la présente étude ne couvre pas les normes qui, dans la crise, ont régi les établissements d'enseignement spécialisé et les entreprises de travail adapté (ETA), lesquels nécessiteraient de faire l'objet d'une étude à part entière.

⁷⁸ Cf. les témoignages récoltés par l'ASPH référencés en note 5. Au départ spontané comme en rendent compte ces témoignages, ce redéploiement d'activités a rapidement été encouragé par les autorités compétentes. Ainsi peut-on lire dans la circulaire PHARE du 20 mars 2020 (qui suit celle plus succincte du 12 mars): « en ce qui concerne les consultations à domicile: il est préférable d'éviter au maximum la concentration de personnes à risques ou autour de celles-ci. Il faut toutefois continuer d'assurer l'accompagnement du bénéficiaire et le rassurer, particulièrement avec les patients suivis pour des troubles de santé mentale. Pour ce faire, nous vous suggérons de mettre en place des alternatives afin de maintenir la communication avec les bénéficiaires et leur entourage (vidéoconférence, téléphone, ...) »; « les services ambulatoires de première ligne doivent rester accessibles aux bénéficiaires; il est indispensable que la première ligne joue son rôle afin d'éviter que les personnes se dirigent vers les hôpitaux et les urgences. Le principe est donc l'ouverture des services ambulatoires. La continuité de l'aide aux personnes et des soins doit être assurée. Néanmoins les modalités d'accueil des services peuvent être réorganisées ». Ces directives sont ensuite réitérées dans les circulaires PHARE des 21, 22, 27 avril 2020 et 6 mai 2020 (évaluation au cas par cas en fonction des besoins), et se retrouvent en des termes similaires dans la circulaire Iriscare du 6 mai 2020. La VAPH distinguait, dès le 13 mars, les services qui devaient être arrêtés, suspendus ou

relativement peu encadrées par les organismes des autorités fédérées compétentes – en tout cas dans un premier temps et par contraste avec les institutions d’hébergement⁷⁹. La plupart auraient fermé durant la première vague⁸⁰, pour se rouvrir avec un peu de retard lorsqu’on a commencé à déconfiner⁸¹. On observe des directives particulièrement précoces, claires et nuancées du côté de la VAPH (Vlaams Agentschap voor Personen met een Handicap), mais aussi au niveau de l’AViQ, qui contrastent avec l’appréhension plus globale du côté des institutions bruxelloises. Lors de la deuxième vague, les recommandations des autorités compétentes ont encouragé un maintien maximal des activités et des soins individuels (parfois reconvertis en format distanciel), tout en cherchant à limiter, voire suspendre les activités collectives⁸². Les soins médicaux et paramédicaux (kinésithérapie, logopédie, ...) semblent avoir connu un sort similaire⁸³, alors même que pour certaines formes de handicap, une interruption de soins peut entraîner une régression irréversible. Ce problème s’est posé avec une acuité particulière pour les parents d’enfants handicapés dont certaines thérapies étaient offertes en milieu scolaire mais non remboursées à domicile lorsque les écoles ont fermé⁸⁴.

Les institutions ne sont pas les seules à avoir bénéficié de soutiens publics, comme on l’a déjà

redéployés à distance (Infonota VAPH INF/20/23 du 13 mars 2020). L’AViQ s’est quant à elle limitée à prévoir des mesures sanitaires succinctes à destination de ces services (Circulaire AViQ du 14 mars 2020), avant d’adopter le cadre de la circulaire du 15 mai 2020 commentée *infra* (note 81).

⁷⁹ Pour l’AViQ, cf. note précédente ainsi que les témoignages des professionnels récoltés par l’ASPH référencés en note 5. Du côté flamand, on a du mal à identifier le régime juridique applicable au début du confinement: l’arrêté du gouvernement flamand du 13 mars 2020 indique la fermeture des centres de jour, contrairement à l’Infonota de la VAPH adoptée le même jour qui, pour rappel, distinguait les services qui devaient être arrêtés, suspendus ou redéployés à distance (cf. note précédente). Le 18 mars, une nouvelle Infonota adopte cette fois pour règle la fermeture des centres de jour, sauf pour les personnes dont les parents exercent une profession essentielle (Infonota INF/20/26 du 18 mars 2020). Des évolutions permettent ensuite un accompagnement individualisé à domicile ou en distanciel (Infonota INF/20/86 du 25 mars 2020) puis dans le centre (INF/20/105 du 23 avril 2020). Du côté de PHARE et Iriscare, on relève une profusion de directives contradictoires dans les FAQ, en l’absence de consignes claires dans les circulaires: les centres de jour sont tantôt « fermés, mais tenus d’organiser une garderie » (FAQ du 18 mars); ils « peuvent fermer (sans obligation) mais doivent assurer un service minimum pour les personnes qui n’auraient aucune autre alternative » (FAQ du 26 mars 2020); « en principe », ils « ne peuvent pas fermer; ils doivent pouvoir accueillir les usagers sans solution » (FAQ du 20 avril 2020). Il semble en particulier que les situations d’« entre deux », comme celles vécues dans les logements supervisés, aient été très peu encadrées.

⁸⁰ Voy., dans le *BQR* de l’Assemblée réunie de la Commission communautaire commune, les réponses d’Alain Maron et Elke Van den Brandt à la question écrite n° 83 de M. David Weytsman (« dans la pratique, tous les centres (de jour) sont fermés aujourd’hui ») ainsi qu’à la question écrite n° 91 de Mme Céline Fremault (« dans la pratique, presque tous les centres (de jour) ont été fermés »). Voy. en ce sens également: UNIA, « Covid et droits humains ... », *op. cit.*, juillet 2020, p. 21.

⁸¹ Pour la VAPH, voy. Infonota VAPH INF/20/117 du 8 mai 2020, mise à jour par l’Infonota INF/20/122 du 19 mai 2020; Infonota VAPH INF/20/133; Infonota VAPH INF/20/149 du 24 juillet 2020. Pour l’AViQ, cf. la circulaire relativement bavarde et à la tonalité parfois très ferme du 15 mai 2020, ainsi que, dans une moindre mesure, les circulaires des 18 et 24 juin et 30 juillet 2020. Pour Iriscare, cf. les deux circulaires Iriscare du 29 mai 2020 et surtout celle du 16 juin 2020. Pour PHARE, cf. circulaires PHARE des 13 et 16 juin 2020.

⁸² Ceci s’est fait, pour la VAPH, par une adaptation des « kaderrichtlijnen » du 24 juillet 2020 (cf. *supra*, note 66). Les situations dans lesquelles les services pouvaient être suspendus étaient strictement limitées, par contraste avec les institutions résidentielles dans lesquelles étaient suspendus les services non-essentiels externes en fonction de la situation sanitaire locale (en laissant toutefois les directions définir ce qu’étaient les services essentiels): cf. Infonota INF/20/202 du 23 novembre 2020. Voy. par ailleurs Circulaires PHARE des 23 et 26 octobre 2020; Circulaires Iriscare des 18 et 24 septembre, 21 octobre et 26 novembre 2020; les deux circulaires AViQ du 3 novembre 2020 (l’une pour les Services d’accueil de jours [« L’activité des services d’accueil de jour n’est pas suspendue mais nécessite de prendre des mesures strictes visant à éviter la propagation du virus »]; l’autre pour les services d’aides en milieu de vie, des services de soutien dans l’emploi et des services de logements supervisés [« les activités collectives sont suspendues »]).

⁸³ Voy. not. Circulaire Iriscare du 16 juin, p. 7 (« Nous insistons pour que les traitements paramédicaux soient effectués »). Compar. avec UNIA, *Covid et droits humains...*, *op. cit.*, pp. 16 et 17, point 2, ainsi que pp. 36 et 37, point 3; Carte blanche de Nicolas Delplace du 5 mai 2020 (<https://www.gamp.be/2020/05/05/carte-blanche-nicolas-delplace1/>).

⁸⁴ Cf. e.a. Arrêté royal n° 20 du 13 mai 2020 portant des mesures temporaires dans la lutte contre la pandémie COVID-19 et visant à assurer la continuité des soins en matière d’assurance obligatoire soins de santé.

précisé⁸⁵. Des soutiens ont aussi été apportés aux aidant-proches⁸⁶ qui, du jour au lendemain, ont pu être tenus de s'occuper de leurs enfants⁸⁷, sans relais ou solution de répit, compte tenu, tout à la fois, de la fermeture des institutions et de la crainte de faire rentrer le virus à domicile⁸⁸. Certes, tardivement et de manière sans doute insuffisante pour couvrir les besoins, les parents salariés ont eu la possibilité de prendre un « congé parental corona »⁸⁹ ou ont pu prétendre à un chômage temporaire pour force majeure lié au corona en cas de fermeture du centre d'accueil pour personnes handicapées⁹⁰ – avec des différences importantes, selon la voie empruntée, en termes d'indemnisation.

On rappelle par ailleurs que, depuis le mois de juin 2020, les personnes handicapées bénéficiant d'une allocation résiduaire fédérale peuvent, elles aussi, jouir d'un soutien sous la forme d'une « prime COVID »⁹¹. Si le montant peut certes paraître modeste (50 euros par mois), cette prime a le mérite d'exister et de perdurer en soutien des personnes sujettes à la précarité⁹². En

⁸⁵ Voy. les références mentionnées supra, note 25, sans qu'il ne soit distingué, dans ce cadre, entre les institutions résidentielles, d'une part, et les autres institutions de soin, d'accueil et d'assistance.

⁸⁶ Cf., à leur égard, la loi du 12 mai 2014 relative à la reconnaissance de l'aidant proche, telle que remaniée par la loi du 17 mai 2019 établissant une reconnaissance des aidants proches. Depuis lors, les aidants proches se voient reconnaître certains droits sociaux, là où, auparavant, la reconnaissance légale était uniquement d'ordre symbolique. Pour une appréciation du dispositif, voy. not. l'avis n° 2021/21 du CSNPH.

⁸⁷ Cf. not. EDF, *Resolution on Covid 19 and the rights of persons with disabilities*, 2020 (« the impoverishing impacts on carers who are usually women and mothers – the so-called 'feminisation of poverty' »). Cf. en ce sens également: K. HERMANS, J.-M. DUBOIS, A. VANROOSE (dir.), *Pauvreté et handicap en Belgique*, SPF sécurité sociale et SPP Intégration sociale, Bruxelles, 2019, pp. 231 et 232.

⁸⁸ Dès le 30 mars, le Conseil supérieur national des personnes handicapées avait attiré l'attention sur la nécessité d'un soutien pour les aidants proches (Avis n° 2020/9 du CSNPH du 30 mars 2020 relatif aux mesures prises à la suite de la crise provoquée par le COVID-19). Voy. par ailleurs UNIA, *Covid et droits humains ...*, op. cit., pp. 26 à 44, et VUB Fundamental Rights Research Centre, op. cit., pp. 15 et 16.

⁸⁹ AR n° 23 du 13 mai 2020 pris en exécution de l'article 5, § 1, 5°, de la loi du 27 mars 2020 accordant des pouvoirs au Roi afin de prendre des mesures dans la lutte contre la propagation du coronavirus Covid-19 (II) visant le congé parental corona, art. 4 et 5 (jusqu'au 30 juin 2020); arrêté royal n° 45 du 26 juin 2020 pris en exécution de l'article 5, § 1er, 5° de la loi du 27 mars 2020 accordant des pouvoirs au Roi afin de prendre des mesures dans la lutte contre la propagation du coronavirus COVID-19 (II) visant à prolonger certaines mesures, à préciser certaines modalités du congé parental corona et du chèque consommation (jusqu'au 30 septembre 2020). Pour les travailleurs indépendants, voy. l'arrêté royal du 4 juin 2020 accordant une allocation parentale en faveur du travailleur indépendant qui interrompt partiellement son activité indépendante dans le cadre des mesures de lutte contre la propagation du coronavirus COVID-19, spéc. art. 2, § 3. Cf. aussi, pour la fonction publique dans les entités fédérées: arrêté du gouvernement flamand du 17 juillet 2020 modifiant le statut du personnel flamand du 13 janvier 2006 et l'arrêté du Gouvernement flamand du 29 mai 2020 en ce qui concerne la prolongation du congé parental corona; arrêté du Gouvernement wallon du 11 juin 2020 relatif au congé parental « corona » dans le contexte de la pandémie du coronavirus; circulaire du gouvernement wallon du 30 octobre 2020 relative à l'organisation du travail dans le cadre de la pandémie de coronavirus, art. 3. En doctrine, voy. partie V « Social and employment measures » by E. DERMINE et D. DUMONT in E. SLAUTSKY, Fr. BOUHON, C. LANSSENS *et al.*, « Country report: Belgium », *Oxford Compendium of National Legal Responses to Covid-19*, J. King et O. Ferraz (dir.), Oxford, Oxford University Press, 2021, à paraître, n° 120 et 124.

⁹⁰ Loi du 23 octobre 2020 étendant aux travailleurs salariés le bénéfice du régime du chômage temporaire pour force majeure corona en cas de fermeture de l'école, de la garderie ou du centre d'accueil pour personnes handicapées de leur enfant. Pour les indépendants, ayant un enfant handicapé qui ne peut être accueilli en institution, voy. le régime temporaire du droit passerelle consacré par la loi du 22 décembre 2020 instituant des mesures diverses en faveur des travailleurs indépendants dans le cadre de la crise du COVID-19, art. 15, § 3, 3° (régime applicable entre le 1^{er} janvier et le 31 mars 2021, sous réserve de prolongation par le Roi). En doctrine, voy. Qu. DETIENNE, « Droit à la sécurité sociale », à paraître en novembre 2021 dans les actes du colloque « Covid-19 et droit public », sous la dir. de Fr. Bouhon, E. Slautsky et S. Wattier. Cf. par ailleurs, pour la fonction publique dans les entités fédérées: arrêté du gouvernement de la Communauté française du 19 novembre 2020 fixant les modalités d'organisation du travail en cas de fermeture des écoles, accueils temps libre ou centres d'accueil pour personnes en situation de handicap (télétravail ou mise en disponibilité totale ou partielle); arrêté du Gouvernement flamand du 11 décembre 2020 modifiant le statut du personnel flamand du 13 janvier 2006 en ce qui concerne l'introduction d'un congé temporaire en cas de fermeture de l'école, de l'accueil ou du centre d'accueil pour personnes handicapées à la suite d'une mesure visant à limiter la propagation du coronavirus SARS-CoV-2, art. 1.

⁹¹ Arrêté royal n° 47 du 26 juin 2020 pris en exécution de l'article 5, § 1^{er}, 3° de la loi du 27 mars 2020 accordant des pouvoirs au Roi afin de prendre des mesures dans la lutte contre la propagation du coronavirus COVID-19 (II) en vue de l'octroi d'une prime temporaire aux bénéficiaires de certaines allocations d'assistance sociale, spéc. art. 1, 3°, 3 et 4 (cité supra, note 28). Cf. Qu. DETIENNE, op. cit. (note 90).

⁹² Voy. L. TRIAILLE, « La réforme de l'âge des allocations liées au handicap: Que faire, par qui, comment? », *cette revue*, n°

Communauté flamande, les bénéficiaires du *persoonsvolgend budget* (PVB) ont obtenu une majoration de 8,5% de leur budget⁹³. Ceci est à mettre au crédit du financement direct à la personne pour lequel la Communauté flamande a opté en 2014⁹⁴: à l'inverse, les modes de financement wallon et bruxellois, sous la forme de subsides aux institutions, n'ont pas permis de renforcer le soutien direct aux personnes vivant à domicile.

10. Les besoins des personnes handicapées ayant été confinées ailleurs que dans une institution d'hébergement ne se limitent pas aux compensations financières et autres adjuvants nécessaires en soutien d'une autonomie assistée. Ils se manifestent également à l'extérieur, dans le cadre d'un environnement entravé par les mesures sanitaires au sein duquel a émergé, au grand jour, l'exclusion drainée par une application uniforme des mesures sanitaires.

Privées du « *full service* » offert par les institutions résidentielles, préservées, par contre, des interdictions de sortie qu'ont connu les résidents en institution, les personnes handicapées pouvaient, voire étaient en effet conduites à sortir de chez elles pour s'approvisionner⁹⁵, se promener aussi – à l'instar de tous. Mais en requérant parfois, pour pouvoir jouir de leurs droits fondamentaux sur pied d'égalité avec les autres, un traitement différencié sous la forme d'aménagements raisonnables, de dérogations et/ou de mesures plus structurelles d'accessibilité. La presse, mais aussi le CSNPH et UNIA, ont rapidement alerté sur l'absence d'aménagements raisonnables, dans les supermarchés notamment⁹⁶, tout comme de souligner l'(in)accessibilité des transports en commun pour certaines personnes en situation de handicap⁹⁷.

C'est concernant l'obligation générale du port du masque buccal, dans toutes les circonstances où la distanciation sociale était impossible, qu'UNIA reçut le plus de plaintes⁹⁸. Le port du

1, 28 janvier 2021, n° 8 et 9 et références citées. Le CSNPH a cependant souligné, non seulement que le montant de la prime était insuffisant, mais également que certaines catégories de personnes précarisées n'y ont pas eu droit. Tel est notamment le cas des « travailleurs non réguliers » en situation de handicap qui reçoivent le montant du revenu d'intégration au titre de prestation d'invalidité et des personnes en maladie avant le 1^{er} mars 2020 (les personnes qui sont tombées malades après le 1^{er} mars 2020 ont quant à elles bénéficié d'un calcul de leur indemnité plus favorable: salaire de base plafonné majoré de 10 %). Cf. les avis n° 2020/24, 2021/08 et 2021/23 du CSNPH.

⁹³ Cf. les arrêtés du gouvernement flamand du 30 avril 2020, du 8 mai 2020 et du 18 décembre 2020 précités (note 25). Il faut cependant immédiatement préciser qu'indépendamment de la crise sanitaire, nombre de personnes handicapées flamandes attendent encore de pouvoir bénéficier du PVB.

⁹⁴ S. PEETERS et J. PUT, in *Les grands arrêts ...*, op. cit., pp. 521 et s.; E. DI MASCIO, L. LOSSEAU et L. TRIAILLE, in *Les grands arrêts ...*, op. cit., spéc. pp. 576 à 578.

⁹⁵ Cf., cependant, sur le transport de biens alimentaires et de première nécessité, et le transport du linge, l'arrêté de pouvoirs spéciaux n° 51 du Gouvernement wallon du 16 juin 2020 relatif aux mesures de déconfinement COVID-19, en matière d'emploi et d'insertion socioprofessionnelle, en ce compris dans le secteur de l'économie sociale (spéc. art. 21), dont le préambule souligne « les difficultés des bénéficiaires des services des I.D.E.S.S. dans leurs déplacements et les risques auxquels ceux-ci, au regard de leur âge ou de leur handicap ou de leur fragilité socio-économique, s'exposent pour faire des courses alimentaires ou aller chercher leur linge dans le cadre des services de blanchisserie sociale ». Compar. avec A. GUTERRES, op. cit. (note 6), p. 12 *in fine* et p. 13.

⁹⁶ « UNIA s'inquiète au sujet de l'accessibilité des supermarchés pendant le confinement », 1^{er} avril 2020; UNIA, *Covid et droits humains ...*, op. cit., juillet 2020, p. 20, point 6, et p. 41, point 7. Voy. par ailleurs les cas vécus relatés in VUB Fundamental Rights Research Centre, op. cit., p. 15. Compar.: « in Panama, in an effort to reduce risks, specific opening hours have been allocated for persons with disabilities and their personal assistants for essential purchases » (Directives du Haut commissaire aux droits de l'homme, citées note 6, p. 4, point 3).

⁹⁷ CSNPH, avis n° 2020/09 et 2020/15; « UNIA interpelle la SNCB suite à la suspension de son service d'assistance », 24 mars 2020; UNIA, *Covid et droits humains ...*, op. cit., juillet 2020, p. 21; VUB Fundamental Rights Research Centre, op. cit., p. 15. Cf. par ailleurs la question écrite n° 7-708 de Rik Daems du 9 novembre 2020 au vice-premier ministre de la Mobilité, Sén.

⁹⁸ UNIA, *Covid-19. Les droits humains mis à l'épreuve*, 2020, spéc. pp. 18, 19 et 21. Cf. par ailleurs, au-delà du cas belge: E. PENDO, R. GATTER et S. MOHAPATRA, « Resolving Tensions Between Disability Rights Law and Covid-10 Mask Policies », *Maryland Law Review online*, 2020, 13 p. (<https://digitalcommons.law.umaryland.edu/endnotes/68/>).

masque était en effet de nature à renforcer différentes situations de handicap, voire à créer des obstacles inédits: ainsi des personnes que le masque mettait en difficulté respiratoire, ainsi des personnes privées de sortie parce qu'elles étaient incapables de suivre durablement cette consigne en raison d'une déficience intellectuelle ou d'un trouble mental, ainsi encore des personnes sourdes qui, dans leurs interactions quotidiennes, se voyaient privées de toute possibilité de pratiquer la lecture labiale⁹⁹.

Ces situations ont été réglées tardivement par le droit. Les normes qui modulent l'obligation de port du masque depuis le 10 juillet 2020 permirent d'abord l'usage dérogatoire d'un *écran facial* – plutôt qu'un masque – « pour des raisons médicales »¹⁰⁰. Ce n'est que le 22 août 2020 qu'une exception libéra de toute obligation de couvrir leur visage « les personnes qui sont dans l'impossibilité de porter un masque, une alternative en tissu ou un écran facial, en raison d'une situation de handicap attestée au moyen d'un certificat médical »¹⁰¹. La lecture labiale n'apparaît quant à elle, au même moment, que dans le préambule des arrêtés: « Considérant que (le masque) ne peut être ôté que le temps strictement nécessaire, notamment lors de la consommation de boissons et de nourriture, pour se moucher le nez *ou à des fins de lecture labiale pour les sourds et malentendants* »¹⁰². Une fois adoptées, ces dérogations légales ont tardé à être connues et observées en pratique.

11. C'est sans doute à domicile et dans les lieux publics que les situations de handicaps ont été les plus mal considérées, soit parce qu'elles étaient invisibles dans leur singularité, soit parce que l'hospitalo-centrisme drainé par la crise a occulté la compréhension sociale du handicap et l'objectif d'inclusion. Il semble à cet égard révélateur que, dans le cadre de la vaccination, seules « les structures résidentielles pour personnes en situation de handicap » aient été « reprises en Priorité 1, immédiatement après les Maisons de Repos »¹⁰³, et pas les auxiliaires de vie des personnes handicapées vivant à domicile et ce, en dépit de l'impossibilité, dans certaines circonstances, de respecter les distances sanitaires.

Toutes ces relégations et prises en compte tardives confirment un présupposé tenace enfermant la question des handicaps dans les institutions – probablement l'une des tendances les plus

⁹⁹ Y compris avec le personnel soignant: cf. à ce sujet L. TRIAILLE, « Handicap et accès aux soins pendant la pandémie: le moment des priorités et de la (complexe) planification », carte blanche publiée pendant la première vague sur le site du projet AutonomiCap (<https://autonomicap-usaintlouis.org/crise-sanitaire>).

¹⁰⁰ Art. 21*bis* de l'arrêté ministériel précité du 30 juin 2020, introduit par l'art. 4 de l'arrêté ministériel du 10 juillet 2020.

¹⁰¹ Art. 21*bis* précité, tel que complété par l'art. 12 de l'arrêté ministériel du 22 août 2020. Voy., dans un sens identique: arrêté du Ministre-Président de la Région de Bruxelles-Capitale du 28 septembre 2020 modifiant l'arrêté du Ministre-Président de la Région de Bruxelles-Capitale du 6 août 2020 portant l'obligation de porter un masque à tout moment sur le domaine public et tout lieu privé mais accessible au public sur l'ensemble du territoire de la Région de Bruxelles-Capitale; arrêté du Ministre-Président de la Région de Bruxelles-Capitale du 26 octobre 2020 arrêtant des mesures complémentaires à celles arrêtées par le ministre de l'Intérieur afin de limiter la propagation du coronavirus Covid-19; arrêté ministériel du 1^{er} novembre 2020 modifiant l'arrêté ministériel du 28 octobre 2020 portant des mesures d'urgence pour limiter la propagation du coronavirus COVID-19. Cf. aussi not., dans le cadre de l'enseignement: pour les enseignants en contact avec des enfants handicapés, la circulaire 7817 de la Ministre Désir du 31 octobre 2020; pour les élèves handicapés (en classe et dans les transports communs), la circulaire 7816 du 31 octobre 2021.

¹⁰² Préambule des arrêtés ministériels précités des 22 août, 25 septembre, 8, 18 et 28 octobre 2020. Cet ajout discret, noyé dans le préambule des arrêtés, a non seulement privé cette dérogation d'un statut juridique clair; il a aussi pu contribuer à en occulter l'existence jusque novembre au moins, comme en témoigne l'Infonota VAPH INF/20/202 du 23 novembre 2020 (« Tot voor kort mocht het mondmasker op verplichte plaatsen enkel afgenomen worden om te drinken en te eten of om de neus te snuiten. Sinds 1 november 2020 is het ook officieel toegestaan om het mondmasker tijdelijk af te zetten tijdens een gesprek met iemand die niet (goed) hoort zodat die persoon kan liplezen », p. 3 *in fine*).

¹⁰³ Circulaire AViQ du 26 janvier 2021.

clairement mises en lumière par la crise sanitaire.

Section 3 – Vers et de retour de l'institution hospitalière

12. Quel qu'ait été le lieu de leur confinement, l'accès aux soins hospitaliers des personnes handicapées a posé question¹⁰⁴.

La priorisation des patients dans l'accès aux soins intensifs a ainsi donné lieu à une controverse publique¹⁰⁵. En cas de surcharge des hôpitaux, il faut restreindre l'accès aux soins intensifs à certains patients. Si la priorité va aux patients qui ont le plus de chances de survie, ce choix est certes déchirant, mais rationnel et défendable. Si, par contre, la priorisation repose sur un classement des vies en fonction de leur valeur ou de leur désirabilité, pensées en des termes nébuleux de « niveau de dépendance » ou de « bien-portance », le critère devient inacceptable au regard de l'article 25, f de la CDPH, notamment. Il ne suffit cependant pas de poser ces principes pour évacuer toute ambiguïté de la pratique médicale, dans la mesure où *certain*s handicaps sont liés à des maladies chroniques et où *certain*es maladies chroniques peuvent constituer des comorbidités associées, qui entravent les chances de survie. *Certain*es personnes handicapées peuvent donc être « légitimement » non-prioritaires dans l'accès aux soins intensifs: non en raison de leur dépendance, mais en raison de leurs chances de survie.

Dans une recommandation toute en nuances du 21 décembre 2020, le Comité consultatif de bioéthique rappelle en ce sens l'égalité fondamentale des patients, interdisant toute discrimination dans l'accès aux soins de santé fondée, notamment, sur le handicap ou l'âge – mais pas seulement¹⁰⁶. On y trouve aussi l'explicitation de diverses options éthiques possibles lorsqu'il devient nécessaire d'établir des priorités dans l'accès aux soins, et la précision que si, dans ce contexte, « le nombre d'années de vie de qualité » peut constituer un paramètre décisif, il se « limit(e) à l'évaluation du bénéfice escompté d'un traitement », sans jugement aucun « porté sur la 'valeur' de la vie et de la personne du patient »¹⁰⁷.

¹⁰⁴ CSNPH, avis n° 2020/08 du 27 mars 2020 sur la sélection des patients; UNIA, « les personnes handicapées et les personnes âgées ont le droit d'être soignées », 10 avril 2020 (<https://www.unia.be/fr/articles/les-personnes-handicapees-et-les-personnes-agees-ont-le-droit-detre-soignee>). Voy. aussi: les directives du Haut-Commissaire aux droits de l'homme précitées, note 6, point 1; Covid-DRM, *op. cit.*, pp. 41 à 45; Observation interprétative sur le droit à la protection de la santé en temps de pandémie adoptée par le Comité européen des droits sociaux le 21 avril 2021, p. 5, ainsi que G. QUINN, « Covid-19 and Disability: a War of Two Paradigms », *Covid-19 and Human Rights*, M. Kjaerum, M. F. Davis et A. Lyons (eds.), London, Routledge, 2021, chapter 8. On précise par ailleurs que plusieurs passages de cette section 3 sont empruntés à la carte blanche de L. TRIAILLE citée *supra*, note 99.

¹⁰⁵ La polémique a commencé, en Belgique, à partir de craintes exprimées à ce sujet par des personnes handicapées et leur famille. En cause parmi d'autres: la déclaration faite à une maman, relayée sur les réseaux sociaux, selon laquelle sa fille autiste n'aurait pas la priorité d'accès aux soins intensifs en cas de surcharge des hôpitaux. Voy. par ailleurs l'avis n° 2020/08 précité du CSNPH, et la réponse maladroite de la Ministre de la Santé et du président de l'ABSYM reproduite in R. EBOKO, N. HOMBERGEN et M. COOLS, « Le handicap en temps de crise, le grand oublié des politiques », 16 avril 2020, 14 p., spéc. pp. 8 et s. (<https://www.asph.be/wp-content/uploads/2020/10/Analyse-ASPH-2020-Le-handicap-en-temps-de-crise-le-grand-oublie-des-politiques.pdf>).

¹⁰⁶ Recommandation du 21 décembre 2020 du Comité consultatif de Bioéthique de Belgique à laquelle adhèrent l'Ordre des médecins et le Conseil supérieur de la Santé sur les aspects éthiques relatifs à la priorisation des soins en période de Covid-19, spéc. pp. 6, 9, 10 et 13. Voy. par ailleurs pour une réaffirmation de l'égalité d'accès à tous les services de santé pour les personnes handicapées, la Stratégie de la Commission européenne en faveur des droits des personnes handicapées 2021-2030.

¹⁰⁷ Recommandation précitée, pp. 11 à 13. Et le Comité d'ajouter que « la vulnérabilité sociale ne saurait constituer un motif d'exclusion, même si elle peut avoir un impact sur le résultat escompté. Lorsque la situation socio-économique d'un patient

De facto, et à défaut d'avoir été encadrées juridiquement, des situations de handicap peuvent encore être aggravées par l'inaccessibilité des bâtiments (compte tenu des directives sanitaires appliquées de manière générale) ou des informations communiquées (pour les personnes sourdes, par exemple, compte tenu du port du masque). Des considérations plus pragmatiques, liées à la surcharge des hôpitaux, sont également de nature à malmener l'accès aux soins de santé en toute égalité; on songe en particulier au temps et à l'attention accrus que certaines personnes handicapées peuvent requérir de la part du personnel soignant, compte tenu, précisément, de leur situation de handicap mais aussi de l'interdiction ou de l'absence de visites et autres formes d'accompagnement¹⁰⁸.

Certains dispositifs juridiques ont par ailleurs été prévus à la sortie de l'hôpital, pour désengorger les hôpitaux, tout en encadrant *a minima* les personnes dans le besoin d'un suivi de soins¹⁰⁹.

En définitive, les situations les plus préoccupantes tiennent sans doute au fait qu'en amont, des personnes âgées tombant sous le champ d'application de la Convention onusienne relative aux droits des personnes handicapées n'ont pas été amenées à l'hôpital pour y recevoir les soins idoines, et sont décédées en maisons de repos¹¹⁰. On peut penser, à cet égard, que le plus grand risque, en termes d'égalité dans l'accès aux soins de santé, se situe en amont de l'institution hospitalière, dans une forme de tri sélectif d'autant plus redoutable qu'elle opère dans l'ombre.

II - LES SITUATIONS DE HANDICAPS EN TEMPS DE COVID À L'AUNE DU DROIT DES DROITS FONDAMENTAUX

13. Au terme de cet aperçu des situations de handicap en temps de Covid, on imagine aisément les pressions, multiples et diversifiées, sous lesquelles les différents acteurs ont été conduits à évoluer – qu'il s'agisse des personnes handicapées elles-mêmes, de leur entourage, du personnel aidant¹¹¹, des directeurs d'établissement, du secteur, des organismes public ou des responsables politiques. On devine aussi les épreuves, parfois douloureuses, tantôt à la limite du supportable (à supposer que la limite n'ait pas été

risque de rendre plus difficile sa réhabilitation, cela ne doit pas être considéré comme une évaluation médicale » (p. 13). Ou encore: « Les limites d'âge, en tant que facteur totalement déconnecté des critères médicaux, ne devraient jamais être prises en considération. Certes, avec l'âge qui avance, la présence de pathologies chroniques, de multimorbidité et de fragilité augmente. L'âge, en tant qu'il est lié à un état de santé découlant de la vieillesse, peut donc faire partie de l'évaluation médicale. En ce qui concerne l'exclusion des personnes âgées sur la base de la solidarité intergénérationnelle, par laquelle les générations plus âgées se voient refuser l'accès aux soins intensifs au profit des jeunes générations, ou l'exclusion des personnes âgées sur la base d'un argument similaire, le Comité estime qu'il n'y a pas de justification éthique suffisante » (pp. 13-14). Voy. par ailleurs en doctrine: Fr. LEICHTER-FLACK, « La perception tragique du tri: enjeux éthiques et effets d'une soudaine visibilité dans le débat public », ainsi que S. DE MONTGOLFIER et A. LAMBLIN, « Covid-19 et risque d'inégalité d'accès aux soins critiques pour les personnes vulnérables », in *Pandémie 2020. Ethique, société, politique*, sous la dir. de E. Hirsch, Paris, Cerf, 2020, respectivement pp. 81 à 87 et pp. 89 à 93.

¹⁰⁸ Des questions similaires se sont posées dans le cadre de la politique de vaccination (cf. not. à cet égard les informations rassemblées sur le site des ASBL Gamp (<https://www.gamp.be/2021/02/09/vaccination-revendications/>) et Inclusion (<https://www.inclusion-asbl.be/actualites/recap-vaccination/>).

¹⁰⁹ Arrêté royal n° 20 du 13 mai 2020 portant des mesures temporaires dans la lutte contre la pandémie Covid-19 et visant à assurer la continuité des soins en matière d'assurance obligatoire soins de santé, art. 33, § 1, 2° (structure de soins intermédiaire pour personne handicapée atteinte du Covid); voy. aussi le *Rapport au Roi*. Ce dispositif juridique est cependant demeuré sans suite. *Adde* les allusions, dans les différentes circulaires évoquées, aux allers-retours entre hôpitaux et institutions résidentielles.

¹¹⁰ Cf. à cet égard le rapport précité d'Amnesty international.

¹¹¹ Voy. les témoignages contenus dans le rapport de MSF précité (note 33), spéc. pp. 3, 4 et 19.

franchie) qui ont dû être surmontées malgré tout, parfois dans une ombre et un isolement qui ne pouvaient que les accentuer davantage encore. Des voix, on l'a d'emblée souligné, se sont élevées pour nommer ces situations, pour dire ces détresses, et il faut les saluer, tant dans un champ qui se déploie pour l'essentiel loin des prétoires au sein desquels d'autres vulnérabilités furent rendues visibles¹¹², il y a là une première forme de reconnaissance de ce qui fut fait aux vulnérabilités en temps de crise.

On souhaiterait à présent évaluer les situations de handicap et les mesures adoptées pour les encadrer à l'aune du droit des droits fondamentaux. Certains droits ont été placés au centre du jeu – on songe évidemment aux droits à la santé et à la vie. D'autres, comme le droit à la sécurité sociale, ont donné lieu à des réalisations destinées à contenir certains effets collatéraux de la crise¹¹³, tandis que la plupart des autres droits – liberté d'aller et de venir, droit de réunion, principe d'égalité, ... – étaient particulièrement malmenés. Les concernant, on voudrait suggérer une grille de lecture au travers de laquelle pourraient être appréhendées non pas tant les situations générales et abstraites que nous avons décrites que les cas individuels qui ont subi ces situations de manière potentiellement fort différente selon les circonstances et les subjectivités (section 1). De l'invitation à « penser par cas » les situations de handicap et les atteintes aux droits fondamentaux, on renouera ensuite avec une dimension plus collective, consistant à esquisser pour l'avenir quelques perspectives possibles, nourries des enseignements des temps de crise (section 2).

Section 1 – Les enseignements de la crise – vers une grille de lecture des situations de handicap en temps de Covid

14. L'article 11 de la CDPH prévoit que « Les États Parties prennent, conformément aux obligations qui leur incombent en vertu du droit international, notamment le droit international humanitaire et le droit international des droits de l'homme, toutes mesures nécessaires pour assurer la protection et la sûreté des personnes handicapées dans les situations de risque, y compris les conflits armés, les crises humanitaires et les catastrophes naturelles ». On comprend bien la *ratio legis* d'une telle disposition qui, dans un contexte de situations d'urgence ou de crise, invite à une vigilance particulière à l'égard des personnes handicapées là où d'autres traités, comme la CEDH, autorisent au contraire la suspension de certains droits fondamentaux, en ce compris vis-à-vis des personnes handicapées. C'est qu'en pareilles situations, agir sur la dimension sociale du handicap, faisant obstacle à la pleine participation à la société des personnes handicapées sur la base de l'égalité avec les autres, devient plus compliqué encore. L'environnement, au sens large du terme, échappe, en partie en tout cas, aux régulations qui, en d'autres temps, doivent permettre d'atténuer les situations de handicap¹¹⁴. Dans le contexte d'une épidémie mondiale, la crise elle-même crée une situation de handicap universelle qui,

¹¹² Cf., cependant, les arrêts de la Cour constitutionnelle n° 32/2021 du 25 février 2021 (suspension) et n° 76/2021 (annulation) sur lesquels on reviendra *infra* (n° 25 et 26).

¹¹³ Cf., par exemple, la prime « Corona ». Comme si lorsque la cause identifiée d'un dommage ne pouvait être attribuée à une responsabilité individuelle, la solidarité pouvait jouer à plein (l'hypothèse est avancée par Q. DETIENNE, *op. cit.*).

¹¹⁴ L'approche du handicap entérinée par la CDPH invite les États à lever les barrières qui s'opposent à la pleine participation des personnes handicapées à la vie en société. Pour certains handicaps, la crise a toutefois généré quantité de nouvelles barrières générales et abstraites que même une accessibilité universelle n'aurait pu lever – pas davantage que des aménagements raisonnables. Sans même songer aux aides et soutiens requis par des incapacités ou au nom d'une autonomie assistée, les bougés des repères habituels et l'adaptabilité constante à de nouvelles normes qu'exige la crise a engendré des situations de handicaps irréductibles, car radicalement indépassables pour certaines personnes handicapées.

paradoxalement, occulte les situations de handicap individuelles dont la dimension médicale tend à devenir la seule caractéristique distinctive – et ce, à rebours des renversements de perspectives auxquels invite la CDPH. Marquée par un fort hospitalo-centrisme, la crise a ainsi contribué à remettre à l’avant plan une compréhension médicale du handicap, nourrie de la confusion persistante entre personnes âgées et handicapées, entre maladie et handicap.

Dans son commentaire de l’article 11 de la CDPH, Stéphanie Motz écrit: « il y a plusieurs raisons pour lesquelles il est important de préciser les droits des personnes handicapées en période de conflit et d’urgence (...) (:) alors que, d’un point de vue juridique, les personnes handicapées ont les mêmes droits que toute autre personne dans un tel contexte, en pratique, elles sont souvent exclues des dispositifs adoptés pour faire face aux situations d’urgence, et ce, en raison d’un manque d’information, d’accessibilité et d’aménagements raisonnables »¹¹⁵. Si l’article 11 est jusqu’ici passé inaperçu dans l’ordre juridique belge, ce qui a motivé son adoption s’y est par contre largement vérifié: en temps de crise sanitaire, les principes de légalité et d’égalité ont été malmenés aux détriments des personnes handicapées. Ont-ils pour autant été violés ? D’autres droits fondamentaux l’ont-ils été ? Des responsabilités gagnent-elles à être engagées¹¹⁶?

15. La rencontre de ces questions appelle d’emblée cinq balises. *D’abord*, la vulnérabilité des personnes handicapées reconnue par le droit des droits fondamentaux implique en principe une protection catégorielle accrue de la part des autorités publiques¹¹⁷. *Deuxièmement*, toute situation individuelle de handicap gagne à être contextualisée à l’échelle d’une épidémie mondiale qui a, tout à la fois, pris les autorités publiques de court et multiplié les conflits de droits¹¹⁸, en ce compris de mêmes prérogatives détenues par des titulaires distincts (le droit à la santé de tous *versus* le droit à la santé de certaines personnes vulnérables en particulier, handicapées et/ou âgées et/ou incarcérées et/ou étrangères, ...) ou concentrée dans le chef d’un titulaire unique (le droit à la santé physique *versus* le droit à la santé mentale ou psychosociale, pour ne prendre que cet exemple)¹¹⁹. Pareilles tensions s’observent également à propos du droit à la vie: « Il s’agit de s’interroger sur la valeur qu’on donne à la survie d’un être humain, face à un risque donné (comme la propagation d’une maladie dangereuse), lorsqu’elle implique d’affaiblir sensiblement la qualité de vie de l’être humain concerné, mais aussi de tous les autres »¹²⁰. *Ensuite*, le droit à la santé, comme le droit à la vie, imposent aux États

¹¹⁵ in *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities. A commentary*, I. BANTEKAS, M.A. STEIN et D. ANASTASIOU (eds.), Oxford University Press, 2018, p. 318 (traduction libre de l’extrait suivant: «there are several reasons why it is important to spell out the rights of persons with disabilities in times of conflict and emergency (...) (:) while persons with disabilities legally have the same rights in such risk situations as everyone else, in practice they are often excluded from emergency responses through lack of information, accessibility, and reasonable accommodation »).

¹¹⁶ Sur une possible invocation de l’article 11 de la CDPH en soutien d’une action en responsabilité, cf. A. D’ESPALLIER, S. SOTTIAUX et J. WOUTERS, *De doorwerking van het VN-Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap*, Antwerpen, Intersentia, 2014, p. 74. Poser la question ne nous empêche pas de considérer que, dans les institutions et ailleurs, les uns et les autres ont redoublé d’efforts pour faire face à la crise et au contexte d’impréparation dans lequel elle a éclaté (cf. not. à cet égard: A. FEYT et A. ANTOINE, « Les structures de santé face au Covid-19, en ‘mode dégradé’ », *La pandémie de Covid-19 face au droit*, sous la direction de S. Parsa et M. Uyttendale, Limal, Anthémis, 2020, pp. 393 et s.).

¹¹⁷ Laquelle conduit notamment la Cour européenne des droits de l’homme à reconnaître une marge d’appréciation restreinte à l’État (en ce sens, not.: Cour eur. D.H. (ch.), arrêt *Guberina c. Croatie* du 22 mars 2016, § 73).

¹¹⁸ Cf. not. en ce sens l’avis 68.936/AG/AV du Conseil d’État rendu le 7 avril 2021 sur un avant-projet de loi « relative aux mesures de police administrative lors d’une situation d’urgence épidémique », pt. 6.

¹¹⁹ Car la mise en balance de la santé publique *versus* individuelle est encore complexifiée par le caractère multidimensionnel de la santé, comprise *a minima* dans ses aspects physiques et mentaux. Au nom de considérations de santé publique, destinée à les protéger elles aussi, les mesures adoptées par les autorités publiques ont pu mettre à mal la santé mentale, voire parfois même l’état de santé physique, de certaines personnes handicapées.

¹²⁰ Fr. BOUHON et M. FRANSSSEN, « Devoir et pouvoir de protéger la vie en temps de pandémie: essai d’analyse transversale au

l'adoption de mesures positives destinées à protéger l'intégrité physique des personnes, handicapées ou non, relevant de leur juridiction¹²¹. *Quatrièmement*, qu'elles soient de nature matérielle ou procédurale, les obligations positives de protection qui pèsent sur l'État sont des obligations de moyen, non de résultat, à telle enseigne qu'un juste équilibre doit être recherché entre les divers intérêts en présence¹²². *Enfin*, les États et les décideurs politiques disposent en général à cette fin, dans un contexte de crise imposant de composer avec le principe de précaution, d'une marge d'appréciation importante, laquelle réduit, corrélativement, le contrôle juridictionnel à la détection d'erreurs d'appréciation manifestes¹²³. Cela ne veut pas dire que le contrôle de proportionnalité disparaît, mais qu'il est contenu dans ce qui, en temps de crise et en l'absence de droit de crise, peut apparaître comme de plus justes proportions. En temps de crise, le principe de proportionnalité pourrait du reste trouver à se déployer en d'autres champs, que ce soit en matière de répartition des compétences¹²⁴ ou, comme on aura l'occasion d'y revenir, à la croisée de l'obligation positive de protéger les droits fondamentaux et du principe de légalité formelle.

Dans ce contexte, il nous semble que les situations individuelles de handicap et les mesures de crise qui les ont impactées – positivement ou négativement – gagnent à être envisagées au filtre de plusieurs critères qui, cumulés en tout ou partie, pourraient le cas échéant signaler le franchissement du cadre des droits fondamentaux et, partant, une violation de l'un ou l'autre des droits considérés. La grille de lecture que nous proposons à cette fin s'adosse aux points d'attention que, dans l'extrait précité (*supra*, n° 14), Stéphanie Motz soulignait comme autant de risques encourus par les personnes handicapées en période de crise. Ainsi cette grille de lecture s'ouvre-t-elle sur la prise en considération de la vulnérabilité particulière des personnes handicapées, à l'origine, notamment, de l'adoption de l'article 11 de la CDPH (§ 1). Elle compte aussi le principe de légalité, qui se traduit entre autres – mais pas seulement – par l'accessibilité des mesures adoptées (§ 2). Elle intègre ensuite le principe d'égalité, dont l'accessibilité universelle et l'obligation d'aménagement raisonnable constituent des déclinaisons parmi d'autres (§ 3). La grille de lecture proposée dépasse cependant l'examen des trois critères

regard des droits fondamentaux », à paraître en novembre 2021 dans les actes du colloque « Covid-19 et droit public », sous la dir. de Fr. Bouhon, E. Slautsky et S. Wattier.

¹²¹ Voy. not., à l'échelle nationale belge: C.E., avis 68.936/AG/AV précité note 118, pt. 5; C.E.(A.G.), n° 248.819 du 30 octobre 2020, cons. 18. En droit international, cf. la Déclaration du Comité des droits économiques, sociaux et culturels du 17 avril 2020 sur la pandémie de maladie à coronavirus (COVID-19) et les droits économiques, sociaux et culturels, ainsi que l'Observation interprétative sur le droit à la protection de la santé en temps de pandémie adoptée par le Comité européen des droits sociaux le 21 avril 2021. Voy. aussi: Cour eur. D.H., décision le *Mailloux c. France* du 5 novembre 2020, ainsi que, plus largement, la fiche thématique « Crise sanitaire de la Covid-19 » (mai 2021; https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Covid_FRA.pdf) et l'étude précitée, note 120, de Frédéric Bouhon et Mathilde Franssen.

¹²² L'État a l'« obligation d'agir pour éviter des décès prévisibles » (Fr. BOUHON et M. FRANSSSEN, *op. cit.*, qui se base à cette fin sur la jurisprudence du Comité des droits de l'homme, citée à la note 32). Sur les différents types d'obligations qui assortissent les droits fondamentaux, cf. not. I. HACHEZ, « La portée des droits constitutionnels », *Les droits constitutionnels en Belgique*, sous la direction de M. Verdussen et N. Bonbled, volume 1, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 331 à 354.

¹²³ Sur l'invocation du principe de précaution en contexte de pandémie, cf. not. C.E., avis 68.936/AG/AV du 7 avril 2021, p. 46, n° 80 et les références citées aux arrêts de la C.J.U.E. et du C.E. Sur les implications du principe de précaution sur le contrôle de proportionnalité, voy. e.a. J. VELAERS, Conclusions des actes du colloque « Covid-19 et droit public », sous la dir. de Fr. Bouhon, E. Slautsky et S. Wattier, à paraître en novembre 2021. Sur la marge d'appréciation reconnue aux États en matière de santé, indépendamment du contexte de crise sanitaire, cf. C.J.U.E., arrêt *Ordine Nazionale dei Biologi* du 10 mars 2021, C-96/20: « Or, selon une jurisprudence constante de la Cour, la santé et la vie des personnes occupant le premier rang parmi les biens et les intérêts protégés par le traité FUE, il appartient aux États membres de décider du niveau auquel ils entendent assurer la protection de la santé publique et la manière dont ce niveau doit être atteint. Ce niveau pouvant varier d'un État membre à l'autre, il convient de reconnaître aux États membres une marge d'appréciation (arrêt du 8 juin 2017, *Medisanus*, C-296/15, EU:C:2017:431, point 82 et jurisprudence citée). Par conséquent, le fait qu'un État membre impose des règles moins strictes que celles imposées par un autre État membre ne saurait signifier que ces dernières sont disproportionnées (arrêt du 18 septembre 2019, *VIPA*, C-222/18, EU:C:2019:751, point 71 et jurisprudence citée) ».

¹²⁴ C.E., avis 68.936/AG/AV précité note 117, pt. 5.

épinglés (vulnérabilité, légalité, égalité) pour inclure une analyse de proportionnalité, que ce soit dans le cadre du principe d'égalité ou en lien avec d'autres droits fondamentaux (§ 4), et l'ultime filet de protection que constitue le principe matriciel de la dignité humaine (§ 5)¹²⁵.

§ 1 - Quelle(s) vulnérabilité(s) ?

16. Aux vulnérabilités catégorielles reconnues par le droit des droits fondamentaux, et qui peuvent se recouvrir (comme l'âge, le genre, le handicap, ...) ont pu s'ajouter, en temps de pandémie, une vulnérabilité intrinsèque au Covid (charriée par l'âge ou des facteurs de comorbidité)¹²⁶ et une vulnérabilité contextuelle (liée aux risques additionnels que le Covid fait courir aux lieux de vie collectifs)¹²⁷. On peut penser que plus les vulnérabilités se cumulent – et opèrent alors de manière exponentielle – plus l'obligation positive de protection à charge de l'État s'intensifie, *a fortiori* lorsque le lieu considéré s'apparente à un lieu privatif de liberté¹²⁸.

Il faut cependant directement nuancer le propos par trois considérations. D'une part, l'attention portée à la vulnérabilité des lieux collectifs de vie, en particulier par les organes de contrôle internationaux, ne doit pas occulter le fait que le confinement vécu à domicile a pu, lui aussi, considérablement accentuer la vulnérabilité des personnes handicapées¹²⁹. Celles-ci ont pu être

¹²⁵ L'articulation de cette grille de lecture avec les exigences du contrôle de proportionnalité gagne à être bien comprise. Il est classique d'enseigner que ce contrôle implique la rencontre d'une triple exigence: la limitation litigieuse doit être prévue par la loi, poursuivre un objectif légitime et être proportionnée à celui-ci (c'est-à-dire appropriée, nécessaire et proportionnée au sens strict); qu'une seule de ces exigences ne soit pas remplie et le contrôle débouchera sur un constat de violation du droit fondamental considéré. Dans la grille de lecture suggérée, nous intégrons l'analyse de la légalité et de la proportionnalité, sans discuter la légitimité de l'objectif poursuivi, qui, *in casu*, nous semble difficilement contestable. Mais nous faisons également apparaître d'autres éléments d'analyse, qui sont susceptibles d'influer sur l'appréciation de la proportionnalité des mesures considérées et de faire varier l'intensité du contrôle à réaliser. Notre hypothèse est que, compte tenu de la situation de crise sanitaire et de la large marge d'appréciation dont elle s'accompagne en principe pour l'État et les décideurs politiques, des mesures qui, en d'autres temps, auraient « butté » sur un des critères considéré isolément (comme, par exemple, l'exigence de légalité) gagnent ici à être appréhendées de manière contextuelle: c'est l'addition des distances prises avec les canons du contrôle de proportionnalité ou l'intensité de certains critères considérés dans ce cadre qui, en temps de crise, signerait le passage à la limite.

¹²⁶ On peut par exemple lire à cet égard, dans la circulaire AViQ du 8 mai 2020, que « la plupart des personnes en situation de handicap ne font pas spécifiquement partie selon Sciensano des personnes considérées comme à risque ».

¹²⁷ Pour une analyse comparative des situations de vulnérabilité vécues par les personnes handicapées avec celles qu'ont connu les personnes âgées, incarcérées et étrangères, cf. I. HACHEZ, M. HARDT, L. LOSSEAU, O. NEDERLANDT, S. SAROLÉA et L. TRIAILLE, *op. cit.*

¹²⁸ Sur la distinction entre privation de liberté et « simple » restriction à la liberté d'aller et de venir, cf., parmi d'autres, Cour eur. D.H. (Gde Ch.), arrêt *Stanev c. Bulgarie* du 17 janvier 2012, spéc. §§ 115 à 120 (en cause, le placement dans un foyer de personnes atteintes de troubles mentaux). Pour un aperçu plus large, voy. le *Guide sur l'article 5 de la CEDH*, dans sa dernière mise à jour du 31 décembre 2020 (https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_5_FRA.pdf). Dans sa jurisprudence relative aux privations de liberté, la Cour strasbourgeoise a notamment estimé que « lorsque les autorités décident de placer et de maintenir en détention une personne handicapée, elles doivent faire preuve d'une attention spéciale en lui assurant des conditions correspondant aux besoins particuliers résultant de son handicap (...). Plus généralement, la Cour a considéré que les États étaient tenus de prendre des mesures particulières pour assurer une protection effective aux personnes vulnérables contre les mauvais traitements dont les autorités ont ou auraient dû avoir connaissance » (Cour eur. D.H., arrêt *Semikhvostov c. Russie* du 6 février 2014, § 59; traduction libre). Il n'est pas exclu que cette jurisprudence, combinant les articles 5 et 3 de la CEDH, puisse s'appliquer par analogie à certaines situations vécues dans des lieux collectifs qui, à l'aube de la première vague, se sont refermés sur eux-mêmes pour éviter la propagation d'une « maladie contagieuse » (art. 5, § 1, e, CEDH), et le sont parfois restés bien au-delà du déconfinement de la population, sans communication claire sur les droits des résidents (cf. e.a., à cet égard, Cour eur. D.H. (Gde Ch.), *Z.A. c. Russie* du 21 novembre 2019 [en cause: le confinement dans une zone de transit aéroportuaire de personnes étrangères], spéc. §§ 127, 134, 146, 161, 182, 188 et 191). Compar., *a contrario*, Cour eur. D.H., décision d'irrecevabilité du 13 avril 2021, *Terhes c. Roumanie*, spéc. §§ 43 et 44.

¹²⁹ *Supra*, n° 8 à 11.

privées de tout ou partie des aides nécessaires à une autonomie assistée, tout comme encourir un risque accru lorsque faisaient défaut les mesures destinées à sécuriser les contacts dans le cadre de l'assistance fournie (masque, gants, vaccination, ...).

D'autre part, la personne handicapée peut elle-même être prise dans l'entrelacs de vulnérabilités en tension, dont l'appréhension conjointe risque alors de neutraliser le surcroît de protection requis. Ainsi, les mesures sanitaires appelées à protéger la santé physique d'une personne particulièrement vulnérable au Covid peuvent la priver des repères et contacts humains essentiels à la préservation de sa santé mentale. Sans compter que des mesures destinées à protéger la santé physique des résidents et de la population en général ont pu, dans le même temps, contribuer à la détériorer dans le chef de certains d'entre eux: l'interdiction des visites a, par exemple, pu priver des personnes de tiers les assistant au quotidien pour se nourrir. Même en se focalisant sur les seuls besoins des personnes en situation de handicap, il n'est pas toujours évident de déterminer à l'avance, les concernant et vu la diversité des handicaps, la mesure idoine en termes de protection des droits humains¹³⁰.

Enfin, dans un contexte de pandémie mondiale où les vulnérabilités catégorielles des uns croisent les vulnérabilités – catégorielles ou universelles des autres –, l'attention portée à la santé individuelle devra inévitablement composer avec l'objectif de santé publique pour qu'*in fine*, chacun puisse se voir garantir en toute égalité l'accès aux soins hospitaliers¹³¹. Derrière l'objectif de protection de la santé se profile donc très vite celui de l'évitement de la saturation du système hospitalier.

§ 2 - Quelle légalité ?

17. Il est généralement admis, en droit constitutionnel belge, que les restrictions aux droits fondamentaux sont subordonnées à l'intervention du pouvoir législatif compétent¹³². Quoiqu'interprété souplesment par la Cour constitutionnelle, l'article 23 de la Constitution, qui consacre notamment le droit à la santé, porte la marque explicite de ce principe de compétence réservée à la loi formelle¹³³. À la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, on considère tout aussi classiquement que la base légale exigée doit être accessible et prévisible¹³⁴. L'exigence d'accessibilité appelle en principe la publication, sous une forme ou une autre, de la norme considérée. L'exigence de prévisibilité requiert, quant à elle, « qu'une norme soit énoncée avec assez de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite; en s'entourant au besoin de conseils éclairés, il doit être à même de prévoir, à un degré raisonnable dans les

¹³⁰ Si la prise en considération de la santé mentale était seconde par rapport à l'objectif de santé publique, on peut cependant repérer très tôt certains indices de l'attention qui lui fut portée. Ainsi, dès le 11 mars 2020, une circulaire d'Iriscare recommande d'« assurer l'accompagnement du résident et le rassurer, particulièrement avec les patients suivis pour des troubles de santé mentale ». Le 6 mai, une autre circulaire d'Iriscare indique la reprise des visites « avec une attention particulière pour la prise en charge des résidents désorientés ».

¹³¹ Cf. à cet égard la Recommandation précitée du Comité consultatif de Bioéthique de Belgique (*supra*, note 106).

¹³² Voy. par ex.: C.E., avis 68.936/AG du 7 avril 2021, pp. 40 et 41, n° 70 et 71.

¹³³ Cf. à cet égard: D. DUMONT, « Que reste-t-il du principe de légalité en droit de la sécurité sociale ? Sécurité sociale et démocratie parlementaire », *R.D.S.*, 2017/1-2, pp. 114 à 146; I. HACHEZ et L. TRIAILLE, « Le principe de légalité en matière de droits économiques, sociaux et culturels: la Cour constitutionnelle à la croisée des chemins », *La légalité: un principe de la démocratie belge en péril ?*, sous la dir. de M. El Berhoumi, Luc Detroux et Br. Lombaert, Bruxelles, Bruylant, 2019, pp. 179 à 232.

¹³⁴ C.E., avis 68.936/AG du 7 avril 2021, pp. 42 et 43, n° 72 et 73.

circonstances de la cause, les conséquences qui peuvent découler d'un acte déterminé »¹³⁵.

Il ne s'agit pas de revenir ici sur les controverses qui ont entouré la légalité des différents arrêtés ministériels de crise¹³⁶, avant de conduire aux débats autour de l'adoption d'une « loi Covid »¹³⁷. C'est plutôt l'éparpillement, doublé de l'absence de coordination des dispositifs adoptés, que l'on voudrait pointer¹³⁸, et les multiples circulaires qui ont jalonné le fonctionnement des institutions en temps de crise que l'on souhaiterait confronter à l'exigence de légalité.

18. Dans cette perspective, on commencera par rappeler ce considérant de l'arrêt rendu, le 30 octobre 2020, par le Conseil d'État en assemblée générale: « L'article 23 de la Constitution garantit un certain nombre de droits économiques, sociaux et culturels, dont – à l'alinéa 3, 2° – le droit à la protection de la santé et à l'aide médicale. Cette disposition impose à l'État une obligation d'agir et confère même aux citoyens le droit d'exiger une intervention immédiate de l'État lorsque le droit à la santé de chacun est menacé par la survenance d'une crise sanitaire imminente et à ce point difficile à maîtriser qu'elle risque de provoquer l'effondrement du système de santé existant »¹³⁹. Il n'est en effet pas interdit de penser que dans un contexte de crise, et en l'absence d'un « droit de crise », la reconnaissance explicite – et à notre sens inédite – d'une forme de noyau dur du droit à la santé, sous son versant positif, puisse s'accompagner implicitement d'une forme d'assouplissement de l'exigence de légalité contenue dans la même disposition constitutionnelle. Accepterait-on l'introduction d'une forme de proportionnalité à la croisée de l'obligation immédiate de réaliser le droit à la santé et du principe de légalité, il resterait alors à déterminer les contours de l'assouplissement consenti.

19. C'est sous cette réserve préalable que l'on examine à présent la légalité des circulaires adoptées en temps de crise. Les normes applicables aux personnes handicapées ont en effet souvent été contenues dans des « circulaires »¹⁴⁰, appellation

¹³⁵ Cour eur. D.H., arrêt *Rekvényi c. Hongrie* du 20 mai 1999, § 34.

¹³⁶ Voy. parmi d'autres et dans un ordre chronologique: Tribunal de Police du Hainaut, Charleroi, 21 septembre 2020; C.E. (A.V.), n° 248.818, 30 oktober 2020; Bruxelles, 7 juin 2021, réformant Trib. civ. Bruxelles (réf.), 30 avril 2021. En doctrine, cf. not. P. GOFFAUX, « Le pouvoir de police de l'ordre public et la crise sanitaire du COVID-19 », à paraître en novembre 2021 dans les actes du colloque « Covid-19 et droit public », dir. Fr. Bouhon, E. Slautsky et S. Wattier. Voy. par ailleurs la carte blanche des 25 constitutionnalistes: P. POPELIER *et al.*, « Sortez le Parlement de la quarantaine », *Le Soir*, 3 novembre 2020.

¹³⁷ Cf. les différents avis rendus dans le cadre de sa procédure d'élaboration, parmi lesquels on relèvera en particulier l'avis n° 1/2021 du 10 mars 2021 de l'Institut fédéral des droits humains et l'avis 68.936/AG, précité, du Conseil d'État du 7 avril 2021. *Adde* la loi du 14 août 2021 relative aux mesures de police administrative lors d'une situation d'urgence épidémique (*M.B.*, 20 août 2021).

¹³⁸ Le manque de concertation entre autorités publiques a notamment pu placer les destinataires des différentes mesures adoptées face à des incohérences. Que l'on songe par exemple à la possibilité de reprendre les activités dans des centres d'hébergement et de jour avec un groupe restreint et à l'interdiction fédérale concomitante de rassemblement à l'extérieur pour un nombre de personnes inférieur (compar. par ex. la Circulaire PHARE du 13 juin 2020 [maximum 10 personnes pour les activités collectives, de préférence toujours les mêmes] avec l'arrêté ministériel précité du 23 mars 2020, art. 5, ou la Circulaire Iriscare du 21 octobre 2020, p. 7 [taille des groupes de maximum 10 personnes en centre de jour et 5 en centre d'hébergement] avec l'arrêté ministériel précité du 18 octobre 2020, art. 17, § 1).

¹³⁹ C.E. (A.V.), n° 248.819, 30 oktober 2020, p. 12, cons. 18 (traduction libre de l'extrait suivant: « Artikel 23 van de Grondwet waarborgt een aantal economische, sociale en culturele rechten, waaronder – in het derde lid, 2° – het recht op bescherming van de gezondheid en op geneeskundige bijstand. Die bepaling legt de overheid een verplichting tot handelen op en verleent zelfs aan burgers het recht om van de overheid een onmiddellijk optreden te vereisen wanneer het grondrecht op gezondheid van eenieder wordt bedreigd door de kracht van een imminente en zeer moeilijk te beheersen gezondheidscrisis die het bestaande gezondheidssysteem dreigt te doen instorten »).

¹⁴⁰ Lorsque ce n'était pas dans des FAQ. Cf. à cet égard K. LEMMENS et J. VRIELINK, « FAQ-werk? Enkele bedenkingen bij de legistieke aanpak om de verspreiding van het coronavirus te beperken », à paraître en novembre 2021 dans les actes du

générique que nous avons privilégiée pour embrasser une diversité de libellés et désigner des « documents émis par l'administration (...) qui encadrent l'application de la loi »¹⁴¹. Le fondement légal des circulaires étudiées n'est cependant jamais explicitement identifié¹⁴². On peut imaginer qu'il s'agisse des normes d'agrément régissant les différentes institutions pour personnes handicapées¹⁴³ ou encore des arrêtés fédéraux ministériels de crise précédemment évoqués¹⁴⁴, voire des dispositions du Code civil relatives à la responsabilité extracontractuelle¹⁴⁵. Au mieux les différentes circulaires parcourues sont publiées sur les sites officiels des administrations qui les adoptent, jamais au Moniteur belge¹⁴⁶, tandis que les auteurs de ces circulaires sont tantôt les organismes publics, tantôt la ministre de tutelle elle-même (dans le cas de l'AViQ). Enfin, la force normative des circulaires adoptées pose question¹⁴⁷. Au vu des limitations aux droits fondamentaux qu'elles recèlent, il est *a priori* difficile de considérer que les effets des différentes circulaires demeurent internes à l'administration: ces circulaires affectent indéniablement les droits des usagers. Mais peut-on pour autant considérer qu'elles imposent le respect des normes qu'elles véhiculent ? Si l'on s'en réfère aux critères classiques de la jurisprudence du Conseil d'État belge, il faudrait à cette fin que la circulaire contienne une règle nouvelle – ce qui semble au moins parfois être le cas – et qu'elle présente un caractère grevant, tributaire de l'intensité de l'ordre donné, du pouvoir de lier le destinataire et du moyen de forcer l'application de la circulaire – là se loge, sans doute, la principale zone d'incertitude¹⁴⁸.

colloque « Covid-19 et droit public », sous la dir. de Fr. Bouhon, E. Slautsky et S. Wattier.

¹⁴¹ Fr. BELLEFLAMME et M. DOUTREPONT, « Les circulaires en droit administratif générale et en droit des étrangers: révision d'un 'classique' des sources alternatives à l'aune de la théorie des sources du droit », *Les sources du droit revisitées*, Vol. 2, *Normes internes infraconstitutionnelles*, sous la dir. de I. Hachez, Y. Cartuyvels, Ph. Gerard, H. Dumont, Fr. Ost et M. van de Kerchove, Limal, Anthémis, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2012, p. 443.

¹⁴² En termes de sources matérielles, les circulaires se revendiquent par contre souvent des directives Sciensano, parfois aussi des décisions du CSN. Elles étaient en effet appelées à se *combiner* aux directives de Sciensano concernant les collectivités résidentielles (*supra*, notes 16 et 24), dont elles n'intègrent pourtant pas toujours les enseignements.

¹⁴³ Cf. e.a., pour la *Communauté flamande*: décret portant création de l'agence autonomisée interne dotée de la personnalité juridique « Vlaams Agentschap voor Personen met een Handicap »; arrêté du gouvernement flamand du 4 février 2011 relatif aux conditions générales d'agrément et à la gestion de la qualité des structures d'accueil, de traitement et d'accompagnement des personnes handicapées; pour la *Région wallonne*: Code wallon de l'action sociale et de la santé (CWASS), art. 283; Code réglementaire de l'action sociale et de la santé (CRWASS), art. 467 (normes d'agrément) et, en particulier, l'art. 467, 12° (« respecter les normes de sécurité et d'hygiène »); pour la *COCOM*: ordonnance du 7 novembre 2002 relative aux centres et services de l'aide aux personnes, spéc. art 7 (normes d'agrément) et 12, §§ 1^{er} et 4 (retrait d'agrément et fermeture en extrême urgence pour raison de santé publique ou de sécurité); arrêté du Collège réuni du 25 octobre 2007 relatif à l'agrément et au mode de subventionnement des centres et services pour personnes handicapées, art. 21 et s. (normes d'agrément); pour la *COCOF*: décret du 17 janvier 2014 relatif à l'inclusion de la personne handicapée, art. 71, al. 1 (normes d'agrément) et 72, al. 2 (retrait d'agrément).

¹⁴⁴ Pour rappel, les institutions de soins, d'accueil et d'assistance ont échappé à une application stricte du télétravail et des règles de distanciations sociale, tout en étant tenues « de les mettre en œuvre dans la mesure du possible » (cf. les références citées *supra*, notes 20, 23 et 24).

¹⁴⁵ Les circulaires esquissant alors le comportement du directeur d'établissement « normalement prudent et diligent, placé dans les mêmes circonstances de fait » et ce, pour l'hypothèse d'une éventuelle mise en cause de la responsabilité extracontractuelle des directeurs d'établissements pour personnes handicapées sur la base des mesures appliquées à leurs usagers pendant la crise sanitaire (cf. en ce sens, à propos des gestionnaires de MR-MRS, I. HACHEZ, M. HARDT, L. LOSSEAU, O. NEDERLANDT, S. SAROLÉA et L. TRIAILLE, *op. cit.*, *Rev. trim. dr. h.*, chapitre 1, « personnes âgées », note 47).

¹⁴⁶ L'historique des circulaires adoptées n'est du reste pas toujours assuré. Ainsi le site d'Iriscare n'offre-t-il l'accès qu'aux circulaires actuellement applicables, sans reprendre celles qui les ont précédées.

¹⁴⁷ Est-on face à de « simples » circulaires interprétatives voire à des lignes de conduite (également qualifiées de directives ou circulaires indicatives), ou en présence de véritables normes réglementaires (cf. not. sur cette trilogie classique: P. GOFFAUX, *Dictionnaire de droit administratif*, Bruxelles, Larcier, 2^e éd., 2016, verbo « circulaire ministérielle ») ? Les institutions bénéficiaires de ces circulaires et leurs usagers sont-ils liés par les directives qu'elles contiennent, ou disposent-ils, les uns et les autres, de la faculté de s'en écarter ? Ces circulaires sont-elles invocables et susceptibles de faire l'objet d'un recours en justice par celles et ceux dont elles limitent drastiquement les droits ou pas, à défaut de constituer une source juridiquement contraignante, comme a pu en décider le Conseil d'État français au sujet de mesures consignées dans un communiqué de presse (C.E. français, Juge des référés, 8 avril 2020, n° 439822) ?

¹⁴⁸ Sur ces exigences, cf. par ex. Fr. BELLEFLAMME et M. DOUTREPONT, *op. cit.*, pp. 457 et s. Si l'on devait estimer que les

Les circulaires de l'AViQ paraissent symptomatiques des ambiguïtés qui caractérisent leur portée, et plus précisément l'intensité de l'ordre donné. Ainsi, la circulaire de l'AViQ du 13 mars 2020 indique, en lettres majuscules et en gras, qu'« à dater de cette communication, toute visite aux usagers et tout retour en 'famille' sont *interdits* », mais elle se termine en remerciant les Services résidentiels « de *suivre au mieux* ces consignes et (en) attir(ant) (leur) particulière attention quant à leur application stricte pour les usagers les plus fragiles (personnes polyhandicapées, personnes vieillissantes, personnes présentant une maladie chronique ...) »¹⁴⁹. Deux jours plus tard, le 15 mars, l'AViQ se limite par contre à « *déconseiller* les visites aux personnes qui présenteraient des symptômes ou seraient malades »¹⁵⁰. Dans ses directives du 8 mai 2020, elle reconnaît cette fois expressément la difficulté pour la plupart des personnes hébergées de respecter les consignes de distanciation sociale et d'hygiène de base recommandées par Sciensano. Le 15 mai 2020, l'annexe de la circulaire contenant des mesures de déconfinement applicables pour les services d'aide en milieu de vie et les services de logements supervisés communiquent les consignes et recommandations à respecter en qualifiant explicitement d'obligatoire le respect des mesures sanitaires et de distanciation sociale¹⁵¹, ainsi que l'interdiction de contacts entre usagers de centres de jour et de services résidentiels. Le 18 mai, tout en s'en remettant en définitive à l'appréciation de la direction pour l'organisation des visites, l'AViQ souligne que « chaque établissement est *tenu* de suivre les directives de ces circulaires »¹⁵². Sans les qualifier expressément d'obligatoires, la circulaire du 26 mai 2020 balise strictement les retours des usagers en famille. On relèvera encore, dans un « FAQ Familles », sur les Services d'accueil et d'hébergement pour personnes en situation de handicap agréés et subventionnés par l'AViQ, du 15 juin 2020 que « dès le début de la crise sanitaire, l'ensemble des services agréés ont reçu des informations et des circulaires de l'AViQ. *Certaines mesures sont obligatoires, d'autres sont des recommandations* »¹⁵³. « La résurgence que nous connaissons nécessite à nouveau de prendre des mesures *contraignantes* »¹⁵⁴, annonce ensuite la circulaire du 23 octobre 2020. On retrouve encore des « mesures obligatoires », qualifiées comme telles, dans la circulaire du 3 novembre 2020¹⁵⁵.

Cet échantillon confirme qu'il est impossible de se prononcer *in globo* sur la force normative des circulaires adoptées, lesquelles doivent faire l'objet d'une appréciation au cas par cas, y compris dans une même circulaire. Il en va d'autant plus ainsi que le degré de précision, et donc de prévisibilité, de celles-ci peut varier, comme on l'a précédemment souligné, d'une entité fédérée à l'autre, voire d'une circulaire à l'autre.

Sans trancher définitivement la question du statut juridique des circulaires analysées, on notera que la question est aussi bien de savoir si le directeur d'un établissement d'hébergement pouvait, par exemple, fonder son refus de visite ou de retour dans l'institution sur les circulaires

circulaires concernées sont normatives (créant du droit en ajoutant au droit existant), et pas seulement interprétatives, il faudrait sans doute les considérer comme illégales pour incompétence de leur auteur – celui-ci n'ayant pas le pouvoir d'adopter de telles normes, surtout dans un domaine réservé à la loi (à savoir les atteintes portées aux droits fondamentaux).

¹⁴⁹ Notre accent.

¹⁵⁰ Notre accent.

¹⁵¹ Dans la droite ligne d'autres fondements légaux qui ne sont cependant pas cités.

¹⁵² Notre accent.

¹⁵³ Notre accent.

¹⁵⁴ Notre accent.

¹⁵⁵ Compar. Infonota VAPH 20/149 du 24 juillet 2020, p. 3 (« Vanuit het VAPH geven we hierbij een richtinggevend kader mee, dat door het VAPH erkende en vergunde diensten en zorgaanbieders in dit overleg kunnen hanteren. *Deze elementen per ondersteuningsvorm zijn zoals gesteld richtinggevend, en niet dwingend.* Het is mogelijk dat uit een gedetailleerde analyse blijkt dat in een gemeente waar de toestand op zich problematisch is, er toch minder risico is voor de VAPH-dienst of -zorgaanbieder. Het kan ook zijn dat de burgemeester in samenspraak met de betrokken federale instanties striktere richtlijnen oplegt dan wat binnen dit richtinggevend kader naar voor wordt geschoven. Daarnaast moeten natuurlijk de algemeen geldende maatregelen uitgevaardigd door de Nationale Veiligheidsraad strikt opgevolgd worden »; notre accent).

adoptées, que de déterminer si les usagers et leur entourage avaient la possibilité de s'en revendiquer pour obtenir un droit de visite ou forcer un déconfinement. En ce sens, les circulaires protègent potentiellement tout autant les directeurs d'établissements¹⁵⁶ que les usagers¹⁵⁷ dans l'équilibre qu'elles ont cherché à ménager entre les différents intérêts en présence – sans nécessairement toujours parvenir à l'atteindre.

On ajoutera que si l'on comprend aisément ce qui a fondé le recours aux circulaires – leur grande réactivité; le temps de l'instantané¹⁵⁸ – dans un contexte de totale impréparation, on ne peut manquer de relever aussi l'insécurité juridique qu'elles drainent là où elles touchent des droits fondamentaux et des vulnérabilités¹⁵⁹.

Au total, les personnes handicapées et leurs familles semblent être demeurées largement démunies pour connaître leurs droits et obligations¹⁶⁰.

20. Par contraste, on salue l'avancée réalisée pour les personnes sourdes et malentendantes: de manière inédite, l'État fédéral a eu recours, durant la crise, à des services d'interprètes et de traducteurs en langue des signes afin de rendre les communications officielles accessibles à cette catégorie de personnes vulnérables¹⁶¹.

§ 3 - *Quelle égalité ?*

21. Aux entailles au principe de légalité se sont ajoutées, en temps de crise, des difficultés à honorer le principe d'égalité sur lequel est entre autres bâti tout le droit de la CDPH. La crise sanitaire a, on le sait, exacerbé les inégalités – en ce compris au détriment de nombre de personnes handicapées¹⁶². Celles-ci ont souvent été confinées

¹⁵⁶ Si, en particulier dans le cadre de la première vague, elles sont parfois intervenues tardivement, et charrient les incertitudes que l'on vient d'épingler, ces circulaires ont le mérite d'exister et d'avoir validé – ne fut-ce que symboliquement – ce que des directeurs avaient été conduits à anticiper en dehors de toute couverture de leur responsabilité professionnelle (compar. A. FEYT et A. ANTOINE, *op. cit.*, pp. 403 et 404). Les directions d'institutions et leur personnel ont en effet, eux aussi, pu se trouver désarmés pour gérer, avec les moyens du bord et dans un contexte de totale impréparation voire de quasi vide juridique, une crise sanitaire qui s'accompagne du retour en force de la dimension médicale dans un champ qui cherche pourtant à s'en écarter au profit d'une approche sociale du handicap.

¹⁵⁷ Cf. par ex., I. HACHEZ, M. HARDT, L. LOSSEAU, O. NÉDERLANDT, S. SAROLÉA et L. TRIAILLE, *op. cit.*, *Rev. trim. dr. h.*, chapitre 1, « personnes âgées », n° 8. L'essentiel de l'autorité exercée sur les services liés à la « politique du handicap » semble découler directement du financement et/ou de l'agrément dont elles bénéficient (*supra*, note 143). Si la menace du retrait de l'agrément paraît constituer l'arrière-fond des rapports entre les autorités agréantes et les institutions, ces relations reposent toutefois sur la coopération et la médiation.

¹⁵⁸ Fr. BELLEFLAMME et M. DOUTREPONT, *op. cit.*, p. 485, en ce compris la référence à la thèse de S. Gerry-Vernières.

¹⁵⁹ Et que dire des FAQ dont on ne parvient parfois même pas, une fois le document imprimé, à retracer la date d'adoption ?

¹⁶⁰ L'accès au(x) droit(s) est déjà compliqué en temps « normal »; qu'il le soit tout autant voire davantage lorsque les droits fondamentaux sont drastiquement limités à l'égard de personnes vulnérables est toutefois encore plus questionnant, même si, ici comme ailleurs, la crise n'a sans doute fait que renforcer des difficultés légistiques rencontrées de manière récurrente (voy. en ce sens l'étude précitée, note 17, de Hugues Dumont).

¹⁶¹ Ces avancées se logent donc, non pas au niveau des dispositifs particuliers étudiés, mais à l'échelle de la communication fédérale de crise. Cf. à ce sujet B. GOMES et A. HEYELENS, « La communication fédérale de crise accessible en langue des signes lors de la pandémie de SRAS-COV-2 », à paraître.

¹⁶² Comme si tandis que le confinement nous confrontait à une situation collective de handicap, il y avait une diabolique logique à ce que les personnes en situation de handicap au sens de la CDPH voient les obstacles à leur participation à la vie en société s'accroître davantage encore. Comme si l'écart entre personnes valides – mais propulsées en situation de handicap par le confinement – et personnes handicapées s'était « juste déplacé », voire renforcé, d'une situation courante à une situation de crise, avec, parmi les personnes handicapées, des situations sans doute aussi variables que la diversité des handicaps (voy. en ce sens: S. CLAEYS et P. JACOB, « Quelle place pour les personnes handicapées dans le tourbillon

plus durement, déconfinées plus tardivement, plus difficilement prises en considération aussi.

22. Les personnes handicapées qui ont passé la crise sanitaire dans les murs d'une institution ont subi les règles plus strictement que les autres citoyens, lesquels ont pu, pendant la crise sanitaire, faire constamment usage de leur « liberté de fait » face aux restrictions et interdits. Ce constat rendait sans doute d'autant plus urgent le déconfinement des institutions au moment où la population générale retrouvait sa liberté. On trouve d'ailleurs plusieurs allusions au principe d'égalité dans les circulaires adoptées à l'issue de la première vague pour « forcer » le déconfinement progressif des services d'hébergement. Ainsi peut-on lire dans la circulaire AViQ du 4 juin 2020 que « dès lors que ces règles de déconfinement s'adressent à l'ensemble de la population, il est indispensable de prendre sans délai des mesures organisationnelles qui garantissent les mêmes droits et les mêmes règles aux personnes en situation de handicap ».

Il s'agit là d'une application du principe d'égalité formelle (même traitement pour tous) dont le respect s'impose d'autant plus scrupuleusement en vue « d'un retour à la normale » que plus rien ne semble alors justifier les restrictions drastiques aux droits fondamentaux subies dans les lieux de vie collectifs par comparaison avec les résidences individuelles. On remarquera au demeurant qu'au-delà du champ du handicap qui nous retient ici, c'est, de manière plus ou moins explicite, sous l'angle du principe d'égalité formelle que les rares décisions qui ont conduit à la violation de droits fondamentaux ont conduit la motivation de leur dispositif¹⁶³.

23. L'égalité matérielle est sans doute plus complexe encore à assurer en période de crise. Non que l'obligation d'aménagement raisonnable ne trouve pas à s'appliquer en temps troublés. Mais parce qu'on peut penser que l'urgence et la multiplicité des enjeux en présence compliquent singulièrement la possibilité de calibrer les dispositifs au plus près des besoins spécifiques des personnes handicapées considérées, de sorte que la proportionnalité de l'aménagement requis risque d'être plus difficilement établie. La crise sanitaire a par ailleurs, en partie, reconfiguré les besoins en termes d'accessibilité, laquelle a généralement été insuffisamment pensée¹⁶⁴. Lorsqu'elles existaient sous la forme d'exceptions légales (port du masque, par exemple) ou d'aménagements raisonnables (par rapport à l'obligation de faire ses courses seuls, notamment), les réponses apportées n'ont du reste pas toujours été effectives, soulignant, une fois encore, le manque de sensibilisation de la société à la réalité des handicaps, s'accompagnant, pour ce motif, d'une forme de stigmatisation. En particulier dans les hôpitaux, et comme on a pu le souligner (*supra*, n° 12), la rencontre du principe d'égalité a pu être prise en défaut, que ce soit au niveau de l'accessibilité ou de l'offre des soins de santé¹⁶⁵.

d'une crise sanitaire ? », *Pandémie 2020 ...*, *op. cit.*, pp. 435 et s.; UNIA, *Covid et droits humains ...*, *op. cit.*, pp. 15 et 16, point 1). L'accentuation du numérique qui a accompagné la crise a ainsi pu favoriser l'inclusion des personnes handicapées autant qu'elle a pu contribué à leur exclusion sociale, sachant que « les fragilités numériques épousent de près les formes de fragilités sociales et économiques » (P. BROTCORNE et P. VENDRAMIN, « Une société en ligne productrice d'exclusion ? », *Sociétés en changement*, n° 11, mars 2021, pp. 1 à 8, p. 2. Voy. aussi UNIA, Covid-19 ..., *op. cit.*, p. 18, et, de manière plus générale, C. LANGLOIS et S. VAN DROOGHENBROECK, « Digitalisation et discrimination: enjeux d'une rencontre, agenda d'une réforme », *Redynamiser la lutte contre la discrimination. Een hernieuwde impuls voor de strijd tegen discriminatie*, sous la dir. de J. Ringelheim, S. van Drooghenbroeck, J. Vrieling et P. Wauteliet, à paraître en 2021).

¹⁶³ Voy. not. Bruxelles, 27 avril 2021 sur la demande incidente de M. Dujardin, spéc. cons. 22 et 28 à 30. Compar. avec C.E.(A.G.), n° 249.314, 22 décembre 2020.

¹⁶⁴ Cf. *supra*, n° 10 et 12.

¹⁶⁵ Compar. avec l'Observation générale n° 2 de 2014 du Comité des droits des personnes handicapées en matière

On relèvera par contre, au sein même de la catégorie des personnes handicapées, l'attention progressive portée par les autorités à une forme d'égalité matérielle conduisant à réserver un traitement différencié aux personnes ne se trouvant pas dans des situations comparables. On songe par exemple aux mesures différentes applicables aux résidents des centres d'hébergement selon qu'ils étaient ou non positifs au Covid ou suspectés de l'être¹⁶⁶. Cette prise en considération différenciée a permis, dans le même temps, d'atténuer la différence de traitement entre la population générale et les résidents en institutions.

§ 4 - *Quelle proportionnalité ?*

24. Que ce soit dans sa dimension formelle ou matérielle, l'appréciation du respect du principe d'égalité n'échappe pas à un test de proportionnalité¹⁶⁷.

25. Si le contrôle de la proportionnalité implique classiquement la vérification d'une triple exigence (l'appropriation, la nécessité et la proportionnalité au sens strict de la mesure)¹⁶⁸, la situation de crise peut, dans certaines circonstances, s'accompagner de la reconnaissance par le juge national d'une large marge d'appréciation au profit des autorités publiques qui sont les auteurs des normes attaquées. Le contrôle de proportionnalité exercé sur les mesures adoptées s'en trouve alors atténué, eu égard à « la 'meilleure position' du contrôlé par rapport au contrôleur pour évaluer les données factuelles sur lesquelles se fonde la décision litigieuse »¹⁶⁹. L'atténuation évoquée est susceptible de se traduire de différentes manières et, en particulier, par une déférence plus grande du juge par rapport aux justifications invoquées par les décideurs en soutien des mesures prises, seule l'erreur manifeste d'appréciation étant, en pareilles circonstances, susceptible d'être censurée. L'effectuation d'un contrôle de proportionnalité peut par ailleurs déboucher sur un résultat à géométrie variable selon les ordres juridiques nationaux au sein desquels il est opéré: « Dès lors que l'évolution de la pandémie est propre à chaque État et que les moyens sanitaires pour y faire face ne sont

d'accessibilité (article 9): « Il faut que, dans les situations de risque, de catastrophe naturelle et de conflit armé, les services d'urgence soient accessibles aux personnes handicapées, sinon la vie de ces personnes ne peut être sauvée et leur bien-être protégé (art. 11) » (§ 36).

¹⁶⁶ Cf. *supra*, note 66.

¹⁶⁷ Cf. les références citées *supra*, note 123.

¹⁶⁸ Avis 68.936/AG du 7 avril 2021, p. 43, n° 75.

¹⁶⁹ S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Bruylant, F.U.S.L., 2001, p. 233, n° 311. Encore faut-il préciser que la reconnaissance d'une marge d'appréciation se loge ici dans des rapports internes entre l'organe de contrôle belge et les autorités nationales autrices des normes contrôlées, et non dans les relations entre ordres juridiques distincts, comme celles qui se nouent entre la Cour européenne des droits de l'homme et les États en vertu du principe de subsidiarité. Ainsi peut-on lire dans l'arrêt strasbourgeois *A. c. Royaume-Uni* que « La théorie de la marge d'appréciation est depuis toujours perçue comme un moyen de définir les rapports entre les autorités internes et la Cour. Cette théorie ne trouve pas à s'appliquer de la même manière aux rapports entre les organes de l'État au niveau interne » (Cour eur. D.H., arrêt *A. c. Royaume-Uni* du 19 février 2009, req. n° 3455/05, § 184). « Le juge national fait en effet précisément partie de ces autorités réputées 'mieux placées' pour aborder les questions difficiles; l'importation dans son propre raisonnement de la retenue qu'implique la 'marge nationale d'appréciation' concédée par la Cour européenne des droits de l'homme n'aurait donc pas vraiment de sens » (S. VAN DROOGHENBROECK, « Du bon usage de la jurisprudence strasbourgeoise. Quelques réflexions sur la jurisprudence belge relative aux signes convictionnels », *R.I.E.J.*, 2020.85, pp. 151 à 174, spéc. p. 157). Des motifs, comme les circonstances propres à une situation de crise et la protection du droit à la santé, peuvent cependant justifier la reconnaissance d'une marge d'appréciation conduisant le juge interne à observer un *self-restraint* dont les contours exacts seront alors déterminés à l'échelle nationale et non nécessairement calqués sur les conséquences probatoires que la Cour strasbourgeoise attache à pareille reconnaissance (*i.e.* nécessité et appropriation de la mesure présumées de manière irréfragable; proportionnalité au sens strict présumée de manière réfragable).

pas les mêmes (capacité des hôpitaux et du personnel soignant), chaque État doit pouvoir adapter sa politique de gestion de la crise sanitaire en tenant compte des données propres à sa situation », souligne en ce sens l'Assemblée générale du Conseil d'État¹⁷⁰.

D'autres facteurs, comme la vulnérabilité particulière de la personne considérée (*supra*, n° 16), éventuellement couplée au principe d'égalité (*supra*, n° 21-24), sont cependant de nature à neutraliser la reconnaissance d'une marge d'appréciation propre au contexte de crise, voire à conduire à un contrôle strict du principe de proportionnalité – comme en témoigne les arrêts n° 32/2021 et 76/2021 de la Cour constitutionnelle sur lesquels on reviendra (*infra*, n° 26).

En tout état de cause, il convient de resituer les mesures dans le contexte de leur adoption, en tenant compte de l'état des connaissances qui avait cours alors et de la réactivité des autorités publiques aux informations dont elles disposaient. Ainsi, dès le 15 avril 2020, le CNS attirait l'attention sur les risques psycho-sociaux engendrés par le confinement strict dans les MR-MRS. Les circulaires ont par la suite marqué une attention de plus en plus soutenue à cette dimension de la santé que la déferlante de la première vague avait par trop occultée. Dans le secteur des personnes âgées comme dans celui du handicap, la dimension sanitaire qui était centrale au début de la crise a ainsi progressivement ménagé une place au bien-être psychologique des personnes âgées et handicapées¹⁷¹.

On peut aussi penser que la proportionnalité des mesures adoptées dépendra des « portes de sortie » ménagées pour les cas d'extrême nécessité, même au plus fort de la crise¹⁷². Dans l'équilibre général des intérêts à maintenir, il n'est pas non plus exclu que puisse ultimement intervenir, dans un contexte de (risque de) saturation des soins hospitaliers, une appréciation du « nombre d'années de vie de qualité » susceptibles d'être sauvées – sans jugement de valeur porté, par contre, sur « la 'valeur' de la vie et de la personne » elle-même, indépendamment de ses chances de survie¹⁷³.

26. L'appréciation matérielle de la proportionnalité se double d'un volet formel, soucieux des garanties procédurales aptes à garantir la prise en compte de tous les intérêts en présence¹⁷⁴. Les mesures ayant fait l'objet d'une concertation *en amont*, lors de leur élaboration, seront d'autant plus résistantes à un contrôle de proportionnalité. Si, dans un

¹⁷⁰ C.E.(A.G.), n° 249.314, 22 décembre 2020, p. 21. *Adde* l'extrait suivant, p. 23: « Quant à l'ordonnance du Conseil d'État de France du 29 novembre 2020, statuant dans le cadre du référé-liberté, dont les requérants se prévalent, il convient de souligner que le décret attaqué ne prévoyait pas des mesures sanitaires comme celles décrites ci-avant pour la fréquentation des commerces et se fondait uniquement sur le critère d'une personne par 8 m². En tout état de cause, comme l'a déjà souligné la Cour européenne des droits de l'homme à maintes reprises, lorsque des questions de politique générale sont en jeu, sur lesquelles de profondes divergences peuvent raisonnablement exister dans un État démocratique, il y a lieu d'accorder une importance particulière au rôle du décideur national et en particulier lorsque ces questions concernent les rapports entre l'État et les religions (arrêt *S.A.S. c. France*, précité, § 129). Au vu des différences entre les réglementations nationales applicables notamment quant au contrôle juridictionnel exercé et des politiques respectives mises en place par les États pour lutter contre la pandémie, le raisonnement opéré par le Conseil d'État de France n'est pas transposable dans la présente cause ».

¹⁷¹ I. HACHEZ, M. HARDT, L. LOSSEAU, O. NEDERLANDT, S. SAROLÉA et L. TRIAILLE, *op. cit.*, n° 7. *Adde supra*, dans cette étude, notes 59, 78 et 130.

¹⁷² Compar. avec les faits ayant conduit à la décision de radiation de la Cour eur. D.H. du 15 décembre 2020 dans l'affaire *D.C. c. Italie* (cf. le résumé qui en est donné aux pages 4 et 5 de la fiche thématique suivante: https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Covid_FRA.pdf).

¹⁷³ Voy. la recommandation précitée du Comité consultatif de Bioéthique de Belgique (note 106), pp. 12 et 13. Voy. aussi Fr. BOUHON et M. FRANSSON, *op. cit.*

¹⁷⁴ Cf. not. N. LE BONNIEC, *La procéduralisation des droits substantiels par la Cour européenne des droits de l'Homme. Réflexion sur le contrôle juridictionnel des droits garantis par la Convention européenne des droits de l'Homme*, Bruxelles, Larcier, 2017; E. BREMS et J. GERARDS (dir.), *Procedural Review in European Fundamental Rights Cases*, Cambridge University Press, 2017.

premier temps, les personnes handicapées n'ont souvent pas été associées à l'élaboration des normes les concernant – ne serait-ce que par l'intermédiaire d'organes représentatifs¹⁷⁵ –, le dialogue avec le secteur a cependant progressé au fil de la crise¹⁷⁶. On a vu que dans les institutions, des appels à concerter les conseils d'usagers pour compléter les modalités de confinement ont été lancés par toutes les autorités d'agrément¹⁷⁷ et entendus par certains centres au moins¹⁷⁸.

En outre, la possibilité pour les personnes handicapées de faire valoir leur point de vue *en aval* de l'adoption d'une norme, par exemple dans le cadre d'une procédure les concernant, est également de nature à guider l'appréciation de la proportionnalité¹⁷⁹, tout comme la réalisation, ou non, d'une enquête effective en cas d'allégation d'atteinte aux droits fondamentaux¹⁸⁰.

27. Les deux arrêts précités de la Cour constitutionnelle illustrent ceci. Quant à l'impossibilité pour les personnes internées d'être entendues en personne par la chambre de protection sociale, ils concluent au caractère disproportionné de la mesure adoptée, au terme d'un raisonnement s'appuyant sur la vulnérabilité des personnes considérées, privées de liberté, tout comme sur le principe d'égalité. En l'occurrence, les intérêts en jeu conduisent le juge à opérer un contrôle strict¹⁸¹, adossé à la reconnaissance de la légitimité de l'objectif poursuivi – à savoir « protéger la santé publique en limitant au maximum les contacts physiques entre personnes » dans le contexte d'une pandémie virale¹⁸². « Toutefois », poursuit la Cour, « la suspension du droit de la personne internée à être entendue en personne va au-delà de ce qui est strictement nécessaire au regard de cet objectif. Il n'est pas démontré en l'espèce pourquoi cet objectif ne pourrait pas être

¹⁷⁵ Cette relative invisibilité, le secteur du handicap y est accoutumé, en Belgique comme ailleurs (cf. en ce sens le constat posé par le Président du Comité des droits des personnes handicapées, Danlami Basharu, à la faveur de la journée des droits des personnes handicapées du 3 décembre 2020: « One obvious learning from the past few months is the conspicuous lack of consultation with people with disabilities, their representative organisations and human rights defenders with disabilities, in shaping the response to the COVID-19 pandemic. Problems that were wholly predictable were missed and this negatively affected both the legitimacy of immediate responses and their effectiveness » [«Building back better: People with disabilities have vital role », Genève, 1^{er} décembre 2020]). Si ces obligations de concertation existent formellement en droit belge, et ce à tous les niveaux de pouvoirs, elles jouissaient à l'entrée de la crise d'un niveau variable d'effectivité, dont le CSNPH a dressé un bilan opportun alors que le secteur tentait d'être entendu par les autorités au moment de la première vague (avis n° 2020/10 du 17 avril 2020).

¹⁷⁶ Sur la longueur, la crise a confirmé l'utilité des mécanismes de consultation, et a vu certaines de ses lacunes compensées par des bonnes pratiques. Par exemple, alors que la COCOM ne pratique en temps normal qu'une consultation ponctuelle et informelle du secteur du handicap, Iriscare l'a peu à peu automatisée pendant la crise; alors que la mise sur pied des nouveaux organes de consultation de l'AViQ institués par les articles 5, 5/1 et 18 à 19 du Code wallon de l'action sociale et de la santé était au point mort, l'ancienne Commission wallonne pour les personnes handicapées a été temporairement réactivée (cf. à son sujet L. TRIAILLE, in *Les grands arrêts ...*, op. cit., p. 547); après avoir crié dans le désert en début de crise, le CSNPH a été peu à peu impliqué dans l'élaboration des politiques fédérales (en passant du groupe consultatif à la task force sur les groupes vulnérables elle-même, et en se faisant consulter systématiquement sur les dossiers concernant ses attributions). À noter que, même si ce niveau de consultation était maintenu après la crise, l'article 4.3 de la CDPH imposerait encore à la Belgique d'augmenter considérablement le niveau de *représentation directe* des personnes concernées au sein de ces organes (cf. not. Observation générale n° 7 du Comité des droits des personnes handicapées, CRPD/C/GC/7, 9 novembre 2018; L. TRIAILLE, *ibidem*, pp. 565 à 567).

¹⁷⁷ Cf. *supra*, note 49.

¹⁷⁸ Parmi les bonnes pratiques, on a pu voir adopter des « contrats de confinement » entre la direction et le conseil des usagers. La tendance générale a cependant été à l'absence de concertation, ce qui est très problématique au regard du droit de la CDPH (à ce sujet, L. TRIAILLE, « La démocratisation des services d'hébergement: un chantier à poursuivre », carte blanche publiée sur le site du journal *Le Soir* le 21 novembre 2020, lien disponible sur le site du projet AutonomiCap: <https://autonomicap-usaintlouis.org/crise-sanitaire>).

¹⁷⁹ Voy. à cet égard les arrêts précités de la C.C., n° 32/2021 (suspension) et 76/2021 (annulation).

¹⁸⁰ Ainsi, les témoignages et dénonciations qui figurent dans le Rapport précité d'Amnesty international Belgique (*supra*, note 5) pourraient utilement donner lieu à enquête dans les services d'hébergement concernés, à supposer que leur identité soit révélée.

¹⁸¹ C.C., n° 32/2021, B.7.4; C.C., n° 76/2021, B.5.4.

¹⁸² C.C., n° 32/2021, B.8.1; C.C., n° 76/2021, B.6.1.

atteint à l'aide de mesures moins restrictives permettant quand même à la chambre de protection sociale de s'assurer de la situation actuelle de la personne internée, comme une comparution par vidéoconférence, une comparution dans une salle d'audience suffisamment spacieuse et bien ventilée, ou une audience de la chambre de protection sociale dans l'institution où séjourne la personne internée »¹⁸³. Et la Cour lie son raisonnement au principe d'égalité: le fait que la loi querellée ménage pour la victime – *versus* la personne internée – la possibilité d'être entendue témoigne du fait que des mesures moins radicales peuvent être adoptées¹⁸⁴.

§ 5 - *Quelle dignité ?*

28. L'ultime critère de nature à départager les atteintes aux droits fondamentaux justifiables de celles qui signent leur violation réside sans doute dans la notion de dignité humaine. Reçue par le droit¹⁸⁵, la notion demeure aussi rétive à une tentative de définition *a priori* que la substance des droits fondamentaux – souvent identifiée, d'ailleurs, à ce qui est constitutif de la dignité humaine¹⁸⁶. La dignité humaine joue le rôle de catégorie résiduaire pour faire barrage aux situations extrêmes en bouclant un raisonnement construit au gré de l'accumulation d'indices y conduisant inéluctablement. Elle signe le franchissement d'une ligne rouge, face à des situations mettant en jeu l'essence même de notre humanité. Elle permet au droit de se tenir droit en nommant ce qu'au nom d'une commune humanité, on ne peut accepter, même en temps de crise. On peut penser aussi que, dans la plupart des cas, le constat d'une violation du droit à la dignité humaine viendra renforcer la reconnaissance de l'existence d'un traitement inhumain ou dégradant ou d'une violation du droit à la vie.

Section 2 – Les perspectives au-delà de la crise

29. Les autorités publiques ne sont pas demeurées insensibles aux situations de handicap. Cependant, leurs interventions ont souvent été tardives, imparfaites ou incomplètes, compte tenu du contexte général d'impréparation à la pandémie mais aussi des besoins spécifiques et diversifiés des personnes handicapées¹⁸⁷.

On peut le regretter, on peut chercher à engager des responsabilités, à dénoncer des contrariétés au droit des droits fondamentaux. Mais on gagne aussi, et peut-être même avant tout, à tirer les enseignements de ce que la crise a rendu visible davantage encore qu'en temps ordinaire. Car,

¹⁸³ C.C., n° 32/2021, B.8.2; C.C., n° 76/2021, B.6.2.

¹⁸⁴ C.C., n° 32/2021, B.8.3; C.C., n° 76/2021, B.6.3. En l'occurrence, la porte de sortie ménagée par la loi (la possibilité pour la chambre de protection sociale de pouvoir autoriser par décision motivée l'audition de la personne internée) ne convainc pas davantage la Cour pour les raisons, quant à elles convaincantes, exposées aux considérant B.8.4 de l'arrêt n° 32/2021 et B.6.4 de l'arrêt n° 76/2021.

¹⁸⁵ Elle est notamment consacrée à l'article 23, alinéa 1^{er}, de la Constitution.

¹⁸⁶ Sur la notion de dignité humaine, cf. not. J. FIERENS, « La dignité humaine comme concept juridique », *J.T.*, 2002, p. 577 à 583; P. MARTENS, *Théories du droit et pensée juridique contemporaine*, Bruxelles, Larcier, 2003, Leçon 4: la dignité humaine, pp. 68 à 81; Fr. VANNESTE, in *Les grands arrêts ...*, *op. cit.*, pp. 153 et s.

¹⁸⁷ Parfois aussi, les réponses – lorsqu'elles ont existé – se sont construites en dehors de l'État et à l'extérieur des frontières, au gré de solidarités privées (voy. en ce sens: UNIA, *Covid et droits humains ...*, *op. cit.*, p. 25, point 2.5.1).

pour les juristes lisant la crise avec les lunettes du droit des droits fondamentaux, celle-ci révèle avant tout des faiblesses et les lacunes préexistantes dans l'encadrement des droits des personnes handicapées¹⁸⁸. Ce droit du handicap, en particulier aux niveaux fédéral, francophone et bruxellois, n'était pas « à jour » avant la crise. Il n'est donc pas étonnant qu'en temps de crise, les autorités publiques n'aient pu rattraper le retard ni pratiquer des réflexes non encore acquis¹⁸⁹.

Tirer, en acte, les enseignements de la crise, c'est tout à la fois chercher à pérenniser voire à amplifier les bonnes pratiques et identifier comment dépasser ce qu'en creux, la crise a révélé ou confirmé pour transformer les essais et erreurs en autant de leviers. C'est là la responsabilité collective à l'égard de toutes celles et ceux qui, en raison de situations de handicap et de vulnérabilité, ont vécu plus durement la crise. Il faut que celle-ci soit le tremplin de possibles progressions¹⁹⁰. Ces marges de progression se logent en particulier, outre dans une revalorisation générale du système social et de santé¹⁹¹, dans le *handistreaming* et la concertation (§ 1), l'identification des personnes handicapées (§ 2), la sensibilisation aux handicaps (§ 3), l'élaboration d'un droit de crise (§ 4) et le débat sur la désinstitutionnalisation (§ 5).

§ 1 - *Le handistreaming et la concertation*

30. Si la crise permettait de retenir la nécessité, d'une part, de pratiquer un *handistreaming* systématique des politiques publiques envisagées, et, d'autre part, d'associer le secteur mais aussi le milieu associatif et les usagers dès qu'une mesure est susceptible d'affecter les personnes en situation de handicap, on pourrait voir une avancée, dans le sens de l'article 4.3. de la CDPH plutôt que de s'arrêter sur les déficits qui ont caractérisé la prise de décision à l'entame du confinement, principalement¹⁹².

¹⁸⁸ Il est évident que le bilan de la crise, et les enseignements à en tirer, doivent être complétés d'autres regards disciplinaires ainsi que de l'expérience de terrain. Voy. not. dans cette perspective le rapport de MSF précité, note 33.

¹⁸⁹ Comme, on y reviendra, pratiquer le *handistreaming* et consulter les personnes handicapées; comme penser à appréhender les handicaps au départ d'une approche sociale et non seulement médicale, *a fortiori* lorsque la crise se caractérise par un hospitalocentrisme; comme chercher en permanence à tenir les deux bouts, de l'accessibilité universelle à l'aménagement raisonnable, pour répondre à la diversité des handicaps. Sur la nécessaire complémentarité entre aménagements raisonnables et accessibilité, voy. les conclusions générales de Isabelle Hachez, Louis Triaille et Jogchum Vrieling in *Les grands arrêts en matière de handicap*, *op. cit.*, p. 795, et les renvois en note 67. Ainsi, le défaut d'accessibilité (universelle) multiplie presque automatiquement les aménagements raisonnables (individuels) requis, au-delà de ce qui constitue une complémentarité équilibrée. Dans le même temps, les situations de crise compliquent singulièrement la possibilité de porter une attention à chaque cas individualisé, *a fortiori* quand les situations de handicaps sont presque aussi diverses que le nombre de personnes handicapées (cf. *supra*, n° 23).

¹⁹⁰ Cf. en ce sens les mots de G. Quinn, Rapporteur spécial sur les droits des personnes handicapées: « Innovation is needed to replace fragile support systems with an assurance of continuity during crises. The future cannot be like the past, and that is what 'building back better' should be all about » (« Building back better: People with disabilities have vital role », 1er décembre 2020).

¹⁹¹ Cf. not. à cet égard le rapport de MSF précité, note 33. Sous la revalorisation du système social, on vise également le renforcement de l'accompagnement des personnes en situation de handicap et de leurs familles, dans les structures collectives et à domicile – ce qui requiert sans doute de repenser à frais nouveaux les modalités de l'accompagnement adéquat et de créer de « nouveaux métiers ».

¹⁹² Cf. *supra*, n° 26. Gerard Quinn écrit en ce sens: « More than likely, an appropriate as well as efficient response to the Covid crisis could only have been done if persons with disabilities and their representative organisations had been involved in pandemic planning from the outset » (« Covid-19 and Disability: a War of Two Paradigms », *op. cit.*). L'implication des personnes concernées devrait en effet permettre de colorer le plus justement possible la teneur des obligations positives de protection, entre assistance et autonomisation (voy. à cet égard Fl. AUMOND, « Introduction » et Ch. BARON, « La

L'association des personnes handicapées doit également se faire en aval de l'adoption des mesures, en favorisant l'accessibilité des décisions qui concernent les personnes handicapées et leur participation à la mise en œuvre de celles-ci – notamment par le biais de garanties procédurales¹⁹³. La crise a en effet souligné l'importance d'une communication directe vers les usagers, sans passer par l'intermédiaire des institutions, ainsi que les vertus d'une communication inclusive – on songe notamment à la traduction des annonces officielles en langue des signes¹⁹⁴. Elle a aussi mis en exergue les atouts et les limites du basculement numérique pour les personnes handicapées – lequel a pu favoriser l'accessibilité de certaines activités, tout en générant de nouvelles formes d'exclusion, en ce compris en termes d'accès aux droits sociaux (phénomène du *non take-up*)¹⁹⁵.

§ 2 - L'identification des personnes handicapées

31. Communiquer vers les usagers suppose de pouvoir les identifier. Aucune statistique n'est pourtant disponible à l'échelle de l'État belge, et l'on n'a pas attendu la crise pour établir ce constat contraire à l'article 31 de la CDPH relatif aux statistiques et à la collecte des données. Le Comité des droits des personnes handicapées l'avait notamment déjà tiré dans ses Observations finales rendues en 2014 à destination de l'État belge. On peut y lire que « Le Comité regrette le manque de données ventilées sur les personnes handicapées. Il rappelle que de telles informations sont indispensables pour connaître la situation de certains groupes de personnes handicapées dans l'État partie qui peuvent présenter des degrés divers de vulnérabilité, pour élaborer les lois, les politiques et les programmes adaptés à leur situation et pour évaluer la mise en œuvre de la Convention »¹⁹⁶. Et le Comité de « recommande(r) à l'État partie de systématiser la collecte, l'analyse et la diffusion de données ventilées par sexe, âge et handicap, d'amplifier l'action de renforcement des capacités en la matière, d'élaborer des indicateurs intégrant le genre pour servir de support à l'élaboration de textes législatifs, à la prise de décisions et au renforcement des capacités institutionnelles requises pour

vulnérabilité à l'aune du mouvement 'Droit et littérature' », *Handicap, pauvreté et droit(s). Confusion, conjonction, convergence*, UCA, Handicap et citoyenneté, 2020, respectivement pp. 23-24 et pp. 58-61). Voy. par ailleurs la récente note de position du CSNPH sur la participation des personnes en situation de handicap dans les processus décisionnels (http://ph.belgium.be/media/static/files/import/participatie_van_personen_met_een_handicap_aan_besluitvormingsprocesen/2021-07-note-de-position-participation-des-personnes-en-situation-de-handicap-dans-les-processus-decisionnels.pdf).

¹⁹³ La Cour constitutionnelle a eu l'occasion de rappeler, à cet égard, que « Les mesures de protection doivent refléter au mieux les préoccupations de la personne en question, lorsque celle-ci est en état de manifester sa volonté. La participation des personnes vulnérables au processus de décision qui les concerne doit être garantie, compte tenu du degré d'autonomie des intéressés (CEDH, 19 février 2013, *B. c. Roumanie*, §§ 96-97 et §§ 116-117). Le fait de ne pas s'enquérir de l'opinion de la personne en question peut conduire à une situation d'abus dans laquelle les personnes vulnérables sont privées de la possibilité d'exercer leurs droits » (C.C., n° 76/2021, 20 mai 2021, B.5.2).

¹⁹⁴ B. GOMES et A. HEYELENS, *op. cit.* (voy., par contraste pour d'autres types d'handicaps: UNIA, *Covid et droits humains ...*, *op. cit.*, pp. 22-23 et 42). On a aussi assisté, en temps de crise, à la montée en puissance des FALC (« Facile à Lire et à Comprendre »); cf., à cet égard, le site Corona: <https://www.info-coronavirus.be/en/translation/>. Voy. par ailleurs le nouveau service FALC offert par l'ASBL Inclusion: <https://www.falc.be>.

¹⁹⁵ Sur les déficits qui entravent aujourd'hui encore une perspective numérique inclusive, cf. not. l'avis n° 2021/09, très critique, rendu le 15 mars 2021 par le CSNPH au sujet du Plan pour la Reprise et la Résilience concernant, en particulier, le projet de digitalisation de différentes administrations et services (projets 2.25 et 2.26; cf. par ailleurs les projets 4.64 sur l'inclusion numérique et 4.70 sur le développement de l'e-santé).

¹⁹⁶ § 42.

assurer le suivi des progrès accomplis dans la mise en œuvre des différentes dispositions de la Convention et l'établissement de rapports y relatifs »¹⁹⁷.

L'enjeu dépasse la seule communication à l'égard des usagers. Comment, en effet, déterminer et calibrer les politiques publiques au plus près des besoins des personnes handicapées sans disposer, dans le respect du RGPD, d'informations quant à leurs besoins, leurs caractéristiques personnelles, le degré et les types d'incapacités ? Compte tenu de l'éclatement des compétences et de la multiplicité des définitions du handicap qui coexistent en droit belge, la constitution d'une telle base de données requerrait sans doute de conclure un accord de coopération et de s'accorder sur la définition du handicap (ou des besoins liés au handicap) destinée à délimiter les contours des données rassemblées. Il devrait logiquement s'agir de celle, très large, retenue par la CDPH.

§ 3 - *La sensibilisation aux handicaps*

32. Aux canaux de transmission à renforcer entre autorités publiques et personnes handicapées en amont et en aval de la prise de décision, il faut ajouter une nécessaire sensibilisation des autorités et de la population aux handicaps, visibles et invisibles, pour qu'ils deviennent à la fois une question et une préoccupation collectives, même en temps de crise¹⁹⁸. L'inclusion ne se décrète pas mais se vit et se construit au quotidien, dès le plus jeune âge¹⁹⁹.

La crise a de ce point de vue pu jouer un rôle ambivalent, confrontant chacun à des situations de handicap, tout en occultant sa dimension sociale à l'égard de ceux qui rentrent sous le champ d'application de la CDPH. L'accès à l'institution hospitalière a par ailleurs mis en lumière la difficulté à saisir la diversité des handicaps et à y répondre de manière adéquate, *a fortiori* en période de crise, par la levée des barrières entravant l'effectivité du droit à la santé des personnes handicapées. Le débat autour de la priorisation des soins a, quant à lui, conduit à réaffirmer le principe d'égalité et, derrière lui, la pluralité des vies dignes d'être vécues²⁰⁰.

¹⁹⁷ § 43.

¹⁹⁸ Voy. par ex. en ce sens l'heureuse initiative prise par la Commission australienne des droits de l'homme en vue de favoriser l'effectivité des droits des personnes handicapées en temps de crise, en ce compris dans le cadre des soins de santé: Australian Human Rights Commission, *Guidelines on the rights of people with disabilities in health and disability care during Covid-19*, août 2020 (<https://humanrights.gov.au/our-work/disability-rights/publications/guidelines-rights-people-disability-health-and-disability>). Ces directives sont accompagnées de nombreuses références aux droits garantis par la CDPH et de mises en situation concrètes.

¹⁹⁹ D'où l'importance, notamment, d'un enseignement inclusif, de formations à la déconstruction des préjugés et autres stéréotypes, d'une confrontation aux différences, et d'une prise de conscience de la part de responsabilité de la société dans l'émergence et le déploiement de situations de vulnérabilité. Voy. à cet égard l'exposé interpellant de Stéphane Adam sur les enseignements de la crise concernant le handicap, la santé mentale et le vieillissement (<https://www.parlement-wallonie.be/pwpages?p=youtube-player&idpw=22010&live=1>, à partir de 5h12').

²⁰⁰ Cf. not. à ce sujet: B. QUENTIN, *Les invalidés. Nouvelles réflexions philosophiques sur le handicap*, Toulouse, Eres, 2019, pp. 95 et s.

§ 4 - L'élaboration d'un « droit de crise »

33. La réponse aux errements constatés se loge sans doute aussi dans un « droit de crise », comme y invite pourtant l'article 11 de la CDPH²⁰¹. Ce droit devrait garantir, *a fortiori* en temps de crise, un *handstreaming* systématique des mesures envisagées mais aussi, lorsque les personnes handicapées sont potentiellement visées, l'association de leurs représentants et l'acheminement de l'information vers les usagers. On devrait également prévoir, en jouant sur les normes d'agrément, la constitution de stocks stratégiques et l'élaboration de plans d'urgence²⁰²; garantir dans les lieux clos, refermés sur eux-mêmes, des contrôles indépendants²⁰³; instaurer des mécanismes de plainte; circonscrire le noyau dur des services qui, en tout temps, doivent être assurés en soutien d'une autonomie assistée.

On gagnerait par ailleurs à organiser, en temps de crise, la coordination des mesures fédérales et fédérées adoptées et leur correcte accessibilité en en confiant la responsabilité à un organe expressément dédié à cet effet²⁰⁴. Dans le champ du handicap, les compétences sont en effet fragmentées, ce qui, en soi, constitue déjà une barrière juridique à la pleine participation à la société des personnes handicapées. Lorsque, comme en temps de crise, les vulnérabilités des usagers sont exacerbées et que les bonnes pratiques peinent à être mutualisées, on ne peut que gagner à concentrer en un même lieu, l'ensemble des sources matérielles et formelles qui configurent les différents secteurs du droit du handicap en temps de crise, en veillant à la fois à la précision et l'exhaustivité du recensement opéré et à son accessibilité (« FALC », ..)²⁰⁵. Il ne nous paraît pas opportun, ni conforme à l'esprit de la CDPH, de laisser la responsabilité de ces initiatives à des acteurs privés – d'autant qu'au terme de cette étude, pourtant parcellaire, on peut attester du caractère abyssal de la tâche.

²⁰¹ Cf. R. DELFORGE, C. ROMAINVILLE, S. VAN DROOGHENBROECK et M. VERDUSSEN, « L'absence d'état d'urgence en droit constitutionnel belge », *Covid-19 et droit public*, sous la dir. de Fr. Bouhon, E. Slautsky et S. Wattier, à paraître en novembre 2021. Adde la loi précitée du 14 août 2021 relative aux mesures de police administrative lors d'une situation d'urgence épidémique, et les avis précités rendus à la faveur du processus d'élaboration de cette loi (supra, note 137).

²⁰² I. HACHEZ, M. HARDT, L. LOSSEAU, O. NEDERLANDT, S. SAROLÉA et L. TRIAILLE, *op. cit.*, *Rev. trim. dr. h.*, chapitre 1, « personnes âgées ». Voy. aussi le rapport de MSF, soulignant la meilleure réactivité à la crise sanitaire des lieux collectifs dotés d'un responsable de soins et d'une cellule de crise (p. 4).

²⁰³ Cf. certaines situations inquiétantes dénoncées dans le Rapport précité d'Amnesty international, qui, en vertu du versant procédural des obligations positives de protection déduites des droits fondamentaux (interdiction des traitements inhumains et dégradants, droit à la vie, notamment) gagneraient sans doute à donner lieu à une enquête effective. On signale, à cet égard, que dès le 17 mars 2020, le Rapporteur spécial sur les droits des personnes handicapées avait attiré l'attention sur la situation des personnes handicapées en institutions en raison, à la fois, de l'absence de contrôle externe (« the lack of external oversight ») et du fait que « Limiting their contact with loved ones leaves people with disabilities totally unprotected from any form of abuse or neglect in institutions ». Voy. par ailleurs sur la plus-value d'une ratification par l'État belge du Protocole facultatif à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (« OPCAT ») qu'il a signé en 2005: I. HACHEZ, M. HARDT, L. LOSSEAU, O. NEDERLANDT, S. SAROLÉA et L. TRIAILLE, *op. cit.*, *Rev. trim. dr. h.*

²⁰⁴ Compar. avec le raisonnement qui, en l'état actuel du droit, a été savamment construit par la section de législation du Conseil d'État en matière de répartition des compétences (avis 68.936/AG/AV précité du Conseil d'État rendu le 7 avril 2021, spéc. pts 30 à 42).

²⁰⁵ Voy. par ailleurs le rapport précité de MSF (note 33) qui souligne que « La multiplication des recommandations, protocoles et guidelines issus des autorités sanitaires (mais également associations médicales, groupes chapeautant les résidences, médias, etc.), leur manque de clarté (souvent dépourvues de la partie "comment faire?") et le décalage entre ce qui était prôné et la réalité des maisons de repos ont grandement contribué à déformer cette communication, et par ricochet la maîtrise de la situation et l'image des maisons de repos et de leur personnel. L'exemple le plus illustratif de ce décalage fut sans conteste la décision par le CNS mi-avril d'autoriser à nouveau les visites dans les maisons de repos (pour une personne désignée au préalable). Une décision décriée dès le lendemain à tous les niveaux, entités fédérées comme communales ou encore au niveau de certaines directions de maisons de repos, ainsi que par MSF, alertant sur les risques d'une décision trop précoce au vu des taux de transmission et décès toujours trop nombreux au sein des structures (...) les informations requises n'étaient pas toujours claires pour les gestionnaires des structures» (pp. 22 et 23).

§ 5 - *Le débat sur la désinstitutionnalisation*²⁰⁶

34. L'année écoulée a révélé la nécessité de revisiter certaines balises juridiques existantes, comme les normes d'agrément, pour mieux garantir en amont les droits des résidents – que ce soit en temps ordinaire ou d'urgence sanitaire²⁰⁷.

« Souvent la circulaire annonce une législation en gestation (...) Parfois, une circulaire fait apparaître au grand jour les insuffisances de la loi »²⁰⁸: cet enseignement n'est pas démenti en l'espèce. Si l'on a pu émettre des doutes au sujet du statut et de la portée des circulaires qui ont rythmé la vie des institutions en temps de Covid (*supra*, n° 19), puissent celles-ci, au-delà de la crise, inspirer les contours d'un droit plus respectueux des droits fondamentaux des personnes handicapées vivant en institution d'hébergement. Il s'agirait de prendre davantage au sérieux le message véhiculé par les tenants de la désinstitutionnalisation, lequel devrait, au moins, se traduire par l'abandon d'une forme de « culture institutionnelle qui rassemble et isole des personnes sur la base du handicap, qui les prive de liberté et du choix de leur mode de vie par une routine hospitalière dépersonnalisante et qui ne reconnaît pas (ou peu) leur capacité (juridique) à prendre des décisions et à gérer leur vie de manière autonome »²⁰⁹.

Mais la crise relance aussi le débat sur la désinstitutionnalisation, comme le montre la réclamation collective n° 197/2020 introduite devant le Comité européen des droits sociaux à l'encontre de l'État finlandais (*supra*, n° 7). Elle souligne dans le même temps la nécessité de s'interroger sur les implications précises de l'obligation de désinstitutionnalisation que, juridiquement, l'on rattache à l'article 19 de la CDPH²¹⁰. Désinstitutionnaliser, est-ce « détotaliser » les institutions ? Ou les « désagréger », voire les supprimer ? Si on réfléchit le concept de désinstitutionnalisation en lien avec l'autonomie individuelle et la liberté de choix, quelles incarnations connaît-il ? Si on le corréle à la visée inclusive de la Convention onusienne relative aux droits des personnes handicapées, que signifie désinstitutionnaliser dans une perspective d'inclusion ? Inversement, que signifie institutionnaliser ? Que recouvre la notion d'institution ? L'institution se limite-t-elle nécessairement à des lieux d'accueil, des murs et bâtiments éventuellement ségrégatifs ? Sortir des institutions (les résidences d'hébergement, les établissements d'enseignement spécialisé, les entreprises de travail adapté, ...), est-ce sortir de l'institution, c'est-à-dire d'un traitement institutionnalisé de la question du handicap ? L'institution n'est-elle que contrainte et pouvoir ? Comment désinstitutionnaliser sans

²⁰⁶ Certains des propos qui suivent sont empruntés au texte d'ouverture de la conférence Alter 2022, coécrit par Isabelle Hachez et Nicolas Marquis (« Repenser l'institution et la désinstitutionnalisation à partir du handicap »; en ligne: <https://autonomicap-usaintlouis.org/2021/05/05/annonce-de-la-conference-alter-2022/>). Cf., pour l'appel à communications de cette conférence: <https://alterconf2022.sciencesconf.org/>

²⁰⁷ Ainsi la réglementation bicommunautaire du secteur des établissements pour personnes handicapées se montre-t-elle très rudimentaire sous l'angle des droits des usagers. Si, dans la droit ligne des droits consacrés par la Constitution et les traités internationaux, on peut lire à l'article 7, 2°, de l'ordonnance du 7 novembre 2002 que « le respect de la vie privée et des droits individuels de la personne » font partie des normes d'agrément, celles-ci ne sont pas autrement traduites sous la forme de balises garantissant les droits de visite, sorties, ..., des personnes concernées. Tout en étant elle aussi rudimentaire, la réglementation bicommunautaire du secteur des établissements pour personnes âgées apparaît déjà plus consistante – c'est tout dire (cf. I. HACHEZ, M. HARDT, L. LOSSEAU, O. NEDERLANDT, S. SAROLÉA et L. TRIAILLE, *op. cit.*, *Rev. trim. dr. h.*, chapitre 1, « personnes âgées »).

²⁰⁸ Fr. BELLEFLAMME et M. DOUTREPONT, *op. cit.*, pp. 485 et 486.

²⁰⁹ I. HACHEZ, V. GHESQUIÈRE et C. VAN BASSELAERE, « La discrimination fondée sur le handicap », *Comprendre et pratiquer le droit de la lutte contre les discriminations*, sous la direction de J. Ringelheim et P. Wautelet, CUP, Anthémis, 2018, p. 83.

²¹⁰ Cette disposition a fait l'objet d'une interprétation assez maximaliste de la part du Comité des droits des personnes handicapées (cf. Observation générale n° 5 (2017) sur l'autonomie de vie et l'inclusion dans la société). Compar. avec la note de position de novembre 2018 du CSNPH sur la désinstitutionnalisation des personnes en situation de handicap (<http://ph.belgium.be/fr/m-eacute-morandums-et-notes-de-position/d%C3%A9sinstitutionnalisation-des-personnes-en-situation-de-handicap.html>), laquelle offre d'intéressantes pistes à explorer.

reconduire les formes d'institutions dont on souhaite se départir hors des murs des établissements spécialisés ? Comment désinstitutionnaliser sans précariser et marginaliser ?

Autant de questions qui soulignent la plurivocité de la notion d'institution(nalisation), et de son envers, la désinstitutionnalisation, et, partant, la nécessité de s'accorder sur le ou les finalités(s) assignés aux politiques de désinstitutionnalisation promues dans le giron de la CDPH.

PROPOS CONCLUSIFS

35. Le 30 mars 2021, la Constitution a accueilli un article 22ter qui consacre désormais le droit à l'inclusion – en ce compris à des aménagements raisonnables – des personnes en situation de handicap²¹¹. Dans la droite ligne de la Convention onusienne relative aux droits des personnes handicapées dont elle synthétise l'esprit, cette disposition constitutionnelle réaffirme la prévalence d'une compréhension bio-psychosociale du handicap et la perspective inclusive qu'il incombe aux différents législateurs compétents de garantir, à la croisée de l'accessibilité universelle et des aménagements raisonnables.

Avec l'article 22ter, on est loin des représentations médicales du handicap véhiculées durant la crise sanitaire; on est loin aussi de l'accentuation des situations d'exclusion dont elle s'est accompagnée – et, sur le plan des principes, on ne peut que s'en réjouir. Il reste que le droit des droits fondamentaux « a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs », pour reprendre la formule de la Cour européenne des droits de l'homme²¹². Encore faut-il s'entendre sur la portée des droits consacrés avant de chercher à les implémenter.

Dans les travaux préparatoires de l'article 22ter, on lit quelques allusions à la crise sanitaire²¹³. Mais de prise de position du constituant sur les contours exacts du cadre qu'il redessine dans la droite ligne de la CDPH, on ne trouve guère. Le débat sur la désinstitutionnalisation que la crise sanitaire est venue réactiver n'est pas davantage évoqué, alors que les options prises en la matière par les organes de contrôle internationaux ne convergent pas nécessairement.

Ainsi, en mars 2013, le Comité européen des droits sociaux condamnait l'État belge en raison du manque de solutions d'accueil et d'hébergement adaptées aux besoins des personnes handicapées de grande dépendance²¹⁴. De son côté, le Comité des droits des personnes

²¹¹ Cf., pour un commentaire: I. HACHEZ, « La consécration constitutionnelle du droit à l'inclusion des personnes en situation de handicap (art. 22ter): de la duplication du cadre juridique au dessin de politiques publiques », à paraître au *J.T.*, en 2021.

²¹² Cour eur. D.H., arrêt *Airey* du 9 octobre 1979, § 24.

²¹³ Révision de la Constitution en vue d'y insérer un article nouveau permettant de garantir la jouissance des droits et libertés aux personnes handicapées, Rapport fait au nom de la commission des Affaires institutionnelles par M. Julien Uyttendaele, *Doc. parl.*, Sén., sess. 2019-2020, n° 7-169/2, p. 14; Révision du titre II de la Constitution, en vue d'y insérer un article nouveau permettant de garantir la jouissance des droits et libertés aux personnes handicapées, Avis écrit du Professeur Dupuis, *Doc. parl.*, Sén., sess. 2019-2020, n° 7-169/3, p. 79; Projet de révision de la Constitution visant à insérer au titre II de la Constitution un article 22ter garantissant aux personnes en situation de handicap le droit à une pleine inclusion dans la société, Rapport fait au nom de la Commission de la Constitution et du renouvellement institutionnel par Mme Claire Hugon, *Doc. parl.*, Ch., n° 1445/2, pp. 6 et 12.

²¹⁴ CEDS, décision sur le bien-fondé du 18 mars 2013, rendue dans le cadre de la RC n° 75/2011, *FIDH c. Belgique*.

handicapées s'est prononcé en faveur de la fermeture des institutions d'hébergement, doublée de réformes structurelles en soutien de services d'appui personnalisés²¹⁵. Quant à la Commission européenne, elle vient de rappeler, dans sa Stratégie 2021-2030, que les personnes handicapées « ont le droit de vivre de manière autonome et de choisir avec qui elles veulent vivre et dans quel lieu »²¹⁶. Qu'en déduire ? Faut-il bannir toute institution collective quelle qu'elle soit, de manière radicale et définitive pour tous types de handicaps ? Faut-il plutôt réformer les institutions de l'intérieur, pour en modifier les logiques d'intervention, les départir d'une culture dépersonnalisante, tout en favorisant la création de petites structures à taille humaine au sein de la cité ? S'agit-il de financer des personnes plutôt que des structures et, dans l'affirmative, à quelles conditions ? Quelle place accorder, ou non, à l'entourage dans une prise en charge solidaire ?

Dans ses observations finales de 2014, le Comité des droits des personnes handicapées recommandait à l'État belge d'abroger sa loi du 26 juin 1990 « permett(ant) l'hospitalisation forcée des personnes présentant un handicap psychosocial »²¹⁷, et « de réviser la loi (du 5) mai 2014 afin d'éliminer le système des mesures de sûreté pour les personnes handicapées qui sont déclarées irresponsables de leurs actes »²¹⁸. Reste que la Cour européenne des droits de l'homme assume désormais explicitement une divergence de point de vue avec le Comité des droits des personnes handicapées. Ainsi peut-on lire dans son arrêt *Rooman c. Belgique*, rendu en Grande chambre le 31 janvier 2019, « que l'article 5 [de la Convention européenne des droits de l'homme] tel qu'interprété aujourd'hui ne contient pas une interdiction de la détention fondée sur l'incapacité, à la différence de ce que propose le Comité des droits des personnes handicapées de l'ONU dans les points 6-9 de ses directives concernant l'article 14 de la CDPH de 2015 »²¹⁹. Qu'en conclure du point de vue de l'État belge partie aux deux traités ? Faut-il, pour les personnes atteintes d'un trouble mental, représentant un danger pour elles-mêmes ou pour la société, condamner l'institution de l'internement ? Quelle attention porter et quels types de prise en charge envisager, alors, pour les personnes atteintes de troubles mentaux ?

²¹⁵ Observations finales du Comité des droits des personnes handicapées du 28 octobre 2014 concernant le rapport initial de la Belgique, adoptées à sa douzième session (15 septembre-3 octobre 2014), § 33; Observation générale n° 5, spéc. §§ 59 et 97, g.

²¹⁶ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip_21_810. Voy. par ailleurs le règlement (UE) 2021/1060 DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 24 juin 2021 portant dispositions communes relatives au Fonds européen de développement régional, au Fonds social européen plus, au Fonds de cohésion, au Fonds pour une transition juste et au Fonds européen pour les affaires maritimes, la pêche et l'aquaculture, et établissant les règles financières applicables à ces Fonds et au Fonds «Asile, migration et intégration», au Fonds pour la sécurité intérieure et à l'instrument de soutien financier à la gestion des frontières et à la politique des visas: « *Les États membres devraient également respecter les obligations énoncées dans la convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant et dans la convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées et garantir l'accessibilité conformément à son article 9 et en conformité avec le droit de l'Union harmonisant les exigences en matière d'accessibilité applicables aux produits et services. Dès lors, les Fonds devraient être mis en oeuvre de manière à promouvoir la transition des soins en institution vers les soins de proximité et la prise en charge par la famille* » (préambule, point 6; notre accent. *Adde* annexes, spéc. pp. 162 et 181).

²¹⁷ Observations finales du Comité des droits des personnes handicapées du 28 octobre 2014 concernant le rapport initial de la Belgique, adoptées à sa douzième session (15 septembre-3 octobre 2014), §§ 25 et 26: « 25. Le Comité s'inquiète de ce que la loi de santé mentale, adoptée en 1990, permette l'hospitalisation forcée des personnes présentant un handicap psychosocial. 26. Le Comité recommande à l'État partie d'abroger les lois permettant l'hospitalisation d'office, sur la base de leur handicap, des personnes ayant un handicap psychosocial ».

²¹⁸ Observations finales précitées, § 28.

²¹⁹ Cour eur. D.H. (Gde Ch.), arrêt *Rooman c. Belgique* du 31 janvier 2019, § 315. Si la Cour européenne autorise en son principe l'internement, elle condamne par contre les conditions de détention des personnes internées en milieu carcéral ordinaire dans la mesure où elles les privent de toute perspective de réinsertion, faute de soins thérapeutiques adaptés (cf., pour un commentaire, I. HACHEZ, Y. CARTUYVELS et O. NERDERLANDT, « Internement (civil et pénal) des personnes souffrant d'un trouble mental », *Les grands arrêts en matière de handicap*, sous la dir. de I. Hachez et J. Vrieling, Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 757 à 781).

En octobre 2017 et septembre 2020, le Comité européen des droits sociaux estimait que l'État belge demeurait en défaut d'offrir un enseignement inclusif aux enfants ayant une déficience intellectuelle²²⁰. Le droit international semble désormais largement poindre en faveur d'une éducation inclusive²²¹. Mais quels visages donner à l'enseignement inclusif ? Qu'implique l'éducation inclusive ? De supprimer tous les établissements d'enseignement spécialisé pour accueillir l'ensemble des élèves dans un enseignement ordinaire, accessible et attentif aux besoins de chacun ? Faut-il nécessairement, au nom de l'inclusion, condamner toutes formes d'enseignement spécialisé, adressé à certains élèves seulement ? Quelles seraient alors les alternatives ?

Sans même évoquer la réclamation collective, directement connectée à la crise sanitaire, actuellement pendante devant le Comité européen des droits sociaux²²², il y avait donc matière pour le constituant belge à, si pas clarifier sa position par rapport au débat sur la désinstitutionnalisation, au moins rendre compte des tensions qui émaillent le droit international des droits fondamentaux pour que ce soit averties de celles-ci, que les autorités publiques belges lui donnent corps au travers de politiques publiques idoines.

La Communauté flamande n'a pas attendu l'article 22^{ter} pour traduire dans sa législation sur le budget d'assistance personnelle la direction qui lui semblait s'imposer en vertu de la CDPH – et la Cour constitutionnelle lui a donné raison²²³. Des réflexions sont en cours ailleurs²²⁴. Puissent-elles s'adosser à une compréhension fine de la complexité des enjeux révélés par le droit international des droits fondamentaux. Car sans vision claire de ce vers quoi l'on marche, à une cadence que l'on peut espérer dynamisée par la crise et l'adoption de l'article 22^{ter}, il apparaît compliqué d'avancer de manière cohérente et calibrée vers l'objectif que l'on s'est collectivement fixé mais que l'on peine peut-être encore à se réapproprier: celui de l'inclusion²²⁵. Ce n'est que dans un temps second que se pose la question des leviers idoines pour réaliser cet objectif²²⁶.

²²⁰ Décision du Comité européen des droits sociaux du 16 octobre 2017 rendue dans le cadre de la réclamation collective n° 109/2014, *MDAC c. Belgique*; décision du Comité européen des droits sociaux du 9 septembre 2020 rendue dans le cadre de la réclamation collective n° 141/2017, *FIDH et Inclusion Europe c. Belgique*.

²²¹ Cf. not. Cl. ROMMELAERE, « Sur le chemin aménagé de l'école inclusive », obs. sous Cour eur. dr. h., arrêt *G.L. c. Italie* du 10 septembre 2020, *R.T.D.H.*, 126/2021, pp. 447 à 464; K. WILLEMS et M. SPINOY, « Recht op inclusief onderwijs: het Europees Hof voor de Rechten van de Mens zet de puntjes op de i (van inclusief) », *T.O.R.B.*, 2020-21/3, pp. 276 à 283.

²²² Cf. *supra*, note 72.

²²³ C.C., n° 42/2016, 17 mars 2016. Pour un commentaire, voy. S. PEETERS et J. PUT, in *Les grands arrêts ...*, *op. cit.*, p. 521 et s. *Adde* Révision du titre II de la Constitution, en vue d'y insérer un article nouveau permettant de garantir la jouissance des droits et libertés aux personnes handicapées, Audition de M. James Van Casteren, administrateur général de la VAPH, *Doc. parl.*, Sén., sess. 2019-2020, n° 7-169/3, pp. 17 à 27.

²²⁴ Cf. les propositions mentionnées dans la version finale d'avril 2021 du Rapport du Conseil stratégique de *Get up Wallonia* au Gouvernement wallon (disponible sur le site du Gouvernement wallon). Voy. aussi l'appel à manifestation d'intérêt récemment lancé par la Commission communautaire française dans le cadre du Marché public "Offre des services en matière de handicap et étude des besoins des personnes handicapées à Bruxelles". Cf. encore les actions annoncées ou d'ores et déjà prises par la Ministre fédérale Karine Lalieux, rassemblées sur le site de Gamp (<https://www.gamp.be/2021/02/26/quelle-strategie-handicap-pour-2021-2030/>). Voy. enfin le Plan national pour la reprise et la résilience, Belgique, 30 avril 2021, pp. 419 et s. (« Composante 4.3. Infrastructure sociale »).

²²⁵ Et la question se pose également dans sa dimension numérique. Dans un article précité, Périne Brotcorne et Patricia Vendramin soulignent en ce sens que « derrière un consensus sur la nécessité de développer des services numériques accessibles à tous se cachent des conceptions plurielles et parfois contradictoires de ce que recouvre l'inclusion numérique ». Et les auteurs de poursuivre: « les arrangements issus de compromis provisoires plutôt que d'accords stables autour d'un horizon normatif commun où prédomine l'intérêt général dévoilent ainsi une conception étriquée de l'inclusion numérique (...) » (*op. cit.*, note 162, pp. 6 et 7).

²²⁶ Le constituant entendait manifestement faire de l'article 22^{ter} le fondement d'actions positives, à la manière de ce qu'il fit avec l'article 11^{bis} en matière d'égalité homme-femme (Projet de révision de la Constitution visant à insérer au titre II de la Constitution un article 22^{ter} garantissant aux personnes en situation de handicap le droit à une pleine inclusion dans la

À l'heure où la CDPH peine à s'imposer comme référentiel fédérateur²²⁷, l'article 22ter de la Constitution présente en tout cas le mérite de réaffirmer l'adhésion de l'État belge aux changements de paradigmes auxquels elle invite. Il reste à être collectivement à la hauteur de cette ambition ²²⁸.

Isabelle Hachez
Louis Triaille

société, Rapport fait au nom de la Commission de la Constitution et du renouveau institutionnel par Mme Claire Hugon, *Doc. parl.*, Ch., n° 1445/2, pp. 5 et 12; Révision du titre II de la Constitution, en vue d'y insérer un article nouveau permettant de garantir la jouissance des droits et libertés aux personnes handicapées, Avis écrit du Professeur Marc Uyttendaele du 5 juin 2020, *Doc. parl.*, Sén., sess. 2019-2020, n° 7-169/3, spéc. p. 135). Si l'on peut douter du fait que l'article 22ter traduise correctement cette intention, l'on peut en revanche prendre acte de celle-ci et se demander si les actions positives ne constituent pas en effet un levier, parmi d'autres, à activer au sortir de la crise pour faire bouger les lignes d'une société que l'on dit vouloir inclusive. Cf., sur cette question, I. HACHEZ, J.Fr. NEVEN et J. RINGELHEIM, « L'action positive en droit belge: au cœur du principe d'égalité. État des lieux, limites et perspectives sur le marché de l'emploi », *Redynamiser la lutte contre la discrimination. Een hernieuwde impuls voor de strijd tegen discriminatie*, sous la dir. de J. Ringelheim, Sébastien van Drooghenbroeck, Jogchum Vrielink et Patrick Wautet, *en voie de finalisation*, à paraître en 2021.

²²⁷ Cf. par exemple le récent arrêt de chambre rendu par la Cour européenne des droits de l'homme le 11 mai 2021, dans l'affaire *Caamano Valle c. Espagne*, et l'opinion dissidente du juge Paul Lemmens qui mérite de s'y arrêter.

²²⁸ La tâche est en effet abyssale, tant la diversité des handicaps complique leur appréhension, tant les enjeux sont « colossaux ». Sans méthodologie (concertée), pas d'avancée, peut-on dès lors penser.