

« Qu'est-ce qui incombe aux cantons (et à qui d'autre) ? Réflexions sur la Constitution et les droits humains relatives à l'art. 112c Cst. »

« Who Cares ? » Aide et assistance à domicile aux personnes âgées et handicapées par des proches aidants

79e Assemblée annuelle CDAS 2018
17/18 mai à Delémont (JU)

Kurt Pärli, professeur et docteur en droit, chaire de droit social privé

Aperçu

- I) Base constitutionnelle
- II) Obligations de droit international public
- III) Technologie et soins à domicile
- IV) Importance pour les cantons
- V) Bilan-synthèse

Base constitutionnelle

Art. 112c Cst. Aide aux personnes âgées et aux personnes handicapées

¹ Les cantons pourvoient à **l'aide à domicile et aux soins à domicile en faveur des personnes âgées et des personnes handicapées.**

² La Confédération soutient les efforts déployés à l'échelle nationale en faveur des personnes âgées et des personnes handicapées. Elle peut utiliser à cette fin les ressources financières de l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité.

Art. 41 Cst. Buts sociaux

¹ La Confédération et les cantons s'engagent, en complément de la responsabilité individuelle et de l'initiative privée, à ce que :

a. toute personne bénéficie de la sécurité sociale ;

b. **toute personne bénéficie des soins nécessaires à sa santé ; [...]**

² La Confédération et les cantons s'engagent à ce que toute personne soit assurée contre les conséquences économiques de l'âge, de l'invalidité, de la maladie, de l'accident, du chômage, de la maternité, de la condition d'orphelin et du veuvage.

³ Ils s'engagent en faveur des buts sociaux dans le cadre de leurs compétences constitutionnelles et des moyens disponibles.

⁴ **Aucun droit subjectif à des prestations de l'État** ne peut être déduit directement des buts sociaux.

Constitution sociale

= mise en œuvre du principe de l'État-providence dans la Cst. / programme de l'État-providence entre autres **art. 41 et art. 112c Cst.** (outre différentes autres dispositions)

Normes cibles de l'État-providence

Normes programmatiques

Normes de compétence

Droits sociaux

Droits fondamentaux justiciables

Mise à disposition des moyens

Objectifs sociaux : art. 41

Norme de base de la constitution sociale

Contenu des objectifs sociaux

- Concrétisation et orientation de l'État-providence Suisse
- Mandat pour les législateurs fédéraux et cantonaux
- Aide à l'interprétation d'autres dispositions (en particulier la Constitution)
- Autonomie et subsidiarité

Relativisations des objectifs sociaux

- Pas de droits individuels constitutionnels
- Subsidiarité de l'action gouvernementale
- Aucune justification de compétence
- Plafonnement selon les ressources disponibles

Notamment : art. 41, let. b, Cst.

- La Confédération et les cantons sont chargés de s'engager en faveur des prestations de soins (de qualité supérieure)
- aucune exigence individuelle ne peut être dérivée
- concrétisation à travers **l'art. 112c Cst.** → soins aux personnes âgées et handicapées en principe à domicile

Art. 112c Cst. : une rétrospective

- La réorganisation de la péréquation financière et de la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons (RPT) a été adoptée lors du référendum du 28 novembre 2004.
- La RPT a entre autres mené à un **découplage partiel des tâches** de la Confédération et des cantons dans le domaine de l'aide aux personnes âgées et handicapées
- Art. 112c en vigueur depuis 2008

Art. 112c Cst. : contenu

- Concrétisation de l'objectif social mentionné à l'art. 41, al. 1, let. b, Cst.
- Découpler les tâches au lieu d'accorder le droit individuel à l'aide et aux soins à domicile.
 - Subsidiarité des prestations d'aide envers les prestations d'assurances sociales primaires (art. 111 et 112 Cst.)

Définitions

- « Personnes âgées »
 - Pas défini au niveau du droit constitutionnel
 - Pas de limite d'âge déterminée ; besoin d'aide en raison de l'affaiblissement lié à l'âge
- « Personnes handicapées »
 - Non défini à l'art. 112c Cst. ; utilisation imprécise dans le message
 - Non conforme à l'AI ; un cercle plus large inclut les personnes invalides au sens de l'AI
 - cf. art. 8, al. 2, Cst. et **art. 1, al. 2, CDPH**
- Effet de la protection constitutionnelle de la personnalité (« soins à domicile » garantissent un degré d'autonomie plus élevé)

Art. 112c Cst. : compétences cantonales (al. 1)

«Die Kantone **sorgen für** die Hilfe und Pflege **von** Betagten und Behinderten zu Hause.»

« Les cantons **pourvoient** à l'aide à domicile et aux soins à domicile **en faveur** des personnes âgées et des personnes handicapées.»

«I Cantoni **provvedono** all'aiuto e alle cure a domicilio **per** gli anziani e i disabili.»

– **Interprétation**

- « pourvoient à »
- aide et soins « en faveur »--> mieux : à l'égard

– **Contenu du mandat**

- De nature obligatoire
- Objet des prestations : prestations de soins médicaux, les soins à domicile, l'aide au ménage, les services de repas et les centres de jour (surtout les organismes de soins à domicile)
- Pourvoir aux tâches d'assistance et à l'accès à ces prestations
- Possibilité d'aller au-delà des réglementations fédérales relatives aux assurances sociales
- Mais : réglementation à l'échelon fédéral des droits aux prestations individuelles et à l'aide aux soins à domicile (AI, AA, **Cst.**, AMal)

Art. 112c Cst. : compétence de la Confédération (al. 2)

« La Confédération soutient les efforts déployés à l'échelle nationale en faveur des personnes âgées et des personnes handicapées. Elle peut utiliser à cette fin les ressources financières de l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité. »

- Mandat subsidiaire pour promouvoir les efforts de tiers dans toute la Suisse = **mandat contraignant**
- Large cercle de « vellétés » : en font partie les tâches telles que les prestations de conseil et d'encadrement, l'organisation de cours ainsi que des tâches de coordination et de développement
- Conformément à l'art. 112c Cst. : p. ex. contributions à Pro Senectute, Pro Juventute et Pro Infirmis
- Autorisation constitutionnelle d'utilisation des moyens de l'AVS et de l'AI
 - Exemple IV : aides financières de l'AI conformément à l'art. 74 LAI

Bilan intermédiaire constitutionnel

- Aucune revendication justiciable de l'individu à obtenir de l'aide et des soins à domicile

Mais...

- **Obligation** constitutionnelle des cantons **d'agir** pour assurer la **prise en charge** des personnes âgées et handicapées à domicile
- Garantir une **prise en charge de qualité**
- Dans la pratique, probablement surtout des prestations de soins à domicile mais également encouragement et développement d'autres prestations (notamment aussi la prise en compte des développements technologiques)
- Pertinent dans le contexte de mesures d'économies cantonales : (la Confédération et) les cantons doivent **s'engager** en faveur de prestations de soins de haute qualité

Structure du rapport

- I) Base constitutionnelle
 - II) Obligations de droit international public
 - III) Technologie et soins à domicile
 - IV) Importance pour les cantons
 - V) Bilan-synthèse
-

II) Obligations de droit international public

- Signification du droit international (art. 5, al. 4, Cst. et art. 190 Cst.)
- Sélection de droit international pertinent lié à l'aide et aux soins à domicile
 - CEDH
 - Pacte de l'ONU I
 - Convention de l'ONU relative aux droits des personnes handicapées (CDPH)
 - CEDAW : dimension de genre

CEDH/ Pacte de l'ONU I

CEDH

- Art. 8 CEDH : respect de la vie privée et familiale

Pacte de l'ONU I

- Beaucoup de chevauchements avec les objectifs sociaux au niveau du contenu (partiellement plus concrets)
- Art. 9 pacte de l'ONU I : droit à la sécurité sociale
 - Engagement à la reconnaissance du droit de toute personne à la sécurité sociale et aux soins de santé élémentaires

Bilan

- **Pas** de dispositions spécifiques relatives à la nécessité des soins
- Dériver indirectement des prétentions, respectivement des contraintes : droit au choix du lieu de vie et de la cohabitation avec d'autres personnes

Convention de l'ONU relative aux droits des personnes handicapées (CDPH)

- Convention relative aux droits des personnes handicapées
- Substance : interdiction de discrimination de personnes handicapées dans tous les domaines de la vie
- Signification pour la Suisse
 - Ratification le 15.04.2014
 - Justiciabilité douteuse
 - Concrétisation des déclarations générales des droits fondamentaux et ligne d'argumentation
 - Mise en œuvre actuelle contestée (cf. rapport étatique initial CH vs rapport alternatif d'Inclusion Handicap)

Art. 1, al. 2, CDPH : le handicap au sens de la CDPH

Art. 1 But

(...)

Par personnes handicapées on entend des personnes qui présentent des incapacités physiques, mentales, intellectuelles ou sensorielles durables dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à leur pleine et effective participation à la société sur la base de l'égalité avec les autres.

- Notion de handicap conformément à l'art. 1, al. 2, CDPH
 - Changement de paradigme
 - « Le handicap » n'est pas une propriété propre à l'être humain
 - Personnes handicapées qui présentent des incapacités dont **l'interaction** avec diverses barrières peut faire obstacle à leur pleine et effective participation à la société sur la base de l'égalité avec les autres.

Art. 19 CDPH

Art. 19 Autonomie de vie et inclusion dans la société

Les Etats Parties à la présente Convention reconnaissent à toutes les personnes handicapées le droit de vivre dans la société, avec la même liberté de choix que les autres personnes, et prennent des mesures efficaces et appropriées pour faciliter aux personnes handicapées la pleine jouissance de ce droit ainsi que leur pleine intégration et participation à la société, notamment en veillant à ce que :

- a) **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 ;**
- b) les personnes handicapées aient accès à une gamme de services à domicile ou en établissement et autres services sociaux d'accompagnement, y compris l'aide personnelle nécessaire pour leur permettre de vivre dans la société et de s'y insérer et pour empêcher qu'elles ne soient isolées ou victimes de ségrégation ;
- c) les services et équipements sociaux destinés à la population générale soient mis à la disposition des personnes handicapées, sur la base de l'égalité avec les autres, et soient adaptés à leurs besoins.

Art. 19 CDPH : analyse

- Libre choix du lieu de séjour et de la forme de vie
 - Liberté de choix du milieu de vie : un droit
 - Obligation de service public : appui ; aussi autorisation de mesures de construction et techniques ; prise en charge des coûts occasionnés par les soins à domicile (à moins qu'ils ne soient disproportionnés)
 - Devoir d'abstention de l'État : ne pas empêcher la forme de vie individuelle, ne pas offrir des prestations spécifiques uniquement dans des établissements spécialisés
- Ce genre de liberté de choix du type de logement en CH est uniquement appliqué dans une mesure moindre
 - Constante augmentation des personnes vivant en institutions (source : rapport alternatif d'Inclusion Handicap)

Art. 6 CDPH: handicap et sexe

Art. 6 CDPH Femmes handicapées

- (1) Les États Parties reconnaissent que les femmes et les filles handicapées sont exposées à de multiples discriminations, et ils prennent les mesures voulues pour leur permettre de jouir pleinement et dans des conditions d'égalité de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales.
 - (2) Les États Parties prennent toutes mesures appropriées pour assurer le plein épanouissement, la promotion et l'autonomisation des femmes, afin de leur garantir l'exercice et la jouissance des droits de l'homme et des libertés fondamentales énoncés dans la présente Convention.
- Multiples discriminations et/ou pénalisation des femmes handicapées
 - Problème de violence sexuelle dans les EMS
 - La plupart des personnes nécessitant des soins dans les EMS sont des femmes
 - Dans ce contexte, l'aide et des soins à domicile revêt une importance particulière pour les femmes handicapées

Parenthèse : (pourquoi) le genre est-il important ?

Questions de sexe liées à l'aide et aux soins à domicile à différents niveaux

- Exigences spécifiques de femmes « âgées » et « handicapées » (aspect des personnes prises en charge)
 - voir les explications concernant le handicap et le sexe
 - La plupart des tâches non rémunérées de soins et d'accompagnement sont accomplies par des femmes (aspect des personnes soignantes, aidantes)
 - Conséquences (négatives) en matière de droit du travail et du droit social
 - Les migrantes effectuant du travail de care se trouvent dans des conditions de travail précaires
 - Le cas échéant, aussi des effets négatifs de la réforme 2020 ?
 - Discrimination sur le marché du travail ?
- **Pas** de cémentation des rôles de genre en appliquant l'art. 112c Cst.

CEDAW: Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women

- Convention de l'ONU contre la discrimination des femmes dans tous les domaines de la vie et par le biais de moyens appropriés
- Ratification de la Suisse le 27.03.1997
- Enregistré : vie sociale, formation, santé, travail et profession
- Selon le message : portée surtout programmatique

CEDAW: Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women

Art. 5

Les États parties prennent toutes les mesures appropriées,

a) pour modifier les **schémas et modèles de comportement socio-culturel** de l'homme et de la femme en vue de parvenir à l'élimination des préjugés et des pratiques coutumières (...) ou d'un **rôle stéréotypé des hommes et des femmes** ; (...)

– Causes et effets de ces comportements

– Idées stéréotypées sur la répartition des rôles familiaux et sociaux

– De la description à l'attribution (« les femmes sont des employées de care naturelles »)

– Une attribution sociale claire des rôles est essentielle pour la subdivision du monde du travail en

– travail de soutien non rémunéré non pris en compte ou à peine pris en compte dans le droit des assurances sociales et

– travail rémunéré en dehors du domicile, entièrement couvert par la loi sur les assurances sociales

→ Impératif de l'État de rompre avec cette répartition des rôles et des comportements

Droit international : n'est-ce rien que du droit « étranger » ?

Art. 8 Égalité

¹ Tous les êtres humains sont égaux devant la loi.

² Nul ne doit subir de discrimination du fait notamment de son origine, de sa race, **de son sexe**, de son âge, de sa langue, de sa situation sociale, de son mode de vie, de ses convictions religieuses, philosophiques ou politiques ni du fait d'une déficience corporelle, mentale ou psychique.

³ L'homme et la femme sont égaux en droit. La loi pourvoit à **l'égalité de droit et de fait**, en particulier dans les domaines de la **famille**, de la formation et du travail. L'homme et la femme ont droit à un salaire égal pour un travail de valeur égale.

⁴ La loi prévoit des mesures en vue d'éliminer les inégalités qui frappent les personnes handicapées.

Conclusion intermédiaire en matière de droit international

- La dimension de droit international est aussi pertinente dans le domaine de l'aide et des soins aux personnes handicapées et âgées à domicile
- La justiciabilité est contestée, toutefois les mandats législatifs sont à appliquer
- Protection supplémentaire (surtout pour les personnes handicapées et les femmes) et concrétisation lors de l'application de la Constitution
 - Pacte I CEDH/ONU : droit de choisir le lieu de vie et de cohabitation avec d'autres personnes
 - ONU CDPH : p. ex. liberté de choix du type de logement
 - CEDAW : rompre avec les rôles de sexe

Structure du rapport

-
- I) Base constitutionnelle

 - II) Obligations de droit international public

 - III) Technologie et soins à domicile

 - IV) Importance pour les cantons

 - V) Bilan-synthèse

III) Technologie et soins à domicile

Chances

- Garantie de soins de qualité
- Autonomie, autodétermination et indépendance

Problèmes et risques

- Garantie de qualité des produits et services
- Protection des données : données sensibles, personnelles (« le patient transparent »)
- Compétence au niveau technique
- Égalité des chances lors de l'accès : composantes financières, obstacles éducatifs ou liés au genre concernant la technique (risque de discriminations)
- Aliénation/irritation du rapport de soins interpersonnels

Structure du rapport

- I) Base constitutionnelle
 - II) Obligations de droit international public
 - III) Technologie et soins à domicile
 - IV) Importance pour les cantons
 - V) Bilan-synthèse
-

IV) Et au final : qu'est-ce que cela signifie pour les cantons ?

- La Constitution établit un **mandat impératif** dans le domaine de l'aide et des soins à domicile de personnes âgées et handicapées
- Dans ce contexte, les obligations découlant du droit international jouent également un rôle (surtout l'ONU CDPH, CEDAW)
- Une attention particulière est accordée aux besoins des personnes handicapées et aux besoins propres à chaque sexe
→ collaboration avec les organisations correspondantes ?
- Dans les structures de soins, profiter des chances et des possibilités de nouvelles technologies
... **mais** tenant compte des risques éventuels

Structure du rapport

- I) Base constitutionnelle
- II) Obligations de droit international public
- III) Technologie et soins à domicile
- IV) Importance pour les cantons
- V) Bilan-synthèse

V) Bilan-synthèse

- Signification et portée de l'article 112c Cst.
 - Partie de la constitution sociale (aussi art. 41, lit. B, Cst.)
 - Découplage de tâches entre la Confédération et les cantons
 - Aucune prétention individuelle directe ne peut être dérivée
 - Mais : aucun mandat contraignant constitutionnel pour les cantons
 - Contenu de ce mandat : offrir des soins de qualité
- Considérer aussi les exigences et contraintes du droit international (surtout ONU CDPH et CEDAW)
- Prise en compte des exigences et des droits des « personnes handicapées » et « âgées » et des exigences des proches aidants
 - Dimension du sexe pour l'ensemble de la thématique
- Valorisation du progrès technologique, avec prise en compte des risques



Universität
Basel

Juristische
Fakultät



Merci
de votre attention.

Références bibliographiques (1)

Constitution fédérale :

- BIAGGINI GIOVANNI, BV, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2., überarbeitete und erweiterte Auflage, Zürich 2017
- EHRENZELLER, BERNHARD et al. (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. überarbeitete Auflage, Zürich 2014
- MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS, Grundrechte in der Schweiz, Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Auflage, Bern 2008
- WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung BV, Basel 2015

Droit international :

- MEYER-LADEWIG JENS/NETTESHEIM MARTI/VON RAUMER STEFAN, EMRK, Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, 4. Auflage, Basel 2017
- SCHLÄPPI ERIKA/ULRICH SILVIA/WYTTENBACH JUDITH (Hrsg.), CEDAW, Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau, Allgemeine Kommentierung – Umsetzung in der Schweiz- Umsetzung in Österreich, Bern 2015

Références bibliographiques (2)

Personnes handicapées :

- KREUTZ MARCUS/LACHWITZ KLAUS/TRENK-HINTERBERGER PETER, Die UN-Behindertenrechtskonvention in der Praxis, Erläuterungen der Regelung und Anwendungsgebiete, Köln 2013
- SCHEFER MARKUS/HESS-KLEIN CAROLINE, Behindertengleichstellungsrecht, Bern 2014
- Erster Bericht der Schweizer Regierung über die Umsetzung des Übereinkommens über die Rechte der Menschen mit Behinderungen, Bern, 29. Juni 2016
- Schattenbericht, Bericht der Zivilgesellschaft anlässlich des ersten Staatenberichtsverfahren vor dem UN-Ausschluss für die Rechte von Menschen mit Behinderung, Bern, 16. Juni 2017
- Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen (Hrsg.), Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen: Frauen, Bern

Références bibliographiques (3)

Cantons :

- BISCHOFBERGER IREN et al., Betreuungszulagen und Entlastungsangebote für betreuende und pflegende Angehörige, Schweizweite Bestandsaufnahme, Im Auftrag des Bundesamtes für Gesundheit (BAG), Zürich/Bern, 2014
- LANDOLT HARDY, Entwicklungen im Pflegerecht, in: Pflegerecht 04/17, S. 194 ff.
- Botschaft zur Ausführungsgesetzgebung zur Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen (NFA)
- Eidgenössisches Finanzdepartement EFD, Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen – NFA, Kommunikation EFD und KdK, Bern 2007

Proches aidants :

- FILIPPO MARTINA, Sozialversicherungsrechtliche Absicherung unentgeltlich pflegender im Erwerbsalter, Diss. Zürich, Zürich 2016
- LEU AGNES/BISCHOFBERGER IREN, Pflegende Angehörige als Angestellte in der Spitex: Eine Annäherung aus rechtlicher, qualifikatorischer und konzeptioneller Perspektive, in: Pflegerecht 4/12, S. 210ff.

Références bibliographiques (4)

- STUTZ HEIDI, KNUPFER CAROLINE, Absicherung unbezahlter Care-Arbeit von Frauen und Männer, Anpassungsbedarf des Sozialstaats in Zeiten sich ändernder Arbeitsteilung, Im Auftrag des Eidgenössischen Büros für die Gleichstellung von Frau und Mann EBG, Bern 2012
- Unterstützung für betreuende und pflegende Angehörige, Situationsanalyse und Handlungsbedarf für die Schweiz, Bericht des Bundesrates, Bern 2014

Technologie :

- RÜEGGER HEINZ/ROULET DELPHINE/EGGERT NADJA, Ethische Aspekte im Umgang mit Assistierender Technologie in Institutionen der Langzeitpflege, CURAVIVA Schweiz, Bern 2016
- TA-SWISS (Hrsg.), Von Technologien unterstützt – Altern in der Zukunft, Chancen und Risiken beim Einsatz von assistierenden Technologien in der Alterspflege und –betreuung sowie Empfehlungen an die Politik, Bern 2014