

Des personnes vulnérables aux situations de vulnérabilité: à quoi sert le droit en temps de Covid¹ ?

PAR

Isabelle HACHEZ, Mathilde HARDT, Laurie LOSSEAU,
Olivia NEDERLANDT, Sylvie SAROLÉA et Louis TRIAILLE²

Résumé

Cette contribution examine les réponses publiques qui, en temps de Covid, ont été apportées à quatre situations de vulnérabilité: celles auxquelles sont confrontées les personnes âgées, les personnes en situation de handicap, les personnes incarcérées et les personnes étrangères. Les auteur(e)s tentent de déterminer, sous le prisme du droit des droits fondamentaux, si la vulnérabilité des catégories de personnes envisagées a conduit durant la pandémie, au sein de l'ordre juridique belge, à un surcroît de protection, à un déficit de protection ou à l'un et l'autre à la fois, dans des proportions variables selon les lieux et les circonstances.

Abstract

This contribution assesses the public responses to four situations of vulnerability during the pandemic: those faced by the elderly, people with disabilities, prisoners and foreigners. The authors attempt to determine, from a fundamental rights law perspective, whether the

¹ En hommage à Fr. OST, *À quoi sert le droit? Usages, fonctions et finalités*, Bruylant, Bruxelles, 2016, 570 p.

² Les auteur(e)s sont respectivement professeure à l'USL-B; avocate au barreau de Bruxelles et assistante à l'USL-B; assistante à l'USL-B et juriste chez Iriscare; professeure à temps partiel à l'ULB, professeure invitée à l'USL-B et chercheuse post-doctorante F.R.S.-FNRS; professeure à l'UCLouvain et avocate au barreau du Brabant wallon; doctorant dans le cadre de l'ARC AutonomiCap à l'USL-B. La présente étude constitue la version longue d'un texte synthétique qui s'y adosse, à paraître chez Larcier dans les actes du colloque «Covid-19 et droit public» (dir. Fr. Bouhon, E. Slautsky et S. Wattier) en novembre 2021.



vulnerability of the categories of people considered led to an increase in protection, a deficit in protection or both within the Belgian legal system.

Introduction

1. «Je voudrais mourir vivante»³. «La situation Covid a fait que le décalage (entre les personnes handicapées et les autres) n'est plus un décalage mais est devenu un fossé pour moi et je m'inquiète en me disant comment va-t-on rattraper ce fossé-là»⁴. «Étant sourd, l'utilisation des masques me coupe entièrement des interactions sociales»⁵. «En temps normal, on n'a que 25% de nos droits, mais là si en plus vous nous enlevez les visites avec nos proches... Les visites hors surveillance, c'est un cocon, une bulle, ça nous permet de respirer, ça calme les tensions»⁶. «Vous vous êtes fait dépister? Mais on va se faire dépister comment? ... Il faut une adresse, la carte d'identité. C'est difficile»⁷.

Autant de témoignages choisis parmi d'autres; autant de «situations de vulnérabilité»⁸ que la crise du Covid a, si pas créées, inévitablement contribué à renforcer, révélant, en définitive, la vulnérabilité de chaque être humain. Ce n'est point, cependant, à cette vulnérabilité universelle que nous nous intéresserons, mais bien aux situations de vulnérabilité marquées par une caractéristique – catégorielle ou personnelle – distinctive, et requérant, pour ce motif, un surcroît de protection de la part des autorités publiques. «La vulnérabilité se caractérise comme l'état d'une personne qui, en raison de certaines circonstances, ne peut, en droit ou en fait, jouir de l'autonomie suffisante pour exercer

³ Myriam, dans une opinion publiée dans *La Libre Belgique*, édition en ligne du 11 mai 2020.

⁴ Podcast de l'ASPH, «Vivre le handicap en confinement – 03/12», www.youtube.com/watch?v=NhL7o9UsF1w&list=PLElqIAKxHMXHGLI_ZjmIgmH2ti7tCZB4E, 02'25.

⁵ Unia, «Covid et droits humains: impact sur les personnes handicapées et leurs proches. Résultats de la consultation», juillet 2020, p. 18 (www.unia.be/fr/articles/la-crise-du-coronavirus-a-eu-un-impact-dramatique-sur-les-personnes-en-situation-de-handicap).

⁶ Abdeljabbar, citation extraite d'une carte blanche du 25 août 2020 (www.liguedh.be/la-crise-sanitaire-ne-peut-continuer-a-justifier-latteinte-au-droit-a-la-vie-privee-et-familiale-des-personnes-detenu-es-et-de-leurs-proches/).

⁷ Lucine, *La vie sur un fil*, www.rtbef.be/lapremiere/article/detail_podcast-sans-papiers-par-temps-de-covid-comment-vivent-ils?id=10625497.

⁸ Pour une mobilisation de cette expression, cf. OHCHR, *Statement on Covid-19 and the human rights of persons with disabilities*, 9 juin 2020.

ses droits fondamentaux, ce qui justifie en retour une protection accrue des pouvoirs publics par différents procédés», écrit en ce sens Diane Roman⁹.

À ces vulnérabilités reconnues par le droit des droits fondamentaux, et qui peuvent du reste se recouvrir, ont pu s'ajouter, en temps de pandémie, une vulnérabilité intrinsèque au Covid (charriée par l'âge ou des facteurs de comorbidité) et une vulnérabilité contextuelle (liée aux risques additionnels que le Covid fait courir aux lieux de vie collectifs)¹⁰. La vulnérabilité peut donc se décliner au pluriel lorsqu'une même personne réunit différents critères distinctifs (âge, handicap, race...) ¹¹ et/ou voit sa vulnérabilité accentuée par le risque de contracter le virus, d'autant plus si elle vit en communauté. Plus les vulnérabilités se cumulent, et opèrent de manière exponentielle, plus s'intensifie l'obligation de protection à charge de l'État – *a fortiori* quand est en cause le noyau dur des droits considérés¹². Comme le droit des réfugiés qui tente de rendre justice à cette intersectionnalité via le concept de vulnérabilité tridimensionnelle¹³, il s'agit d'envisager la vulnérabilité de manière dynamique. Une telle conception relie les vulnérabilités ontologiques à celles qui sont situationnelles de par la position de la personne au sein de la société¹⁴, ainsi qu'aux vulnérabilités administratives résultant de la précarité de certains statuts juridiques¹⁵. Conju-

⁹ D. ROMAN, «Vulnérabilité et droits fondamentaux – rapport de synthèse», *R.D.L.F.*, 2019, chron. n° 19, p. 2, www.revuedlf.com.

¹⁰ Voy. notamment en ce sens la Déclaration du Comité des droits économiques, sociaux et culturels du 17 avril 2020 sur la pandémie de maladie à coronavirus (Covid-19) et les droits économiques, sociaux et culturels, spécialement § 5.

¹¹ Voy. entre autres, sur les discriminations multiples et intersectionnelles, S. VINCENT et J. VRIELINK, in I. Hachez et J. Vrieling (dir.), *Les grands arrêts en matière de handicap*, Larcier, Bruxelles, 2020, pp. 250 à 274 et les réf. citées.

¹² Sur la difficile recherche d'équilibre dans l'appréhension par les droits humains des vulnérabilités, voy. notamment J.-Y. CARLIER, «Des droits de l'homme vulnérable à la vulnérabilité des droits de l'homme, la fragilité des équilibres», *R.I.E.J.*, 2017, pp. 175 et s.; S. BESSON, «La vulnérabilité et la structure des droits de l'homme. L'exemple de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», in L. Burgorgue-Larsen (dir.), *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Pedone, Paris, 2014, pp. 59 et s.; C. BOITEUX-PICHERAL (dir.), *La vulnérabilité en droit européen des droits de l'homme. Conception(s) et fonction(s)*, Anthemis, Limal, 2019.

¹³ *Reflections on Asylum seekers in a CUBE*, discussed through the Vulner Project, Vulnerabilities Under the Global Protection Regime. *How Does the Law Assess, Address, Shape and Produce the Vulnerabilities of the Protection Seekers?*, www.vulner.eu.

¹⁴ Comp. avec la définition sociale du handicap, qui souligne la part de responsabilité de la société dans la construction de celui-ci (voy. entre autres J. DAMAMME, in I. Hachez et J. Vrieling (dir.), *Les grands arrêts en matière de handicap*, op. cit., spécialement pp. 131 et s.).

¹⁵ H. LIDEN, S. SAROLÉA et E. KRANK, «Vulnerabilities Beyond Age – Filling the gaps in asylum hearing procedures for unaccompanied minors», *Population-europe.eu*, 2020, Brief n° 28, https://population-europe.eu/files/documents/pb28_vulner_web_1.pdf.

guer ce regard englobant avec une lecture téléologique des droits humains rappelle que, privées de liberté (au sens premier ou via des contraintes complexes d'ordre juridique ou factuel, voire numérique¹⁶), les personnes vulnérables sont placées sous l'entière responsabilité des autorités publiques¹⁷.

2. Parmi les situations de vulnérabilité envisageables, quatre d'entre elles retiendront notre attention. Il s'agit de celles auxquelles sont confrontées les personnes âgées, les personnes en situation de handicap, les personnes incarcérées et les personnes étrangères. Il ne faut lire dans cette sélection aucune déconsidération pour d'autres situations de vulnérabilité tout aussi préoccupantes¹⁸, mais juste la traduction de nos terrains de recherche respectifs. Il ne faut pas davantage déduire de ce tropisme catégoriel une myopie universelle : chacun des focus catégoriels auquel on se prête doit être contextualisé à l'échelle d'une épidémie mondiale ayant multiplié les conflits de droits¹⁹, en ce compris de mêmes prérogatives détenues par des titulaires distincts : le droit à la santé de tous *versus* le droit à la santé de certaines personnes en particulier, handicapées et/ou âgées et/ou incarcérées et/ou étrangères – pour ne prendre que cet exemple, nécessairement réducteur²⁰.

¹⁶ Voy. notamment *Le Baromètre de l'inclusion numérique*, 2020 (www.kbs-frb.be/fr/Activities/Publications/2020/2020_08_24_CF).

¹⁷ Sur la distinction entre privation de liberté et « simple » restriction à la liberté d'aller et de venir, cf. notamment Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Stanev c. Bulgarie*, 17 janvier 2012, spécialement §§ 115 à 120 (en cause : le placement dans un foyer de personnes atteintes de troubles mentaux); Cour eur. dr. h., Gde Ch., *Z.A. c. Russie*, 21 novembre 2019, spécialement §§ 127, 134, 146, 161, 182, 188 et 191 (en cause : le confinement dans une zone de transit aéroportuaire de personnes étrangères). Voy. par ailleurs : Comité européen pour la prévention de la torture, « Déclaration de principes relative au traitement des personnes privées de liberté dans le contexte de la pandémie de coronavirus (Covid-19) », 20 mars 2020, CPT/Inf(2020)13.

¹⁸ Voy. entre autres, à cet égard, la leçon de Eva BREMS, « Policy bias as a Covid side-effect: prioritizing the rights of the most vulnerable groups », Chaire Francqui, USL-B, 17 mars 2021 (www.usaintlouis.be/sl/chairefrancqui.html). Voy. aussi : Unia, « Covid-19. Les droits humains mis à l'épreuve », 2020 (www.unia.be/fr/publications-et-statistiques/publications/covid-19-les-droits-humains-a-lepreuve-2020); World Bank Group, *Covid 19 Response Approach Paper: Saving Lives, Scaling up Impact and Getting Back on Track*, juin 2020, spécialement pp. 18-22 (« Pilar 2 – Protecting Poor and Vulnerable People »).

¹⁹ Voy. notamment en ce sens l'avis 68.936/AG/AV du Conseil d'État rendu le 7 avril 2021 sur un avant-projet de loi « relative aux mesures de police administrative lors d'une situation d'urgence épidémique », point 6.

²⁰ Car la mise en balance de la santé publique *versus* la santé individuelle est encore complexifiée par le caractère multidimensionnel de la santé, comprise *a minima* dans ses aspects physiques et mentaux. Sur le fait que le droit à la santé implique des obligations positives en temps de pandémie, cf. notamment : C.E. (b.) (ass. gén.), arrêt n° 248.819 du 30 octobre 2020; l'avis 68.936/AG/AV

→



Il reste que nombreux sont les droits fondamentaux des catégories de personnes étudiées qui ont été mis sous pression durant la pandémie, au point, parfois, d'atteindre leur substance. On peut songer en particulier à la liberté d'aller et de venir, au droit au respect de la vie privée et familiale, au droit à l'interdiction de traitements inhumains ou dégradants, aux droits à la vie et à la santé, ou encore au principe d'égalité²¹. Tous ces droits partagent la caractéristique de comporter un versant substantiel (en lien avec le type d'obligations imposées: négatives ou positives; absolues ou relatives) et un versant formel ou procédural (concentré sur le processus d'adoption des mesures limitatives des droits et libertés, la possibilité de recours, la tenue d'enquêtes effectives en cas de violation alléguée) auxquels il convient d'être particulièrement attentif en temps de crise, compte tenu des vulnérabilités évoquées.

3. Concrètement, chacune des catégories retenues sera visitée dans trois lieux (en institution; hors institution et alentour; vers et de retour de l'institution hospitalière²²), eux-mêmes traversés par une série de questions-fils rouges qu'on réunit ici, sans ordre de hiérarchie. Comment, sous quelles formes, dans quelle temporalité²³, selon quelles modalités et à quelles fins, les quatre situations de vulnérabilité analysées ont-elles été appréhendées par le droit belge? Quelle place a été ménagée dans la prise de décision aux personnes considérées ou à leurs organes représentatifs? Quel rôle ont joué, tout au long de la crise,

←

précité, point 5; la Déclaration du CDESC précitée, ainsi que l'Observation interprétative sur le droit à la protection de la santé en temps de pandémie adoptée par le Comité européen des droits sociaux le 21 avril 2021.

²¹ Voy. à ce sujet la distinction en trois catégories réalisée par Eva BREMS dans sa leçon précitée et les développements qu'elle consacre au principe d'égalité et à la discrimination indirecte.

²² On salue d'emblée à cet égard l'intervention du Comité consultatif de bioéthique de Belgique qui, dans une recommandation tout en nuances du 21 décembre 2020, s'est penché sur les « aspects éthiques relatifs à la priorisation des soins en période de Covid-19 » (www.health.belgium.be/fr/recommandation-priorisation-des-soins-en-periode-covid-19).

²³ Chaque mesure gagne en effet à être évaluée à l'aune de son contexte d'émergence: du choc de l'urgence en mars 2020 – dans un contexte d'absence de connaissances scientifiques, de totale impréparation à une crise sanitaire et de consensus international sur la nécessité des confinements – à des situations d'urgence qui ont pu évoluer par la suite au point de voir questionnée la persistance même de l'urgence. Si l'on se réfère à la chronologie fixée par Sciensano, la fin de la première vague correspond au 22 juin 2020, le début de la deuxième vague au 31 août, l'« entre-deux-vagues » se situant, pour sa part, entre le 22 juin et le 30 août 2020 (https://covid-19.sciensano.be/sites/default/files/Covid19/Second%20Wave_FR.pdf). La présente étude se concentre sur l'analyse de ces deux vagues, sans aborder spécifiquement le contexte juridique de la troisième vague (correspondant aux mois de mars et avril 2021). Tout au plus sera-t-il parfois fait allusion, lors de l'évocation des mesures adoptées dans le cadre de la deuxième vague, à leur modification ou prolongation compte tenu de la survenance de la troisième vague.

les acteurs de terrain et les instances de contrôle juridictionnel? La vulnérabilité des catégories de personnes envisagées a-t-elle conduit, durant la pandémie et au sein de l'ordre juridique belge, à un surcroît de protection de la part des autorités publiques (dans le sens de l'inclusion), à un déficit de protection (vers un renforcement de l'exclusion) ou à l'un et l'autre à la fois²⁴, dans des proportions variables selon les lieux, les circonstances et les périodes²⁵? Quels enseignements tirer pour l'avenir de cette analyse descriptive, notamment par contraste avec le contexte juridique qui prévalait avant la crise?

Au crédit des mesures adoptées par les autorités publiques belges, l'on mentionnera d'emblée la référence explicite à la vulnérabilité, et à certains groupes-cibles étudiés, dans les arrêtés fédéraux de confinement. Dès le 18 mars 2020, l'arrêté ministériel interdisant de se trouver sur la voie publique permet de déroger à cette interdiction «*pour des raisons urgentes telles que [...] fournir l'assistance et les soins aux personnes âgées, aux mineurs, aux personnes en situation de handicap et aux personnes vulnérables*»²⁶. Au moment de fermer les services publics et les entreprises, les «services de soins, d'accueil et d'assistance

²⁴ Sur les différences entre exclusion, ségrégation, intégration et inclusion, voy. notamment I. HACHEZ, L. TRIAILLE et J. VRIELINK, in I. Hachez et J. Vrielink (dir.), *Les grands arrêts en matière de handicap, op. cit.*, spécialement pp. 798 et s.

²⁵ Nous sommes cependant bien conscients que, dans les institutions et ailleurs, les uns et les autres ont redoublé d'efforts pour faire face à la crise et au contexte d'impréparation dans lequel elle a éclaté (cf. notamment à cet égard: A. FEYT et A. ANTOINE, «Les structures de santé face au Covid-19, en 'mode dégradé'», in S. Parsa et M. Uyttendaele (dir.), *La pandémie de Covid-19 face au droit*, Limal, Anthemis, 2020, pp. 393 et s.; voy. aussi Médecins Sans Frontières (MSF), *Les laissés pour compte de la réponse au Covid-19. Partage d'expérience sur l'intervention de Médecins Sans Frontières dans les maisons de repos en Belgique*, juillet 2020, 31 p. (www.msf-azg.be/fr/maisonsderepos).

²⁶ Art. 8 de l'arrêté du ministre de la Sécurité et de l'Intérieur du 18 mars 2020 portant des mesures d'urgence pour limiter la propagation du coronavirus Covid-19. L'interdiction de déplacements non essentiels et son exception ont été maintenues jusqu'à leur abrogation par l'article 9 de l'arrêté ministériel du 5 juin 2020, tandis que l'arrêté ministériel du 23 mars 2020 qui a remplacé l'arrêté du 18 mars 2020 et fut régulièrement modifié pendant toute la première vague épidémique, a été abrogé et remplacé par un arrêté ministériel du 30 juin 2020. Entre le 30 juin 2020 et le 18 octobre 2020, la référence aux groupes vulnérables est absente des arrêtés ministériels de confinement, l'interdiction des déplacements non essentiels ayant été levée. Des règles de distanciation physique sont néanmoins maintenues, qui prévoient alors une exception «entre les accompagnateurs d'une part et les personnes ayant besoin d'une assistance d'autre part» (art. 19 de l'arrêté ministériel du 30 juin 2020). Les mesures accompagnant la deuxième vague épidémique voient revenir une interdiction de déplacements non essentiels – cette fois, uniquement entre minuit et cinq heures du matin – et son exception en faveur de l'assistance aux groupes vulnérables, empruntée *mutatis mutandis* aux arrêtés de la première vague (art. 16 de l'arrêté ministériel du 18 octobre 2020 portant des mesures d'urgence pour limiter la propagation du coronavirus Covid-19; art. 14 de l'arrêté ministériel du 28 octobre 2020, abrogé par l'arrêté ministériel du 23 juin 2021).

aux personnes âgées, aux mineurs, aux personnes moins valides et aux personnes vulnérables» ont d'emblée été considérés comme des «services privés et publics qui sont nécessaires à la protection des besoins vitaux de la Nation et des besoins de la population»; à ce titre, ils ont échappé à la suspension générale de leurs activités²⁷. D'autres dérogations se sont rapidement ajoutées, notamment pour les entreprises du secteur non-marchand fournissant des «services de soins et d'assistance sociale aux publics vulnérables»²⁸. En tant que services essentiels, «les institutions de soins, d'accueil et d'assistance» ne se sont pas vu appliquer de manière stricte l'obligation de télétravail et les règles de distanciation sociale; elles étaient toutefois «*tenu[e]s de [les] mettre en œuvre, dans la mesure du possible*»²⁹. On épinglera encore, au titre de *soft law*, les «procédures spécifiques» édictées par Sciensano, et notamment celles qui sont applicables aux «populations en collectivités résidentielles – Prisons, centres d'accueil des demandeurs d'asile et sans-abris, ou équivalent»³⁰, tout comme l'on signalera la *Task Force* fédérale «groupes vulnérables» qui s'est réunie, pour la première fois, le 9 avril 2020³¹. Qu'il s'agisse d'arrêtés ministériels, de directives de Sciensano ou encore du groupe de concertation évoqué, tous ont en commun de s'adresser à tout ou partie des situations de vulnérabilité qui nous retiennent – d'où leur mention en tête de cette étude, sachant que les développements qui suivent compléteront ce premier aperçu par l'identification de mesures normatives spécifiques à la catégorie de personnes étudiées:

²⁷ Annexe des arrêtés ministériels précités des 18 et 23 mars 2020, du 30 juin 2020, des 18 et 28 octobre 2020.

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

²⁹ Art. 2 et 3, et annexes, des arrêtés ministériels précités des 18 et 23 mars 2020; art. 2, § 1^{er}, et annexes, des arrêtés ministériels des 30 juin, 18 et 28 octobre 2020.

³⁰ On peut lire dans cette brochure, mise à jour le 1^{er} octobre 2020, qu'«il reste important de protéger autant que possible les personnes à risque de présenter une forme sévère de la maladie. Ceci est d'autant plus important pour les personnes vivant dans une collectivité (fermée ou ouverte), au vu de la promiscuité et de la surpopulation fréquente dans les institutions. Les recommandations suivantes sont des lignes directrices, à mettre en œuvre dans la mesure du possible. Si des ressources supplémentaires sont requises, chaque institution devra les communiquer aux autorités compétentes respectives» (https://covid-19.sciensano.be/sites/default/files/Covid19/COVID-19_procedure_collectivity_FR.pdf). Voy. par ailleurs la directive «Covid-19: mesures pour le personnel soignant et résidents testés dans le cadre d'un dépistage dans les collectivités» (https://covid-19.sciensano.be/sites/default/files/Covid19/COVID-19_procedure_HCW%20screening_FR.pdf).

³¹ Voy. l'aperçu des mesures Covid-19, en soutien aux situations de pauvreté et de précarité, réalisé par le Service de lutte contre la pauvreté, la précarité et l'exclusion sociale, qui, aux pages 4 et 5, évoque également la création d'une *Task Force* «familles vulnérables» à l'échelle de la Communauté flamande (9^e version du 29 janvier 2021, 114 p.; www.luttepauvrete.be/wp-content/uploads/sites/2/2021/04/Note-interfederale-impact-COVID-19-avril-2021-FR.pdf).

personnes âgées (I), personnes en situation de handicap (II), personnes incarcérées (III), personnes étrangères (IV)³².

I. Les personnes âgées

4. La catégorie des «personnes âgées»³³ a ceci de singulier qu'elle constitue non seulement une catégorie sociale «vulnérable» à l'instar des autres catégories de vulnérabilité qui seront examinées ci-après, mais aussi une catégorie de population particulièrement vulnérable au Covid-19³⁴. À ce titre, et par contraste cette fois avec d'autres catégories de vulnérabilité, elle a été expressément reconnue dans la communication gouvernementale comme une catégorie «à risque». Il reste à apprécier si la prise en compte de cette vulnérabilité dans le discours politique s'est accompagnée de l'adoption des mesures de protection renforcée appropriées. Conformément au fil rouge annoncé en introduction, nous examinerons successivement la situation des personnes âgées en institution (A), à domicile (B) et vers et de retour de l'institution hospitalière (C) durant la crise sanitaire.

A. *La vie en institution*

5. Les résidents de maisons de repos et de maisons de repos et de soins (ci-après : les «MR-MRS») ont payé un lourd tribut au Covid-19. Sous réserve d'une analyse prudente de ces chiffres, il est avancé que, sur le total des décès

³² Il ne sera par contre pas fait état des normes générales et abstraites qui leur seraient par ailleurs applicables, sans les concerner spécifiquement.

³³ Aux fins de la présente contribution, on désigne par «personnes âgées», les personnes âgées dites «vulnérables», celles qui sont considérées comme étant «à risques» face au Covid-19. Sur la critique d'Unia concernant les mesures qui s'appliquaient globalement à toutes les personnes âgées de plus de 65 ans, sans considération pour leur état de santé, voy. Unia, «Covid-19. Les droits humains mis à l'épreuve», *op. cit.*, p. 15.

³⁴ Les personnes âgées constituent sans conteste la catégorie de population la plus durement touchée par le Covid-19 en termes de décès. Pour une analyse chiffrée de la surmortalité des personnes âgées en Belgique durant la crise sanitaire, voy. <https://statbel.fgov.be/fr/propos-de-statbel/que-faisons-nous/visualisations/mortalite>. Comp. avec l'analyse explicative réalisée à l'échelle mondiale par les Nations Unies («Note de synthèse: L'impact de la Covid-19 sur les personnes âgées», mai 2020, www.un.org/sites/un2.un.org/files/old_persons_french_0.pdf). Au sujet de la surmortalité des résidents de maisons de repos, voy. A. COMAS-HERRERA *et al.*, «Mortality associated with Covid-19 outbreaks in care homes: early international evidence», 2020, https://lccovid.org/wp-content/uploads/2021/02/LTC_COVID_19_international_report_January-1-February-1-2.pdf.

attribués au Covid-19, 57% sont des résidents de MR-MRS³⁵. Ces derniers n'ont pourtant pas été laissés totalement en proie au virus par les pouvoirs publics³⁶. En effet, dès le déclenchement de la crise sanitaire, en mars 2020, une série de mesures « protectrices » – et, il faut le souligner, éminemment attentatoires aux libertés individuelles des résidents et de leurs proches – ont été prises dans l'urgence absolue pour limiter au maximum la propagation du virus dans ces établissements : les sorties ont été interdites, les résidents suspectés de contamination ont été isolés en chambre, l'ensemble des activités a été suspendu, les repas ont été servis en chambre, et les visites et nouvelles admissions ont été prohibées. Ces mesures devaient permettre à la fois de limiter les risques de contamination à l'intérieur de l'institution (1) et « par l'extérieur » (2). Si la radicalité de ces premières mesures a trahi l'impréparation des pouvoirs publics et des prestataires du secteur à une crise sanitaire d'une telle ampleur, il faut rappeler qu'elles ont été adoptées dans un contexte de pénurie mondiale de matériel de protection (dont les MR-MRS étaient dépourvues – et dont elles n'ont été approvisionnées qu'après le secteur hospitalier³⁷), et à un moment où les connaissances scientifiques relatives au mode de propagation du virus n'en étaient encore qu'à leurs balbutiements. Pour chacune de ces mesures, on présentera d'abord le dispositif tel qu'il a été adopté dans cette phase particulièrement critique et sous couvert de l'urgence. On présentera ensuite les réajustements éventuels dont elles ont fait l'objet à mesure que la crise se prolongeait en une succession de phases plus ou moins aiguës. Cette analyse temporelle et circonstanciée devrait permettre de nourrir les réflexions relatives à l'évaluation de la nécessité et de la proportionnalité de ces mesures. Pour compléter cette analyse, il nous semble que l'ensemble de ces mesures doivent être (re)lues à la lumière d'une décision intervenue beaucoup plus récemment et qui augure une sortie de crise, à savoir la priorité accordée aux résidents de MR-MRS dans la stratégie de vaccination³⁸. Cette priorité témoigne en effet d'une volonté de mettre un terme au plus vite au régime éminemment restrictif qui a prévalu durant près d'un an³⁹.

³⁵ Chiffres du 19 janvier 2021 (voy. A. COMAS-HERRERA *et al.*, *ibid.*, p. 6).

³⁶ Comp. avec l'analyse accablante réalisée par Amnesty International (« Les maisons de repos dans l'angle mort », novembre 2020, www.amnesty.be/IMG/pdf/20201116_rapport_belgique_mr_mrs-3.pdf).

³⁷ Amnesty International, *ibid.*, p. 34.

³⁸ Voy. Task force « Opérationnalisation de la Stratégie de vaccination », avis pour l'opérationnalisation de la Stratégie de vaccination Covid-19 pour la Belgique, version du 3 décembre 2020, www.info-coronavirus.be/fr/news/vaccin-strategie-0312/, approuvé par une décision de la Conférence interministérielle Santé publique du 3 décembre 2020.

³⁹ Voy. en ce sens le courrier d'Iriscare du 12 février 2021 aux gestionnaires de MR-MRS, disponible à l'adresse www.iriscare.brussels/fr/professionnels/covid-19-coronavirus.

Deux observations sous-tendent encore l'analyse des mesures prises à l'égard des résidents de MR-MRS durant la crise sanitaire. Premièrement, il faut avoir conscience, comme l'a relevé Unia, que s'agissant du respect des droits fondamentaux des résidents de MR-MRS, «la crise du Covid-19 n'a fait qu'aggraver (, dans une série d'établissements,) une situation déjà problématique»⁴⁰. Deuxièmement, la prévalence de la dimension sanitaire et de l'approche médicalisée des résidents sur le bien-être psychologique des personnes âgées est un trait saillant dans le secteur des MR-MRS⁴¹. La crise a encore accru ce déséquilibre. Comme l'ont exprimé très justement Valérie Kokoszka et Florence Bergeaud-Blackler, respectivement philosophe et anthropologue, «les dispositifs de gestion de la pandémie [...] nous conduisent à accepter paradoxalement, comme une norme rude mais nécessaire, de laisser vivre les plus vulnérables dans l'isolement, quand ce n'est pas mourir seuls... au nom de la santé»⁴².

Compte tenu de sa communautarisation dès 1980, la matière des établissements d'hébergement pour personnes âgées appellerait, dans une perspective d'exhaustivité, des développements propres à chaque région linguistique du pays⁴³. On se limitera néanmoins à l'examen du cadre juridique de la Commission communautaire commune de la Région de Bruxelles-Capitale (ci-après : la COCOM⁴⁴), et des mesures applicables aux établissements – et leurs résidents – qui relèvent de cette entité fédérée⁴⁵.

⁴⁰ www.unia.be/fr/articles/protegeons-mieux-les-droits-fondamentaux-de-nos-aieees.

⁴¹ S. ADAM *et al.*, «Analyse d'impact de la crise Covid-19 sur les résidents, les directeurs et les professionnels en MRPA/MRS et dans les centres d'hébergement pour personnes en situation de handicap. Lot 3: Axe psychosocial», version du 16 septembre 2020, inédit.

⁴² V. KOKOSZKA et Fl. BERGEAUD-BLACKLER, «La gestion de la pandémie nous déshumanise-t-elle? Un regard sur la gestion du Covid-19 en Belgique», 19 mai 2020, accessible via le lien suivant : www.ehess.fr/fr/carnet/coronavirus/gestion-pand%C3%A9mie-nous-d%C3%A9shumanise-t-elle-regard-sur-gestion-covid-19-en-belgique.

⁴³ La matière des établissements d'hébergement pour personnes âgées relève de la politique du troisième âge, laquelle a été attribuée aux Communautés par l'article 5, § 1^{er}, II, 5^o, de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980. La Commission communautaire commune exerce cette compétence sur le fondement de l'article 63, alinéa 1^{er}, de la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux institutions bruxelloises.

⁴⁴ Pour rappel, la COCOM est l'entité fédérée compétente en Région bilingue de Bruxelles-Capitale pour les matières dites «personnalisables» à l'égard des institutions dites «bicommunautaires» (celles qui, eu égard à la langue de leur organisation, ne peuvent être considérées comme se rattachant exclusivement à la Communauté flamande ou à la Communauté française) et la seule entité fédérée compétente à Bruxelles pour imposer directement des obligations aux personnes physiques dans ces mêmes matières.

⁴⁵ Ce choix d'apparence arbitraire s'explique par l'accès privilégié à l'information dont a bénéficié l'une des coauteur(e)s qui travaille comme juriste chez Iriscare.

1. Limiter les risques de contamination à l'intérieur de l'institution

6. Une série de mesures destinées à protéger les résidents de la contamination au Covid ont eu pour effet de limiter la liberté d'aller et venir des résidents au sein de l'institution et vers l'extérieur. Si d'ordinaire, la liberté des résidents de MR-MRS n'est pas absolue⁴⁶, elle a connu, dans le contexte de la crise sanitaire, des limitations sans commune mesure. L'ensemble de ces limitations ont été formalisées par des circulaires d'Iriscare⁴⁷, directement adressées aux gestionnaires et directeurs des MR-MRS et publiées sur le site internet de l'organisme public⁴⁸.

Dès le déclenchement de la crise sanitaire, et – on le rappelle – sous couvert d'une urgence absolue, les premières circulaires d'Iriscare, datées des 11 et 17 mars 2020, ont décrété l'interdiction des sorties pour les résidents, la

⁴⁶ On peut épingle, à cet égard, l'article 3 de l'arrêté du collège réuni de 3 décembre 2009 fixant les normes d'agrément auxquelles doivent répondre les établissements d'accueil ou d'hébergement pour personnes âgées et précisant les définitions de groupement et de fusion ainsi que les normes particulières qu'ils doivent respecter, qui prévoit, parmi les normes d'agrément applicables aux MR-MRS, que «L'établissement garantit à la personne âgée: [...] 2° la plus grande liberté lors de son occupation des lieux, pour autant qu'elle ne porte pas préjudice aux autres personnes âgées et aux tiers; [...]» (nous soulignons). On peut également citer l'article 133 du même arrêté qui prévoit que «[...] le règlement d'ordre intérieur (de l'établissement doit) comporte(r) obligatoirement les mentions suivantes: [...] 2° l'entière liberté de circulation et de sortie de l'établissement, *sauf certificat du médecin traitant*, joint au dossier médical, prescrivant le contraire; [...] 4° la liberté de recevoir des visites tous les jours, de 11 heures à 20 heures au moins, y compris les dimanches et jours fériés, *sans perturber le service*» (nous soulignons).

⁴⁷ Si on peut légitimement s'interroger sur la force normative de ces circulaires, on peut en épingle ici trois fondements possibles. Premièrement, ces circulaires peuvent être considérées comme interprétatives de la norme d'agrément qui impose aux MR-MRS de prendre «[t]outes les précautions [...] pour assurer la prophylaxie des maladies contagieuses, conformément à l'ordonnance du 19 juillet 2007 relative à la politique de prévention en santé» (voy. l'article 20 de l'arrêté du collège réuni du 3 décembre 2009 précité). En deuxième lieu, il est permis de considérer que ces circulaires renfermaient des recommandations du «médecin inspecteur d'hygiène», que l'ordonnance du 19 juillet 2007 relative à la politique de prévention en santé investit entre autres de la mission de «prendre ou faire prendre par le bourgmestre des mesures prophylactiques», telles que: «interdire aux personnes contaminées qui peuvent transmettre l'infection, d'avoir des contacts physiques avec d'autres personnes, tant qu'elles constituent un danger particulier pour la santé publique [...]» (art. 13, 1°) et «donner des conseils, sommations et ordres oraux ou écrits [...]» (art. 14, 1°). Enfin, on peut considérer les circulaires d'Iriscare comme traçant les contours du comportement du gestionnaire «normalement prudent et diligent, placé dans les mêmes circonstances de fait», dans la perspective d'une mise en cause de la responsabilité extracontractuelle des gestionnaires de MR-MRS pour les mesures prises à l'égard de leurs résidents durant la crise du Covid.

⁴⁸ Dans chaque nouvelle circulaire, Iriscare a pris soin de mettre en évidence les mises à jour apportées par rapport à la précédente, pour éviter aux responsables des MR-MRS d'être contraints de procéder à une relecture de l'ensemble.

suspension des activités et animations au sein de l'établissement, la fermeture des restaurants/caféterias de l'établissement (avec pour conséquence le service des repas en chambre), et l'isolement en chambre des résidents suspectés de contamination au Covid-19. Dans le climat d'urgence qui régnait alors, cette première circulaire et la série de mises à jour dont elle a fait l'objet (sept en deux mois), ont été élaborées sans aucune concertation et sur la seule base des consignes du médecin-inspecteur d'hygiène de la COCOM⁴⁹, elles-mêmes fondées sur les recommandations des instances sanitaires fédérales (lesquelles évoluaient à un rythme effréné). En connaissance de l'existence d'une forme «asymptomatique» du virus, et en l'absence de connaissances scientifiques quant au mode de propagation du virus ainsi que de dispositifs permettant d'identifier les patients contaminés, les mesures ont été rendues applicables à l'ensemble des MR-MRS, pas seulement à celles qui déplorait des cas positifs ou suspectés de Covid.

Ce régime, dans lequel les MR-MRS ont pris, par la force des circonstances, des allures de lieux d'enfermement, a perduré jusqu'à la fin du mois de mai 2020. Durant cette période, la crise a été progressivement maîtrisée au sein des MR-MRS grâce à l'effet combiné d'une série de dispositifs (livraison de matériel de protection, organisation du cohortage, dépistage, renfort de Médecins sans Frontières⁵⁰).

Alors que, pour la généralité des citoyens, le premier déconfinement a démarré dès le début du mois de mai 2020, il a fallu attendre un mois supplémentaire pour qu'une nouvelle circulaire d'Iriscare organise le déconfinement progressif des MR-MRS⁵¹. Cette circulaire marqua la fin de la première vague.

Durant l'été 2020, une circulaire d'Iriscare a été élaborée en concertation avec les fédérations de MR-MRS pour définir différents stades épidémiques et instaurer un régime de restrictions propre à chaque stade. Cette circulaire a considérablement amélioré la lisibilité et la prévisibilité des mesures, à la fois pour les résidents et pour les gestionnaires d'établissement⁵². Autres évolutions notables: une attention accrue a été portée au bien-être psychologique des

⁴⁹ Institué par l'ordonnance du 19 juillet 2007 précitée.

⁵⁰ Voy. à cet égard Médecins Sans Frontières, *op. cit.*

⁵¹ Circulaire d'Iriscare du 29 mai 2020, «Consignes aux maisons de repos et maisons de repos et de soins agréées et subventionnées par la COCOM pour un déconfinement progressif».

⁵² La circulaire d'Iriscare du 26 août 2020, intitulée «Consignes aux maisons de repos et maisons de repos et de soins agréées et subventionnées par la COCOM concernant des restrictions de visites et d'activités lors d'une éventuelle vague Covid-19» a encore été mise à jour plusieurs fois par la suite, mais ces mises à jour n'ont plus consisté qu'en des adaptations marginales du régime.

résidents⁵³, et les mesures applicables aux résidents positifs ou cas suspects au Covid, d'une part, et aux résidents négatifs, d'autre part, ont été davantage différenciées. Seuls les premiers restaient soumis aux mesures les plus restrictives (pas d'accès au restaurant, repas et activités en chambre ou en unité Covid, interdiction des sorties), pour des raisons de sécurité sanitaire.

2. Limiter les risques de contamination « par l'extérieur »

7. L'interdiction des visites dans les MR-MRS⁵⁴ a été décrétée en réaction aux premiers cas de contamination au Covid-19 dans ces établissements, déclarés au début du mois de mars. À ce stade, l'unique objectif de la mesure consistait à protéger la santé des résidents contre un risque de contamination au Covid-19. Elle trouve initialement sa source dans un arrêté du ministre-président de la Région de Bruxelles-Capitale du 10 mars 2020, dont l'application était limitée dans le temps (jusqu'au 31 mars 2020)⁵⁵. Eu égard à l'urgence de la situation, cet arrêté a été adopté sans aucune forme de concertation. L'arrêté ménage une exception à l'interdiction de principe. Sont ainsi admises les visites qui s'inscrivent dans le cadre d'une « situation spécifique », par laquelle l'arrêté désigne, de façon laconique et non limitative, les situations suivantes : « situation de nécessité, soins palliatifs, décès... »⁵⁶.

L'interdiction des visites prescrite par l'arrêté précité du 10 mars 2020 (et valable jusqu'au 31 mars 2020) a été prolongée, jusqu'au 19 avril 2020 inclus, par un nouvel arrêté du ministre-président de la Région de Bruxelles-Capitale du 7 avril 2020, pris cette fois sur la base des mesures concertées au sein du

⁵³ Voy., par exemple, dans la circulaire du 26 août 2020 précitée : « L'organisation d'activités participe au bien-être des résidents, à la convivialité et combat le syndrome de glissement. Lors de ces activités les rencontres ne doivent pas se faire entre résidents Covid négatifs et résidents Covid possibles ou positifs ».

⁵⁴ On rappelle que, hors temps de crise sanitaire, le droit aux visites dans les MR-MRS n'est pas inconditionnel mais peut être soumis à certaines restrictions pour les bonnes fins de l'organisation de ces établissements d'hébergement collectif (voy. l'article 133 de l'arrêté du 3 décembre 2009 précité).

⁵⁵ Arrêté du ministre-président de la Région de Bruxelles-Capitale du 10 mars 2020 interdisant les rassemblements de plus de 1.000 personnes, les visites dans les maisons de repos, les maisons de repos et de soins et les voyages scolaires à l'étranger, *M.B.*, 13 mars 2020.

⁵⁶ Art. 1^{er} de l'arrêté du 10 mars 2020, préc. Notons que les « situations de nécessité » faisaient l'objet d'une interprétation restrictive dans les premières FAQ publiées par Iriscare, lesquelles ont néanmoins tenu compte des besoins spécifiques des résidents qui bénéficient en temps normal d'une assistance alimentaire de la part de volontaires, faute de personnel soignant suffisant. Les visites de ces volontaires étaient admises, moyennant autorisation exceptionnelle de la direction de l'établissement.

Conseil National de Sécurité (ci-après le « CNS »). Entre le 31 mars et le 7 avril 2020, l'interdiction des visites dans les MR-MRS n'a eu pour seul fondement qu'une circulaire d'Iriscare⁵⁷.

Au terme d'un mois d'application de cette mesure, et tandis que la protection de la santé des résidents de MR-MRS contre les risques de contamination au Covid-19 avait été jusqu'alors le seul moteur des responsables politiques concernés, ceux-ci ont été alertés de l'urgence d'une prise en compte accrue des risques psychosociaux liés à l'isolement dans le chef, notamment, des résidents de MR-MRS. Par une décision du 15 avril 2020 – que l'on peut situer *a posteriori* au milieu de la première vague de Covid-19, soit à l'un des stades les plus aigus de la crise –, le CNS a autorisé la reprise des visites dans les MR-MRS. Cette décision a été assortie d'une série de restrictions et de modalités⁵⁸. Elle n'en a pas moins été mal reçue par le secteur qui n'avait pas été concerté à cet égard et qui peinait encore à limiter les contaminations au virus et les décès corrélatifs au sein des établissements, alors que le processus de dépistage des résidents et du personnel venait de démarrer⁵⁹.

À dater de cette décision du 15 avril, il n'y a plus eu de volonté politique d'interdire les visites en MR-MRS⁶⁰, mais de les encadrer de manière à établir un meilleur équilibre entre la gestion de la crise sanitaire et le bien-être psychosocial des résidents.

La décision du CNS du 15 avril 2020 a été mise en œuvre, au niveau bruxellois, par un nouvel arrêté du ministre-président bruxellois du 22 avril 2020⁶¹.

⁵⁷ Circulaire du 27 mars 2020 établie par Iriscare portant les consignes aux maisons de repos et maisons de repos et de soins agréées et subventionnées par la COCOM, citée par le préambule de l'arrêté précité du ministre-président du 7 avril 2020.

⁵⁸ www.belgium.be/fr/actualites/2020/mesures_prises_par_le_conseil_national_de_securite_du_15_avril_2020.

⁵⁹ Voy. « Maisons de repos. Un retour des visites qui suscite la colère du secteur », *Le Soir*, 16 avril 2020. Voy. également en ce sens la réaction de Médecins Sans Frontières, dont les équipes mobiles œuvraient alors aux côtés et en soutien du personnel de certaines MR-MRS (*op. cit.*, p. 23). Voy. également, à la veille de la décision du CNS du 15 avril, « Le personnel des maisons de repos plie, mais ne rompt pas », *L'Écho*, 14 avril 2020.

⁶⁰ À cet égard, la formulation de l'arrêté du ministre-président de la Région de Bruxelles-Capitale du 22 avril 2020 pris dans le cadre de mesures d'urgence pour limiter la propagation du coronavirus Covid-19 et prolongeant l'interdiction des visites dans diverses institutions résidentielles d'accueil et de soins situées sur le territoire de la Région de Bruxelles-Capitale est éminemment problématique dans la mesure où cet arrêté énonce toujours, en son article 1^{er}, un principe d'interdiction des visites. Par ailleurs, et de manière tout aussi problématique, cet arrêté n'est pas limité dans le temps.

⁶¹ Arrêté du ministre-président de la Région de Bruxelles-Capitale du 22 avril 2020 précité.

Certainement en écho aux réticences émises par les gestionnaires de MR-MRS à l'annonce par le CNS de la levée de l'interdiction des visites, cet arrêté réitère en son article 1^{er} l'interdiction de principe des visites dans les MR-MRS, moyennant les mêmes exceptions que celles mentionnées ci-avant. Ce n'est qu'en son article 2 que l'arrêté prévoit que «*par dérogation à l'article 1^{er}, les visites aux résidents des [MR-MRS] sont autorisées moyennant [...] le respect des directives fixées dans [...] la circulaire édictée par la COCOM relative aux consignes aux maisons de repos et maisons de repos et de soins agréés et subventionnés par la COCOM*». La circulaire visée ici est la circulaire qu'Iriscare a élaborée en concertation avec les fédérations représentatives du secteur des MR-MRS pour fixer les modalités de l'organisation des visites⁶². Il s'agit du reste de la première mesure concertée avec le secteur. Les représentants des personnes âgées n'ont pas été associés à la concertation à ce stade. Au sujet de l'arrêté du 22 avril 2020 précité, on peut encore relever qu'il est entré en vigueur le jour de sa publication au *Moniteur belge*, soit le 29 avril 2020. À nouveau, il faut constater qu'entre l'expiration du dernier arrêté réglant l'interdiction des visites (le 19 avril) et l'entrée en vigueur de l'arrêté suivant (le 29 avril), l'interdiction des visites dans les MR-MRS trouvait son unique source dans une circulaire d'Iriscare.

À la différence des deux précédents arrêtés, l'arrêté du ministre-président du 22 avril 2020 n'est pas limité dans le temps. Il est resté en vigueur, sans modification, y compris lorsque la situation sanitaire s'est significativement améliorée entre la mi-mai et la mi-octobre. Seules les circulaires d'Iriscare ont modulé ensuite les modalités d'organisation des visites en tenant compte de l'évolution de la situation sanitaire⁶³, sans plus jamais formuler d'interdiction générale mais en insistant au contraire sur le droit des résidents à recevoir des visites, et en n'envisageant d'éventuelles limitations à ce droit qu'au sein des institutions qui seraient fortement touchées par le virus⁶⁴. Notons qu'il faudra

⁶² Circulaire d'Iriscare du 23 avril 2020, «*Consignes aux maisons de repos et maisons de repos et de soins agréées et subventionnées par la COCOM concernant les visites encadrées*».

⁶³ Voy., par exemple, le courrier d'Iriscare «*de mesures en réaction face à l'épidémie Covid-19*» du 16 décembre 2020 («*[...] suite au Comité de Concertation du 30/10/2020, les prestations de professions non médicales (coiffeurs, maquilleurs, salons de beauté, etc.) ne sont plus autorisées ainsi que les activités/animations impliquant des prestataires externes*»).

⁶⁴ Voy. notamment la circulaire «*visites*» d'Iriscare du 26 août 2020: «*Dans tous les cas les visites seront organisées selon le stade de l'épidémie au sein de l'institution [...]. Si, selon la cellule de gestion de crise, le stade d'épidémie justifiait quand même la suppression des visites, il appartient à la direction d'en avertir Iriscare pour en définir la durée et préciser les modalités de communication avec les proches. Dans ce cas, il est important de mettre en place des dispositifs pour que*

→

attendre l'été 2020⁶⁵ pour que les organismes assureurs bruxellois – dont on peut s'interroger du reste sur la légitimité pour représenter et défendre les intérêts des résidents de MR-MRS – soient concertés dans le cadre de l'élaboration de ces circulaires.

8. En dépit de l'assouplissement de la mesure d'interdiction des visites, la réalité vécue par les résidents de MR-MRS a parfois été tout autre. Certains gestionnaires de MR-MRS se sont en effet montrés plus sévères que les instructions qui étaient données par circulaire. Ils ont ainsi continué à interdire ou à limiter drastiquement les visites aux résidents⁶⁶, malgré les rappels à l'ordre adressés par Iriscare⁶⁷. Sans dénier les difficultés organisationnelles qui pesaient sur les responsables d'établissements – dont le procès est parfois trop rapidement expédié par les médias –, on peut tout de même s'interroger, sur le plan des droits fondamentaux, sur la question de savoir jusqu'où va la liberté d'un pouvoir organisateur de limiter les visites en MR-MRS plus drastiquement que ce que prévoient les circulaires des pouvoirs publics. Des personnes privées peuvent-elles ainsi se substituer aux pouvoirs publics pour apprécier la nécessité/proportionnalité d'une mesure qui limite aussi drastiquement les droits fondamentaux de leurs résidents ?

B. *Hors de l'institution et alentour*

9. La situation des résidents de MR-MRS, dont la médiatisation a été croissante au fil de la crise sanitaire, ne doit pas occulter la réalité – moins visible – des personnes âgées qui, résidant à domicile, ont subi les effets des mesures

←

le résident entre en contact avec un visiteur. Ce contact peut par exemple avoir lieu par une fenêtre de l'établissement avec utilisation du téléphone. Les contacts virtuels (vidéoconférence) sont une autre possibilité complémentaire».

⁶⁵ Au cours duquel on a observé un pic anormal de mortalité dans les MR-MRS (<https://statbel.fgov.be/fr/propos-de-statbel/que-faisons-nous/visualisations/mortalite>), imputable probablement aux fortes chaleurs et possiblement à l'application des consignes sanitaires en vigueur pour limiter les risques de contamination au Covid-19, sans pour autant émouvoir les médias.

⁶⁶ Sur la dénonciation de cette pratique en Flandre, voy. «Rusthuizen mogen niet meer beslissen over bezoekregels», *De Tijd*, 26 août 2020.

⁶⁷ Pour un rappel à l'ordre formel de la part d'Iriscare, voy. notamment le courrier d'Iriscare aux gestionnaires de MR-MRS du 16 décembre 2020, intitulé «Courrier de mesures en réaction face à l'épidémie Covid-19», au terme duquel Iriscare demandait aux gestionnaires «de ne pas mettre la MR-MRS inutilement en stade 3. [...] En effet, le stade 3 est très restrictif pour les résidents et nous souhaitons éviter de porter atteinte davantage au bien-être des résidents». La même demande a été réitérée dans un courrier du 12 février 2021.

de confinement applicables à la généralité de la population. Compte tenu du manque de données disponibles et de la multiplicité des situations personnelles, il est beaucoup plus difficile de rendre compte des conditions de vie des personnes âgées qui ont traversé la crise sanitaire depuis leur domicile. Peu de mesures de protection ont été prises à l'égard de ce public vulnérable. Tout au plus, les aidants des personnes âgées vivant à domicile ont-ils pu, dès le début du confinement décrété par l'arrêté du ministre de l'Intérieur du 18 mars 2020, se prévaloir de l'exception ménagée à leur profit par les arrêtés ministériels de confinement pour «*fournir [de] l'assistance et [d]es soins aux personnes âgées [...]*»⁶⁸. Si les activités des services d'aide à domicile n'ont pas été suspendues, les structures d'accueil et de soins de jour des personnes âgées ont pour leur part été fermées jusqu'à la fin du mois de mai, sans que l'offre d'accompagnement à domicile n'ait été renforcée en conséquence⁶⁹.

C. *Vers et de retour de l'institution hospitalière*

10. À l'opposé des mesures qui avaient vocation à protéger – à plus ou moins bon escient – les personnes âgées, en général, et les résidents de MR-MRS, en particulier, certaines mesures applicables à ces mêmes publics étaient essentiellement destinées à préserver une capacité hospitalière suffisante, y compris dans les phases les plus aiguës de la crise.

Outre les incertitudes qui continuent d'entourer d'éventuels refus d'hospitalisation liés directement ou indirectement à l'âge des patients⁷⁰, on peut épingle l'obligation pour les MR-MRS de réadmettre des résidents stabilisés mais encore potentiellement contagieux après une hospitalisation pour Covid-19. Cette mesure, qui était assortie d'une obligation corrélative d'isolement des résidents concernés durant quatorze jours, trouve sa source dans une circulaire d'Iriscare datée du 17 mars 2020. Dans le cadre de cette mesure, l'impératif de protection de la catégorie «vulnérable» des résidents de MR-MRS s'est incliné devant l'intérêt – postulé supérieur – consistant à assurer un accès aux soins hospitaliers pour le plus grand nombre.

⁶⁸ Art. 8 de l'arrêté du ministre de l'Intérieur du 18 mars 2020 portant des mesures d'urgence pour limiter la propagation du coronavirus Covid-19.

⁶⁹ Voy. les circulaires d'Iriscare du 11 mars 2020, «Consignes aux services non résidentiels agréés et subventionnés par la COCOM», et du 29 mai 2020, «Consignes de réouverture aux centres non résidentiels tels que les services d'aide à domicile, centre de soins de jour pour personnes âgées, centre de jour pour personnes handicapées, centres de réhabilitation, activités de la vie journalière agréés ou subventionnés par la COCOM».

⁷⁰ Comp. *infra*, n° 19. Voy. également Amnesty International, *op. cit.*, pp. 25 à 28.

Si l'objectif qui consiste à ménager une capacité hospitalière suffisante dans les services de soins intensifs est assurément légitime⁷¹, cette mesure pose question à plusieurs égards. Premièrement, on peut s'interroger sur le fondement juridique de la mesure, et sur son caractère obligatoire. S'il apparaît *a priori* suspect qu'une simple circulaire puisse valablement faire peser une telle obligation sur les MR-MRS, on peut considérer toutefois qu'en tant qu'OIP en charge de la politique des personnes âgées de la COCOM, Iriscare est habilité à interpréter la législation applicable dans ce secteur, et à fixer les hypothèses dans lesquelles l'établissement peut être contraint d'exécuter la convention d'hébergement qui le lie avec chaque résident⁷². Deuxièmement, on constate qu'alors que les incertitudes quant au mode de propagation du virus étaient avancées, au nom du principe de précaution, pour justifier des mesures d'interdiction des visites dans les MR-MRS⁷³, les mêmes incertitudes n'ont pas, en l'espèce, justifié une prolongation de l'hospitalisation des résidents concernés, jusqu'à la fin de la période de contagion. On peut s'interroger ensuite sur la proportionnalité de la mesure. En effet, face à la menace de saturation des hôpitaux bruxellois qui a pointé pendant la première vague de l'épidémie⁷⁴, n'aurait-il pas fallu œuvrer à une augmentation de la capacité hospitalière, notamment en activant la solidarité interhospitalière au niveau national – ce qui a du reste été fait durant la deuxième vague de la crise (où, il faut le relever, l'âge moyen des patients hospitalisés pour Covid-19 dans les unités de soins intensifs était sensiblement inférieur à celui de la première vague)⁷⁵ – plutôt que de renvoyer des patients potentiellement encore contagieux vers un établissement collectif où ils risquaient de mettre en danger la vie d'autres résidents⁷⁶? Dans le pro-

⁷¹ Manifestement, les responsables politiques du pays ont voulu éviter à tout prix un scénario à l'italienne ou à l'espagnole – pays où les services hospitaliers ont été débordés, avec les conséquences dramatiques qu'on connaît.

⁷² Sur les dispositions qui encadrent l'admission en MR-MRS et la convention d'hébergement, voy. l'ordonnance précitée du 24 avril 2008, et l'arrêté précité du 3 décembre 2009, spécialement art. 129 à 132.

⁷³ Voy. le préambule des arrêtés ministériels commentés *supra*, n° 7.

⁷⁴ «La capacité des hôpitaux bruxellois arrive à saturation», *BXI*, 3 avril 2020, <https://bx1.be/dossiers-redaction/la-capacite-des-hopitaux-bruxellois-arrive-a-saturation/?theme=classic>, dernièrement consulté le 11 décembre 2020.

⁷⁵ Sur l'absence de solidarité interhospitalière sur le plan national au cours de la première vague de la crise sanitaire, voy. «Transferts interhospitaliers : vers une planification nationale?», *RTBF*, 31 mars 2020, www.rtb.be/info/societe/detail_transferts-interhospitaliers-vers-une-planification-nationale?id=10471230.

⁷⁶ Dans ce registre, on peut mentionner qu'au cours de la première vague de la crise sanitaire, le collège réuni a initié un projet de création d'une structure de soins intermédiaire qui avait vocation à décharger les hôpitaux. Ce projet a été abandonné à la mi-juin, faute de besoin sur le terrain. Ces

→

longement direct de cette dernière question, on peut enfin se demander jusqu'à quel point les pouvoirs publics peuvent agir *préventivement* face à un risque de saturation des soins intensifs : jusqu'au point de prendre le risque de contaminer d'autres résidents de la MR-MRS ? Est-il attendu dans le chef des pouvoirs publics qu'ils mettent en balance les deux risques ? Qu'ils évaluent leurs probabilités respectives ?

Contrairement à l'interdiction des visites, cette mesure n'a pas été fondamentalement amendée au fil de l'évolution de la crise sanitaire⁷⁷.

II. Les personnes en situation de handicap

11. Alors que, depuis le début de la crise, les personnes âgées et les maisons de repos sont au centre des préoccupations et des communiqués officiels, la question du handicap – *des* handicaps – est demeurée largement invisibilisée dans la sphère publique belge. Ce n'est pas faute pour le Conseil supérieur national des personnes handicapées (ci-après : le « CSNPH ») d'avoir rapidement tiré la sonnette d'alarme⁷⁸, ni pour le Service handicap d'Unia, en charge de la promotion, de la protection et du suivi de la Convention onusienne relative aux droits des personnes handicapées (ci-après : la « CDPH »), d'avoir fait preuve de proactivité⁷⁹. Ce n'est pas faute non plus pour les associations,

←

structures – spécifiquement conçues dans le contexte de la crise sanitaire – sont définies comme des « centres qui dans le cadre du Covid-19 sont créés par les entités fédérées après approbation du gouverneur, qui hébergent temporairement les patients qui ont été envoyés après leur hospitalisation ou envoyés par un centre de triage et de prélèvement ou par un service d'urgences et qui, pour les raisons exposées dans le présent chapitre, ne peuvent pas retourner immédiatement à leur situation de vie normale » (voy. art. 30, 2°, de l'arrêté royal n° 20 du 13 mai 2020 portant des mesures temporaires dans la lutte contre la pandémie Covid-19 et visant à assurer la continuité des soins en matière d'assurance obligatoire soins de santé, *M.B.*, 19 mai 2020).

⁷⁷ Outre le dispositif initial de la mesure, la dernière version en date de la circulaire d'Iriscare (version du 26 novembre 2020) prévoit encore ceci : « Pour les cas sévères (séjour en unité de soins intensifs suite au Covid) la période d'isolement minimale à prendre en compte sera de 28 jours au lieu de 14 sauf si le patient présente avant sa sortie deux RT-PCR négatives sur échantillons nasopharyngés ou échantillons des voies respiratoires basses prélevés à 24 h d'intervalle ».

⁷⁸ Voy. ses avis et autres communications « Covid », émis dès le 13 mars 2020 avec un premier intitulé éloquent : « les personnes handicapées, les oubliés du Covid-19 ? » (<http://ph.belgium.be/fr/dossier-covid-19.html>), et, en particulier, les avis n°s 2020/08, 2020/09, 2020/24.

⁷⁹ Unia, « Covid et droits humains : impact sur les personnes handicapées et leurs proches. Résultats de la consultation », *op. cit.* ; *id.*, « Covid-19. Les droits humains mis à l'épreuve », *op. cit.*

les personnes handicapées et leurs familles d'avoir lancé des cris d'alerte⁸⁰. À l'échelle internationale, également, l'attention à porter aux situations de handicap fut très tôt rappelée par les instances onusiennes, tant sous l'angle du droit à la santé que des mesures requises pour contrer les attitudes négatives, l'isolement et la stigmatisation risquant d'accompagner la crise⁸¹ – et ce, dans la droite ligne de l'article 11 de la CDPH qui, dans les situations de risques et d'urgence humanitaire, enjoint aux États parties d'adopter « *toutes mesures nécessaires pour assurer la protection et la sûreté des personnes handicapées* »⁸².

Au sens de la CDPH que l'État belge a ratifiée le 1^{er} août 2009, le handicap recouvre un spectre très large de situations (trouble mental, surdité, dyslexie, obésité, tétraplégie...), se situant à la croisée d'incapacités individuelles durables et de barrières érigées par la société⁸³; il toucherait 15% de la popula-

⁸⁰ Pour un aperçu d'ensemble, s'arrêtant au 3 novembre 2021, cf. les podcasts de l'ASPH réalisés à l'occasion de la Journée des personnes handicapées du 3 décembre 2021. Voy. aussi l'émission « Investigation » du 7 octobre 2020 de la RTBF: « Le handicap, un confinement perpétuel » (www.rtbef.be/auvio/detail_investigation?id=2688950).

⁸¹ Catalina DEVANDAS, Rapporteuse spéciale des Nations Unies sur les droits des personnes handicapées, « Covid-19: Who is protecting the people with disabilities? », 17 mars 2020; Président du Comité des Nations Unies pour les droits des personnes handicapées, au nom du Comité des Nations Unies pour les droits des personnes handicapées et l'Envoyée spéciale du Secrétaire général des Nations Unies sur le handicap et l'accessibilité, « Déclaration conjointe: les personnes handicapées et le Covid-19 », 1^{er} avril 2020; Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, « Covid-19 and the Rights of persons with disabilities: Guidance », 29 avril 2020, 11 p.; A. GUTERRES, Secrétaire général des Nations Unies, « Policy Brief: A Disability-Inclusive Response to Covid-19 », mai 2020, 18 p.; Comité des droits des personnes handicapées, « Statement on Covid-19 and the human rights of persons with disabilities », 9 juin 2020 – qui endosse les quatre sources précitées. Voy. aussi, à l'échelle du Conseil de l'Europe: Secrétaire général du Conseil de l'Europe, « Respecter la démocratie, l'État de droit et les droits de l'homme dans le cadre de la crise sanitaire du Covid-19. Une boîte à outils pour les États membres », 7 avril 2020, p. 5. Voy. encore: *Disability Rights During the Pandemic. A global report on findings of the Covid-19 Disability Rights Monitor (Covid-DRM)*, octobre 2020, 56 p. (<https://covid-drm.org/assets/documents/Disability-Rights-During-the-Pandemic-report-web.pdf>).

⁸² Voy. entre autres S. MOTZ, « Article 11 – Situations of Risk and Humanitarian Emergencies », in I. Bantekas, M. A. Stein et D. Anastasiou (éd.), *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities. A commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2018, pp. 314 à 338; G. C. BRUNO, « Article 11 – Situations of Risk and Humanitarian Emergencies », in V. Della Fina, R. Cera et G. Palmisano (éd.), *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities. A commentary*, Springer, Berlin, 2017, pp. 253 à 261. Voy. aussi la Déclaration conjointe précitée, point 2.

⁸³ Art. 1^{er}, al. 2, de la CDPH. Pour un commentaire, voy. notamment J. DAMAMME, *op. cit.*, pp. 121 et s. Différentes vulnérabilités peuvent du reste se cumuler, comme l'âge et le handicap (cf. A. GUTERRES, *op. cit.*, spécialement pp. 4 et 5, et, plus largement: M. DE PAUW, in I. Hachez

→



tion à l'échelle mondiale⁸⁴, sans compter l'entourage potentiellement impacté. À la diversité des situations de handicap se superpose, en droit belge, l'éclatement des compétences en matière de handicap : la compétence de principe des Communautés pour la politique des personnes handicapées⁸⁵ – transférée à la Région wallonne et à la Commission communautaire française en vertu de l'article 138 de la Constitution – demeure assortie de réserves importantes au profit de l'autorité fédérale, tandis que les Régions disposent de leviers, notamment dans le domaine des transports, du logement, de l'emploi ou, encore, de l'urbanisme, pour développer une approche inclusive du handicap⁸⁶.

L'éclatement des compétences et la diversité des handicaps, à la fois pluriels et uniques, compliquent certes l'attention à leur porter dans la gestion de la crise. Mais, dans le même temps, ils rendent d'autant plus importantes la concertation et la communication des initiatives prises à l'égard des personnes handicapées que leurs destinataires sont souvent peu familiers des arcanes juridiques, et que certains d'entre eux présentent une vulnérabilité encore accrue par la crise sanitaire. Les lieux collectifs de vie, accueillant, de jour et/ou de nuit, des personnes handicapées, sont en outre particulièrement vulnérables au Covid (A). Aussi ont-ils été conduits à forcer les résidents et leur famille à se positionner, du jour au lendemain, sur leur maintien – ou non – en institution résidentielle, dans l'incertitude la plus complète des perspectives à venir⁸⁷. Le repli de l'institution s'est donc accompagné, pour les personnes handicapées et leurs proches, de confinements à domicile (B), avec, de part et d'autre, la crainte de contaminations dans un contexte où l'accès aux hôpitaux apparaissait incertain (C) et a pu contribuer en retour – en tout cas durant la première vague – à renforcer l'isolement des uns et des autres. Cet isolement, le droit doit, si pas le rompre, en tout cas le contenir et l'encadrer pour contrer les inégalités entre les personnes handicapées et le reste de la population, comme le lui enjoint, notamment, la CDPH. L'a-t-il fait? Avant même de s'attarder

←

et J. Vrieling (dir.), *Les grands arrêts en matière de handicap*, op. cit., pp. 275 et s. *Adde*: *Disability Rights During the Pandemic. A global report on findings of the Covid-19 Disability Rights Monitor (Covid-DRM)*, op. cit., pp. 35-40; Women's Enabled International, «Covid-19 at the Intersection of Gender and Disability: findings of a Global Human Rights Survey», mars-avril 2020, <https://womenenabled.org/blog/covid-19-survey-findings/>).

⁸⁴ Selon les chiffres de l'OMS (www.who.int/features/factfiles/disability/fr/).

⁸⁵ Art. 5, § 1^{er}, II, 4^o, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles.

⁸⁶ Voy. X. DELGRANGE et M. EL BERHOUMI, in I. Hachez et J. Vrieling (dir.), *Les grands arrêts en matière de handicap*, op. cit., pp. 100 et s.

⁸⁷ Unia, «Covid et droits humains: impact sur les personnes handicapées et leurs proches. Résultats de la consultation», op. cit., p. 23, point 8.

sur le contenu des dispositifs adoptés⁸⁸, c'est leur (in)accessibilité qui interpelle : même *a posteriori*, même pour des juristes, chercher à avoir une vue d'ensemble des mesures prises à destination des personnes handicapées depuis le début de la crise relève du parcours du combattant⁸⁹.

A. *La vie en institution*⁹⁰

12. Par institution, on vise ici les services résidentiels agréés par une des entités fédérées au titre de leur compétence en matière de politique des personnes handicapées⁹¹, sans distinguer selon qu'ils accueillent des enfants ou des adultes⁹².

⁸⁸ Contrairement à la scène relative aux personnes âgées (*supra*, I), et dans une perspective de complémentarité par rapport à celle-ci, nous avons ici privilégié une approche plus large, à l'échelle de l'État belge – et donc non exclusivement centrée sur Iriscare. L'aperçu que nous livrons s'adosse du reste à une étude plus approfondie (I. HACHEZ et L. TRIAILLE, « Covid et handicaps au prisme des institutions et de la désinstitutionnalisation », à paraître en octobre 2021 dans le numéro 4 de la revue en ligne *Droits fondamentaux et pauvreté* : <https://droitpauvrete.be>). Nous nous permettons de renvoyer à cette étude pour des références précises aux différentes circulaires et autres sources formelles fondant l'exposé des tendances générales dont nous rendons compte ci-après.

⁸⁹ Aucun site ne centralise l'ensemble des dispositifs applicables au secteur du handicap. Ainsi, le site du SPF-Santé ne renvoie, sous le secteur « santé », qu'à certaines circulaires de l'AVIQ (www.info-coronavirus.be/fr/protocols/). Des acteurs publics et privés ont tenté de combler ce déficit mais ne sont parvenus à le faire que de manière incomplète, sans référence systématique aux sources des droits et obligations décrits. Voy. notamment l'Aperçu des mesures Covid-19, préc. ; les ressources normatives rassemblées sur le site de l'ASBL « Inclusion » ou encore le dossier « Covid », préc., du CSNPH. Quant à Sciensano, il précise dans son document concernant les « populations en collectivités résidentielles » (préc.) que « pour certaines autres institutions résidentielles (centres pour personnes présentant un handicap par exemple) des informations complémentaires peuvent être trouvées sur les sites des autorités régionales compétentes », avant de renvoyer, de manière incomplète, aux seuls sites Internet de l'AVIQ, de la VAPH et d'Iriscare – point question de Phare, ni de l'Office de la Communauté germanophone.

⁹⁰ Ce qui se gagne en largeur se perd en profondeur : la vue hélicoptère privilégiée ne permet pas d'examiner la vie en institution des personnes handicapées avec le même degré de précision que celle des personnes âgées.

⁹¹ Il s'agit, plus précisément, des « services résidentiels » wallons, des « centres d'hébergement » bruxellois et des « woonzorgcentra » flamands. Ne sont donc pas couverts, bien qu'ils représentent indubitablement des « institutions pour personnes handicapées » au sens du droit de la CDPH : les services résidentiels non agréés ; les maisons de soins psychiatriques ; les hôpitaux psychiatriques où existent encore des « lits T », c'est-à-dire des placements de longue durée ; les divers lieux d'internement pénal visés à l'article 3 de la loi du 5 mai 2014 relative à l'internement.

⁹² On précise cependant que, de manière générale, la préservation du lien parental avec les mineurs a dicté certains assouplissements.

13. Ces institutions n'ont pas échappé au lot de tous les lieux de vie collectifs, en étant par ailleurs moins médicalisées que les maisons de repos, et donc plus vulnérables aux conséquences de l'éclatement d'un foyer en leur sein. Quelle que soit la collectivité compétente, la vie en institution a été jalonnée par l'adoption de nombreuses circulaires, voire de «FAQ», dont la tonalité parfois très assertive contraste avec le flou entourant leur statut juridique et le type de publicité qui leur fut réservé⁹³. Si ces circulaires diffèrent en fonction des autorités compétentes, elles abordent des questions similaires et suivent une évolution chronologique comparable.

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

Chronologiquement, l'on peut observer les tendances suivantes. Des mesures très strictes ont d'abord été prises dans l'urgence lors de la première vague, à un moment où certaines institutions s'étaient déjà refermées sur elles-mêmes⁹⁴. À la demande très tôt adressée aux directeurs d'établissement de transmettre quotidiennement les cas de Covid, s'est ajoutée une limitation drastique des visites, soins, activités et sorties, réduits au strict essentiel et donc très largement interdits, comme l'étaient les nouvelles admissions et les retours en familles. Les résidents étaient, quant à eux, séparés en «silos» sans contacts mutuels, tandis que ceux suspectés d'être contaminés étaient isolés. C'est dans ce premier temps que les droits fondamentaux des résidents subirent les plus fortes pressions. Dès avril, on assiste à un assouplissement progressif: à mesure que le matériel de protection est acheminé, que les risques diminuent

⁹³ Les intitulés des consignes données aux différentes institutions par les organismes publics compétents varient du reste considérablement. Par convention, nous les désignerons sous l'appellation générique de «circulaires» ou «directives» – sans toutefois présupposer de leur force normative exacte. Les directives de la VAPH, de l'AVIQ, de Phare et d'Iriscare sont consultables sur leur site respectif: www.vaph.be/professionelen/vza/documenten; <https://covid.aviq.be/fr/documents-officiels>; <https://phare.irisnet.be/coronavirus>; www.iriscare.brussels (alors que les trois premiers organismes fournissent un inventaire complet et chronologique depuis l'entame de la crise, seules les règles actuellement applicables sont disponibles sur le site d'Iriscare). Sur la force normative des dites circulaires, cf. *supra*, ainsi que les développements consacrés à cette question par I. HACHEZ et L. TRIAILLE, *op. cit.*, n° 19.

⁹⁴ Nombreuses semblent en effet être les institutions qui avaient anticipé, dans les faits, ce que les circulaires sont venues confirmer par la suite.

et que la population générale se déconfin⁹⁵, les activités et soins non essentiels reprennent, tout comme les visites, les nouvelles admissions et les allers-retours entre institution et domicile dans le respect des balises fixées par chaque entité fédérée. Parallèlement au relatif relâchement des mois de juillet et août 2020, l'anticipation de la deuxième vague se traduit par l'adoption d'un cadre normatif plus intégré, capitalisant sur l'expérience accumulée, se caractérisant à la fois par davantage de stabilité et d'adaptabilité aux circonstances ainsi que par une attention désormais plus largement portée à la santé psychosociale des résidents. Dans cette évolution en trois temps (première vague, entre-deux, deuxième vague), on peut enfin repérer une tendance croissante à impliquer les représentants du personnel dans les décisions, mais aussi, quoi que de manière encore insuffisante au regard des standards du droit international⁹⁶, les conseils d'usagers et les familles. Ultimement, l'ensemble des décisions revenaient aux directeurs d'établissements, ce qui s'est traduit dans les faits par une application très variable des circulaires en fonction des établissements – d'aucuns n'ont par exemple jamais été déconfinés entre les deux vagues⁹⁷.

La marge d'appréciation des directeurs d'établissement semble cependant avoir été mieux balisée du côté de la Communauté flamande, laquelle se démarque aussi à d'autres égards. Premièrement, le principe de légalité y fut, dans un premier temps en tout cas, davantage rencontré: les premières mesures à destination des institutions pour personnes handicapées sont d'emblée coulées dans un arrêté du gouvernement flamand du 13 mars 2020⁹⁸, là

⁹⁵ La nécessité de réserver un traitement égalitaire aux personnes handicapées par rapport au reste de la population est invoquée dans différentes circulaires.

⁹⁶ Voy. en particulier l'article 4.3 de la CDPH.

⁹⁷ Voy. les témoignages récoltés par l'ASPH référencés *supra*.

⁹⁸ Arrêté du gouvernement flamand du 13 mars 2020 relatif à la prise de mesures temporaires pour stopper la propagation du Covid-19 pris sur le fondement des articles 7 et 44, § 2, du décret du 21 novembre 2003 relatif à la politique de santé préventive. Les différentes mesures contenues dans cet arrêté ont été prolongées par arrêtés ministériels du ministre flamand du Bien-être, de la Santé publique, de la Famille et de la Lutte contre la pauvreté des 18 mars, 17 avril, 29 avril et 14 mai 2020. La fermeture des établissements d'hébergement ordonnée par les circulaires bénéficiait donc d'une base légale de nature réglementaire entre le 13 mars et le 14 juin 2020 (date fixée par l'article 1^{er} du dernier arrêté ministériel du 14 mai 2020, prolongeant l'article 2 de l'arrêté du gouvernement flamand du 13 mars 2020). Par contre, la réouverture partielle des établissements organisée par ces mêmes circulaires semble s'être faite en dépit de cette base légale qui laissait l'interdiction inchangée. À partir du 14 juin 2020, l'encadrement des services d'hébergement paraît avoir été réalisé uniquement par le biais de circulaires de la VAPH, comme dans les autres entités fédérées.

où les normes équivalentes des autres entités fédérées se retrouvent dans des circulaires adoptées par les administrateurs généraux du Service Phare ou de l'AVIQ (Agence pour une Vie de Qualité) – la ministre compétente prenant toutefois rapidement le relais en Région wallonne⁹⁹ – et par le fonctionnaire dirigeant d'Iriscare¹⁰⁰. Deuxièmement, qu'elle intervienne par voie d'arrêté ou de circulaires, la Communauté flamande a souvent une ou plusieurs semaines d'avance sur les autres entités fédérées¹⁰¹ – notamment pour l'établissement des directives d'hygiène, la reprise des visites, les changements de lieu de vie entre famille et institution, la planification du *testing* – et semble davantage ménager à ses destinataires le temps de réagir à l'information reçue. Troisièmement, les circulaires flamandes se distinguent par leur densité normative : les directives qu'elles véhiculent sont plus précises, plus complètes, plus nuancées aussi, que leurs équivalents wallons ou bruxellois¹⁰². Elles intègrent davantage d'espace pour la « pensée par cas » en invitant à moduler les règles par bâtiment, voire unité de vie, pour tenir compte des comorbidités des résidents et des types de handicap (de la capacité, ou non, de la personne visée à respecter les modalités convenues), en distinguant aussi très tôt différents scénarios locaux.

⁹⁹ Dès le 8 mai.

¹⁰⁰ Ainsi, l'arrêté précité du ministre-président de la Région de Bruxelles-Capitale du 10 mars 2020 – ménageant une exception à l'interdiction de principe des visites pour les personnes âgées en MR-MRS – ne s'applique-t-il pas aux centres d'hébergement pour personnes handicapées. Il en va de même de l'arrêté précité (n° 7 et note 57) du ministre-président de la Région de Bruxelles-Capitale du 7 avril 2020 prolongeant l'interdiction des visites dans les maisons de repos, les maisons de repos et de soins dans le cadre de mesures d'urgence pour limiter la propagation du Coronavirus – Covid-19. En revanche, l'arrêté précité (note 60) du ministre-président de la Région de Bruxelles-Capitale du 22 avril 2020 pris dans le cadre de mesures d'urgence pour limiter la propagation du coronavirus Covid-19 et prolongeant l'interdiction des visites dans diverses institutions résidentielles d'accueil et de soins situées sur le territoire de la Région de Bruxelles-Capitale, s'applique également aux institutions d'hébergement pour personnes handicapées.

¹⁰¹ Du côté francophone, Phare et Iriscare sortaient leurs circulaires de manière relativement concomitante, avant l'AVIQ qui semble souvent être intervenue en réaction aux interpellations des familles et de l'associatif.

¹⁰² Par contraste, les circulaires du Service Phare et d'Iriscare semblent plus minimalistes que celles de l'AVIQ – peut-être parce qu'à Bruxelles, le secteur du handicap, plus réduit qu'en Région wallonne, a l'habitude de largement s'autogérer et la réputation de bien fonctionner, dans le respect des normes d'agrément.

14. Si, à quelques exceptions près¹⁰³, les autorités exécutives ne sont pas intervenues pour régir les droits et obligations des personnes handicapées (ne parlons même pas du législateur), elles ont par contre veillé à soutenir financièrement les institutions¹⁰⁴, tout comme à favoriser les possibilités de renfort en personnel¹⁰⁵. Ces initiatives rejoignent les directives adoptées par le Haut-Commissaire des Nations Unies le 29 avril 2020, lesquelles invitaient les États à augmenter *temporairement* les ressources des institutions, avant de renforcer, après la crise, leurs initiatives de désinstitutionnalisation¹⁰⁶. Dans la droite ligne de sa *soft jurisprudence* antérieure, le Comité des droits des personnes handicapées a quant à lui d'emblée plaidé pour une accélération de la désinstitutionnalisation pendant la crise¹⁰⁷, avant de se réapproprier, dans le cadre de son agenda de travail 2021, le concept d'«*emergency desinstitutionalisation*» forgé par le mouvement *European Network of Independent Living* (ENIL)¹⁰⁸. Ce même mouvement soutient par ailleurs une réclamation collective introduite le 3 décembre 2020 par une association «handi» devant le Comité européen des droits sociaux à l'encontre de l'État finlandais¹⁰⁹. Est mise en cause la conformité de la réglementation finlandaise concernant la vie en institution pendant la crise au regard des articles 11, 14 et 15 de la Charte sociale européenne révi-

¹⁰³ Arrêté précité du gouvernement flamand du 13 mars 2020 et arrêté précité du ministre-président de la Région de Bruxelles-Capitale du 22 avril 2020.

¹⁰⁴ La Communauté flamande soutient les institutions tantôt directement, par l'octroi de subventions spéciales, tantôt indirectement, via le *persoonsvolgend budget* (PVB) des usagers qui contribue à financer ces mêmes institutions; par contraste, le droit francophone et bilingue est uniquement centré sur les institutions (*cf.* les références citées par I. HACHEZ et L. TRIAILLE, *op. cit.*, n° 2).

¹⁰⁵ On songe en particulier à la facilitation du déploiement de jeunes volontaires ou de stagiaires dans les structures résidentielles, à la mise à disposition de personnel et aux transferts de personnel entre centres de jour et d'hébergement (*cf.* les références citées par I. HACHEZ et L. TRIAILLE, *op. cit.*, n° 2).

¹⁰⁶ Voy. les directives onusiennes précitées du Haut-Commissaire aux droits de l'homme, point 2.

¹⁰⁷ Déclaration conjointe précitée, § 5. Voy. également en ce sens: A. GUTERRES, *op. cit.*, p. 12.

¹⁰⁸ CRPD, «Informative note for the participation of stakeholders in CRPD initiatives during the first half of 2021», CRPD 24th session 8 March-1 April 2021. Voy. par ailleurs: Resolution on Covid 19 and the rights of persons with disabilities adopted by EDF General Assembly 2020 (www.edf-feph.org/resolution-on-covid-19-and-the-rights-of-persons-with-disabilities/); K. THOMPSON, «EDF calls the EU Parliament to investigate the impact of Covid-19 in residential institutions and prioritise deinstitutionalisation», 2 février 2021 (www.edf-feph.org/edf-calls-the-eu-parliament-to-investigate-the-impact-of-covid-19-in-residential-institutions-and-prioritise-deinstitutionalisation/).

¹⁰⁹ R.C. n° 197/2020, *Validity c. Finlande. Validity*, anciennement MDAC, est à l'origine de la création du «Covid-DRM» qui a rédigé le rapport précité. Voy. en particulier à ce sujet les pages 22-27 dudit rapport.

sée, lus en combinaison avec l'article E de la Charte¹¹⁰. À première analyse, la réglementation incriminée présente plusieurs similitudes avec les mesures belges précédemment évoquées¹¹¹.

B. *Hors de l'institution et alentour*

15. Si certaines personnes handicapées ont connu le confinement en institution, d'autres l'ont vécu, de manières très diversifiées et peut-être encore plus invisibilisées, depuis leur domicile ou celui de leur entourage¹¹². Là aussi se pose la question de l'appui offert par les autorités publiques pour assister, en temps de pandémie, les personnes handicapées dans leur autonomie comme l'enjoignent les articles 11 et 19 de la CDPH¹¹³.

16. Dès le mois de mars 2020, les arrêtés ministériels fédéraux ont prévu la possibilité de rompre le confinement pour fournir assistance et soin aux personnes handicapées, tandis que les institutions de soins, d'accueil et d'assistance échappaient à la suspension générale de leurs activités, avec, toutefois, l'obligation d'observer autant que possible le télétravail et les règles de distanciation sociale¹¹⁴. C'est dans ce contexte que les centres de jour et les services de répit, d'accompagnement, de loisirs et d'aide à domicile ont, eux aussi, été conduits à se redéployer – autrement, en reconvertissant leurs fonctions et en faisant preuve de créativité pour atteindre les personnes chez elles¹¹⁵. Ces différentes

¹¹⁰ Ces articles consacrent respectivement le droit à la protection de la santé, le droit au bénéfice de services sociaux, le droit des personnes handicapées à l'autonomie, à l'intégration sociale et à la participation à la vie de la communauté, ainsi que la non-discrimination.

¹¹¹ On relèvera cependant que l'État finlandais n'a pas connu de confinement généralisé (*cf.* § 20 de la R.C.).

¹¹² Pour une illustration – française – de la diversité des situations de handicap vécues à domicile, *cf.* A. BÉLIARD, M. LE HELLEY, N. RAPEGNO, L. VELPRY et P. A. VIDAL-NAQUET, «Faire barrage au virus et s'en arranger. Des personnes en situation de handicap à l'épreuve de la Covid-19», *Alter*, 15/2021, pp. 99 à 106.

¹¹³ Voy. à cet égard la Déclaration conjointe précitée, § 9. Voy. aussi World Bank Group, *Covid 19 Response Approach Paper: Saving Lives, Scaling up Impact and Getting Back on Track*, juin 2020, pp. 18-22 («Pilar 2 – Protecting Poor and Vulnerable People»), spécialement p. 19 («Operations will aim to improve the standards of social care services offered to vulnerable groups – elderly, disabled (a cross-cutting issue for IDA19), homeless, street children and others»).

¹¹⁴ Voy. *supra*, note 26.

¹¹⁵ Ainsi peut-on lire dans la circulaire Phare du 20 mars 2020 (qui suit celle plus succincte du 12 mars): «en ce qui concerne les consultations à domicile: il est préférable d'éviter au maximum la concentration de personnes à risques ou autour de celles-ci. Il faut toutefois continuer d'assurer l'accompagnement du bénéficiaire et le rassurer, particulièrement avec les patients suivis pour des

→



institutions ont été relativement peu encadrées par les organismes des autorités fédérées compétentes – en tout cas dans un premier temps et par contraste avec les institutions d’hébergement. La plupart aurait fermé durant la première vague, pour se rouvrir avec un peu de retard lorsqu’on a commencé à déconfiner. On observe des directives particulièrement précoces, claires et nuancées du côté de la VAPH (Vlaams Agentschap voor Personen met een Handicap), mais aussi au niveau de l’AVIQ, qui contrastent avec une appréhension plus globale du côté des institutions bruxelloises. Lors de la deuxième vague, les recommandations des autorités compétentes ont été dans le sens du maintien maximal des activités et soins individuels (parfois reconvertis en format distanciel) et de la limitation, voire la suspension des activités collectives. Les soins médicaux et paramédicaux (kinésithérapie, logopédie...) semblent avoir connu un sort similaire, alors même que pour certaines formes de handicap, une interruption de soins peut entraîner une régression irréversible.

17. Les institutions évoquées ne sont pas les seules à avoir bénéficié de soutiens publics. Il en fut de même pour les aidants proches qui, du jour au lendemain, ont pu être conduits à s’occuper de leurs enfants¹¹⁶, sans relais ou solution de répit, compte tenu tout à la fois de la fermeture des institutions et de la crainte de faire rentrer le virus à domicile¹¹⁷. Certes tardivement et de manière sans doute insuffisante pour couvrir les besoins, les parents se sont vu offrir la possibilité de prendre un «congé parental corona» ou ont pu prétendre tantôt à un chômage temporaire pour force majeure liée au corona (travailleurs sala-

←

troubles de santé mentale. Pour ce faire, nous vous suggérons de mettre en place des alternatives afin de maintenir la communication avec les bénéficiaires et leur entourage (vidéoconférence, téléphone, ...); «les services ambulatoires de première ligne doivent rester accessibles aux bénéficiaires; il est indispensable que la première ligne joue son rôle afin d’éviter que les personnes se dirigent vers les hôpitaux et les urgences. Le principe est donc l’ouverture des services ambulatoires. La continuité de l’aide aux personnes et des soins doit être assurée. Néanmoins les modalités d’accueil des services peuvent être réorganisées».

¹¹⁶ Voy. notamment EDF, *Resolution on Covid 19 and the rights of persons with disabilities*, 2020, qui souligne «the impoverishing impacts on careers who are usually women and mothers – the so-called ‘feminisation of poverty’». Voy. en ce sens également: K. HERMANS, J.-M. DUBOIS et A. VANROOSE (dir.), *Pauvreté et handicap en Belgique*, SPF Sécurité sociale et SPP Intégration sociale, Bruxelles, 2019, pp. 231 et 232.

¹¹⁷ Dès le 30 mars 2020, le Conseil supérieur national des personnes handicapées avait attiré l’attention sur la nécessité d’un soutien pour les aidants proches (avis 2020/9 du CSNPH du 30 mars 2020 relatif aux mesures prises à la suite de la crise provoquée par le Covid-19). Voy. par ailleurs Unia, «Covid et droits humains: impact sur les personnes handicapées et leurs proches. Résultats de la consultation», *op. cit.*, pp. 26 à 44, et VUB Fundamental Rights Research Centre, «Coronavirus pandemic in the EU – Fundamental Rights Implications», *European Agency for fundamental rights (FRA)*, 4 mai 2020, pp. 15 et 16.

riés) tantôt à un «droit passerelle corona» (travailleurs indépendants) en cas de fermeture du centre d'accueil pour personnes handicapées¹¹⁸. Depuis le mois de juin 2020, les personnes handicapées bénéficiant d'une allocation résiduaire fédérale peuvent, elles aussi, recevoir un soutien sous la forme d'une «prime Covid»¹¹⁹.

18. Les besoins des personnes handicapées ayant vécu le confinement ailleurs que dans une institution d'hébergement ne se limitent toutefois pas aux compensations financières et autres adjuvants nécessaires en soutien d'une autonomie assistée. Ils se manifestent également à l'extérieur, dans le cadre d'un environnement entravé par les mesures sanitaires au sein duquel s'est manifestée, au grand jour, l'exclusion drainée par une application uniforme de celles-ci. La presse, mais aussi le CSNPH et Unia, ont eu tôt fait d'attirer l'attention sur l'absence d'aménagements raisonnables, dans les supermarchés notamment¹²⁰, tout comme de souligner l'inaccessibilité des transports en commun pour certaines personnes en situation de handicap¹²¹. C'est concernant l'obligation générale du port du masque buccal, dans toutes les circonstances où la distanciation sociale était impossible, qu'Unia reçut le plus de plaintes¹²². Le port du masque était en effet de nature à renforcer différentes situations de handicap, voire à créer des obstacles inédits : ainsi des personnes que le masque mettait en difficulté respiratoire ; ainsi des personnes privées de sortie parce qu'elles étaient incapables de suivre durablement cette consigne en raison

¹¹⁸ Pour les sources légales, cf. I. HACHEZ et L. TRIAILLE, *op. cit.*, n° 9, notes 88 et 89.

¹¹⁹ Arrêté royal n° 47 du 26 juin 2020 pris en exécution de l'article 5, § 1^{er}, 3°, de la loi du 27 mars 2020 accordant des pouvoirs au Roi afin de prendre des mesures dans la lutte contre la propagation du coronavirus Covid-19 (II) en vue de l'octroi d'une prime temporaire aux bénéficiaires de certaines allocations d'assistance sociale, spécialement art. 1^{er}, 3°, 3 et 4. Au niveau de la Communauté flamande, les bénéficiaires du *persoonsvolgend budget* (PVB) se sont également vu accorder une majoration de 8,5% de leur budget.

¹²⁰ «Unia s'inquiète au sujet de l'accessibilité des supermarchés pendant le confinement», 1^{er} avril 2020 ; Unia, «Covid et droits humains : impact sur les personnes handicapées et leurs proches. Résultats de la consultation», *op. cit.*, p. 20, point 6, et p. 41, point 7. Voy. par ailleurs les cas vécus relatés in VUB Fundamental Rights Research Centre, *op. cit.*, p. 15.

¹²¹ CSNPH, avis n°s 2020/09 et 2020/15 ; «Unia interpelle la SNCB suite à la suspension de son service d'assistance», 24 mars 2020 ; Unia, «Covid et droits humains : impact sur les personnes handicapées et leurs proches. Résultats de la consultation», *op. cit.*, p. 21 ; VUB Fundamental Rights Research Centre, *op. cit.*, p. 15. Voy. par ailleurs la question écrite n° 7-708 de Rik Daems du 9 novembre 2020 au vice-premier ministre de la Mobilité, Sénat (www.senate.be/www/?MIval=/Vragen/SchriftelijkeVraag&LEG=7&NR=708&LANG=fr).

¹²² Unia, «Covid-19. Les droits humains mis à l'épreuve», *op. cit.*, spécialement pp. 18, 19 et 21. Voy. par ailleurs, au-delà du cas belge : E. PENDO, R. GATTER et S. MOHAPATRA, «Resolving Tensions Between Disability Rights Law and Covid-19 Mask Policies», *Maryland Law Review online*, 2020, 13 p. (<https://digitalcommons.law.umaryland.edu/endnotes/68/>).

d'une déficience intellectuelle ou d'un trouble mental; ainsi encore des personnes sourdes qui, dans leurs interactions quotidiennes, se voyaient privées de toute possibilité de pratiquer la lecture labiale¹²³. Ces situations ont été prises en compte tardivement par le droit¹²⁴.

C. *Vers et de retour de l'institution hospitalière*

19. Quel qu'ait été le lieu de leur confinement, l'accès aux soins hospitaliers des personnes handicapées a posé question¹²⁵. La priorisation des patients dans l'accès aux soins intensifs a même donné lieu à une controverse publique¹²⁶. Les données du débat sont relativement simples à comprendre. En cas de surcharge des hôpitaux, il faut commencer à restreindre l'accès aux soins intensifs à certains patients. Si, dans un tel cas, la priorité va aux patients qui ont le plus de chances de survie, ce choix est certes déchirant, mais rationnel et défendable¹²⁷. Si, par contre, la priorisation repose sur un classement des vies en fonction de leur valeur ou de leur désirabilité, pensées en des termes nébuleux de «niveau de dépendance» ou de «bien-portance», ce choix devient inacceptable au regard du droit de la CDPH, notamment. Il ne suffit cependant pas de poser ces principes pour évacuer toute ambiguïté de la pratique médicale,

¹²³ Y compris avec le personnel soignant : cf. à ce sujet L. TRIAILLE, «Handicap et accès aux soins pendant la pandémie: le moment des priorités et de la (complexe) planification», carte blanche publiée pendant la première vague sur le site du projet AutonomiCap (<https://autonomicap-usaintlouis.org/crise-sanitaire>).

¹²⁴ Voy. les sources légales citées par I. HACHEZ et L. TRIAILLE, *op. cit.*, n° 10, notes 100 et 101.

¹²⁵ CSNPH, avis n° 2020/08 du 27 mars 2020 sur la sélection des patients; Unia, «Les personnes handicapées et les personnes âgées ont le droit d'être soignées», 10 avril 2020 (www.unia.be/fr/articles/les-personnes-handicapees-et-les-personnes-agees-ont-le-droit-detre-soignee). Adde les directives du Haut-Commissaire aux droits de l'homme précitées du 29 avril 2020, point 1; Covid-DRM, *op. cit.*, pp. 41 à 45; Observation interprétative sur le droit à la protection de la santé en temps de pandémie adoptée par le Comité européen des droits sociaux le 21 avril 2021, p. 5. On précise par ailleurs que des passages de cette section 3 sont empruntés à la carte blanche de L. TRIAILLE citée *supra*.

¹²⁶ La polémique a commencé, en Belgique, à partir de craintes exprimées à ce sujet par des personnes handicapées et leur famille. En cause parmi d'autres: la déclaration faite à une maman, relayée sur les réseaux sociaux, selon laquelle sa fille autiste n'aurait pas la priorité d'accès aux soins intensifs en cas de surcharge des hôpitaux. Voy. également l'avis n° 2020/08 précité du CSNPH, et la réponse maladroite de la ministre de la Santé et du président de l'ABsYM reproduite in R. EBOKO, N. HOMBERGEN et M. COOLS, «Le handicap en temps de crise, le grand oublié des politiques», 16 avril 2020, 14 p., spécialement pp. 8 et s. (www.asph.be/wp-content/uploads/2020/10/Analyse-ASPH-2020-Le-handicap-en-temps-de-crise-le-grand-oublie-des-politiques.pdf).

¹²⁷ Voy. à cet égard la recommandation du Comité consultatif de bioéthique de Belgique, citée *supra*, spécialement pp. 6, 9 et 10 à 14.

dans la mesure où *certain*s handicaps sont liés à des maladies chroniques et où *certain*es maladies chroniques peuvent constituer des comorbidités associées, qui entravent les chances de survie. *Certain*es personnes handicapées peuvent donc être «légitimement» non prioritaires dans l'accès aux soins intensifs : non en raison de leur dépendance, mais en raison de leurs chances de survie¹²⁸.

Il reste que le tri sélectif le plus redoutable se situe sans doute en amont de l'institution hospitalière, là où des personnes âgées tombant sous le champ d'application de la CDPH n'ont pas été amenées à l'hôpital pour y recevoir les soins idoines et sont décédées en maisons de repos¹²⁹.

III. Les personnes incarcérées

20. S'agissant à présent des personnes incarcérées¹³⁰, la crise sanitaire a aggravé une situation déjà problématique, en venant se greffer sur la «crise ordinaire» des prisons¹³¹. Cette crise ordinaire se caractérise par le manque

¹²⁸ On notera d'autre part que, *de facto*, et à défaut d'avoir été encadrées juridiquement, des situations de handicap peuvent également être accentuées par l'inaccessibilité des bâtiments ou des informations communiquées. Des considérations plus pragmatiques, liées à la surcharge des hôpitaux, sont également de nature à malmener l'accès aux soins de santé en toute égalité (on songe en particulier au temps et à l'attention accrus que certaines personnes handicapées peuvent requérir de la part du personnel soignant, compte tenu, précisément, de leur situation de handicap).

¹²⁹ Voy. à cet égard le rapport précité d'Amnesty International.

¹³⁰ Les développements qui suivent concernent aussi certaines personnes internées. Pour rappel, l'internement est une mesure de sûreté prononcée en matière pénale à l'égard de personnes souffrant, au moment du jugement, d'un trouble mental qui abolit ou altère gravement la capacité de contrôle de leurs actes. Les personnes internées peuvent être placées dans des lieux privatifs de liberté, ou être en liberté dans la communauté avec des conditions à respecter, et ce, jusqu'à ce que leur libération définitive soit prononcée par la chambre de protection sociale du tribunal de l'application des peines. Certains internés se trouvent dans des établissements pénitentiaires (annexes psychiatriques, sections de défense sociale) ou dans un établissement de défense sociale : ceux-là uniquement se sont vu appliquer des mesures adoptées pour les personnes incarcérées.

¹³¹ Pour un exposé détaillé sur le sujet, voy. O. NEDERLANDT, «Droits des personnes incarcérées durant la pandémie : quand la crise ordinaire se double d'une crise sanitaire», *e-legal – Revue de droit et de criminologie de l'Université libre de Bruxelles*, dossier spécial Covid-19, 2021 (<http://e-legal.ulb.be/special-covid19/dossier-special-covid19/droits-des-personnes-incarcerees-durant-la-pandemie-quand-la-crise-ordinaire-se-double-d-une-crise-sanitaire>), et les références contenues dans cette étude à diverses contributions déjà publiées sur le sujet «prison et pandémie». Adde M.-A. BEERNAERT, «La détention au temps du Covid sous le regard de la Cour européenne des droits de l'homme», *cette Revue*, ce numéro, pp. 1047 et s. Enfin, *cf.* pour un podcast : <https://radio-librex.simplecast.com/episodes/privation-de-liberte-la-prison-angle-mort-de-la-democratie>.

d'effectivité des droits des personnes détenues¹³², et par une peine privative de liberté qui ne parvient pas à remplir ses principaux objectifs – à savoir la limitation des effets dommageables de la détention et la préparation à la réinsertion. Elle est par ailleurs accentuée par la complexité institutionnelle belge, qui se traduit, en la matière, par un éclatement des compétences entre l'État fédéral et les Communautés. Le premier prend en charge ce qui relève de «l'institution» (l'exécution des peines privatives de liberté et la gestion des établissements pénitentiaires), tandis que les secondes gèrent ce qui se joue à l'extérieur de celle-ci (le suivi des peines alternatives à la prison, le suivi hors prison de l'exécution des peines privatives de liberté, l'aide aux ex-détenus et aux proches des [ex-]détenus), tout en disposant d'une compétence s'exerçant en institution (l'aide aux détenus)¹³³.

Dès le début de la pandémie, plusieurs instances internationales (notamment l'ONU et l'OMS) et européennes (en particulier le Comité des ministres et le CPT au niveau du Conseil de l'Europe) ont formulé des recommandations quant aux mesures à prendre à l'égard des prisons, en soulignant l'importance de réduire la population carcérale¹³⁴. Les prisons favorisent en effet une propagation rapide du virus, dès lors qu'elles sont fortement peuplées, voire surpeuplées, que la distanciation sociale est difficile à respecter et que les conditions d'hygiène sont loin d'être optimales. Le risque est d'autant plus grand que, de manière générale, l'état de santé physique et psychique des détenus est déficient par rapport au reste de la population, et ce, en raison non seulement de la situation de précarité de nombre d'entre eux¹³⁵, mais aussi des mauvaises conditions de détention dans la plupart des prisons (bâtiments insalubres, nourriture peu

¹³² Comme en attestent les nombreuses situations de violation des droits fondamentaux des personnes détenues constatées tant par les juridictions belges et internationales, que par les organes officiels de contrôle des prisons ou encore par le secteur associatif (cf. O. NEDERLANDT, «Droits des personnes incarcérées durant la pandémie: quand la crise ordinaire se double d'une crise sanitaire», *op. cit.*; *id.*, «La légalité en matière pénitentiaire: une illusion?», in L. Detroux, M. El Berhoumi et Br. Lombaert (dir.), *La légalité: un principe de la démocratie belge en péril?*, Larcier, Bruxelles, 2019, pp. 166 à 171).

¹³³ O. NEDERLANDT et C. REMACLE, «L'aide sociale aux justiciables et aux détenus: un secteur invisibilisé par la complexité institutionnelle belge?», *Rev. dr. pén. crim.*, 2019, vol. 2, pp. 379 à 423.

¹³⁴ L'Association pour la prévention de la torture a listé les différentes recommandations émises au niveau européen et international à la fin de son «Guide – Monitoring des lieux de détention en temps de Covid-19», mai 2020 (www.apr.ch/fr/resources/publications/guide-monitoring-des-lieux-de-detention-en-temps-de-covid-19, consulté le 11 décembre 2020).

¹³⁵ Le public incarcéré comporte en effet des personnes issues des classes socio-économiques les plus défavorisées, des personnes sans titre de séjour, sans logement, souffrant de troubles mentaux, des personnes âgées... (voy. A.-M. MARCHETTI, *Pauvretés en prison*, Éditions Erès, Ramonville-Saint-Agne, 1997).

équilibrée, manque de produits d'hygiène et d'activité physique...). L'offre de soins de santé est au demeurant insuffisante dans les prisons¹³⁶.

En Belgique, tout comme dans de nombreux pays européens¹³⁷, diverses mesures ont été adoptées pour limiter la propagation du virus au sein des établissements pénitentiaires (A). Par contraste avec le régime de détention strict imposé par l'État fédéral en contexte de crise, les Communautés ne sont pas intervenues durant la crise pour encadrer la vie des personnes sorties de prison ou celle de leur entourage (B). Quant à la question de l'accès des soins de santé en temps de crise, elle a fait relativement peu parler d'elle à propos des personnes incarcérées (C).

A. *La vie en institution*

21. Pour enrayer le risque sanitaire au sein des prisons, les mesures fédérales ont visé tantôt à réduire la population carcérale (1), tantôt à limiter les entrées et sorties en prison (2), tantôt, encore, à préciser les règles sanitaires à observer à l'intérieur des prisons (3).

Parmi ces mesures, celles concernant le statut juridique externe des détenus (permissions de sortie, surveillance électronique, libération conditionnelle, libération provisoire pour raisons médicales...) ¹³⁸ ont, pour l'essentiel, été encadrées par le pouvoir législatif¹³⁹, tandis que les dispositifs relatifs aux condi-

¹³⁶ Voy. Centre fédéral d'Expertise des Soins de santé, «Soins de santé dans les prisons belges : situation actuelle et scénarios pour le futur», 18 octobre 2017, Synthèse en français (https://kce.fgov.be/sites/default/files/atoms/files/KCE_293Bs_Soins_de_sante_prisons_belge_Synthese.pdf); D. THÉZÉ et V. SALIEZ, *L'urgence d'agir pour la santé des personnes détenues – Constats et recommandations*, I.Care ASBL, mars 2021 (www.i-careasbl.be/nos-publications).

¹³⁷ O. ZEVELEVA et J. I. NAZIF-MUNOZ, «Covid-19 and European carcerality: Do national prison policies converge when faced with a pandemic?», *Punishment & Society*, 2021, <https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/14624745211002011>; NGO Antigone, «Have prisons learnt from Covid-19? How the world has reacted to the pandemic behind bars», 2020, Anno XV, n° 1, www.antigone.it/rivista-archivio/Rivista_Anno_XV_N1.pdf.

¹³⁸ Le statut juridique externe est organisé par deux lois : la loi du 17 mai 2006 relative au statut juridique externe des personnes condamnées à une peine privative de liberté et aux droits reconnus à la victime dans le cadre des modalités d'exécution de la peine, et la loi du 17 mai 2006 instaurant des tribunaux de l'application des peines.

¹³⁹ Adoptées dans l'urgence, dès la mi-mars 2020, sous la forme d'instructions internes de l'administration pénitentiaire et de circulaires du ministre de la Justice, les mesures de crise relatives au statut juridique externe ont assez vite été couvertes par l'arrêté royal n° 3 du 9 avril 2020 portant des dispositions diverses relatives à la procédure pénale et à l'exécution des peines et des

→

tions de vie à l'intérieur des prisons, qui relèvent du statut juridique interne (conditions matérielles de détention, activités, travail pénitentiaire, religion et philosophie, santé pénitentiaire, surveillance des prisons, droit de plainte...) ¹⁴⁰, ils ont été adoptés en marge du principe de légalité, par dérogation à la loi de principes. C'est l'administration pénitentiaire qui, depuis le début de la crise sanitaire, rédige des «instructions coronavirus», non publiées ¹⁴¹ et régulièrement mises à jour, étant entendu que les nouvelles versions sont à chaque fois transmises par courriel aux directeurs de prison en vue de leur exécution.

Au-delà des différences caractérisant les véhicules formels qui les abritent, la plupart des mesures commentées ont en commun de limiter substantiellement les droits fondamentaux des détenus, sans que le respect de l'exigence de proportionnalité, voire du principe d'égalité, n'apparaisse toujours avec évidence. Il n'est pas certain non plus qu'elles aient toutes contribué, à suffisance, à protéger le droit à la santé des personnes incarcérées.

1. Les mesures destinées à diminuer la population carcérale

22. Les mesures destinées à diminuer la population carcérale et modifiant le statut juridique externe des détenus ont emprunté deux voies complémentaires : l'octroi ou l'accélération des libérations de prison (par l'interruption

←

mesures prévues dans le cadre de la lutte contre la propagation du coronavirus Covid-19. Cet arrêté de pouvoirs spéciaux fut adopté en vertu de la loi du 27 mars 2020 habilitant le Roi à prendre des mesures de lutte contre la propagation du coronavirus Covid-19 (II), et confirmé par la loi du 24 décembre 2020 portant confirmation des arrêtés royaux pris en application de la loi du 27 mars 2020 habilitant le Roi à prendre des mesures de lutte contre la propagation du coronavirus Covid-19 (II). Sauf exception, les mesures contenues dans cet arrêté furent applicables du 9 avril 2020 au 17 juin 2020. Lors de la deuxième vague entamée fin septembre 2020, le législateur a par contre tardé à intervenir : là où des mesures ont été adoptées dès la mi-octobre, à nouveau sous la forme d'instructions internes de l'administration pénitentiaire et de circulaires du ministre de la Justice, il faudra attendre la loi du 20 décembre 2020 portant des dispositions diverses temporaires et structurelles en matière de justice dans le cadre de la lutte contre la propagation du coronavirus pour que le législateur reprenne la main. Les mesures pénitentiaires prises dans le cadre de cette loi fourre-tout, globalement similaires à celles qui avaient été prévues par l'arrêté royal n° 3 du 9 avril 2020, se sont appliquées, sauf exception, entre le 24 décembre 2020 et le 31 mars 2021, avant d'être prolongées jusqu'au 30 juin 2021 pour la plupart (jusqu'au 15 juillet 2021 pour l'IEP-Covid-19).

¹⁴⁰ Bien qu'intrinsèquement lié au statut juridique externe, le statut juridique interne est pour sa part réglé par la loi dite «de principes» du 12 janvier 2005 concernant l'administration pénitentiaire ainsi que le statut juridique des détenus.

¹⁴¹ Certaines versions de ces instructions (entre le 20 mars et le 30 avril 2020) sont toutefois disponibles en ligne à l'adresse suivante : www.europris.org/belgian-prison-service-be/, consulté le 30 décembre 2020.

de l'exécution de la peine et la libération anticipée de certains condamnés¹⁴²), d'une part ; la réduction des entrées en prison (via la suspension de l'exécution de certaines peines d'emprisonnement), d'autre part¹⁴³.

23. *L'interruption de l'exécution de la peine Covid-19* (ci-après «IEP-Covid-19») est une modalité qui permet que la peine soit suspendue pendant une période déterminée (entre le 20 mars et le 17 juin 2020 pour la première vague ; entre le 3 décembre 2020 et le 15 juillet 2021 ensuite) : le condamné se retrouve «dehors» en tant que citoyen libre, et sa peine n'est donc pas exécutée durant cette interruption. Cette modalité n'est accordée qu'aux condamnés remplissant certaines conditions, à commencer par le fait de disposer d'un milieu d'accueil et de moyens d'existence suffisants¹⁴⁴. Si, lors de la première vague, il était exigé que les personnes considérées aient déjà bénéficié d'un congé pénitentiaire (sortie de prison pour deux jours et une nuit) ou présentent une vulnérabilité particulière au Covid¹⁴⁵, les mesures se sont resserrées lors de la seconde vague autour d'une seule exigence, de surcroît plus contraignante, à savoir le bon déroulement de trois congés pénitentiaires. La décision d'octroi prise par le directeur de la prison est en outre subordonnée à une analyse de risques (risque de soustraction, risque de récidive, risque d'importuner les victimes ou de ne pas respecter les mesures sanitaires). Enfin, même s'ils remplissent toutes ces conditions, certains condamnés (condamnés cumulant un total de peine(s) supérieur à dix ans, condamnés pour faits de terrorisme ou de mœurs...) sont exclus de la possibilité de bénéficier de cette IEP-Covid-19.

24. *La libération anticipée Covid-19* est accordée par le directeur de la prison au condamné qui se trouve dans les six mois avant la fin de sa ou ses peine(s), et qui dispose d'un logement et de moyens d'existence suffisants. La mesure s'est d'abord appliquée entre le 9 avril et le 17 juin 2020 durant la première vague,

¹⁴² On précise d'emblée que ces deux mesures concernent uniquement les condamnés détenus en prison (*versus* ceux en surveillance électronique) et purgeant une ou plusieurs peine(s) dont le total à exécuter est supérieur à trois ans. Si cette partie exécutoire est inférieure ou égale à trois ans, les condamnés bénéficient en effet déjà d'un régime administratif leur permettant de ne purger qu'une partie limitée de leur(s) peine(s) soit en prison, soit en surveillance électronique, avant de bénéficier d'une libération provisoire.

¹⁴³ M.-A. BEERNAERT, *op. cit.*

¹⁴⁴ Compte tenu du fait que l'on trouve principalement en prison des personnes socio-économiquement défavorisées, ces conditions d'octroi ont fortement restreint le champ d'application dudit dispositif.

¹⁴⁵ Le rapport au Roi et la lettre collective n° 153 de la DG EPI (p. 2) indiquent que sont visés comme personnes vulnérables : les condamnés qui ont atteint l'âge de 65 ans, ceux qui souffrent de graves maladies chroniques (diabète, maladies cardiaques, pulmonaires ou des reins) ou dont le système immunitaire est affaibli.

puis entre le 27 novembre 2020 et le 30 juin 2021. Ici encore, certains condamnés sont exclus de la possibilité d'en bénéficier, et les conditions d'application ont été durcies lors de la deuxième vague. Pas davantage que pour l'IEP-Covid-19, un recours n'est prévu en cas de refus d'octroi. Les détenus peuvent donc uniquement saisir le juge des référés – un recours qui a été jugé inefficace par la Cour européenne des droits de l'homme¹⁴⁶.

25. Quant à la *suspension de l'exécution de certaines peines d'emprisonnement* inférieures ou égales à cinq ans, elle a eu cours entre le 26 mars et le 26 juin 2020, avant d'être réactivée le 5 novembre 2020. Contrairement aux deux précédentes mesures évoquées, celle-ci a été organisée en dehors de tout cadre légal, par la voie de circulaires du collège des procureurs généraux.

26. Combinées, ces mesures ont-elles permis de diminuer la population carcérale pour préserver la santé des détenus? Les données de l'administration pénitentiaire¹⁴⁷ indiquent une baisse importante de la population carcérale lors de la première vague, avec une diminution de près de 1.300 personnes en l'espace d'un peu plus d'un mois (on est passé de 10.906 personnes détenues le 12 mars 2020, veille de la déclaration de l'état de crise sanitaire, à 9.561 le 1^{er} mai 2020, taux d'occupation le plus bas enregistré pendant cette période). À la fin de la première vague, on était revenu à la population carcérale d'avant la crise sanitaire, oscillant autour des 10.500 détenus, et ce nombre n'a plus diminué substantiellement par la suite, en dépit de la survenance de la deuxième vague (on compte ainsi 10.734 détenus en date du 3 novembre, 10.483 en date du 6 décembre, 10.392 en date du 28 décembre et 10.428 en date du 23 avril 2021)¹⁴⁸. Sans même considérer ces données chiffrées, on peut se demander

¹⁴⁶ Dans l'arrêt *Vasilescu c. Belgique* du 25 novembre 2014, la Cour strasbourgeoise a en effet estimé que ne sauraient être considérés comme des recours effectifs à épuiser par toute personne détenue souhaitant contester les conditions matérielles de sa détention, l'action en référé (§ 74), le recours en vertu de l'article 1382 du Code civil (§ 75) et la saisine d'une commission de surveillance (§ 77). Ce constat d'absence de recours effectif susceptible de permettre aux personnes détenues d'obtenir une amélioration de leurs conditions de détention a été réitéré dans d'autres arrêts (Cour eur. dr. h., arrêt *Sylla et Nollomont c. Belgique*, 16 août 2017, §§ 19 à 21; arrêt *Clasens c. Belgique*, 28 mai 2019, §§ 43 à 47).

¹⁴⁷ Depuis le début de la pandémie, l'administration pénitentiaire produit chaque jour des chiffres reprenant la population pénitentiaire, le nombre de détenus testés positifs, et, durant la première vague, le nombre de membres du personnel travaillant en prison testés positifs. Bien qu'ils ne soient pas publiés (ce que l'on peut regretter), certains chercheurs ont eu accès à ces chiffres qu'il faut cependant recevoir avec prudence, dans la mesure où les règles de comptage ne sont pas explicitées.

¹⁴⁸ D'après le ministre de la Justice, 508 IEP-Covid-19 et 209 libérations anticipées ont été octroyées durant la première vague, tandis que 269 IEP-Covid-19 et 117 libérations anticipées ont été accordées depuis la seconde vague; la suspension de l'exécution de certaines peines d'em-

si l'IEP-Covid-19 et la libération anticipée Covid-19 n'auraient pas gagné à toucher davantage de détenus¹⁴⁹. Le durcissement des conditions d'accès à ces mesures à l'occasion de la deuxième vague apparaît en tout cas difficilement justifiable au regard du droit des droits fondamentaux¹⁵⁰.

2. Les mesures visant à réduire les contacts entre la prison et le monde extérieur¹⁵¹

27. Là où les trois premières mesures épinglées visaient à diminuer la population carcérale, il en est d'autres qui ont cherché à réduire les contacts entre les détenus demeurés en prison et le monde extérieur. Cette deuxième catégorie de mesures a impacté tout à la fois les audiences, les permissions de sortie destinées à préparer la réinsertion des personnes condamnées ou internées et les visites en prison. Si les dispositifs relatifs aux audiences et aux permissions de sortie relèvent du statut externe, et ont été encadrés, durant la crise, par le législateur¹⁵², il en va différemment des visites dont le traitement relève du statut juridique interne et a évolué, en contexte de crise, à l'écart du principe de légalité.

28. Concernant les *audiences*, plusieurs dérogations ont été apportées aux principes consacrés par la loi du 17 mai 2006 relative au statut juridique externe des personnes condamnées à une peine privative de liberté et aux droits reconnus à la victime dans le cadre des modalités d'exécution de la peine. Il fut tout d'abord prévu que les audiences qui se tiennent habituellement en

prisonnement a, pour sa part, concerné 2.500 condamnations (*C.R.I.*, Ch. repr., 2020-2021, séance du 9 décembre 2020 après-midi, n° 55-COM-136, pp. 33 et 34). *Adde* L. Bové, «135 gedetineerden vervroegd vrijgelaten in tweede coronagolf», *De Tijd*, 12 janvier 2021, www.tijd.be/politiek-economie/belgie/algemeen/135-gedeteneerden-vervroegd-vrijgelaten-in-tweede-coronagolf/10276606.html, consulté le 28 février 2021.

¹⁴⁹ Ainsi, ces mesures (IEP-Covid-19 et libération anticipée Covid-19) ne visent que les personnes condamnées et non les personnes en détention préventive, qui représentent pourtant plus d'un tiers de la population pénitentiaire et sont en outre détenues au sein des maisons d'arrêt (c'est-à-dire les prisons les plus vétustes et surpeuplées, où le risque de propagation est le plus important).

¹⁵⁰ On peut penser que la protection du droit à la santé impose au contraire d'octroyer à toute personne vulnérable au développement de symptômes graves du coronavirus une sortie temporaire ou anticipée de prison – ou, à tout le moins, de lui offrir une alternative en détention qui soit compatible avec son état de santé. Ainsi, l'administration pénitentiaire aurait pu envisager de leur réserver des places dans les maisons de transition (*cf.* à cet égard O. NEDERLANDT, «Droits des personnes incarcérées durant la pandémie : quand la crise ordinaire se double d'une crise sanitaire», *op. cit.*, § 25).

¹⁵¹ M.-A. BEERNAERT, *op. cit.*

¹⁵² Voy. *supra*, note 139.

prison pourraient se dérouler au sein des palais de justice. Il fut également décidé d'imposer la représentation par avocat des condamnés et internés – et, dans un premier temps, des victimes – devant les tribunaux de l'application des peines (chambres de l'application des peines et chambres de protection sociale) («TAP»), sauf décision en sens contraire de la part desdits tribunaux¹⁵³. Durant la première vague, certains juges ont cependant eu recours à la visioconférence pour entendre le condamné en prison¹⁵⁴. Par ailleurs, la décision d'exclure la possibilité pour les personnes internées d'être entendues par la chambre de protection sociale a donné lieu à des recours en suspension et en annulation devant la Cour constitutionnelle, laquelle a conclu au caractère disproportionné de la mesure adoptée au terme d'un raisonnement faisant écho à la vulnérabilité des personnes considérées, privées de liberté, tout comme au principe d'égalité¹⁵⁵. La Cour a ainsi estimé que «la suspension du droit de la personne internée à être entendue en personne va au-delà de ce qui est strictement nécessaire au regard de cet objectif. Il n'est pas démontré en l'espèce pourquoi cet objectif ne pourrait pas être atteint à l'aide de mesures moins restrictives permettant quand même à la chambre de protection sociale de s'assurer de la situation actuelle de la personne internée, comme une comparution par vidéoconférence, une comparution dans une salle d'audience suffisamment spacieuse et bien ventilée, ou une audience de la chambre de protection sociale dans l'institution où séjourne la personne internée»¹⁵⁶.

29. Alors que les modalités d'exécution des peines et de l'internement constituent en principe des droits subjectifs, les *sorties* dont bénéficient les condamnés et internés en vue de préparer leur réinsertion (permissions de sortie et congés pénitentiaires) ont, elles aussi, été suspendues – avec deux exceptions, toutefois. Premièrement, le directeur de l'établissement pénitentiaire ou de défense sociale pouvait lever cette suspension lorsque des circonstances urgentes et humanitaires le justifiaient et, à partir de la deuxième vague, si elle mettait sérieusement en péril le plan de reclassement¹⁵⁷. Deuxièmement, l'administra-

¹⁵³ Cette mesure fut appliquée entre le 9 avril et le 17 juin 2020 durant la première vague, et entre le 24 décembre 2020 et le 30 juin 2021 durant la seconde vague.

¹⁵⁴ L'expérience n'ayant pas été concluante, elle n'a pas été réitérée lors de la deuxième vague, durant laquelle de nombreux TAP sont retournés siéger en prison. Voy. à ce sujet : J.-Fr. FUNCK, «La vidéoconférence en matière pénale : approche critique, pratique et prospective», *J.T.*, 2021, pp. 261 et 262.

¹⁵⁵ Cour const., arrêt n° 32/2021, 25 février 2021 (suspension), et arrêt n° 76/2021, 20 mai 2021 (annulation).

¹⁵⁶ Cour const., arrêt n° 76/2021, 20 mai 2021, B.6.2.

¹⁵⁷ Cette règle s'est appliquée entre le 24 mars et le 17 juin 2020 lors de la première vague et entre le 30 octobre 2020 et le 31 mars 2021 lors de la deuxième vague, dans le cadre de laquelle elle a été prolongée jusqu'au 30 juin 2021.

tion pénitentiaire a prévu une compensation limitée et ponctuelle, à savoir la possibilité de récupérer, à la fin de la première vague, certains congés perdus (système des « congés épargnés »). Il n'en demeure pas moins que la suspension des sorties met à l'arrêt le processus de réinsertion des personnes condamnées et internées¹⁵⁸, qui constitue pourtant l'objectif central de l'exécution des peines privatives de liberté et de la mesure d'internement¹⁵⁹, et qu'on peut se demander si des mesures moins attentatoires aux droits et libertés n'étaient pas envisageables (comme, par exemple, des tests et quarantaines lors des retours de sorties). On notera que la suspension des sorties entre en tout cas en tension avec les dispositifs poursuivant la réduction de la population carcérale en temps de crise, étant donné qu'elle ralentit le processus de sortie de nombreux condamnés et internés.

30. Quant aux *visites* que les détenus et internés peuvent recevoir de leurs proches¹⁶⁰, elles ont été supprimées entre le 14 mars et le 25 mai 2020, puis entre le 30 octobre et le 7 décembre 2020. Leur reprise fut à chaque fois conditionnée au respect de mesures strictes (nombre limité de visiteurs, séparation par des vitres en plexiglas, horaires précis selon la bulle à laquelle appartient le détenu, interdiction de contacts physiques...), tandis que les visites intimes (hors surveillance) n'ont jamais véritablement redémarré avant l'été 2021¹⁶¹. En contrepartie, l'administration pénitentiaire a prévu des octrois ponctuels de crédits d'appel téléphonique et la possibilité – inédite – de contacter les proches par un système de visioconférence.

La question des visites a cristallisé une forte opposition sur la scène publique : leur maintien constituait une revendication importante des détenus et de leurs proches, tandis que chaque annonce de reprise ou d'assouplissement du régime de visites a conduit au dépôt de préavis de grève de la part des syndicats du personnel pénitentiaire. Sur le plan juridique, les mesures arrêtées en la matière par le biais d'« instructions coronavirus » non publiées interrogent non seulement sous l'angle du principe de légalité mais aussi du point de vue des principes d'égalité et de proportionnalité. Si la suppression pure et simple des

¹⁵⁸ Voy. Y. CARTUYVELS, S. DE SPIEGELEIR et N. MARQUIS, « Internés, confinés... réinsérés? », *Le Soir* et *Carta Academica*, 20 juin 2020, <https://plus.lesoir.be/308404/article/2020-06-20/internes-confinés-reinsérés>.

¹⁵⁹ Les congés pénitentiaires ont par ailleurs pour objectif de préserver et de favoriser les contacts familiaux, affectifs et sociaux du condamné, à telle enseigne que leur suspension pose également question, de ce point de vue, sous l'angle de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

¹⁶⁰ Cela ne concerne donc pas les visites d'avocats.

¹⁶¹ Les visites hors surveillance ont repris durant un laps de temps très court, à savoir le 14 septembre 2020, avant d'être à nouveau supprimées par des instructions du 22 octobre 2020.

visites pouvait se comprendre dans les premiers temps de la crise quand il fallait réagir dans l'urgence à un virus méconnu, sa réitération lors de la seconde vague surprend, *a fortiori* par contraste avec l'évolution constatée à propos d'autres catégories de personnes vulnérables comme les personnes âgées ou handicapées. Bien qu'elles aient le mérite d'exister, les mesures compensatoires adoptées ne semblent pas de nature à contrebalancer de manière substantielle les atteintes portées au droit au respect de la vie privée.

3. Les mesures sanitaires prises à l'intérieur des prisons

31. On l'a d'emblée souligné¹⁶², et on vient de le rappeler en abordant la question des visites : durant la crise sanitaire, le régime de détention a été entièrement réglé par l'administration pénitentiaire au moyen d'«instructions coronavirus», mais aussi par diverses notes, documents FAQ ou autres consignes contenues dans des e-mails diffusés aux directeurs de prison. Sans même revenir sur la liberté prise avec le principe de légalité, on relèvera que l'absence de publication des sources précitées complique considérablement la connaissance des conditions de détention en temps de Covid.

Des instructions coronavirus auxquelles nous avons pu avoir accès, il ressort que les mesures sanitaires adoptées ont trait, notamment, à l'isolement préventif des détenus entrant ou présentant des symptômes, à la constitution de «bulles» parmi les détenus, au port du masque par les détenus et le personnel, ou encore à la suspension partielle ou totale de certaines activités collectives ou du travail pénitentiaire.

On soulignera également que la portée générale des instructions adoptées trouve ses limites dans la singularité de chaque établissement, laquelle conduit à leur réserver une application différenciée. Déjà en temps «normal», les conditions de détention varient de manière importante d'une prison à l'autre, voire entre les différentes ailes au sein d'une même prison. *A fortiori* en temps de crise, il n'est pas identique d'être confiné en cellule seul ou à plusieurs, dans une prison vétuste aux conditions d'hygiène déplorables sans douche en cellule, voire sans eau courante, ou dans une prison plus neuve, plus propre, avec des douches en cellule. Il est encore différent d'être détenu dans une prison où des activités et/ou le travail pénitentiaire ont pu être maintenus dans une certaine mesure ou non, dans une prison où les relations entre les détenus et le personnel pénitentiaire sont globalement sereines ou, à l'inverse, tendues, dans une prison où le régime «portes ouvertes» a été maintenu ou pas... Compte tenu de la diversité des situations de détention, l'adoption d'instructions uni-

¹⁶² *Supra*, n° 21.

formes pour tous les établissements pénitentiaires pose question au regard du principe d'égalité¹⁶³.

Sachant que la crise sanitaire a fortement dégradé les conditions de détention dans les prisons belges¹⁶⁴, on peut par ailleurs s'interroger sur le respect de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme. On notera à cet égard que la Cour strasbourgeoise n'a pas hésité à qualifier de traitement dégradant des conditions de détention similaires – mais moins drastiques¹⁶⁵ – subies par des personnes incarcérées lors des grèves du personnel pénitentiaire au printemps 2016¹⁶⁶.

32. D'après les données de l'administration pénitentiaire relatives au taux de contamination¹⁶⁷, la pandémie a pu être contenue hors des prisons lors de la première vague (entre le début de celle-ci et la date du 17 juin 2020, une fois la première vague passée, 25 personnes détenues et 75 membres du personnel pénitentiaire ont été testés positifs et aucune prison n'a dû être placée en confinement), mais non lors de la deuxième vague. En date du 30 octobre 2020, le nombre de contaminations a fortement augmenté avec 225 détenus testés positifs, chiffre monté à 617 en date du 26 février 2021 et à 1.027 le 22 avril 2021. On ajoutera que plusieurs (ailes de) prisons ont été placées en quarantaine à différentes périodes de la deuxième vague.

33. Au total, lorsque la détention des personnes condamnées s'exécute à ce point en rupture avec les objectifs qui sont assignés à la peine privative de liberté (la limitation des effets dommageables de la détention et la préparation à la réinsertion), il est permis de s'interroger sur la régularité même d'une telle détention au regard de l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme. L'absence de priorité accordée aux personnes détenues dans le cadre

¹⁶³ Les conditions de détention mises en place par l'administration pénitentiaire empêchent ou limitent du reste fortement la possibilité pour les services de la Communauté française d'exercer leur compétence visant à apporter une aide aux détenus (les accords de coopération conclus ne sont donc plus respectés en pratique).

¹⁶⁴ Isolement en cellule, nonaccès pendant plusieurs semaines à la douche, suppression ou limitation drastique des activités, du travail et des visites... (cf. *supra*) – le tout sur une période longue (depuis mars 2020), sur fond d'une anxiété générée par le risque de contracter le virus si celui-ci se propage en prison et d'une incertitude quant à la fin d'un régime de détention difficile.

¹⁶⁵ Car limitées à deux mois et dépourvues de l'anxiété liée à la crise sanitaire.

¹⁶⁶ Cour eur. dr. h., *Clasens c. Belgique*, préc. (voy. pour un commentaire: O. NEDERLANDT et L. DESCAMPS, « Considérations relatives au service minimum garanti dans les prisons belges en temps de grève des agents pénitentiaires », *cette Revue*, 2020, pp. 187 à 213); Cour eur. dr. h., arrêt *Detry e.a. c. Belgique*, 4 juin 2020.

¹⁶⁷ Voy. *supra*, note 147. Ces chiffres doivent de surcroît être lus en ayant à l'esprit qu'il n'y a pas eu de testing systématique des détenus et du personnel.

de la stratégie de vaccination témoigne au demeurant d'une certaine forme de désintérêt politique pour mettre fin aux conditions drastiques de détention que celles-ci subissent depuis plus d'un an¹⁶⁸.

B. *Hors de l'institution et alentour*

34. Quant au suivi des justiciables en probation par les maisons de justice (aide contrainte) et l'aide fournie sur une base volontaire par différents services aux personnes sortant de prison et aux proches des personnes incarcérées, ce sont deux compétences qui relèvent des Communautés. À défaut d'information publiée au sujet de l'aide apportée à ces personnes ou de leur suivi par les instances officielles, il est délicat d'évoquer leur situation durant la crise sanitaire. On peut néanmoins pointer le fait que les services d'aide aux détenus de la Communauté française ont publié des cartes blanches appelant la ministre fédérée en charge de cette compétence et le ministre de la Justice à réagir¹⁶⁹. On relèvera aussi le fait que les mesures fédérales visant à octroyer des libérations temporaires ou anticipées de prison¹⁷⁰ n'ont été accompagnées d'aucune aide financière (contrairement à ce qui est prévu pour les personnes placées en surveillance électronique), et sans prévoir un suivi par les maisons de justice. Il s'agit donc de « sorties sèches », peu accompagnées ; la conséquence de cette carence d'aide institutionnelle étant que la responsabilité de la prise en charge des personnes sortant de prison a pesé exclusivement sur leurs familles et leurs proches.

¹⁶⁸ Comp. avec l'avis n° 75 du Comité consultatif de bioéthique de Belgique du 11 décembre 2020 relatif aux repères éthiques en vue du déploiement de la vaccination anti-Covid-19 au bénéfice de la population belge, spécialement pp. 16 et 17. Voy. aussi : N. SIVA, « Experts call to include prisons in Covid-19 vaccine plans », *Lancet*, 2020, en ligne : www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7832948/.

¹⁶⁹ Voy. « Les détenus et le travail social en prison sont mis à mal dans l'indifférence générale », *La Libre Belgique*, 8 décembre 2020, www.lalibre.be/debats/opinions/les-detenus-et-le-travail-social-en-prison-sont-mis-a-mal-dans-l-indifference-generale-5fce6677d8ad5874797784d1?fbclid=IwAR-1KBgsRjcMBHBZdFfldgR753ZB8rG-GOi_-F21ILvG0DPqewi7bQL4jFTY, consulté le 8 décembre 2020 ; voy. aussi la lettre ouverte adressée le 16 décembre 2020 au ministre de la Justice par la CAAP (Concertation des Associations Actives en Prison), <https://caap.be/index.php/583-lettre-au-ministre-de-la-justice>.

¹⁷⁰ *Supra*, n°s 23 et 24.

C. Vers et de retour de l'institution hospitalière

35. Les personnes incarcérées sont soignées en priorité au sein des établissements pénitentiaires : si les soins disponibles au sein de la prison sont insuffisants, ils sont alors transférés dans les « hôpitaux pénitentiaires », situés dans les prisons de Saint-Gilles, Bruges et Lantin. Ce n'est que si le traitement nécessaire n'est pas possible dans ces lieux que la personne incarcérée est transférée dans un hôpital, via une extraction.

Dans le cadre de la pandémie, la DG EPI (Direction générale des établissements pénitentiaires) a ouvert des sections médicales spéciales Covid-19 : 24 lits pour les détenus souffrant de la Covid-19 dans l'aile médicale de la prison de Bruges ainsi que 20 lits dans l'aile médicale de la prison de Lantin pour les détenus asymptomatiques. Le 17 avril 2020, elle a annoncé sa volonté de créer une section Covid-19 de 26 lits pour détenus contaminés dans l'ancien hôpital de Vilvorde (AZ Jan Portaels). Cette décision ne s'est pas concrétisée, faute de nécessité. Ne disposant d'aucune donnée à ce sujet, nous ne pouvons faire état du nombre de personnes incarcérées ayant été hospitalisées dans les sections médicales spéciales Covid-19 de l'administration pénitentiaire ou dans le circuit de soins hors milieu carcéral.

IV. Les personnes étrangères

36. À l'instar de nombreux autres États, la Belgique a recouru à la fermeture partielle des frontières pour empêcher la circulation du virus. Il s'est agi tant d'entraver les sorties du territoire que les entrées, sans considération de nationalité, même si des tempéraments ont été prévus pour le retour des nationaux ou des déplacements qualifiés d'essentiels. Ce ne sont pas ces mesures touchant à la circulation qui sont étudiées dans ce dernier point, mais celles par lesquelles l'État belge a régi la situation particulière des étrangers présents sur le territoire. Pour l'essentiel, la réflexion portera sur les étrangers en séjour précaire, soit les demandeurs d'asile et les sans-papiers¹⁷¹.

¹⁷¹ La Cour européenne des droits de l'homme a déjà reconnu que l'absence de papiers d'identité laissait ces personnes dans un « vide juridique » et était source de « vulnérabilité, d'insécurité et d'incertitude » (Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Kuric e.a. c. Slovénie*, 12 mars 2014, § 84 ; M. BAUMGÄRTEL, « Facing the challenge of migratory vulnerability in the European Court of Human Rights », *N.Q.H.R.*, 2020, vol. 38, pp. 12 à 29). La vulnérabilité catégorielle des demandeurs d'asile est quant à elle liée, selon la Cour strasbourgeoise, aux « parcours migratoire et [...] expériences traumatiques qu'ils peuvent avoir vécus » (Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, 21 janvier 2011, §§ 232 et 251).

Si les règles sanitaires «de police» s'appliquent invariablement à toute personne résidant en Belgique, les mesures de protection face à la maladie doivent quant à elles bénéficier à tous, le virus ne discriminant pas sur la base du statut administratif. Derrière l'apparente «égalité» devant le risque, des publics sont néanmoins identifiés comme étant plus vulnérables face à la maladie. Tel est le cas des demandeurs d'asile et des sans-papiers résidant dans des institutions dont la promiscuité fait craindre une plus grande circulation du virus. Les sans-papiers qui vivent en marge des institutions ont pour leur part vu leur vulnérabilité exacerbée par la précarité socio-économique dans laquelle la crise sanitaire les a laissés. Par conséquent, une protection *effective* de ces personnes implique nécessairement une protection *spécifique* et donc, parfois, de les traiter de manière différenciée, *a fortiori* en ces temps de crise sanitaire.

Les demandeurs d'asile et les sans-papiers ont-ils été intégrés dans les réflexions menées et font-ils l'objet de mesures spécifiques, ou à tout le moins adaptées à leur situation (tel le lieu de vie) ou à leur statut (régulier ou non)? Telle est la question à laquelle nous nous essayons à répondre. Le propos ne prétend à aucune exhaustivité tant le spectre des situations en cause est vaste. Il s'agit plutôt de faire un arrêt sur image et d'interroger la manière dont une part de la population souvent invisible et certainement fragilisée existe légalement en temps de «crise». Comme pour les autres catégories de personnes étudiées dans cette contribution, notre étude s'articule autour de la distinction «en institution» (A) et «hors institution» (B) et s'intéresse à l'accès de cette catégorie de personnes à l'institution hospitalière (C).

A. *La vie en institution*

37. Deux grands lieux de vie collectifs abritent les demandeurs d'asile et les sans-papiers: les centres d'accueil et les centres fermés. Le droit à l'accueil des candidats réfugiés est encadré par la loi du 12 janvier 2007 sur l'accueil des demandeurs d'asile et d'autres catégories d'étrangers¹⁷². Ce droit recouvre «*le logement, la nourriture et l'habillement, fournis en nature ou sous forme d'allocation financière ou de bons, ou en combinant ces trois formules, ainsi qu'une allocation journalière*»¹⁷³. Les centres d'arrivée et d'accueil sont gérés par l'Agence fédérale

¹⁷² Elle transpose les directives 2003/9/CE et 2013/33/UE de l'Union européenne fixant les normes minimales sur leurs conditions d'accueil.

¹⁷³ Art. 2, g), de la directive 2013/33/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale (refonte), *J.O.U.E.*, n° L 180 du 29 juin 2013, p. 96.

pour l'accueil des demandeurs d'asile (ci-après : Fedasil)¹⁷⁴ ou par ses partenaires (Croix-Rouge, communes et CPAS). Quant à la détention d'étrangers, elle est encadrée par la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers et relève de la compétence de l'Office des étrangers.

1. Demandeurs d'asile : centre d'arrivée et centre d'accueil

38. Le 16 mars 2020, le Haut-Commissariat aux Réfugiés des Nations Unies insistait sur l'importance que les mesures sanitaires ne privent pas les réfugiés de la possibilité effective de solliciter la protection internationale, ce qui serait contraire au droit international et risquerait de les placer en « orbite » à la recherche d'un État disposé à les accueillir et, de ce fait, de contribuer à la propagation de la maladie¹⁷⁵. Le lendemain, la Ministre de Block et l'Office des étrangers décidaient de refuser d'acter l'introduction de nouvelles demandes d'asile pour des raisons sanitaires¹⁷⁶. Si cette mesure a pu limiter l'afflux des demandeurs d'asile devant le Petit Château, ceux-ci se sont néanmoins retrouvés « enfermés dehors », ce qui n'a pas contribué à protéger ce groupe de personnes vulnérables ni la population dans son ensemble.

Le 4 avril 2020, une procédure d'introduction des demandes d'asile par voie électronique¹⁷⁷ a été mise en place. Une inscription préalable en ligne autorisait l'obtention d'un numéro de référence qui permettait ensuite de recevoir une date de rendez-vous pour l'enregistrement en présentiel de la demande¹⁷⁸.

¹⁷⁴ Fedasil est un organisme d'intérêt public placé sous la tutelle de la Ministre des Affaires sociales et de la Santé publique et de l'Asile et la Migration, Maggie de Block, durant la première vague, et du Secrétaire d'État à l'Asile et la Migration, Sammy Mahdi, durant la deuxième.

¹⁷⁵ UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), « Key Legal Considerations on access to territory for persons in need of international protection in the context of the Covid-19 response », 16 mars 2020 ; voy. aussi UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), « Legal Considerations with regard to the EU Commission's Guidelines for border management measures to protect health and ensure the availability of goods and essential services », 18 mars 2020.

¹⁷⁶ Fedasil, « Le centre d'arrivée ferme ses portes », *Actualités*, 17 mars 2020, www.fedasil.be/fr/actualites/.

¹⁷⁷ Cette procédure a rapidement montré des limites. Parmi elles, on peut citer la nécessité de disposer d'un smartphone et d'une connexion internet ; le fait que le formulaire ne soit accessible qu'en français ou en néerlandais ; la nécessité d'avoir un numéro de téléphone belge ; le fait de savoir lire et écrire, etc. (Myria, *Compte-rendu protection internationale. Procédure écrite (lors des mesures Covid-19). Réponses aux questions soumises par courriel*, 6 mai 2020, pp. 6 et s., www.myria.be/files/20200506_CR_protection_internationale.pdf).

¹⁷⁸ La directive sur les procédures d'asile autorise pourtant les États membres à porter le délai d'enregistrement des demandes à maximum dix jours ouvrables (art. 6.5 de la directive 2013/32/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale, *J.O.U.E.*, n° L 180 du 29 juin 2013, p. 60).

Ces modalités procédurales ont généré une période d'attente de deux à huit semaines¹⁷⁹ avant de pouvoir être intégré dans le réseau d'accueil, alors que ce droit devrait normalement naître dès la présentation d'une demande de protection internationale¹⁸⁰. Ce sont alors les associations, avocats et juges qui ont été contraints de combler l'inertie des pouvoirs publics en matière d'hébergement. Pour preuve: Fedasil a été condamné près de 1.000 fois en 2020 pour défaut d'accueil¹⁸¹. Le 7 octobre 2020, le Tribunal de première instance francophone de Bruxelles laissait trente jours au gouvernement belge pour rétablir un système permettant aux candidats réfugiés d'être hébergés dès l'enregistrement de leur demande d'asile, sous peine d'une astreinte de 2.500 euros par jour de retard¹⁸². Ce fut chose faite le 30 octobre 2020, date où Fedasil reprit les enregistrements des demandes d'asile en présentiel. Ce «dénouement intervenu paradoxalement le jour même où un nouveau confinement était décidé sur l'ensemble du territoire national» démontre, par lui-même, le «caractère non nécessaire et disproportionné»¹⁸³ des mesures prises durant la première vague.

39. La majorité des mesures mises en place dans les centres d'accueil durant la crise sanitaire sont contenues dans des instructions prenant la forme d'un «vade-mecum», dont toutes les versions sont accessibles en ligne¹⁸⁴. À noter, toutefois, que certaines communes ou responsables d'établissement se sont parfois montrés plus sévères dans leur application, allant, dans certains cas, jusqu'à franchir les limites de la légalité et de la proportionnalité¹⁸⁵. Parmi

¹⁷⁹ «Les demandeurs d'asile attendent des semaines dans la rue de pouvoir s'enregistrer à l'Office des étrangers», *VRT NWS*, 8 mai 2020, www.vrt.be/vrtnws.

¹⁸⁰ Art. 17.1 de la directive 2013/33/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale (refonte), *J.O.U.E.*, n° L 180 du 29 juin 2013, p. 96; art. 6, § 1^{er}, al. 1^{er}, de la loi du 12 janvier 2007 sur l'accueil des demandeurs d'asile et de certaines autres catégories d'étrangers, *M.B.*, 7 mai 2007.

¹⁸¹ «Fedasil a reçu mille condamnations pour défaut d'accueil cette année: 'Ce sont les droits fondamentaux qui sont en jeu dans ce dossier'», *La Libre Belgique*, 21 septembre 2020; réponse à la question n° 07416 de Darya Safai du 17 juillet 2020, *Q.R.*, Ch. repr., 2019-2020, n° 55-024, p. 360.

¹⁸² Trib. trav. Bruxelles, 5 octobre 2020, R.G. n° 20/105/C, publié sur le site de l'*Agentschap Migratie en Integratie*, www.agii.be/sites/default/files/20201005_rb_brussel.pdf.

¹⁸³ M. DOUTREPONT, *La situation des migrant·e·s en période de confinement: analyse à la lumière des droits fondamentaux*, Anthemis, Limal, 2021, à paraître (avec l'aimable autorisation de son auteure).

¹⁸⁴ Fedasil, *Vade-mecum Covid-19, Instructions Services Opérationnels*, version 16, 11 mai 2021, disponible à l'adresse www.uvcw.be/.

¹⁸⁵ En témoigne par exemple la saga de mesures ultra-restrictives prises à l'initiative du bourgmestre de Coxyde dans le centre Fedasil de sa commune. À l'origine d'une vague de contestations au sein du personnel du centre et du monde associatif, ces mesures ont également été dénoncées

→

les mesures contenues dans ces instructions, on peut souligner le fait que les départs des centres ont été encouragés par l'octroi d'un chèque-repas versé aux personnes disposant d'une alternative d'hébergement¹⁸⁶. Les visites *intra-muros* ont été fortement restreintes et les permissions de sorties interdites, selon les périodes, soit à tous les résidents soit aux seules personnes en isolement, symptomatiques, à risque ou en quarantaine¹⁸⁷. En contradiction avec ces dispositifs particulièrement restrictifs, Fedasil a maintenu la possibilité de mettre fin à l'accueil des demandeurs d'asile déboutés et a recommencé, dès le 22 juin 2020, à les transférer d'un centre à un autre (tels que vers des centres ouverts de retour ou « Dublin »)¹⁸⁸, ces transferts obéissant à une logique migratoire¹⁸⁹.

2. Personnes en séjour irrégulier : centres de détention administrative

40. L'article 15 de la directive 2008/115/CE¹⁹⁰ autorise les États membres à placer un étranger en rétention uniquement s'il « fait l'objet de procédures de

←

comme « disproportionné[es] et stigmatisant[es] » par Fedasil (Fedasil, « Disproportionné et stigmatisant », 15 juin 2020, www.fedasil.be/fr/actualites/; « Le centre pour demandeurs d'asile de Coxyde placé en confinement total », *VRT*, 24 mars 2020, www.vrt.be/vrtnws/; « Voor de asielzoekers in Koksijde is de lockdown niet voorbij », *De Standaard*, 5 juin 2020, www.standaard.be/; « Kinderen van asielzoekers niet meer welkom op school: 'Het vertrouwen is volledig weg' », *Het Nieuwsblad*, 2 mai 2020, www.nieuwsblad.be/).

¹⁸⁶ Ce chèque s'élève à 140 euros par adulte et à 60 euros par enfant (Fedasil, « Instructions: départ volontaire pour les résidents en centres collectifs: soutien via chèques-repas pour les personnes ayant une solution d'hébergement », 18 mars 2020, disponible à l'adresse www.uvcw.be/).

¹⁸⁷ Les permissions ont été supprimées pour tous les résidents le 23 mars 2020, autorisées le 30 juin et à nouveau supprimées pendant tout le mois d'août 2020, comme au mois de novembre 2020 (Fedasil, *Vade-mecum Covid-19, op. cit.*).

¹⁸⁸ Sous réserve de conditions établies conformément à un code couleur attribué à chaque centre, correspondant au nombre de contaminations (voy. Fedasil, *Vade-mecum Covid-19, op. cit.*, pp. 17 et s.).

¹⁸⁹ Concernant le transfert d'une personne vers une place Dublin, le président du Tribunal du travail de Bruxelles a, à titre exemplatif, jugé qu'il « ne répondrait pas aux déplacements actuellement strictement balisés et très limitativement autorisés par cette disposition; mettrait les accompagnants de [...] pour ce transfert dans une situation d'exposition à la contamination qui n'est pas justifiée, et ne contribuerait pas à limiter la propagation du virus. L'ensemble de ces circonstances exceptionnelles révèlent à la fois un état de nécessité manifeste coïncidant avec une situation d'extrême urgence et une apparence de droit suffisante » (Trib. trav. Bruxelles, ord. du 23 mars 2020, R.G. n° 20/87/K, inédit).

¹⁹⁰ Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, *J.O.U.E.*, n° L 348 du 24 décembre 2008, p. 98. En droit

retour afin de préparer le retour» et/ou «de procéder à l'éloignement, en particulier lorsque: a) il existe un risque de fuite [...]». Cette disposition ajoute que *«lorsqu'il apparaît qu'il n'existe plus de perspective raisonnable d'éloignement pour des considérations d'ordre juridique ou autres ou que les conditions énoncées au paragraphe 1^{er} ne sont plus réunies, la rétention ne se justifie plus et la personne concernée est immédiatement remise en liberté»*¹⁹¹.

Avec la fermeture des frontières et la suspension d'un bon nombre de liaisons aériennes, la société civile¹⁹² et de nombreuses instances internationales¹⁹³ ont, dès le début de l'épidémie, appelé à réduire considérablement le nombre d'étrangers dans les centres de rétention administrative. C'est dans ce contexte que, dès le 20 mars 2020, l'Office des étrangers a libéré près de 300 personnes en séjour irrégulier des centres de rétention. Il est cependant regrettable qu'aucune alternative d'hébergement n'ait été proposée à ces personnes, dont la majorité était pourtant en situation irrégulière de séjour et, partant, à risque de rencontrer des problèmes de logement¹⁹⁴.

Le 1^{er} juin 2020, il ne restait plus que 181 personnes détenues, pour une capacité maximale réduite à 296 places en raison des mesures sanitaires. Parmi ces 181 personnes, une proportion importante concernait des dossiers dits «d'ordre public»¹⁹⁵. Ainsi, l'Office des étrangers a établi une note interne

interne, voy. l'article 44septies de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, *M.B.*, 31 décembre 1980.

¹⁹¹ La Cour européenne des droits de l'homme impose une perspective réaliste d'éloignement, cette exigence devant exister au départ et demeurer tout au long de la détention: Cour eur. dr. h., arrêt *Al Husin c. Bosnie-Herzégovine* (n° 2), 25 juin 2019, § 98; arrêt *Amie e.a. c. Bulgarie*, 12 février 2013, § 77; arrêt *Kim c. Russie*, 17 juillet 2014, § 53. La Cour de justice précise, quant à elle, qu'il faut qu'«au moment du réexamen de la légalité de la rétention par la juridiction nationale, il existe une réelle perspective que l'éloignement puisse être mené à bien eu égard aux délais fixés à l'article 15, paragraphes 5 et 6, de la directive 2008/115» (C.J.U.E., arrêt *Kadzoev*, 30 novembre 2009, aff. C-357/09, point 65).

¹⁹² Voy. notamment la carte blanche signée par le président d'Avocats.be, quatre bâtonniers, la présidente de la Ligue des droits humains et du CIRE et une septantaine d'avocats: *Le Vif*, «Coronavirus: la détention des personnes migrantes en centre fermé est devenue illégale», publiée le 18 mars 2020, www.levif.be.

¹⁹³ CPT, *Déclaration de principe relative au traitement des personnes privées de liberté dans le contexte de la pandémie de coronavirus (Covid-19)*, 20 mars 2020, p. 5. Voy. dans le même sens l'appel de la Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe du 26 mars 2020 ainsi que le communiqué de presse conjoint du HCDH, de l'OIM, du HCR et de l'OMS du 31 mars 2020.

¹⁹⁴ «Vreemdelingenzaken laat 300-tal mensen zonder papieren uit gesloten centra vrij, burgemeesters boos», *VRT*, 20 mars 2020, www.vrt.be; «Confinement: que deviennent les personnes 'libérées' des centres fermés?», *BXI*, 26 mars 2020, <https://bx1.be/>.

¹⁹⁵ Myria, «Visites de Myria dans les centres fermés de Merksplas, Bruges et Vottem entre le 10 avril et le 14 mai 2020 dans le cadre de la pandémie de Covid-19», juillet 2020, p. 14, www.myria.be.

reprenant les mesures sanitaires applicables dans les centres fermés¹⁹⁶. Il semblerait que l'application des mesures sanitaires s'y soit avérée difficile¹⁹⁷. À l'instar des centres d'accueil, les six centres fermés ont souvent élaboré leurs propres mesures, en marge de la note interne et sans concertation mutuelle¹⁹⁸. Cela étant, dans la mesure où cette note interne n'est pas publique et que les lieux privatifs de liberté sont, par définition, peu perméables, la proportionnalité des mesures sanitaires qu'elle encadre est difficile à apprécier. En tout état de cause, le déficit d'accessibilité et de prévisibilité de ces mesures conduit à les interroger sous l'angle de leur légalité.

En conclusion, l'examen des mesures adoptées à l'égard des résidents des centres d'accueil et des centres fermés lève le voile sur la manière dont les migrants et les sans-papiers sont appréhendés par les pouvoirs publics en dehors de la crise : s'il faut admettre qu'il y a *parfois* des avancées, celles-ci sont – *souvent* – empreintes d'inerties et de contradictions, ce qui rend leur protection effective inadéquate ou lacunaire. Ce constat est symptomatique de la difficulté de mettre en balance l'application des règles encadrant l'accès au territoire avec la protection des droits fondamentaux de leurs destinataires.

B. *Hors de l'institution et alentour*

41. Parmi les étrangers en séjour précaire, tous ne vivent pas dans un centre. Nombre d'entre eux ne sont pas « en procédure » et confrontés de manière organisée au système institutionnel. La plupart sont intégrés à la société. Ceux qui sont dépourvus de titre de séjour circulent discrètement et tentent de survivre sans aucune couverture, vivant de petits boulots ou de la solidarité.

¹⁹⁶ Celle-ci a été communiquée au Centre Fédéral Migration, mais n'a pas été rendue publique (*ibid.*, p. 6).

¹⁹⁷ Nansen relève à cet égard « l'absence d'information des personnes détenues quant aux mesures d'hygiène et de distanciation, l'absence de mesure de protection spécifique pour les personnes vulnérables (détenus âgés, atteints de diabète ou asthmatiques), du fait que certaines chambres étaient encore occupées par plusieurs détenus ainsi que l'inquiétude des personnes détenues à l'idée d'être contaminées par le personnel » et les « conditions de détention préoccupantes », mises en évidence par la presse (J. LEJEUNE, « Vulnérabilités en détention – Impact de l'épidémie de Covid-19 sur la détention », *Nansen*, novembre 2020, p. 12, <https://nansen-refugee.be>; « Nourriture avariée, cachot pour les malades, distanciation pas respectée : le quotidien dans un centre fermé au temps du coronavirus », *RTBF*, 9 avril 2020, www.rtbef.be/info/; « Chaos in de gesloten centra tijdens de coronacrisis », *Knack*, 21 avril 2020, www.knack.be/nieuws/; « Asielzoekers, opgesloten maar niet beschermd tegen corona », *Knack*, 27 mars 2020, www.knack.be/nieuws/).

¹⁹⁸ Myria, « Visites de Myria dans les centres fermés de Merksplas, Bruges et Vottem entre le 10 avril et le 14 mai 2020 dans le cadre de la pandémie de Covid-19 », *op. cit.*, p. 6.

Ceux qui ont un titre de séjour temporaire voient souvent le renouvellement de celui-ci conditionné à l'exercice d'une activité professionnelle. C'est le cas des étudiants, des travailleurs salariés ou indépendants, des «régularisés» pour un an, de la plupart des membres de la famille dans le cadre du regroupement familial. Les premiers comme les seconds font partie des oubliés de la gestion de la crise du Covid.

1. Personnes en situation irrégulière de séjour

42. La crise du Covid a conduit les autorités à adopter de nombreuses mesures destinées à limiter la circulation du virus, mais aussi à venir en appui à la population fragilisée par la pandémie sur le plan socio-économique. Un groupe de personnes a été tout à fait ignoré par ces mesures : les personnes dépourvues d'un titre de séjour¹⁹⁹.

Ces dernières ont pourtant été particulièrement affectées par le Covid-19. D'une part, nombre d'entre elles ont perdu leurs petits boulots dans des secteurs informels, activités dont leur survie dépend. Pour celles et ceux qui ont conservé un emploi, le risque d'exploitation et d'abus s'est accru. D'autre part, les modes de (sur)vie quotidiens des «sans-papiers» ont largement augmenté le risque médical, au sens large mais aussi face au Covid. Souvent sans logement, nombre d'entre eux dorment soit dans des squats, soit chez des connaissances qui les accueillent de manière précaire et temporaire. De même, ils acceptent de travailler dans la clandestinité sans aucun respect des règles sur la sécurité au travail, notamment sanitaire. Les services qui pallient ces difficultés de vie ont été largement fermés. La généralisation des contacts virtuels a ajouté à l'isolement de cette population²⁰⁰.

43. Outre cette vulnérabilité multifactorielle, les «sans-papiers» ont été confrontés au paradoxe kafkaïen d'être enfermés là où il leur est interdit de

¹⁹⁹ Voy. Ciré ASBL, «Accord de gouvernement : les sans-papiers sont encore une fois méprisés!», 20 octobre 2020, www.cire.be/communique-de-presse/; «Comment le gouvernement peut-il imaginer que les personnes sans papiers vont oser se signaler pour être dépistées?», *La Libre Belgique*, 20 octobre 2020, www.lalibre.be/debats/opinions/.

²⁰⁰ Voy. en ce sens le témoignage du tuteur Georges Michaux, paru dans «Coronavirus et maintien du lien. Quelques témoignages du terrain», *J.D.J.*, 2020, n° 393, p. 17 : «Un autre MENA se trouve en centre Fedasil, la procédure de demande d'asile en cours a dû être arrêtée et postposée. Ce mineur parle très bien le français, je peux donc communiquer facilement avec lui par GSM et donc le contact reste continu. Le MENA le plus récent malheureusement pour la communication ne parle que l'arabe, je ne sais donc pas communiquer régulièrement avec lui [...]. J'ai donc un peu peur que la relation de confiance entre lui et moi n'ait pas encore pris et c'est évidemment du temps de perdu».

se trouver. L'obligation qui leur est faite de quitter le territoire pour donner suite à une mesure d'éloignement ne pouvait être respectée vu la fermeture des frontières nationales – ou à tout le moins européennes – et l'interdiction des déplacements non essentiels²⁰¹. La seule conséquence qui a été tirée de cette situation factuelle fut la libération de nombre d'étrangers détenus en centres fermés, sans pour autant prendre dûment acte de l'impossibilité d'éloignement par l'octroi d'un quelconque titre²⁰². Une fois de plus, des sans-papiers inéloignables, *de facto* et même, fût-ce temporairement, *de jure*, ont été enfouis dans un vide juridique²⁰³ et, ainsi, privés des droits les plus élémentaires²⁰⁴.

44. Cette situation critique aurait pu être l'occasion de répondre aux invitations à «régulariser» exprimées notamment par le secteur associatif depuis plusieurs années²⁰⁵. Des formules diverses étaient possibles, de la plus «généreuse» à la plus «pragmatique» en passant par l'approche simplement «procédurale». La première aurait pu consister à organiser rapidement une «régularisation» massive, avec à la clé un titre de séjour temporaire²⁰⁶. Un examen approfondi effectué ultérieurement pouvait alors permettre l'analyse des dossiers sur la base de catégories définies. Minimale, le pragmatisme aurait pu au moins conduire à délivrer des titres de séjour au personnel médical en séjour illégal, souvent formé en Belgique et fort recherché pour faire face à la

²⁰¹ Dans ce contexte, il revenait alors aux ressortissants de pays tiers qui n'étaient pas en mesure de quitter la Belgique d'introduire sur la base de l'article 74, 14°, de la loi du 15 décembre 1980 une demande motivée de prolongation du délai fixé par l'ordre de quitter le territoire.

²⁰² La loi du 22 décembre 1999 sur la régularisation des sans-papiers avait par exemple prévu qu'«[h]ormis les mesures d'éloignement motivées par l'ordre public ou la sécurité nationale, ou à moins que la demande ne réponde manifestement pas aux conditions de l'article 9, il ne sera pas procédé matériellement à un éloignement entre l'introduction de la demande et le jour où une décision négative a été prise en application de l'article 12». Cet article 14 avait ainsi, non sans controverses jurisprudentielles épiques, ouvert un accès à l'aide sociale (voy. notamment Cass., 17 juin 2002, *J.L.M.B.*, 2002, p. 1158).

²⁰³ Sur ce «legal limbo» face à la directive Retour, voy. J.-B. FARCY, «Unremovability under the Return Directive: An Empty Protection?», in M. Moraru, G. Cornelisse et Ph. de Bruycker (éd.), *Law and Judicial Dialogue on the Return of Irregular Migrants from the European Union*, Hart Publishing, Oxford, 2020; «Neither Here nor There: the Legal Exclusion of Non-Removable Migrants», in Q. Cordier et al. (éd.), *The Strong, the Weak and the Law*, Larcier, Bruxelles, 2018, pp. 159 à 172.

²⁰⁴ Sauf l'aide médicale urgente.

²⁰⁵ Les dernières campagnes de «régularisation» ont eu lieu en 1999 (loi du 22 décembre 1999 relative à la régularisation de séjour de certaines catégories d'étrangers séjournant sur le territoire du Royaume, *M.B.*, 10 janvier 2000) et en 2019 (pratique administrative).

²⁰⁶ Proposition de loi visant à aménager la situation de certaines catégories d'étrangers durant la pandémie du Covid-19, séance du 8 juin 2020, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2019-2020, n° 55-1327/001.

pandémie et même en dehors de la crise. Enfin, la voie procédurale consistait au moins à dispenser les demandeurs de la preuve de l'existence de circonstances exceptionnelles justifiant l'introduction de la demande en Belgique et non au départ d'une représentation diplomatique belge à l'étranger, pour accélérer le traitement des dossiers en cours d'examen parfois depuis de longs mois. Les consulats et les ambassades ont d'ailleurs aussi fermé leurs portes, les visas n'étant plus délivrés une fois les frontières ouvertes qu'à certaines catégories, notamment les membres de la famille²⁰⁷. Entre ces tendances, de nombreuses options méritaient d'être discutées, le préalable étant de ne pas laisser une population très fragilisée aux prises avec la pandémie sans aucun filet de protection et dans une situation paradoxale consistant à être enfermée en Belgique dans l'illégalité. Cette situation à la fois absurde et cruelle doit engager une réflexion indispensable quant aux « pare-feu »²⁰⁸.

2. Personnes en séjour régulier mais temporaire ou précaire

45. Une part importante des étrangers présents sur le territoire belge voient leur droit de séjour conditionné par la disposition de « revenus stables, réguliers et suffisants » ou par le fait de ne pas dépendre de l'aide des pouvoirs publics. La première condition est largement applicable en matière de regroupement familial, tandis que la seconde s'impose aux citoyens européens et aux membres de leur famille, aux étudiants étrangers et aux titulaires de titres de séjour temporaires dont le renouvellement est conditionné par l'autonomie financière.

La manière dont la pandémie a affecté la vie économique et, par voie de conséquence, le marché du travail a rendu très difficile le respect de cette condition. Dès lors que la loi permet le retrait ou la non-prolongation du titre de séjour si l'étranger a dû solliciter une aide des pouvoirs publics²⁰⁹ sans l'imposer, il est essentiel que ce pouvoir d'appréciation soit exercé en tenant compte du contexte global.

²⁰⁷ Office des étrangers, « Les voyages vers la Belgique – 2) suspension de l'activité visa », <https://dofi.ibz.be/sites/dvzoe/FR/Pages/Les-voyages-vers-la-Belgique.aspx>.

²⁰⁸ François Crépeau et Bethany Hastie les définissent comme étant les mesures qui visent à « isolate and protect the provision of public services and access to basic rights from interference from immigration and related authorities » (Fr. CREPEAU et B. HASTIE, « The Case for 'Firewall' Protections for Irregular Migrants », *Eur. J. Mig. and L.*, 2015, pp. 157 à 183); voy. à ce sujet les travaux de l'ONG PICUM (<https://picum.org/fr/firewall-3/>).

²⁰⁹ Voy. sur cette question : Chl. HUBLET, « Covid-19 : aide sociale et impact sur le droit de séjour », *ADDE*, juin 2020, n° 165.

C. Vers et de retour de l'institution hospitalière

46. Depuis plusieurs années, une réflexion est menée par des chercheurs, des ONG et OIG quant au *minimum minimorum* dont doivent bénéficier les étrangers, quelle que soit leur situation administrative²¹⁰. Utilisant l'expression «pare-feu» ou «firewall», cette approche soutient qu'il existe un noyau dur de droits intangibles recouvrant notamment l'accès à des services essentiels. En outre, il s'agit d'identifier des lieux immunisés face aux contrôles administratifs qui éloignent les «sans-papiers» craignant une interpellation. Parmi ceux-ci, les administrations communales, les hôpitaux, les écoles... Ces *firewalls* sont des outils utiles pour penser les garanties indispensables à conférer aux étrangers quel que soit leur statut. Ils le sont encore davantage lorsqu'une crise affecte la population dans son ensemble.

Parmi le noyau dur des droits garantis aux étrangers figure celui de bénéficiaire de l'aide médicale urgente. Il s'agit d'une «aide qui revêt un caractère exclusivement médical et dont le caractère urgent est attesté par un certificat médical»²¹¹. La crise sanitaire a rendu l'accès à cette aide minimale extrêmement difficile. Elle suppose une première démarche auprès d'un médecin et ensuite une demande adressée à un service social afin qu'il délivre un réquisitoire déclenchant l'aide médicale urgente²¹². Ce parcours du combattant est toujours semé d'embûches; il est ici devenu une voie sans issue. Avec la généralisation des contacts virtuels, sans accès au dépistage, l'accès aux structures de santé est pour nombre de sans-papiers une illusion. Indépendamment des urgences, la mesure de prévention que constituent les tests et la vaccination est inaccessible pour de simples raisons administratives puisque le sans-papiers n'est pas inscrit au registre national.

47. En ce qui concerne la stratégie de vaccination, le Comité consultatif de bioéthique de Belgique a eu l'occasion de rappeler que la solidarité et l'équité commandaient de prioriser l'allocation des ressources vaccinales envers les personnes cumulant plusieurs facteurs de vulnérabilité afin de compenser ces «iné-

²¹⁰ Recommandation de politique générale n° 16 de l'ECRI sur la protection des migrants en situation irrégulière contre la discrimination, adoptée le 16 mars 2016, <https://rm.coe.int/recommandation-de-politique-generale-n-16-de-l-ecri-sur-la-protection-/16808b5b0c>.

²¹¹ Art. 57, § 2, 1°, de la loi organique du 8 juillet 1976 relative aux centres publics d'action sociale, *M.B.*, 5 août 1976.

²¹² Les règles ont fini par être assouplies à partir du 2 novembre 2020 sur instruction du SPF Sécurité sociale (www.mi-is.be/fr/outils-cpas/dispositions-partir-du-02112020).

galités qui pèsent structurellement sur certaines catégories de population»²¹³. Il identifie à ce titre les « personnes en situation de précarité et/ou de promiscuité et/ou [...] affectées par des conditions qui les empêchent de pouvoir se protéger de façon adéquate », en ce compris les « migrants ». Aucune priorité n'est toutefois accordée aux demandeurs d'asile ou aux sans-papiers dans le dispositif de vaccination.

48. Enfin, il est difficile d'évoquer l'accès aux soins sans parler de l'étranger dispensateur de soins. Comme évoqué ci-avant en ce qui concerne les étrangers en séjour irrégulier, parmi les étrangers sans papiers, on trouve de nombreux titulaires de diplômes paramédicaux, le plus souvent obtenus en Belgique. À l'heure où le personnel soignant croule sous le travail, des voix se sont élevées pour faire appel à ces professionnels compétents, afin qu'ils soient autorisés à travailler régulièrement... sans réponse. Ce silence interpelle, notamment au regard des informations relatives à ces « travailleurs essentiels » dans des pays comme le Canada²¹⁴. Même si comparaison n'est pas raison, le manque de main-d'œuvre parmi le personnel soignant en Belgique a été dénoncé à de multiples reprises²¹⁵.

Propos conclusifs

49. À quoi sert le droit en temps de Covid pour les personnes en situation de vulnérabilité? En vue de rencontrer l'interrogation qui tient lieu d'intitulé à cette étude, nous commencerons par dresser huit constats qu'autorise la comparaison des quatre situations de vulnérabilité abordées.

Premier constat: d'un point de vue personnel, la crise a impacté non seulement les personnes âgées, handicapées, incarcérées et/ou étrangères, mais aussi leur entourage – lorsque leurs proches ont, par exemple, été privés de visites, voire été conduits à pallier la fermeture d'institutions de tous ordres. Elle a révélé la persistance de stéréotypes, consistant, notamment, à considérer toutes personnes âgées et/ou handicapées comme étant particulièrement vulné-

²¹³ Comité consultatif de bioéthique de Belgique, avis n° 75 précité, pp. 16 et 17. Voy. dans le même sens: UNHCR, « UNHCR calls for equitable access to Covid-19 vaccines for refugees », 7 avril 2021, www.unhcr.org/news/press/.

²¹⁴ Voy. notamment les informations disponibles sur le site du gouvernement canadien: www.canada.ca/fr/emploi-developpement-social/services/travailleurs-etranagers/quebec.html.

²¹⁵ Voy. Council of the European Union, *Council recommendation on the 2020 National Reform Programme of Belgium and delivering a Council opinion on the 2020 Stability Programme of Belgium*, ST 8172/20 – COM(2020), <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-8420-2020-INIT/en/pdf>.

rables au Covid, et à assimiler maladie et handicap – à rebours de la conception sociale du handicap. S’agissant des étrangers, la saga des mesures ultra restrictives prises à l’initiative du bourgmestre de Coxyde dans le centre Fedasil de sa commune a témoigné des amalgames entre demandeurs d’asile et propagation du virus²¹⁶. Quant aux détenus, l’idée a pu être entretenue qu’en plus de représenter un enjeu sécuritaire, ils constituaient un danger sanitaire, dès lors que leurs entrées et sorties de prison ont été considérées comme étant à risques²¹⁷. Les personnes sans-papiers²¹⁸ et, dans une moindre mesure, les personnes internées²¹⁹ semblent, pour leur part, avoir été les grandes oubliées de la crise.

Deuxième constat : les lieux de vie collectifs et/ou privatifs de liberté se sont, à l’aube du confinement, refermés sur eux-mêmes et leurs résidents, lorsque ceux-ci n’ont pas eu, pas pu ou pas voulu saisir la possibilité de les quitter. Les mesures limitatives se sont ensuite progressivement assouplies dans les institutions, à l’exception du milieu carcéral. De manière générale, les personnes qui ont vécu la crise sanitaire dans les murs d’une institution s’y sont vu appliquer les règles plus pleinement, et partant plus durement, que les autres citoyens qui ont pu, tout au long de la crise sanitaire, faire constamment usage de leur «liberté de fait» face aux restrictions et interdits. Le maintien d’une forme de contrôle migratoire pendant la pandémie a du reste conduit à des transferts entre centres, en complète tension avec le régime restrictif applicable en leur sein pour des motifs sanitaires. Hors institution et alentour, les catégories de personnes vulnérables étudiées ont vécu le (quasi-)confinement de manière très diversifiée et peut-être encore plus invisibilisée – que ce soit depuis leur domicile ou celui de leur entourage, voire «dans la rue» pour certains demandeurs d’asile qui, compte tenu de la fermeture des frontières, se sont retrouvés «enfermés dehors». Si des dispositifs ont été pensés pour assister les personnes vulnérables et leur entourage, ils sont souvent demeurés en deçà de besoins

²¹⁶ «Le centre pour demandeurs d’asile de Coxyde placé en confinement total», *VRT*, 24 mars 2020.

²¹⁷ Et alors que dans le même temps des comportements à risque, comme le non-port du masque, ont été relevés dans le chef du personnel pénitentiaire qui continuait pourtant à faire des allers-retours quotidiens.

²¹⁸ L’expression recouvre plusieurs catégories de personnes : des étrangers qui n’ont jamais eu de titre de séjour, des étrangers qui ont eu un titre de séjour temporaire non renouvelé (par exemple parce qu’ils ont perdu leur emploi), des étrangers dont la procédure – d’asile par exemple – s’est terminée par une décision négative. Certains sont en Belgique depuis de longues années, parfois plus de dix ans, d’autres sont arrivés plus récemment, tels ceux que l’on nomme parfois les «transmigrants».

²¹⁹ Il s’agit pourtant d’une population fragile et souvent détenue dans des lieux surpeuplés et/ou ne permettant pas de respecter la distance sociale et les mesures d’hygiène nécessaires pour éviter la propagation du virus.

singuliers et abyssaux. Enfin, quel qu'ait été le lieu de leur confinement, les personnes vulnérables ont la plupart du temps connu un accès compliqué aux soins hospitaliers²²⁰.

Troisième constat : sur chacune des scènes étudiées, la crise sanitaire a dévoilé, en les exacerbant, des inégalités et impensés préexistants, tout en conférant une nouvelle urgence à des débats déjà là, comme l'appel à la désinstitutionnalisation né dans le giron de l'article 19 de la CDPH. La crise sanitaire a en effet remis en lumière la vulnérabilité contextuelle inhérente aux lieux privatifs de liberté et autres habitats collectifs, et ravivé les critiques adressées à l'institution en termes d'enfermement et de ségrégation²²¹.

Quatrième constat : l'éclatement des compétences²²² et l'absence de « droit de crise »²²³ – de nature à unifier ou coordonner, en temps de crise, l'action

²²⁰ Voy., pour une analyse comparative plus approfondie des quatre catégories de vulnérabilités étudiées au départ des lieux où elles se sont exprimées (en institution, hors institution et alentour, vers et de retour de l'institution hospitalière), et des mêmes auteurs : « Quelles réponses publiques aux vulnérabilités en temps de Covid? », in Fr. Bouhon, E. Slautsky et S. Wattier (dir.), *Covid-19 et droit public*, à paraître en novembre 2021.

²²¹ Voy. entre autres I. HACHEZ, L. TRIAILLE et J. VRIELINK, « Conclusions générales », in I. Hachez et J. Vrieling (dir.), *Les grands arrêts en matière de handicap*, op. cit., spécialement pp. 800, 803 et 804, et le projet de thèse de Louis Triaille (<https://autonomicap-usaintlouis.org/these-cdph/>). Voy. par ailleurs la R.C. n° 197/2020, *Validity c. Finlande* citée supra. On notera encore que la possibilité de diminuer de manière importante la population carcérale a été révélée par la crise sanitaire sans, toutefois, que le politique n'en tire les leçons (voy. O. NEDERLANDT, « Droits des personnes incarcérées durant la pandémie : quand la crise ordinaire se double d'une crise sanitaire », op. cit., § 32).

²²² En matière de handicap, cf. X. DELGRANGE et M. EL BERHOUMI, in I. Hachez et J. Vrieling (dir.), *Les grands arrêts en matière de handicap*, op. cit., pp. 107 à 119. En matière pénitentiaire, les compétences relatives aux personnes incarcérées sont éclatées entre le SPF Justice et les Communautés (voy. O. NEDERLANDT et C. REMACLE, « L'aide sociale aux justiciables et aux détenus : un secteur invisibilisé par la complexité institutionnelle belge? », *Rev. dr. pén. crim.*, 2019, vol. 2, pp. 379 à 423), et la compétence en matière des soins de santé pénitentiaire relève du SPF Justice plutôt que du SPF Santé publique – ce qui génère des difficultés et est régulièrement dénoncé (voy. O. NEDERLANDT, « Droits des personnes incarcérées durant la pandémie : quand la crise ordinaire se double d'une crise sanitaire », op. cit., § 32). En matière d'établissements pour personnes âgées, voy. V. DE GREEF, « v° Maisons de repos », in M. Uyttendaele et M. Verdussen (dir.), *Dictionnaire de la sixième réforme de l'État*, Larcier, Bruxelles, 2015, pp. 523 à 546.

²²³ Cf. à cet égard R. DELFORGE, C. ROMAINVILLE, S. VAN DROOGHENBROECK et M. VERDUSSEN, « L'absence d'état d'urgence en droit constitutionnel belge », à paraître en novembre 2021 dans les actes du colloque « Covid-19 et droit public » sous la direction de Fr. Bouhon, E. Slautsky et S. Wattier. Adde la loi du 14 août 2021 relative aux mesures de police administrative lors d'une situation d'urgence épidémique (*M.B.*, 20 août 2021) et, en particulier, les avis précités rendus dans le cadre du processus d'élaboration de cette loi par l'Institut fédéral pour la protection et la promotion des droits humains (avis n° 1/2021) et la section de législation du Conseil d'État (avis n° 68.936/AG/AV).

publique – ont compliqué la possibilité d’une intervention cohérente et maîtrisée des publics vulnérables à protéger. Ainsi, face à la menace de saturation des hôpitaux bruxellois qui a pointé pendant la première vague de l’épidémie, on peut se demander s’il n’aurait pas fallu œuvrer à une augmentation de la capacité hospitalière, notamment en activant la solidarité interhospitalière au niveau national²²⁴, plutôt que de renvoyer des patients potentiellement encore contagieux vers un établissement collectif où ils risquaient de mettre en danger la vie d’autres résidents.

Cinquième constat : l’intervention publique s’est manifestée sous une pluralité de sources, prenant de larges libertés avec les canons du principe de légalité – non seulement sous l’angle de leur prévisibilité mais également du point de vue de leur accessibilité. Rassembler ces sources n’est pas chose aisée. Il y a le dédale kafkaïen des multiples circulaires mises en ligne sur des sites officiels divers en fonction des matières et des compétences, et non autrement coordonnées au-delà d’éventuelles initiatives privées ou publiques, pour le secteur des MR-MRS et les personnes handicapées. Mais il y a aussi l’opacité de la note interne contenant les mesures sanitaires applicables en centres fermés, tout comme des instructions internes organisant le régime de détention dans les prisons²²⁵, toutes deux non publiées. Repérer les fondements normatifs et autres sources matérielles de ces diverses circulaires, notes et instructions internes n’est pas davantage aisé, pas plus que d’en identifier l’exacte force normative.

Sixième constat : l’intensité de certaines mesures limitatives adoptées à l’égard des catégories étudiées peut faire douter de leur caractère seulement restrictif *versus* dérogoratoire – en dépit du fait que le droit belge impose nécessairement de les contrôler « au regard des conditions de limitations habituelles inscrites au titre II de la Constitution et dans la [Convention européenne des droits de l’homme] »²²⁶. D’atteindre à la substance des droits fondamentaux, il ne devrait dès lors pas être possible²²⁷.

²²⁴ Ce qui a du reste été fait durant la deuxième vague de la crise (où l’âge moyen des patients hospitalisés pour Covid-19 dans les unités de soins intensifs était sensiblement inférieur à celui de la première vague).

²²⁵ Par contraste avec les mesures adoptées pour limiter les allers-retours des condamnés et internés en prison, et les mesures visant à la diminution de la population carcérale.

²²⁶ Avis 68.936/AG précité, point 8.

²²⁷ R. ERGEC, *Les droits de l’homme à l’épreuve des circonstances exceptionnelles. Étude sur l’article 15 de la Convention européenne des droits de l’homme*, Bruylant, Bruxelles, 1987, pp. 33 et 34. L’interdiction édictée en temps de Covid d’accompagner, par une présence, par un geste, une personne en fin de vie, nous semble à cet égard relever d’un passage à la limite que seul un état dérogoratoire pourrait, le cas échéant, tolérer.

Septième constat: l'adéquation des mesures adoptées est souvent étroitement dépendante de l'espace ménagé à la concertation, voire à l'association des personnes vulnérables concernées, le cas échéant par le biais de leurs organes représentatifs²²⁸. Au-delà de son éventuelle participation à la prise de décision, le milieu associatif a par ailleurs joué un rôle important comme lanceur d'alerte – que ce soit à l'échelle nationale ou internationale²²⁹.

Huitièmement, il faut aussi épinglez la veille que les parlementaires ont pu assurer, par le biais, notamment, de questions parlementaires – fort peu relayées, toutefois. Parmi les organes étatiques, les juges ont également pu jouer un rôle important à l'égard de certaines catégories de personnes vulnérables. Si le contentieux est, à ce jour, quasi inexistant dans les champs du handicap et des maisons de repos, il a par contre rapidement acquis une certaine densité pour les personnes incarcérées et étrangères²³⁰.

50. Au total, le bilan que l'on peut dresser est en demi-teinte. Les personnes vulnérables qui ont retenu notre attention ont également reçu celle des autorités publiques – et il faut pouvoir le souligner. Mais il faut reconnaître dans le même temps que leurs interventions ont souvent été tardives, imparfaites et/ou incomplètes, en particulier quand on les évalue à l'aune des standards du droit international des droits fondamentaux²³¹. À l'horizon de l'intérêt général, il serait cependant insatisfaisant de s'arrêter à ces constats que nous préférons voir comme autant de tremplins vers de possibles améliorations.

²²⁸ Voy., dans le champ du handicap, le motto *Nothing about us without us*, qui trouve une consécration en droit positif à l'article 4.3 de la CDPH. Voy. à cet égard l'avis n° 2020/10 du 17 avril 2020 du CSNPH qui, dès l'entame de la crise, a dressé un bilan opportun des mécanismes de concertation existant dans le champ du handicap. Au sein des prisons, il existe des organes de concertation des détenus qui n'ont pas du tout été sollicités durant la crise sanitaire.

²²⁹ Voy., par exemple, le rapport précité d'Amnesty International sur les maisons de repos. Dans le secteur pénitentiaire, on peut constater une mobilisation importante des associations francophones (voy. O. NEDERLANDT, «Droits des personnes incarcérées durant la pandémie: quand la crise ordinaire se double d'une crise sanitaire», *op. cit.*, § 29).

²³⁰ Des actions en responsabilité pourraient cependant encore émerger, notamment dans des cas de confinements prolongés de maisons de repos ou de résidences pour personnes handicapées – *a fortiori* si des situations préoccupantes n'ont pas retenu l'attention des autorités publiques alors qu'elles en avaient connaissance. Si, dans le secteur pénitentiaire, des avocats francophones ont notamment saisi le juge des référés, les décisions rendues n'ont pas contribué à protéger les personnes détenues (voy. O. NEDERLANDT, *ibid.*, note 125).

²³¹ Pour une possible grille de lecture des situations de handicap en temps de Covid à l'aune du droit des droits fondamentaux, cf. I. HACHEZ et L. TRIALLE, *op. cit.*, n°s 14 et s. – étant entendu que la grille proposée dans cette étude devrait être pertinente pour d'autres situations de vulnérabilité également.

De manière aussi évidente que fondamentale, la crise rappelle, d'abord, en creux que l'inclusion ne se décrète pas, mais se vit et se construit au quotidien, dès le plus jeune âge – d'où l'importance, notamment, d'un enseignement inclusif, d'un apprentissage à la déconstruction des préjugés et autres stéréotypes, mais aussi d'une sensibilisation aux différences (qu'elles soient visibles ou invisibles) et à la part de responsabilité de la société dans la construction de situations de vulnérabilité²³².

La crise rappelle, ensuite, l'urgence de penser un « droit de crise »²³³, intégrant, entre autres, la participation des organes représentatifs de catégories de vulnérabilités²³⁴. Ainsi, le pli devrait être pris d'un *handistreaming* systématique des politiques publiques envisagées²³⁵, tout comme certains « pare-feu » devraient être identifiés dans une perspective d'accessibilité universelle. Le droit de visite en institutions gagnerait par ailleurs à être encadré (dans quels cas peut-il être restreint ou supprimé? À quelles conditions?...)²³⁶, et l'environnement institutionnel repensé, en ce compris en milieu hospitalier²³⁷. Il faudrait également réfléchir, pour ces lieux, à créer ou renforcer des contrôles indépen-

²³² Et, en particulier, à la dimension sociale des handicaps – *versus* une compréhension médicale qui est revenue à l'avant-plan durant la crise. Voy., pour les personnes détenues, l'initiative annuelle des « journées nationales de la prison » portant cette volonté de sensibilisation du grand public (www.jnpndg.be/fr/).

²³³ Cf. *supra*, note 223.

²³⁴ En ce sens, voy. notamment les recommandations de la Commission spéciale Covid-19 du Parlement de la Région de Bruxelles-Capitale et de l'Assemblée réunie de la Commission communautaire commune, recommandations n^{os} 15 et 20 du volet 2: social/santé (www.parlement.brussels/wp-content/uploads/2021/02/02-22-Propositions-de-recommandations-sp%C3%A9ciale-Covid-19-Voorstel-van-aanbeve....pdf, pp. 11 et 12).

²³⁵ Le *handistreaming* vise la prise en compte systématique de la dimension du handicap dans le processus d'élaboration des politiques publiques. Dès qu'il est établi qu'une politique publique est susceptible d'impacter d'une manière ou d'une autre des personnes en situation de handicap, une concertation devrait être organisée avec les organes représentatifs des personnes concernées. En ce sens, voy. dans le secteur des personnes âgées, les recommandations de la Commission spéciale Covid-19 du Parlement de la Région de Bruxelles-Capitale et de l'Assemblée réunie de la Commission communautaire commune, recommandation n^o 5 du volet 4: « transversal », *ibid.*, p. 40. Voy. par ailleurs la recommandation n^o 4 du volet 4 « transversal », pp. 39 et 40.

²³⁶ On pourrait du reste songer à imposer en temps de crise un « service minimum garanti » (en termes de visites, repas, sorties à l'air libre, accès à l'hygiène, activités...) dans les milieux institutionnels. On relèvera à cet égard qu'un service minimum garanti est organisé dans les prisons depuis le 1^{er} juillet 2019 (date de l'entrée en vigueur des articles 15 à 20 de la loi du 23 mars 2019 concernant l'organisation des services pénitentiaires et le statut du personnel pénitentiaire, organisant ce service) mais uniquement en cas de grève du personnel pénitentiaire – non en cas de crise.

²³⁷ On peut notamment songer à des sections gardées pour les patients incarcérés, à des sections équipées pour différents types de handicaps, aux mécanismes de pare-feu évoqués pour les étrangers.

dants²³⁸. Des mécanismes de plainte²³⁹ devraient aussi être prévus, non pas en vue d'accroître les voies contentieuses, mais parce qu'ils permettraient d'identifier des lacunes et de rechercher des solutions : les requêtes individuelles sont un miroir de la diversité des situations où les droits humains sont en danger, donnant du rythme à une recherche alors obligatoire de pistes que l'on n'aurait explorées que plus tard, parfois trop tard. Des mesures d'accompagnement et d'aide à la sortie devraient, au demeurant, être prévues (comme elles l'ont parfois été) pour celles et ceux qui naviguent hors institutions, qu'ils aient vu leur demande d'asile refusée, qu'ils aient été libérés ou accueillis à domicile. Enfin, l'on gagnerait à penser la coordination des mesures fédérales et fédérées adoptées et leur correcte accessibilité.

Dans la foulée, la crise pose également la question de l'opportunité de nouvelles protections catégorielles – on songe notamment à une Convention relative aux droits des personnes âgées²⁴⁰. Elle remet aussi à l'avant-plan la plus-value d'une ratification par l'État belge du Protocole facultatif à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants («OPCAT») qu'il a signé en 2005. Ledit protocole instaure un double contrôle sur les lieux privés de liberté : un contrôle international (assuré par le Sous-comité pour la prévention de la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants du Comité contre la torture) et un contrôle national (garanti par un ou plusieurs organes dénommés «mécanisme national de prévention»)²⁴¹.

La crise souligne encore la nécessité de revisiter certaines balises juridiques existantes, comme les normes d'agrément, pour mieux garantir, en amont, les droits et obligations des résidents de manière conforme au droit international des droits fondamentaux, pour prendre davantage au sérieux le message véhi-

²³⁸ Il paraît en effet essentiel de maintenir, en temps de crise – et en particulier lorsque les institutions se referment sur elles-mêmes – un regard extérieur sur ce qui se joue à l'intérieur. Parmi les «scènes» étudiées, certaines d'entre elles font déjà l'objet de contrôles indépendants : le Conseil central de surveillance pénitentiaire et les commissions de surveillance des prisons, pour les établissements pénitentiaires ; Myria, pour les centres fermés. Voy. aussi *infra*, au sujet de l'OPCAT.

²³⁹ Si le droit de plainte existe pour les personnes détenues depuis le 1^{er} octobre 2020, il ne peut porter sur des mesures structurelles, et ne constitue dès lors pas un recours effectif à l'encontre des mesures ayant instauré des conditions de détention attentatoires aux droits des personnes détenues.

²⁴⁰ Voy. les prises de position d'Unia à ce sujet : www.unia.be/fr/articles/protegeons-mieux-les-droits-fondamentaux-de-nos-aïeées.

²⁴¹ Si la ratification de l'OPCAT est à l'agenda politique belge, la question de savoir quelle forme prendra le mécanisme national de prévention se pose : disposera-t-on d'un mécanisme unique ou d'une fédération d'organes compétents chacun pour un lieu privé de liberté spécifique ?

culé par les tenants de la désinstitutionnalisation, qui, *a minima* et en tous lieux, devrait se traduire par l'abandon d'une forme de « culture institutionnelle qui rassemble et isole des personnes sur la base du handicap (ou de l'âge), qui les prive de liberté et du choix de leur mode de vie par une routine hospitalière dépersonnalisante et qui ne reconnaît pas (ou peu) leur capacité (juridique) à prendre des décisions et à gérer leur vie de manière autonome »²⁴².

Plus spécifiquement, la crise du Covid permet aussi de voir et de visibiliser un certain nombre de leviers susceptibles d'être actionnés en soutien des hôpitaux – qu'il s'agisse de la solidarité interhospitalière ou de l'engagement de personnes étrangères qualifiées. Elle indique également les bonnes pratiques à pérenniser et amplifier, que ce soit la traduction des directives du CNS en langue des signes²⁴³, une forme de démocratisation culturelle que l'accessibilité numérique a favorisée durant la crise²⁴⁴ ou, encore, l'entrée des ordinateurs connectés à internet en prison²⁴⁵.

51. Voilà autant de défis que la crise adresse à la société et au droit qui l'encadre. C'est un truisme : le droit ne peut et ne pourra pas tout. En triangulant les rapports humains par l'interposition de droits fondamentaux et l'identification d'acteurs en charge d'assurer leur respect, en fixant des balises procédurales et des lignes rouges substantielles, il offre cependant d'organiser le débat, de dépassionner ce qui, en matière de droits fondamentaux, se joue souvent au plus profond de l'intime, mettant en jeu l'essence même de l'humain, de nommer ce qui contrarie fondamentalement la dignité humaine. Puissent les organes qui lui donnent corps faire tenir au droit ses promesses, en particulier à l'égard des plus vulnérables qui, trop souvent, continuent de passer entre les

²⁴² I. HACHEZ, V. GHESQUIÈRE et C. VAN BASSELAERE, « La discrimination fondée sur le handicap », in J. Ringelheim et P. Wautelet (dir.), *Comprendre et pratiquer le droit de la lutte contre les discriminations*, coll. CUP, vol. 184, Anthemis, Liège, 2018, p. 83. Voy. en ce sens, dans le secteur des personnes âgées : les recommandations de la Commission spéciale Covid-19 des assemblées bruxelloises (RBC-COCOM-COCOF), recommandations n^{os} 97 et 98 du volet 2 : social/santé, *op. cit.*, p. 28 ; S. ADAM *et al.*, « Analyse d'impact de la crise Covid-19 sur les résidents, les directeurs et les professionnels en MRPA/MRS et dans les centres d'hébergement pour personnes en situation de handicap. Lot 3 : Axe psychosocial », version du 16 septembre 2020, inédit.

²⁴³ Voy. B. GOMES et A. HEYELENS, « La communication fédérale de crise accessible en langue des signes lors de la pandémie de SRAS-COV-2 », à paraître.

²⁴⁴ Tout en s'accompagnant, par ailleurs, d'une augmentation de la fracture numérique.

²⁴⁵ Si elle n'est pas de nature à remplacer les contacts physiques, l'entrée en prison de la visioconférence a par contre permis de rétablir des contacts sociaux qui étaient auparavant entravés (que ce soit avec une famille à l'étranger, avec des personnes à mobilité réduite ne pouvant se rendre en prison, etc.). Elle pourrait, à l'avenir, également être utilisée pour la réalisation de démarches administratives, le suivi de formations, la recherche d'emplois, de logement...

mailles de son filet. Pussions-nous, chacun, ne pas oublier l'autonomie contrariée dont le confinement nous a imposé l'expérience, et, une fois recouvrée tout ou partie de l'étendue de nos droits et libertés, penser et nous lever pour ceux qui ne les auront pas aussi bien retrouvés²⁴⁶.

²⁴⁶ Voy. en ce sens : S. ADAM *et al.*, *op. cit.* («La crise a accru la vulnérabilité des personnes âgées mais pourrait avoir un effet salutaire : la crise a servi de mise en abîme dans la mesure où la population générale, par le confinement imposé, a elle-même subi une réduction de son autodétermination : restriction des déplacements, isolement social imposé, règles érigeant les modalités d'accès aux commerces, etc. En d'autres termes, nous avons vécu, par les mesures de confinement, une perte de notre pouvoir de décision ainsi que de notre pouvoir de contrôle sur les choses, sur notre vie. En cela nous avons expérimenté ce qu'une personne âgée subit déjà plus ou moins (en fonction des structures et de la sensibilité de celles-ci à la question de l'autodétermination des aînés) hors contexte Covid-19»). Dans le même sens, à propos du handicap : S. CLAEYS et P. JACOB, «Quelle place pour les personnes handicapées dans le tourbillon d'une crise sanitaire?», in E. Hirsch (dir.), *Pandémie 2020. Éthique, société, politique*, Cerf, Paris, 2020, pp. 435 et s. Insistons, cependant, sur le fait que rapprocher l'expérience du confinement pour la population générale de l'expérience vécue par les personnes vulnérables peut être trompeur ; ainsi Franck Ollivon et Olivier Milhaud ont mis en évidence qu'il était tout à fait inapproprié de comparer le confinement à l'expérience que vivent les personnes incarcérées ou placées en surveillance électronique (dans un texte intitulé «Confinés mais pas prisonniers !», publié le 28 mai 2020 sur le site de l'ONG Prison Insider, disponible à l'adresse www.prison-insider.com/articles/confines-mais-pas-prisonniers).

