



Prof. Dr. Adriano Previtali
Université de Fribourg
Av. de Beauregard 1
1700 Fribourg
adriano.previtali@unifr.ch
Fribourg, le 5 mars 2025

Avis de droit

Le 20 janvier 2025 le Bureau fédéral de l'égalité pour les personnes handicapées nous a confié le mandat de répondre dans un bref avis de droit aux questions suivantes :

Quelles sont les dispositions de la LIPPI qui restent pertinentes après l'approbation des plans stratégiques cantonaux par le Conseil fédéral en 2010 (art. 197, ch. 4 Cst., art. 10 LIPPI) ?

- 1. Quelles sont les dispositions de la LIPPI qui restent pertinentes après l'approbation des plans stratégiques cantonaux par le Conseil fédéral en 2010 (art. 197, ch. 4 Cst., art. 10 LIPPI) ?**
- 2. Dans quelle mesure ces réglementations correspondent-elles aux exigences constitutionnelles (« objectifs, principes et critères » selon l'art. 112b Cst. ; cf. à ce sujet l'expertise de l'OFJ du 10.09.2024) ainsi qu'aux exigences de la CDPH concernant la vie autonome (art. 19 CDPH) ? 2) Dans quelle mesure vont-elles éventuellement (encore) au-delà et, si oui, sur quelle base (cf. à cet égard les remarques critiques formulées dans l'expertise Egli / Filippo de la CDAS) ?**
- 3. Est-il possible d'intégrer ces dispositions dans une loi-cadre sur l'inclusion ? A quoi faudrait-il veiller ?**

Le travail est divisé en deux parties. La première partie, rappelle le cadre général du sujet. La deuxième partie, répond aux questions posées.

Première partie

1. L'art. 112b Cst. s'occupe de l'encouragement de l'intégration des invalides¹, il déclare que :

1. *La Confédération encourage l'intégration des invalides par des prestations en espèce et en nature. Elle peut utiliser à cette fin les ressources financières de l'assurance-invalidité.*
2. *Les cantons encouragent l'intégration des invalides, notamment par des contributions destinées à la construction et à l'exploitation d'institutions visant à leur procurer un logement et un travail.*
3. *La loi fixe les objectifs, les principes et les critères d'intégration des invalides.*

2. Cet article poursuit un but de politique sociale précis : celui d'encourager l'intégration des invalides (ci-après personnes handicapées)². Dans le prolongement des larges compétences dont elle dispose dans le domaine des assurances sociales, l'al. 1^{er} attribue à la Confédération la tâche de mettre en place les *prestations individuelles* nécessaires pour atteindre cet objectif. À la suite de l'abrogation de l'ancien art. 73 LAI³, l'al. 2 laisse aux cantons la responsabilité d'offrir les *prestations collectives*⁴, notamment dans les domaines du logement et du travail. Tandis que la mention expresse de ces deux domaines révèle l'importance que le Constituant leur accordait, l'usage de l'adverbe « notamment » indique qu'il ne s'agit néanmoins pas de domaines exclusifs et que d'autres matières peuvent également être concernées.

3. Un partage axial rigide des compétences risque de conduire à la mise en place de deux systèmes de règles incohérents ou contradictoires qui pourraient mettre en danger ou affaiblir le respect de l'objectif constitutionnel préfixé. Ce risque est particulièrement évident dans le domaine du logement.

3.1 Car la séparation entre vie à domicile et vie en institution est claire uniquement en théorie. Selon une *vision statique* des choses, il serait certes possible de se limiter à prendre en considération le lieu de vie de la personne concernée pour déterminer qui entre la Confédération et les cantons est compétent pour légiférer. Il s'agit toutefois d'une approche beaucoup trop simpliste qui ne correspond pas à la réalité et au vécu des personnes concernées et qui ne permet ni de protéger leurs droits ni d'atteindre l'objectif d'intérêt public susmentionné. Seule une *vision dynamique* et *transversale* du phénomène permet d'appréhender la complexité, la diversité et l'évolution de la politique du logement en faveur des personnes handicapées et d'encourager ainsi efficacement leur intégration.

3.2 Surtout à partir des années 90 du siècle passé, on a assisté en Europe comme en Suisse à l'affirmation du droit au libre choix du lieu de vie pour les personnes handicapées. Il s'agit d'un droit fondamental directement justiciable qui découle notamment de la liberté personnelle de

¹ L'ancien art. 112 al. 6 Cst prévoyait que « *La Confédération encourage l'intégration des personnes handicapées et soutient les efforts entrepris en faveur des personnes âgées, des survivants et des invalides. Elle peut utiliser à cette fin des ressources financières de l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité* ». Avec la mise en œuvre en 2008 de la RPT, le contenu de cet article a été partagé dans les nouveaux articles 112b et 112c Cst.

² Pour les questions terminologiques cf. infra n° 19.

³ Loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité (LAI ; RS 831.20).

⁴ Prestations qui étaient aussi très largement assumées par la Confédération avant l'abrogation de l'ancien art. 73 LAI en janvier 2008.

l'art. 10 al. 2 Cst.⁵, du droit au respect de la vie privée et familiale de l'art. 8 CEDH⁶ et de l'autonomie de vie et inclusion dans la société garantis par l'art. 19 CDPH⁷.

3.3 Un des moyens privilégiés pour garantir l'effectivité de ce droit fondamental a été le développement par la Confédération et par les cantons des politiques de désinstitutionalisation. Promouvoir le libre passage de la vie en institution à la vie autonome a notamment été mis en avant par l'assurance-invalidité, qui en a fait un de ses objectifs stratégiques à partir en tout cas de la 4^{ème} révision de 2004. L'art. 1a, lit. c LAI déclare, en effet, que les prestations de l'assurance-invalidité visent à « *aider les assurés concernés à mener une vie autonome et responsable* ». Dans ce sillage, de nouvelles prestations d'autonomie ont été créées afin de corriger l'important déséquilibre qui existait entre la prise en charge globale des coûts de la part de l'État en cas de vie en institution et la couverture partielle des dépenses qui sont nécessaires pour organiser une vie à domicile⁸. Ce partiel rééquilibrage a eu lieu notamment avec le versement d'allocations pour impotents plus importantes pour les personnes qui vivent à leur domicile par rapport à celles qui résident dans une institution (art. 42^{ter} al. 2 LAI) et, surtout, avec l'introduction en 2012 de la contribution d'assistance (art. 42^{quater} LAI).

3.4 Le choix du lieu de vie n'est pas une décision subite et isolée, mais il s'agit d'un processus décisionnel complexe et astreignant que la personne handicapée construit progressivement avec son entourage et souvent avec l'aide de professionnels du domaine social. Le succès des politiques de désinstitutionalisation dépend ainsi très largement de la cohérence avec laquelle la personne qui vit en institution a été stimulée et accompagnée afin de lui permettre d'acquérir progressivement les compétences nécessaires pour se préparer à la vie autonome. Cet objectif ne peut être couronné de succès que si les règles qui régissent les deux formes de vie reposent sur une philosophie de base commune et si elles sont suffisamment bien coordonnées entre elles. Si elles ne se basent pas sur un *projet d'intégration cohérent* des personnes handicapées, les prestations individuelles de la Confédération et les prestations collectives des cantons sont inefficaces.

Le même besoin de convergence entre les projets d'intégration se pose naturellement aussi pour le cas du passage de la vie à domicile à la vie en institution. Afin d'éviter des ruptures abruptes et potentiellement traumatiques, la personne qui entre en institution doit pouvoir retrouver un cadre de vie, qui lui permet de continuer de jouir le plus possible de l'autonomie qu'elle avait à son domicile. A noter qu'une même personne peut vivre ces changements de lieu de vie plusieurs fois pendant son existence et que de nombreuses personnes vivent des situations mixtes (p. ex. les personnes qui vivent à leur domicile et qui travaillent dans un atelier ou les personnes qui vivent en partie en institution et en partie à la maison). Ces cas ne font que renforcer encore plus le besoin d'établir un socle de règles communes entre les deux lieux de vie.

Donner unité et continuité au projet éducatif qui est à la base de l'intégration et de la vie autonome est aussi particulièrement important pour les personnes qui souffrent d'un handicap cognitif et psychique. Un système de prestations individuelles et collectives qui n'est pas suffisamment intégré accroît encore plus les difficultés de ces personnes d'exercer leur droit de

⁵ Il s'agit, en effet, d'un aspect essentiel pour l'épanouissement de chaque être humain. Aussi d'autres droits de la Constitution fédérale peuvent intervenir dans certains cas (ex. l'art. 13 al. 1 et l'art. 24 Cst.).

⁶ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH ; RS 0.101). Voir affaire Gleisen c. Suisse n° 40477/13 du 25 juin 2019. D'autres droits de la CEDH peuvent aussi être utilisés pour des situations spécifiques (p. ex., l'art. 5 CEDH permet notamment de contester la privation de liberté d'une personne handicapée qui est placée contre sa volonté dans un établissement).

⁷ Convention relative aux droits des personnes handicapées du 13 décembre 2006 (CDPH ; RS 0.109). Cf. notamment *infra* n° 13.3.

⁸ Pour un exemple cf. ATF 138 I 225 c. 3.6 à 3.9.

choisir de manière autonome leur lieu de vie. Ignorer ces difficultés supplémentaires est contraire à l'égalité de traitement et à l'interdiction des discriminations (art. 8 al. 1 et 2 Cst, art. 8 et 14 CEDH, art. 5 CDPH)⁹.

3.5 Pour conclure, la chaîne du droit au logement ne peut pas être divisée artificiellement entre ses différentes mailles. Elle doit être vue comme un ensemble. Sans cette approche unitaire l'exercice du droit au libre choix du lieu de vie et la mise en œuvre des politiques de désinstitutionalisation sont gravement entravés.

4. Force est de constater qu'une séparation trop rigide entre la réglementation fédérale et cantonale sur l'intégration des personnes handicapées prêterait sérieusement les droits de ces personnes de choisir et de changer de manière autonome leur logement.

4.1 Sans une réelle convergence des objectifs et des règles qui visent à encourager l'intégration de ces personnes, les politiques de désinstitutionalisation qui ont été fortement voulues tant au niveau fédéral que cantonal ces dernières décennies seraient notamment mises à mal.

Il faut rappeler d'emblée que ces politiques ne sont rien d'autre qu'un cas d'application de la notion systémique du handicap, qui a été reprise aussi en droit Suisse (art. 1 CDPH, art. 2 al. 1 LHand et l'art. 8 al. 2 et 4 Cst¹⁰). Selon cette approche, l'État est tenu d'éliminer les barrières environnementales (structurelles) qui empêchent ou qui rendent plus difficile l'exercice des droits de ces personnes. Sans une cohérence suffisante du « système des règles juridiques » fédérales et cantonales qui régissent les politiques d'intégration, le droit de choisir librement le lieu de vie serait ainsi gravement compromis en dépit des obligations précises qui découlent déjà de la simple application de la notion du handicap.

4.2 Les principes qui découlent du fédéralisme coopératif (art. 44 Cst) exigent déjà que la Confédération et les cantons collaborent étroitement dans une matière si complexe. Avec l'adoption de l'art. 112b al. 3 Cst., le Constituant fédéral n'a toutefois pas voulu s'arrêter là et il a franchi un pas supplémentaire. Il a estimé que seule l'adoption d'un socle de règles de base communes au niveau fédéral était en mesure de donner des garanties suffisantes pour respecter le droit de ce groupe de personnes particulièrement vulnérables de pouvoir jouir d'une intégration suffisante.

4.3 La réglementation du lieu de vie ne peut ainsi pas être réduite à une simple question de murs et de qui est compétent pour les bâtir, les financer et les entretenir. Le contenu du projet d'intégration des personnes handicapées qui séjournent entre ces murs joue un rôle décisif qui ne peut être ignoré ou relativisé. Avec l'adoption de l'art. 112b al. 3 Cst., le Constituant fédéral a clairement affirmé que la Confédération n'est pas indifférente par rapport à ce qui se passe à l'intérieur des institutions. Cette disposition vise à garantir le respect d'un standard minimal des droits des hôtes de ces dernières et, dans l'optique de la désinstitutionalisation, elle doit aussi assurer une coordination suffisante entre les prestations individuelles des assurances sociales et les prestations collectives que les cantons doivent mettre en place.

Ces obligations reposent aussi sur les promesses qui ont été faites par la Confédération et par les cantons aux personnes handicapées et à leurs proches au moment de l'adoption de la RPT. Promesses qui visaient à rendre politiquement et socialement acceptable l'abrogation de

⁹ Il va sans dire que, dans cette hypothèse, une violation indirecte et/ou structurelle de l'égalité de traitement puisse se aussi entrer en ligne de compte.

¹⁰ Cf. Notamment : WALDMANN Bernhard, in : Waldmann Bernhard / Belser Eva Maria / Epiney Astrid (édit.), BSK BV, Bâle 2015, ad art. 8 Cst., n° 128 et 129. Sur ces notions cf. aussi *infra* n° 19.

l'ancien art. 73 LAI qui garantissait l'égalité de traitement entre les assurés des différents institutions cantonales et qui donnait des gages sur la mise en place de parcours d'intégration des personnes handicapées coordonnés et de qualité (cf. aussi *infra* n° 14.1).

5. L'art. 112b al. 3 Cst. déclare : « *La loi fixe les objectifs, les principes et les critères d'intégration des invalides* ». Dans les versions alémanique et italienne on retrouve des expressions similaires¹¹.

5.1 Même si la formulation choisie n'est pas optimale¹², cet alinéa crée une compétence législative en faveur de la Confédération, qui englobe aussi la matière régie par l'art. 112b al. 2 Cst¹³. Les travaux préparatoires confirment qu'avec l'adoption de l'al. 3, le Constituant fédéral a bel et bien voulu attribuer à la Confédération la compétence de légiférer aussi sur les prestations collectives de l'al. 2. Déjà dans son premier message sur la RPT de 2001, le Conseil fédéral affirme, en effet, que « *l'al. 3 accorde à la Confédération la compétence d'adopter une loi-cadre qui fixe les objectifs de l'intégration et qui définit, si nécessaire, les exigences auxquelles les projets cantonaux en faveur des invalides et leur appréciation doivent répondre* »¹⁴. Les débats parlementaires n'ont pas remis en question ce choix. L'Assemblée fédérale a au contraire décidé de renforcer encore plus cette garantie. Le projet du Conseil fédéral prévoyait, en effet, seulement que « *la loi fixe les objectifs et, si nécessaire, les principes de l'intégration des invalides* »¹⁵. La restriction qui était imposée à la fixation des principes par l'utilisation de l'expression « si nécessaire » a été abandonnée et l'obligation de fixer aussi les « critères » a été ajoutée¹⁶.

5.2 Comme il ressort aussi de l'expression utilisée « la loi fixe » (festlegt, stabilisce), la Confédération a reçu un mandat obligatoire. Il s'agit d'une compétence concurrente qui déploie

¹¹ Il convient de rappeler en général, qu'un article constitutionnel doit avant tout être interprété à partir de son texte (interprétation littérale). D'autres méthodes d'interprétation (systématique, historique, téléologique) peuvent aussi contribuer à préciser le contenu du texte, s'il existe des doutes sur la volonté de l'auteur de la norme (il n'y a pas de hiérarchie entre ces méthodes : *Methodenpluralismus*). Le contenu des articles constitutionnels peut aussi être précisé à l'aide de l'interprétation coordonnée avec d'autres articles de la constitution et de l'interprétation conforme au droit international.

¹² Pour signaler l'existence d'une compétence fédérale, dans la plupart des cas, la Constitution utilise des formules plus claires (p. ex. « *La Confédération légifère ...* » ou « *.. relève de la compétence de la Confédération ...* »). L'utilisation du terme « loi » sans préciser clairement qu'il doit s'agir d'une loi fédérale pourrait laisser entendre que la Confédération et les cantons sont tenus, chacun à son niveau, d'adopter des bases légales pour préciser le contenu de leur compétence respective. Cette interprétation, qui aurait comme effet d'exclure la possibilité pour la Confédération de légiférer sur la matière qui est régie par l'al. 2, n'est pas correcte. Si le constituant avait voulu limiter l'intervention du législateur fédéral au seul cas de l'al. 1, il aurait pu le faire aisément en renonçant simplement à adopter l'al. 3 et en indiquant dans les deux alinéas restant l'obligation d'adopter une loi d'application. Dans cette hypothèse, on serait toutefois confrontés à une curieuse et inutile redondance, vu que dans le cas des normes constitutionnelles qui ne sont pas directement applicables comme c'est le cas pour les deux premiers alinéas de l'art. 112b Cst, l'adoption d'une loi d'application est toujours nécessaire.

¹³ Cf. aussi DUPONT Anne-Sylvie, in : Martenet Vincent / Dubey Jacques (édit.), CR Cst., Bâle 2021, ad art. 112b, n° 18-19 et GÄCHTER Thomas / FILIPPO Martina, in : Waldmann Bernhard / Belser Eva Maria / Epiney Astrid (édit.), BSK BV, Bâle 2015, ad art. 112b, n° 16.

¹⁴ Message RPT 1, in : FF 2001 2155, p. 2333.

¹⁵ Message RPT 1, in : FF 2001 2155, p. 2418.

¹⁶ Cf. BO N 2003 1161, 1164/7. Ce choix particulier pour la RPT s'explique par la volonté de donner des garanties accrues aux personnes handicapées et à leur entourage. De la sorte, l'abrogation de l'ancien art. 73 LAI ne signifiait pas un retrait complet de la Confédération du domaine institutionnel (cf. aussi DUPONT Anne-Sylvie, n° 18). Cf. aussi *infra* n° 14.1.

ses effets sur les cantons à partir de l'entrée en vigueur de la loi fédérale¹⁷. En raison de l'importance de la tâche, du nombre des personnes concernées, de leur vulnérabilité et de l'exigence d'assurer avec une loi une cohérence suffisante des dispositions applicables dans ce domaine, la Confédération doit faire un usage exhaustif de sa compétence. L'importance des règles de droit en jeu impose d'adopter une loi fédérale au sens formel (art. 164 al. 1 Cst)¹⁸.

5.3 Si l'ampleur des effets de la loi fédérale sur le droit cantonal (art. 49 al. 1 Cst) dépendra en dernière instance de la volonté du législateur fédéral, ce dernier n'est en revanche pas libre d'agir comme il l'entend. L'art. 112b al. 3 Cst précise, en effet, plus clairement que d'habitude le mandat dont l'Assemblée fédérale doit s'acquitter¹⁹. Il définit des *règles substantielles* qui indiquent au législateur fédéral, sous forme d'un véritable mandat, la manière dont celui-ci doit exercer la tâche qui lui est confiée²⁰. Pour donner suite correctement à ce mandat, le Conseil fédéral a rappelé d'emblée qu'il fallait mettre en place des changements législatifs d'une « ampleur considérable »²¹.

La loi doit en effet fixer les « *objectifs, les principes et les critères* » de l'intégration des personnes invalides. Il s'agit de trois notions autonomes. Leur contenu n'a pas été précisé par le Constituant fédéral. Il découle toutefois clairement de l'interprétation littérale que la Confédération ne doit pas se limiter simplement à fixer les « *buts à atteindre* » (objectifs) comme le prévoyait à l'origine le projet du Conseil fédéral²², mais qu'elle doit aussi établir les « *règles générales* » (principes) qui régissent le domaine et préciser les « *conditions personnelles et matérielles* » (critères) qui permettent d'encourager l'intégration des personnes handicapées.

Des indications supplémentaires sur le fait qu'il s'agit d'un mandat large peuvent se déduire aussi *mutatis mutandis* de l'interprétation que le législateur fédéral a fait des mêmes termes qui sont utilisés dans d'autres articles de la Constitution fédérale²³.

5.4 L'Assemblée fédérale doit concrétiser ces notions à la lumière des droits fondamentaux (nature programmatique de ces droits : cf. l'art. 35 al. 1 Cst.). Le respect du droit international (art. 5 al. 4 Cst. et art. 26 et 27 CV²⁴) impose aussi d'utiliser les droits fondamentaux qui sont contenus dans les conventions internationales sur les droits de l'Homme (p. ex. CDPH, CEDH et CDE²⁵). La formulation ouverte qui a été choisie par le Constituant se prête particulièrement bien à l'utilisation de *l'interprétation conforme*. La supériorité des droits fondamentaux qui sont contenus dans ces conventions sur les règles de droit national repose sur une jurisprudence

¹⁷ Cf. GÄCHTER Thomas / FILIPPO Martina, n° 16, LANDOLT Hardy, in: Ehrenzeller Bernhard *et alii* (édit.), StGK Die Schweizerische Bundesverfassung, 4e éd., Zurich 2023, ad art. 112b n° 28 et DUPONT Anne-Sylvie, n° 18.

¹⁸ L'utilisation du mot « loi » à l'al. 3 confirme et, si nécessaire, renforce cette exigence. Il n'est évidemment pas exclu d'utiliser ponctuellement aussi l'instrument de la délégation législative pour régler certains aspects au niveau des ordonnances. En raison de la vulnérabilité du groupe concerné, il faut en revanche renoncer à utiliser la théorie des rapports de droit spécial pour alléger l'exigence de densité normative.

¹⁹ Voir aussi GÄCHTER Thomas / FILIPPO Martina, n° 15.

²⁰ MALINVERNI Giorgio / HOTTELIER Michel / HERTIG RANDALL Maya / FLÜCKIGER Alexandre, *Droit constitutionnel suisse*, 4^{ème} éd., Berne 2021, vol. I, p. 391, n° 1072.

²¹ Expression utilisée par le Conseil fédéral dans son message sur la RPT (cf. message RPT 2, in : FF 2005 5641, p. 5642).

²² Cf. *supra* n° 5.1.

²³ A titre d'exemple, la compétence de fixer les « principes » de l'art. 75 al. 1 Cst., a notamment permis à la Confédération d'adopter une législation fédérale sur l'aménagement du territoire, qui encadre et qui limite de manière importante la compétence des cantons en la matière. Voir aussi la concrétisation extrêmement précise des « principes » de l'art. 129 al. 1 Cst qui a été faite dans la loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes du 14 décembre 1990 (LHID ; RS 642.14).

²⁴ Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 (RS 0.111).

²⁵ Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 (RS 0.107).

solide qui ne peut être ignorée par le législateur fédéral²⁶. A noter aussi que, contrairement aux règles d'organisation de l'État, les droits fondamentaux sont en plus soumis à *l'interprétation évolutive*²⁷. Cette interprétation permet de garder le contenu de ces droits en phase avec la transformation de la société et avec l'essor de nouveaux besoins et le changement des modes de vie. Afin de garantir aussi aux personnes handicapées de pouvoir profiter pleinement de l'évolution de la conception sociétale de la notion de vie autonome et notamment au changement de paradigme qui est lié au processus de désinstitutionalisation qui s'est progressivement affirmé ces dernières décennies, le législateur fédéral est tenu d'adapter le contenu de la loi fédérale qui concrétise l'art. 112b al. 3 Cst. à ces modifications.

5.5 Pour conclure, il faut aussi rappeler que le fait de préciser dans la loi fédérale le contenu des droits fondamentaux afin d'encourager l'intégration des personnes handicapées ne pose pas de problèmes insurmontables par rapport aux principes généraux du fédéralisme. Cette question a déjà été tranchée par le Tribunal fédéral en rapport avec la validité des règles de la loi fédérale sur l'égalité pour les handicapés²⁸, qui impose de garantir l'accessibilité de certains immeubles aussi aux personnes à mobilité réduite (art. 3, lit. a, c, d LHand). Après avoir rappelé que la Confédération ne dispose pas de compétence en matière de droit de la construction et que cette compétence ne peut évidemment pas découler ni de l'art. 8 al. 2 Cst.²⁹, ni de l'art. 8 al. 4 Cst., le Tribunal fédéral a précisé que les règles de la LHand en question n'empiètent toutefois pas sur la compétence générale des cantons en matière de droit de la construction (art. 3 Cst.). Avec les articles de la LHand, le législateur fédéral se borne, en effet, à préciser le contenu du droit fondamental des personnes handicapées de ne pas être discriminées dans leur mobilité (art. 8 al. 2 Cst.) en laissant aux cantons la compétence originaire d'établir des règles qui sont conformes à la LHand. Autrement dit, les dispositions citées de la LHand ne contiennent pas de dispositions de droit matériel fédéral sur les constructions, mais fixent des conditions générales qui, en vertu de la répartition ordinaire des compétences, réservent l'adoption de normes spécifiques de droit de la construction cantonales³⁰. Cette jurisprudence peut être utilisée *a fortiori* aussi dans le cas de la concrétisation du droit fondamental d'organiser de manière autonome sa vie et notamment de choisir le lieu de vie où, contrairement au cas du droit de la construction, la Confédération dispose en plus déjà d'une compétence obligatoire spécifique sur la base de l'art. 112b al. 3 Cst.

²⁶ L'art. 190 Cst ne permet notamment plus d'évincer le contenu de cette typologie de conventions internationales. Sur l'inapplicabilité de la jurisprudence Schubert aussi dans le cas des articles de la Constitution fédérale (cf. ATF 139 I 16).

²⁷ ATF 112 Ia 208=JdT 1988 p. 258 c. 2a.

²⁸ Loi fédérale du 13 décembre 2002 sur l'élimination des inégalités frappant les personnes handicapées (Loi sur l'égalité pour les handicapés ; LHand ; RS 151.3).

²⁹ Principe de la neutralité des droits fondamentaux par rapport au partage de compétences entre la Confédération et les cantons.

³⁰ ATF 132 I 82=SJ 2006 I 249, c. 2.3.2. Jurisprudence confirmée dans l'ATF 134 II 249.

6. Il ressort de l'interprétation de l'art. 112b al. 3 Cst. que ce dernier confère une compétence concurrente obligatoire à la Confédération afin de garantir une cohérence suffisante entre les différentes prestations individuelles et collectives d'intégration des personnes handicapées. Le texte de l'article constitutionnel est formulé de manière assez large. Il exige l'adoption d'une loi fédérale qui en plus de fixer des objectifs, détermine aussi les règles et les conditions qui permettent d'encourager l'intégration des personnes handicapées et, notamment, l'exercice effectif de leur droit de choisir et de pouvoir changer librement leur lieu de vie. Seule une réglementation générale de l'ensemble de la *chaîne du droit au logement* permet de respecter pleinement le mandat constitutionnel et les droits fondamentaux des personnes concernées.

Dans les limites de ce cadre général fixé par la Confédération, les cantons demeurent libres d'exercer leurs compétences dans le domaine fixé par l'art. 112b al. 2 Cst. Si nécessaire, les cantons peuvent naturellement aussi renforcer ultérieurement la collaboration entre eux pour réaliser des objectifs communs³¹.

Deuxième partie

Cette partie du travail est consacrée à répondre aux questions posées qui portent prioritairement sur la LIPPI.

1. Quelles sont les dispositions de la LIPPI qui restent pertinentes après l'approbation des plans stratégiques cantonaux par le Conseil fédéral en 2010 (art. 197, ch. 4 Cst., art. 10 LIPPI) ?

7. L'art. 197 ch. 4 Cst. *in fine* prévoit que les cantons sont tenus d'assumer les prestations garanties par l'ancien art. 73 LAI jusqu'à ce qu'ils disposent de leur propre stratégie approuvée par la Confédération en faveur des invalides, mais au minimum pendant trois ans. Afin d'assurer une transition paisible de la gestion des différentes institutions entre la Confédération et les cantons, d'assurer un niveau de financement suffisant des infrastructures et de garantir la correcte mise en place des droits des personnes handicapées prévus par la LIPPI³², l'art. 10 LIPPI a introduit un mécanisme de surveillance préventif de la Confédération sur les cantons en exigeant que la *première*³³ planification cantonale soit approuvée par le Conseil fédéral³⁴. Les travaux préparatoires confirment la volonté du législateur fédéral de limiter les effets de cet article à cette phase transitoire³⁵. Les adaptations successives des politiques cantonales ne sont en revanche plus soumises à ce mécanisme particulier de surveillance préventive.

8. Les effets de l'approbation du Conseil fédéral sur le contenu et sur l'évolution future de la LIPPI sont relativement modestes.

³¹ Une forme de collaboration existe p. ex. déjà grâce à la Convention intercantonale relative aux institutions sociales du 13 décembre 2002 entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2008.

³² Loi fédérale du 6 octobre 2006 sur les institutions destinées à promouvoir l'intégration des personnes invalides (LIPPI ; RS 831.26).

³³ L'art. 10 al. 1 LIPPI parle expressément de soumettre le « *plan initial* ». Sur cet aspect voir aussi les travaux préparatoires (FF 2005 5819).

³⁴ Mécanisme qui rappelle *mutatis mutandis* celui des lois cantonales d'exécution du droit fédéral de l'art. 186 al. 2 Cst.

³⁵ Cf. notamment l'intervention du rapporteur EPINEY Simon, in : BO E 2006 p. 209.

8.1 D'une part, l'approbation n'a pas comme effet de figer définitivement le contenu des droits des personnes invalides qui sont reconnus par la LIPPI. Cet acte de l'exécutif n'équivaut pas à une interprétation authentique de la loi fédérale. L'art. 10 LIPPI n'est évidemment pas une base légale suffisante pour introduire un tel effet juridique extrême. D'autre part, le destinataire de l'approbation sont les autorités cantonales. L'acte du Conseil fédéral n'a pas vocation d'affecter ni la titularité, ni le contenu des droits individuelles qui découlent de la LIPPI³⁶. Enfin, l'approbation en question n'est pas en mesure de limiter les compétences des tribunaux, et notamment celles du Tribunal fédéral. En conformité avec le principe de la séparation des pouvoirs, le contrôle du respect du contenu de la LIPPI et des droits fondamentaux des personnes handicapées qui résident dans une institution reste soumis aux voies judiciaires ordinaires.

8.2 L'approbation du Conseil fédéral n'affecte pas non plus l'évolution du contenu des droits de la LIPPI. L'interprétation des droits contenus dans la LIPPI est soumise aux règles ordinaires. En raison de la formulation ouverte de certaines dispositions légales (et notamment de l'art. 5 al. 1, lit. e LIPPI), l'interprétation conforme aux droits fondamentaux qui sont garantis par la Constitution fédérale et par les conventions internationales (ex. CDPH, CEDH et CDE) joue un rôle important pour définir le contenu de ces droits. Comme les droits fondamentaux sont soumis à l'interprétation évolutive, une adaptation constante de leur contenu aux changements sociétaux est aussi nécessaire. L'interprétation de la LIPPI et des lois cantonales qui en découle doit par conséquent aussi suivre cette évolution³⁷.

9. Réponse à la question 1 :

Après l'approbation des plans stratégiques, le mécanisme de surveillance transitoire de l'art. 10 LIPPI est devenu caduque. Les autres dispositions de la LIPPI continuent en revanche à déployer leurs effets juridiques, et peuvent notamment servir comme base pour des décisions judiciaires.

2.1 Dans quelle mesure ces réglementations correspondent-elles aux exigences constitutionnelles (« objectifs, principes et critères » selon l'art. 112b Cst. ; cf. à ce sujet l'expertise de l'OFJ du 10.09.2024) ainsi qu'aux exigences de la CDPH concernant la vie autonome (art. 19 CDPH) ?

10. L'art. 112b al. 3 Cst. attribue à la Confédération la compétence de fixer les objectifs, les principes et les critères d'intégration des invalides³⁸. La concrétisation de ce mandat est assurée actuellement par deux groupes principaux d'articles de la LIPPI.

11. Un premier groupe d'articles se préoccupe prioritairement de définir *le système d'organisation de l'offre des prestations collectives*.

11.1 L'art. 2 LIPPI oblige les cantons à organiser une offre suffisante de places en milieu institutionnel. Cette obligation découle directement de l'art. 112b al. 2 Cst et ne peut pas être ignorée par le législateur fédéral. Sans cette offre, c'est un pan important de la politique d'intégration qui risque d'être mis à mal. Une personne qui a besoin d'un cadre institutionnel ne pourrait, en effet, pas être sûre d'obtenir les prestations nécessaires à sa situation. Une offre suffisante dans ce secteur est aussi nécessaire pour garantir aux personnes qui le désirent de

³⁶ ATF 140 V 499, c. 5.3.2.

³⁷ Cf. aussi *supra* n° 5.4.

³⁸ But qui est par ailleurs repris aussi à l'art. 1 LIPPI.

choisir de vivre, peut-être aussi seulement pendant une période, dans une institution³⁹. Cet aspect de l'autonomie doit aussi être respecté. L'art. 3 LIPPI définit la notion d'institution. Il est formulé de manière suffisamment générale pour permettre d'englober les différentes catégories d'institutions publiques et privées dans un canton et pour garantir une diversité de l'offre qui soit capable de répondre aux différents besoins. L'art. 4 LIPPI soumet l'exercice de l'activité de ces institutions à autorisation sous la forme d'une reconnaissance. L'octroi, le refus et le retrait de la reconnaissance doit faire l'objet d'une décision (art. 4 al. 2 LIPPI) qui est naturellement sujette à recours. Pour être reconnue, une institution doit répondre selon l'art. 2 à des critères quantitatifs (besoin de places) et qualitatifs (répondre de manière adéquate aux besoins des personnes)⁴⁰. L'art. 5 al. 1 LIPPI joue un rôle important dans ce contexte⁴¹.

11.2 L'opportunité générale de fixer ces règles d'organisation de l'offre institutionnelle dans la LIPPI peut prêter à discussion.

D'un côté, il est vrai que les cantons sont vraisemblablement en mesure d'adopter un tel système de règles aussi sans encadrement fédéral. La phase plus délicate qui était liée au transfert de la responsabilité de la gestion de la Confédération aux cantons terminée, ce besoin d'encadrement est probablement diminué. En conformité avec le principe de subsidiarité (art. 5a et 43a al. 1 Cst.), il n'est ainsi pas exclu de pouvoir réfléchir sur la possibilité de rétrocéder intégralement une partie de ces tâches d'organisation aux cantons. En cas de besoin, ces derniers peuvent renforcer ultérieurement la collaboration intercantonale en utilisant aussi certaines nouveautés introduites par la RPT, comme l'art. 48 al. 4 Cst⁴². La Confédération dispose aussi, au moins en théorie, des instruments juridiques pour contraindre si nécessaire les cantons réfractaires à collaborer entre eux (art. 48a al. 1 lit. i Cst)⁴³.

De l'autre côté, sauf cas particuliers où une réglementation fédérale n'est pas indiquée (ex. art. 5 al. 1, lit. b, g et h) et éventuellement aussi certains aspects de l'art. 6 LIPPI), il convient d'admettre que la majorité des articles susmentionnés sont objectivement nécessaires pour donner un minimum de cohérence et de transparence à l'organisation du système. Ces règles permettent de concrétiser des intérêts publics fédéraux. Premièrement, elles permettent d'assurer une meilleure coordination des prestations individuelles (art. 112b al. 1 Cst.) et des prestations collectives (art. 112b al. 2 Cst.). Deuxièmement, la définition d'un minimum de règles d'organisation communes facilite le passage d'un canton à l'autre des hôtes en cas, par exemple, de changement de domicile ou de modification des besoins. Troisièmement, ces règles permettent aussi de comparer plus facilement la qualité de l'offre des prestations et facilitent ainsi le choix de l'institution la plus adéquate, notamment dans les cas plus complexes.

En définitive, s'il n'est pas exclu que certains objectifs d'organisation de l'offre pourraient aussi être atteints grâce à une collaboration intercantonale plus étroite, il ne faut pas sous-estimer

³⁹ Un besoin accru de protection peut se manifester par exemple chez certaines personnes handicapées au moment du décès ou d'une maladie grave des proches qui les aidaient, aussi avec un support psychologique, à gérer la vie en autonomie.

⁴⁰ Cf. p. ex. l'arrêt du Tribunal fédéral 8C_390/2019 du 20 septembre 2019, c. 4.1.

⁴¹ Cf. *infra* n° 12.

⁴² La délégation de la compétence d'adopter des règles de droit à un organisme intercantonal pose toutefois aussi des questions délicates sur le contrôle démocratique concret de ces règles. Il faut aussi dire que les cantons sont en train de faire leurs premières expériences dans le domaine et qu'il n'est pas certains que l'utilisation de cet instrument dans un domaine extrêmement délicat comme celui des institutions pour les personnes invalides soit indiqué. Pour une première décision jurisprudentielle dans le domaine de l'enseignement : cf. l'arrêt destiné à publication 2C_456/2023 du 26 juillet 2024, c. 4.

⁴³ Il faut toutefois signaler au passage que l'utilisation de ce mécanisme de contrainte fédérale est soumise à des conditions juridiques assez strictes (art. 14 et 15 PFCC ; RS 613.2) et que, pour des raisons politiques, il n'est pas sûr que l'Assemblée fédérale soit en mesure d'utiliser ce mécanisme pour contraindre les cantons réfractaires à adhérer à ces conventions.

l'importance qu'il faut reconnaître dans ce contexte à l'interprétation historique et téléologique de l'art. 112b al. 3 Cst. Le législateur fédéral a été chargé de garantir aux personnes concernées et à leurs proches une prise en charge efficace de leurs besoins indépendamment du lieu de résidence. La définition d'un minimum de règles sur l'organisation de l'offre des prestations des différentes institutions facilite le respect de cet objectif et il fait ainsi partie intégrante des garanties qui ont été données aux personnes handicapées et à leurs proches au moment de l'abrogation de l'art. 73 LAI⁴⁴.

12. Un deuxième groupe d'articles de la LIPPI vise plutôt à *protéger les droits des personnes handicapées* qui se trouvent en institution.

12.1 Avec l'art. 5 al. 1, lit. a, c à g LIPPI, le législateur a mis en place un système général de promotion et de protection des droits des personnes handicapées qui vivent en institution. Ces dispositions se préoccupent de transposer en pratique le contenu des droits fondamentaux de ces personnes, qui sont garantis par la Constitution fédérale et par le droit international. L'article se limite en réalité souvent à fixer certains principes très généraux et laisse aux cantons le soin de les préciser (cf. notamment l'art. 5 al. 1, lit e LIPPI qui sera développé plus en détail sub n° 13). Dans ce cadre général fixé par la Confédération, les cantons jouissent d'une certaine marge de manœuvre. Le contenu et l'esprit de la loi fédérale doivent toutefois être respectés afin d'assurer une protection effective et uniforme sur l'ensemble du territoire national des droits des hôtes de ces institutions. Les tribunaux, et notamment le Tribunal fédéral doivent veiller au respect de ces règles (art. 49 al. 1 Cst.) et des différents droits fondamentaux invocables⁴⁵.

Quelques autres dispositions contribuent aussi à protéger les droits des hôtes de ces institutions. L'art. 7 al. 1 LIPPI prévoit le droit à la couverture des coûts afin d'éviter le danger qu'une personne ne puisse pas profiter d'une prise en charge adaptée à ses besoins pour des raisons financières. Cette règle prévoit un système de protection plus général par rapport à la prise en charge des prestations individuelles de l'assurance-invalidité⁴⁶. L'art. 7 al. 2 LIPPI reconnaît le droit à la prise en charge de la part du canton de domicile d'un hébergement dans une institution d'un autre canton, si cela est nécessaire pour obtenir une prise en charge adaptée⁴⁷.

L'art. 9 LIPPI reconnaît aux organisations nationales qui représentent les personnes handicapées la qualité pour recourir contre la décision de reconnaissance des institutions (art. 4 al. 2 LIPPI). Ce mécanisme facilite la mise en place d'un système de contrôle efficace au niveau national et permet aussi de garantir un dialogue préventif et informel sur le respect des standards fixés par la LIPPI. En revanche, ces organisations n'ont pas le droit de recourir contre des décisions des institutions qui affectent directement les droits des hôtes.

12.2 Le groupe d'articles qu'on vient de passer brièvement en revue est au centre de la loi fédérale. Ces dispositions doivent contribuer de manière importante à concrétiser le mandat de l'art. 112b al. 3 Cst. et leur remise en question n'est pas envisageable, aussi parce que le législateur fédéral s'est montré plus que prudent en la matière et qu'il a laissé aux cantons des marges d'actions très importantes.

⁴⁴ Cf. aussi *infra* n° 14.1.

⁴⁵ Le Tribunal fédéral a notamment déjà confirmé le retrait d'une autorisation de gérer une institution en raison du non-respect de l'art. 5 al. 1 lit. a LIPPI (manque de personnel spécialisé : arrêt 8C 230/2014 du 12.12.2014).

⁴⁶ Les prestations de vie à domicile sont en effet plafonnées, notamment sur la base de l'art. 14 LPC (sur la compatibilité de ces différences avec l'égalité de traitement et le droit au libre choix du lieu de vie cf. ATF 138 I 225).

⁴⁷ Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de se prononcer à quelques reprises sur l'application de ce mécanisme. La jurisprudence en la matière est relativement sévère (cf. notamment l'arrêt 8C_390/2019 du 20 septembre 2019, c. 4.1 et 6.4).

12.3 A l'inverse, on peut se demander de manière plus que légitime si le contenu actuel des articles cités suffit pour respecter pleinement le mandat constitutionnel de l'art. 112b al. 3 Cst de favoriser l'intégration et pour concrétiser les droits fondamentaux des hôtes de ces institutions, et notamment le contenu de l'art. 19 CDPH. L'analyse de l'art. 5 al. 1 LIPPI permet de mieux étayer ce propos.

13. L'art. 5 al. 1 LIPPI est au cœur de la loi. Elle vise à établir les principaux axes de la politique d'intégration des personnes handicapées qui résident dans des institutions. Si certaines de ses dispositions sont assez précises (ex. l'art. 5 al. 1, lit. a, c, d, g LIPPI), les règles qui concernent de plus près les droits de la personne et la mise en place d'un projet de vie autonome et d'intégration sont formulées de manière très vague. Ce choix n'est nullement dicté par l'art. 112b al. 3 Cst. Il s'agit plutôt d'un simple choix de facilité du législateur, qui a été justifié en raison des prétendues difficultés à préciser les objectifs, les principes et les critères d'intégration applicables « *à chacun des nombreux types d'invalidité* »⁴⁸. Pareil argument juridique est non seulement très faible, mais il frôle presque l'arbitraire. Cette dérobade du législateur fédéral mérite d'être corrigée. D'une part, elle ne permet pas de donner suite aux obligations qui découlent de l'art. 112b al. 3 Cst. D'autre part, elle est source d'insécurité juridique, qui ne peut pas être réellement corrigée par les organes de contrôle⁴⁹ et enfin, elle risque de créer des inégalités de traitement injustifiées.

13.1 L'art. 5 al. 1, lit. e LIPPI déclare dans des termes très généraux que pour respecter les droits de la personnalité il faut garantir aux personnes intéressées le droit : « *de disposer d'elles-mêmes, d'avoir une vie privée, de bénéficier d'un encouragement individuel, d'entretenir des relations sociales en dehors de l'institution et d'être protégées contre les abus et les mauvais traitements, ainsi que le droit de participation et celui de leurs proches* ».

Ce catalogue de postulats présente une *densité normative si faible* qu'il n'est pas possible d'indiquer avec un degré de certitude suffisant quelle est la stratégie de base commune qu'il faut mettre en place pour encourager l'intégration des personnes handicapées⁵⁰. De plus, la formulation vague qui a été choisie ne répond pas aux besoins de clarté des textes légaux qui est absolument nécessaire pour permettre à des personnes vulnérables et à leurs proches de comprendre immédiatement et sans ambiguïté quels sont leurs droits. Enfin, l'absence de densité normative de cet article central de la LIPPI est problématique, parce qu'elle ne permet pas de comprendre clairement quels sont les objectifs, les principes et les critères, qui sont à la base du socle commun de règles devant guider l'intégration de ces personnes, comme l'exige de manière claire le mandat constitutionnel de l'art. 112b al. 3 Cst.

En réalité, chacun des objectifs de l'art. 5 al. 1, lit. e LIPPI mériterait d'être formulé dans un article autonome qui conformément aux exigences qui sont posées à l'art. 112b al. 3 Cst. précise aussi les principes et les critères qu'il faut respecter pour atteindre ces buts.

13.1.1 Le concept du « *droit de disposer de soi-même* » est si général qu'il ne permet pas d'étayer clairement quels sont les principes et les règles de base sur lesquels il faut construire un projet d'autonomie pour ces personnes, ni comment il faut mettre en place un projet de désinstitutionalisation cohérent et efficace qui soit notamment suffisamment bien intégré avec les prestations individuelles de l'assurance-invalidité. Aussi le simple fait de rappeler

⁴⁸ Message RPT 2, in : FF 2005 5641, p. 5813.

⁴⁹ Sur l'inefficacité de l'interprétation conforme cf. *infra* n° 20.2.

⁵⁰ Cette difficulté est accrue aussi par le fait que, dans les travaux préparatoires, il n'y a aucune explication du contenu qu'il faut donner à cette disposition (laconique à cet égard le message RPT 2 qui se limite à dire dans une ligne que la liste de l'art. 5 est exhaustive : FF 2005 5641, p. 5815).

brièvement qu'il faut « *bénéficier d'un encouragement individuel* » et qu'il faut permettre d'« *entretenir des relations sociales en dehors de l'institution* » ne permet pas d'avancer beaucoup sur ce sujet.

Pour être plus complet, les articles qui règlent cette question centrale doivent établir sans ambiguïté la centralité du droit à l'autodétermination de la personne handicapée et notamment son droit de participer activement à la conception et à la mise en place de son projet de vie autonome. Pour atteindre ces résultats, il faut aussi mettre en exergue le droit de recevoir un soutien externe d'une personne de confiance et le droit de recevoir un conseil spécialisé de qualité qui soit suffisamment indépendant par rapport à l'institution, surtout lorsque la personne exprime le désir d'aller vivre de manière autonome (processus de désinstitutionalisation). Le droit d'obtenir un soutien particulier pour les personnes qui souffrent d'une déficience cognitive ou psychique doit aussi être prévu. Le « *projet de vie autonome* » doit être clairement établi dans un document écrit qui reprend la volonté de la personne directement concernée et qui lie tous les différents acteurs qui sont partie au projet. Ce document doit notamment fixer les principaux objectifs d'autonomie qui sont poursuivis. Il doit aussi contenir les moyens, les mesures et le système de financement qui doivent être mis en place. Aussi les délais dans lesquels il faut atteindre ces objectifs doivent être fixés. Le respect du contenu de ce document doit être soumis à un contrôle régulier. La définition de ces différents aspects du « *projet de vie autonome* » dans un document n'est pas une nouveauté absolue pour le législateur fédéral. Des solutions similaires ont déjà été adoptées *mutatis mutandis* dans d'autres domaines, et notamment pour garantir certains droits spécifiques des personnes particulièrement fragiles qui résident dans des institutions⁵¹.

13.1.2 L'utilisation de l'expression de « *droit d'avoir une vie privée* » ne donne pas d'indications suffisamment claires sur quelle est la voie à suivre pour aborder des sujets très importants et sensibles pour l'épanouissement et l'intégration des personnes handicapées. Le cas du droit d'avoir une vie affective et sexuelle est révélateur à ce sujet.

La liberté personnelle de l'art. 10 al. 2 Cst. et de l'art. 8 CEDH protège les aspects essentiels de la vie humaine⁵² et donc aussi la dimension affective, sentimentale et sexuelle. Il est en effet inimaginable de concevoir l'être humain sans sentiments, émotions ou pulsions sexuelles⁵³. Conformément au principe de l'universalité des droits de l'homme, les personnes handicapées sont également titulaires de ce droit⁵⁴. La restriction de cette liberté est possible seulement aux conditions fixées à l'art. 36 Cst. Vue l'importance du droit à la liberté affective et sexuelle, la réglementation de ses aspects essentiels exige l'adoption d'une *base légale* au sens formel claire

⁵¹ Cf. notamment le « plan de traitement » de l'art. 377 CC et le « contrat d'assistance » de l'art. 382 CC.

⁵² Intra multos cf. ATF 103 Ia 293, 111 Ia 231, 123 I 112.

⁵³ Cela a d'ailleurs déjà été reconnu, au moins ponctuellement, par la jurisprudence. Celle-ci a par exemple admis que la liberté personnelle englobe l'aspiration à procréer, éventuellement aussi grâce à la procréation médicalement assistée (ATF 115 Ia 234 et 119 II 264 et 120 V 463 ; dans l'Affaire Schlumpf c. / Suisse du 8 janvier 2009 la Cour européenne des droits de l'homme a déclaré contraire à l'art. 8 CEDH le refus de la part d'un assureur-maladie de prendre en charge les coûts engendrés par les prestations de soins nécessaires lors d'un changement de sexe et le droit de changer de sexe afin de vivre pleinement sa véritable identité affective et sexuelle).

⁵⁴ Bien que cela paraisse évident, on peine encore souvent à reconnaître sans réserve à ces personnes la pleine titularité de ce droit. Même parmi les professionnels du travail social, c'est parfois avec un certain embarras qu'on regarde l'aspiration des personnes handicapées à rechercher de manière active leur épanouissement affectif et sexuel. La remise en question de la titularité du droit fondamental à la vie affective et sexuelle est ainsi souvent habilement déguisée en la volonté de protéger la personne handicapée contre elle-même et contre les risques d'abus de la part de tiers, voire d'éviter à ces personnes d'éventuelles déceptions ou souffrances qui pourraient les déstabiliser. Or, une telle approche paternaliste n'est pas un argument juridiquement pertinent pour limiter la titularité du droit à l'épanouissement affectif ou sexuel des personnes handicapées.

et précise. Les principales restrictions imposées aux hôtes doivent notamment y être décrites. Des formules générales, comme le devoir de garder l'ordre et de protéger les hôtes contre la maltraitance (art. 5 al. 1, lit. e LIPPI), ne suffisent pas pour imposer de telles restrictions graves à la liberté individuelle. La liberté à l'épanouissement affectif et sexuel peut être restreinte afin de protéger des *intérêts publics ou privés pertinents et prépondérants*. Seuls des intérêts de police peuvent entrer en considération⁵⁵. Il est évident qu'un tel intérêt existe en présence d'un danger concret de commission d'une infraction pénale⁵⁶. Il faut toutefois éviter d'utiliser arbitrairement cet argument. Une interdiction préventive d'exercer le droit fondamental en question par peur qu'un cas d'abus puisse se produire ne constitue pas un intérêt public digne de protection et viole le principe de la proportionnalité. Un intérêt de police est parfois vu dans le fait de vouloir sauvegarder le bon fonctionnement, la réputation et l'ordre à l'intérieur de l'institution. Ces préoccupations peuvent avoir un certain poids, mais la prépondérance de ces intérêts ne doit pas être admise trop facilement. L'introduction d'une interdiction doit être limitée à des cas plutôt exceptionnels⁵⁷. Selon le *principe de la proportionnalité*, la sauvegarde du bon fonctionnement et de l'ordre internes à l'institution ainsi que la protection des intérêts légitimes des autres hôtes ne doivent pas être atteints prioritairement par l'adoption de mesures restrictives de la liberté individuelle. Ces restrictions ne sont admissibles qu'à titre subsidiaire, lorsque aucune autre mesure ne permet de trouver un équilibre raisonnable entre les différents intérêts en jeu. Cet équilibre doit d'abord être recherché à travers la mise en place de politiques de formation, de sensibilisation et d'information régulières des hôtes⁵⁸, du personnel de l'institution et des proches⁵⁹.

La prise au sérieux du droit fondamental à la vie affective et sexuelle est un élément essentiel pour respecter la dignité des personnes handicapées⁶⁰ et pour favoriser leur intégration. Sans la définition d'un cadre juridique suffisamment clair par le législateur fédéral cet objectif ne peut pas être atteint dans des délais raisonnables sur l'ensemble du territoire.

⁵⁵ De simples buts idéaux ne peuvent pas être invoqués : il n'appartient en effet pas à l'état de définir un comportement souhaitable en matière sentimentale ou sexuelle.

⁵⁶ Cf. p. ex. les articles 191 et 193 CP.

⁵⁷ Ainsi, si le maintien de l'ordre peut justifier par exemple d'interdire l'accès des prostitué(e)s à l'intérieur de l'établissement, cet intérêt n'est toutefois pas toujours prépondérant. Il peut l'être dans le cas où l'institution concernée héberge des mineurs ou des incapables de discernement. En revanche, l'interdiction de rencontrer des prostitué(e)s faite à des personnes majeures souffrant d'un handicap physique est en règle générale excessive. Cela en tout cas lorsque ces personnes arrivent difficilement à organiser de telles rencontres à l'extérieur de l'institution. D'autres cas posent beaucoup moins de problèmes. Ainsi, il faut en général nier l'existence même d'un intérêt public digne de protection dans les cas où une interdiction est faite aux hôtes de recourir aux services offerts par du personnel dûment formé faisant partie d'organisations spécialisées dans l'accompagnement au bien-être affectif et au plaisir sexuel. Dans ce cas, il ne s'agit en effet pas d'une réification du corps humain qui pourrait donner lieu à une situation dégradante propre à troubler le bon fonctionnement de l'institution. L'absence d'un intérêt public digne de protection est encore plus claire en cas d'interdiction faite aux hôtes de passer des moments intimes ou d'avoir des rapports sexuels avec leur conjoint(e), fiancé(e) ou partenaire.

⁵⁸ Ce devoir est d'ailleurs prévu par l'art. 5 al. 1 lit d LIPPI qui oblige les institutions « à informer par écrit les personnes invalides et leurs proches de leurs droits et de leurs obligations ».

⁵⁹ Ces campagnes ne doivent pas seulement se limiter à mettre en évidence de manière formelle les droits et les devoirs réciproques de chacun, mais elles doivent surtout insister sur l'importance de respecter ces droits et de se montrer tolérant face à l'exercice du droit de l'homme si essentiel que constitue le droit à l'épanouissement affectif et sexuel. Outre les politiques d'information et de sensibilisation, d'autres mesures permettent, avec un effort minime, de faciliter une coexistence paisible entre la liberté individuelle susmentionnée et les intérêts légitimes de l'institution et des autres hôtes. Ainsi, avec l'adoption de quelques simples mesures d'aménagement interne, il est possible de garantir le droit pour un couple de partager la même chambre, de prendre les repas en commun ou d'avoir l'occasion pendant la journée de passer des moments dans des espaces réservés. Il s'agit de mesures minimales n'engendrant en principe aucuns frais supplémentaires pour l'institution.

⁶⁰ Il ne faut pas oublier aussi la valeur symbolique de ce droit. La négation de cette liberté et de la capacité d'avoir des enfants ont été une des formes les plus stigmatisantes et perverses de la domination que la société des « normaux » a imposé aux « déviants » pendant des siècles.

13.1.3 Le rappel au besoin « *d'être protégé contre les abus et les mauvais traitements* » n'offre pas d'indications concrètes minimales sur les principes et les critères qu'il faut adopter. Ce silence du législateur fédéral est d'autant plus grave que des abus et des maltraitements sont régulièrement dénoncés aussi en Suisse⁶¹ et que, très probablement, il existe aussi une importante zone grise qui passe sous les radars des contrôles comme il est souvent le cas dans ces domaines. Au-delà des éventuelles implications pénales et de la violation des droits fondamentaux des personnes concernées (ex. art. 10 al. 3 Cst.), le fait de subir ou d'assister à de tels comportements est souvent une source d'humiliation et de rabaissement. Ces situations provoquent aussi des sentiments d'insécurité et de perte de confiance. L'ensemble de ces facteurs rend plus difficile la réalisation de l'objectif constitutionnel de l'art. 112b Cst. d'encourager l'intégration des personnes handicapées. Pour donner suite au mandat constitutionnel aussi dans ce domaine extrêmement sensible, le législateur fédéral doit fixer beaucoup plus clairement les principes et les critères qu'il faut respecter.

L'art. 16 CDPH fixe le cap en la matière. Il exige l'adoption de toute une série de mesures pour permettre d'endiguer ces comportements. Il faut notamment établir des mesures de *prévention* qui permettent d'éviter, grâce aussi à la formation adéquate et continue du personnel et à des campagnes d'information régulières des hôtes et de leurs proches sur leurs droits, l'installation de mauvaises pratiques⁶² ou de comportements toxiques ou violents. Aussi une réglementation minimale des mécanismes de *surveillance* est nécessaire. La création d'une surveillance de « bas seuil » interne à l'institution avec des procédures d'activation simples et anonymes qui peuvent être déclenchées de la part des hôtes, des membres du personnel ou par des tiers, sont notamment très utiles pour faire émerger des situations problématiques⁶³. La garantie d'indépendance de ces institutions de surveillance doit aussi être garantie (art. 16 al. 3 CDPH). Des mécanismes efficaces et simples de *réparation* doivent aussi être prévus (art. 16 al. 4 CDPH). Dans ce domaine, la Confédération peut aussi s'appuyer sur ses compétences en matière de protection des victimes (art. 124 Cst.). La *répression* fait naturellement aussi partie des outils de protection des personnes handicapées. La Confédération a déjà fait usage de ses compétences en matière pénale dans ce domaine⁶⁴.

Le postulat très vague fixé par l'actuelle LIPPI ne permet pas une fois de plus de garantir un cadre légal minimal suffisamment clair et solide qui soit en mesure de garantir l'effectivité des droits des personnes concernées et une sécurité du droit suffisante.

13.1.4 Aussi la formulation du « *droit de participation* » est très vague et ne fixe aucun principe ou critère sur quel est le standard minimal exigé pour garantir le droit des personnes concernées et aussi de leurs proches d'être impliquées activement dans la prise de décisions qui touchent leurs droits. L'intégration des personnes handicapées passe aussi par la possibilité concrète de participer à la définition, à l'organisation et à la gestion, des espaces de vie et des activités. Cette participation active permet aussi d'acquérir progressivement les compétences et la confiance en soi qui sont nécessaires pour se préparer à la vie autonome et pour rendre ainsi

⁶¹ Le problème de la lutte contre la maltraitance est un thème qui a été soulevé encore récemment aussi par le Comité des NU sur les droits des personnes handicapées qui, dans ses observations sur le Rapport final concernant la Suisse du 15 mai 2022 n° 39, « *constate avec préoccupation que des adultes et enfants handicapés, notamment des personnes ayant un handicap intellectuel ou psychosocial et des personnes autistes, sont placés dans des institutions et que des cas de violence et de maltraitance ont été signalés dans ces institutions* ».

⁶² Il ne faut pas oublier que la maltraitance est une notion large qui englobe aussi les mauvaises pratiques qui s'installent parfois involontairement et sans être nécessairement perçues comme étant problématiques (ex. langage inapproprié, manque d'attention et mise à l'écart, stimulation insuffisante des compétences etc.).

⁶³ Comme le prouvent notamment des expériences faites dans des contextes similaires, comme p. ex., les hôpitaux psychiatriques.

⁶⁴ Cf. notamment les articles 191 et 193 CP.

efficaces les efforts que les autorités mettent en place pour faciliter le processus de désinstitutionalisation.

Pour donner un minimum de substance au droit de participation, il faut au moins fixer quelques principes et quelques règles qui permettent de structurer et de rendre vivantes des formes de cogestion de la vie en institution. La création d'un minimum de structures où les personnes handicapées participent directement aux décisions ou où elles peuvent déléguer leurs représentants est nécessaire. Ces organismes doivent disposer d'un pouvoir décisionnel effectif et leurs décisions doivent être respectées par les différents acteurs. Aussi la création de procédures décisionnelles démocratiques est indispensable. Elles permettent notamment aux personnes de s'entraîner au dialogue et au respect de la diversité d'opinion. Ce débat démocratique favorise aussi la capacité d'endosser progressivement des responsabilités et d'augmenter l'estime de soi. Dans une perspective plus large, ces règles contribuent aussi au moins indirectement à l'effort de renforcer l'effectivité des droits politiques de ces personnes (art. 29 CDPH)⁶⁵.

13.1.5 Pour terminer ce bref survol sur les limites de la législation en vigueur, il faut aussi signaler la faiblesse de l'art. 5 al. 1, lit. f LIPPI qui déclare qu'il faut « *rémunérer les personnes invalides dont l'activité présente une valeur économique* ».

Il s'agit d'un thème très sensible pour garantir la dignité des personnes handicapées et pour les inciter à se projeter et à s'intégrer dans le marché du travail primaire conformément aux objectifs que la Confédération a fixé dans l'assurance-invalidité. Dans la pratique, on sait que les rémunérations versées dans de nombreuses institutions sont souvent minimales (parfois quelques francs de l'heure) et en tout cas inférieures aux exigences du « salaire usuel » de l'art. 322 al. 1 CO. Il s'agit souvent de pratiques illégales qui ne peuvent plus être tolérées par le législateur fédéral. Si l'institution concernée prétend verser des rémunérations inférieures parce que la personne employée a une productivité limitée par rapport aux autres travailleurs de la branche ou que les rythmes de travail exigés sont moins intenses, le fardeau de la preuve lui incombe (art. 8 CC)⁶⁶. La Confédération a toute la latitude nécessaire pour régler ces questions vu qu'elle dispose de vastes compétences dans le domaine du droit du travail (art. 110 Cst. et art. 122 Cst.).

Il ne faut pas oublier, pour conclure, que souvent ces personnes reçoivent des rentes d'invalidité et que, par conséquent, la question de la coordination entre ces salaires et le montant des rentes reçues se pose. En pratique, le versement de salaires plus élevés peut conduire dans certains cas à des baisses des rentes versées, ce qui peut pousser à adopter des solutions qui sont contraires à l'objectif primordial de l'assurance-invalidité et de l'art. 112b Cst. d'encourager l'intégration de ces personnes. Pour éviter la révision de la rente ou la réduction d'autres prestations (p. ex. les PC), il peut être tentant de verser abusivement des salaires plus bas ou de limiter les heures

⁶⁵ Il serait en effet paradoxal que face au développement des droits politiques des personnes handicapées qui est en cours en Suisse (cf. le cas de Genève) et qui est de plus en plus exigé par la doctrine aussi sur la base de la CDPH et de la jurisprudence de la CourEDH (cf. notamment les contributions des professeurs BORGHI Marco et TANQUEREL Thierry in : Sophie Weerts/Colette Rossat-Favre/Christine Guy-Ecabert/Anne Benoit/Alexandre Flückiger, Mélanges en hommage au prof. Luzius Mader, Bâle 2018, p. 241 à 247), l'exercice du droit de participation soit négligé à l'intérieur des lieux de vie.

⁶⁶ Il ne faudra pas se contenter d'affirmation génériques ou de la reprise apodictique de notions comme « l'expérience de la vie, montre que... », mais il faut étayer ces différences sur la base d'un examen approfondi de chaque cas concret. Le simple fait que d'autres personnes handicapées engagées par le même établissement effectuent simplement des tâches d'occupation ou n'aient qu'une productivité limitée n'est évidemment pas suffisant pour apporter une telle preuve.

de travail des personnes concernées⁶⁷. L'obligation de verser une rémunération correcte ne peut évidemment pas dépendre des droits que la personne peut avoir ou perdre auprès d'une assurance sociale. Il n'empêche que, dans certains cas, l'augmentation de la capacité de gain peut effectivement conduire à réduire le taux d'invalidité et donc le montant de la rente. Ces situations peuvent avoir l'effet pervers de réduire l'intérêt pour l'assuré de travailler. Comme l'objectif principal de l'assurance-invalidité est d'intégrer durablement les personnes dans le marché du travail, il convient d'améliorer les règles sur ce point en introduisant des marges de tolérance plus importantes pour les offices de l'assurance-invalidité afin de permettre d'éviter ces situations. La base légale contenue dans la LIPPI n'est clairement pas suffisante pour donner une solution satisfaisante à ces problèmes complexes. Un encadrement juridique plus précis de ces différents aspects cruciaux pour garantir le respect de la dignité et l'intégration professionnelle des personnes handicapées est nécessaire. Aussi en raison de ses compétences dans le domaine des assurances sociales, il appartient à la Confédération de poser un cadre légal clair en profitant notamment aussi des révisions législatives en cours.

13.2 Les lacunes de la réglementation en vigueur qu'on vient de présenter brièvement risquent de mettre en danger la sécurité des droits de la personnalité d'un groupe particulièrement vulnérable de personnes. Les mécanismes judiciaires traditionnels de contrôle ne permettent pas de résoudre ces questions. D'une part, l'utilisation de la voie judiciaire n'est pas aisée ni pour ce groupe de personnes, ni pour leurs proches en raison notamment de leur vulnérabilité et du lien de dépendance qu'elles ont vis-à-vis de l'institution et qui les décourage souvent à entrer en conflit avec cette dernière. D'autre part, l'interprétation conforme de ces articles, qui est théoriquement possible, n'est par définition pas en mesure de donner une réponse générale et efficace à ces questions⁶⁸. Seuls des articles de loi avec une densité normative plus importante peuvent garantir le plein respect du mandat constitutionnel de l'art. 112b al. 3 Cst. et la sécurité du droit dans ces domaines très sensibles.

13.3 L'art. 19 CDPH confirme les limites des règles en vigueur. Sans pouvoir fournir ici une présentation détaillée de cette disposition⁶⁹, il convient de rappeler qu'elle traite aussi de la question du lieu de vie et du logement.

L'art. 19, lit a CDPH exige que la Suisse veille à ce que « *les personnes handicapées aient la possibilité de choisir, sur la base de l'égalité avec les autres, leur lieu de résidence et où et avec qui elles vont vivre et qu'elles ne soient pas obligées de vivre dans un milieu de vie particulier* ». Pour respecter cette disposition, il faut notamment une prise en charge des besoins des personnes handicapées qui soit suffisamment intégrée. Sans un socle de règles cohérentes entre les prestations individuelles de vie à domicile et les prestations collectives capable d'accompagner le processus de désinstitutionalisation, l'effectivité du droit au libre choix du lieu de vie est bafouée. L'exigence de se doter d'un plan stratégique unitaire a été soulignée avec force aussi par le Comité des NU sur les droits des personnes handicapées. Dans ses observations finales du 15 mai 2022 concernant le Rapport initial de la Suisse, le Comité, en rappelant son observation générale n° 5 (2017), recommande à la Suisse de veiller⁷⁰ non seulement « *à élaborer une stratégie et un plan d'action pour mettre fin, dans les meilleurs*

⁶⁷ Il ne s'agit pas de simples supputations, mais malheureusement il s'agit d'arguments qui sont parfois avancés pour justifier des rémunérations très basses.

⁶⁸ L'interprétation conforme est plutôt un mécanisme subsidiaire de contrôle de constitutionnalité des lois dans la mesure où il n'intervient qu'après coup et pratiquement seulement si une affaire est portée en justice. Pour d'autres détails cf. infra n° 20.2.

⁶⁹ Pour une présentation générale de l'article cf. VON RÜTTE Barbara, in : Naguib Tarek/Pärli Kurt/Landolt Hardy (éd.), UNO-Behindertenkonvention, Berne 2023.

⁷⁰ En étroite concertation avec les organisations de personnes handicapées, y compris de femmes handicapées.

délais, au placement des personnes handicapées dans des institutions, y compris des petites structures résidentielles, en prévoyant des mesures propres à empêcher le transfert d'institution en institution », mais aussi à veiller « à faciliter le passage de la vie en institution à la vie en société » et ceci « en définissant des délais précis, en affectant des ressources humaines, techniques et financières suffisantes, et en déterminant clairement les responsabilités pour la mise en œuvre et le suivi indépendant »⁷¹.

L'interprétation et l'application de l'art. 112b al. 3 Cst. doivent obligatoirement se faire aussi à la lumière de ces recommandations du Comité onusien.

2.2 Dans quelle mesure vont-elles éventuellement (encore) au-delà et, si oui, sur quelle base (cf. à cet égard les remarques critiques formulées dans l'expertise Egli/Filippo de la CDAS) ?

14. Dans la première partie de ce travail, nous avons vu qu'avec l'adoption de l'art. 112b al. 3 Cst., le Constituant fédéral a créé une base constitutionnelle suffisamment solide pour établir au niveau fédéral un socle de règles de base communes capables de gérer les besoins et les modes de vie des personnes invalides et de s'adapter à leur évolution. Une limitation substantielle de la portée de cette compétence fédérale en s'appuyant sur l'interprétation historique de la norme (14.1) ou sur le principe de l'équivalence fiscale (14.2) n'est pas possible.

14.1 Si l'art. 112b al. 3 Cst. peut paraître de prime abord une originalité dans le contexte de la RPT, cela ne signifie pas qu'il le soit vraiment et surtout qu'on puisse s'appuyer sur cette prétendue originalité pour justifier après coup une interprétation restrictive de cette disposition. L'interprétation historique de la norme s'oppose à cette façon de procéder.

Il convient de rappeler brièvement le contexte général qui a amené à opter pour cette solution. Avant la RPT, les prestations individuelles et collectives étaient gérées de manière très intégrée grâce au fait qu'elles étaient prises en charge par une même loi fédérale : la LAI. Le retrait de la Confédération du secteur institutionnel pour les personnes handicapées a été un des passages les plus discutés de la RPT et cela pas uniquement parce que l'abrogation de l'art. 73 LAI impliquait un transfert très important de charges de la Confédération vers les cantons (plus d'un milliard de francs en 1999⁷²). Le désengagement de la Confédération du secteur institutionnel a en effet donné lieu à de nombreuses craintes chez les personnes handicapées, leurs proches et les organisations de défense des droits de ce groupe de personnes. L'absence d'une réglementation nationale cohérente aurait pu provoquer une diminution de la qualité de la prise en charge des besoins de ce groupe de personnes et elle aurait pu créer des inégalités intercantionales trop importantes.

Ces craintes ont été prises très au sérieux par les autorités. Elles ont poussé ces dernières à introduire une exception dans la logique générale de la RPT qui prônait en général un partage rigoureux entre les compétences fédérales et cantonales⁷³. Il ressort clairement des débats parlementaires sur la LIPPI et notamment des interventions des principaux responsables du

⁷¹ Observations finales citées n° 40.

⁷² Cf. Message du Conseil fédéral RPT 1, in : FF 2001 2155, p. 2300.

⁷³ M. VILLIGER Kaspar qui était le conseiller fédéral responsable du dossier à l'époque a parlé de « *kleinen Sündenfall* » (BO E 2002 872) et M. BORTOLUZZI Toni, rapporteur pour la LIPPI du Conseil national, qui affirme que « *Mit dieser neuen Gesetzgebung wird im Rahmen des NFA eine Ausnahme gemacht* » (BO N 2006 p. 1242).

dossier que l'abrogation de l'art. 73 LAI était liée à double fil avec *la promesse*⁷⁴, faite par les autorités fédérales et par les cantons⁷⁵ pendant la procédure d'adoption de la RPT et notamment la campagne qui a précédé la votation populaire sur la réforme, de mettre en place une législation fédérale en mesure de garantir une qualité des prestations équivalente pour l'ensemble de la Suisse. Cela aussi parce que le domaine des institutions pour invalides a été considéré tout au long des débats parlementaires comme particulièrement difficile (« *besonderes schwierigen Bereich unseres Staates* »)⁷⁶ et sensible⁷⁷.

Cette volonté de se conformer à une promesse qui a été jugée comme essentielle pour la réussite de la réforme RPT ne peut pas être remise en question sur la base d'une extrapolation incomplète d'un propos d'une députée⁷⁸.

L'art. 112b al. 3 Cst. n'est donc pas une faute commise au moment de l'adoption de la RPT qu'il serait permis de corriger par le biais d'une interprétation restrictive du texte constitutionnel cité afin d'essayer de limiter le plus possible ses effets dans les domaines régis par l'art. 112b al. 2 Cst. Il s'agit d'un choix pleinement assumé par le Constituant fédéral. Revenir après coup sur la promesse de créer un système de règles fédérales en mesure de garantir une certaine unité dans le domaine des prestations collectives et d'assurer une convergence suffisante de ce domaine avec les prestations individuelles de l'assurance-invalidité qui est indispensable pour favoriser notamment la mise en place des politiques de désinstitutionalisation n'est ni conforme à la volonté des auteurs des normes citées, ni compatible avec le respect du principe de la bonne foi et de la volonté populaire.

14.2 Avec un exercice technique et financier complexe, la réforme de la RPT a essayé de revitaliser le fédéralisme en clarifiant le partage des compétences et des flux financiers entre la Confédération et les cantons. L'objectif ultime de la réforme était de mettre en place un système de règles plus efficace et plus transparent qui devait permettre aussi aux citoyens de mieux faire valoir leurs droits. La réforme des mécanismes de financement des prestations pour les personnes invalides qui a suivi l'abrogation de l'art. 73 LAI ne pouvait donc pas par définition avoir comme but d'augmenter la complexité et l'opacité du système au détriment des droits de ce groupe particulièrement vulnérable de personnes. Avec la création d'un socle de règles communes, l'art. 112b al. 3 Cst. permet d'éviter qu'un partage trop rigide des compétences entre les deux niveaux institutionnels puisse conduire à affaiblir ou à différencier excessivement les droits de ces personnes, et notamment de rendre plus difficile l'exercice de leur droit fondamental de choisir et de changer librement leur lieu de vie.

⁷⁴ L'expression est utilisée explicitement par M. EPINEY Simon, rapporteur de la commission du Conseil des Etats sur le projet de la LIPPI (BO E 2006 p. 208). Le même concept (Versprechen) est repris par M. BORTOLUZZI Toni, rapporteur pour la même loi au Conseil national (BO N 2006 p. 1242). L'existence de ces promesses a été rappelée aussi par rapport à certains aspects spécifiques de la LIPPI comme la création d'un droit de recours en faveur des organisations d'importance nationale pour les personnes handicapées (voir à ce sujet les propos de M. le Conseiller fédéral responsable du projet MERZ Hans-Rudolf qui a affirmé « *Es geht im vorliegenden Fall um Versprechungen, die nötig waren, um die Schwierigkeiten, die sich in der Teilnahmefähigkeit zwischen dem Bund und den Kantonen abzeichneten, zu beseitigen* » : cf. BO N 2006 p. 1246).

⁷⁵ Cf. notamment les propos tenus par M. le Conseiller fédéral MERZ Hans-Rudolf (BO N 2006 p. 1243).

⁷⁶ Expression utilisée par M. le Conseiller fédéral MERZ Hans-Rudolf (BO N 2006 p. 1243).

⁷⁷ Cf. notamment BORTOLUZZI Toni BO N 2006 p. 1242.

⁷⁸ Madame HUBER Gabi a effectivement affirmé dans un passage de son intervention que la LIPPI est en soi « *systemfremd* », mais toute de suite après elle a dit que « *Aber es ist ein politischer Kompromiss zugunsten des ganzen NFA, den es mitzutragen gilt, um dem Misstrauen gegenüber den Kantonen zu begegnen* » (BO N 2006 p. 1243). De plus, cette affirmation n'a exercé aucune influence sur le vote final. Dans ce sens l'importance qui semble être donnée à l'expression « *systemfremd* » par certains auteurs (cf. p. ex. l'avis de droit de EGLI Philipp / FILIPPO Martina pour la CDAS du 17.12.2021 n° 127) est excessive.

Le principe de l'équivalence fiscale de l'art. 43a al. 2 et 3 Cst. ne permet pas de limiter cet objectif constitutionnel essentiel. Principe emprunté à la théorie économique, l'équivalence fiscale n'a qu'une portée juridique modeste. Elle n'est pas justiciable, mais elle est plutôt assimilable à une règle de nature politique-institutionnelle. En droit, il faut manier ce principe avec la plus grande prudence et il faut notamment lui réserver une interprétation restrictive⁷⁹. L'équivalence fiscale ne permet notamment pas de limiter la portée d'une règle de droit qui, comme l'art. 112b al. 3 Cst., confère un mandat constitutionnel clair et obligatoire d'agir à la Confédération.

Il n'est en revanche pas exclu que ce principe puisse orienter certains choix de politique financière lors des discussions de la loi fédérale, auxquelles aussi les cantons seront naturellement associés⁸⁰.

15. Réponse à la question 2 :

15.1 Par rapport aux *articles qui régissent l'organisation du système de l'offre des prestations*, rien ne s'oppose en principe à l'abrogation de certaines règles plutôt secondaires de la LIPPI (ex. l'art. 5 al. 1, lit. b, g et h LIPPI) ou qui peuvent sembler redondantes et qui concernent des problèmes que les cantons gèrent habituellement dans leur domaine de compétence (cf. certains éléments de l'art. 6 LIPPI). Il semble en revanche conforme à la lettre et à l'esprit de l'art. 112b al. 3 Cst., et il n'est en tout cas pas arbitraire, de conserver les autres articles de la loi fédérale qui visent à donner un minimum d'unité et de transparence au système. Ces règles permettent aussi de garantir aux personnes concernées et à leur entourage d'avoir une meilleure visibilité sur une offre très complexe et elles facilitent aussi indirectement l'exercice de leurs droits (cf. n° 11).

15.2 Par rapport aux *articles qui visent à protéger les droits des personnes invalides*, force est de constater que le système en vigueur est trop minimaliste. La faible densité normative des nombreuses règles contenues dans l'art. 5 LIPPI soulève le problème du réel respect par la Confédération du mandat constitutionnel qui lui a été attribué par l'art. 112b al. 3 Cst. de fixer non seulement les objectifs, mais aussi les principes et les critères pour encourager l'intégration des personnes handicapées. L'absence de densité normative par rapport à toute une série d'aspects extrêmement sensibles de la vie de personnes particulièrement vulnérables risque de mettre en danger non seulement la concrétisation du but constitutionnel d'encourager l'intégration, mais aussi la sécurité du droit. L'art. 19, lit. a et b CDPH ne fait que renforcer ces préoccupations. Le contenu de cette disposition doit guider la concrétisation de l'art. 112b al. 3 Cst. La procédure législative en cours est l'occasion idéale pour corriger ces faiblesses de la LIPPI et pour accroître le respect du droit international.

15.3 Ni l'interprétation historique, ni le principe de l'équivalence fiscale ne permettent de justifier une interprétation restrictive de l'art. 112b al. 3 Cst. Le respect de la volonté des auteurs de la réforme de la RPT et le respect du principe de la bonne foi et de la volonté populaire, ne permettent pas de limiter après coup la portée de cette disposition constitutionnelle. Le contenu très modeste de la LIPPI en vigueur n'affecte pas les compétences cantonales (cf. aussi *supra* n° 13). Le principe de l'équivalence ne représente pas un empêchement juridique pour une révision de la loi qui vise à préciser les droits des personnes invalides et à adapter leur contenu

⁷⁹ Cf. notamment BIAGGINI Giovanni, in : Waldmann Bernhard / Belser Eva Maria / Epiney Astrid (édit.), BSK BV, Bâle 2015, ad art. 43a° Cst., n° 32.

⁸⁰ Les cantons participeront aux discussions non seulement en vertu des règles usuelles (art. 147 Cst.), mais aussi en raison des responsabilités particulières qu'ils ont sur la base de l'art. 112b al. 2 Cst.

à l'évolution des droits fondamentaux (art. 19 CDPH) et aux nouvelles sensibilités sociales qui prônent notamment l'autonomie, l'inclusion et la désinstitutionalisation.

3. Est-il possible d'intégrer ces dispositions dans une loi-cadre sur l'inclusion ? A quoi faudrait-il veiller ?

Pour répondre au mieux à cette question, il convient de regrouper les sujets par thèmes dans la perspective du législateur.

16. Possibilité d'intégrer les dispositions de la LIPPI dans la loi-cadre sur l'inclusion. Rien ne s'oppose à cette solution. Il n'est pas rare que la Confédération traite de deux aspects d'une même question dans un acte législatif unique, même si la Confédération tire sa compétence d'agir de deux ou plusieurs bases constitutionnelles différentes. Comme les sujets traités sont suffisamment liés entre eux, cette solution ne pose pas non plus de problèmes par rapport au principe de l'unité de la matière.

Une unification encore plus étendue des principaux textes légaux qui sont à la base des politiques structurelles en faveur des personnes handicapées (LHand, LIPPI et loi fédérale cadre sur l'inclusion) est aussi possible, voire souhaitable⁸¹. L'adoption d'une loi unique aurait l'avantage de simplifier le système et de le rendre ainsi plus transparent. Des synergies et une amélioration de la collaboration entre la Confédération et les cantons seraient aussi possibles. Une plus grande clarté et accessibilité des sources légales profiteraient aussi aux personnes directement concernées, à leurs proches et aux différents acteurs du secteur, qui sont parfois désorientés face à un système de plus en plus complexe et protéiforme⁸².

17. Le titre de la loi. Si on reste sur l'hypothèse évoquée dans la question d'intégrer les dispositions de la LIPPI dans la loi-cadre sur l'inclusion, il est préférable de choisir le titre de « loi sur l'inclusion des personnes handicapées » plutôt que celui de « loi sur l'intégration des invalides ». D'une part, cette dénomination est plus conforme au contenu et à l'esprit de la CDPH. D'autre part, elle prend mieux en considération le fait que la nouvelle loi est aussi au moins en partie un contre-projet indirect à l'initiative populaire pour l'inclusion (art. 8a Cst)⁸³. Enfin, cette dénomination reflète beaucoup mieux les importants changements de paradigme qui ont eu lieu ces dernières décennies dans le domaine du handicap, contrairement aux anciennes notions d'invalidité et d'intégration qui sont encore malheureusement utilisées à l'art. 112b Cst⁸⁴.

⁸¹ En raison de son profond ancrage dans le système des assurances sociales, il est en revanche assez clair que l'assurance-invalidité ne devrait pas rentrer dans cette réorganisation.

⁸² La fusion dans un texte unique de toutes ces matières peut avoir des contre-indications de nature politique et notamment de faire augmenter le risque du cumul des oppositions au cours des travaux préparatoires, pendant les débats parlementaires et en cas d'un éventuel référendum.

⁸³ Et ceci même si dans le texte de l'article proposé, l'inclusion n'est citée qu'indirectement (FF 2023 1041).

⁸⁴ Cf. aussi l'analyse effectuée *infra* n° 19.

18. La structure de la loi. La loi peut se diviser en trois parties principales. Dans une première partie générale, il est souhaitable de préciser les buts de la loi (p. ex. celui de garantir l'autonomie et l'inclusion, de favoriser la désinstitutionnalisation et la participation), de donner un certain nombre de définitions (p. ex. celle d'inclusion) et de prévoir les règles qui doivent permettre la coordination entre l'action de la Confédération et celle des cantons. Afin de respecter les obligations internationales de la Suisse, ces notions doivent être précisées à la lumière de la CDPH. Ce choix permet de donner une perspective et une unité plus claires aux différentes normes. Dans la deuxième partie, il faut concrétiser le contenu du texte de l'initiative populaire sur l'inclusion (art. 8a Cst) et des autres actes parlementaires en suspens sur des sujets similaires. Dans la troisième partie, il sera possible de reprendre les aspects qui sont encore actuels de la LIPPI⁸⁵ et d'adapter les règles sur la vie en institution à l'évolution des besoins d'autonomie et d'inclusion des personnes handicapées en renforçant notamment la densité normative du texte légal dans des domaines essentiels pour le respect des droits de la personnalité des hôtes⁸⁶.

19. Éviter le piège terminologique.

19.1 La Constitution fédérale utilise souvent une terminologie variable, peu cohérente et avec des contours relativement flous. L'art. 8 al. 2 Cst. parle de « déficience », alors que l'al. 4 du même article utilise l'expression de « personne handicapée ». Ce terme est repris aussi à l'art. 62 al. 4 et à l'art. 108 al. 4 Cst. L'art. 112b Cst. utilise la notion d'« invalide » alors que son article jumeau (art. 112c Cst.) reprend celui de « personne handicapée ». A noter que la matrice de ces deux articles, l'ancien art. 112 al. 6 Cst., utilisait l'expression de « personne handicapée »⁸⁷. La notion d'« inclusion » est notamment utilisée dans la CDPH, alors que l'art. 112b Cst. parle d'« intégration ». Cette confusion terminologique existe aussi au niveau des lois (cf. notamment les différences entre la LAI, la LHand et la LIPPI). En réalité, il ne faut pas exagérer outre mesure l'importance matérielle de ces différences. Ces choix terminologiques ne reposent pas nécessairement sur des bases théoriques solides, mais ils s'expliquent aussi par les inévitables incertitudes liées au changement du modèle d'interprétation du handicap auquel nous avons assisté ces dernières décennies. Souvent ces notions sont utilisées de manière confuse et presque interchangeable.

19.2 L'adoption d'une nouvelle loi est l'occasion pour clarifier ces questions et pour renforcer aussi de la sorte la sécurité du droit. Il n'y a pas de doute que le législateur fédéral doit se laisser guider par le modèle systémique du handicap. Depuis les années 1990, ce modèle s'est progressivement imposé aussi en Suisse et il est à la base de la CDPH. Il a conduit à une profonde mutation par rapport au modèle précédent qui était largement dominé par la logique de l'assurance-invalidité. Cette transition n'a pas été linéaire et les impuretés terminologiques susmentionnées sont aussi le reflet des difficultés d'appréhender le handicap dans cette nouvelle perspective⁸⁸.

⁸⁵ Nous avons vu que certains articles sont obsolètes (art. 10 LIPPI) et que d'autres articles sur l'organisation de l'offre n'ont plus vraiment raison d'être (cf. *supra* n° 15.1).

⁸⁶ Cf. notamment *supra* n° 13.

⁸⁷ Cf. note 1. Ce curieux « splitting terminologique » n'a pas raison d'être.

⁸⁸ Cette difficulté de tirer toutes les conséquences de ce changement de paradigme est malheureusement encore présente aujourd'hui. Symptomatique à cet égard, un récent arrêt du Tribunal fédéral qui nie la prise en charge des coûts d'un assistant pour une personne handicapée qui en a besoin pour accomplir des tâches technique-administratives qui sont liées à l'exécution de travaux de recherche dans le cadre de sa formation de master à l'ETH. Après avoir correctement développé l'analyse des règles internationales et nationales sur les droits des personnes handicapées, les juges fédéraux se trompent sur le point central de la notion de « situation de handicap »

L'approche systémique repose sur l'idée que le handicap est le fruit de la relation entre les déficiences physiques, mentales ou psychiques, d'un individu, et l'environnement dans lequel celui-ci évolue. Si l'environnement est adapté aux besoins de la personne, il n'y a pas de handicap. Si en revanche cette adaptation n'existe pas, une *situation de handicap* surgit. Cette approche met ainsi au centre des politiques dans ce domaine l'adaptation de l'environnement social, économique et juridique, aux besoins des personnes plutôt que la simple action sur l'individu (cf. notamment les définitions de l'art. 1 CDPH et de l'art. 2 al. 1 LHand)⁸⁹. Le modèle systémique s'applique naturellement aussi à la question du logement. Le respect du droit au libre choix du lieu de vie (art. 19 CDPH) impose avant tout d'adapter le lieu de vie et d'organiser la coordination des règles entre les différents lieux de vie afin de garantir le passage de l'un à l'autre (p. ex. la désinstitutionalisation).

19.3 Le modèle systémique a exercé une telle force d'attraction que les principales notions historiques de l'assurance-invalidité ont déjà été, au moins en partie, adaptées à son contenu. Grâce à l'impulsion novatrice et unificatrice de la CDPH, on a assisté au progressif rapprochement entre la signification réelle de la plupart des différents termes susmentionnés. Le législateur fédéral a notamment déjà fait évoluer les notions traditionnelles d'« invalidité » et d'« intégration » de la LAI vers le contenu plus ouvert et moderne des notions d'« autonomie » et d'« inclusion » qui sont utilisées dans la CDPH.

La notion économique classique d'*invalidité* (art. 8 al. 1 LPGA) a été relativisée depuis des années pour permettre d'englober aussi les prestations d'aide à la personne qui sont nécessaires pour « mener une vie autonome et responsable » (art. 1a, lit. c LAI). Dans cet esprit, le législateur fédéral prévoit notamment que des prestations comme la contribution d'assistance qui vise à promouvoir la vie autonome et l'intégration sociale des assurés font partie intégrante des droits d'une personne handicapée⁹⁰. Le caractère obsolète de l'utilisation de la définition ancienne d'invalidité dans le domaine du libre choix du lieu de vie ressort aussi de l'extension du droit de continuer de percevoir la contribution d'assistance même après la retraite (art. 43^{ter} LAVS) où, par définition, la personne n'est plus insérée dans le marché du travail⁹¹.

La notion d'*intégration* est déjà interprétée de manière large et elle englobe, non seulement l'intégration professionnelle classique⁹², mais aussi l'intégration sociale qui vise à permettre de mener une vie autonome⁹³. Aussi en raison de l'art. 19 CDPH, c'est notamment cette

quand ils refusent cette aide en affirmant que l'étudiant doit être en mesure de démontrer de pouvoir acquérir ses capacités « *innerhalb eines gegebenen Curriculum* » (cf. arrêt du Tribunal fédéral 2C_248/2023 du 20 septembre 2024, c. 5.4.4). Appliquer la notion systémique du handicap (et en perspective celle de l'inclusion), exige notamment de remettre en question les « règles environnementales prédéfinies » et de voir dans quelle mesure elles sont objectivement justifiées et surtout comment elles peuvent et doivent être adaptées aux besoins de la personne.

⁸⁹ Sur l'origine et l'évolution de la notion cf. notamment HERTIG RANDALL Maya, *Handicap*, in : Matthey Fanny / Dupont Anne-Sylvie / Défago Valérie (éd.), Glossaire scientifique en l'honneur de Pascal Mahon, Bâle 2023, p. 157s.

⁹⁰ Cf. *supra* n° 3.2. Aussi l'art. 8 al. 2 et 3 LPGA visent en définitive des buts de politique sociale plus larges en permettant de mettre en place des prestations pour les mineurs et en favorisant la possibilité pour des personnes atteintes dans leur santé de vivre à leur domicile.

⁹¹ Sans pouvoir approfondir le sujet dans ce contexte, il se pose la question plus générale de savoir dans quelle mesure il est raisonnable de conditionner les politiques d'inclusion des personnes handicapées au critère de l'âge, et notamment de séparer la prise en charge des politiques d'intégration selon le fait que la personne ait ou non atteint l'âge de la retraite.

⁹² Conformément notamment au principe de l'Eingliederung vor Rente.

⁹³ Voir aussi DUPONT Anne-Sylvie, n° 9ss, LANDOLT Hardy, n° 10 et GÄCHTER Thomas / FILIPPO Martina, n° 10.

interprétation large qui doit être privilégiée aussi dans le contexte de l'art. 112b Cst. Cette évolution de la notion d'intégration a permis de la rapprocher sensiblement de la notion d'inclusion qui est utilisée dans la CDPH, inclusion qui n'est au fond qu'un cas d'application de la notion systémique du handicap. En effet le droit à l'inclusion prévoit l'obligation de concevoir et de structurer l'environnement en fonction des besoins des personnes qui souffrent d'une déficience physique, mentale ou psychique, afin de leur permettre d'avoir une vie plus autonome possible⁹⁴.

19.4 En conclusion, afin d'éviter le danger de reproduire des conceptions obsolètes qui ne sont plus en mesure d'interpréter et de structurer correctement le phénomène du handicap, il est nécessaire d'utiliser dans la nouvelle loi la terminologie plus moderne qui est à la base de la CDPH. Les termes de handicap, de personne handicapée et d'inclusion doivent être préférés aux notions d'invalidé, de personne invalide et d'intégration.

L'unification terminologique présente naturellement aussi des dangers. Il faudra notamment prêter attention à éviter de modifier de manière illicite le contenu matériel des différents articles constitutionnels en élargissant outre mesure les différentes définitions et en allant à l'encontre de la volonté clairement exprimée du Constituant fédéral. Comme il vient d'être dit, a formulation ouverte de l'art. 112b Cst et notamment des notions d'invalidités et d'intégration, permettent toutefois d'adapter l'ancienne terminologie à celle plus actuelle sans trop de problèmes (cf. *supra* n° 19.3).

20. La densité normative suffisante. Afin de donner des contours plus clairs aux droits des personnes concernées et de garantir ainsi une meilleure sécurité juridique à cette population particulièrement vulnérable, il faut adopter des normes suffisamment précises. Des formulations trop générales comme l'actuel art. 5 al. 1, lit. e et aussi lit. f LIPPI ne sont pas en mesure de garantir le respect effectif des droits de ces personnes comme l'exige notamment la CDPH. Elles ne permettent non plus de concrétiser pleinement l'objectif constitutionnel de l'art. 112b Cst. d'encourager leur intégration des personnes handicapées vue que pareilles formulations ne clarifient pas suffisamment les objectifs, les principes et les critères, qu'il faut respecter pour garantir les droits de ces personnes et notamment pour mettre en place des politiques de désinstitutionalisation cohérentes et efficaces⁹⁵. Les bases constitutionnelles en vigueur sont suffisamment solides pour permettre d'adopter des règles plus précises en la matière sans empiéter sur les compétences des cantons.

20.1 La définition du contenu exact des dispositions légales concrètes qu'il convient d'adopter relève évidemment surtout de la compétence des organismes qui participeront aux différentes phases de la procédure législative. Sans vouloir empiéter sur ces compétences, nous avons signalé plus haut un certain nombre d'exemples concrets sur la façon de procéder pour améliorer notamment la densité normative de l'art. 5 al. 1 LIPPI qui est un des articles plus problématiques de la législation en vigueur (cf. *supra* n° 13.1).

La même méthode peut être suivie aussi pour la concrétisation des autres aspects, et notamment pour la préparation du contreprojet indirect de l'initiative pour l'inclusion. Comme déjà

⁹⁴ Pour plus de détails et pour une distinction entre la notion d'inclusion et d'intégration cf. PREVITALI Adriano, Pour la reconnaissance d'un nouveau droit de l'Homme - Le droit à l'inclusion, in : Jean-Baptiste Zufferey/Jacques Dubey/Adriano Previtali (éd.), L'homme et son droit, Mélanges en l'honneur de Marco Borghi, Zurich 2011 p. 415ss et les passages consacrés à ce sujet dans PREVITALI Adriano / MONTAVON Michael, L'interdiction des discriminations, in : Diggelmann Olivier /Hertig Randall Maya / Schindler Benjamin (éd.), Droit constitutionnel suisse, Zurich 2020, p. 1453ss.

⁹⁵ Voir aussi *supra* n° 3 et 13.3.

souligné, l'adoption de la perspective de la CDPH n'est pas seulement utile, mais aussi nécessaire.

20.2 Il convient de rappeler pour conclure que, conformément au principe de la séparation des pouvoirs, la responsabilité principale pour garantir une densité normative suffisante du contenu des politiques d'intégration des personnes handicapées et du droit à l'inclusion revient indubitablement au législateur (art. 164 al. 1 Cst.). Le pouvoir judiciaire peut être appelé au secours pour trancher des questions ponctuelles, mais il ne peut pas se substituer à l'inaction du parlement pour combler des lacunes substantielles de la loi fédérale.

Premièrement, l'idée que les limites inhérentes à l'utilisation de formulations législatives générales pourront être comblées par le biais de l'interprétation conforme est théoriquement séduisante, mais elle est en réalité très peu efficace dans un domaine si complexe. La pratique des tribunaux montre clairement que la jurisprudence en la matière n'est pas seulement très rare⁹⁶, mais aussi que les juges se limitent souvent à citer assez mécaniquement les droits fondamentaux invoqués par le recourant sans toutefois tirer nécessairement de véritables conséquences pratiques de cette analyse pour faire évoluer le contenu des règles en vigueur⁹⁷. De plus, l'interprétation conforme n'est pas adaptée pour régler l'exercice des droits fondamentaux des personnes vulnérables vue qu'elle peut facilement engendrer des situations d'insécurité juridique⁹⁸.

Deuxièmement, il faut avoir à l'esprit que, sauf dans des cas plutôt exceptionnels⁹⁹, le Tribunal fédéral se refuse en règle générale de déduire des prestations positives des droits fondamentaux¹⁰⁰. L'absence de base légale risque ainsi de compromettre le respect des droits des personnes concernées chaque fois que leur mise en œuvre requière une dépense de la part de l'état. L'absence de prestations positives qui peuvent être déduites de l'art. 8 Cst ou de l'art. 8 CEDH, empêche notamment de corriger par voie judiciaire les inégalités de traitement qui existent entre la vie à domicile et la vie en institution en raison des différents modèles de financement applicables¹⁰¹.

Une petite ouverture existe si le refus d'une prestation d'une assurance sociale peut conduire à une « violation matérielle » ou « indirecte » du droit fondamental, c'est-à-dire si sans cette prestation la personne se trouve dans l'impossibilité ou si elle est confrontée à une difficulté excessive d'exercer son droit¹⁰². La portée exacte de cette jurisprudence n'est pas clairement définie et son application demeure encore assez aléatoire. Les matières qui sont régies par la

⁹⁶ Aussi pour les raisons citées sub n° 13.2.

⁹⁷ P. ex : l'arrêt du Tribunal fédéral 8C_390/2019 du 20 septembre 2019, c. 6.3 et 6.4.

⁹⁸ Il suffit de rappeler que le contenu réel de l'article de loi peut être compris dans ces cas seulement après avoir pris connaissance de l'arrêt du tribunal. Un tel système présuppose de connaître l'existence de l'arrêt, de pouvoir se le procurer et surtout de pouvoir le comprendre correctement, ce qui n'est pas anodin pour des personnes vulnérables.

⁹⁹ Cf. p. ex. les articles 12 et 19 Cst.

¹⁰⁰ Les juges estiment en substance que la compétence pour définir des dépenses appartient prioritairement au Parlement (art. 167 Cst).

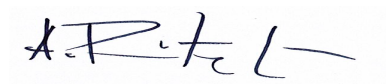
¹⁰¹ Le droit de vivre de manière autonome qui est limité par le plafonnement prévu à l'art. 14 LPC peut obliger indirectement les personnes handicapées à se transférer dans une institution où les coûts sont intégralement pris en charge par l'état. Cette situation n'a pas poussé le Tribunal fédéral à intervenir (cf. ATF 138 I 225, c. 3.6 à 3.9).

¹⁰² Cf. p. ex. ATF 113 V 22, 118 V 206, 121 V 8, 134 I 105. La jurisprudence de la CourEDH prévoit aussi des solutions similaires, et notamment dans le cas où le refus d'une prestation peut conduire à des discriminations dans l'exercice de l'art. 8 CEDH (cf. p. ex. Affaire Gleisen c. Suisse n° 40477/13 du 25 juin 2019 n° 47ss). Pour une extension ultérieure du droit de déduire des prestations positives des droits fondamentaux cf. notamment les justes annotations de MALINVERNI Giorgio / HOTTELIER Michel / HERTIG RANDALL Maya / FLÜCKIGER Alexandre, *Droit constitutionnel suisse*, 4^{ème} éd., Berne 2021, vol. II, p. 84, n° 171.

LIPPI ne font malheureusement pas exception¹⁰³. Il serait ainsi malvenu de la part du législateur fédéral de s'abriter derrière cette jurisprudence pour renoncer à adopter des bases légales suffisamment précises dans un domaine complexe comme celui qui est ici examiné.

21. Pour donner suite à la concrétisation de certains aspects de l'initiative pour l'inclusion des personnes handicapées et éventuellement aussi au contenu d'autres actes parlementaires en cours, il est possible que d'autres questions juridiques puissent surgir au moment de l'élaboration de la nouvelle loi. Beaucoup dépendra aussi du périmètre que les organes politiques compétents décideront de donner à la réforme. Ces questions ne peuvent pas être anticipées à ce stade et pourront si nécessaire être abordées plus tard.

Prof. Dr. Adriano Previtali



¹⁰³ Le Tribunal fédéral a par exemple clairement souligné que la non-application de l'art. 7 al. 2 LIPPI comporte indirectement une restriction de la liberté d'établissement (art. 24 Cst.) de la personne handicapée. Les juges fédéraux ont toutefois estimé que le fait pour une personne de se trouver dans une institution du canton du Jura alors que sa sœur, seule membre de la famille proche en Suisse, est domiciliée et travaille à Genève, n'empêche pas de cultiver les relations familiales de manière suffisante, notamment pendant les week-ends. En raison de l'absence d'autres attaches particulières de la part de la personne handicapée à Genève, le transfert dans une institution genevoise ne changerait pas fondamentalement cette évaluation (cf. arrêt du Tribunal fédéral 8C_390/2019 du 20 septembre 2019 c.6.4.2). Savoir dans quelle mesure d'autres conditions concrètes du cas (distance plus importante, langue, meilleure encrage de la personne handicapée dans un autre canton) aurait pu influencer réellement le jugement est pratiquement impossible.