

TRAVAUX DE LA FACULTÉ DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ DE FRIBOURG

Édités par Peter Gauch

362

MARIE CHERUBINI

Les droits fondamentaux
des personnes âgées
en EMS

Schulthess § 2016

Tables des matières

Remerciements	V
Tables des matières	VII
Bibliographie	XIX
Table des abréviations	LIII
Introduction générale	1
Partie I : Les personnes âgées en EMS, des sujets de droit vulnérables, mais mal protégés	7
Chapitre 1 : La particulière vulnérabilité des personnes âgées en EMS	7
1.1. Remarques liminaires	9
1.1.1. Le profil des personnes résidant en EMS	9
1.1.2. La vulnérabilité, une notion « floue » et multidimensionnelle	11
1.1.3. Les potentielles causes de vulnérabilité chez les personnes âgées	13
1.2. Une approche juridique de la vulnérabilité : l'exemple de la CourEDH	16
1.2.1. Les individus et les groupes particulièrement vulnérables	17
1.2.1.1. En général	17
1.2.1.2. Les personnes âgées en EMS, une « catégorie » de personnes particulièrement vulnérables	19
1.2.2. Obligations positives et vulnérabilité	22
1.2.2.1. La notion d'obligations positives	22
1.2.2.2. Les typologies d'obligations positives	25
1.2.2.3. L'étendue des obligations positives	26
1.2.2.4. La vulnérabilité, fondement d'obligations positives spéciales	28
1.3. Le respect et la réalisation des droits constitutionnels en droit suisse	32

1.3.1.	En général	32
1.3.2.	Dans les établissements pour personnes âgées	34
1.3.2.1.	Dans les établissements de droit public et de droit privé subventionnés, intégrés ou non dans une planification sanitaire	34
1.3.2.2.	Dans les établissements de droit strictement privé	36
1.4.	Synthèse intermédiaire	37
Chapitre 2 : La personne âgée dans la législation		41
2.1.	La prise en compte de la personne âgée aux niveau international et au niveau européen	41
2.1.1.	Les politiques sociales et de coopération	41
2.1.1.1.	Au sein des Nations Unies	41
2.1.1.2.	Au sein du Conseil de l'Europe	44
2.1.2.	Les normes conventionnelles	48
2.1.2.1.	Au niveau international	48
2.1.2.2.	Au niveau européen	50
2.2.	La prise en compte de la personne âgée institutionnalisée en droit suisse	51
2.2.1.	La prise en compte des personnes âgées dans la législation fédérale	52
2.2.1.1.	Le droit des assurances sociales	52
2.2.1.1.1.	La loi fédérale sur l'assurance vieillesse et survivants	52
2.2.1.1.2.	La loi fédérale sur les prestations complémentaires à l'AVS et à l'AI	58
2.2.1.1.3.	La loi fédérale sur l'assurance-maladie	61
2.2.1.2.	Le nouveau droit de protection de l'adulte	64
2.2.1.2.1.	La protection des personnes résidant en homes ou en établissement médico-social	64
2.2.1.2.2.	Les mesures personnelles anticipées	65
2.2.1.2.3.	Des mesures sur mesure	67
2.2.2.	La prise en compte de la personne âgée institutionnalisée dans les législations cantonales	68
2.3.	Synthèse critique	71

Partie II : Les exigences minimales, nécessaires à l'effectivité des droits fondamentaux des personnes âgées en EMS	77
Chapitre 3 : Les voies de saisie des autorités	77
3.1. Les garanties procédurales	77
3.1.1. Rappels théoriques	77
3.1.2. Les limites et les lacunes en matière de protection juridique des personnes âgées résidant en EMS	83
3.1.2.1. Des voies de droit limitées et peu efficaces	83
3.1.2.1.1. Les voies de droit prévues dans le nouveau droit de protection de l'adulte	83
3.1.2.1.2. Le droit de recours des organisations prévu par la LIPPI	85
3.1.2.1.3. La dénonciation et la plainte administrative	86
3.1.2.1.4. Les procédures internes aux associations	89
3.1.2.2. Les lacunes du système en matière d'actes matériels	90
3.1.2.2.1. La notion d'actes matériels	91
3.1.2.2.2. La jurisprudence du TF relative aux actes matériels dans un rapport de droit spécial	92
3.1.2.2.3. La quasi-absence de protection juridique contre les actes matériels	97
3.1.3. Perspectives futures	100
3.1.3.1. L'institution d'une seule autorité de recours cantonale	100
3.1.3.2. L'élaboration d'une procédure spécifique contre les actes matériels	102
3.1.3.2.1. Définition des actes matériels nécessitant une protection juridique	102
3.1.3.2.2. Les principes généraux de cette procédure	104
3.1.3.3. La mise en place d'un service interne d'assistance et de consultation	106
3.1.3.4. Propositions d'ordre général	109
3.1.4. Synthèse intermédiaire	110
3.2. Le droit de pétition	112
3.2.1. Rappels théoriques	112

3.2.2.	Le droit de pétition en EMS	115
3.2.2.1.	Son rôle fondamental	115
3.2.2.2.	Les composantes du droit de pétition	116
3.2.2.2.1.	Le droit à la préparation de la pétition	116
3.2.2.2.2.	Le droit de ne pas subir de conséquences préjudiciables	116
3.2.2.2.3.	Le droit à la prise de connaissance et le droit de réponse	117
3.2.3.	Synthèse intermédiaire	119
Chapitre 4 : La protection de la personnalité		121
4.1.	Rappels théoriques	121
4.1.1.	Le droit à la vie	121
4.1.2.	La liberté personnelle	122
4.1.2.1.	Un contenu large	122
4.1.2.2.	La liberté de mouvement	124
4.1.2.3.	L'intégrité physique	125
4.1.2.4.	L'intégrité psychique	126
4.1.2.5.	Les expressions élémentaires de l'épanouissement de la personne humaine	129
4.1.2.6.	La dignité humaine	131
4.1.3.	L'interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants	132
4.1.4.	Le droit à une vie privée, intime et familiale	136
4.2.	La protection de la personnalité en EMS	138
4.2.1.	La liberté de mouvement en EMS	139
4.2.1.1.	La restriction de la liberté de mouvement	139
4.2.1.1.1.	Autonomie versus protection du résident	139
4.2.1.1.2.	Les mesures d'entrave à la liberté de mouvement et leurs conséquences	140
4.2.1.1.3.	Les limites instituées par le nouveau droit de la protection de l'adulte	141
4.2.1.1.4.	Une nécessaire remise en question du recours aux mesures d'entrave à la liberté de mouvement	146

4.2.1.2.	La construction des EMS	148
4.2.1.2.1.	L'emplacement géographique	148
4.2.1.2.2.	Les barrières architecturales	150
4.2.2.	L'interdiction de traitements inhumains et dégradants	152
4.2.2.1.	Exemples choisis de traitements inhumains et dégradants en milieu médico-social	152
4.2.2.2.	Les obligations positives découlant de l'interdiction des traitements inhumains et dégradants	153
4.2.3.	La protection de la vie intime, privée et familiale en EMS	154
4.2.3.1.	Le droit à une vie affective et sexuelle	154
4.2.3.1.1.	La sexualité des personnes âgées : entre tabou et préjugés	155
4.2.3.1.2.	La restriction du droit à une vie affective et sexuelle en EMS	156
4.2.3.1.3.	Les obligations positives découlant du droit à une vie affective et sexuelle	157
4.2.3.2.	Le droit à l'intimité	159
4.2.3.2.1.	L'EMS et la perte d'intimité avec soi-même	159
4.2.3.2.2.	Vers une protection constitutionnelle du droit à l'intimité avec soi-même	161
4.2.4.	Le droit à l'animal de compagnie en EMS	163
4.2.4.1.	Les bienfaits de la présence d'un animal domestique pour les personnes âgées	163
4.2.4.2.	Les sources, le contenu et la titularité	164
4.2.4.3.	La restriction du droit à l'animal de compagnie	165
4.3.	Synthèse intermédiaire	166
Chapitre 5 : Le droit à l'autodétermination		171
5.1.	Rappels théoriques	171
5.2.	Le droit à l'autodétermination <i>versus</i> le maintien de l'ordre en institution	173
5.2.1.	Quelques exemples jurisprudentiels relatifs aux mesures d'ordre	173
5.2.2.	Les limites imposées par la vie en EMS	175

5.2.2.1.	Le respect des horaires	175
5.2.2.2.	Le choix des menus	176
5.2.2.3.	Le choix de l'apparence	177
5.2.3.	L'admission et le séjour en EMS	178
5.2.3.1.	Les limites du droit à l'autodétermination des personnes capables de discernement	178
5.2.3.2.	Les limites du droit à l'autodétermination des personnes âgées incapables de discernement	180
5.2.4.	Deux instruments de mise en œuvre du droit à l'autodétermination	183
5.2.4.1.	La rédaction d'un projet de vie personnalisé	183
5.2.4.2.	La reconnaissance d'un droit de cogestion	184
5.3.	Le droit à l'autodétermination en matière de traitement médical	186
5.3.1.	Une reconnaissance croissante	186
5.3.2.	Le rôle central de la notion de capacité de discernement	188
5.3.2.1.	Rappels théoriques	188
5.3.2.2.	Le traitement médical des personnes capables de discernement	189
5.3.2.3.	Le traitement médical des personnes incapables de discernement	190
5.3.3.	Les potentielles limites du droit à l'autodétermination des personnes âgées en matière médicale	192
5.3.3.1.	La difficulté à évaluer l'(in)capacité de discernement d'une personne âgée	192
5.3.3.2.	L'absence de consentement de la personne âgée	193
5.3.3.2.1.	Le manque de consentement libre	194
5.3.3.2.2.	Le manque de consentement éclairé	196
5.4.	La sédation forcée	199
5.4.1.	La jurisprudence du TF	199
5.4.2.	La sédation forcée des personnes âgées résidant en EMS	201
5.4.2.1.	La problématique	201
5.4.2.2.	Une atteinte grave aux droits fondamentaux	204
5.4.2.3.	Une pratique dépourvue de fondement légal	205

5.4.2.4.	La nécessité d'une base légale cantonale claire et précise	206
5.5.	Le droit à l'autodétermination en matière de fin de vie	209
5.5.1.	L'évolution jurisprudentielle relative au droit de choisir la manière et le moment de mourir	209
5.5.1.1.	La jurisprudence du TF	209
5.5.1.2.	La jurisprudence de la CourEDH	211
5.5.2.	L'assistance au suicide en EMS	214
5.5.2.1.	Le cadre légal suisse	214
5.5.2.2.	Les conditions de restriction du recours à une assistance au suicide	217
5.5.2.3.	La législation vaudoise : ses atouts et ses limites	219
5.5.2.4.	Excursus : l'assistance au suicide et la liberté d'association	222
5.5.3.	Le droit de refuser des soins	223
5.5.3.1.	Les fondements et le contenu	223
5.5.3.2.	Les obligations découlant du droit à ne pas être soigné	225
5.5.4.	Les soins palliatifs, un instrument d'effectivité du droit à l'autodétermination en fin de vie	227
5.5.4.1.	Le cadre général de la Stratégie nationale en matière de soins palliatifs	227
5.5.4.2.	Le rôle déterminant des soins palliatifs dans l'exercice du droit à l'autodétermination	228
5.5.4.3.	De la nécessité de garantir un accès égalitaire aux soins palliatifs	229
5.6.	Les directives anticipées, un instrument de mise en œuvre du droit à l'autodétermination	231
5.6.1.	La nécessaire promotion des directives anticipées	231
5.6.2.	Les limites des directives anticipées	233
5.6.2.1.	Le principe de l'effet contraignant des directives et le correctif de la volonté présumée	233
5.6.2.2.	L'exigence de précision et de clarté des directives anticipées	236
5.7.	Synthèse intermédiaire	238

Chapitre 6 : Le droit à la protection contre l'emploi abusif de données	243
6.1. Rappels théoriques	243
6.2. Exemples choisis de traitement de données dans le contexte médico-social	246
6.2.1. La tenue du dossier individuel du résident	247
6.2.1.1. Le respect du principe de la proportionnalité en matière de conservation du dossier administratif	247
6.2.1.2. Le droit du résident d'accéder à son dossier	249
6.2.2. La protection de la personnalité lors de recherches scientifiques	253
6.2.2.1. La protection lors de recherches scientifiques médicales	253
6.2.2.2. La nécessité d'une protection particulière lors de recherches scientifiques non médicales	254
6.2.3. La transmission de données à l'assurance-maladie obligatoire	255
6.2.3.1. Une jurisprudence problématique	255
6.2.3.2. Les limites de cette jurisprudence en matière de protection des données des résidents	257
6.3. Synthèse intermédiaire	259
Chapitre 7 : La liberté religieuse	261
7.1. Rappels théoriques	261
7.1.1. Le contenu de la liberté religieuse	261
7.1.1.1. La dimension individuelle	261
7.1.1.2. La dimension institutionnelle	263
7.1.2. La jurisprudence dans un cadre institutionnel	264
7.2. Les rapports entre les communautés religieuses et les EMS	268
7.2.1. La présence des aumôneries en EMS	268
7.2.2. Les problématiques liées aux EMS confessionnels	270
7.3. La liberté religieuse en EMS	273
7.3.1. L'exercice de la liberté de culte	274
7.3.2. Le respect des prescriptions alimentaires	276
7.3.3. Le respect de la pudeur	279
7.4. Synthèse intermédiaire	281

Chapitre 8 : Les libertés économiques	285
8.1. La garantie de la propriété	285
8.1.1. Rappels théoriques	285
8.1.2. La garantie de la propriété en EMS	288
8.1.2.1. Le droit à un logement adéquat et personnalisé	288
8.1.2.2. La couverture des coûts d'un séjour en EMS	294
8.1.2.2.1. Le système général de financement d'un séjour en EMS	294
8.1.2.2.2. Le rôle de la dette alimentaire dans le financement d'un séjour en EMS	296
8.1.2.3. La détermination du montant du forfait socio-hôtelier	300
8.1.2.3.1. Le respect du principe de la légalité	301
8.1.2.3.1.1. La nature juridique du forfait socio-hôtelier	301
8.1.2.3.1.2. L'exigence de précision de la norme de délégation	305
8.1.2.3.2. L'interdiction d'une imposition à caractère confiscatoire	306
8.1.2.3.3. Constats et recherche d'un critère objectif de fixation du montant socio-hôtelier	307
8.2. La liberté économique	309
8.2.1. Rappels théoriques	309
8.2.2. La liberté économique en EMS	311
8.3. Synthèse intermédiaire	313
Chapitre 9 : Les libertés de communication	317
9.1. Rappels théoriques relatifs à la liberté d'opinion et d'information	317
9.1.1. En général	317
9.1.2. La liberté d'opinion	318
9.1.3. La liberté d'information	320
9.1.4. Vers la reconnaissance d'un droit à l'information	321
9.1.5. La dimension positive des libertés d'opinion et d'information	323
9.2. La liberté d'information en EMS	324
9.2.1. Une liberté ineffective	324

9.2.2.	Le droit à des prestations positives	325
9.2.2.1.	La mise à disposition de moyens d'information	325
9.2.2.2.	La mise en place d'animations centrées sur l'actualité	327
9.2.2.3.	Le droit de participer à la vie culturelle	328
9.3.	Rappels théoriques relatifs à la liberté de l'art	329
9.3.1.	En général	329
9.3.2.	Les délimitations par rapport à d'autres droits constitutionnels	331
9.4.	La liberté de l'art en EMS	333
9.4.1.	Les obligations découlant de la liberté de création	333
9.4.2.	Le sort des œuvres artistiques susceptibles de présenter un intérêt pour le public	334
9.5.	Synthèse intermédiaire	336
Chapitre 10 : Les droits politiques		339
10.1.	Le contenu	339
10.1.1.	La protection de l'accès et de l'exercice des droits politiques	339
10.1.2.	Le droit à la libre formation de l'opinion des citoyens et à l'expression fidèle et sûre de leur volonté	343
10.2.	La restriction des droits politiques en EMS	344
10.2.1.	L'exclusion des personnes protégées par une curatelle de portée générale ou un mandat pour cause d'inaptitude	344
10.2.2.	Le retrait du matériel de vote en l'absence d'une évaluation médicale de la capacité de discernement	349
10.3.	Synthèse intermédiaire	351
Chapitre 11 : La liberté de la langue		353
11.1.	Rappels théoriques	353
11.1.1.	La notion	353
11.1.2.	Un contenu variable	354
11.1.2.1.	Dans les rapports interindividuels	354
11.1.2.2.	Dans les rapports entre l'Etat et les particuliers	355
11.1.3.	La restriction de la liberté de la langue	356
11.1.3.1.	Le principe de territorialité	356

11.1.3.2.	La détermination de la/des langue/s officielle/s	357
11.1.3.3.	Les conditions de restrictions de l'art. 36 Cst.	361
11.2.	La liberté de la langue en EMS	362
11.2.1.	Le rôle fondamental de la langue	362
11.2.2.	La liberté de langue, pierre angulaire de l'effectivité d'autres droits fondamentaux	364
11.2.3.	L'absence de délimitation claire entre les différents types de rapports	365
11.2.4.	Le droit de s'exprimer dans sa langue	367
11.2.4.1.	Les restrictions au droit de s'exprimer dans sa langue	367
11.2.4.2.	Les obligations positives découlant du droit de s'exprimer dans sa langue	368
11.3.	Synthèse intermédiaire	370
Chapitre 12 : La liberté d'établissement		373
12.1.	Rappels théoriques	373
12.2.	Les restrictions liées au financement résiduel des soins en cas de séjour hors canton	374
12.2.1.	Le cadre général du financement résiduel des soins	374
12.2.2.	Exemples de lacunes, propres à restreindre la liberté d'établissement des résidents d'EMS	377
12.2.2.1.	La règle de compétence fondée sur la notion de domicile au sens de l'art. 23 CC	377
12.2.2.2.	La règle de compétence fondée sur la notion de domicile au sens de l'art. 21 al. 1 LPC, avec application de la réglementation du canton de provenance	379
12.3.	Les restrictions liées au financement résiduel des soins en cas de séjour intracantonal mais extracommunal	381
12.4.	Synthèse intermédiaire	383
Conclusion générale		385
Projet de loi cantonale		387
Index alphabétique		407