



## *La liberté d'aller et venir en EHPAD*

Mémoire réalisé par LAFI Lola

sous la direction du Maître de conférences SAISON Johanne

*Les opinions exprimées dans ce mémoire sont propres à leur auteur et  
n'engagent, ni les responsables de la formation, ni l'Université de Lille.*

## Table des abréviations

ADSP : revue d'actualité et de dossier en santé publique

AGGIR : grille autonomie gérontologique groupe iso-ressources

ALD : affection longue durée

ALMA : association Allô Maltraitance des personnes âgées

ANAES : agence nationale d'accréditation et d'évaluation en santé

ANESM : agence nationale de l'évaluation et de la qualité des établissements et services sociaux et médico-sociaux

APA : allocation personnalisée d'autonomie

ARS : agence régionale de santé

CA : cour d'appel

CAA : cour administrative d'appel

CASF : Code de l'action sociale et des familles

CC : Conseil Constitutionnel

CE : Conseil d'État

CEDH : Cour européenne des droits de l'homme

CESE : Conseil économique, social et environnemental

CNBD : comité national pour la bientraitance et les droits des personnes âgées et des personnes handicapées

CNCDH : commission nationale consultative des droits de l'homme

CNIL : commission nationale de l'informatique et des libertés

Conv.EDH : convention européenne des droits de l'homme

CORRUSS : centre opérationnel de régulation et de réponse aux urgences sanitaires et sociales

CPOM : contrat pluriannuel d'objectifs et de moyens

CPP : code de procédure pénale

CRC : chambre régionale des comptes

CSP : Code de la santé publique

CSV : conseil de la vie sociale

CREDES : centre de recherche, d'étude et de documentation en économie de la santé

DDHC : déclaration des droits de l'homme et du citoyen

Drees : direction de la recherche, des études, de l'évaluation et des statistiques  
DUDH : déclaration universelle des droits de l'homme  
EHPA : établissement d'hébergement pour personnes âgées  
EHPAD : établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes  
ESSMS : établissements et services sociaux et médico-sociaux  
Habeo : Handicap âge bientraitance écoute orientation  
HAS : haute autorité de santé  
HCSP : haut conseil de la santé publique  
IASS : inspecteur des affaires sanitaires et sociales  
IGAS : inspection générale des affaires sociales  
INSEE : institut national de la statistique et des études économiques  
JLD : juge des libertés et de la détention  
MISP : médecin inspecteur de santé publique  
OMS : Organisation mondiale de la santé  
ONFV : observatoire national de la fin de vie  
PIDCP : Pacte international relatif aux droits civils et politiques  
PRISME : système d'information « prévention des risques, inspections signalements des maltraitances en établissement »  
PSGA : Plan solidarité grand âge  
RDI : revue de droit immobilier  
RDSS : revue de droit sanitaire et social  
RFDA : revue française de droit administratif  
RGDM : revue générale de droit médical  
RDS : revue droit et santé  
QES : questions d'économie de la santé  
UHR : unité d'hébergement renforcé

## Sommaire

<i>Introduction</i> .....	5
<b>Partie I) L'opposition entre liberté d'aller et venir et obligation de sécurité source d'une maltraitance institutionnelle</b> .....	21
Titre 1. <u>La personne humaine du résident lésée par une surprotection institutionnelle</u> .....	21
Chapitre 1) Les droits fondamentaux bafoués par les restrictions de la liberté d'aller et venir.....	21
Chapitre 2) Les problématiques contemporaines à l'origine des restrictions de la liberté d'aller et venir.....	44
Titre 2. <u>La surprotection institutionnelle imputable à une exigence accrue de sécurité</u> .....	58
Chapitre 1) Le fragile équilibre entre sécurité et respect de la liberté d'aller et venir.....	58
Chapitre 2) L'absence de cadre législatif aux restrictions de la liberté d'aller et venir....	75
<b>Partie II) La conciliation entre liberté d'aller et venir et obligation de sécurité source d'une politique de bientraitance</b> .....	85
Titre 1. <u>La conciliation favorisée par des outils intra établissement</u> .....	86
Chapitre 1) La nécessité de s'approprier les instruments de la loi du 2 janvier 2002.....	86
Chapitre 2) La nécessité d'accentuer la prévention, gage de la primauté de la liberté d'aller et venir.....	103
Titre 2. <u>La conciliation favorisée par des dispositifs nationaux</u> .....	113
Chapitre 1) L'effectivité de la liberté garantie par le contrôle des établissements.....	113
Chapitre 2) L'effectivité de la liberté garantie par le renforcement de la politique de lutte contre les mauvais traitements.....	121
<i>Conclusion</i> .....	132

## Introduction

« Depuis l'origine des temps, l'être humain cherche les moyens de protéger ses proches et lui-même des aléas naturels, de la maladie [...]. Cette activité fait partie des besoins primaires nécessaires à la survie de l'espèce humaine ou de l'individu. Tout comme la faim, la soif, le sommeil, le besoin de sécurité est essentiel. Une manière classique de se protéger est de se retirer pour se mettre à l'abri, de se fondre dans le groupe et de s'en remettre au plus fort. Au prix d'une certaine liberté »<sup>1</sup>. En référence à l'ouvrage « Le malaise dans la culture »<sup>2</sup> de Sigmund Freud, fondateur de la psychanalyse, les auteurs représentent la sécurité comme un besoin inné de l'homme. Comme tout être vivant, l'homme aspire depuis toujours à se protéger lorsqu'il ressent le danger.

Ce besoin de se sentir protégé envers et contre tous, et envers et contre tout, traverse l'ensemble des sphères de la vie en société, y compris le secteur des personnes âgées.

La vieillesse est principalement perçue comme un état de dépendance à la fois médicale et sociale vis-à-vis de la collectivité, comme en témoignent les premières lois sociales<sup>3</sup>. La loi du 15 juillet 1893 crée ainsi l'assistance médicale gratuite au profit des plus pauvres, au titre desquelles les personnes âgées sont au premier rang. La loi sociale du 14 juillet 1905, bien plus illustratrice, organise l'assistance obligatoire aux vieillards. Au vu de ces législations, définir la vieillesse sans la rattacher à un besoin de soutien apparaît difficile.

Aujourd'hui encore, la vieillesse est définie comme « l'état d'une personne qui, ayant dépassé un certain âge, est présumée ne plus pouvoir travailler et peut bénéficier à ce titre d'un régime de pension de retraite et d'une aide éventuelle, à défaut d'un minimum de ressources »<sup>4</sup>. En somme il n'existe pas de limite d'âge d'entrée dans la vieillesse (sauf à considérer l'atteinte de l'âge légal de la retraite, c'est-à-dire 62 ans<sup>5</sup>). Il s'agit communément de la troisième phase de la vie, succédant à l'âge adulte<sup>6</sup>. Le passage de l'âge adulte vers la vieillesse est, dans les esprits, atteint à l'âge de la soixantaine. En sus du départ en retraite avec le déploiement des prestations affiliées, apparaissent en effet peu à peu des pathologies qui nécessiteront une

---

1 Polard (J.), Linx (P.), *Viellir en huis clos : de la surprotection aux abus*, Toulouse, ERES, coll. « L'âge et la vie - Prendre soin des personnes âgées et des autres », 2014, p.9.

2 Freud (S.), *Le malaise dans la culture*, PUF, coll. « Quadrige », 2015, 144 pages.

3 HCSP, *Violences et santé*, *op.cit.*, p.77.

4 Cornu (G.), *Vocabulaire juridique*, Quadrige, PUF, 11ème édition, 2016, p.948.

5 Article L.161-17-2 du CSS modifié par la loi n°2010-1330 du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites, *J.O.* du 10 nov. 2010, p.20034.

6 Dollo (C.), Lambert (J.-R.), Parayre (S.), *Lexique de sociologie*, Dalloz, 5ème édition, 2017, p.407.

prise en charge. Pourtant le phénomène de la vieillesse, et plus précisément la dégradation de l'état de santé - physique et/ou psychique - diffère d'un individu à l'autre<sup>7</sup>. Affecter un seuil à l'entrée dans la vieillesse est donc totalement relatif. La vieillesse étant intimement imbriquée dans le contexte social et médical, il n'existe pas de définition précise et universelle de la personne âgée<sup>8</sup>.

Pour l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS), le mot « dépendance » revêt une connotation négative découlant du concept de l'âgisme<sup>9</sup>, qui implique des pratiques discriminatoires à l'encontre d'individus ou de groupes en raison de leur âge<sup>10</sup>. Elle préconise en ce sens de privilégier la notion de perte d'autonomie. Le terme de dépendance étant néanmoins couramment utilisé dans les politiques publiques françaises, les deux notions seront utilisées après avoir été définies. Les distinguer est primordial. En les plaçant au même rang, c'est le libre arbitre de la personne âgée qui s'en trouve fragilisé<sup>11</sup>. Si à première vue dépendance et autonomie semblent s'opposer, en réalité elles se complètent l'une et l'autre.

La terminologie « dépendance » a été utilisée pour la première fois en 1973 par un médecin travaillant dans un établissement d'hébergement des personnes âgées (EHPA) pour exposer l'impossibilité pour l'individu de réaliser seul les actes de la vie quotidienne en raison de l'altération des facultés cognitives ou de déficiences physiques<sup>12</sup>. Le dictionnaire des personnes âgées l'aborde d'un point de vue gériatrique en qualifiant la dépendance de « situation d'une personne qui, en raison d'un déficit anatomique ou d'un trouble physiologique, psychologique ou affectif ne peut remplir des fonctions, effectuer des gestes essentiels à la vie quotidienne sans le concours d'autres personnes ou le recours à une prothèse, un remède etc. »<sup>13</sup>. Cette définition médicale, où la vision de la personne incapable prend le pas sur l'approche humaine, contribue à stigmatiser la population âgée. Selon Bernard Ennuyer, docteur en sociologie, l'usage systématique de la notion y compris dans les lois a renforcé « cette vision "incapacitaire" de la dépendance »<sup>14</sup>. Il s'appuie, pour exemple,

---

7 Dictionnaire Larousse : <https://www.larousse.fr/portail/> (consulté le 04/05/19).

8 Evrard (A.), Fresnel (F.), Droits des personnes âgées. Le retard de la France, *Études*, n°11, nov. 2016, p.46.

9 OMS, *Le vieillissement et la santé*, rapport mondial, 2016, p.19.

10 OMS, *Le vieillissement et la santé*, *op.cit.*, p.11.

11 Warchol (N.), Dépendance, in Formarier (M.), *Les concepts en sciences infirmières*, 2ème édition, Association de recherche en soins infirmiers, Hors collection, 2012, p.149.

12 Rigaud (N.), Prise en charge de la dépendance : les malentendus de la vieillesse, *Science et santé*, n°9, juillet-août 2012, p.36.

13 Dictionnaire des personnes âgées, de la retraite et du vieillissement, Paris, Nathan, 1984, p.38.

14 Ennuyer (B.), *Colloque vieillissement et citoyenneté*, Formation des enseignants de sciences médico-sociales des académies de Paris, Créteil et Versailles, 29 janv. 2004.

sur l'article 2 de la loi du 24 janvier 1977<sup>15</sup> mettant en place la prestation spécifique dépendance, pérennisant dès lors l'image d'inaptitude des personnes âgées<sup>16</sup>.

La loi créant l'allocation personnalisée d'autonomie (APA) du 21 juillet 2001<sup>17</sup> a compliqué les contours de la notion. Le législateur définit la personne âgée dépendante comme âgée de 60 ans ou plus, ayant « besoin d'une aide pour l'accomplissement des actes essentiels de la vie ou dont l'état nécessite une surveillance particulière »<sup>18</sup>. En assimilant dépendance et autonomie, le risque est que la personne, certes limitée dans sa capacité à réaliser par elle-même les actes de la vie courante, se trouve privée de sa liberté de pouvoir prendre les décisions qui la concernent<sup>19</sup>. L'étymologie de l'autonomie permet de mieux comprendre le distinguo. Du grec *autos* qui signifie soi-même, et *nomos* qui signifie loi, l'autonomie de la personne caractérise le droit de faire ses propres choix, de suivre ses propres règles. Cela fait d'ailleurs écho à la place croissante qu'occupent le consentement et le respect de la volonté des usagers du système de santé dans les textes consacrés par le législateur français depuis le début du XXI<sup>e</sup> siècle<sup>20</sup>. En outre la dépendance peut être perçue comme une conséquence de la perte d'autonomie, sans qu'elle n'implique pour autant l'effacement du droit de choisir comment mener sa vie. En France, la mesure de la perte d'autonomie est réalisée grâce à la grille autonomie gérontologique groupe iso-ressources (AGGIR), qui détermine si la personne est ou non dépendante (annexe n°1). Bien que restrictive, cette forme de définition coïncide avec les critères d'accès à l'APA et permet d'obtenir une première base de données sur le nombre de personnes âgées en perte d'autonomie.

La dépendance est étroitement liée à l'existence de pathologies ainsi qu'à l'environnement de l'individu. Ajouté au phénomène de vieillissement de la population, il s'agit aujourd'hui d'un véritable problème de santé publique.

---

15 Loi n°97-60 du 24 janvier 1977 tendant, dans l'attente du vote de la loi instituant une prestation d'autonomie pour les personnes âgées dépendantes, à mieux répondre aux besoins des personnes âgées par l'institution d'une prestation spécifique dépendance, *J.O.* du 25 janv. 1997, p.1280.

16 Ennuyer (B.), *Colloque vieillissement et citoyenneté*, *op.cit.*

17 Loi n°2001-647 du 20 juillet 2001 relative à la prise en charge de la perte d'autonomie des personnes âgées et à l'allocation personnalisée d'autonomie, *J.O.* du 21 juillet 2001, p.11737.

18 Article L.232-1 du CASF modifié par la loi n°2001-647 du 20 juillet 2001, *op.cit.*

19 Rigaud (N.), *Prise en charge de la dépendance...*, art.cit., p.36.

20 Peuvent notamment être citées la loi n°2002-2 du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale, *J.O.* du 3 janv. 2002, p.124 ; et la loi n°2002-203 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, *J.O.* du 5 mars 2002, p.4118.

Le vieillissement de la population française est désormais irréfutable comme l'indiquent les projections réalisées par l'Institut national de la statistique et des études économiques (Insee) à l'horizon 2070<sup>21</sup>. Pour commencer, celles-ci révèlent que la proportion des personnes âgées de 65 ans ou plus dans la population française représentait 18% en 2013, taux qui atteindrait les 26% en 2040, et 29% en 2070<sup>22</sup>. Ensuite, la part des 75 ans et plus évoluerait considérablement jusqu'à atteindre 13,7 millions de personnes, c'est-à-dire le double des données recensées en 2013<sup>23</sup>. Enfin, le nombre d'individus âgés de plus de 85 ans devrait presque quadrupler<sup>24</sup>.

Trois grands facteurs sont à l'origine de cette tendance : le baby-boom ; l'allongement de l'espérance de vie ; et une baisse de la part des personnes âgées de moins de vingt ans en raison d'une diminution du nombre de naissances<sup>25</sup>.

La corrélation avec les générations dites du baby-boom de la fin de la seconde Guerre Mondiale (1939-1945) est indéniable. Il s'agit du motif majeur à l'origine de la problématique du vieillissement que connaît aujourd'hui la société. Cependant, comme dans la majorité des pays industrialisés, le vieillissement de la population française s'est accompagné d'un allongement de la durée de vie. Les travaux de l'Insee démontrent un gain annuel estimé à six mois en moyenne entre 1947 et 1957<sup>26</sup>. Les évolutions techniques, scientifiques, sociales et le développement économique ont contribué à augmenter l'espérance de vie à la naissance<sup>27</sup> ainsi que le taux de survie des personnes âgées<sup>28</sup>. « *C'est ainsi que l'espérance de vie moyenne dans notre pays est passée de 47 ans en 1900 à 80 ans aujourd'hui. Si le XXe aura été celui de l'explosion de la population mondiale et des gains d'espérance de vie, le XXIe siècle sera le siècle du vieillissement* »<sup>29</sup>. Cet allongement, qui tend aujourd'hui à se stabiliser, va avoir pour effet notoire « une augmentation du nombre de sujets âgés porteurs de maladies

---

21 Blanpain (N.), Buisson (G.), Projections de la population à horizon 2070 : deux fois plus de personnes de 75 ans ou plus qu'en 2013, *Insee Première*, n°1619, nov. 2016, 4 pages.

22 Blanpain (N.), Buisson (G.), Projections de la population à horizon 2070..., art.cit., p.3.

23 *Ibid.*

24 *Ibid.*

25 CREDES, Les conséquences du vieillissement de la population sur les dépenses de santé, *QES*, Bulletin d'information en économie de la santé, n°66, mars 2003, p.2.

26 Papon (S.), Les gains d'espérance de vie se concentrent désormais aux âges élevés, *Insee Focus*, n°157, publié le 12 juin 2019 (consulté le 20 juin 2019).

27 « L'espérance de vie à la naissance pour une année donnée représente la durée de vie moyenne - autrement dit l'âge moyen au décès - d'une génération fictive soumise aux conditions de mortalité de l'année », Blanpain (N.), Buisson (G.), Projections de la population à horizon 2070..., art.cit., p.4.

28 OMS, *Le vieillissement et la santé*, op.cit., p.54-55.

29 Broussy (L.), *Mission interministérielle sur l'adaptation de la société française au vieillissement de sa population*, rapport, janv. 2013, p.6.

chroniques »<sup>30</sup>. Le taux de personnes prises en charge intégralement par le dispositif des affections longue durée (ALD)<sup>31</sup> pour une ou plusieurs pathologies augmente ainsi avec l'âge, jusqu'à atteindre 80% pour les individus âgés de 100 ans<sup>32</sup>.

L'augmentation de la population âgée pose de nombreuses questions puisqu'elle implique une prise en charge globale qui n'a pas - ou peu - été anticipée par les politiques publiques. Cette prise en charge est certes médicale, puisque l'avancée dans l'âge entraîne l'apparition de diverses pathologies<sup>33</sup>, mais recouvre aussi le champ social et médico-social au vu du besoin d'accompagnement de la personne en perte d'autonomie. Il s'agit là de coordonner le *cure* et le *care*. Ces divers besoins placent la personne dans une situation de vulnérabilité, reconnue désormais comme l'un des facteurs de la maltraitance.

Pour le philosophe Jean-Pierre Cléro, l'appellation « personne vulnérable » constitue en réalité un oxymore. Si le premier terme renvoie à un état de liberté et d'autonomie, le second génère une vision de fragilité où la personne subit au point de devenir dépendante<sup>34</sup>. Cette vision de la vulnérabilité est toutefois pessimiste. En droit français, la notion n'a pas pour effet de priver la personne de son autonomie et de ses droits fondamentaux. *A contrario* l'objectif est de lui permettre de les préserver, raison pour laquelle le vocabulaire juridique a évolué de la qualification de « majeurs incapables » à « adultes vulnérables »<sup>35</sup>. Par ailleurs, la vulnérabilité n'est pas une caractéristique innée. Il s'agit de circonstances particulières voire temporaires qui nécessitent une protection spécifique<sup>36</sup>. Chacun est un jour susceptible d'être, au sens du droit, vulnérable. Le code pénal confère ainsi le statut de personne vulnérable au vu de différents éléments factuels : l'âge, la maladie, l'infirmité, la déficience physique ou

---

30 Bloch (J.), Importance du problème : fréquence, contribution des différentes pathologies, in. Les maladies chroniques, *adps*, n°78, sept. 2010, p.14.

31 Les pouvoirs publics ont mis en place depuis 1945, à l'occasion de la création de la sécurité sociale, le dispositif médico-administratif des ALD. Celui-ci a pour objet la prise en charge des personnes atteintes d'une affection chronique dont les principales caractéristiques résident dans une évolution lente, un traitement sur le long terme, et un coût extrêmement onéreux que le patient ne pourrait acquitter seul.

32 Viquant (J.-P.), Mayo-Simbsler (S.), Vieillesse et prise en charge des maladies chroniques, in. Les maladies chroniques, *adps*, n°78, sept. 2010, p.33.

33 Le rapport de l'OMS met en évidence, en son chapitre 3, la dégradation des fonctions biologiques ou encore cognitives entraînées par le vieillissement en listant de manière non exhaustive les caractéristiques de santé des personnes âgées, OMS, *Le vieillissement et la santé*, *op.cit.*, p.59-86.

34 Cléro (J.-P.), *La personne vulnérable*, in Hervé (C.), Tzitzis (S.), dir., *Altérité et vulnérabilité*, Actes et Séminaires, Les Études Hospitalières, mars 2014, p.23.

35 Gallant (E.), Majeur protégé. Convention de la Haye du 13 janvier 2000, *Répertoire de droit international*, janv. 2015 (actualisation juin 2016), pp.25-27.

36 Hurst (S.), Protéger les personnes vulnérables : une exigence éthique à clarifier, *Revue médicale suisse*, vol.9, 8 mai 2013, p.1055.

psychique, ou l'état de grossesse<sup>37</sup>.

L'altération de la santé liée au processus de vieillissement aboutit à une situation de vulnérabilité. Une réflexion sur le respect des droits et libertés fondamentaux de la personne âgée est alors nécessaire. La vulnérabilité est en effet un important facteur de risque de maltraitance, parmi de nombreux autres (annexe n°2).

Les préoccupations des pouvoirs publics quant à la maltraitance des personnes âgées n'ont émergé que récemment. La question avait cependant déjà fait l'objet d'une politique poussée dans le secteur de l'enfance. Ce fut effectivement le premier secteur à véritablement s'engager dans la lutte contre la maltraitance, qui inspira par la suite le secteur des personnes âgées puis du handicap. Avant de s'intéresser au même phénomène initié dans le champ du grand âge dans les années 1980, il est impératif de définir la notion et le contenu de la maltraitance.

Ce néologisme, arrivé des pays anglo-saxons, a été utilisé pour la première fois en 1987 dans un article du journal *Le Point* rédigé par Caubet Elyane : « *chez les personnes âgées, les deux tiers des maltraitances ont lieu à domicile et sont d'abord perpétrées par leurs enfants puis leur conjoint. Les abus financiers émanent couramment des intervenants à domicile. Environ 30% des maltraitances sont commises dans les établissements d'hébergement par les personnels soignants en situation d'épuisement psychique, manquant de formation et au statut dévalorisé* »<sup>38</sup>. Dès lors, nombreux ont été les débats tentant de définir la maltraitance et ses contours. En ce sens l'usage alternatif des termes de violence et de maltraitance peut prêter à confusion. Si tous deux ont pour objectif d'impulser une « prise de conscience et un changement d'abord dans les représentations puis dans les pratiques », la finalité diffère. Le concept de violence tend à dénoncer un fait grave (il prédomine d'ailleurs le code pénal). Le concept de maltraitance encourage quant à lui à mener une réflexion sur les causes à l'origine des mauvais traitements et les moyens de les prévenir, afin non plus de mal traiter mais de bien traiter<sup>39</sup>.

---

37 Article 222-14 du c.pén.

38 Caubet (E.), cadre socio-éducatif, journal *Le Point*, 1987.

39 Corbet (E.), Les concepts de violence et de maltraitance, in Gabel (M.), coord., *Maltraitances, Dossier, adsp*, n°31, juin 2000, p.25.

Il est communément admis que le « noyau dur » de la maltraitance se compose des violences érigées en infractions par le code pénal<sup>40</sup>. En revanche, aucun consensus n'a pu être établi sur l'existence d'une liste exhaustive recensant chaque acte maltraitant. Selon le ressenti de chacun, selon le temps et le lieu, une situation donnée peut être perçue ou non comme maltraitante. En cela la maltraitance revêt un caractère subjectif dont le législateur français s'est abstenu de définir juridiquement le sens.

Il faut alors se référer aux travaux réalisés par le Conseil de l'Europe. En 1987, cette organisation intergouvernementale européenne propose une première définition de la maltraitance. Il s'agit d'une violence caractérisée par « tout acte ou omission commis par une personne, s'il porte atteinte à la vie, à l'intégrité corporelle ou psychique ou à la liberté d'une autre personne ou compromet gravement le développement de sa personnalité et/ou nuit à sa sécurité financière »<sup>41</sup>. En 1992, l'organisation complète cette définition en établissant une classification des différentes formes de maltraitance. Celle-ci se compose de sept catégories : les violences physiques ; les violences psychiques ou morales ; les violences matérielles et financières ; les violences médicales ou médicamenteuses ; les négligences actives ; les négligences passives ; et les privations ou violations des droits et libertés<sup>42</sup>. C'est sur ce dernier groupe que le *corpus* du mémoire portera, en centrant sur la liberté fondamentale d'aller et venir.

De la même manière, l'OMS s'est attachée à définir le terme de maltraitance comme « un acte unique ou répété, ou l'absence d'agissement approprié, survenant dans une relation au sein de laquelle un sentiment de confiance est attendu, ce qui est source de préjudice ou de détresse pour la personne âgée »<sup>43</sup>. Le thème de la maltraitance a ainsi fait l'objet de multiples définitions et classifications par autant de professionnels différents. Cependant celles établies par le Conseil de l'Europe et l'OMS apparaissent se compléter. L'une met en évidence les conséquences de la maltraitance, l'autre la relation de confiance aggravant l'atteinte causée à la personne y compris en institution.

Sur ce dernier point, deux types de maltraitance peuvent encore être distingués : la

---

40 IGAS, *Évaluation du dispositif de lutte contre la maltraitance des personnes âgées et des personnes handicapées mis en œuvre par les services de l'État dans les établissements sociaux et médico-sociaux*, rapport n°2005 179, déc. 2005, p.5.

41 Ministère des Solidarités et de la Santé : <https://solidarites-sante.gouv.fr/affaires-sociales/personnes-agees/maltraitance-des-personnes-vulnerables/article/orientations-prioritaires-de-la-politique-nationale#La-maltraitance-qu-est-ce-que-c-est> (mis à jour le 17 déc. 2015, consulté le 12 juin 2019).

42 *Ibid.*

43 OMS, *Le vieillissement et la santé*, *op.cit.*, p.84.

maltraitance individuelle et la maltraitance institutionnelle et/ou en institution. La maltraitance en institution est constituée dès lors que l'établissement reste passif et n'intervient pas de manière appropriée dans le but de prévenir ou de mettre fin au fait litigieux. Certains auteurs vont jusqu'à la différencier de la maltraitance institutionnelle où l'établissement devient lui-même auteur de la maltraitance en raison de dysfonctionnements<sup>44</sup>. Pour exemple les foyers logements (renommés résidences autonomes par un décret du 27 mai 2016<sup>45</sup>) ne constituent pas des structures adaptées à l'accueil de personnes âgées dépendantes, faisant ainsi naître un risque de maltraitance. La première n'exclut toutefois pas la seconde. « *La notion de maltraitance institutionnelle s'ajoute à celle de maltraitance individuelle ; elle ne dilue pas les responsabilités individuelles mais souligne les responsabilités propres de l'institution dont la raison d'être est la protection des personnes accueillies* »<sup>46</sup>.

En dépit de la création de l'association Allô Maltraitance des personnes âgées (ALMA) en 1995 - dispositif d'écoute téléphonique d'information et de recueil de maltraitance - il existe peu de données sur les cas de maltraitance des personnes âgées en institution. Cette absence de chiffres fiables est due en grande partie aux difficultés éprouvées par la personne accueillie à pouvoir s'exprimer, mais aussi au tabou qui règne en la matière. Effectivement comment accepter et reconnaître les dysfonctionnements de l'établissement à l'origine de la violation des droits de l'usager, lorsque le fondement même de son existence est d'accompagner et de protéger ce public vulnérable ? C'est ce paradoxe qui fonde l'intérêt du sujet traité, excluant *de facto* le thème de la maltraitance des personnes âgées à domicile.

En effet, les formes de maltraitance les plus décriées sont respectivement les violences physiques, psychologiques et financières, occultant celles parfois invisibles matériellement mais qui touchent pourtant une liberté fondamentale<sup>47</sup> : la liberté d'aller et venir. Dans une étude de 2005, la direction de la recherche, des études, de l'évaluation et des statistiques (Drees) révèle ainsi que parmi les comportements maltraitants en institution, le premier motif de plainte des personnes âgées tient au non-respect de leur autonomie, dont la liberté de se

---

44 Beignon Tsegaye (S.), *Prévenir la maltraitance institutionnelle : du rôle des services déconcentrés des affaires sanitaires et sociales*, Mémoire de l'École nationale de la santé publique, 2002, pp.7-8.

45 Décret n°2016-696 du 27 mai 2016 relatif aux résidences autonomes et portant diverses dispositions relatives aux établissements sociaux et médico-sociaux pour personnes âgées, *J.O.* du 29 mai 2016, texte n°16.

46 IGAS, *Évaluation du dispositif de lutte contre la maltraitance des personnes âgées...*, *op.cit.*, p.6.

47 HCSP, *Violences et santé*, *op.cit.*, p.81.

mouvoir<sup>48</sup>. Cela implique l'enfermement, les restrictions de visite ou de sortie, la non prise en compte des habitudes de vie, ou encore le recours à la contention. Au-delà de la question des droits fondamentaux, ces pratiques font naître chez la personne le sentiment d'être privée de sa liberté d'organiser sa vie et, *a fortiori*, de perdre son statut de personne humaine pour devenir « objet passif de soins »<sup>49</sup>. La vie du résident est en effet rythmée par le fonctionnement et l'organisation de l'établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes (EHPAD).

La question de la liberté d'aller et venir des résidents en EHPAD est ainsi posée. Il est nécessaire de rappeler en premier lieu ce qu'est juridiquement un EHPAD.

Les EHPAD sont les descendants des hospices dont la dénomination avait été officialisée par le décret du 11 décembre 1958<sup>50</sup> relatif aux hôpitaux et aux hospices publics. Alors que la législation hospitalière a rapidement évolué le secteur médico-social est resté un temps en marge, avant de suivre les traces de l'univers hospitalier<sup>51</sup>. Suite à la première grande réforme hospitalière du 31 décembre 1970<sup>52</sup>, la loi du 30 juin 1975<sup>53</sup> modifie définitivement l'appellation d'hospice considérée comme trop péjorative<sup>54</sup>. De la même manière, à la suite des ordonnances de 1996<sup>55</sup> dites ordonnances Juppé, les textes de 1997 et 1999<sup>56</sup> mettent en place

---

48 Drees, Perceptions et réactions des personnes âgées aux comportements maltraitants : une enquête qualitative, *Études et Résultats*, n°370, janv. 2005, p.5.

49 *Ibid.*

50 Décret n°58-1202 du 11 décembre 1958 relatif aux hôpitaux et aux hospices publics, *J.O.* du 12 déc. 1958, p.11179.

51 Brami (G.), *Le nouveau fonctionnement des EHPAD. Droit et pratiques institutionnels en gérontologie*, Bordeaux, Les Études Hospitalières, 2009, p.24.

52 Loi n°70-1318 du 31 décembre 1970 portant réforme hospitalière, *J.O.* du 3 janv. 1971, p.65.

53 Loi n°75-535 du 30 juin 1975 relative aux institutions sociales et médico-sociales, *J.O.* du 1 juillet 1975, p.6593.

54 Brami (G.), Les paradoxes de l'évolution des EHPAD, *EMPAN*, vol.91, n°3, 2013, p.56.

55 Ordonnance n°96-346 du 24 avril 1996 portant réforme de l'hospitalisation publique et privée, *J.O.* du 25 avril 1996, p.6324.

56 La réforme de 1999 est composée comme suit : décret n°99-316 du 26 avril 1999 relatif aux modalités de tarification et de financement des établissements hébergeant des personnes âgées dépendantes, *J.O.* du 27 avril 1999, p.6223 ; décret n°99-317 du 26 avril 1999 relatif à la gestion budgétaire et comptable des établissements hébergeant des personnes âgées dépendantes, *J.O.* du 27 avril 1999, p.6248 ; arrêté du 26 avril 1999 relatif à la composition du tarif journalier afférent aux soins, résultant du droit d'option tarifaire mentionné à l'article 9 du décret n°99-316 relatif aux modalités de tarification et de financement des établissements hébergeant des personnes âgées dépendantes, *J.O.* du 27 avril 1999, p.6255 ; arrêté du 26 avril 1999 relatif aux modalités d'organisation et de fonctionnement de la commission départementale de coordination médicale mentionnée à l'article 12 du décret n°99-316 du 26 avril 1999 relatif aux modalités de tarification et de financement des établissements hébergeant des personnes âgées dépendantes, *J.O.* du 27 avril 1999, p.6255 ; arrêté du 26 avril 1999 fixant le contenu du cahier des charges de la convention pluriannuelle prévue à l'article 5-1 de la loi n°75-535 du 30 juin 1975 relative aux institutions sociales et médico-sociales, *J.O.* du 27 avril 1999, p.6256.

une démarche de qualité similaire. La loi du 24 janvier 1997<sup>57</sup> créant la prestation spécifique dépendance renomme ainsi les maisons de retraite médicalisées en EHPAD. Sur ce point, le terme de dépendance est à nouveau remis en cause. Le rapport Concertation : Grand âge et autonomie préconise en effet dans sa proposition n°64, de substituer à la qualification d'EHPAD celle de « maison du grand âge » ou de « maison médicalisée des seniors »<sup>58</sup>. Pour certains auteurs, cette proposition reste superficielle<sup>59</sup>. Quoi qu'il en soit, les EHPAD font partie de la catégorie des établissements et services sociaux et médico-sociaux (ESSMS) au sens de l'article L.312-1 sixièmement du code de l'action sociale et des familles (CASF) qui dispose que « sont des établissements et services sociaux et médico-sociaux, au sens du présent code, les établissements et les services, dotés ou non d'une personnalité morale propre » dont « les établissements et les services qui accueillent des personnes âgées ». En France métropolitaine, le nombre d'EHPAD ne cesse de fleurir. Cette augmentation exponentielle s'explique par deux facteurs qui s'entrecroisent<sup>60</sup>. Le premier est celui de la transformation des établissements d'hébergement pour personnes âgées (EHPA, c'est-à-dire des structures non médicalisées) et des unités de soins de longue durée (USLD) en EHPAD. Le second est celui de la médicalisation des établissements en raison de l'accueil croissant de personnes en grande perte d'autonomie. Ainsi « fin 2016, 605 000 places d'accueil sont proposées en EHPAD, contre 7 900 en EHPA n'ayant pas le statut d'EHPAD. Sur longue période, le nombre de places en EHPA non EHPAD a fortement diminué (-6,2% par an en moyenne depuis 2008). Inversement, le nombre de places en EHPAD a augmenté (+2,7% par an en moyenne depuis 2008) »<sup>61</sup>. Au 31 décembre 2016, le territoire national compte 7 438 EHPAD<sup>62</sup>. Le statut des EHPAD peut être public, privé ou associatif. Toutefois les EHPAD publics ont une place majeure. Ils représentent en effet 51% des places en hébergement<sup>63</sup>.

Ces structures accueillent, sauf exception, des personnes âgées d'au moins 60 ans à temps complet ou partiel, de manière permanente ou temporaire<sup>64</sup>. Ils dispensent dans ce cadre des actes médicaux et paramédicaux adaptés, organisent des actions de prévention ainsi que

57 Loi n°97-60 du 24 janvier 1997, *op.cit.*

58 Libault (D.), *Concertation : Grand âge et autonomie, op.cit.*, p.84.

59 Bourdairé-Mignot (C.), Gründler (T.), Le rapport Libault « Concertation grand âge et autonomie » : le temps de l'action, *RGDM*, n°71, juin 2019, p.66.

60 Insee, Tableaux de l'économie française, Mayenne, imprimerie Jouve, coll. « Insee Références », édition 2019, p.96.

61 *Ibid.*

62 Insee, Tableaux de l'économie française, *op.cit.*, p.97.

63 CNSA, Les chiffres clefs de l'aide à l'autonomie, 2018, p.16.

64 Article D.312-155-0 1° du CASF.

d'éducation à la santé<sup>65</sup>. Enfin, et c'est notamment sur cette mission que le mémoire s'attardera, ils mettent en place avec la personne accueillie un projet d'accompagnement personnalisé adapté aux besoins de la personne<sup>66</sup>. La liste des prestations minimales devant être fournies par les EHPAD est fixée par l'annexe 2-3-1 créée par le décret du 30 décembre 2015<sup>67</sup>. Cette annexe, citée à l'article D.312-159-2 du CASF, prévoit la délivrance des prestations principales suivantes : prestations d'administration générale ; d'accueil temporaire ; de restauration ; de blanchissage ; et d'animation de la vie sociale. Pour garantir la qualité de l'hébergement aux personnes âgées, l'EHPAD dispose d'une équipe pluridisciplinaire. Aux termes de l'article D.312-155-0 l'équipe doit être composée a minima d'un médecin coordonnateur, d'un infirmier titulaire du diplôme d'État, d'aides soignants, d'aides médico-psychologiques, d'accompagnateurs éducatifs et sociaux et de personnels psycho-éducatifs.

L'organisation et le fonctionnement des EHPAD sont ainsi régis par les articles D.312-155-0 et suivants du CASF. Ceux-ci ont grandement évolué vers un objectif de réponse sécurisée et adaptée aux besoins, en accompagnant au plus près la personne accueillie afin qu'elle puisse préserver au mieux son autonomie<sup>68</sup>. C'est d'ailleurs ce qui ressort de la loi du 2 janvier de 2002 rénovant l'action sociale<sup>69</sup> et de la loi du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement dite loi ASV<sup>70</sup>. La loi de 2002 crée en effet l'article L.311-3 du CASF, modifié par la loi de 2015, qui dispose désormais que « l'exercice des droits et libertés individuels est garanti à toute personne prise en charge par des établissements et services sociaux et médico-sociaux. Dans le respect des dispositions législatives et réglementaires en vigueur, lui est assuré : 1° Le respect de sa dignité, de son intégrité, de sa vie privée, de son intimité et de sa sécurité ». Il est à noter qu'avant 2015, le texte ne faisait aucunement apparaître la liberté d'aller et venir au titre des droits et libertés des personnes accueillies par les structures médico-sociales. Faut-il en déduire que cette liberté ne leur était pas accordée, ou qu'étant consacré par le texte constitutionnel le législateur n'ait pas estimé nécessaire de la rappeler ? En tout état de cause, l'intégration de cette liberté à l'article L.311-3 du CASF révèle l'existence de dérives dans le respect de cette liberté, sans quoi le législateur de 2015 ne

---

65 Article D.312-155-0 2° du CASF.

66 Article D.312-155-0 3° du CASF.

67 Décret n°2015-1868 du 30 décembre 2015 relatif à la liste des prestations minimales d'hébergement délivrées par les établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes, *J.O.* du 31 déc.2015, p.25332.

68 Brami (G.), Les paradoxes de l'évolution des EHPAD, *op.cit.*, p.31.

69 Loi n°2002-2 du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale, *op.cit.*

70 Loi n°2015-1776 du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement, *J.O.* du 29 déc. 2015, p.24268.

serait pas intervenu.

La liberté d'aller et venir, inhérente à la personne humaine, est une composante de la liberté individuelle. Elle signifie que chaque individu est libre de se mouvoir et de se déplacer sans contrainte, et sans que cela ne nécessite une autorisation de la puissance publique. Elle est ainsi proclamée tant par les textes nationaux qu'internationaux.

En droit interne, ce n'est qu'en 1979 que la valeur constitutionnelle de la liberté d'aller et venir a été consacrée. Par une décision du 12 juillet 1979<sup>71</sup>, le Conseil constitutionnel reconnaît en effet que la liberté d'aller et venir a une valeur constitutionnelle et intègre, de ce fait, la classification des droits et libertés fondamentaux. D'une part comme toute liberté individuelle, la liberté d'aller et venir est protégée par l'article 66 de la Constitution du 4 octobre 1958<sup>72</sup> qui dispose que « nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans le respect des conditions prévues par la loi ». Il est cependant à préciser qu'à l'occasion d'une décision du 16 juin 1999<sup>73</sup>, le Conseil constitutionnel a ensuite érigé cette liberté en liberté autonome, la détachant ainsi du susdit article 66<sup>74</sup>. D'autre part dès les années 2000, elle est rattachée à l'article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen (DDHC) de 1789 qui affirme le principe de la liberté et qui, il faut le rappeler, fait partie intégrante du bloc constitutionnel français.

En droit international, elle est tout autant affirmée par les textes. Tout d'abord, l'article 5 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales<sup>75</sup> garantit le droit à la liberté et à la sûreté. Ensuite, le protocole additionnel n°4<sup>76</sup> précise la portée de la liberté d'aller et venir en son article 2 relatif à la liberté de circulation. Le texte prévoit que « 1. Quiconque se trouve régulièrement sur le territoire d'un État a le droit d'y circuler librement et d'y choisir librement sa résidence. 2. Toute personne est libre de quitter n'importe quel pays, y compris le sien. 3. L'exercice de ces droits ne peut faire l'objet d'autres restrictions

---

71 CC, n°79-107 DC, 12 juillet 1979, loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales, *J.O.* du 13 juillet 1979.

72 Constitution du 4 octobre 1958, *J.O.* du 5 octobre 1958, p.9151.

73 CC, n°99-411 DC, 16 juin 1999, loi portant diverses mesures relatives à la sécurité routière et aux infractions sur les agents des exploitants de réseau de transport public de voyageur, *J.O.* du 1 juin 1999, p.9018.

74 Catherine (A.), Les EHPAD, entre liberté d'aller et venir et sécurité des résidents, *RGDM*, n°56, septembre 2015, p.132.

75 Aussi appelée Convention européenne des droits de l'homme (Conv.EHDH), ouverte à la signature le 4 nov. 1950 à Rome, entrée en vigueur en 1953.

76 Protocole n°4 à la Conv.EDH, reconnaissant certains droits et libertés autres que ceux figurant déjà dans la Convention et dans le premier protocole à la Convention, STE n°046, ouvert à la signature le 16 sept. 1963 à Strasbourg, entrée en vigueur le 5 mai 1963.

que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au maintien de l'ordre public, à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. 4. Les droits reconnus au paragraphe 1 peuvent également, dans certaines zones déterminées, faire l'objet de restrictions qui, prévues par la loi, sont justifiées par l'intérêt public dans une société démocratique ». Les points 3 et 4 de cet article révèlent déjà les limites à l'exercice de cette liberté. Enfin, le Pacte des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques en date du 16 décembre 1966 garantit pareillement le droit de toute personne de circuler librement, et expose dans un second temps les mêmes exceptions à cette liberté que le protocole précité<sup>77</sup>. Ces différents textes ont un effet direct. Par conséquent, la personne s'estimant victime d'une atteinte à sa liberté d'aller et venir peut les invoquer directement devant le juge national. La liberté d'aller et venir est également inscrite dans d'autres textes dépourvus d'effet direct. Pour exemple, peut être citée la Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH)<sup>78</sup>.

Avant tout, il est important de relever que le droit français distingue les mesures restrictives de la liberté d'aller et venir d'une part, et les mesures privatives d'autre part qui impactent la sûreté de la personne lorsqu'elles entraînent une totale privation de la liberté de mouvement<sup>79</sup>. Ce distinguo est essentiel car les valeurs défendues par ces deux grands principes diffèrent. « Dans un cas, il s'agit de défendre la liberté fondamentale d'une personne de circuler. Dans l'autre, c'est la protection de sa sûreté personnelle contre les atteintes arbitraires de l'État qui est en cause. Le droit à la sûreté interdit en effet toute arrestation ou détention arbitraire »<sup>80</sup>. La frontière entre la liberté d'aller et venir et le droit à la sûreté est mince. C'est pourquoi pour identifier la limite entre ces deux grands principes, les magistrats nationaux comme internationaux font référence à divers critères (analyse de la situation *in concreto*, durée de l'atteinte à la liberté, effets...)<sup>81</sup>. Le juge constitutionnel fait ainsi appel à trois critères : l'objet, la durée et l'effet de la mesure. « Il faut ainsi avant tout déterminer si la mesure prive partiellement ou totalement la personne de sa liberté de mouvement. Dès lors que la mesure

---

77 Article 12 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, ONU, ouvert à la signature et à la ratification le 16 déc. 1966, entrée en vigueur le 23 mars 1976.

78 Article 13 de la DUDH de 1948 adoptée à Paris le 10 déc. 1948.

79 Favoreu (L.), Gaïa (P.), Ghevontian (R.), Mélin-Soucramanien (F.), Pena (A.), Pfersmann (O.), Pini (J.), Roux (A.), Scoffoni (G.), Tremeau (J.), Droit des libertés fondamentales, *Dalloz*, 7ème édition, 2016, p.242.

80 Fondation Méric Alzheimer, *Liberté d'aller et venir en établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes*, Rapport de recherche, n°2, septembre 2010, p.5.

81 CEDH, 8 juin 1976, Engel et autres c/ Pays-Bas, n°5100/71.

permet de s'assurer physiquement de la personne, elle affecte son droit à la sûreté »<sup>82</sup>. Au-delà du traditionnel secteur pénitentiaire, la question des atteintes à la liberté d'aller et venir voire du droit à la sûreté s'est d'abord posée dans le champ des institutions psychiatriques. Depuis quelques années, la problématique gagne aussi le secteur des personnes âgées en EHPAD. Aux côtés de l'article L.311-3 du CASF garantissant l'exercice des droits et libertés individuels, la Charte des droits et libertés de la personne accueillie<sup>83</sup> consacre expressément la liberté de circuler en son article 8. Dans les établissements, cette liberté est quotidiennement confrontée à un autre droit du résident : le droit à la protection (annexe n°3).

Dans son rapport d'activité rendu public en 2013<sup>84</sup>, le contrôleur général des lieux de privation de liberté (CGLPL) Jean-Marie Delarue préconisait d'étendre son contrôle aux EHPAD où, bien qu'il s'agisse d'institutions médicalisées, certaines pratiques tendent à entraver la liberté des résidents. « *En somme, la situation des EHPAD est exactement comparable aujourd'hui à ce qu'était celle des établissements pénitentiaires ou des établissements psychiatriques, avant l'institution du contrôleur général* »<sup>85</sup>. A l'heure actuelle les compétences du CGLPL n'ont pas été étendues à ces structures, les pouvoirs publics se refusant à les considérer comme des lieux de privation de liberté. Le sujet reste toutefois d'actualité. La nouvelle CGLPL, Adeline Hazan, a elle aussi fait part à plusieurs reprises de la nécessité de faire évoluer les missions du CGLPL en vue d'étendre l'inspection aux EHPAD<sup>86</sup>.

Effectivement la liberté d'aller et venir des résidents en EHPAD fait l'objet d'atteintes diverses de la part de l'institution au nom d'une exigence croissante de sécurité. Dans certains services, notamment ceux hébergeant des personnes atteintes de graves troubles cognitifs, la volonté de sécuriser à tout prix l'espace de vie conduit à clore le lieu, au point de revenir à une forme d'enfermement. Cette surprotection émane des familles, mais aussi et surtout des contraintes que rencontrent aujourd'hui les EHPAD dans leur organisation et leur fonctionnement (contraintes architecturales et financières, personnels insuffisants...). Les mauvais traitements

---

82 Fondation Méric Alzheimer, *Liberté d'aller et venir...*, *op.cit.*, p.7.

83 La charte figure dans l'annexe de l'arrêté du 8 septembre 2003 relatif à la charte des droits et libertés de la personne accueillie, mentionnée à l'article L.311-4 du CASF, *J.O.* du 9 octobre 2003, p.17250.

84 Brondel (S.), Privation de liberté : les recommandations du Contrôleur général, dossier de presse, 25 février 2013, *Dalloz actualité* 28 février 2013, p.1.

85 Delarue (J.-M.) CGLPL, Rapport d'activité 2012, *Dalloz*, p.293.

86 Journal Paris Match, La contrôleuse des prisons prête à inspecter les EHPAD, publié le 13/03/2018 : <https://www.parismatch.com/Actu/Societe/La-controleuse-des-prisons-prete-a-inspecter-les-Ehpad-1478834> (consulté le 5 juin 2019).

sont ainsi largement moins dus à l'attitude des professionnels qu'aux difficultés structurelles que rencontrent les établissements<sup>87</sup>, contrairement à ce que laisse penser l'avis rendu par le CCNE le 15 février 2018<sup>88</sup>. Pourtant, aucune règle normative n'a octroyé expressément à ces structures le pouvoir de restreindre la liberté des résidents de se déplacer comme ils l'entendent, que ce soit à l'intérieur de l'établissement ou hors de ses murs<sup>89</sup>. Or ces atteintes existent. La crainte des EHPAD de voir leur responsabilité engagée en cas de préjudice est réelle et conduit à multiplier les restrictions à la liberté d'aller et venir. Afin d'éviter tout abus, trouver un juste équilibre en conciliant liberté et sécurité est indispensable pour le bien-être des personnes et pour la qualité des prestations délivrées dont le contrôle est de plus en plus poussé. Dans ce cadre mobiliser le droit souple, c'est-à-dire les recommandations de bonnes pratiques émises par l'ANAES (agence nationale d'accréditation et d'évaluation en santé), aujourd'hui fusionnée dans la HAS (haute autorité de santé), est indispensable. Il s'agit notamment de la conférence de consensus relative à la liberté d'aller et venir dans les ESSMS, laquelle permet de pallier les insuffisances du droit dur en la matière<sup>90</sup>.

Lorsque la balance penche vers l'absence de mesures de sécurité, la personne âgée est mise en danger. *A contrario* lorsque la balance penche vers un surplus de mesures protectrices, non seulement les droits et libertés sont bafoués, mais la surprotection aboutit à des situations de maltraitance. Bien que l'équilibre ne soit pas simple, la recherche de solutions conciliantes permet aujourd'hui de développer la bientraitance. « Ce dernier terme indique une nouvelle mobilisation, une meilleure protection »<sup>91</sup>, et la condition d'une prise en charge globale de qualité. Depuis les années 2000, de multiples outils ont ainsi vu le jour dans le but de prévenir la maltraitance<sup>92</sup>. La mobilisation de ces éléments est un levier essentiel au respect des droits des usagers et au bon fonctionnement des établissements. Il apparaît néanmoins que les dispositifs prévus ne sont pas assez mobilisés par les acteurs, où le « *réflexe sécuritaire* »<sup>93</sup> semble peu à peu effacer l'exercice de la liberté de circulation des résidents.

---

87 Porcher (R.), Avis n°128 du CCNE sur les enjeux éthiques du vieillissement : la Divine Comédie, acte second, RDS, n°84, 2018, pp.603-607.

88 Avis du CCNE n°128, *Enjeux éthiques du vieillissement*, 15 février 2018, 68 pages.

89 Lhuillier (J.-M.), *Le droit des usagers dans les ESSMS*, 5ème édition, Presses de l'EHESP, avril 2015, p.251.

90 Vialla (F.), dir., *Jurisprudences du secteur médico-social*, *op.cit.*, p.236.

91 Corbet (E.), Les concepts de violence et de maltraitance, *op.cit.*, p.25.

92 Avis du Défenseur des droits n°18-24, Paris, 11 octobre 2018, p.7.

93 Avis du Défenseur des droits n°18-24, *op.cit.*, p.9.

Aussi il est nécessaire de s'interroger sur la problématique suivante :

*La protection de l'intégrité physique des personnes âgées en perte d'autonomie en institution a-t-elle pris le pas sur l'exercice de leur liberté fondamentale d'aller et venir ?*

Lorsque la liberté d'aller et venir des résidents est confrontée à l'obligation de sécurité de la structure médico-sociale, l'opposition devient une source de maltraitance institutionnelle (partie 1).

Toutefois rien n'est immuable. En effet, mobiliser l'ensemble des dispositifs prévus par les pouvoirs publics depuis le début des années 2000, en parallèle d'une réflexion sur le respect des droits et libertés des personnes accueillies, permet de concilier ces deux objectifs. Ainsi, la conciliation de la liberté d'aller et venir et l'obligation de sécurité devient une source de bienveillance (partie 2).

## **PARTIE I) L'OPPOSITION ENTRE LIBERTÉ D'ALLER ET VENIR ET OBLIGATION DE SÉCURITÉ**

### **SOURCE D'UNE MALTRAITANCE INSTITUTIONNELLE**

Lorsque l'EHPAD limite partiellement ou totalement la liberté de circulation des résidents au nom de leur impérieuse protection, ces mesures n'impactent pas seulement la liberté d'aller et venir. De fait, la personne humaine même du résident se voit lésée par une surprotection institutionnelle (titre 1). Cette surprotection institutionnelle est imputable à l'exigence accrue de sécurité que connaît le secteur médico-social (titre 2).

### **TITRE 1. LA PERSONNE HUMAINE DU RÉSIDENT LÉSÉE PAR UNE SURPROTECTION INSTITUTIONNELLE**

La mission première de l'EHPAD est de protéger les personnes qu'il accueille sans que cela n'aboutisse à une forme d'enfermement comme ce pu être le cas des anciens hospices. Toutefois les entraves à la liberté de circulation sont nettement établies. L'ensemble des droits fondamentaux protégé par les textes les plus élevés dans la pyramide du droit français et par les célèbres lois de 2002 se trouve bafoué par ces restrictions (chapitre 1). Bien évidemment, cette forme de maltraitance n'est pas entièrement du fait de la seule volonté des acteurs. Les structures médico-sociales accueillant les aînés sont particulièrement favorables à l'amélioration de la qualité de leurs prestations. Cependant force est de constater que les problématiques contemporaines sont en grande partie à l'origine des restrictions, voire de la privation de la liberté d'aller et venir (chapitre 2).

#### ***Chapitre 1) Les droits fondamentaux bafoués par les restrictions de la liberté d'aller et venir***

Méconnaître la liberté d'aller et venir des résidents, c'est aussi porter atteinte au respect des principes à valeur constitutionnelle d'une part (section 1), et au respect des droits des usagers d'autre part (section 2).

## Section 1/L'atteinte au respect des principes à valeur constitutionnelle

La personne âgée doit être considérée comme le premier terme l'indique, c'est-à-dire comme une « personne ». Sur ce point, l'évolution de la représentation de la vieillesse apparaît essentielle. Peu importe son âge ou son niveau de dépendance, son statut premier est celui de personne humaine. A ce titre la personne âgée doit pouvoir bénéficier, au même titre que tout autre individu, du respect et de la protection de ses droits fondamentaux. Les pratiques attentatoires à la liberté de circulation mettent pourtant en péril le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine (§ 1), et le droit au respect de sa vie privée (§ 2).

### **§ 1. Le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine**

Il est impératif de rappeler le cadre juridique du principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine (A), principe qui ne peut être respecté qu'en parvenant à faire évoluer les représentations sociales de la vieillesse (B).

#### *A) Le cadre juridique du principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine*

La liberté d'aller et venir est un corollaire du principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine. Au vu de leur interconnexion il ne peut être passé outre la notion.

Depuis les années 1990, la notion de dignité de la personne humaine a fait couler beaucoup d'encre tant sa définition est subjective. Chacun en a une conception différente, comme en témoignent les enjeux entourant la fin de vie. Globalement, le respect de la dignité est souvent rattaché au respect de la personne, de son intégrité physique, psychique, et de ses choix. En droit de la santé, la dignité a été au cœur des débats en raison du développement des techniques médicales et biomédicales. Il s'agissait alors de préciser le cadre juridique de certaines activités en vue d'assurer la protection des individus contre les risques d'atteintes à leurs droits fondamentaux<sup>94</sup>. L'objectif était de réaffirmer leur statut de *personae* et écarter ainsi le risque de se rapprocher du statut de *res*, dont la distinction fonde l'application du

---

<sup>94</sup> Leuzzi-Louchart (C.), Vulnérabilités et fin de vie : de la protection de la dignité du mourant aux limites de l'encadrement juridique de la fin de vie, *RDS*, n°67, 2015, pp.665-677.

principe<sup>95</sup>. Ainsi « *traditionnellement, le principe se rattache à l'individu dans son rapport avec le corps social. L'autre conception, plus moderne, s'attache à la protection de la personne humaine des atteintes susceptibles d'y être portées* »<sup>96</sup>.

Aujourd'hui la dignité est un principe hautement affirmé y compris dans le préambule de la DUDH qui prévoit que « la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde ».

C'est en 1994 que le principe trouve sa conception moderne en tant que protection contre le risque d'atteintes, notamment dans le secteur de la santé. Le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation acquiert en effet une valeur constitutionnelle lors de la décision du Conseil constitutionnel du 27 juillet 1994<sup>97</sup>. En son considérant n°18, les neuf sages considèrent que les lois bioéthiques « énoncent un ensemble de principes au nombre desquels figurent la primauté de la personne humaine, le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie, l'inviolabilité, l'intégrité et l'absence de caractère patrimonial du corps humain ainsi que l'intégrité de l'espèce humaine ; que les principes ainsi affirmés tendent à assurer le respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine ». Bien qu'il ne définisse pas la notion, l'institution garante de la Constitution donne un aperçu de son contenu.

La dignité apparaît comme le principe au centre de plusieurs autres principes d'ordre public<sup>98</sup> dont la plupart sont affirmés à l'article 16 du code civil<sup>99</sup>. D'autres principes incontournables du secteur médico-social découlent également de ce « droit matriciel »<sup>100</sup>. Il s'agit du respect de la vie privée, du droit à l'information et au consentement, et de la liberté d'aller et venir, lesquels s'entrecroisent tous. En outre, le non-respect de l'un a des conséquences sur le respect des autres.

---

95 Vialla (F.), *Sentiments, vie privée, vie affective, vie sexuelle et institution sanitaire ou médico-sociale*, RDS, n°45, 2012, pp.23-35.

96 Leuzzi-Louchart (C.), *Vulnérabilités et fin de vie...*, art.cit., pp.665-677.

97 CC, n°94-343-344 DC, 24 juillet 1994, loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, *J.O.* du 29 juillet 1994, p.11024.

98 L'article 16-9 du code civil prévoit en effet que les principes posés aux articles 16 et suivants sont d'ordre public. Il n'existe donc aucune dérogation possible.

99 L'article 16 du c.civ énonce que « la loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie ».

100 Vialla (F.), dir., *Jurisprudences du secteur médico-social*, op.cit., p.225.

La réaffirmation du principe dans le champ de la santé est en grande partie le fait d'un appel citoyen au cours des années 1990, en lien avec les scandes sanitaires. Il apparaîtra ainsi dans les grandes législations relatives aux droits des malades, à savoir les lois de 2002. Le professeur Marie-Laure Moquet-Anger constate cependant que la notion recouvre des formes diverses, tantôt utilisée comme un « principe moral » humaniste, tantôt comme un levier de judiciarisation<sup>101</sup>. En pratique, la violation du principe de sauvegarde de la dignité humaine apparaît peu sanctionnée par les juridictions au vu de son « contenu polysémique »<sup>102</sup>. Le caractère subjectif de la notion s'est d'autant plus renforcé que, toujours selon le professeur Moquet-Anger, le législateur de 2002 ne parle plus du droit au respect de **la** dignité, mais de **sa** dignité<sup>103</sup>. Cette remarque est aussi vraie dans le secteur sanitaire que médico-social.

D'une part, l'article L.1110-2 du CSP dispose que « la personne malade a droit au respect de sa dignité ». D'autre part l'article L.311-3 du CASF, premièrement, dispose qu'est assuré à l'usager d'un ESSMS « le respect de sa dignité, de son intégrité, de sa vie privée, de son intimité et de sa sécurité ». C'est donc sur le fondement des obligations de consentement<sup>104</sup> et d'information<sup>105</sup> du patient avant tout acte médical que les magistrats s'appuient en principe pour caractériser une atteinte<sup>106</sup>. Néanmoins le phénomène de judiciarisation n'est pas contestable. Les juges administratifs ont, animés par une ambition sociale, eu recours à la notion de sauvegarde de la dignité.

Dans un arrêt de la cour administrative d'appel (CAA) de Nancy<sup>107</sup>, le juge administratif s'est prononcé sur une sanction disciplinaire prise à l'encontre d'un infirmier pour des actes de maltraitance physique et verbale sur des personnes âgées. En l'espèce la CAA se montre particulièrement exigeante à l'égard du respect de la sauvegarde de la dignité des personnes en situation de vulnérabilité. Sans remettre en cause l'intention louable des juges du fond, il est indispensable de s'interroger sur les répercussions d'une telle décision. Effectivement le risque est de voir la dignité se transformer en un motif de réclamations de dommages et intérêts à l'encontre des institutions médico-sociales quand bien même la personne n'aurait pas subi de préjudice corporel, d'où la nécessité de préciser objectivement le contenu de la notion<sup>108</sup>.

---

101 Moquet-Anger (M.-L.), *La dignité et le droit de la santé*, *RFDA*, 2015, p.1075.

102 *Ibid.*

103 *Ibid.*

104 C.cass, chambre des requêtes, 28 janvier 1942, DC 1942. 63 ; Gaz. Pal. 1942. 1. 1977.

105 C.cass, 1ère chambre civile, 9 octobre 2001, 00-14-564.

106 Article L.1111-4 du CSP.

107 CAA de Nancy, 3ème chambre, 5 mai 2010, 09NC01114.

108 Moquet-Anger (M.-L.), *La dignité et le droit de la santé*, art.cit., p.1075.

La sauvegarde de la dignité est donc un principe à valeur constitutionnelle qui transcende les différentes sphères de la société et les différentes périodes de la vie. A tout âge, peu importe le degré d'autonomie de la personne ou ses vulnérabilités, « reconnaître la dignité du malade âgé, dément, couvert d'ulcères, souillé de ses excréments, c'est reconnaître notre propre dignité. Nous serons peut-être un jour cette personne même si nous ne le souhaitons pas et préférons comme une grande majorité des citoyens ne pas survivre à cet état. Toujours est-il que cet état n'est pas indigne, il constitue une situation où le regard de l'autre qui s'approche doit me reconnaître avant tout dans ma dignité ontologique. Ma dignité ne dépend pas de mon apparence. Elle va nécessairement bien au-delà. Mais ma souffrance peut être amplifiée par la perception que j'ai du regard de l'autre. L'humiliation crée mon sentiment d'indignité »<sup>109</sup>.

#### B) *L'impulsion nécessaire d'une nouvelle représentation de la vieillesse*

Vieux, vieillards, personnes âgées... Cette partie de la population a connu diverses dénominations plus ou moins gratifiantes au fil du temps<sup>110</sup>, tout comme la représentation de la vieillesse<sup>111</sup>. Le plus souvent, et cela en dit long, c'est une image dévalorisante qui prédomine les différentes périodes de l'histoire, particulièrement dans les sociétés occidentales.

Déjà en Grèce antique tant les mythes que la littérature portaient un regard somme toute péjoratif sur la vieillesse. L'apparence du corps dégradé par le temps ne semblait inspirer que de la peur et de la répulsion<sup>112</sup>. Dans la mythologie, la vieillesse constitue une malédiction des hommes comme l'illustre le mythe de Pandore, et cette crainte d'une punition divine se manifesterait également lors des débuts de l'ère chrétienne. Dans la littérature, les tragédiens tels Sophocle et Euripide témoignent à la jeunesse un véritable éloge associé à la beauté, mais expriment en revanche un vif mépris à l'égard de la vieillesse<sup>113</sup>. Ce sentiment de dégoût pour la décrépitude du corps émergera de nouveau durant la Renaissance où de nombreux poètes

---

109Sicard (D.), *L'alibi éthique*, Plon, septembre 2006, p.115-116.

110Pour exemple le terme de vieux était, au cours du Moyen-Âge, empreint d'un sentiment de mépris jusqu'à constituer une véritable injure comme le révèle Gonthier (N.), « *Sanglant Coupaul !* » « *Orde Ribaude !* » *Les injures du Moyen-Âge*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, coll. Histoire, 2007, p.180.

111Trincaz (J.), Les fondements imaginaires de la vieillesse dans la pensée occidentale, *L'homme*, n°147, Alliance, rites et mythes, 1998, p.167.

112Foucart (J.), La vieillesse : une construction sociale, *Pensée plurielle*, n°6, 2003/2, p.9.

113Foucart (J.), La vieillesse : une construction sociale, art.cit., p.11.

furent inspirés par la culture gréco-romaine<sup>114</sup>.

Cependant cette représentation sociale du phénomène de vieillissement n'est pas statique et évolue au gré des valeurs portées par chaque société<sup>115</sup>. Les historiens ont mis en évidence que l'image de la vieillese diffère certes selon les époques, mais aussi selon les lieux. Dans les sociétés traditionnelles où l'oralité tient une place importante, le respect dû aux aînés de par le savoir qu'ils détiennent est très prégnant. C'est ce qu'ont pu remarquer Georges Condominas<sup>116</sup> en Asie du sud-est et Louis-Vincent Thomas<sup>117</sup> en Afrique.

A d'autres époques en France, le regard porté sur les vieillards a aussi pu se caractériser par davantage d'égard en raison du symbolisme de la sagesse qu'ils représentent, sagesse acquise par l'expérience de la vie. Cette idée prédominera au Moyen-Âge - bien que dans une moindre mesure<sup>118</sup> - ainsi qu'au siècle des Lumières<sup>119</sup>. Le XVIIIe siècle a d'ailleurs marqué un tournant dans la représentation sociale de la notion chez les philosophes et dans la place qu'occupent les vieillards au sein de la société<sup>120</sup>. Paradoxalement, l'époque se caractérise aussi par une véritable politique de l'enfermement, démarche aujourd'hui combattue par les politiques publiques. Les premiers hôpitaux généraux accueillant les vagabonds, nés à la fin du XVIIe siècle, continuent de fleurir au XVIIIe traduisant - au-delà de l'idée de charité - la volonté de protéger l'ordre public. Cette protection passe par l'exclusion de la société des plus nécessiteux, parmi lesquels le nombre de personnes âgées est majeur<sup>121</sup>. Pour le professeur Jean-Pierre Bois, les hôpitaux généraux sont à ce titre les « premiers hospices de vieillards »<sup>122</sup>.

---

114Trincaz (J.), Les fondements imaginaires de la vieillese..., art.cit., p.176.

115Trincaz (J.), Les fondements imaginaires de la vieillese..., art.cit., p.167.

116Condominas (G.), Aînés, anciens et ancêtres en Asie du Sud-Est, *Communications*, n°37, Le continent gris. Vieillesse et vieillissement, 1983, p.63.

117Thomas (L.-V.), La vieillese en Afrique noire, *Communications*, n°37, Le continent gris. Vieillesse et vieillissement, 1983, p.85.

118Trincaz (J.), Les fondements imaginaires de la vieillese..., art.cit., p.184.

119Trincaz (J.), Les fondements imaginaires de la vieillese..., art.cit., p.178.

120Von Buelzingsloewen (I.), Bordelais (P.), Le nouvel âge de la vieillese. Histoire du vieillissement de la population, *Histoire moderne et contemporaine*, t. 43, n°4, Médicalisation et professions de santé au XVIe-XXe siècles, 1996, p.735.

121Bois (J.-P.), Exclusion et vieillese. Introduction historique, *Gérontologie et société*, n°102, vol.25, sept. 2002/3, p.18.

122*Ibid.*

Les représentations sociales du vieillissement sont donc duales. Le phénomène naturel qu'est la vieillesse a tantôt basculé d'une figure valorisante à dévalorisante au fil des siècles ainsi qu'a pu l'affirmer le Haut Conseil de la Santé Publique (HCSP) en 2004 : « soit on loue l'expérience et la sagesse du vieillard, sa transmission de traditions et de patrimoine, de mémoire et aussi de valeurs, soit on stigmatise l'image du "vieux" dégradé physiquement ou psychiquement, qui inquiète et coûte à sa famille »<sup>123</sup>. Ce regard paradoxal est à l'heure actuelle toujours présent. Sans remettre en cause la difficulté à garantir un exercice effectif des droits du fait des pathologies complexes de ce public, il n'en reste que les entraves à la liberté d'aller et venir constituent une atteinte à l'intégrité physique de la personne et, *de facto*, à sa dignité<sup>124</sup>. Or le respect des droits des personnes vulnérables est une donnée essentielle de la démocratie<sup>125</sup>. En ce sens, l'ancien député Arnaud Richard a pu faire valoir que « *la qualité de notre modèle de société se mesurera à la capacité à garantir la dignité des personnes âgées dépendantes* »<sup>126</sup>. La volonté de protéger la dignité de la personne et ce, quels que soient son état de santé et son degré d'autonomie, s'affirme dans le secteur médico-social depuis plus d'une vingtaine d'années comme l'illustre la charte de la Fondation nationale française de gérontologie sur les droits et libertés des personnes âgées dépendantes de 1997. Désormais, c'est au dernier article de la charte des droits et libertés de la personne accueillie que la dignité est affirmée : « le respect de la dignité et de l'intégrité de la personne est garanti » (annexe n°3)<sup>127</sup>.

En 2015<sup>128</sup> le législateur va au-delà de la conception de la dignité en tant que respect de l'intégrité physique, et assoie la dignité sur les notions de respect des droits fondamentaux des personnes âgées. Sur ce point la loi ASV était appuyée par le Conseil social, économique et environnemental (CESE). Celui-ci défendait l'idée d'un bouleversement des représentations sociales du vieillissement par la promotion du statut de citoyen avant celui de personne âgée<sup>129</sup>. Pour cela, « *c'est le regard de la société sur les personnes âgées qui doit évoluer, pour que la bienveillance, le droit d'être traité de manière digne, ne soit plus un débat mais une*

---

123HCSP, *Violences et santé*, rapport, mai 2004, p.77.

124C.cass, ch.crim, 6 août 1997, n°95-84.852.

125Fermaud (L.), *La garantie des droits des personnes âgées dépendantes*, RFDA, 2016, p.720.

126Pinville (M.), AN, *rapport n°2155 relatif à l'adaptation de la société au vieillissement*, 2014, p.64.

127Article 12 de la Charte figurant dans l'annexe de l'arrêt du 8 septembre 2003, *op.cit.*

128Loi n°2015-1776 du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement, *op.cit.*

129Esch (M.-O.), rapporteure,  *Vieillir dans la dignité*, Avis du CESE, avril 2018, p.22.

évidence »<sup>130</sup>. C'est ce que reprend le rapport de Dominique Libault intitulé Concertation : Grand âge et autonomie<sup>131</sup>. Cependant le rapport apparaît limiter la maltraitance aux seules atteintes à la dignité. Or, elle revêt en réalité des causes et des formes extrêmement diverses de par la vulnérabilité de ce public spécifique<sup>132</sup>. En se bornant à ne travailler que sur les conditions de travail des personnels comme cause de la maltraitance, le risque est de n'apporter *in fine* qu'une infime réponse à la problématique<sup>133</sup>.

En matière de dignité, bien des avancées restent encore à faire. La consécration de ce droit dans les textes législatifs et les chartes successives constitue une base préalable essentielle à la sauvegarde de ce droit. Néanmoins considérer que son application est effective dans les établissements médico-sociaux signifierait nier l'existence de certaines pratiques contestables, et freiner à terme la mise en œuvre d'actions tendant à en garantir le respect. Aussi reconnaître que les atteintes à la liberté d'aller et venir des résidents portent atteinte au respect de leur dignité, c'est faire un premier pas vers la bientraitance. Si cela peut paraître paradoxal pour les professionnels et gestionnaires des structures au regard de leurs missions<sup>134</sup>, il s'agit là d'une nécessité. En effet d'autres droits du résident sont touchés par de telles pratiques. Or la liberté d'aller et venir est presque - pour ne pas dire totalement - absente du rapport Libault et aucune mention ne fait référence à l'existence de telles pratiques attentatoires<sup>135</sup>. De la même manière, le droit au respect de la vie privée est un aspect de la dignité oublié par le rapport Libault<sup>136</sup>.

## § 2. Le droit au respect de la vie privée

Après avoir défini le cadre juridique du droit au respect de la vie privée (A), il sera détaillé dans quelle mesure l'EHPAD doit prendre en compte les différentes composantes de ce droit (B) pour limiter *in fine* les atteintes à la liberté d'aller et venir.

---

130Esch (M.-O.), rapporteure, *Vieillir dans la dignité*, *op.cit.*, p.23.

131Libault (D.), *Concertation : Grand âge et autonomie*, rapport, mars 2019, p.64.

132Bourdairé-Mignot (C.), Gründler (T.), Le rapport Libault « Concertation grand âge et autonomie » : le temps de l'action, *RGDM*, n°71, juin 2019, p.68.

133Bourdairé-Mignot (C.), Gründler (T.), Le rapport Libault..., *art.cit.*, p.68.

134Avis du Défenseur des droits n°18-24, *op.cit.*, p.10.

135Bourdairé-Mignot (C.), Gründler (T.), Le rapport Libault..., *art.cit.*, p.68.

136*Ibid.*

### A) *Le cadre juridique du droit au respect de la vie privée*

Des suites des événements de la seconde Guerre Mondiale, la DUDH fut la première à élever le respect de la vie privée au rang des droits de l'Homme. L'article 12 de la déclaration dispose en effet que « nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes à son honneur et à sa réputation. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes ». En 1966, l'article 17.1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) reprend ce droit en des termes similaires. Le droit au respect de la vie privée est également proclamé à l'article 8 de la Conv.EDH qui dispose que « 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. 2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

En droit interne, ce droit fondamental apparaît dans différents codes mais est aussi placé au rang suprême des droits et libertés protégés par la Constitution. Pour commencer, le Conseil constitutionnel a protégé le droit à la vie privée en en faisant une composante de la liberté individuelle<sup>137</sup>. De manière plus explicite, les neuf sages ont ensuite considéré que la liberté d'aller et venir et le respect de la vie privée étaient au nombre des droits et libertés fondamentaux protégés par la Constitution, notamment par les articles 2 et 4 de la DDHC<sup>138</sup>. Ensuite, l'article 9 du code civil créé par la loi du 17 juillet 1970<sup>139</sup> énonce que « chacun a droit au respect de sa vie privée. Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée [...] ».

Enfin l'article L.1110-4 premièrement du CSP prévoit que « toute personne prise en charge par un professionnel de santé, [...] un professionnel du secteur médico-social ou social ou un

---

137CC, DC n°94-352 du 18 janvier 1995, loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité, *J.O.* du 21 janv. 1995, p.1154.

138CC, DC n°2008-562 du 21 février 2008, loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pour cause de trouble mental, *J.O.* du 26 fév. 2008, p.3272.

139Loi n°70-643 du 17 juillet 1970 tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens, *J.O.* du 19 juillet 1970, p.6751.

établissement ou service social et médico-social [...] a droit au respect de sa vie privée et du secret des informations la concernant ». Dans le CSP, le législateur fait donc déjà apparaître le droit au respect de la vie privée des personnes accueillies par les ESSMS. Un doublon figure dans le CASF. L'article L.311-3 assure à toute personne prise en charge par des ESSMS le respect de sa dignité. Tout comme pour le principe de sauvegarde de la dignité, il est important de souligner que le législateur protège le droit au respect de **sa** vie privée, et non de **la** vie privée. En conséquence il s'agit d'une protection appliquée au cas d'espèce<sup>140</sup> et non de manière globale, y compris si la personne réside en institution.

Néanmoins l'article L.311-3 du CASF reste avant tout symbolique car le législateur n'a pris soin ici que de procéder au rappel de plusieurs droits fondamentaux préexistants<sup>141</sup>. Cette intervention révèle - comme souvent lorsque le législateur s'emploie à dupliquer des dispositions dans divers textes - l'existence d'atteintes aux droits.

*B) La prise en compte nécessaire des différentes composantes du droit à la vie privée*

Comme le principe de sauvegarde de la dignité humaine, la notion de vie privée revêt un caractère subjectif<sup>142</sup>. Ce qu'elle englobe, ou n'englobe pas, diffère d'une personne à une autre. Aborder chacune de ses caractéristiques se révèle donc difficile<sup>143</sup>. Cette incertitude est certainement l'une des raisons pour laquelle très peu de jurisprudences font état d'une atteinte à ce droit, notamment concernant les EHPAD<sup>144</sup>. Par ailleurs, encore faut-il que les personnes accueillies, leur entourage et les professionnels aient eux-mêmes conscience que tel acte peut effectivement violer la/sa vie privée<sup>145</sup>. Quoi qu'il en soit, la définition proposée par la conférence de consensus apparaît être la plus adaptée en ce qu'elle permet de recouvrir un ensemble de facteurs à prendre en compte. Effectivement elle ne se limite pas à contenir la vie privée au seul cadre de l'identité ou du domicile. Ainsi « *la vie privée se définit tout d'abord au regard de l'identité du sujet qui ne se réduit pas à son état civil, mais s'étend à sa*

---

140Violla (F.), Sentiments, vie privée, vie affective, vie sexuelle et institution sanitaire ou médico-sociale, *RDS*, n°45, 2012, pp.23-35.

141 *ibid.*

142Badel (M.), La protection de la vie privée dans les lois du 2 janvier et du 4 mars 2002, *Journal du droit des jeunes*, n°5, vol.235, 2004, p.27.

143Violla (F.), dir., *Jurisprudences du secteur médico-social, op.cit.*, p.252.

144Violla (F.), dir., *Jurisprudences du secteur médico-social, op.cit.*, p.253.

145 *ibid.*

*personnalité, son histoire, sa culture, son exercice professionnel passé ou présent, ses habitudes de vie, ses liens familiaux, personnels, affectifs et sociaux, ses convictions philosophiques ou religieuses* »<sup>146</sup>. En somme ce droit implique non seulement le respect de l'intimité de la personne, mais aussi le respect de son autonomie<sup>147</sup>.

De plus restreindre la liberté d'aller et venir d'une personne a également des répercussions sur son droit à la vie privée, lequel est « indissolublement lié à la notion de dignité de la personne »<sup>148</sup>. Selon le jury de la conférence, le droit à la vie privée comprend quatre composantes fondamentales qui seront reprises ici *in extenso* :

- premièrement, « l'établissement d'accueil doit favoriser l'exercice d'une vie personnelle : visites, maintien des liens familiaux, personnels, affectifs et sociaux »<sup>149</sup> ;
- deuxièmement, « le respect des convictions politiques, religieuses ou philosophiques constitue un autre élément fort qui passe non seulement par le respect de ces convictions, mais par la facilitation de leur exercice : exercice des droits civiques, libre intervention d'un ministre du culte [...] »<sup>150</sup>. A noter que quinze années après ladite conférence, le rapport Libault se donne pour axe majeur la réaffirmation de la citoyenneté des personnes âgées, sans aborder à aucun moment l'effectivité de l'exercice de leurs droits civiques<sup>151</sup>. Pourtant à l'occasion de l'adoption de la loi ASV, le CESE faisait valoir que la solution « relève moins de l'attribution de droits spécifiques à la personne âgée que de l'effectivité de ses droits de citoyen, y compris par une action en justice, pour les faire réparer »<sup>152</sup>.
- troisièmement, il s'agit « du respect de l'intimité de la personne, de son intégrité corporelle, ce qui implique un mode adapté de délivrance des soins et des accompagnements dans les actes essentiels de la vie »<sup>153</sup>.
- enfin, il s'agit « de la nécessité impérative de disposer au sein de l'établissement de la jouissance d'un espace privatif comportant les principales caractéristiques afférentes à un tel espace : possibilité d'apporter une part de son mobilier, droit d'organiser la

---

146FHF, *Liberté d'aller et venir dans les établissements sanitaires et médico-sociaux, et obligation de soins et sécurité*, conférence de consensus, texte des recommandations (version longue), 24 et 25 nov. 2004, p.24.

147Détraigne (Y.), Escoffier (A.-M.), *Rapport d'information n°441*, Sénat, session ordinaire de 2008-2009, p.14.

148FHF, *Liberté d'aller et venir dans les établissements sanitaires et médico-sociaux...*, *op.cit.*, p.23.

149*Ibid.*

150*Ibid.*

151Bourdair-Mignot (C.), Gründler (T.), *Le rapport Libault...*, *art.cit.*, p.66.

152Esch (M.-O.), rapporteure, *Vieillir dans la dignité*, *op.cit.*, p.22.

153FHF, *Liberté d'aller et venir dans les établissements sanitaires et médico-sociaux...*, *op.cit.*, p.24.

personnalisation de l'espace, notamment par une décoration de son choix [...] »<sup>154</sup>.

Ces composantes, notamment le droit de pouvoir entretenir des relations sociales y compris avec l'extérieur, ne sont garanties que si en premier lieu la liberté d'aller et venir est elle-même effective<sup>155</sup>.

Si les atteintes la liberté d'aller et venir influent sur le droit à la vie privée, ces deux principes peuvent aussi s'opposer. Face à certaines attitudes mettant en danger le résident l'EHPAD peut, eu égard à sa mission de protection, prendre des mesures à l'encontre du résident en cause de nature à le léser dans sa liberté d'aller et venir. La conférence de consensus a établi une liste non exhaustive de ces comportements : « intrusion de l'usager dans la vie privée d'un ou plusieurs autres usagers [...] ; comportement violent envers les autres, notamment dans leurs espaces privatifs ; [...] ; comportement de mise en danger par l'usager lui-même de sa vie ou de sa sécurité [...] »<sup>156</sup>.

Dans le cadre de la conférence de consensus le jury soutient, à juste titre, que pour préserver les droits et libertés de la personne accueillie l'organisation et le fonctionnement de l'EHPAD doivent être bâtis sur deux principes. Le premier est celui affirmé par les textes législatifs, à savoir que tout individu a le droit au respect de sa vie privée, peu importe son degré de vulnérabilité<sup>157</sup>. Le second est celui de la recherche systématique du consentement<sup>158</sup>. Partant de cette ligne directrice, la structure pourrait favoriser les déplacements de ses résidents.

En sus de porter atteinte au principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine et du droit au respect de sa vie privée, les entraves à la liberté d'aller et venir sont souvent mises en œuvre en violation des principes directeurs qui gouvernent le droit de la santé, gravés symboliquement dans le marbre en 2002.

---

154Ibid.

155Vialla (F.), dir., *Jurisprudences du secteur médico-social*, op.cit., p.236.

156Ibid.

157Ibid.

158FHF, *Liberté d'aller et venir dans les établissements sanitaires et médico-sociaux...*, op.cit., p.24.

## Section 2/L'atteinte au respect des droits des usagers

Avant les années 2000, les droits des usagers du système de santé n'étaient pas formellement consacrés. Cela ne signifie pas pour autant qu'ils n'étaient pas reconnus par le corps sanitaire et médico-social. Cependant la protection des droits des usagers a fait l'objet d'un véritable mouvement législatif tendant à tout mettre en œuvre pour préserver au mieux le respect de la personne accueillie. Dès lors lorsque l'EHPAD envisage de contraindre la liberté d'aller et venir du résident, il doit procéder avant toute chose à la recherche de son consentement, ce qui en pratique se révèle souvent complexe (§ 1). Par ailleurs, l'altération des facultés cognitives de la personne âgée peut compliquer davantage la procédure. De fait, l'autonomie décisionnelle de la personne se voit incomplète (§ 2).

### **§ 1. La recherche du consentement consécutif du droit à l'information**

Le consentement et l'information constituent des droits reconnus à toute personne accueillie par un établissement médico-social. De ces droits découle une obligation pour l'EHPAD de tout mettre en œuvre pour les respecter (A). L'information et le consentement doivent donc en principe être délivrée et recherché systématiquement par l'établissement à chaque étape de l'accueil puis de l'accompagnement de la personne (B).

#### *A) L'étendue des principes du consentement et de l'information*

Le recueil du consentement de la personne à la contrainte est un gage du respect de la dignité. Pourtant ce droit incontournable est bien souvent bafoué par les établissements accueillant des personnes âgées dépendantes. L'une des raisons invoquées à l'irrespect de ce droit est la caractéristique même du public, à savoir la situation de dépendance. Celle-ci est trop régulièrement associée à une absence totale de compréhension, de discernement et, de fait, de capacité à consentir. Aussi il est impératif de délimiter les notions de discernement et de consentement.

Un parallèle peut être réalisé avec le droit du résident au respect de sa vie privée et de son intimité. A l'occasion d'un arrêt de 2016<sup>159</sup>, la Cour d'appel (CA) de Paris a eu à se prononcer

---

159CA de Paris, 9 mars 2016, n°15/07071.

sur le licenciement d'une psychologue pour non-respect des protocoles destinés à garantir la sécurité des résidents. Atteints de troubles cognitifs, deux des résidents ont entretenu à plusieurs reprises une relation sexuelle, la question étant de déterminer si chacun d'eux était effectivement consentant. Le reproche était fait à la professionnelle de santé de ne pas s'être assurée de l'existence d'un tel accord. Dans cette décision, les juges du fond s'accordent avec la salariée pour distinguer le discernement, « *qui est la faculté d'apprécier sainement les choses, avec intelligence et sens critique* », du consentement « *qui est l'action de donner son accord à un acte* ». Cet arrêt a le mérite de clarifier les deux termes et de rappeler que l'existence de mesure de protection juridique ne fait jamais obstacle à l'exercice des libertés fondamentales de la personne protégée<sup>160</sup>.

L'existence de déficiences motrices ou cognitives ne signifient en aucun cas que la personne est entièrement privée de ses facultés de discernement, ni qui lui soit impossible d'exprimer un consentement. Or dans le cadre de l'accueil et de la prise en charge des personnes âgées en institution, celles-ci sont souvent laissées à la marge des décisions qui la concernent. Conscient des dérives le législateur a entendu renforcer, à l'occasion de la loi du 2 janvier 2002 puis de la loi ASV, le principe de la recherche du consentement de la personne accueillie, qui n'a de sens que s'il est précédé de la délivrance d'une information relative à l'acte envisagé. Aussi il est utile de rappeler la portée de ce principe.

Tout comme la loi du 4 mars 2002<sup>161</sup> a défini le patient comme acteur de sa santé, la loi du 2 janvier 2002<sup>162</sup> a défini l'usager comme acteur de sa vie. En principe, il est l'unique décisionnaire quant à ses choix de vie<sup>163</sup>. Rechercher le consentement de la personne c'est faire un premier pas vers le respect et la garantie de son autonomie. A chaque étape de sa prise en charge, de son admission jusqu'à sa sortie, toute mesure envisagée par l'équipe pluridisciplinaire susceptible de porter atteinte à sa liberté d'aller et venir devrait être consentie par l'intéressé. Il est donc indispensable de procéder à la recherche du consentement libre et éclairé de la personne âgée.

---

160Véron (P.), Établissement pour personnes âgées \* Majeur protégé \* Tutelle \* Acte sexuel \* Consentement \* Psychologue \* Licenciement \* Illégalité, *RDSS*, n°4, 26 août 2016, pp.781-783.

161Loi n°2002-203 du 4 mars 2002, *op.cit.*

162Loi n°2002-2 du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale, *op.cit.*

163Fondation de France, *Quand sécurité et liberté d'aller et venir s'opposent en EHPAD, Guide éthique*, version n°1, novembre 2016, p.5.

Le CSP prévoit que le consentement doit être « libre et éclairé, et ce consentement peut être retiré à tout moment »<sup>164</sup>. En gériatrie, le consentement doit également revêtir ces deux qualités. Or ce n'est pas toujours simple lorsque les facultés cognitives de la personne sont affaiblies. En ce sens les intervenants des secteurs sanitaire, social et médico-social peuvent eux-mêmes, lorsque la personne âgée nécessite une surveillance particulière, inciter fortement à entrer un EHPAD. Cette incitation tend parfois à la contrainte<sup>165</sup>. Si dans le droit hospitalier le patient peut à tout moment revenir sur sa décision, tel ne semble pas être le cas dans le droit des ESSMS. Le CASF prévoit en effet que le résident ou, le cas échéant, son représentant légal, dispose d'un délai de quinze jours suivant la signature du contrat de séjour pour se rétracter<sup>166</sup>. La sortie de l'EHPAD est également soumise au respect d'un délai de préavis. Rien n'apparaît en revanche sur un droit de retrait du consentement à la mesure restrictive lors du séjour. Seule la demande de révision est abordée par le code.

Le consentement ne peut être effectif que si l'intéressé est préalablement informé du « contenu et de l'étendue »<sup>167</sup> de la contrainte. Cette information doit être adaptée à ses capacités de compréhension et accessible<sup>168</sup>. Lorsque la restriction est prévue au niveau individuel, la délivrance de l'information et la recherche du consentement sont effectuées au cours d'un entretien encadré par le législateur. Dans ce cadre, le contrat de séjour constitue la première trace du recueil du consentement. Le jury de 2004 préconise également de favoriser l'information orale<sup>169</sup>. Le support écrit n'est en effet pas toujours adapté et suffisant à s'assurer que la personne ait bien compris l'ensemble de ses droits ainsi que ce qu'ils impliquent. Lorsque le dispositif restreint la liberté de manière collective, il doit figurer au sein du règlement intérieur de la structure.

---

164Article L.1111-4 du CSP.

165Brami (G.), *Le contrat de séjour des EHPAD*, Bordeaux, LEH Édition, coll. Pratiques professionnelles, 3ème édition, 2016, p.53.

166Article L.311-4-1 2° du CASF.

167Vialla (F.), dir., *Jurisprudences du secteur médico-social*, *op.cit.*, p.243.

168FHF, *Liberté d'aller et venir dans les établissements sanitaires et médico-sociaux...*, *op.cit.*, p.14.

169FHF, *Liberté d'aller et venir dans les établissements sanitaires et médico-sociaux...*, *op.cit.*, p.24.

## B) *L'absence de systématisme dans l'application des principes*

Pour garantir cette liberté individuelle le législateur fixe dès l'entrée en établissement des conditions pour s'assurer du caractère consenti de l'admission. C'est sur ce point que les ESSMS se distinguent en principe des établissements pénitentiaires et psychiatriques. Dans le premier cas les personnes se voient placées par la contrainte judiciaire. Dans le second, elles peuvent être placées pour des raisons médicales.

Concernant les EHPAD, lorsque la personne est apte à exprimer son consentement, l'admission ne peut en théorie être prononcée outre. Le législateur a effectivement prévu à l'article L.311-4 du CASF que « lors de la conclusion du contrat de séjour, dans un entretien hors de la présence de toute autre personne, sauf si la personne accueillie choisit de se faire accompagner par la personne de confiance [...] le directeur de l'établissement [...] recherche, chaque fois que nécessaire avec la participation du médecin coordonnateur de l'établissement, le consentement de la personne à être accueillie, sous réserve de l'application du dernier alinéa de l'article 459-2 du code civil. Il l'informe de ses droits et s'assure de leur compréhension par la personne accueillie ». La liberté d'aller et venir suppose donc en premier lieu que la personne puisse choisir seule l'EHPAD qu'elle entend intégrer. Cette liberté est d'ailleurs protégée par la Conv.EDH<sup>170</sup> et par le PIDCP<sup>171</sup> qui garantissent aux individus le droit de choisir librement leur résidence. En l'absence de mesure de protection juridique, la personne âgée doit donc être l'unique décisionnaire de son entrée en EHPAD. Dans le cas contraire il s'agirait « d'imposer un placement »<sup>172</sup>, ce qui tendrait à rapprocher l'EHPAD d'un lieu de détention. Dans cette hypothèse rien ne contredirait alors de procéder à l'extension des compétences du CGLPL aux EHPAD.

Ensuite dans le cadre de l'entretien d'admission, le législateur a expressément prévu que le directeur de l'EHPAD et le futur résident contractent seuls le contrat de séjour « hors de la présence de toute autre personne ». Le consentement ne peut donc être exprimé que par la personne âgée. L'entourage est, en théorie, laissé à la marge de la décision d'admission<sup>173</sup>. En pratique, les familles se montrent cependant intrusives. En l'absence de mesure de protection juridique, même si le recueil du consentement apparaît complexe, l'admission ne peut en principe être prononcée sans l'accord du concerné. L'admission forcée ne semble pas pour

170 Article 2 du protocole n°4 à la Conv.EDH.

171 Article 12 du PIDCP.

172 Fermaud (L.), La garantie des droits des personnes âgées dépendantes, art.cit., p.720.

173 Brami (G.), *Le contrat de séjour des EHPAD*, op.cit., p.54.

autant totalement prohibée par le CASF. Le texte prévoit que le chef de l'établissement **recherche** le consentement à l'accueil. De fait la personne capable peut intégrer la structure sans y avoir consenti à condition que le gestionnaire ait recherché son approbation. Effectivement l'article L.311-4 ne fait aucune distinction entre la personne juridiquement capable - où le directeur devrait recueillir le consentement<sup>174</sup> - et celle sous protection - où le droit de la santé prévoit spécifiquement que son consentement est recherché à tout niveau. La conférence de consensus appuie sur la nécessité de tracer par écrit les étapes de la procédure, à savoir la motivation de l'admission forcée et les moyens mis en œuvre pour expliquer et informer la personne des raisons de son accueil<sup>175</sup>.

Au cours de son séjour la personne âgée peut, en raison de son état de santé physique ou psychique, être limitée dans ses déplacements. La recherche du consentement de l'intéressé ne peut pas non plus être passée outre. L'obtention de son consentement, ou tout au moins sa participation, doit être effectuée « par tout moyen »<sup>176</sup>.

Comme pour l'admission la personne âgée est libre de quitter l'établissement sous réserve du respect d'un délai de préavis. Ce principe découle pareillement des textes de la Conv.EDH et du PIDCP. En poussant le raisonnement plus loin, empêcher la personne désireuse de quitter la structure en la retenant contre sa volonté peut tout à fait correspondre à la définition de la séquestration telle qu'elle figure dans le dictionnaire Larousse : « infraction commise par celui qui prive illégalement une personne de sa liberté »<sup>177</sup>.

Le consentement de la personne âgée est indispensable pour garantir l'effectivité de ses droits, particulièrement en institution. Cependant l'article 311-4 du CASF ne prévoit aucune modalité quant au recueil du consentement d'une personne sans protection judiciaire et dont les facultés ne lui permettent pas de s'exprimer<sup>178</sup>. En conséquent il apparaît que l'accord de la personne n'est pas systématiquement recherché, plus encore lorsqu'elle est atteinte d'une maladie neurodégénérative.

---

174 Article 1128 du code civil.

175FHF, *Liberté d'aller et venir dans les établissements sanitaires et médico-sociaux...*, *op.cit.*, p.18.

176FHF, *Liberté d'aller et venir dans les établissements sanitaires et médico-sociaux...*, *op.cit.*, p.15.

177Dictionnaire Larousse : <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/s%C3%A9questration/72233> (consulté le 28 juin 2019).

178Fondation Médéric Alzheimer, *Liberté d'aller et venir...*, *op.cit.*, p.8.

## § 2. L'incomplétude de l'autonomie décisionnelle

Les politiques publiques relatives au grand âge marquent de plus en plus leur volonté de renforcer l'autonomie comme le souligne encore le titre du rapport Libault. Pourtant la capacité des aînés à donner un consentement éclairé est souvent remise en question tant par certains professionnels que par les familles. Après avoir rappelé les mesures de protection juridique du droit français (A), un focus sur les majeurs protégés et non protégés mais non aptes à exprimer leur volonté révélera la place effacée qu'ils occupent dans la prise de décisions qui les concerne, particulièrement quant à leur liberté d'aller et venir (B).

### A) *Les différentes mesures de protection juridique*

« Depuis plus de deux siècles, le droit civil présume que tout adulte est capable de décider et d'agir par lui-même. Cette présomption légale de capacité constitue le socle de l'autonomie politico-juridique reconnue à tout citoyen et l'assise des principes de liberté et d'égalité en droits, promus dans les sociétés démocratiques »<sup>179</sup>. Certaines situations placent néanmoins des individus dans la difficulté voire l'impossibilité temporaire ou permanente de répondre à leurs besoins par eux-mêmes. C'est ce dont a tenu compte le législateur en mettant en place des mesures de protection judiciaire graduées en 1968<sup>180</sup>. Parmi les bénéficiaires, les personnes âgées sont particulièrement concernées en raison de leur dépendance<sup>181</sup>. Effectivement plus d'une personne âgée sur quatre est sous un régime de protection et dans certains cas, l'établissement lui-même en est le gérant<sup>182</sup>.

Une mesure de protection juridique peut être ouverte aux fins de bénéficier à toute personne qui ne peut exprimer sa volonté du fait d'une altération de sa santé physique ou psychique de nature à l'empêcher « de pourvoir seule à ses intérêts »<sup>183</sup>. Elle ne peut être décidée que par le juge qui s'appuie sur deux conditions cumulatives<sup>184</sup>. D'une part, la mesure doit être

---

179Eyraud (B.), Loi du 5 mars 2007 : une réforme en demi-teinte, *Juris associations*, n°490, 15 décembre 2013, p.16.

180Loi n°68-5 du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs, *J.O.* du 4 janv. 1968, p.114.

181Ministère des Solidarités et de la Santé, Mesures de protection et d'accompagnement, publié le 23 janvier 2015, mise à jour le 28 février 2018.

182Drees, 728 000 résidents en établissement d'hébergement pour personnes âgées en 2015, premiers résultats de l'enquête EHPA 2015, *Études et Résultats*, n°1015, juillet 2017, p.5.

183Article 425 du code civil.

184Article 428 du code civil modifié par la loi n°2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, *J.O.* du 24 mars 2019, texte n°2.

nécessaire. D'autre part, la personne n'a pas conclu de mandat de protection future, ou ce mandat se révèle insuffisant à la protection de ses intérêts. Le code civil prévoit que la demande peut être faite à l'initiative d'un proche ou d'un membre de la famille, ou du procureur de la République soit d'office soit à la demande d'un tiers<sup>185</sup>. C'est pourquoi il est conseillé au directeur d'EHPAD de saisir le procureur lorsqu'il est face à une personne âgée qui ne peut s'exprimer et qui ne bénéficie pas de mesure de protection. Le choix de la mesure doit être adapté à la situation de la personne selon une analyse *in concreto*, bien qu'en pratique le principe de proportionnalité soit peu respecté<sup>186</sup>. Trois mesures seront exposées de la moins contraignante à celle produisant le plus d'effets, c'est-à-dire respectivement la sauvegarde de justice (1), la curatelle et la tutelle (2).

#### 1. La sauvegarde de justice

La sauvegarde de justice peut résulter d'une décision du juge saisi d'une procédure de curatelle ou de tutelle<sup>187</sup> ou d'une déclaration envoyée au procureur de la République<sup>188</sup>. A nouveau, la prépondérance du pouvoir décisionnaire de l'EHPAD sur le principe d'autonomie décisionnelle est à craindre. En effet une disposition réglementaire prévoit la possibilité pour le médecin coordonnateur, ou pour le médecin traitant, de déclarer une sauvegarde de justice lorsque le résident est manifestement dans l'impossibilité de signer le contrat de séjour<sup>189</sup>. Cette déclaration doit toutefois être accompagnée de l'avis d'un psychiatre<sup>190</sup>.

Quoi qu'il en soit, l'article 435 du code civil prévoit expressément que « la personne placée sous sauvegarde de justice conserve l'exercice de ses droits ». Même si le médecin coordonnateur a prononcé une sauvegarde de justice, l'établissement ne peut donc pas, en principe, prononcer l'accueil de la personne sans qu'elle ait exprimé son consentement. Le risque d'abus est d'autant plus fort que la décision du médecin coordonnateur ne fait l'objet que d'un contrôle par le magistrat du ministère public. Le même code prévoit en effet que la sauvegarde de justice ouverte en application de l'article 434 prend fin soit par déclaration au procureur en raison de la fin du besoin de protection, soit par décision de radiation de la déclaration médicale du procureur<sup>191</sup>. La mesure est enfin réglementée dans sa durée

---

185Article 430 du code civil.

186De Richemont (H.), *rapport n°212*, session ordinaire de 2006-2007, p.27.

187Article 433 du code civil.

188Article 434 du code civil.

189Article R.311-0-8 du CASF.

190Article L.3211-6 du CSP.

191Article 439 du code civil.

puisqu'elle ne peut excéder un an et ne peut être renouvelée qu'une seule fois<sup>192</sup>. Toutefois il est peu vraisemblable que la mesure de protection prenne fin en l'espèce. Le vieillissement conduit irrémédiablement à une dégradation des activités biologiques. Le besoin de protection de la personne s'en trouve accru, conduisant le plus souvent à l'ouverture d'une mesure plus importante qui met fin à la sauvegarde de justice.

## 2. La curatelle et la tutelle

Dans le cas où la sauvegarde de justice apparaît insuffisante à la protection de la personne, une mesure de curatelle peut être ouverte<sup>193</sup>. Dans le cas où ni la sauvegarde de justice ni la curatelle n'apparaissent suffisantes, une mesure de tutelle peut être ouverte<sup>194</sup>. Cette progression dans les trois mesures de protection est essentielle à la préservation des droits, car si l'objet des dispositions est celui de la protection, elles ont parallèlement pour effet de restreindre l'exercice de ces droits.

Concernant la curatelle l'article 467 du code civil dispose que « la personne en curatelle ne peut, sans l'assistance du curateur, faire aucun acte qui, en cas de tutelle, requerrait une autorisation du juge ou du conseil de famille ». En somme le majeur devra être assisté de son curateur pour tout acte engageant son patrimoine, mais pourra agir seul pour ce qui est des actes de la vie courante.

Concernant la tutelle l'article 473 du code civil dispose que « sous réserve des cas où la loi ou l'usage autorise la personne en tutelle à agir elle-même, le tuteur la représente dans tous les actes de la vie civile. Toutefois, le juge peut, dans le jugement d'ouverture ou ultérieurement, énumérer certains actes que la personne en tutelle aura la capacité de faire seule ou avec l'assistance du tuteur ». En somme le tuteur doit être autorisé par le juge ou le conseil des familles s'il a été constitué pour réaliser des actes de disposition, mais pourra réaliser seul les actes conservatoires et les actes d'administration<sup>195</sup>.

Deux types d'actes doivent ainsi être distingués : les actes touchant à la gestion du patrimoine d'une part, et les actes touchant à la personne d'autre part<sup>196</sup>. L'exposé ne s'attardera que sur ces derniers. Pour commencer l'article 458 du code civil prévoit en son alinéa premier que « sous réserve des dispositions particulières prévues par la loi, l'accomplissement des actes

192Ibid.

193Article 440 du code civil.

194Ibid.

195Véron (P.), Établissement pour personnes âgées \* Majeur protégé..., art.cit., pp.781-783.

196Fiche d'orientation, Tutelle, Dalloz, avril 2019.

dont la nature implique un consentement strictement personnel ne peut jamais donner lieu à assistance ou représentation de la personne protégée ». L'article 459 poursuit ensuite l'affirmation de l'autonomie des majeurs protégés en exposant que « la personne protégée prend seule les décisions relatives à sa personne dans la mesure où son état le permet ». Enfin l'article 459-2 énonce que « la personne protégée choisit le lieu de sa résidence. Elle entretient librement des relations personnelles avec tout tiers, parent ou non. Elle a le droit d'être visitée et, le cas échéant, hébergée par ceux-ci ».

De fait la personne âgée bénéficiant d'une telle mesure ne devrait, au vu de ces dispositions, se voir contrainte à intégrer un établissement. Le législateur a néanmoins assorti au principe d'autonomie décisionnelle une dérogation dès lors que l'état de la personne protégée ne lui permet pas de décider de manière éclairée. L'alinéa 2 de l'article 459 prévoit à ce titre que la personne doit être assistée. Si la curatelle se révèle insuffisante, le juge ou le conseil de famille peut autoriser le représentant légal « à représenter l'intéressé, y compris pour les actes ayant pour effet de porter gravement atteinte à son intégrité corporelle ». Lorsque l'établissement envisage une restriction individuelle de la liberté d'aller et venir de nature à porter atteinte à l'intégrité physique, le juge « peut » autoriser le tuteur à représenter le concerné. En supprimant le caractère systématique de l'autorisation, le législateur entend préserver l'autonomie du majeur sous tutelle. La loi du 23 mars 2019<sup>197</sup> a néanmoins introduit un paradoxe dans ladite disposition. Effectivement le texte a conservé l'exigence d'une autorisation systématique pour toute décision du tuteur de nature à porter gravement atteinte à l'intimité de sa vie privée. Le législateur a donc dissocié les actes ayant pour effet de porter gravement atteinte à l'intégrité corporelle d'une part, et à l'intimité de la vie privée d'autre part. Or, comme il a été vu, les entraves à la liberté peuvent constituer à la fois une atteinte à l'intégrité physique et à la vie privée. Dès lors dans quelle mesure le tuteur doit-il obtenir l'autorisation du juge pour représenter le résident à qui l'EHPAD entend restreindre la liberté de circulation ? La dissociation des deux types d'actes rend l'appréciation complexe.

---

197Loi n°2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, *op.cit.*

Pour terminer suivant les recommandations du Conseil de l'Europe<sup>198</sup>, la réforme du 5 mars 2007<sup>199</sup> a fixé une durée limitative à ces deux mesures protectrices. L'article 441 du code civil prévoit désormais un délai maximal de cinq ans, ce qui impose de « réexaminer régulièrement si la mesure de protection est toujours nécessaire, conformément au principe de nécessité »<sup>200</sup>.

Face à la hausse exponentielle des mesures de protection judiciaire (le nombre d'ouverture a doublé entre 1990 et 2004)<sup>201</sup> la réforme de 2007 est intervenue pour encadrer plus strictement l'usage de ces mesures qui non seulement ont un coût conséquent, mais portent fortement atteinte aux libertés individuelles<sup>202</sup>. En dépit de la réglementation, les majeurs protégés restent relativement dépendants des personnes habilitées à les assister ou représenter.

### *B) La place effacée de la population âgée dans la prise de décision*

Le principe d'autonomie du majeur sous protection judiciaire est posé à l'article 459 du code civil, modifié par la réforme de 2007. En vertu de ce texte, le majeur est simplement assisté de son curateur. Il doit donc en principe consentir à l'acte. Ce n'est que si son état le requiert que le tuteur, après ouverture de la mesure par le juge, consentira en lieu et place du majeur protégé, pouvant ainsi le contraindre à intégrer un EHPAD. Toutefois au regard du respect impératif des droits fondamentaux de la personne, cela ne dispense pas l'établissement de rechercher le consentement du majeur et de lui délivrer une information adaptée.

En 1996<sup>203</sup> les juges du fond ont considéré que l'admission sans le consentement du majeur protégé constituait une atteinte grave à ses droits fondamentaux. Dès lors, le représentant du majeur ne peut être seul habilité à prendre une telle décision : « s'il incombe à l'administrateur légal, dont le rôle n'est pas cantonné à la gestion du patrimoine, de prendre soin de la personne de son protégé, il intervient à cet égard sous la direction du juge des tutelles à qui reviennent les décisions importantes affectant la personne du majeur »<sup>204</sup>.

---

198Principe 14, Conseil de l'Europe, Comité des ministres, Exposé des motifs, recommandation Rec(1999)4 sur les principes concernant la protection juridique des majeurs incapables, adoptée par le Comité des ministres le 23 fév. 1999.

199Loi n°2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique, *J.O.* du 7 mars 2007, p.4325.

200Murat (P.), dir., *Droit de la famille*, 7ème édition, Dalloz Action, 2016-2017, p.1361.

201De Richemont (H.), *rapport n°212, op.cit.*, p.24.

202Eyraud (B.), *Loi du 5 mars 2007 : une réforme en demi-teinte*, art.cit., p.16.

203CA de Paris, 15 mars 1996.

204CA de Paris, 15 mars 1996, *JCP*, 1996, II, 22733, note Fossier (T.).

Au regard de l'état de santé du résident, la direction et la famille ne tiennent que peu voire pas compte de sa volonté. Les capacités physiques et facultés cognitives amoindries représentent un obstacle à la recherche de son consentement éclairé. Elles semblent même constituer une justification pour l'écartier des décisions qui le concernent, quand bien même il ne bénéficie d'aucune mesure de protection judiciaire. Pourtant la ou les pathologies que peut présenter la personne ne signifie(nt) pas systématiquement une absence de compréhension, ni une inaptitude totale à participer et accepter les mesures envisagées. En effet « il est très rare que les capacités de discernement d'une personne soient amoindries ou altérées entièrement sur tous les points et il est toujours indispensable d'aller à la recherche de son consentement après une information adaptée et accessible »<sup>205</sup>. C'est pourquoi la conférence de 2004 préconise de toujours rechercher l'assentiment du résident, en ayant recours aux supports existants (oral, écrit, gestuel).

En pratique certaines pathologies semblent justifier la mise en place quasi systématique de contraintes en raison du comportement dangereux du résident envers lui-même ou envers d'autres résidents, et ce, sans que son consentement n'ait été recherché. Dans les unités spécialisées dans la maladie d'Alzheimer, qui ont pour caractéristique d'être entièrement fermées, le principe du consentement apparaît plus comme une « *fiction* »<sup>206</sup>. C'est ainsi qu'au sein de la catégorie de la population âgée, plusieurs sous-catégories se profilent : les majeurs aptes à consentir, les majeurs sous protection judiciaire et les autres. Ces autres se sont les majeurs dont les professionnels ne sauraient affirmer leur capacité à consentir. Juridiquement ils soulèvent de nombreux questionnements car aucun texte ne fixe de modalités spécifiques pour cette catégorie. Le CASF se limite à exiger la recherche du consentement de la personne, partant du postulat qu'elle est apte, et le cas échéant celui de son représentant légal. Entre ces deux possibilités, les majeurs non protégés et non aptes à exprimer leur volonté font l'objet d'un véritable flou juridique<sup>207</sup>.

Les entraves à la liberté d'aller et venir des personnes âgées sont, sur le papier, l'exception à la règle. Les dérogations doivent en conséquent être strictement exceptionnelles,

---

205FHF, *Liberté d'aller et venir dans les établissements sanitaires et médico-sociaux...*, *op.cit.*, p.14.

206Lacour (C.), Lechevalier Hurard (L.), Restreindre la liberté d'aller et venir des personnes âgées ? L'épineuse question de la capacité à consentir des personnes atteintes de troubles cognitifs, *RDSS*, 2015, p.983.

207Plan Alzheimer et maladies apparentées, 2008-2012, p.78.

car au-delà d'être contrares à la liberté de circulation elles constituent une atteinte à l'ensemble des droits et libertés. Dans les faits cependant, le recours à de telles mesures n'est pas imputable à la simple exigence des EHPAD et/ou de son personnel. La complexité réside dans la multiplicité des facteurs à l'origine des restrictions de la liberté d'aller et venir.

## ***Chapitre 2) Les problématiques contemporaines à l'origine des restrictions de la liberté d'aller et venir***

Dans le secteur des personnes âgées, les institutions sont confrontées à des facteurs aussi nombreux qu'hétérogènes les incitant fortement à limiter la liberté d'aller et venir d'un ou de plusieurs de leurs résidents (section 1). Il existe aujourd'hui, grâce aux avancées technologiques des dernières décennies, une grande variété d'outils restrictifs au degré de contrainte variable (section 2).

### **Section 1/L'hétérogénéité des facteurs justifiant les restrictions**

Parmi les problématiques contemporaines à l'origine des restrictions et/ou privations de la liberté d'aller et venir il est possible de distinguer les difficultés tenant à l'organisation de l'offre médico-sociale d'une part (§ 1) et les difficultés tenant au contexte sociétal d'autre part (§ 2).

#### **§ 1. Les difficultés tenant à l'organisation de l'offre médico-sociale**

Les établissements médico-sociaux sont répartis sur le territoire national selon une planification définie, pour l'essentiel, à l'échelle régionale par les ARS (A). Cette planification, dont l'objectif premier est de faire coïncider l'offre aux besoins recensés dans la population, se révèle être une barrière à l'exercice effectif de la liberté d'aller et venir (B).

### A) *Le cadre juridique de la planification de l'offre médico-sociale*

La notion des besoins des usagers a pris une place centrale dans l'organisation de l'offre médico-sociale. Celle-ci est d'autant plus complexe qu'elle implique l'intervention de deux grandes autorités lorsqu'il est question des EHPAD, à savoir le conseil départemental et les ARS. Ces deux entités s'appuient sur divers outils infra-départementaux pour recenser les offres et les besoins existants, et prévoir leur évolution sur le territoire relevant de leur compétence. Il s'agit, à titre principal, du schéma régional d'organisation sociale et médico-sociale établi pour cinq ans au plus<sup>208</sup> Il s'est récemment vu fusionner dans le schéma régional de santé<sup>209</sup>, composante du projet régional de santé arrêté par le directeur général de l'ARS. Le département n'a en somme qu'une compétence participative du point de vue des textes, qui s'exerce en pratique de manière plus ou moins importante selon les priorités affichées par les ARS, pilotes de la régulation de l'offre. Au regard des résultats établis et de l'évolution probable des besoins du public concerné, un système d'autorisation donnera lieu à la création ou à la modification des établissements hébergeant des personnes âgées.

Avant l'entrée en vigueur de la loi hôpital, patients, santé, territoires (HPST)<sup>210</sup>, l'offre médico-sociale évoluait au gré des initiatives des gestionnaires d'établissement au risque de ne pas correspondre aux besoins du territoire. En 2009, le législateur change la donne et crée une procédure d'autorisation spécifique calquée sur le modèle sanitaire. L'article 313-1-1 du CASF précise dorénavant que le projet faisant appel à des financements publics, de manière partielle ou intégrale, doit être autorisé par l'autorité financeur. Pour l'EHPAD, l'autorisation est cette fois-ci délivrée conjointement par le président du conseil départemental et le directeur général de l'ARS<sup>211</sup>. L'originalité de cette intervention simultanée s'explique par le co-financement dont bénéficie l'EHPAD. En effet l'ARS finance le forfait global relatif aux soins, et le département le forfait relatif à la dépendance de la personne.

Bien que la procédure soit parfaitement cohérente au regard de la planification de l'offre en fonction des besoins, les appels à projet sont mobilisés de manière inégale par les structures

---

208Article L.312-4 du CASF.

209Loi n°2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé, *J.O.* du 27 janv. 2016, texte n°1.

210Loi n°2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, *J.O.* du 22 juillet 2009, p.12184.

211Article 313-3 du CASF.

selon les territoires. D'une part, les étapes de la procédure détaillées aux articles R.313-1 et suivants du CASF sont administrativement lourdes à élaborer pour les gestionnaires. D'autre part, la procédure met en concurrence les gestionnaires afin que seul soit sélectionné le projet garantissant la meilleure qualité pour les futurs résidents. Paradoxalement, c'est à ces mêmes acteurs que les législations successives demandent une coopération de plus en plus poussée.

B) *La planification de l'offre médico-sociale : un frein à l'exercice de la liberté d'aller et venir*

Exercer sa liberté d'aller et venir, c'est aussi avoir la liberté de choisir sa maison de retraite. « En géographie, l'accessibilité d'un lieu est généralement définie comme la plus ou moins grande facilité avec laquelle ce lieu peut être atteint à partir d'un ou plusieurs autres lieux, par un ou plusieurs autres individus »<sup>212</sup>. En termes d'accès aux structures médico-sociales, cela entraîne deux conséquences. La première est que l'individu doit pouvoir trouver l'EHPAD situé à proximité de sa résidence habituelle afin de préserver sa vie sociale. La seconde est que l'établissement doit disposer de suffisamment de places au regard de la population locale de personnes âgées<sup>213</sup>. Encore faut-il qu'il soit adapté aux besoins de soins et d'accompagnement de la personne. Or cette offre n'est pas toujours adéquate. En 2004, la conférence de consensus fait part des limites de la planification territoriale des ESSMS. L'inadaptation de l'offre contraint en effet les personnes à accepter d'intégrer « *le premier établissement qui leur offre une place libre* »<sup>214</sup>.

Nombreux sont les facteurs qui influent sur ce constat. L'état de santé de la personne âgée, premier motif d'entrée en EHPAD, n'est en revanche pas le premier critère sur lequel s'attarde la personne et/ou sa famille pour choisir la structure. Les points de considération sur lesquels s'attardent les intéressés portent majoritairement sur la proximité géographique et l'image de l'établissement, notamment la qualité de l'accompagnement dont le respect des droits et libertés. Selon l'enquête de 2007 réalisée par la Drees, un résident sur deux déclare tenir compte de l'emplacement de la structure, et un sur trois de sa réputation<sup>215</sup>. Parmi les critères

---

212Chapelon (L.), Accessibilité, Index complémentaire, *Hypergéométrie*, 2004, p.2.

213Ramos-Gorand (M.), *Accompagnement professionnel de la dépendance des personnes âgées : enjeux territoriaux en France métropolitaine*, Thèse, soutenue publiquement en 2015, p.240.

214FHF, *Liberté d'aller et venir dans les établissements sanitaires et médico-sociaux...*, *op.cit.*, p.15.

215Drees, La vie en établissement d'hébergement pour personnes âgées du point de vue des résidents et de leurs proches, *Dossiers Solidarité et Santé*, n°18, 2011, p.17.

de choix viennent ensuite la liste d'attente de l'EHPAD et le coût supporté par le résident dans le cadre de l'hébergement<sup>216</sup>. Le montant du tarif versé par le résident ou ses ascendants pour les prestations du socle d'hébergement (restauration, blanchisserie, animation...) incite des familles à choisir une structure plus éloignée de leur lieu de vie, mais présentant des tarifs plus attractifs. Selon les départements, les EHPAD affichent effectivement des tarifs d'hébergement journalier disparates. Ainsi quel que soit le statut juridique de la structure, l'Île-de-France et les Bouches-du-Rhône détiennent les tarifs moyens les plus conséquents obligeant une majorité des aînés à parcourir « plus de kilomètres qu'ailleurs » pour être accueillie dans un établissement accessible<sup>217</sup>.

Enfin bien que le lien entre le fonctionnement de l'établissement et les pathologies de la personne ne soit pas au cœur des critères de choix des citoyens, il en va autrement des critères d'entrée fixés par les chefs d'établissement. Ces derniers se reportent au niveau de perte d'autonomie, à l'état de santé psychique de la personne (sa tendance à déambuler, à fuguer, à être agressif...) pour écarter ceux dont la spécificité des besoins risquerait d'impacter la vie quotidienne de la structure. Aussi les personnes âgées dont les facultés cognitives sont altérées ont plus de difficultés à voir leur dossier accepté par les EHPAD que celles présentant un handicap physique<sup>218</sup>. Cette inégalité montre bien que l'offre médico-sociale n'est pas adaptée aux besoins de la population âgée, laquelle présente une prévalence croissante de troubles cognitifs. Quand bien même la personne est accueillie, sa liberté de circulation peut pâtir de l'inadéquation entre l'organisation et le fonctionnement de l'EHPAD et ses besoins. Malgré la mise en place des unités d'hébergement renforcé (UHR)<sup>219</sup> nées du Plan Alzheimer 2008-2012, tous les EHPAD ne sont pas adaptés à ce type d'accueil. L'offre d'UHR se révèle dès lors largement insuffisante (en 2015 seuls neuf nouveaux résidents sont accueillis en moyenne par an en UHR<sup>220</sup>). En réponse, le plan 2014-2019 prévoit de renforcer le déploiement de ces unités particulières<sup>221</sup>.

---

216*Ibid.*

217Drees, La vie en établissement d'hébergement pour personnes âgées du point de vue des résidents..., art.cit., p.18.

218Drees, La vie en établissement d'hébergement pour personnes âgées du point de vue des résidents..., art.cit., p.26.

219Article D.312-155-0-2 du CASF créé par le décret n°2016-1164 du 26 août 2016 relatif aux conditions techniques minimales d'organisation et de fonctionnement des établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes, *J.O.* du 28 août 2016, texte n°10.

220ANESM, *Enquête nationale Unités d'Hébergement Renforcé, Analyse des résultats*, 2016, p.18.

221Mesure 27 du Plan Maladies neurodégénératives, 2014-2019, p.40.

## § 2. Les difficultés tenant au contexte sociétal

Les pratiques restrictives de la liberté de circulation des résidents ne sont pas le propre de la volonté des gestionnaires. Elles s'imposent le plus souvent en raison du manque de moyens humains et financiers auxquels font face les EHPAD depuis plusieurs années (A) et de la conception architecturale de la structure (B).

### A) Une carence de moyens techniques

Les limitations apportées à la liberté de circulation tiennent plus aux contraintes que rencontrent actuellement les EHPAD en termes de moyens qu'au « manque d'humanité » du personnel soignant et médical<sup>222</sup>.

En témoignent les grèves successives des agents des EHPAD, le personnel est en nombre insuffisant. Après l'appel à la grève nationale dans les EHPAD du 30 janvier 2018<sup>223</sup>, un nouveau préavis est fixé pour le 1er juillet 2019<sup>224</sup>. En réponse, le projet de loi de financement de la sécurité sociale (PLFSS) pour 2019<sup>225</sup> prévoit de modifier l'article 58 de la loi ASV dans l'objectif de ramener la date limite de la fin de convergence tarifaire de 2023 à 2021. Il s'agit ici de généraliser la nouvelle équation tarifaire déterminant le montant du forfait soins accordé aux établissements pour que ces derniers, contraints financièrement dans le recrutement quantitatif de leur personnel, puissent renforcer leur taux d'encadrement. Ces trois prochaines années, 360 millions d'euros devraient être débloqués au profit des EHPAD. Les mesures apparaissent largement insuffisantes pour satisfaire les besoins des structures et offrir un accompagnement de qualité comme le souligne Romain Gizolme, directeur de l'Association des directeurs au service des personnes âgées : « si vous rapportez au nombre d'établissements, ça ne représente que 1 500 postes supplémentaires pour 7 500 établissements. Donc on voit bien que cela ne va pas apporter le changement en termes de qualité d'accompagnement pour les personnes âgées, [...] ni améliorer les conditions de travail des professionnels »<sup>226</sup>. Cette difficulté illustre parfaitement le caractère

---

222FHF, *Liberté d'aller et venir dans les établissements sanitaires et médico-sociaux...*, *op.cit.*, p.8.

223Journal Libération : [https://www.liberation.fr/france/2018/01/30/ehpad-les-personnels-des-maisons-de-retraite-en-greve-dans-toute-la-france\\_1626165](https://www.liberation.fr/france/2018/01/30/ehpad-les-personnels-des-maisons-de-retraite-en-greve-dans-toute-la-france_1626165) (publié le 30 janvier 2018).

224CGT : <https://www.cgtservicespublics.fr/filieres-missions/medico-sociale/ehpad-services-d-aide-a-domicile/preavis-de-greve-ehpad/preavis-nationaux/article/ehpad-i-preavis-de-greve-national-de-la-federation-cgt-des-services-publics> (publié le 25 juin 2019).

225AN, PLFSS pour 2019, n°1297, Annexe n°9, p.332.

226Viatte (J.), 360 millions d'euros pour les EHPAD, *Géroskopie*, Politique, 31 mai 2018.

« chronique »<sup>227</sup> des besoins en personnels et la non-anticipation des politiques publiques de l'arrivée de la génération du papy-boom. Les maisons de retraite ont très vite dû évoluer pour prendre en charge tant l'aspect social que sanitaire de ce public.

La fatigue, le burn-out, le turn-over, les risques psychosociaux ainsi que l'absence de formation des agents font naître un risque accru de maltraitance. Selon les données recensées par la Drees, 15% du personnel des EHPAD a moins d'une année d'ancienneté<sup>228</sup>. Ces symptômes du mal-être au travail se traduisent par un taux d'absentéisme record (8,9%) et une multiplication des arrêts maladies et des accidents du travail<sup>229</sup>, imposant aux structures d'investir dans les remplacements. Pour exemple la chambre régionale des comptes (CRC) a eu à se prononcer en 2018 sur la situation d'un EHPAD du département de la Sarthe. Dans son rapport, la juridiction administrative financière constate une explosion du taux d'absentéisme pour raison médicale, lequel est passé de 6,78% en 2012 à 14,61% en 2016<sup>230</sup>, soit 1 241 journées d'absence annuelles en plus.

Ce phénomène pèse lourdement sur le budget des établissements qui recourent à du personnel intérimaire coûteux. L'absentéisme coûte en moyenne à un EHPAD 50 euros par jour et par salarié absent<sup>231</sup>. Pour reprendre l'exemple de l'EHPAD étudié par la CRC, le coût s'élevait à 280 156 euros sur l'année 2016<sup>232</sup>. Au-delà de l'aspect budgétaire, les conditions de travail sont impactées et, en conséquence, la qualité des prestations également. L'ANAP définit en ce sens l'absentéisme comme « *toutes les absences, au sein des effectifs, susceptibles d'entraîner une désorganisation de la structure* »<sup>233</sup>.

Ces événements expliquent en grande partie l'image ternie des EHPAD renforcée par la médiatisation, et participent *in fine* à la baisse du recrutement de ces personnels essentiels au bon fonctionnement de la structure. D'une part de nombreux EHPAD éprouvent des difficultés à recruter des agents notamment sur les postes d'aides soignants et de médecin coordonnateur

---

227Cohard (P.), Georgescu (I.), Vieillesse et EHPAD : quelles pistes de réflexion ?, *RDS*, n°84, 2018, pp.545-552.

228Drees, Le personnel et les difficultés de recrutement dans les EHPAD, *Études et résultats*, n°1067, juin 2018, p.1.

229Observatoire des EHPAD, KPMG, avril 2014, p.55.

230CRC, *Rapport d'observations définitives et sa réponse*, EHPAD La Houssaye à Saint-Jean-Dubois, exercices 2012 et suivants, délibération du 27 mars 2018, p.17.

231Observatoire des EHPAD, *op.cit.*, p.55.

232CRC, *Rapport d'observations définitives et sa réponse...*, *op.cit.*, p.18.

233ARS Nouvelle-Aquitaine, L'absentéisme en établissement médico-social, un guide pour vous aider à agir, septembre 2017, p.7.

(annexe n°4)<sup>234</sup>. D'autre part le taux d'encadrement est dénoncé depuis plus d'une décennie par les acteurs du grand âge<sup>235</sup>. Le Plan solidarité grand âge (PSGA) se donnait pour objectif d'atteindre un ratio moyen de 0,65 professionnel par résident, et d'un ETP par résident pour les personnes les plus dépendantes<sup>236</sup>. Après une augmentation sensible entre 2011 et 2015, celui-ci est actuellement de 63 ETP pour 100 places dans les EHPAD<sup>237</sup>. Ces chiffres doivent toutefois être nuancés<sup>238</sup>. L'augmentation reste insuffisante au regard du vieillissement de la population couplé de la dépendance croissante des personnes âgées. Or un effectif adéquat est essentiel à l'exercice de la liberté d'aller et venir. Le rapport Grand âge et autonomie révèle en ce sens « *qu'il faudrait vraisemblablement créer entre 150 000 et 200 000 ETP dans le secteur d'ici 2030 du fait de la seule démographie* »<sup>239</sup>. C'est pourquoi il propose d'augmenter d'ici 2024 les effectifs d'encadrement de 25%, et d'introduire dans les CPOM un seuil minimal d'encadrement qui donnerait lieu à une diminution des places autorisées en cas de non-respect<sup>240</sup>. Cette recommandation peut laisser perplexe. En effet elle ne cible pas expressément le personnel soignant mais l'ensemble des métiers alors qu'il est acquis que les postes d'aides soignants manquent le plus souvent à l'appel.

La perception du travail en EHPAD contribue à freiner l'arrivée de nouveaux candidats. En sus de la charge de travail considérable, le quotidien auprès de personnes âgées malades dont l'établissement représente souvent le dernier lieu de vie est particulièrement dur. Il faut encore ajouter le contact avec les familles culpabilisées par le fait de laisser à l'EHPAD le soin de prendre en charge leur parent, ainsi que les exigences croissantes de maîtrise financière<sup>241</sup>. Dans un tel contexte, le climat social ne peut être que tendu. Aussi l'objectif de revalorisation des métiers du grand âge annoncé par le rapport Libault est louable, mais cela suffira-t-il à répondre à la perte d'attrait des carrières de la spécialité gériatrique ? Le nombre de candidats aux concours des écoles d'aides soignants a effectivement chuté de 25% entre 2012 et 2017<sup>242</sup>.

---

234Drees, Le personnel et les difficultés de recrutement dans les EHPAD, art.cit., p.3.

235Drees, L'accueil des personnes âgées en établissement : entre progression et diversification de l'offre, Résultats de l'enquête EHPA 2015, Les dossiers de la Drees, n°20, septembre 2017, p.12.

236Plan Solidarité Grand Âge, 27 juin 2006, p.15.

237Drees, L'accueil des personnes âgées en établissement..., art.cit., p.12.

238Igas, Financement des soins dispensés dans les EHPAD, Mission complémentaire d'évaluation du tarif global de soins, Rapport final, n°RM2013-121P, octobre 2013, p.80.

239Libault (D.), *Concertation : Grand âge et autonomie*, op.cit., p.40.

240Ibid.

241Cohard (P.), Georgescu (I.), Vieillesse et EHPAD..., art.cit., pp.545-552.

242Libault (D.), *Concertation : Grand âge et autonomie*, op.cit., p.40.

En somme les actions en faveur de la bienveillance en EHPAD ne doivent pas concerner uniquement les résidents mais aussi le personnel<sup>243</sup>. Prendre soin des agents médico-sociaux c'est prendre soin de ses résidents. Pour autant l'organisation de la vie de l'établissement ne doit pas constituer « à elle seule »<sup>244</sup> un motif de contrainte. Est-ce à dire que coupler à une autre justification d'ordre technique la restriction serait justifiable ? Il est à espérer que non.

### B) Une architecture inadaptée

La conception architecturale de l'EHPAD est un motif régulièrement avancé pour justifier les restrictions des déplacements. En 2007 la Drees révèle dans son enquête EHPA qu'outre l'état de santé physique de la personne, les résidents sont restreints dans leurs déplacements en raison de leur besoin de matériels techniques, notamment de fauteuils roulants<sup>245</sup>. C'est ainsi que les résidents aptes à circuler de manière autonome ont une probabilité plus élevée de pouvoir exercer leur liberté d'aller et venir, alors même qu'il s'agit d'une catégorie minoritaire parmi la population accueillie. Les personnes pour qui l'usage du fauteuil roulant ou du déambulateur est une nécessité ont un pourcentage de chance amoindri de sortir de la structure et rencontrent des difficultés supplémentaires dans leurs déplacements au sein de l'établissement. Or l'enjeu n'est pas seulement la liberté de circuler *stricto sensu* dans l'EHPAD. Le respect de cette liberté doit en effet permettre à la personne de « mener une vie ordinaire » et de se sentir chez elle<sup>246</sup>. Force est de constater que les résidents n'ont pas ce sentiment. Près d'un tiers d'entre eux exprime le regret de ne pouvoir que peu sortir, voire pas du tout, hormis dans le jardin extérieur de la structure<sup>247</sup>.

L'environnement extérieur de l'établissement (1) et l'organisation interne des espaces de l'EHPAD (2) sont à l'origine de l'ineffectivité de la liberté d'aller et venir.

---

243Cohard (P.), Georgescu (I.), Vieillesse et EHPAD..., art.cit., pp.545-552.

244FHF, *Liberté d'aller et venir dans les établissements sanitaires et médico-sociaux...*, op.cit., p.12.

245ANESM, *Qualité de vie en EHPAD* volet 2, organisation du cadre de vie et de la vie quotidienne, Analyse documentaire relative à la recommandation de bonnes pratiques professionnelles, octobre 2011, p.13.

246FHF, *Liberté d'aller et venir dans les établissements sanitaires et médico-sociaux...*, op.cit., p.8.

247Drees, *La vie en établissement d'hébergement pour personnes âgées du point de vue des résidents...*, art.cit., p.46.

## 1. L'environnement extérieur

En ville ou en périphérie, la liberté d'aller et venir en EHPAD pose question. Dans la première hypothèse, l'ouverture de l'établissement sur le quartier, les associations et autres acteurs sociaux ou médico-sociaux permet de créer et promouvoir un tissu relationnel<sup>248</sup>. Toutefois dans la seconde hypothèse, l'éloignement de la structure du cœur de la ville favorise le déplacement sécurisé des personnes qui ont tendance à déambuler<sup>249</sup>. A l'extérieur de l'établissement, les résidents sont effectivement plus exposés aux risques de chutes et d'accidents impliquant les usagers de la route<sup>250</sup>.

Pour certains auteurs, c'est le cadre urbain qui doit être privilégié au regard de l'animation et des activités qui y sont rendues possibles. « Le site est un facteur primordial dans le choix de l'institution. Ainsi, actuellement, il est communément admis que le bâtiment doit trouver sa place au sein du centre urbain : cette exigence est fondée sur le maintien d'une cohésion vectrice d'une dynamique, d'une perspective, et en cela permet un lien inter-générationnel »<sup>251</sup>. Cette perception semble mieux correspondre à la tendance politique actuelle d'ouvrir les murs des EHPAD vers l'extérieur dans un objectif de lutte contre l'enfermement et l'isolement social des aînés. D'autres dénoncent toutefois la barrière de la valeur foncière des immeubles en centre ville qui expliquerait l'ouverture de nombreux EHPAD en périphérie<sup>252</sup>.

## 2. Les espaces internes

Héritiers des anciens hospices, la vétusté de certains EHPAD est l'une des problématiques engendrant des atteintes à la liberté d'aller et venir des personnes accueillies. L'inadaptation des espaces et des locaux existants et la création de nouvelles structures et places pour répondre aux besoins peuvent être sources de maltraitance dès lors qu'elles restreignent les déplacements de ses résidents. Aussi l'élaboration de ces espaces doit tenir compte de la liberté au travers du projet d'établissement et de l'implication de l'équipe pluridisciplinaire, y compris des soignants, des agents de service logistique ou encore des animateurs. Cela doit permettre de distinguer des espaces privatifs les espaces collectifs au

---

248Jovelet (G.), Penser l'EHPAD et son devenir. Pas sans la psychiatrie !, *L'information psychiatrique*, n°6, vol.94, 2018, p.441.

249FHF, *Liberté d'aller et venir dans les établissements sanitaires et médico-sociaux...*, *op.cit.*, p.12.

250INRS, *Conception et rénovation des EHPAD*, bonnes pratiques de prévention, février 2012, p.15.

251Souchon (S.), Nogues (F.), Jibidar (H.), Fondop (E.), Lezy-Mathieu (A.-M.), L'architecture peut-elle être source de maltraitance ? Un regard de gériatres, *Gérontologie et société*, n°119, vol. 29, 2006/4 p.78.

252ANESM, *Qualité de vie en EHPAD*, volet 2..., *op.cit.*, p.14.

sens de l'arrêté de 1999<sup>253</sup>, au sein desquels doivent être favorisés les déplacements horizontaux et verticaux.

L'espace privatif doit être considéré comme « la transposition en établissement du domicile du résident ». La chambre est d'ailleurs assimilée à un lieu privé selon une jurisprudence constante afin de garantir le droit à la vie privée et au respect de la dignité du résident, sous réserve des nécessités du service<sup>254</sup>.

En institution, le résident est aussi amené à cohabiter. L'arrêté de 1999 opère à nouveau une distinction entre les espaces de vie collective et les espaces de circulation.

Pour exemple dans les espaces collectifs, hormis les salles de repas ou d'animation, le jardin de la structure n'est pas toujours accessible à l'ensemble des résidents : « 37% des résidents qui ne sortent que dans le parc ou le jardin de l'établissement déclarent ainsi qu'ils voudraient sortir davantage »<sup>255</sup>.

Le projet architectural doit impérativement tenir compte de la liberté de circulation des résidents tout comme de l'organisation du travail des agents. La déambulation ne doit pas être empêchée mais favorisée en ce sens qu'elle est l'une des activités que la personne atteinte d'une pathologie neurodégénérative peut encore exercer seule. Si le projet n'en tient pas compte préalablement à tout lancement, l'établissement ne pourra se prévaloir de garantir effectivement la liberté d'aller et venir, sans engager par la suite de nouveaux travaux coûteux.

Le respect de la liberté d'aller et venir en EHPAD est d'autant plus fragile que l'usage de dispositifs restrictifs voire privatifs semble être entré dans la pratique quotidienne.

---

253Arrêté du 26 avril 1999 fixant le contenu du cahier des charges de la convention pluriannuelle prévue à l'article 5-1 de la loi n°75-535 du 30 juin 1975..., *op.cit.*

254CA de Paris, 11ème chambre correctionnelle, 17 mars 1986, JurisData n°1986-022063.

255Drees, La vie en établissement d'hébergement pour personnes âgées du point de vue des résidents..., art.cit., p.32.

## Section 2/ Les dispositifs restrictifs de la liberté d'aller et venir

Le recours à des dispositifs de surveillance dans les structures s'est aujourd'hui généralisé. Cette banalisation ne doit pas cacher les atteintes induites par de telles mesures à la liberté d'aller et venir, composante de l'autonomie. De multiples outils restrictifs sont ici en cause et trouvent leur existence dans l'évolution de la technologie (A). Néanmoins ce sont les pratiques de contention qui sont les plus contraignantes en ce qu'elles privent totalement le résident de sa liberté (B).

### *A) Les gérontologies*

Tout d'abord presque tous les EHPAD ont mis en place un système spécial de fermeture des portes par le biais de clés, de codes, de reconnaissance digitale... Ces outils ont un impact variable sur les déplacements des résidents. Enfermer la personne âgée dans sa chambre constitue indéniablement une atteinte à son droit à la sûreté puisqu'elle se voit physiquement privée de toute possibilité de circulation. En revanche, le fait de contraindre la personne à rester dans l'environnement de la structure peut être plus difficile à qualifier au regard des divers facteurs entrant en jeu. Doivent être pris en compte l'accès du résident au jardin ou au parc de l'établissement, la durée de la contrainte ainsi que la préservation du lien social avec l'extérieur. Le fait de confiner le résident au sein de l'EHPAD restreint sa liberté d'aller et venir. Cependant le fait de le confiner pendant des années, même en ayant accès au jardin, affecte son droit à la sûreté au regard de la durée prolongée de la contrainte<sup>256</sup>. De la même manière, le fait de promouvoir les liens sociaux malgré le confinement de la personne est une condition substantielle du respect de sa liberté d'aller et venir comme a pu le faire valoir la CEDH dans une décision 2002 relative à un foyer médicalisé<sup>257</sup>. Il n'en reste que même en favorisant les relations avec l'extérieur, ne pas autoriser la sortie de l'établissement signifie, par définition, empêcher le résident d'aller et venir.

---

256Considérant n°15, CC, n°92-307 DC, 25 février 1992, Loi portant modification de l'ordonnance n°45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, *J.O.* du 12 mars 1992, p.3003 : « le maintien d'un étranger en zone de transit, en raison de l'effet conjugué du degré de contrainte qu'il revêt et de sa durée, a néanmoins pour conséquence d'affecter la liberté individuelle de la personne qui en fait l'objet au sens de l'article 66 de la Constitution ».

257Paragraphe n°45, CEDH, 2ème section, requête n°39187/98, 26 février 2002, affaire HM c/ Suisse : « la requérante ne se trouvait pas dans un pavillon fermé du foyer » [...] « bien au contraire, elle jouissait de toute sa liberté de mouvement et était en mesure d'entretenir des relations sociales avec le monde extérieur ».

Ensuite, les systèmes de vidéosurveillance tendent à se démocratiser dans les EHPAD et soulèvent de nouvelles inquiétudes. Outre le respect du droit à l'image et à la vie privée, le Conseil constitutionnel a estimé en 1995<sup>258</sup> que l'installation de caméras menaçait la liberté d'aller et venir. Au vu du contrôle des établissements médico-sociaux sur les allers et venues des résidents grâce à cette technologie, le raisonnement des neuf sages est *a fortiori* transposable au secteur des personnes âgées. « *Il existe en effet un lien direct entre la prise d'image par la caméra et la limitation de la liberté de circuler de la personne âgée* »<sup>259</sup>. Aussi le rôle de la commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), autorité administrative indépendante, est majeur. L'installation de caméras doit effectivement faire l'objet d'une déclaration auprès de ses services, lesquels vérifient la conformité du projet aux principes des règles de protection des données personnelles (finalité, proportionnalité et pertinence, durée limitée de conservation des images, sécurité et confidentialité)<sup>260</sup>. Néanmoins la conférence de consensus, réticente quant à l'utilisation des caméras, préconise de recourir à ce mode de surveillance qu'en l'absence d'autre solution<sup>261</sup>.

Enfin, les bracelets électroniques ont été bien accueillis parmi les gestionnaires d'EHPAD. Ce procédé consiste à implanter une puce électronique dans un vêtement du résident ou encore à l'intégrer dans une montre dans un objectif « anti-fugue ». Lorsque ce dernier approche une sortie équipée d'un portillon, le personnel de la structure est averti par le déclenchement d'une alarme, et la donnée est parallèlement enregistrée dans un logiciel. Tout comme les systèmes de vidéosurveillance cette technologie présente un risque important en dépit de son avantage sécuritaire en raison du « lien direct existant entre son activation et la privation de liberté de la personne âgée qui pourrait le faire basculer dans le champ de la liberté individuelle »<sup>262</sup>. Le fait d'élargir le périmètre de déambulation n'a pas pour effet de permettre l'exercice de la liberté *stricto sensu*, mais simplement de confiner dans un espace plus étendu<sup>263</sup>. En 2008 le président de la CNIL, Alex Türk, dénonce en ce sens le bracelet électronique comme « *l'une des évolutions les plus dangereuses de nos sociétés* » en termes de libertés individuelles, et

---

258CC, DC n°94-352 du 18 janvier 1995, *op.cit.*

259Fondation Médéric Alzheimer, *Liberté d'aller et venir...*, *op.cit.*, p.23.

260CNIL : <https://www.cnil.fr/fr/cnil-direct/question/quels-sont-les-grands-principes-des-regles-de-protection-des-donnees> (consulté le 1er juillet 2019).

261FHF, *Liberté d'aller et venir dans les établissements sanitaires et médico-sociaux...*, *op.cit.*, p.20.

262Fondation Médéric Alzheimer, *Liberté d'aller et venir...*, *op.cit.*, p.24.

263*Ibid.*

ajoute que la CNIL ne dispose pas de moyens juridiques suffisants pour s'y opposer<sup>264</sup>. Aussi il est à regretter que la mise en place du bracelet électronique ne fasse l'objet d'aucun contrôle, alors même qu'il s'agit d'une mesure coercitive décidée par le juge avec le consentement du prévenu en matière pénale.

La substitution des gérontechnologies à la surveillance humaine est d'autant plus contestable qu'elles ne garantissent pas le risque zéro. Leur usage systématique (notamment la généralisation des montres et dispositifs de géolocalisation) aboutit à déresponsabiliser les acteurs par l'illusion d'une sécurité totale.

### B) *La contention*

Contrairement aux idées reçues, la contention physique n'est pas du seul ressort des établissements de santé spécialisés. Elle se retrouve aussi dans les institutions hébergeant des personnes âgées. La contention physique « *se caractérise par l'utilisation de tous moyens, méthodes, matériels ou vêtements qui empêchent ou limitent les capacités de mobilisation volontaire de tout ou d'une partie du corps dans le seul but d'obtenir la sécurité pour une personne âgée qui présente un comportement estimé dangereux ou mal adapté* »<sup>265</sup>. Parmi les moyens utilisés peuvent être cités les barrières de lits, les sièges gériatriques, les sécuridraps et pyjamas... Le recours à ces dispositifs s'est installé silencieusement et progressivement dans les EHPAD du fait de l'accroissement de la population dépendante et du contexte sociétal dans lequel évoluent les établissements. Leur utilisation s'est aujourd'hui banalisée, parfois même en l'absence de toute prescription médicale. Celle-ci est pourtant obligatoire dans les établissements de santé mentale où le recours à la contention a juridiquement été encadré pour la première fois en 2016<sup>266</sup>. En effet la prévalence des pratiques de contention oscille entre 19% et 84,6% dans les établissements de long séjour<sup>267</sup>.

La contention des personnes âgées est trop souvent réalisée dans un esprit de précaution là où devrait primer une démarche préventive. Dans les faits elle est mise en œuvre afin d'éviter les

---

264Journal L'Obs, Le bracelet électronique dénoncé par le président de la CNIL, publié le 22 août 2008 (consulté le 1er juillet 2019).

265ANAES, *Évaluation des pratiques professionnelles dans les établissements de santé. Limiter les risques de la contention physique de la personne âgée*, octobre 2000, p.10.

266Article L.3222-5-1 du CSP créé par la loi n°2016-41 du 26 janvier 2016, *op.cit.*,

267ANAES, *Évaluation des pratiques professionnelles dans les établissements de santé*, *op.cit.*, p.12.

chutes, de réduire la déambulation, de protéger la personne agitée, voire dans les hypothèses les plus extrêmes et les plus rares dans un objectif de pure commodité du personnel. Ainsi l'agence nationale d'accréditation et d'évaluation en santé (ANAES) a identifié une série de caractéristiques individuelles tendant à faciliter le recours à la contention. Il s'agit de l'âge, de la désorientation et de la dépendance fonctionnelle<sup>268</sup>.

Si la contention de la personne âgée est employée pour assurer sa sécurité, elle induit un degré de privation maximal de sa liberté de circulation en plus de porter atteinte à son intégrité physique. Or selon Adeline Hazan, cette atteinte est d'autant plus inconcevable dans le milieu psychiatrique que l'état de dépendance des patients les empêche de pouvoir se défendre<sup>269</sup>. La vulnérabilité des personnes âgées dépendantes permet d'aboutir à un constat similaire. De plus, alors que la protection physique est le premier argument avancé pour justifier la contention, la littérature internationale a montré qu'elle aboutit *a contrario* à aggraver l'état de santé de la personne (risque de chute multiplié, perte d'autonomie, agitation plus élevée, escarres, dépression...) voire conduit à son décès (par exemple, strangulation par le matériel). Au niveau international, plusieurs instances se sont prononcées en faveur d'un usage minimal voire de la suppression totale de la contention<sup>270</sup>. Une telle démarche est envisageable. L'Islande a en effet exclu les pratiques de contention, mais a l'avantage de détenir un taux d'encadrement élevé lui permettant de privilégier la surveillance humaine<sup>271</sup>. En France malgré l'usage établi de la contention en EHPAD, il n'existe pas de cadre légal. Aussi après avoir recherché une solution alternative garante de la liberté d'aller et venir, les équipes soignantes peuvent s'appuyer sur le référentiel émis par l'ANAES afin d'améliorer le caractère sécurisant du matériel de contention (annexe n°5). Le recours systématique à la contention n'en reste pas moins prohibé.

Les mauvais traitements ne sont toutefois pas dus aux seules actions des professionnels du secteur médico-social. Inconsciemment, ceux-ci peuvent se montrer maltraitants sans que cela soit volontaire. La montée en puissance d'une exigence sécuritaire

---

268 *Ibid.*

269 Le Contrôleur général des lieux de privation et de liberté, *Isolement et contention dans les établissements de santé mentale*, 1ère édition, Dalloz, 2016, p.IX.

270 Nations Unies, assemblée générale, Rapport du Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, n°A/HRC/22/53, Mendez (J.-E.), 1er février 2013, p.15.

271 Le Contrôleur général des lieux de privation et de liberté, *Isolement et contention...*, *op.cit.*, p.51.

pousse les structures à adopter une politique d'établissement surprotectrice de l'intégrité physique des personnes âgées qu'elles accueillent, au détriment de leur liberté d'aller et venir.

## **TITRE 2. LA SURPROTECTION INSTITUTIONNELLE IMPUTABLE À UNE EXIGENCE ACCRUE DE SÉCURITÉ**

Depuis la seconde moitié du XXe siècle les politiques publiques tentent de renverser l'image d'enfermement attachée aux structures hébergeant des personnes âgées dépendantes. Aujourd'hui les législations médico-sociales et les recommandations de bonnes pratiques publiées par l'autorité publique indépendante impulsent de nouveaux modes d'organisation et de fonctionnement. Cet ensemble de droit dur et de droit mou est essentiellement destiné à ouvrir les murs des EHPAD vers l'environnement extérieur afin d'améliorer l'accompagnement et la qualité de vie des résidents au travers du maintien de leur autonomie. Force est de constater que cette ouverture au monde extérieur n'est pas simple. La protection de l'intégrité physique du résident, mission incontournable de l'EHPAD, a gagné en portée. Les établissements doivent parvenir à concilier leur mission de protection avec l'exercice des droits et libertés de leurs usagers. Trouver cet équilibre entre sécurité et liberté d'aller et venir est loin d'être aisé (chapitre 1), la première pouvant à tout moment l'emporter sur la seconde. Les restrictions et privations des déplacements des résidents au nom de leur impérieuse sécurité sont d'autant plus faciles à mettre en œuvre qu'il n'existe en la matière aucun cadre juridique (chapitre 2).

### ***Chapitre 1) Le fragile équilibre entre sécurité et respect de la liberté d'aller et venir***

Il repose sur les EHPAD une obligation de protection de l'intégrité physique rendant prééminente leur mission de sécurité au détriment de la libre circulation des personnes (section 1). Cette attitude surprotectrice est confortée par les attentes et les exigences des familles qui souhaiteraient avoir une garantie de sécurité maximale pour leurs proches. Dans le mouvement actuel de judiciarisation des rapports entre institutions et professionnels d'une part et particuliers d'autre part, la prééminence de la sécurité dans les EHPAD est nécessairement encouragée par la crainte de l'engagement de la responsabilité (section 2).

## Section 1/L'obligation de protection de l'intégrité physique du résident rendant prééminente la sécurité

Les scandales sanitaires révélés lors de la seconde moitié du XXe siècle ont donné lieu à une exigence croissante de qualité et de sécurité de prise en charge aussi bien au sein de la population que parmi les acteurs de la santé publique. Le champ médico-social connaît à son tour une demande croissante de protection des usagers, notamment de la part de l'entourage. En découle un droit à la sécurité pour le résident (§ 1), et *a contrario* une obligation pour l'établissement (§ 2).

### **§ 1. Le droit à la sécurité du résident**

Permettre au résident de se déplacer dans les locaux comme à l'extérieur est un facteur de préservation et d'amélioration de son autonomie, maître mot des politiques visant les personnes âgées. Pourtant en voulant protéger « à tout prix » son intégrité physique par des mécanismes de limitation de la liberté individuelle, le résident voit ses capacités d'autonomie se dégrader progressivement.

La sécurité peut être définie comme « *la situation de tranquillité dans laquelle une personne ou un bien n'est exposé à aucun risque* »<sup>272</sup>. A l'origine la notion de sécurité est conçue comme l'une des garanties propices à la préservation de l'harmonie de la vie en collectivité et, *de facto*, à l'exercice des libertés. La sécurité est en effet une composante de l'ordre public : sûreté ; sécurité ; et salubrité publiques. Le législateur a habilité l'autorité investie du pouvoir de police à prendre toute mesure permettant de prévenir une atteinte à ce triptyque, y compris de nature à restreindre les libertés des individus<sup>273</sup>. La sécurité du groupe justifie dès lors de restreindre la liberté de ce groupe. En 1988, le Conseil d'État retient cette approche à l'échelle individuelle. La juridiction administrative faisait ainsi valoir que « l'un des impératifs de l'ordre public réside dans l'idée que si chacun est libre de disposer de son corps, cette liberté ne saurait s'exercer à son propre détriment. Dans le conflit entre liberté de disposition et

<sup>272</sup>Hennette-Vaucher (S.), Roman (D), *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, Hypercours Dalloz, 3ème édition, 2017, p.396.

<sup>273</sup>La préservation de l'ordre public est une mission relevant de la police administrative qui, aux termes de l'article L.2212-2 du CGCT, a pour objet d'assurer la sûreté, la sécurité et la salubrité publiques. La jurisprudence administrative a par la suite étendu les composantes de l'ordre public, notamment au respect de la dignité de la personne humaine lors de l'arrêt dit Morsang-sur-Orge, CE, Ass., 27 oct.1995, n°136727.

protection de l'individu, c'est la seconde qui doit l'emporter dans l'intérêt des personnes en cause »<sup>274</sup>. La protection du corps est alors utilisée comme une limite à la liberté dans l'intérêt de l'ordre public et des personnes.

Le même raisonnement peut être appliqué à la liberté d'aller et venir. Les atteintes à la liberté sont justifiées dès lors qu'elles sont nécessaires à la préservation de l'ordre public, et notamment à la sécurité des personnes<sup>275</sup>. Le Conseil d'État a d'ailleurs précisé en 2006<sup>276</sup> que « la liberté d'aller et venir n'a pas un caractère général et absolu ». Sa conciliation nécessaire avec les autres droits et libertés fondamentaux implique qu'elle puisse y porter atteinte. La protection physique et la sécurité de la personne, principe à valeur constitutionnelle, semblent être devenues des motifs suffisants pour limiter la libre circulation, bien qu'à l'époque le Conseil constitutionnel se refuse à admettre l'existence d'un droit à la sécurité<sup>277</sup>.

Sans parler des différentes autres conceptions que peut recouvrir le terme de sécurité<sup>278</sup>, est progressivement apparue l'idée selon laquelle il existerait un droit à la sécurité<sup>279</sup>. En 1995<sup>280</sup>, le législateur y fait en effet référence comme « un droit fondamental », mais cela ne concerne alors que les dispositions relatives aux politiques de sécurité nationale<sup>281</sup>.

Aujourd'hui il ne s'agit plus d'une simple idée. Dans un premier temps, le droit à la sécurité a été expressément affirmé par voie réglementaire dans le cadre de la charte des droits et libertés de la personne accueillie<sup>282</sup>. Dans un second temps, il est légalement consacré parmi les droits des usagers des ESSMS à l'article L.311-3 1° du CASF qui dispose que « le respect de sa dignité, de son intégrité, de sa vie privée, de son intimité, de sa sécurité et de son droit à aller et venir librement ». Qu'il s'agisse de la disposition réglementaire ou légale, la liberté d'aller et venir est érigée après le droit au respect de sa sécurité. Est-ce à dire que la sécurité

---

274CE, section du rapport et des études, *Sciences de la vie et de l'éthique : étude du CE*, Braibant (G.), dir., Paris, FRA, n°4855, 1988, p.25.

275CC, n°80-117 DC, 20 janvier 1981, loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes, *J.O.* du 22 janvier 1981, p.308.

276CE, juge des référés, n°294649, 29 juin 2006,.

277CC, n°80-117 DC, 22 juillet 1980, loi sur la protection et le contrôle des matières nucléaires, *J.O.* du 24 juillet 1980, p.1867.

278Se référer notamment à l'ouvrage de Hennette-Vauchez (S.), Roman (D), *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, *op.cit.*, p.396 et suivantes.

279Hennette-Vauchez (S.), Roman (D), *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, *op.cit.*, p.396 et 397.

280Loi n°95-73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité, *J.O.* du 24 janvier 1995, p.1249.

281Hennette-Vauchez (S.), Roman (D), *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, *op.cit.*, p.397.

282L'article 7 de la charte des droits et libertés de la personne accueillie énonce que « il lui est également garanti le droit à la protection, le droit à la sécurité ».

prime sur la liberté ? En tout état de cause l'ordre des droits affirmés n'est pas conforme aux recommandations de la conférence de consensus, laquelle préconise d'affirmer la liberté d'aller et venir préalablement à l'élaboration de mesures restrictives.

Alors qu'a priori le droit à la sécurité ne constitue pas *stricto sensu* un droit subjectif<sup>283</sup>, l'instauration d'une obligation de protection à la charge de l'établissement médico-social tend à l'élever en un droit-créance à l'encontre de l'EHPAD tout comme il incombe à l'État une obligation envers ses citoyens.

## § 2. L'obligation de protection de l'EHPAD

Au-delà de sa vocation sociale, l'EHPAD est aussi un « *lieu de protection* »<sup>284</sup>. A ce titre il ne peut rester passif face aux risques physiques qu'encourent ses résidents, d'autant plus que les familles se montrent particulièrement attentives à la sécurité des conditions de prise en charge (A). Désormais la jurisprudence impose à l'EHPAD une obligation de protection de moyens (B).

### A) *Les exigences ambivalentes de la famille*

Ce nouveau droit à la sécurité résulte sans doute partiellement de la place complexe de la famille dans les EHPAD. Trois placements sur quatre en institution ne relèvent pas de l'initiative de la personne âgée mais de son entourage<sup>285</sup>. Cette admission « forcée » est bien plus difficile à accepter tant pour le résident que pour les proches à l'origine de la mesure. L'utilisation du terme de placement est d'ailleurs illustrateur de l'image de contrainte. L'entrée en EHPAD de son parent est ainsi source d'angoisse, de crainte et de culpabilité pour la famille qui éprouve le sentiment d'abandonner son aîné.

---

283Hennette-Vaucher (S.), Roman (D), *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, 2013, p.371.

284Violla (F.), dir., *Jurisprudences du secteur médico-social*, *op.cit.*, p.237.

285ONFV, *Fin de vie des personnes âgées*, 7 parcours ordinaires pour mieux comprendre les enjeux de la fin de vie en France, rapport sept. 2013, p.83.

En effet si l'entrée en maison de retraite est le plus souvent la conséquence d'une perte d'autonomie sévère de la personne âgée, elle est aussi liée à l'épuisement du proche aidant<sup>286</sup> qui aspire à pouvoir se recentrer sur sa vie personnelle et professionnelle. Aussi il est facile de comprendre l'inquiétude de l'entourage et leur demande constante de sécurité qui peuvent amener à un comportement surprotecteur.

Pourtant, et c'est là que repose toute la complexité de la conciliation sécurité-liberté, la famille n'est pas toujours encline à accepter que les déplacements du résident soient limités. A nouveau le contexte familial rend difficile la recherche d'un équilibre entre sécurité et liberté d'aller et venir. En effet si la structure choisit en accord avec la famille de favoriser la libre circulation du résident, y compris hors de la structure, rien ne permet d'affirmer qu'en cas d'accident elle n'engage pas de poursuites contre l'EHPAD pour ne pas avoir pris les précautions nécessaires à garantir sa sécurité. Aussi un tel accord ne peut être uniquement verbal. L'EHPAD a tout intérêt à conserver une trace écrite de l'entretien avec la famille et à l'informer des risques potentiels qu'encourent la personne en l'absence de restriction, notamment si celle-ci a tendance à fuguer. Au-delà de l'annexe au contrat de séjour prévoyant les restrictions, faudrait-il mettre en place une attestation signée par le résident, ou son représentant légal, établissant avoir eu connaissance des risques que la sortie extérieure représentait comme elle existe dans le monde hospitalier<sup>287</sup> ? Cela permettrait de dégager la responsabilité de la structure en cas de dommage, mais une telle procédure se révélerait lourde et contraignante pour l'EHPAD.

### *B) L'obligation de sécurité de moyens*

La protection de l'intégrité physique du résident est consacrée parmi les droits et libertés reconnus à la personne accueillie. La montée en puissance de l'exigence sécuritaire opposable aux EHPAD s'illustre alors par l'affirmation de ce droit et son versant, c'est-à-dire une obligation à la charge des EHPAD. Ce droit objectif tend alors à revêtir un caractère

---

<sup>286</sup>Le statut de proche aidant a été créé par la loi ASV. La définition a été posée à l'article L.113-1-3 du CASF qui dispose que « est considéré comme proche aidant d'une personne âgée son conjoint, le partenaire avec qui elle a conclu un pacte civil de solidarité ou son concubin, un parent ou un allié, définis comme aidant familiaux, ou une personne résidant avec elle ou entretenant avec elle des liens étroits et stables, qui lui vient en aide, de manière régulière et fréquente, à titre non professionnel, pour accomplir tout ou partie des actes ou des activités de la vie quotidienne ».

<sup>287</sup>Article R.1112-62 du CSP.

subjectif. En effet la personne âgée ou ses ayants-droits peuvent désormais se prévaloir du non-respect de la sécurité du résident devant les tribunaux.

Les décisions jurisprudentielles relatives à l'obligation de sécurité des EHPAD restent constantes quant à la nature de cette obligation. En 2012<sup>288</sup>, les juges d'appel d'Aix-en-Provence rappellent qu'il incombe à l'établissement une obligation de surveillance de moyens. En l'espèce Madame Aziza Z. a été admise à l'EHPAD la Colline le 12 juillet 2005, structure rattachée à la fondation Casip-Cojasor. Cet accueil fait suite à la déclaration de son médecin traitant faisant part de l'apparition progressive de signes laissant à penser qu'elle était atteinte de la maladie d'Alzheimer. Dans son courrier, le professionnel médical indique également que sa patiente est sujette à la désorientation temporo-spatiale. A la signature des documents d'entrée par Monsieur Roger Z., son fils, l'établissement précise par un avenant au contrat de séjour qu'il favorise l'exercice de la liberté d'aller et venir des résidents, et se refuse à recourir à des dispositifs contraignants. Aussi s'il s'engage à mettre en place toutes les mesures nécessaires pour éviter que les résidents désorientés ne sortent de l'EHPAD. Il ne s'agit pas pour autant d'une surveillance totale et les familles s'engagent à accepter les risques inhérents à cette liberté.

Le 1er août 2005, la résidente fait une chute entraînant une fracture du col de fémur ainsi qu'une fracture du poignet. La victime et son fils engagent alors des poursuites contre la fondation, la société AXA Assurances et la CPAM devant le tribunal de grande instance (TGI) de Nice, réclamant la condamnation *in solidum* de la structure et de son assureur en réparation des dommages causés par la chute. Par une décision du 17 février 2009, le TGI refuse d'ouvrir droit à l'ensemble de leurs prétentions. Les demandeurs interjettent appel. Suite au décès de Madame Aziza Z., sa famille poursuit la procédure en qualité d'héritier, et Monsieur Roger Z. à titre personnel. Les appelants soutiennent que la chute de la résidente était imputable à une faute de la maison de retraite la Colline en ce qu'elle n'a pas satisfait à son obligation de sécurité, laquelle est selon eux une obligation de résultat.

Les juges du fond déboutent la famille et confirment la décision du TGI par un arrêt en date du 15 juillet 2012. La CA considère que l'article L.311-1 du CASF « *impose à l'établissement une obligation de sécurité, il ne peut s'agir d'une obligation de résultat qui serait inconciliable avec le respect de la liberté d'aller et de venir qui est posé parallèlement* ». La sécurité constitue donc une obligation de moyens de l'établissement, laquelle doit être

---

288CA Aix-en-Provence, 10ème chambre, 15 février 2012, n°09/04252.

appréciée au regard du comportement antérieur du résident et de la connaissance de ce comportement par l'établissement. C'est sur ce second critère que les juges se sont en partie fondés pour refuser l'appel des héritiers. En effet l'EHPAD ne pouvait interdire l'accès des escaliers à la résidente dès lors que son dossier faisait état d'une autonomie dans ses déplacements. Comme en matière de responsabilité des établissements de santé spécialisés, l'obligation de surveillance ne peut être une obligation de résultat qui reviendrait à nier l'existence de la liberté d'aller et venir en EHPAD<sup>289</sup>.

Par ailleurs, l'obligation de vigilance ne peut revêtir un caractère permanent qui serait incompatible avec la liberté et qui en l'espèce n'avait pas été consenti. Les restrictions à la liberté ne sont admises que si elles n'ont pas pour conséquence une surveillance continue de la personne de nature à supprimer totalement sa liberté. Ainsi même en médecine psychiatrique, la privation totale de liberté n'est pas autorisée. Aussi la politique interne de l'établissement « peut être plus ou moins coercitive, sous réserve de maintenir un équilibre entre liberté et sécurité. Bien entendu, il ne peut aller jusqu'à vider de sa substance son devoir de protection, inhérent à sa mission de prise en charge, pas plus qu'il ne peut restreindre à l'excès la liberté de ses résidents. Les restrictions apportées à la liberté d'aller et venir ne sauraient d'ailleurs être arbitraires »<sup>290</sup>. Dans les faits cependant, l'objectif sécuritaire efface la liberté d'aller et venir laquelle est entièrement contrôlée par la structure, parfois même sans que le consentement n'ait été recueilli.

La surprotection de l'intégrité physique du résident est la conséquence de l'enchevêtrement d'exigences sécuritaires provenant des divers acteurs (la personne âgée et son entourage, le gestionnaire, le législateur, les magistrats...). Ces sommations aboutissent à solliciter régulièrement les agents de l'établissement qui peuvent légitimement ressentir une pression de la part des familles, et les conduire à masquer les atteintes portées à la liberté du résident (par exemple, en retirant le matériel de contention avant que ne commencent les visites<sup>291</sup>). Cette crainte est amplifiée par le phénomène de judiciarisation des rapports entre les institutions et leurs usagers.

---

289Véron (P.), Liberté d'aller et venir de la personne en EHPAD et obligation de sécurité, *RDS*, n°47, 2012, pp.414-418.

290*Ibid.*

291Fondation Médéric Alzheimer, *Liberté d'aller et venir...*, *op.cit.*, p.21.

## Section 2/La prééminence de la sécurité encouragée par la crainte de l'engagement de la responsabilité

Les décisions relatives aux atteintes à la liberté d'aller et venir en EHPAD sont quasi inexistantes. Le plus souvent les arrêts rendus par les juridictions civiles, administratives ou judiciaires vont porter sur l'équilibre entre le besoin de sécurité et les mesures de sécurité. La pression exercée sur l'établissement pour assurer la protection des personnes qu'il héberge participe à rendre inefficace la liberté de circulation, particulièrement lorsque tant la responsabilité civile de l'établissement (§ 1) que sa responsabilité pénale et/ou celle du gestionnaire (§ 2) peuvent être engagées.

### **§ 1. L'engagement de la responsabilité civile de l'établissement**

De l'obligation de surveillance de moyens imposée à l'établissement médico-social découle *ipso facto* la possibilité pour l'usager, ses ayants-droits ou tout tiers ayant un intérêt à agir d'engager la responsabilité civile de la structure. Cette responsabilité est le fruit d'une véritable construction prétorienne qui, de manière constante, définit la responsabilité civile de l'établissement comme étant de nature contractuelle (A). Comme toute responsabilité, celle-ci suppose la réunion des trois conditions cumulatives à savoir l'existence d'un dommage, d'une faute de surveillance et d'un lien causal (B).

#### *A) La nature contractuelle de la responsabilité*

En droit de la responsabilité civile deux ordres de responsabilité peuvent être dégagés. Il s'agit de la responsabilité délictuelle d'une part, et de la responsabilité contractuelle d'autre part. La responsabilité civile se définit comme « l'obligation de réparer le préjudice résultant soit de l'inexécution d'un contrat (responsabilité contractuelle), soit de la violation du devoir général de ne causer aucun dommage à autrui par son fait personnel, ou du fait des choses dont on a la garde, ou du fait des personnes dont on répond (responsabilité du fait d'autrui) ; lorsque la responsabilité n'est pas contractuelle, elle est dite délictuelle ou quasi délictuelle »<sup>292</sup>.

---

<sup>292</sup>*Lexique des termes juridiques*, Italie, L.E.G.O.S.p.A. imprimerie, Dalloz, 21ème édition, 2014, p.824.

La Cour de cassation, dans le prolongement de ses décisions<sup>293</sup>, a choisi de retenir le principe de la responsabilité civile contractuelle à l'occasion d'un arrêt en date du 15 novembre 2011<sup>294</sup>. A propos du décès d'un résident provoqué par les coups d'un autre résident atteint de la maladie d'Alzheimer au cours d'une déambulation nocturne, la Cour relève qu'au vu de l'existence d'un contrat entre la maison de retraite et ses résidents, il convient d'écarter définitivement l'application de l'ancien article 1384 alinéa 1er du code civil<sup>295</sup> : « mais attendu que Marcel Y..., auteur des coups mortels, étant hébergé à la maison de retraite Les Opalines en vertu d'un contrat, la cour d'appel a retenu à bon droit que cette dernière ne pouvait être considérée comme responsable, au titre de l'article 1384 alinéa 1er du code civil, des dommages causés par lui ». Dès lors il ne s'agit pas d'une responsabilité du fait d'autrui. Il incombe à la maison de retraite de remplir ses obligations figurant dans le contrat conclu avec le résident, ou dans le règlement de fonctionnement. L'engagement de la responsabilité de la structure repose donc, lorsque le préjudice est subi par le résident lui-même ou causé par lui à un autre résident, sur le fondement de l'article 1231-1 nouveau du code civil<sup>296</sup> qui énonce que « le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, s'il ne justifie pas que l'exécution a été empêchée par la force majeure ». Ainsi « l'existence d'un lien contractuel entre les pensionnaires et la maison de retraite neutralise tout engagement de la responsabilité quasi délictuelle »<sup>297</sup>.

La responsabilité délictuelle<sup>298</sup> de l'établissement ne peut être engagée que dans la seule hypothèse où le résident de l'EHPAD cause un dommage à un tiers, ce qui est généralement le cas à la suite d'une fugue. Contrairement aux situations précitées, le célèbre revirement de jurisprudence, dit l'arrêt Blicek<sup>299</sup>, trouve application car le tiers victime n'est pas lié par contrat avec l'établissement. Aussi la responsabilité de l'établissement peut également être engagée par un tiers victime d'un dommage causé par une personne âgée dont l'EHPAD doit répondre au sens de 1384 ancien.

293Peuvent être cités pour exemple deux arrêts de la Haute juridiction rappelant le principe de non-cumul des deux formes de responsabilités : C.cass, 2ème ch.civ., 12 mai 2005, n°03-17.994 ; C.cass, 2ème ch.civ., 24 mai 2006, n°04-17495.

294C.cass, 1ère ch.civ., 15 décembre 2011, n°10-25.740.

295Article 1242 nouveau du code civil.

296Article 1147 ancien du code civil.

297Catherine (A.), Les EHPAD, entre liberté d'aller et venir et sécurité des résidents, art.cit., p.139.

298Article 1382 ancien et 1240 nouveau du code civil « tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ».

299C.cass, Ass.plén., 29 mars 1991, n°89-15.231.

A noter que la responsabilité de l'établissement peut enfin être administrative. Les juridictions administratives retiennent en effet une obligation de surveillance à la charge des EHPAD dont le défaut est imputable à un dysfonctionnement dans l'organisation ou le fonctionnement du service. En ce cas les solutions jurisprudentielles applicables aux établissements de santé trouvent une application similaire au secteur médico-social<sup>300</sup> comme l'illustre un arrêt du Conseil d'État de 1983<sup>301</sup>. Pourtant parmi la jurisprudence civile, les juges du fond ont tenu à rappeler en 2012<sup>302</sup> que les dispositions traitant des établissements psychiatriques ne sont pas opposables aux EHPAD. Aussi la portée de l'obligation de surveillance peut paraître incompréhensible.

Comme pour les différents régimes de responsabilité, la responsabilité civile contractuelle suppose l'existence d'un lien de cause à effet entre la faute de surveillance imputable à l'établissement et le dommage du résident.

*B) La responsabilité subordonnée au triptyque dommage - faute - lien de causalité*

La responsabilité contractuelle de l'EHPAD ne peut être reconnue que s'il a pu être démontré que l'établissement a commis une faute dans le cadre de sa mission de surveillance (1). Or l'appréciation *in concreto* de celle-ci, indispensable pour s'adapter à la diversité des situations, rend difficile l'appréhension de véritables solutions conciliantes de la liberté d'aller et venir tant les facteurs appréciés sont nombreux (2).

1. L'exigence d'une faute simple

L'obligation de surveillance est une obligation de moyens. A ce titre l'EHPAD se doit de mettre en place toutes les mesures à sa disposition qui se révèlent nécessaires pour assurer la protection des personnes qu'il accueille. Il ne s'agit pas de garantir un hébergement sans risque, ce qui serait impossible, mais de garantir que tout ce que l'établissement pouvait faire a été fait. Aussi le fait qu'un résident fugue ou qu'il chute, hypothèses les plus fréquemment invoquées devant les juridictions civiles et administratives, ne signifie pas systématiquement

---

300Violla (F.), dir., *Jurisprudences du secteur médico-social*, op.cit., p.355.

301CE, 15 avril 1983, n°35876.

302CA Aix-en-Provence, 10ème chambre, 15 février 2012, n°09/04252.

que l'EHPAD a failli à son obligation de sécurité. Il faut en effet caractériser une faute de surveillance qui lui soit imputable. La charge de la preuve pèse donc sur le demandeur, à savoir le résident et/ou ses ayants-droits.

La faute de surveillance, qui ne jouit d'aucune définition juridique, a très vite été retenue par les tribunaux « comme fondement d'un engagement de responsabilité »<sup>303</sup>. Le dictionnaire Larousse retient une définition « active » de la surveillance : « action de surveiller, de contrôler quelque chose, quelqu'un »<sup>304</sup>. La définition de la faute de surveillance dans le champ de la responsabilité des instituteurs apparaît peut-être plus appropriée en ce sens qu'elle englobe plus de situations « allant de l'abstention pure et simple à l'insuffisance de la surveillance »<sup>305</sup>. Concernant l'étendue de la faute, la jurisprudence administrative a longtemps distingué la faute simple de la faute lourde. En 1966<sup>306</sup>, le Conseil d'État abandonne dans un premier temps l'exigence d'une faute lourde dans le cadre du défaut de surveillance des établissements de santé mentale. Elle reste néanmoins exigée lorsque le dommage trouve sa source dans la réalisation d'un acte médical. Le juge administratif abandonne définitivement la faute lourde à l'occasion de l'arrêt de principe dit Époux V. le 10 avril 1992<sup>307</sup>. Aussi les juges n'exigent qu'une faute simple pour engager la responsabilité de l'établissement.

Il est aussi intéressant de relever que si le dommage subi par un résident trouve sa source dans le comportement d'un autre résident, l'EHPAD peut voir sa responsabilité atténuée. Celle-ci sera partagée avec l'auteur physique du dommage qui, aux termes de l'article 414-3 du code civil, reste tenu à réparation y compris s'il a agi sous l'empire d'un trouble mental<sup>308</sup>. De même si un résident décède au cours d'une fugue des suites d'un accident de la route, la responsabilité peut être partagée avec le conducteur du véhicule en cause.

En revanche l'EHPAD ne peut s'attendre à une exonération de sa responsabilité lorsque la faute de surveillance porte directement préjudice à la personne du résident. Le rôle qu'a pu jouer la personne âgée dans la réalisation de son dommage est en effet apprécié

---

303Vialla (F.), dir., *Jurisprudences du secteur médico-social*, op.cit., p.352.

304Dictionnaire Larousse : <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/surveillance/75897> (consulté le 3 juillet 2019).

305Gallet (J.-L.), Régimes législatifs spéciaux d'indemnisation relevant de la juridiction judiciaire-responsabilité de l'État du fait des accidents scolaires, *Répertoire de la responsabilité de la puissance publique*, février 2008 (actualisation juillet 2019), §§.269-300.

306CE, section, 5 janvier 1966, Sieur Hawezack, n°58623.

307CE, Ass. 10 avril 1992, n°79027.

308Dans un arrêt du CE, 2ème et 7ème sous-sections réunies, 12 juin 2006, n°228841, la juridiction administrative a ainsi admis que la responsabilité puisse être partagée respectivement à hauteur de 20% et 80% par le pensionnaire et la maison de retraite.

indépendamment de l'obligation contractuelle de l'établissement, « tranchant ainsi avec la règle classique selon laquelle la faute de la victime est de nature à exonérer - totalement ou partiellement - le cocontractant de sa responsabilité »<sup>309</sup>. Contrairement aux juges de première instance qui estimaient que l'établissement ne pouvait s'exonérer qu'en apportant la preuve de la faute de la victime, la CA de Toulouse écarte totalement cette possibilité en 2008<sup>310</sup> en intégrant le comportement du résident parmi les critères d'appréciation de la faute.

La faute de l'EHPAD est difficile à prouver pour le requérant même si la jurisprudence n'exige qu'une faute simple. En effet l'appréciation de l'existence d'une faute résulte de multiples facteurs. De fait comme le souligne le professeur Didier Truchet, « *en vérité, la faute est indéfinissable : son constat résulte d'une appréciation souveraine faite par le juge* »<sup>311</sup>.

## 2. L'appréciation de la faute

La détermination de l'existence d'une faute relève de l'appréciation souveraine des juges du fond. La jurisprudence administrative comme civile s'appuie pour cela sur un ensemble d'éléments factuels de nature à laisser penser que l'établissement n'avait pas mis en place tous les moyens à sa disposition pour assurer la sécurité du résident alors que sa situation justifiait des mesures particulières. Sont pris en compte l'état de santé du résident<sup>312</sup>, la connaissance du comportement alarmant par l'EHPAD ou la connaissance d'un risque avéré de fracture<sup>313</sup>, et les moyens individuels ou collectifs mis en œuvre pour garantir la sécurité du ou des résident(s).

En 2006<sup>314</sup>, le Conseil d'État s'est prononcé sur des faits de violences d'un résident atteint de troubles du comportement à l'égard d'un autre résident, lequel est décédé des suites de ses blessures. En l'espèce l'auteur des violences avait été enfermé dans la chambre de la victime par l'aide soignante qui, surveillant seule 72 personnes, ne disposait d'aucun autre lieu disponible pour isoler le résident en crise. Cependant les juges administratifs ont relevé une

---

309Poinot (O.), Contrat de séjour, obligation de sécurité et fugue mortelle, *RDS*, n°26, 2008, pp.714-717.

310CA de Toulouse, 3ème ch., section 1, 26 juin 2007, n°06/01599.

311Truchet (D.), La responsabilité juridique du fait de l'imagerie médicale, *Recherches en psychanalyse*, n°2, vol. 8, 2009, p.177.

312Voir notamment CA de Montpellier, 8 avril 2014, n°12/05267, commentaire Violla (F.), *RDS*, n°60, 2014, pp.1385-1389 : « dès lors que des troubles de déambulation étaient diagnostiqués, ceux-ci laissaient présumer l'existence d'une prédisposition à un risque de fugue dans le nouveau contexte d'un placement en établissement, et ce quand bien même aucune risque de fugue n'était connu antérieurement ».

313TA de Lyon, 3 février 2009, n°0707272.

314CE, 2ème et 7ème sous-sections réunies, 12 juin 2006, n°228841.

faute de surveillance en ce sens « qu'aucune mesure particulière n'avait été prise à l'égard de M. B, alors pourtant que ses troubles de comportement avaient été signalés auparavant tant par son médecin traitant que par le personnel de l'établissement ».

En 2007<sup>315</sup>, les juges d'appel se sont intéressés au décès d'un résident atteint de la maladie d'Alzheimer faisant suite à sa fugue. Dans cet arrêt, la CA de Toulouse identifie une « grave négligence » constitutive d'une faute de la maison de retraite. L'arrêt relève que la structure n'a pas pris les précautions nécessaires pour empêcher la fugue de la victime, alors même que ses tendances à fuguer avaient été établies dès son admission et qu'elle avait déjà fugué à plusieurs reprises. Pour retenir la responsabilité de la personne morale, les juges du fond s'appuient donc ici sur l'état de santé de la personne et sa connaissance par les agents de l'EHPAD. Étonnamment la maladie d'Alzheimer est un « facteur causal »<sup>316</sup> moindre que le comportement fugueur du résident. Si la maladie laissait à penser que les conséquences de la fugue seraient dramatiques, c'est le comportement fugueur qui aurait dû alerter la maison de retraite sur la nécessité de renforcer la surveillance. Cet arrêt d'espèce précise enfin que les mesures postérieures prises par l'établissement en vue de retrouver le résident ne sont aucunement prises en compte dans l'appréciation de sa responsabilité.

L'appréciation *in concreto* du juge sur les dispositions prises par l'établissement ne permet pas de déterminer précisément une grille de lecture de la faute de surveillance<sup>317</sup>. Cette appréciation donne aux EHPAD une marge de manœuvre certes nécessaire pour s'adapter aux situations, mais qui les laisse aussi dans une incertitude profonde quant à savoir si les précautions mises en place sont suffisantes. Ainsi sur des faits similaires de fugue la CA de Versailles a considéré en 1999<sup>318</sup>, contrairement à l'arrêt précité, que les dispositions prises par l'établissement en vue d'assurer la sécurité de résidents atteints de la maladie d'Alzheimer satisfaisaient à son obligation de sécurité de moyens. En revanche comme le relève Olivier Poinot, les juges s'accordent pour considérer que quel que soit l'état de santé du résident, celui-ci ne constitue jamais à lui seul un motif suffisant pour le priver entièrement de sa liberté d'aller et venir<sup>319</sup>.

---

315 CA de Toulouse, 3ème ch. Section 1, 26 juin 2007, n°06/01599.

316 Poinot (O.), Contrat de séjour, obligation de sécurité et fugue mortelle, art.cit., pp.714-717.

317 Violla (F.), dir., *Jurisprudences du secteur médico-social*, op.cit., p.359.

318 CA de Versailles, 17 décembre 1999, commentaire Poinot (O.), Contrat de séjour, obligation de sécurité et fugue mortelle, art.cit., pp.714-717.

319 *Ibid.*

## § 2. L'engagement de la responsabilité pénale de l'établissement et de son gestionnaire

La responsabilité pénale, c'est « l'obligation de répondre de ses actes délictueux en subissant une sanction pénale dans les conditions et selon les formes prescrites par la loi »<sup>320</sup>. La responsabilité pénale peut être engagée dès lors qu'une infraction est constituée par la réunion de l'élément matériel et moral du comportement litigieux. Que l'acte soit intentionnel ou résulte d'une faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité, l'auteur à qui l'acte est imputé engage sa responsabilité pénale<sup>321</sup>. Le droit français consacre un principe très ancien selon lequel la responsabilité pénale est une responsabilité personnelle, ce qui prohibe *a contrario* la responsabilité pénale du fait d'autrui. L'article 121-1 du code pénal dispose en effet que « nul n'est responsable pénalement que de son propre fait ». Aussi lorsqu'une infraction est caractérisée l'EHPAD peut voir sa responsabilité pénale engagée (A), au même titre que son directeur en tant que représentant légal de la structure (B).

### A) La responsabilité pénale de l'établissement

Les structures médico-sociales hébergeant des personnes âgées dépendantes sont, au sens de l'article L.312-1 du CASF, des personnes morales. Pour rappel, une personne morale est un groupement doté de la personnalité juridique et qui bénéficie à ce titre de droits et d'obligations<sup>322</sup>. Ce n'est que par une loi de 1992<sup>323</sup>, suivie par la réforme du code pénal de 1994, que le législateur a consacré le principe selon lequel les personnes morales peuvent engager leur responsabilité pénale<sup>324</sup>. Pendant longtemps l'idée d'engager la responsabilité d'une entité totalement abstraite apparaissait en effet irrationnelle<sup>325</sup>. Désormais, les textes fixent les conditions permettant de retenir la responsabilité de la personne morale et, par voie de conséquence, celle des EHPAD.

---

320 *Lexique des termes juridiques, op.cit.*, p.826.

321 Article 121-3 du c.pén.

322 *Lexique des termes juridiques, op.cit.*, p.692.

323 Loi n°92-1336 du 16 décembre 1992 relative à l'entrée en vigueur du nouveau code pénal et à la modification de certaines dispositions du code de procédure pénale rendue nécessaire par cette entrée en vigueur, *J.O.* du 23 déc. 1992, p.17568.

324 Article 121-2 alinéa 1er du c.pén.

325 Deux courants de pensée s'affrontaient sur le sujet comme le soulignait le professeur Gaston Jèze « je n'ai jamais déjeuné avec une personne morale », auquel répondait Jean-Claude Soyier « moi non plus, mais je l'ai souvent vu payer l'addition ».

Il ressort de l'article 121-2 du code pénal que deux conditions cumulatives sont nécessaires pour retenir la responsabilité pénale de l'établissement. Tout d'abord, étant une entité abstraite, l'infraction doit avoir été commise par une personne physique qui soit un organe ou un représentant de l'établissement<sup>326</sup>. Il s'agit donc de la personne physique détenant au sein de l'établissement le pouvoir décisionnaire, c'est-à-dire le directeur<sup>327</sup>. Pour déterminer s'il s'agit d'un représentant de la personne morale, encore faut-il que l'auteur de l'acte puisse être identifié. La jurisprudence de la Cour de cassation s'est montrée très extensive dans son interprétation pour retenir la responsabilité pénale de l'entreprise. En 2006<sup>328</sup>, la Haute juridiction crée en effet une présomption d'imputation de l'infraction par le représentant, ce qui lui permet de faciliter l'engagement de la responsabilité pénale de la personne morale. Dans un arrêt d'espèce, la Cour de cassation a ainsi reconnu la responsabilité pénale d'un centre hospitalier en lui imputant directement une faute organisationnelle sans qu'elle n'ait été rattachée à une personne physique<sup>329</sup>. Ensuite, l'acte litigieux doit avoir été commis pour le compte de la personne morale<sup>330</sup>. Si le gestionnaire tire seul des bénéfices de l'acte en cause, l'établissement n'engage pas sa responsabilité. A l'inverse, le fait qu'elle engage sa responsabilité ne signifie pas systématiquement que le gestionnaire soit également déclaré responsable<sup>331</sup>. Le cumul des responsabilités est donc possible<sup>332</sup>.

A l'origine, le législateur avait prévu une liste exhaustive des infractions pouvant être imputées aux personnes morales. C'est le principe de spécialité. Toutefois le principe souffrait de l'ajout régulier d'infractions au point qu'il perde « tout son sens »<sup>333</sup>. C'est pourquoi depuis 2004<sup>334</sup>, toutes les infractions édictées par le code pénal peuvent leur être imputées, à l'exception du délit de presse et sous réserve du principe de la non-rétroactivité des lois pénales plus sévères. Pour terminer, les peines applicables aux personnes morales figurent aux articles 131-37 et suivants du code pénal. Au-delà des peines contraventionnelles,

---

326Depuis l'arrêt C.cass, ch.crim., 30 mai 2000, n°99-84.212, la jurisprudence considère que la personne titulaire d'une délégation de pouvoirs peut avoir la qualité d'organe ou de représentant, ce qui étend les hypothèses d'engagement de la responsabilité pénale de la personne morale.

327TGI de Paris, 16ème ch., 3 septembre 2003, n°9926423046.

328C.cass, ch.crim., 20 juin 2006, n°05-85.255.

329C.cass, ch.crim., 9 mars 2010, n°09-80.543.

330Article 121-2 alinéa 1er du c.pén.

331C.cass, ch.crim., 24 octobre 2000, n°00-80.378.

332Article 121-2 alinéa 3 du c.pén.

333Vialla (F.), dir., *Jurisprudences du secteur médico-social, op.cit.*, p.498.

334Loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, *J.O.* du 10 mars 2004, p.4567.

l'établissement peut se voir condamner à une fermeture temporaire ou définitive.

Il existe peu de jurisprudences relatives à la responsabilité pénale des personnes morales dans le secteur médico-social<sup>335</sup>. Pour exemple la Cour de cassation s'est prononcée en 2011<sup>336</sup> sur l'existence d'une faute de négligence et de surveillance de la maison de retraite La Bosque d'Antonelle. Dans cet arrêt, la Haute juridiction a néanmoins tenu compte de la spécificité de l'activité et du public de l'établissement en retenant que « la nécessité d'assurer la sécurité et la protection des personnes dépendantes se heurte là à l'impératif tout aussi légitime de préserver leur dignité et leur intimité ». Cependant le gestionnaire ne peut occulter l'existence de ce risque, d'autant qu'étant le représentant légal de l'établissement sa propre responsabilité pénale peut être recherchée.

#### B) *La responsabilité pénale du gestionnaire*

Il repose sur le directeur de l'EHPAD de lourdes responsabilités. En effet celui-ci représente l'établissement en justice et dans tous les actes de la vie civile<sup>337</sup>. En outre sa mission ne consiste pas seulement à appliquer *stricto sensu* les textes, mais à assurer l'organisation et le fonctionnement de son établissement dans un climat propice à la sécurité des résidents et de ses agents, auquel cas « il ne remplirait que très partiellement son rôle de directeur »<sup>338</sup>. Aussi l'obligation de sécurité s'impose tant à la structure qu'à son gestionnaire. Depuis l'arrêt de principe Ferrand de 1892<sup>339</sup>, la Cour de cassation retient à la charge du chef d'entreprise une obligation générale de surveillance de sorte que si un salarié commet une infraction, sa responsabilité pénale peut être engagée.

Le chef de l'établissement peut engager sa responsabilité pénale pour atteintes involontaires à l'intégrité de la personne sur le fondement de l'article 222-19 du code pénal. Dans les hypothèses les plus graves, il peut être poursuivi pénalement pour atteinte involontaire à la vie sur le fondement de l'article 221-6 du code pénal qui énonce que « le fait de causer, dans les conditions et selon les distinctions prévues à l'article 121-3, par maladresse, imprudence,

---

335Vialla (F.), dir., *Jurisprudences du secteur médico-social*, op.cit., p.488.

336C.cass, ch.crim., 4 octobre 2011, n°11-81.699.

337Article L.315-17 du CASF.

338Allegraud (E.-H), *Sécurité et risque dans l'action éducative d'un foyer de l'enfance : enjeux et stratégie de direction*, Mémoire de l'ENSP, 1999, p.14.

339C.cass, crim., 30 décembre 1892.

inattention, négligence ou manquement à une obligation de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement, la mort d'autrui constitue un homicide involontaire puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. En cas de violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement, les peines encourues sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 75 000 euros d'amende ». C'est cette infraction qui raisonne le plus souvent dans la jurisprudence du secteur médico-social. En 1991<sup>340</sup>, les juges d'appel de Paris ont ainsi retenu la responsabilité pénale d'un directeur d'établissement accueillant des personnes âgées pour homicide involontaire. En l'espèce la faute imputée au directeur était une faute simple. Depuis de nouvelles fautes de nature non intentionnelles ont été créées par le législateur : la mise en danger délibérée<sup>341</sup> et la faute caractérisée<sup>342</sup>.

Pour retenir la responsabilité pénale du directeur, encore faut-il établir un lien de causalité entre le préjudice et sa faute. Celui-ci doit être certain<sup>343</sup>. Toutefois depuis 2010<sup>344</sup>, la causalité indirecte doit être distinguée de la causalité directe où la responsabilité du directeur est nécessairement plus facile à retenir car elle n'exige qu'une faute simple. *A contrario* lorsque le lien causal est de nature indirecte, une faute qualifiée est exigée. La faute simple est celle d'imprudence, de négligence ou, ce qui est plus souvent le cas, le manquement à une obligation de sécurité, lesquelles figurent toutes à l'alinéa 3 de l'article 121-3 du code pénal. Conscient de la position sensible du directeur, le législateur a introduit l'appréciation *in concreto* de la faute simple<sup>345</sup>, rompant ainsi avec l'appréciation traditionnelle du comportement du fautif à celui qu'aurait adopté une personne prudente dans des conditions similaires. Dorénavant le juge doit donc s'appuyer sur « une liste de critères objectifs »<sup>346</sup> (nature des missions ou des fonctions, compétences, pouvoirs et moyens à disposition).

---

340CA de Paris, 31 janvier 1991, n°2374/90.

341Loi n°92-1336 du 16 décembre 1992 *op.cit.*

342Loi n°2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits involontaires, *J.O.* du 11 juillet 2000, p.10484.

343CA de Paris, 31 janvier 1991, n°2374/90. L'exigence d'un lien causal certain a été rappelé par à l'occasion d'un arrêt de la C.cass, ch.crim., 15 septembre 2015, n°14-84303, Roques (A.), Homicide involontaire et causalité, une histoire de certitude, *RDS*, n°69, pp.54-57.

344Loi n°2000-647 du 10 juillet 2000, *op.cit.*

345Loi n°96-393 du 13 mai 1996 relative à la responsabilité pénale pour des faits d'imprudence ou de négligence, *J.O.* du 14 mai 1996, p.7211.

346Violla (F.), dir., *Jurisprudences du secteur médico-social, op.cit.*, p.467.

Le directeur n'engage pas sa responsabilité pénale systématiquement, mais il est responsable de tout ce qui se passe quotidiennement dans sa structure. Face à de telles prérogatives, la multiplication de dispositifs visant à garantir la sécurité des résidents se comprend eu égard aux enjeux de la responsabilité. Cependant les entraves à la liberté dépassent souvent les atteintes acceptables. Or il n'existe pas dans le CASF de véritable procédure permettant de contrôler la légalité des contraintes.

## ***Chapitre 2) L'absence de cadre législatif aux restrictions de la liberté d'aller et venir***

Historiquement le champ médico-social était principalement régulé par ses acteurs (professionnels, associations...), à l'origine de la force innovatrice de ce secteur. Si le législateur y est peu à peu intervenu notamment dans un objectif d'intérêt général, aucune loi ne donne aux chefs d'établissements médico-sociaux une liste exhaustive des cas où la liberté peut ou doit être limitée. Comment le pourrait-il lorsque les situations sont aussi diverses et nombreuses que les personnes accueillies ? Aussi seul le gestionnaire et l'équipe pluridisciplinaire de l'établissement sont à même de trouver un équilibre entre liberté et sécurité. Toutefois le risque de dérives n'est pas négligeable et la balance penche très souvent vers des dispositifs sécuritaires et, *a contrario*, attentatoires à la liberté. Cette dérive est favorisée par l'absence de cadre légal dans la mise en œuvre des restrictions, lesquelles sont réglementées par des conditions souples (section 1). Au vu des similitudes des entraves à la liberté d'aller et venir en établissement de santé mentale, une comparaison avec l'hospitalisation sans consentement apparaît opportune (section 2).

### **Section 1/ La mise en œuvre des restrictions réglementée par des conditions souples**

Les EHPAD ne disposent d'aucune base légale pour restreindre la liberté d'aller et venir, hormis la nouvelle annexe sécurité qui sera détaillée par la suite. Aussi il n'existe pas de procédure spécifique dans la mise en place d'un dispositif restrictif ou privatif de liberté. Ce sont les recommandations de bonnes pratiques professionnelles publiées par l'ANAES, aujourd'hui la HAS, qui constituent le socle de règles permettant au gestionnaire de chercher un équilibre entre liberté et sécurité, et s'éloigner ainsi du risque de maltraitance. La

conférence de consensus a tenté d'apporter des précisions sur la démarche à adopter pour y parvenir. Celle-ci passe notamment par le respect de sept étapes de réflexion (annexe n° 6). La décision de limiter la liberté de circulation doit reposer sur une démarche à la fois collégiale et pluridisciplinaire. La collégialité de la décision n'est toutefois pas suffisante. La mesure doit en effet être adaptée à la situation du résident, lequel doit y avoir consenti (§ 1). Le jury met ensuite l'accent sur les critères cumulatifs que doit revêtir la restriction envisagée (§ 2).

### **§ 1. Le consentement du résident à son entrave personnalisée**

Générales ou individuelles, les entraves à la liberté d'aller et venir doivent être « consenties » selon la jurisprudence, ou être précédées de la « recherche » du consentement selon la loi. Les magistrats et le législateur ne semblent donc pas accorder au consentement la même portée. Ce consentement figure dans le contrat de séjour lorsque le résident est concerné personnellement par la mesure. Il est exprimé par la signature du règlement intérieur de l'établissement lorsqu'il s'agit de restrictions nécessaires pour assurer le bon fonctionnement de l'EHPAD. Bien évidemment ce consentement doit être précédé d'une information adaptée aux capacités de discernement du résident. Elle porte sur les restrictions concrètes envisagées ainsi que sur leur étendue. Le jury de la conférence préconise d'impliquer la famille ou les proches du résident dans le processus de recherche d'une solution sécurisante adaptée, ce qui permettrait de dépasser le sentiment que l'entourage représente un frein alors même qu'il peut constituer une « ressource »<sup>347</sup>. Dans les faits la participation de la famille peut être moins aisée qu'il n'y paraît du fait de certaines tensions liées aux exigences de prise en charge et d'accompagnement.

Bien que le droit mou rappelle que ni le contrat de séjour ni le règlement intérieur ne peuvent prévoir une privation totale de liberté, de nombreux résidents ne sont pas autorisés à sortir de l'EHPAD pour des raisons de sécurité. Or pour préserver la liberté d'aller et venir, la mesure restrictive ne doit pas se fonder sur un principe de précaution lié à la crainte d'un risque supposé, mais sur un principe de prévention individuelle<sup>348</sup>. Dans le cas contraire, non seulement cela conduirait à aggraver l'état de santé de la personne, mais cela aboutirait également à supprimer purement et simplement sa liberté. Le professeur François Vialla

<sup>347</sup>Raffy (L.), *La conciliation entre liberté d'aller et venir et sécurité en EHPAD*, LEH édition, coll. Mémoires numériques de la BNDS, p.24.

<sup>348</sup>FHF, *Liberté d'aller et venir dans les établissements sanitaires et médico-sociaux...*, *op.cit.*, p.19.

qualifie en ce sens la recherche du risque zéro de « contre-productive »<sup>349</sup>. Aussi l'individualisation de la restriction implique d'effectuer « la balance entre les risques réellement encourus par la liberté d'aller et venir, dans et hors de l'établissement, et les risques d'aggravation de l'état de santé, conséquence du confinement »<sup>350</sup>, laquelle « doit être évaluée, discutée avec la famille et l'entourage et régulièrement réévaluée »<sup>351</sup>. L'individualisation concerne de la même manière les limites collectives à la liberté d'aller et venir dans le sens du développement personnel des résidents : « les restrictions apportées à l'exercice de la liberté au motif des règles de vie collective doivent laisser place à la possibilité pour les personnes de développer, si elles le souhaitent, des activités individuelles et notamment celles qui maintiennent leurs liens avec la vie sociale (adaptation des horaires de repas, de visites, sorties pour quelques jours, etc.) »<sup>352</sup>.

## § 2. Les trois critères cumulatifs de la restriction

Pour commencer, l'entrave à la liberté d'aller et venir doit être fondée sur un motif **objectif**. Il ne peut s'agir de restreindre les déplacements des personnes pour des raisons de pure convenance. En revanche l'organisation des plannings de nuit, où le personnel est bien moins nombreux, peut justifier que les sorties de nuit soient prohibées. De la même manière l'EHPAD peut imposer aux résidents qu'à chaque sortie extérieure les personnels soient tenus informés. De manière générale, les motifs sérieux couramment invoqués par les EHPAD pour justifier la mise en place de restrictions sont en premier lieu la sécurité de la personne et son état de santé, le respect des règles de la vie en collectivité, la sécurité des tiers et la bonne organisation du service. Face à un résident atteint d'un handicap physique, le contrat de séjour peut ainsi subordonner ses sorties à l'accompagnement d'un tiers, par exemple l'un des agents de l'établissement.

En revanche le recours à la contention physique, ou médicamenteuse, doit être plus encadrée. L'ANAES ajoute en effet deux autres exigences : une nécessité thérapeutique et une prescription médicale motivée. La prescription du médecin ne dédouane pas l'établissement d'informer le résident et sa famille des raisons, des objectifs, du matériel utilisé et de la durée de la contention. Or cette information est malheureusement tardive dans les faits, voire

---

349Vialla (F.), dir., *Jurisprudences du secteur médico-social*, op.cit., p.245.

350FHF, *Liberté d'aller et venir dans les établissements sanitaires et médico-sociaux...*, op.cit., p.16.

351Ibid.

352FHF, *Liberté d'aller et venir dans les établissements sanitaires et médico-sociaux...*, op.cit., p.17.

partielle<sup>353</sup>. De plus en l'absence de véritable contrôle sur les justifications avancées pour limiter la liberté de circulation, le caractère objectif peut laisser perplexe tant son appréciation peut varier d'un EHPAD à un autre.

Ensuite l'entrave à la liberté d'aller et venir doit être **nécessaire**. La nécessité suppose de rechercher systématiquement au préalable une solution alternative plus respectueuse de la liberté. C'est ce que retient la conférence de consensus quant à la contention : « dans tous les cas, la recherche d'une alternative doit être réalisée : modification matérielle (modification de l'environnement, mise à la disposition d'aides à la marche, personnalisation des chambres, etc.) ; approche occupationnelle (activités journalières, promenades accompagnées, animation institutionnelle, etc.) ; approche médicale et infirmière (évaluation des problèmes physiques et socio-psychologiques, auprès du poste infirmier, etc.) ; approche socio-psychologique (écoute active de la personne et de ses vécus, modification des stimuli relationnels, détermination de points de repère, etc.) »<sup>354</sup>.

Enfin la mesure restrictive est soumise au principe de **proportionnalité** eu égard à l'objectif de sécurité et à la situation de l'intéressé, notamment son état de santé. De fait « le niveau de dépendance et de besoin de protection des personnes âgées va déterminer le degré de limitation de leur liberté de façon proportionnelle »<sup>355</sup>. Cependant la justification médicale de la restriction peut, au bout d'un temps, ne plus avoir lieu d'être. Aussi l'évaluation régulière de la mesure est essentielle.

Les conditions de l'aménagement de la liberté d'aller et venir en EHPAD sont donc relativement souples et soumises à une grande partie d'arbitraire. En matière d'hospitalisation sans consentement, la procédure certes bien plus contraignante mérite d'être abordée au vu des enjeux similaires des deux secteurs, à savoir la liberté des personnes.

---

353 ANAES, *Évaluation des pratiques professionnelles dans les établissements de santé. Limiter les risques de la contention physique de la personne âgée*, octobre 2000, p.16.

354 FHF, *Liberté d'aller et venir dans les établissements sanitaires et médico-sociaux...*, op.cit., p.21.

355 Lhuillier (J.-M.), *Le droit des usagers dans les EHESP*, Presses de l'ENSP, 4ème édition, 2009, p.241.

## Section 2/ Les restrictions en matière d'hospitalisation sans consentement : une comparaison opportune

Contention, entrave à la liberté d'aller et venir, atteinte au principe du consentement, sécurité, obligation de surveillance de l'établissement... Ces éléments quotidiens de la vie des EHPAD sont aussi au cœur du régime de l'hospitalisation sans consentement. Si l'EHPAD n'est pas un lieu de détention mais de protection, les CGLPL successifs, Jean-Marie Delarue et Adeline Hazan, alertent néanmoins des dangers que représentent l'exigence croissante de sécurité et de bien-être des résidents sur le respect de leurs droits<sup>356</sup>. C'est pourquoi à plusieurs reprises il a été demandé aux pouvoirs publics de procéder à l'élargissement des compétences du CGLPL aux EHPAD. Malgré le refus catégorique, la demande est significative de l'importance des enjeux en cause, et fonde tout l'intérêt d'analyser le régime de l'hospitalisation sans consentement (§ 1) qui faillit inspirer le secteur médico-social (§ 2).

### **§ 1. Le régime de l'hospitalisation sans consentement**

Depuis la loi de 1990<sup>357</sup>, le principe retenu par le législateur est celui de l'hospitalisation libre<sup>358</sup>. Cependant par exception, il est des cas où la loi admet qu'une personne soit hospitalisée sans son consentement eu égard aux troubles mentaux qu'elle présente. Évidemment, les conditions entourant les modalités de ce régime d'hospitalisation sont plus rigoureuses. Il distingue d'une part la demande d'hospitalisation émise par un tiers (A), et d'autre part l'hospitalisation dite d'office (B).

#### *A) L'hospitalisation à la demande d'un tiers*

L'hospitalisation d'un individu à la demande d'un tiers est prononcée par le directeur de l'établissement sous réserve de deux conditions cumulatives : ses troubles mentaux rendent impossible son consentement, et son état mental impose des soins immédiats assortis d'une

---

356Delarue (J.-M.) CGLPL, Rapport d'activité 2012, op.cit., et Hazan (A.), CGLPL, Rapport d'activité 2014, Dalloz, 291 pages.

357Loi n°90-527 du 27 juin 1990 relative aux droits et à la protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux et à leurs conditions d'hospitalisation, *J.O.* du 30 juin 1990, p.7664.

358L'article L.3211-1 du CSP dispose en ce sens que « une personne ne peut sans son consentement ou, le cas échéant, sans celui de son représentant légal, être hospitalisée ou maintenue en hospitalisation dans un établissement accueillant des malades atteints de troubles mentaux ».

surveillance médicale constante ou régulière<sup>359</sup>.

Le tiers à l'initiative de la demande peut être un membre de la famille du malade, un proche agissant dans son intérêt, ou son tuteur ou curateur s'il bénéficie d'une mesure de protection judiciaire. La décision du directeur doit être accompagnée de deux certificats médicaux datant de moins de quinze jours, l'un émanant d'un médecin extérieur à l'établissement, l'autre d'un médecin pouvant y exercer<sup>360</sup>. L'admission peut également être prononcée à l'initiative du directeur lorsqu'il existe un péril imminent pour la personne. Toute décision d'admission doit alors être transmise sans délai au représentant de l'État du département et à la commission départementale des soins psychiatriques<sup>361</sup>.

La prolongation des soins fait l'objet d'une procédure tout aussi stricte pour éviter des maintiens abusifs en hospitalisation, et protéger ainsi la liberté individuelle<sup>362</sup>. Au terme des 24 puis 72 heures d'hospitalisation, deux médecins procèdent respectivement à une nouvelle évaluation de l'état mental de la personne et établissent un certificat médical qui, le cas échéant, peut prévoir la poursuite des soins<sup>363</sup>. Dans ce cas le directeur peut décider de la poursuite des soins pour des périodes d'un mois renouvelables dans le respect des mêmes conditions<sup>364</sup>.

L'hospitalisation prend fin dans plusieurs hypothèses : lorsque l'un des deux certificats médicaux conclut que l'état de la personne ne justifie plus la mesure de soins<sup>365</sup> ; lorsque les conditions relatives à l'établissement des certificats médicaux ne sont pas respectées<sup>366</sup> ; lorsqu'un médecin de la structure certifie que les conditions à l'origine de la mesure ne sont plus réunies<sup>367</sup> ; lorsqu'elle est demandée par la commission départementale des soins psychiatriques ou par l'une des personnes mentionnées à l'article L.3212-1 du CSP sous réserve que l'arrêt des soins n'entraîne pas un péril imminent pour la santé du malade ou une atteinte grave à l'ordre public<sup>368</sup>.

---

359Article L.3212-1 I. 1° et 2° du CSP.

360Article L.3212-1 II. 1° du CSP.

361Article L.3212-5 du CSP.

362Fondation Médéric Alzheimer, *Liberté d'aller et venir...*, op.cit., p.13.

363Article L.3211-2-2 du CSP.

364Article L.3212-7 du CSP

365Article L.3212-4 du CSP.

366Article L.3212-7 du CSP.

367Article L.3212-8 du CSP.

368Article L.3212-9 du CSP.

## B) *L'hospitalisation d'office*

L'hospitalisation d'office d'une personne est prononcée par arrêté du préfet du département lorsque son état mental nécessite des soins et compromet la sûreté des personnes ou constitue une atteinte grave à l'ordre public. La décision doit être fondée sur un certificat médical réalisé par un psychiatre extérieur à l'établissement d'accueil<sup>369</sup>. Le représentant de l'État doit informer dans les 24 heures suivant toute décision d'admission, de maintien ou de levée de la mesure de soins le procureur de la République du TGI dans le ressort duquel est situé l'établissement d'accueil ainsi que celui où le malade a sa résidence habituelle, le maire de la commune dans les mêmes conditions, la commission départementale des soins psychiatriques, la famille du patient et, le cas échéant, son représentant légal<sup>370</sup>.

En cas de danger imminent pour la sûreté des personnes attesté par un avis médical le maire et, à Paris, les commissaires de police peuvent également arrêter toutes les mesures provisoires nécessaires à l'égard d'une personne présentant des troubles mentaux manifestes. Le préfet doit toutefois en être avisé dans les 24 heures, et prononcera s'il y a lieu un arrêté d'admission<sup>371</sup>. Le code de procédure pénale (CPP) prévoit enfin que « lorsque la chambre de l'instruction ou une juridiction de jugement prononce un arrêt ou un jugement de déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, elle peut ordonner, par décision motivée, l'admission en soins psychiatriques de la personne » si les deux conditions précitées sont réunies (c'est-à-dire que les troubles mentaux nécessitent des soins et compromettent la sûreté des personnes ou portent gravement atteinte à l'ordre public)<sup>372</sup>.

Comme pour l'hospitalisation à la demande d'un tiers, le maintien de la mesure de soins doit être régulièrement réévalué. Dans les trois derniers jours du mois suivant la décision d'admission, le préfet peut prolonger l'hospitalisation pour une durée de trois mois au regard d'un certificat ou avis médical. Ensuite la mesure de soins ne pourra être maintenue que pour des périodes maximales de six mois renouvelables<sup>373</sup>.

La mesure est levée si le représentant de l'État n'a pris aucune décision au terme des délais légaux ou s'il en a décidé ainsi après avis d'un psychiatre participant à la prise en charge du patient, ou lorsque deux psychiatres désignés sur le fondement de l'article L.3212-8 du CSP

---

369 Article L.3213-1 du CSP.

370 Article L.3213-9 du CSP.

371 Article L.3213-2 du CSP.

372 Article 706-135 du CPP créé par la loi n°2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, *J.O.* du 26 fév. 2008, p.3266.

373 Article L.3213-4 du CSP.

confirment l'absence de nécessité de poursuite de la mesure.

Dans le cadre du régime de l'hospitalisation sans consentement, l'article L.3211-12 du CSP liste également les personnes habilitées à saisir le juge des libertés et de la détention (JLD) qui pourra, le cas échéant, ordonner la levée de la mesure d'hospitalisation. Cette saisine, qui n'est pas prévue pour les entrées en EHPAD n'étant pas un lieu de détention, est une garantie de la protection des libertés individuelles. Une disposition semblable aurait pu être créée dans le secteur médico-social à l'occasion d'un projet de réforme en 2009.

## **§ 2. L'abandon du projet de réforme relatif à la création d'un régime de placement sous contrainte en EHPAD**

Les directeurs d'EHPAD ne disposent pas, en l'état actuel des choses, d'un cadre sécurisant pour entraver la liberté des résidents. En effet les dispositions du CASF concernent moins l'exercice de la liberté en EHPAD que les modalités organisationnelles de l'admission jusqu'à la sortie du résident. Aussi il règne une totale incertitude quant à la légitimité des entraves imposées par l'institution. Inévitablement les directeurs peuvent se sentir isolés.

Dans un tel contexte, le projet de réforme présenté par les services de la chancellerie et du ministère des affaires sociales en 2009 a fait une apparition très marquée<sup>374</sup>. Afin de sécuriser juridiquement les atteintes à la liberté d'aller et venir en EHPAD et de mieux les contrôler, les pouvoirs publics ont souhaité s'inspirer de l'hospitalisation sans consentement pour ériger dans le droit des ESSMS une forme de régime de placement sous contrainte. La mesure n°39 du plan Alzheimer 2008-2012 constatait en effet un véritable vide juridique entourant la privation de liberté en EHPAD<sup>375</sup>. Malgré les évolutions apportées par la réforme du 5 mars 2007 sur l'intervention du juge des tutelles et la création d'un mandat de protection future, aucun texte ne fait référence aux personnes âgées sans protection judiciaire et dont la pathologie neurodégénérative est à un stade avancé.

La problématique étant déjà connue du secteur psychiatrique, la question d'une transposition

---

374Causse (D.), Delaunay (M.), Guinchard (P.), Jacquat (D.), Alzheimer, une maladie à « confiner » ?, Libération, 4 sept. 2009 : [https://www.liberation.fr/societe/2009/09/04/alzheimer-une-maladie-a-confiner\\_579323](https://www.liberation.fr/societe/2009/09/04/alzheimer-une-maladie-a-confiner_579323) (consulté le 5 juillet 2019).

375Plan Alzheimer et maladies apparentées, *op.cit.*, p.78.

du régime de l'hospitalisation sans consentement s'est naturellement posée. Dans le cadre d'une admission à la demande d'un tiers, l'état de santé mentale de la personne âgée devrait répondre aux mêmes conditions posées par le CSP<sup>376</sup> ce qui, à première vue, ne semblerait pas poser de difficultés. En revanche l'hospitalisation d'office à l'initiative du préfet apparaît moins envisageable, notamment au regard de l'exigence d'un risque pour la sûreté des personnes ou d'atteinte grave à l'ordre public<sup>377</sup>. Cette solution qui par ailleurs aurait lourdement pesé sur les finances de l'assurance maladie a donc été abandonnée<sup>378</sup>.

Le projet de réforme a envisagé une seconde option, celle de doter juridiquement le chef d'établissement du pouvoir d'ordonner des restrictions à la liberté d'aller et venir des résidents. Comme pour l'hospitalisation prononcée par le directeur de l'établissement psychiatrique d'accueil, le gestionnaire de l'EHPAD prononcerait la mesure en s'appuyant sur deux certificats médicaux dont un du médecin coordonnateur, après consultation éventuelle de l'équipe et après consultation du résident, le cas échéant de son représentant légal, de sa personne de confiance, de sa famille ou d'un proche. La mesure envisagée devrait être adaptée et proportionnée aux troubles du résident et conforme aux recommandations de bonnes pratiques professionnelles. Six mois après sa mise en œuvre, la mesure devrait être réévaluée. S'il y a lieu elle pourrait être renouvelée pour un an puis serait renouvelable chaque année. Outre ces délais de réévaluation particulièrement longs, le caractère arbitraire de la décision du directeur appuyée par le médecin coordonnateur est à craindre. Le résident, son représentant ou un proche, pourrait donc saisir en référé le JLD du TGI du lieu de l'EHPAD. Il faut souligner un certain contresens. Effectivement les pouvoirs publics admettent ici que la personne âgée en institution puisse saisir le JLD s'il existe un régime légal aux entraves de leur liberté d'aller et venir. Or aujourd'hui bien que l'existence d'entraves soit reconnue le résident ne peut saisir le JLD. N'est-ce pas nier le caractère de détention que peut revêtir l'EHPAD ?

Le projet a toutefois été abandonné au vu des dualités que la question soulevait. Déjà en 2004 la conférence de consensus s'interrogeait sur la nécessité d'élaborer une législation encadrant l'admission sans consentement en EHPAD. La question faisait débat. « Certains membres du jury estiment qu'en droit français, la règle générale est que nul ne peut être assigné à

---

376Article L.3212-1 du CSP.

377Article L.3213-1 du CSP.

378Lacour (C.), La liberté d'aller et venir en établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes, in. Gzil (F.) et al., *Alzheimer, éthique et société*, Toulouse, ERES, 2012, p.372.

résidence (privé de liberté) sans son consentement sans que des bases législatives n'en fixent strictement les conditions. Une telle législation serait protectrice des personnes vulnérables. Elle répondrait ainsi à l'adage selon lequel pour les faibles la liberté opprime et la loi protège »<sup>379</sup>. D'autres « estiment au contraire que le vote d'une telle loi serait de nature à constituer une législation d'exception, mettant à l'écart les personnes souffrant de troubles du discernement au-delà des hospitalisations encadrées par la loi du 27 juin 1990 pour les personnes souffrant de troubles mentaux ».

---

<sup>379</sup>FHF, *Liberté d'aller et venir dans les établissements sanitaires et médico-sociaux...*, *op.cit.*, p.18.

## **PARTIE II) LA CONCILIATION ENTRE LIBERTÉ D'ALLER ET VENIR ET OBLIGATION DE SÉCURITÉ**

### **SOURCE D'UNE POLITIQUE DE BIENTRAITANCE**

Restreindre arbitrairement la liberté d'aller et venir des personnes âgées est une forme de maltraitance. La sécurité du résident justifie qu'il puisse y être porté atteinte, ce n'est pas sans condition. Les pressions subies par les professionnels et les gestionnaires d'EHPAD (contraintes financières, exigence de qualité et de sécurité, enjeu de responsabilité, image à préserver...) peuvent prêter à penser que les pratiques attentatoires sont indispensables pour protéger l'intégrité physique des aînés. Cette idée fait nécessairement pencher la balance vers la violation de la liberté fondamentale et, *de facto*, conduit à adopter un comportement maltraitant. La résignation n'est pas une solution. Parallèlement à la dénonciation des maltraitances institutionnelles, le concept de bientraitance a fait son entrée sur la scène des politiques publiques. La HAS, dont la mission est de diffuser les recommandations de bonnes pratiques professionnelles sur le territoire national, est un acteur incontournable du déploiement de la bientraitance. « *La bientraitance est une démarche globale dans la prise en charge du patient, de l'usager et de l'accueil de l'entourage visant à promouvoir le respect des droits et libertés du patient, de l'usager, son écoute et ses besoins, tout en prévenant la maltraitance. Cette démarche globale met en exergue le rôle et les interactions entre différents acteurs que sont le professionnel, l'institution, l'entourage et le patient, l'usager. Elle nécessite un questionnement tant individuel que collectif de la part des acteurs* »<sup>380</sup>. La lutte contre la maltraitance va en conséquent de pair avec la promotion de la bientraitance. La démarche duale doit être engagée au sein de chaque structure accueillant des personnes âgées dépendantes au regard des besoins de l'établissement, de ses agents, des personnes qu'il accueille... Pour parvenir à concilier la liberté d'aller et venir d'une part, et la sécurité des résidents d'autre part, l'EHPAD doit s'approprier les outils intra établissement existants afin de favoriser, à terme, une véritable politique de bientraitance (titre 1). Les ESSMS ont également connu une évolution importante et rapide du droit auquel ils sont soumis. Les pouvoirs publics ont en effet multiplié la création de nouveaux instruments destinés à garantir et renforcer la qualité de l'offre médico-sociale. Aussi les dispositifs nationaux participent à favoriser la conciliation de ces droits et libertés (titre 2).

---

380HAS : [https://www.has-sante.fr/jcms/c\\_1313787/fr/bientraitance](https://www.has-sante.fr/jcms/c_1313787/fr/bientraitance) (consulté le 10 juillet 2019).

## **TITRE 1. LA CONCILIATION FAVORISÉE PAR DES OUTILS INTRA ÉTABLISSEMENT**

Parmi les grandes législations médico-sociales des dernières années, les lois du 2 janvier 2002<sup>381</sup> et du 28 décembre 2015<sup>382</sup> sont incontournables. La première s'inscrit dans un contexte politique de prévention et de lutte contre les mauvais traitements en posant noir sur blanc les droits individuels garantis à tout usager<sup>383</sup>. La seconde poursuit la consécration des droits puisqu'elle inscrit expressément la liberté d'aller et venir dans le CASF<sup>384</sup>. L'affirmation des droits a été accompagnée de la création d'instruments obligatoires destinés à en garantir le respect (chapitre 1). Néanmoins l'évolution des pratiques nécessite que le changement s'opère aussi au plus près des acteurs, c'est-à-dire dans les EHPAD<sup>385</sup>. Les actions préventives doivent être accentuées en ce sens qu'elles constituent un gage de la primauté de la liberté d'aller et venir (chapitre 2).

### ***Chapitre 1) La nécessité de s'approprier les instruments de la loi du 2 janvier 2002***

Pour garantir l'effectivité de la liberté d'aller et venir, le législateur a mis en place plusieurs types de documents obligatoires. Pour parvenir à concilier deux droits qu'apparemment tout oppose, les EHPAD doivent s'approprier ces documents au vu de leur propre situation et de celle des personnes qu'ils hébergent. Une partie des outils prévus permet de promouvoir des restrictions collectives de la liberté qui soient, en principe, exceptionnelles (section 1). L'autre partie des outils créée tend quant à elle à promouvoir des restrictions individuelles adaptées et proportionnées à la personne (section 2). Ainsi tant les entraves collectives qu'individuelles doivent être fondées sur une réflexion préalable.

---

381Loi n°2002-2 du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale, *op.cit.*

382Loi n°2015-1776 du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement, *op.cit.*

383Lhuillier (J.-M.), *Le droit des usagers dans les ESSMS*, *op.cit.*, p.73.

384Article L.311-3 du CASF 1°.

385Lhuillier (J.-M.), *Le droit des usagers dans les ESSMS*, *op.cit.*, p.11.

## Section 1/Les outils promouvant des restrictions collectives exceptionnelles

L'article L.311-4 du CASF dispose que « afin de garantir l'exercice effectif des droits mentionnés à l'article L.311-3 et notamment de prévenir tout risque de maltraitance, lors de son accueil dans un établissement ou dans un service social ou médico-social, il est remis à la personne ou à son représentant légal un livret d'accueil auquel sont annexés : a) Une charte des droits et libertés de la personne accueillie [...], b) Le règlement de fonctionnement ». Le texte précise également que la charte des droits et libertés est soumise à un régime d'affichage obligatoire dans les locaux de la structure. Prévenir la maltraitance suppose d'établir au préalable un projet d'établissement qui soit le fruit d'une réflexion tournée vers le respect de la liberté d'aller et venir (§ 1). Le livret d'accueil et le règlement de fonctionnement, dans lequel figure les contraintes générales, peuvent dans les mêmes conditions participer à la réaffirmation des droits des résidents (§ 2).

### **§ 1. Le projet d'établissement**

Le projet d'établissement est la ligne directrice de l'organisation et du fonctionnement de l'EHPAD. A partir de ce projet la personne âgée doit pouvoir identifier les engagements, les objectifs et les valeurs portés par l'établissement, et choisir ainsi l'EHPAD qui apparaît le mieux correspondre à ses besoins. La définition du projet d'établissement (A) permet en outre de s'engager dans une démarche d'évolution des pratiques, respectueuse de la liberté (B).

#### *A) La définition du projet d'établissement*

Le projet d'établissement descend du projet institutionnel initié par la réforme de 1999<sup>386</sup>. L'ancien projet institutionnel avait la particularité de présenter distinctement le projet de vie et le projet de soin, que les auteurs ont pris l'habitude de détailler de la même manière<sup>387</sup>. L'enjeu se dévoile déjà ici. Sans trop s'inspirer du modèle sanitaire<sup>388</sup>, le projet

---

386Arrêté du 26 avril 1999 fixant le contenu du cahier des charges de la convention pluriannuelle, *op.cit.*

387Brami (G.), *Le nouveau fonctionnement des EHPAD. Droit et pratiques institutionnels en gérontologie*, Bordeaux, *Les Études hospitalières*, 2009, p.190.

388La loi n°91-748 du 31 juillet 1991 portant réforme hospitalière, *J.O.* du 2 août 1991, p.10255, impose aux hôpitaux de produire un panel de projets, dont fait partie le projet d'établissement, qui oblige les établissements à revoir l'ensemble de leur organisation, Vanecloo (P.), *L'écriture du projets dans les hôpitaux : loi du 31 juillet 1991, Études de communication*, supplément 1993, p.1, mis en ligne le 31 déc. 2011.

institutionnel ne doit pas être uniquement centré sur le projet de soin au risque d'effacer le projet de vie. Par ailleurs la distinction n'a pas toujours lieu d'être. L'état de santé et le mode de vie de la personne peuvent influencer l'un sur l'autre comme le montre Gérard Brami à propos des entraves à la liberté de mouvement d'une personne présentant un risque de chutes<sup>389</sup>.

Sans bouleverser véritablement le contenu du projet institutionnel, l'article L.311-8 du CASF évoque désormais la notion de projet d'établissement. Le texte prévoit que « pour chaque établissement ou service social ou médico-social, il est élaboré un projet d'établissement ou de service, qui définit ses objectifs, notamment en matière de coordination, de coopération et d'évaluation des activités et de la qualité des prestations, ainsi que ses modalités d'organisation et de fonctionnement. Le cas échéant, ce projet identifie les services de l'établissement ou du service social ou médico-social au sein desquels sont dispensés des soins palliatifs [...]. Ce projet est établi pour une durée maximale de cinq ans après consultation du conseil de la vie sociale ou, le cas échéant, après mise en œuvre d'une autre forme de participation. Un arrêté des ministres chargés de la santé et des affaires sociales fixe la liste des catégories d'établissements et services médico-sociaux devant intégrer dans leur projet d'établissement un plan détaillant les mesures à mettre en œuvre en cas d'événement entraînant une perturbation de l'organisation des soins, notamment de situation sanitaire exceptionnelle ».

Le projet se présente de la manière suivante :

- « 1. Présentation de l'établissement : a) L'autorisation de fonctionner - b) Le plateau technique - c) Les complémentarités et coopérations
- 2. Objectifs de l'établissement : a) Le respect du patient hospitalisé (projet médical, projet de soins) / Le respect de la personne accueillie - b) La démarche qualité (sécurité de la prestation) - c) L'évaluation de la prise en charge – d) Fonctions et valorisation des personnels (projet social, projet de gestion)
- 3. Moyens de l'établissement : a) Les investissements - b) Le fonctionnement »<sup>390</sup>.

---

389Brami (G.), *Le nouveau fonctionnement des EHPAD. Droit et pratiques institutionnels en gérontologie*, *op.cit.*, p.191.

390Banq (M.-E.), *Le projet d'établissement*, *RDS*, n°2, 2004, p.169.

En somme le document doit faire apparaître les actions réalisées ou à mettre en œuvre et sous l'égide de quels objectifs ; les prestations qu'il entend offrir aux résidents ; l'organisation managériale ; et les ressources de l'EHPAD pour atteindre ses objectifs « afin de répondre au mieux aux sollicitations internes et externes »<sup>391</sup>. Dans ce cadre certaines mesures peuvent intégrer le projet de vie ou le projet de soin. Le premier porte essentiellement sur des objectifs de respect des droits, de sécurité, de bien-être, d'autonomie... Le second concerne notamment la question de l'organisation des soins et sa conciliation avec le respect du résident. Par exemple, il peut s'agir d'engager une démarche de réflexion éthique par la mise en œuvre d'un plan d'actions (formation du personnel...). D'autres types de projets peuvent également intégrer le projet d'établissement (projet architectural, projet qualité et gestion des risques, projet d'animation...) et doivent alors être articulés.

La multiplication des projets génère néanmoins de la « confusion »<sup>392</sup>. De plus le projet d'établissement est confronté à de nouveaux risques institutionnels<sup>393</sup> liés au contexte actuel de dépendance croissante de la population âgée, de nouvelles organisations, de nouvelles contraintes administratives et financières...<sup>394</sup>

### *B) Le projet d'établissement : vecteur d'évolution des pratiques*

Le secteur médico-social connaît plusieurs décennies des changements réguliers. L'EHPAD ne peut accompagner ces évolutions sans s'appuyer sur une élaboration collective et réfléchie du projet d'établissement. Il n'existe pas de projet type qui s'appliquerait identiquement à toutes les structures médico-sociales. Chaque situation est différente et implique un projet d'établissement différent : « projeter, c'est anticiper, le projet est une entreprise de transformation de notre environnement, il doit avoir une finalité..., il constitue le support d'une recherche de sens pour l'institution. Il s'inscrit là dans un processus d'identification de l'établissement »<sup>395</sup>.

---

391 *Ibid.*

392 Argoud (D.), Du projet de vie aux projets d'animation, *Gérontologie et société*, vol.24, n°96, 2001/1, p.126.

393 Brami (G.), *Le nouveau fonctionnement des EHPAD. Droit et pratiques institutionnels en gérontologie*, *op.cit.*, p.192.

394 Pages (J.), Violla (F.), Projet d'établissement et recherche de sens, *RDS*, n°31, 2009, pp.442-446.

395 *Ibid.*

Pour répondre à ses besoins propres le gestionnaire a tout intérêt à élaborer le projet en collaboration avec ses agents ainsi qu'avec les personnes accueillies. « *Les projets doivent donc être adaptés à la nature, à la géographie, à l'histoire et à l'identité de chaque institution. Ils doivent faire ressortir également un certain nombre de choix émanant de nos résidents eux-mêmes* »<sup>396</sup>. La participation du personnel (médecin coordonnateur, infirmiers, animateurs...) à l'élaboration du projet est essentielle pour que sa mise œuvre soit effective<sup>397</sup>. Elle est d'ailleurs une source de motivation pour les agents qui ne doit pas être négligée au regard des problématiques que connaissent les EHPAD en termes de recrutement et de fidélisation du personnel.

La protection de la liberté d'aller et venir impose que l'établissement inscrive dans le projet un plan d'actions concret visant à promouvoir son exercice et favoriser ainsi l'autonomie des personnes âgées<sup>398</sup>. Il peut s'agir par exemple d'organiser des sorties collectives hors de la structure avec le personnel. *En outre « le "projet d'établissement - projet d'entreprise" représente un engagement tant vis-à-vis du patient ou de l'utilisateur auquel il rend service, que des pouvoirs publics qui le chargent d'une mission »*<sup>399</sup>.

Dès la réforme de la loi de 1975, un député soulignait les intérêts que présentent le projet d'établissement si la structure parvient à se l'approprier entièrement : « le projet d'établissement doit, premièrement, s'articuler avec tous les documents concourant à placer l'utilisateur au cœur du dispositif (charte des droits et libertés, règlement intérieur, contrat de séjour...); deuxièmement, s'appuyer sur l'idée d'une meilleure autonomie des personnes accueillies; et, enfin, être capable de prévenir toutes les formes d'exclusion et de maltraitance »<sup>400</sup>.

---

396Brami (G.), *Le projet institutionnel des établissements d'hébergement pour personnes âgées*, Paris, Berger-Levrault, novembre 2000, p.15.

397Banq (M.-E.), *Le projet d'établissement*, RDS, n°2, 2004, p.169.

398FHF, *Liberté d'aller et venir dans les établissements sanitaires et médico-sociaux...*, *op.cit.*, p.22.

399Pages (J.), Violla (F.), *Projet d'établissement et recherche de sens*, *op.cit.*, pp.442-446.

400Terrasse (P.), *Les attentes du législateur*, *Info public*, bulletin du groupe national des établissements et services publics sociaux, octobre 2001, p.7, in. Brami (G.), *Le nouveau fonctionnement des EHPAD. Droit et pratiques institutionnels en gérontologie*, Bordeaux, *op.cit.*, p.190.

## § 2. Le livret d'accueil et le règlement de fonctionnement

Lors de l'admission du résident dans l'EHPAD, un livret d'accueil (A) ainsi que le règlement de fonctionnement de la structure doivent lui être remis (B).

### *A) Le livret d'accueil*

Pour déterminer le contenu du livret d'accueil, les établissements médico-sociaux n'ont d'autre choix que de se référer aux textes relatifs au secteur hospitalier. En effet le livret d'accueil a été créé par un arrêté de 1997<sup>401</sup> et il n'existe pas en la matière de base similaire propre aux ESSMS.

Si les EHPAD sont libres de présenter le livret comme ils le souhaitent, certains éléments fixés par l'arrêté doivent impérativement figurer dans le document. Outre la présentation de l'établissement, l'article 2 de l'arrêté prévoit que le livret doit comporter des indications sur :

- la situation géographique de l'établissement et les moyens d'accès ;
- le nom du directeur ;
- l'organisation générale de l'établissement ;
- les différentes catégories professionnelles permettant au résident de les identifier (directeur, secrétaire, infirmier, aide soignant...) ;
- les principales formalités administratives relatives au règlement des frais d'hébergement ;
- les droits et obligations du résident, les principales règles à observer dans la vie interne de l'établissement, les principales consignes de sécurité notamment l'interdiction de fumer dans les chambres et les locaux non prévus à cet effet, l'obligation pour le résident et son entourage de respecter les règles d'hygiène ;
- les prestations hôtelières et les différents éléments de confort et services proposés ;
- les principales règles relatives à la protection juridique des majeurs protégés.

D'autres éléments peuvent y figurer. L'objectif est que le résident soit le mieux informé possible sur la vie de l'établissement et sur les implications de son entrée. Par exemple peut

---

<sup>401</sup>Arrêté du 7 janvier 1997 relatif au contenu du livret d'accueil des établissements de santé, *J.O.* du 11 janv. 1997, p.496.

apparaître dans le livret d'accueil les transports en commun permettant d'accéder à l'établissement. Du point de vue de la liberté d'aller et venir, cette information donne au résident un indice du degré de liberté dont il pourra jouir. « *L'objectif de ce livret est clairement affiché : il est un des éléments de la prévention de la maltraitance en rappelant d'emblée à la personne quels sont ses droits* »<sup>402</sup>. Les bonnes pratiques incitent également à ce que le livret soit remis par le directeur en personne<sup>403</sup>. Au-delà de la simple information, c'est l'aspect personnalisé de l'accueil qui est visé.

La structure doit donc adapter le contenu selon son organisation générale, son implantation, et la nature de ses services<sup>404</sup>. Le fonctionnement d'un hôpital n'est en effet pas le même que celui d'un EHPAD.

Selon Gérard Brami, le passage du caractère facultatif à obligatoire du livret d'accueil illustre la volonté de rendre les droits effectifs. Cette remarque s'applique également au règlement de fonctionnement.

### *B) Le règlement de fonctionnement*

Depuis la loi du 2 janvier 2002 l'ensemble des ESSMS ont l'obligation d'établir un règlement de fonctionnement qui sera remis à chaque résident lors de son entrée. L'article L.311-4 du CASF, créé par la susdite loi, dispose en effet que « dans chaque établissement et service social ou médico-social, il est élaboré un règlement de fonctionnement qui définit les droits de la personne accueillie et les obligations et devoirs nécessaires au respect des règles de vie collective au sein de l'établissement ou du service. Le règlement de fonctionnement est établi après consultation du conseil de la vie sociale ou, le cas échéant, après mise en œuvre d'une autre forme de participation ». La procédure d'élaboration et le contenu obligatoire du document sont régis par le décret de 2003<sup>405</sup>.

---

402 Circulaire DGAS/1A n°2006-324 du 20 juillet 2006 relative à la mise en œuvre de contrats d'objectifs et de moyens dans les centres d'hébergement et de réinsertion sociale (CHRS).

403 Circulaire DH/AF 1 n°97-29 du 17 janvier 1997 relative à la mise en œuvre de l'arrêté du 7 janvier 1997 relatif au contenu du livret d'accueil des établissements de santé, *op.cit.*

404 Article 1er de l'arrêté du 7 janvier 1997 relatif au contenu du livret d'accueil des établissements de santé, *op.cit.*

405 Décret n°2003-1095 du 14 novembre 2003 relatif au règlement de fonctionnement institué par l'article L.311-7 du code de l'action sociale et des familles, *J.O.* du 21 nov. 2003, p.19760.

Tout comme le livret d'accueil, l'élaboration d'un règlement de fonctionnement - anciennement nommé règlement intérieur - fut pendant longtemps une simple option pour les structures médico-sociales. Aussi les établissements étaient libres de choisir de ne pas le conceptualiser. Jusqu'au début du XXe siècle, la majeure partie des maisons de retraites ne répondaient donc de leur organisation et de leur fonctionnement qu'à leur autorité de contrôle. Les résidents, premiers concernés par la vie de la structure, étaient les grands oubliés des instances et institutions médico-sociales. En l'absence de règlement de fonctionnement, les personnes âgées n'étaient ni informées de tout ce qui attrait à l'activité de leur nouveau lieu de vie, ni de la qualité et de la sécurité des prestations. Gérard Brami constate en ce sens que « *les rapports, dans le double sens du terme, tant au niveau relationnel qu'au niveau de la rédaction documentaire, étaient orientés au niveau vertical, et non horizontal* »<sup>406</sup>.

Par ailleurs lorsqu'un règlement avait été conçu, beaucoup de résidents se voyaient lésés dans leurs droits par le document sans même en avoir conscience « cette commission [...] avait préalablement procédé à l'analyse d'un échantillon de 200 règlements intérieurs d'établissements recevant des personnes âgées. Aux dires de celle-ci, 4/5 des règlements examinés ne sont pas satisfaisants, et pour un 1/5 d'entre eux, franchement inacceptables, car ils contiennent des dispositions archaïques, apportant des restrictions sérieuses à la liberté des pensionnaires »<sup>407</sup>. Dorénavant bien que des restrictions collectives puissent être apportées par le biais du règlement, elles ne doivent pas contraindre outre mesure la liberté d'aller et venir. Pour appuyer sur cette liberté, la conférence 2004 préconise de l'affirmer au commencement du règlement, avant d'en exposer les limites. Pour s'assurer qu'il n'y ait pas d'atteinte excessive à la liberté, le règlement de fonctionnement est soumis à l'approbation du conseil d'administration de l'établissement<sup>408</sup>. Dans certains EHPAD le respect des droits dans le règlement nécessiterait encore une amélioration<sup>409</sup>.

---

406Brami (G.), *Le nouveau fonctionnement des EHPAD. Droit et pratiques institutionnels en gérontologie, Bordeaux, op.cit.*, p.237.

407Union hospitalière de la région île-de-France, Les droits de l'usager en maison de retraite, proposition de livret d'accueil type, congrès de Palaiseau, 25 avril 1986, in. Brami (G.), *Le nouveau fonctionnement des EHPAD. Droit et pratiques institutionnels en gérontologie, Bordeaux, op.cit.*, p.237.

408Article L.315-12 du CASF.

409Brami (G.), *Le nouveau fonctionnement des EHPAD. Droit et pratiques institutionnels en gérontologie, Bordeaux, op.cit.*, p.246.

L'obligation de mettre en place des documents formalisés clairs et de les remettre systématiquement au résident est une preuve de la volonté de rendre les droits effectifs. En la matière la sécurité tient également une place prépondérante. Aussi la conciliation effective de l'une et l'autre - liberté d'aller et venir et sécurité - commande de s'approprier les outils permettant de promouvoir des restrictions individuelles adaptées et proportionnées.

## Section 2/ Les outils promouvant des restrictions individuelles adaptées et proportionnées

Restreindre systématiquement les déplacements des résidents n'est en rien acceptable. La protection de leur intégrité physique justifie que l'EHPAD y apporte des limites mais celles-ci doivent être fondées sur une attitude préventive. La préservation des droits et libertés trouve sa réponse dans la personnalisation de l'accompagnement du résident (§ 1), mais aussi plus globalement dans la garantie de pouvoir faire valoir ses droits (§ 2).

### **§ 1. La personnalisation de l'accompagnement**

Le mouvement contractuel semble s'être développé dans l'ensemble des secteurs de la société. Face à la violation des droits des personnes âgées en institution, constat amplement dénoncé par les supports médiatiques, le législateur s'est emparé de la question. Les pouvoirs publics se sont attachés à proposer des outils pour faciliter la décision du directeur quant à contraindre ou non la liberté (A), et pour préserver l'autonomie de la personne grâce au projet d'accompagnement individualisé (B).

#### *A) Le contrat de séjour et son annexe : une avancée contrastée*

Dans un premier temps la loi de 2002<sup>410</sup> crée le contrat de séjour (1). La loi ASV<sup>411</sup> poursuit la reconnaissance des droits des usagers en consacrant d'une part la liberté d'aller et venir, et en formalisant d'autre part les restrictions par la création d'une annexe au contrat de séjour (2), née du décret du 15 décembre 2016<sup>412</sup>.

---

410Loi n°2002-2 du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale, *op.cit.*

411Loi n°2015-1776 du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement, *op.cit.*

412Décret n°2016-1743 du 15 décembre 2016 relatif à l'annexe au contrat de séjour dans les établissements d'hébergement sociaux et médico-sociaux pour personnes âgées, *J.O.* du 17 déc. 2016, texte n°18.

## 1. Le contrat de séjour

L'article L.311-4 du CASF prévoit que le contrat de séjour est élaboré avec la participation de la personne accueillie. Il « définit les objectifs et la nature de la prise en charge ou de l'accompagnement dans le respect des principes déontologiques et éthiques, des recommandations de bonnes pratiques professionnelles et du projet d'établissement ou de service. Il détaille la liste et la nature des prestations offertes ainsi que leur coût prévisionnel ».

Le texte se révèle néanmoins insuffisant tant il introduit de l'ambiguïté en la matière. Pour commencer lors de l'entretien de la signature du contrat, il est prévu que le directeur élabore le document avec la participation du résident, puis recherche son consentement. Ce choix de terminologie s'expliquerait par la volonté du législateur de faire peser sur les EHPAD une obligation de moyens quant à obtenir l'accord de la personne âgée<sup>413</sup>. Alors que la conférence 2004 insiste sur la nécessité de faire participer le résident aux décisions qui le concernent, le texte renforce ici l'image d'une personne âgée incapable de comprendre les raisons de son accueil.

L'article L.311-4 du CASF prévoit ensuite que le futur résident peut choisir d'être accompagné par sa personne de confiance. Encore faut-il que les personnes âgées aient connaissance de ce droit légal<sup>414</sup> et, si ce n'est pas le cas, que les EHPAD eux-mêmes leur rappellent l'existence de ce droit. En effet selon les données de l'Observatoire national de la fin de vie, seuls 36% des résidents ont désigné une personne de confiance, et les EHPAD abordent la question de manière très hétérogène<sup>415</sup>.

L'article L.311-4 du CASF ajoute enfin que le médecin coordonnateur peut participer à l'entretien. Cette disposition a été ajoutée par la loi ASV en vue « d'assurer une meilleure prise en compte des droits de la personne accueillie et de ne pas faire peser sur le seul directeur de l'établissement la responsabilité de s'assurer du consentement »<sup>416</sup>.

---

413 Mary (L.), L'annexe « sécurité » au contrat de séjour dans les établissements d'hébergement sociaux et médico-sociaux pour personnes âgées : un étrangeté juridique, *RDSS*, n°6, 29 déc. 2017, p.1111.

414 Article L.311-5-1 du CASF.

415 ONFV, *Fin de vie des personnes âgées, 7 parcours ordinaires pour mieux comprendre les enjeux de la fin de vie en France*, *op.cit.*, p.24.

416 Roche (G.), Labazée (G.), *rapport n°322*, Sénat, session ordinaire de 2014-2015, p.38.

## 2. L'annexe au contrat de séjour

L'importance de l'annexe au contrat de séjour (annexe n°7) nécessite de reprendre *in extenso* l'article la consacrant : « lorsqu'il est conclu dans un des établissements d'hébergement relevant du 6° du I de l'article L.321-1, y compris ceux énumérés à l'article L.342-1, le contrat de séjour peut comporter une annexe, dont le contenu et les modalités d'élaboration sont prévus par décret, qui définit les mesures particulières à prendre, autres que celles définies au règlement de fonctionnement, pour assurer l'intégrité physique et la sécurité de la personne et pour soutenir l'exercice de sa liberté d'aller et venir. Ces mesures ne sont prévues que dans l'intérêt des personnes accueillies, si elles s'avèrent strictement nécessaires, et ne doivent pas être disproportionnées par rapport aux risques encourus. Elles sont définies après examen du résident et au terme d'une procédure collégiale mise en œuvre à l'initiative du médecin coordonnateur de l'établissement ou, en cas d'empêchement du médecin coordonnateur, du médecin traitant. Cette procédure associe l'ensemble des représentants de l'équipe médico-sociale de l'établissement afin de réaliser une évaluation pluridisciplinaire des bénéfices et des risques des mesures envisagées. « Le contenu de l'annexe peut être révisé à tout moment, selon la même procédure, à l'initiative du résident, du directeur de l'établissement ou du médecin coordonnateur ou, à défaut de médecin coordonnateur, du médecin traitant, ou sur proposition de la personne de confiance désignée en application de l'article L.311-5-1 ». La procédure est régie par l'article R.311-0-7 qui détaille les étapes du projet d'annexe et de son adoption.

Le CASF prévoit que les mesures ayant pour effet de restreindre la liberté de circulation et figurant dans l'annexe au contrat de séjour peuvent être révisées à tout moment à la demande du résident, du directeur de l'établissement ou du médecin coordonnateur, ou sur proposition de la personne de confiance désignée<sup>417</sup>. A nouveau, *quid* si la personne n'a pas désigné de personne de confiance ? Un membre de la famille ou un proche avec lequel le résident entretient des liens étroits et stables ne peut-il pas légitimement être à l'initiative d'une demande de révision ? Le CASF prévoit que les restrictions individuelles inscrites dans l'annexe peuvent être réévaluées tous les six mois au moins<sup>418</sup>. Une telle durée paraît bien loin des recommandations de la conférence de consensus.

---

417Article L.311-4-1 1° du CASF.

418Article R.311-0-9 du CASF.

La nature juridique contractuelle liant l'EHPAD au résident apparaît se transformer en une relation de pouvoir unilatéral au profit du directeur du fait de la nouvelle annexe sécurité<sup>419</sup>. Cette remarque s'illustre à la lecture de l'article R.311-0-8 du CASF, lequel dispose que « en cas de force majeure et dans l'attente de l'aboutissement de la procédure mentionnée à l'article R.311-0-7, ou d'impossibilité manifeste pour le résident de signer l'annexe au contrat de séjour mentionnée à l'article L.311-4-1, le médecin coordonnateur et le directeur d'établissement ou son représentant, prennent provisoirement les mesures strictement nécessaires pour mettre fin au danger que le résident fait courir à lui-même par son propre comportement du fait des conséquences des troubles qui l'affectent [...]. Ces mesures provisoires sont inscrites dans l'annexe au contrat de séjour et peuvent être révisées à tout moment ». La contrainte est donc sans le consentement du concerné et en dehors de la procédure prévue par l'article R.311-0-7. Ce texte pose non seulement question quant au respect des droits fondamentaux de la personne âgée, mais aussi quant à l'appréciation subjective de ces étapes dérogatoires qui relèvent du pouvoir du chef de l'établissement (quand l'impossibilité manifeste est-elle caractérisée ? Quelle durée maximale une mesure provisoire peut-elle atteindre ?<sup>420</sup>).

Aussi la création de l'annexe peut laisser perplexe. Favorise-t-elle la liberté d'aller et venir ou s'agit-il de justifier des pratiques dérangeantes au nom de la sécurité ?<sup>421</sup>. Certains auteurs soulignent qu'en l'absence d'instance indépendante habilitée à contrôler les motifs de la contrainte, le risque d'abus est inévitable<sup>422</sup>.

### B) *Le projet d'accompagnement personnalisé*

Les résidents d'un établissement n'ont pas le même état de santé, les mêmes histoires de vie, les mêmes personnalités ni les mêmes attentes. Aussi la réponse à leurs besoins ne peut être la même. Les actions mises en œuvre pour favoriser leur liberté d'aller et venir doivent donc s'appuyer sur les spécificités de leur situation.

Institué en 2007<sup>423</sup>, le projet personnalisé est un outil formalisé qui permet de définir les

---

419 Mary (L.), L'annexe « sécurité » au contrat de séjour... art.cit., p.1111.

420 *Ibid.*

421 Raffy (L.), *La conciliation entre liberté d'aller et venir et sécurité en EHPAD*, op.cit., p.41.

422 Rebourg (M.), Admission en établissement et contrat de séjour : un droit perfectible, *Gérontologie et société*, vol.38, n°150, 2016/2, p.184.

423 Décret n°2007-975 du 15 mai 2007 fixant le contenu du cahier des charges pour l'évaluation des activités et de la qualité des prestations des établissements et services médico-sociaux, *J.O.* du 16 mai 2007, p.9373.

besoins de la personne âgée, ses difficultés, les actions à mettre en œuvre pour qu'elle puisse continuer à entretenir des activités et des liens avec le monde qui l'entoure. En somme, le projet doit permettre à la personne de continuer à vivre<sup>424</sup>. Le contrat de séjour doit s'articuler avec l'élaboration du projet personnalisé. L'un ne dispense pas l'autre. En effet le fil conducteur entre les deux documents est constitué par un avenant au contrat qui précise, dans le délai de six mois au plus, les objectifs et les prestations adaptés à la personne qui devront ensuite être réévalués chaque année<sup>425</sup>.

Selon la conférence de consensus le projet est l'un des supports permettant de favoriser l'exercice de la liberté d'aller et venir. Elle préconise en ce sens de « définir dans le projet individuel l'adaptation des conditions d'exercice de la liberté d'aller et venir aux besoins et attentes de la personne, à ses capacités et aux possibilités de compensation de ses déficits, notamment par un programme d'actions de soutien individuel et collectif », ainsi que de « réévaluer systématiquement la situation de la personne lors de tout changement de l'état de santé ou de souhait de changement exprimé par celle-ci, cette réévaluation pouvant conduire à une redéfinition de son projet individuel »<sup>426</sup>.

Le projet n'a de sens que si la personne participe à son élaboration. Aussi il doit s'appuyer sur une co-construction dynamique du résident, de la direction de l'EHPAD, des professionnels intervenants et, le cas échéant, de son représentant légal préalablement à son entrée dans la structure. L'animateur joue également un rôle primordial car au travers des activités proposées il participe aux objectifs de maintien de l'autonomie et de lien social du résident « en lui donnant une image positive de soi »<sup>427</sup>. Le jury de la conférence recommande également que l'entourage de la personne âgée soit invité à participer à l'élaboration du projet.

L'enquête réalisée par l'ANESM révèle cependant que tous les EHPAD n'ont pas mis en place de projet personnalisé. En effet bien que 84% des EHPAD l'aient élaboré<sup>428</sup>, seuls 34% d'entre eux procèdent à une réévaluation des objectifs et prestations lorsque l'état de santé du

---

424Lefrançois (P.), Le projet de vie personnalisé, *Géroscopec*, n°56, mai 2015 : <https://www.geroscopie.fr/print.asp?6797497DB26FB0> (consulté le 13 juillet 2019).

425Article D.311 du CASF.

426FHF, *Liberté d'aller et venir dans les établissements sanitaires et médico-sociaux...*, *op.cit.*, p.22.

427Vercauteren (R.), Hervy (B.), *L'animation dans les établissements pour personnes âgées*, Paris, ERES, coll. Pratiques gérontologiques, 1ère édition, 2002, p.54.

428ANESM, *Bientraitance des personnes accueillies en établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes*, Enquête 2015, Analyse des résultats nationaux, p.14.

concerné a changé<sup>429</sup>. Dans la majorité des cas le projet a bien été co-construit, mais 16% des structures l'ont élaboré sans la participation du résident et de son entourage<sup>430</sup>. Aussi il est à craindre que « le projet de vie ne devienne qu'un recueil de valeurs où la notion de respect est mise en exergue de manière répétitive. Il doit pouvoir se concrétiser quotidiennement »<sup>431</sup>.

## § 2. La garantie de pouvoir faire valoir ses droits

Entre les entrées non consenties et les entrées par défaut (c'est-à-dire en l'absence d'autre choix de structure) la personne âgée peut se sentir en position d'infériorité dès le début de son séjour. En 2002<sup>432</sup>, la loi Kouchner s'est employée à redonner la parole aux malades par l'introduction de représentants des usagers au sein des grandes instances hospitalières. Émerge ainsi la notion de démocratie sanitaire, « démarche qui vise à associer l'ensemble des acteurs du système de santé dans l'élaboration et la mise en œuvre de la politique de santé, dans un esprit de dialogue et de concertation »<sup>433</sup>. La volonté de renforcer la participation des usagers touche pareillement le secteur médico-social. Dans les EHPAD, cela se traduit par l'instauration du conseil de la vie sociale (A) où les résidents peuvent contribuer à la recherche d'un équilibre entre liberté et sécurité. Cette instance se penche donc principalement sur l'aspect collectif des contraintes. Lorsqu'elles sont individuelles, le législateur a prévu qu'en cas de conflit la personne âgée puisse recourir à une personne qualifiée (B).

### A) Le conseil de la vie sociale

Le législateur de 2002<sup>434</sup> substitue aux anciens conseils d'établissement le conseil de la vie sociale (CVS). Les règles de fonctionnement du CVS n'ont été précisées qu'en 2004<sup>435</sup> pour des questions de recherche d'équilibre entre expression des usagers et souplesse des modalités de la nouvelle instance afin de ne pas aboutir à une procédure trop contraignante<sup>436</sup>.

---

429ANESM, *Bientraitance des personnes accueillies en établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes*, *op.cit.*, p.15.

430Ibid.

431Piton (M.-A.), *Quel accompagnement personnalisé dans les maisons de retraite aujourd'hui ? L'exemple de la maison de retraite de Maulevrier*, Mémoire de l'ENSP, p.20.

432Loi n°2002-203 du 4 mars 2002, *op.cit.*

433Arveiller (J.-P.), Tizon (P.), *Démocratie sanitaire, qu'est-ce à dire ?*, *Pratiques en santé mentale*, vol.62ème année, n°2, 2016, p.2.

434Loi n°2002-2 du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale, *op.cit.*

435Décret n°2004-287 du 25 mars 2004 relatif au conseil de la vie sociale et aux autres formes de participation institués à l'article L.311-6 du code de l'action sociale et des familles, *J.O.* du 27 mars 2004, p.5909.

436Mourgues (A.), *La mise en place du conseil de la vie sociale*, *RDS*, n°2, 2004, pp.160-161.

En 2005<sup>437</sup> les dispositions relatives au CVS sont à nouveau modifiées par décret qui rend obligatoire la participation des représentants de famille.

L'article L.311-6 du CASF prévoit désormais que « afin d'associer les personnes bénéficiaires des prestations au fonctionnement de l'établissement ou du service, il est institué soit un conseil de la vie sociale, soit d'autres formes de participation ».

L'instance est composée a minima de deux représentants des personnes accueillies ; des représentants des familles ; un représentant du personnel ; et un représentant de l'organisme gestionnaire<sup>438</sup>. Le code précise que le directeur ne siège qu'avec voix consultative<sup>439</sup>. Le CVS se réunit au moins trois fois par an, ou de plein droit à la demande soit des deux tiers de ses membres soit du gestionnaire<sup>440</sup>. Par ailleurs les délibérations du conseil ne sont valables que si le nombre des représentants des usagers et des familles est supérieur à la moitié des membres présents<sup>441</sup>.

Si les compétences du CVS sont proches de celles reconnues aux anciens conseils d'établissement<sup>442</sup>, « son positionnement institutionnel est plus marqué »<sup>443</sup>. Sa consultation est en effet obligatoire sur certains sujets intéressant le fonctionnement de l'EHPAD, notamment l'élaboration et la modification du règlement de fonctionnement<sup>444</sup> ainsi que du projet d'établissement<sup>445</sup>. En somme « le conseil donne son avis et peut faire des propositions sur toute question intéressant le fonctionnement de l'établissement ou du service notamment sur l'organisation intérieure et la vie quotidienne, les activités, l'animation socio-culturelle et les services thérapeutiques, les projets de travaux et d'équipements, la nature et le prix des services rendus, l'affectation des locaux collectifs, l'entretien des locaux [...] »<sup>446</sup>. Aussi les points tels que la sécurité et la liberté peuvent être abordés. La recherche collective d'un

---

437Décret n°2005-1367 du 2 novembre 2005 portant modifications de certaines dispositions du code de l'action sociale et des familles (partie réglementaire) relatives au conseil de la vie sociale et autres formes de participation institués à l'article L.311-6 du code de l'action sociale et des familles, *J.O.* du 4 novembre 2005, p.17365.

438Article D.311-5 du CASF.

439Article D.311-9 du CASF.

440Article D.311-16 du CASF.

441Article D.311-17 du CASF.

442Brami (G.), *Le nouveau fonctionnement des EHPAD. Droit et pratiques institutionnels en gérontologie*, *op.cit.*, p.153.

443Mourgues (A.), La mise en place du conseil de la vie sociale, *op.cit.*, pp.160-161.

444Article L.311-7 du CASF.

445Article L.311-8 du CASF.

446Article D.311-15 du CASF.

équilibre entre ces notions est un facteur de conciliation.

En pratique la participation des usagers est bien moins évidente ce qui affecte *de facto* le caractère représentatif des avis émis par le CVS. L'enquête réalisée par la Drees auprès des résidents révèle en effet que lorsqu'ils rencontrent une difficulté, les résidents ne s'adressent au CVS que dans 2% des cas<sup>447</sup>. 20% s'adressent à un membre de leur famille, et 60% à un agent de l'EHPAD<sup>448</sup>. L'une des principales raisons à l'origine de l'ineffectivité du CVS est liée au manque d'information des résidents. L'enquête remarque que si les résidents ont globalement connaissance des documents formalisés relatifs à leurs droits et obligations, seuls 12% des interrogés connaissent l'existence du CVS (annexe n°8)<sup>449</sup>. Parmi les autres freins identifiés, l'ANESM note également le turn-over des résidents ainsi que le manque de formation et de disponibilité<sup>450</sup>.

Selon Claude Mahout la création des conseils d'établissement a eu le mérite de contribuer à « l'humanisation des maisons de retraites »<sup>451</sup> par l'ouverture d'un lieu d'expression pour les résidents. Néanmoins la réussite apparaît relative car si les résidents sont représentés au sein de l'organe consultatif, « *il est rare qu'ils s'expriment réellement* »<sup>452</sup>.

### B) *La personne qualifiée*

Restreindre la liberté d'aller et venir doit faire l'objet d'une réflexion collective pour s'assurer du caractère nécessaire et adapté de la mesure. Le protocole fait donc intervenir de nombreux acteurs : chef de l'établissement, médecin coordonnateur, personnel soignant, famille et, en principe, le résident. Il n'est pas improbable que les points de vue divergent et créent des tensions. Certains soutiendront sans doute qu'au regard de la situation de la personne, la protection de son intégrité physique nécessite un dispositif contraignant fort. D'autres estimeront que la liberté, gage de l'autonomie, doit être favorisée par un dispositif

---

447Drees, La vie en établissement d'hébergement pour personnes âgées du point de vue des résidents..., art.cit., p.41.

448Ibid.

449Drees, La vie en établissement d'hébergement pour personnes âgées du point de vue des résidents..., art.cit., p.39.

450ANESM, *Qualité de vie en EHPAD*, volet 3, la vie sociale des résidents en EHPAD, Éléments de contexte, octobre 2011, p.33.

451Mahout (C.), Des conseils d'établissement aux conseils de la vie sociale, *Gérontologie et société*, vol.26, n°106, 2003/3, p.247.

452ANESM, *Qualité de vie en EHPAD*, volet 2..., *op.cit.*, p.57.

moins contraignant au risque qu'un accident survienne. Dans de telles hypothèses, la conférence de consensus préconise de recourir à des avis extérieurs.

La loi du 2 janvier 2002<sup>453</sup>, précisé par un décret de 2003<sup>454</sup>, a mis en place « les personnes qualifiées ». L'article L.311-5 dispose que « toute personne prise en charge par un établissement ou un service social ou médico-social ou son représentant légal peut faire appel, en vue de l'aider à faire valoir ses droits, à une personne qualifiée qu'elle choisit sur une liste établie conjointement par le représentant de l'État dans le département, le directeur général de l'agence régionale de santé et le président du conseil départemental. La personne qualifiée rend compte de ses interventions aux autorités chargées du contrôle des établissements ou services concernés, à l'intéressé ou à son représentant légal ». Il ne s'agit pas d'une procédure de médiation car la personne qualifiée n'a aucun pouvoir d'inspection<sup>455</sup>, mais plutôt de faire entendre la voix du résident<sup>456</sup>. Au terme de sa mission, la personne qualifiée informe le résident, ou son représentant légal, des démarches entreprises, des suites de sa demande et, le cas échéant, des solutions qu'elle peut lui proposer. L'autorité de contrôle de l'EHPAD en est également informée ainsi que l'autorité judiciaire si cela s'avère nécessaire. L'information du directeur de la structure n'est en revanche que facultative<sup>457</sup>.

La liste des personnes qualifiées figure, en principe, dans le livret d'accueil avec les modalités de saisine<sup>458</sup>. Toutefois l'outil révèle encore bien des limites. La remarque formulée précédemment à l'égard des CVS sur le manque d'information des résidents trouve de nouveau écho. Quand bien même la liste apparaît dans le livret d'accueil elle n'est pas systématiquement à jour<sup>459</sup>, et les personnes âgées ne connaissent pas toujours son utilité<sup>460</sup>. Par ailleurs la mission des personnes qualifiées reste relativement floue<sup>461</sup>, entretenant une certaine confusion avec les dispositifs de médiation.

---

453Loi n°2002-2 du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale, *op.cit.*

454Décret n°2003-1094 du 14 novembre 2003 relatif à la personne qualifiée mentionnée à l'article L.311-5 du code de l'action sociale et des familles, *J.O.* du 21 nov. 2003, p.19759.

455Foucault Giroux (L.), La liste des personnes qualifiées, un outil de la loi du 2 janvier 2002 véritablement utile ?, *Vie sociale*, vol.17, n°1, 2017, p.96.

456Cavalière (C.), La fonction de la personne qualifiée, *RGDM*, n°32, septembre 2009, p.97.

457Article R.311-1 du CASF.

458Circulaire DGAS/SD 5 n°2004-138 du 24 mars 2004 relative à la mise en place du livret d'accueil prévu à l'article L.311-4 du code de l'action sociale et des familles.

459Foucault Giroux (L.), La liste des personnes qualifiées..., art.cit., p.98.

460Foucault Giroux (L.), La liste des personnes qualifiées..., art.cit., p.97.

461Cavalière (C.), La fonction de la personne qualifiée, art.cit., p.99.

Cet outil fait appel à une aide extérieure lorsque le conflit est déjà survenu. Aussi la prévention se révèle être une réponse plus favorable à la conciliation de la liberté et de la sécurité.

## ***Chapitre 2) La nécessité d'accentuer la prévention, gage de la primauté de la liberté d'aller et venir***

Favoriser la liberté d'aller et venir c'est favoriser le maintien de l'autonomie de la personne âgée. La conciliation de la liberté avec la sécurité ne peut prendre appui que sur une attitude de prévention. Cela passe par la mise en œuvre de mesures préventives organisationnelles (section 1) mais aussi par l'implication de l'ensemble des intervenants du secteur des personnes âgées (section 2).

### **Section 1/ Les mesures préventives organisationnelles**

Renverser les pratiques contraignantes actuelles nécessite de revoir l'organisation des structures médico-sociales. Pour prévenir le risque d'atteintes à la liberté d'aller et venir des résidents, les gestionnaires doivent penser et repenser la configuration architecturale de l'établissement (§ 1). La question de la liberté est ensuite continue. Le fait que la situation de la personne âgée présente un risque pour sa sécurité ne signifie pas qu'il faille automatiquement la priver de sa liberté. Au contraire, l'accompagnement doit être privilégié à la contrainte (§ 2).

#### **§ 1. Penser et repenser la configuration architecturale**

La configuration architecturale doit intégrer la préoccupation des droits et libertés tant au niveau du projet d'implantation (A) que sur le plan des espaces internes (B).

### A) *L'environnement extérieur*

L'emplacement de l'EHPAD peut être un motif de restriction de la liberté. *A contrario* il peut aussi être un facteur de son exercice et contribuer ainsi à promouvoir la vie sociale des résidents (participer à la vie du quartier, aller faire des courses...). Les personnes âgées d'un EHPAD situé en centre ville auront plus facilement de liens avec l'extérieur que les résidents d'un EHPAD implanté en périphérie.

La proximité des moyens de transport ou leur usage par le biais de conventions avec des transporteurs (par exemple, avec une société chargée du réseau des transports en commun) est une condition essentielle de l'exercice de la liberté d'aller et venir. Or d'après les déclarations des gestionnaires d'EHPAD, 54% des résidents ont l'opportunité de bénéficier d'un transport dans le cadre de sorties individuelles<sup>462</sup>. Bien que l'absence de transports n'ait que peu d'impact sur les déplacements extérieurs des résidents - lesquels ont besoin d'être accompagnés en raison de leur état de santé - elle a vraisemblablement pour effet de complexifier la venue des visiteurs<sup>463</sup>. Le lieu d'implantation doit faire l'objet d'une réflexion des architectes et des autorités financeurs de l'EHPAD, car la combinaison des aspects architecturaux et urbains constitue un gage de la qualité de vie<sup>464</sup>.

Conscients de la vétusté de certains établissements, notamment publics, les pouvoirs publics souhaitent lancer un plan de rénovation à hauteur de trois milliards d'euros sur dix ans<sup>465</sup>. Il n'est pas certain que la liberté d'aller et venir ait été la motivation première de cette proposition. Elle semble plutôt être l'occasion d'inciter de nouveau les gestionnaires à se regrouper. Le rapport prévoit également que le plan valorisera la création de petites unités de vie. Le rapport souligne enfin que les personnes âgées ne disposent d'aucune information sur la qualité des prestations des structures. Par exemple la personne âgée n'a pas d'information directe sur les conditions d'exercice de la liberté d'aller et venir. Or il s'agit d'un critère de choix. Le rapport souhaite que le portail numérique <https://www.pour-les-personnes-agees.gouv.fr/> évolue afin d'intégrer les informations relatives à la qualité des services<sup>466</sup>.

---

462Drees, La vie en établissement d'hébergement pour personnes âgées du point de vue des résidents..., art.cit., p.46.

463ANESM, Qualité de vie en EHPAD volet 2..., *op.cit.*, p.14.

464Chapon (P.-M.), Werner (O.), Olivry (I.), Architecture et grand âge, *Retraite et société*, n° 60, vol. 1, 2011, p.60.

465Proposition n°55, Libault (D.), *Concertation : Grand âge et autonomie*, *op.cit.*, p.82.

466Proposition n°118, Libault (D.), *Concertation : Grand âge et autonomie*, *op.cit.*, p.107.

Cette proposition avait déjà été formulée par le Défenseur des droits en 2018 qui considérait que publier les résultats des évaluations des EHPAD sous la forme d'indicateurs permettrait « à la fois de mobiliser les professionnels autour de la démarche qualité et la notion de bientraitance, mais également de mettre à disposition du grand public des informations qualitatives sur les différents établissements »<sup>467</sup>.

### B) *Les espaces internes*

L'arrêté de 1999<sup>468</sup> fixant le contenu du cahier des charges fait de la qualité des espaces un critère de la qualité de vie des résidents puisqu'ils doivent être « conçus et adaptés de manière à ce qu'ils contribuent directement à lutter contre la perte d'autonomie des résidents ». Le texte définit ensuite les réglementations applicables aux différents espaces de la structure nécessaires pour garantir la mobilité des personnes qu'elle accueille. Concilier la liberté et la sécurité implique de penser tant les espaces privatifs que les espaces collectifs et de circulation.

Pour rappel, l'espace privatif est considéré comme le domicile du résident. Ce dernier doit donc pouvoir y amener ses meubles, ses effets personnels et le décorer selon ses goûts. Aussi le projet architectural doit-il avoir tenu compte de ce droit dans la conception des chambres. Concernant les dimensions de la pièce, l'arrêté dispose que l'espace « doit être accessible et permettre une circulation aisée des personnes » grâce à « une surface suffisante ». Il fixe à ce titre des objectifs de dimensions minimales. Pour une chambre comportant un lit, la surface devrait être située dans une fourchette de 16 à 20 m<sup>2</sup>. Si la recommandation est majoritairement respectée, il ne faut toutefois pas occulter que 21% de l'ensemble des chambres ont une surface inférieure ou égale à 16 m<sup>2</sup><sup>469</sup>.

Concernant le jardin ou le parc de l'établissement, son accès doit être facilité d'autant qu'il s'agit d'un élément très apprécié par les résidents. Plusieurs auteurs ont donc élaboré des propositions visant à promouvoir l'accès au jardin notamment pour les personnes à mobilité

---

467Avis du Défenseur des droits n°18-24, *op.cit.*, p.13.

468Arrêté du 26 avril 1999 fixant le contenu du cahier des charges de la convention pluriannuelle prévue à l'article 5-1 de la loi n°75-535 du 30 juin 1975..., *op.cit.*

469Drees, L'hébergement offert en établissement pour personnes âgées, *Dossiers Solidarité et Santé*, n°29, 2012, p.12.

réduite (accès à partir de l'espace polyvalent, plain pied, visible...<sup>470</sup>).

Quant aux espaces de circulation, l'arrêté énonce que horizontaux ou verticaux, ces espaces « doivent garantir une bonne accessibilité à l'ensemble des divers lieux, intérieurs comme extérieurs, destinés aux résidents. Les espaces de circulation doivent être dimensionnés en tenant compte des difficultés de déplacement des résidents » [...], « ils doivent être conçus de manière à pouvoir y circuler en fauteuil roulant et y faire circuler aisément des chariots nécessaires à l'entretien et, s'il y a lieu, à la restauration dans les espaces privatifs ». Faciliter les déplacements horizontaux peut passer par un jeu de contraste des couleurs entre les murs, les portes... L'exercice de la circulation verticale nécessite d'adapter l'espace des ascenseurs ou encore de poursuivre la main courante au-delà de la fin des escaliers<sup>471</sup>. Cela peut encore consister à privilégier une ouverture constante des portes de couloirs dans le respect de la réglementation incendie, à prévoir une largeur des couloirs qui permette le passage simultané d'un fauteuil roulant et d'un chariot de travail, ou à proscrire les plans trop inclinés qui freineraient le déplacement autonome des personnes en fauteuil roulant manuel<sup>472</sup>.

Hormis l'aspect fonctionnel, la conciliation entre liberté et sécurité réside principalement dans l'accompagnement du résident.

## **§ 2. Privilégier l'accompagnement à la contrainte**

Le déploiement des gérontechnologies en EHPAD soulève de nombreuses problématiques en termes de respect des droits et libertés. Quant à la contention physique, les effets néfastes de ce dispositif médical sont dénoncés par la littérature internationale. Quelle solution pour assurer la protection physique de la personne sans porter manifestement atteinte à sa liberté d'aller et venir ? A cette question la conférence de consensus répond l'accompagnement humain.

La surveillance humaine c'est confier à une personne le soin de contrôler les allers et venues des résidents hors de l'EHPAD. Si la sortie présente un risque celui-ci lui serait expliqué par

---

470ANESM, Qualité de vie en EHPAD volet 2..., *op.cit.*, p.31.

471FHF, *Liberté d'aller et venir dans les établissements sanitaires et médico-sociaux...*, *op.cit.*, p.26.

472INRS, *Conception et rénovation des EHPAD...*, *art.cit.*, p.15.

l'agent placé à l'entrée de l'établissement<sup>473</sup>. La notion de dialogue est préférée aux technologies de surveillance. Lorsque la personne est dans un état de crise et qu'elle souhaite sortir, l'en empêcher n'est pas nécessairement la réponse la plus appropriée. En effet « l'autoriser » à sortir accompagnée d'un intervenant peut permettre de calmer ses angoisses. Le jury de 2004 a une position particulièrement méfiante vis-à-vis du recours aux médicaments : « la littérature internationale confirme que nombre de troubles du comportement, d'errances, ou de chutes en particulier chez la personne âgée peuvent être mis en rapport avec les effets secondaires des traitements prescrits, notamment les neuroleptiques, y compris les neuroleptiques de nouvelle génération et les associations médicamenteuses »<sup>474</sup>. Comme la contention, la prescription de certains médicaments a donc des effets pervers en ce qu'ils sont prescrits pour limiter un risque qu'ils favorisent au long terme. De plus le mauvais usage des produits médicamenteux peut correspondre à une forme de maltraitance. La maltraitance médicamenteuse consiste en la « privation de médicaments ou de soins nécessaires, non-traitement de la douleur, ou au contraire imposition d'un traitement inapproprié, abus de médicaments, non-respect des prescriptions »<sup>475</sup>.

L'ANESM préconise ce même accompagnement humain aux côtés des personnes atteintes de la maladie d'Alzheimer ou d'une maladie apparentée. Elle met notamment en évidence les biens-faits de l'exercice de la liberté d'aller et venir sur la sécurité : « chez les personnes atteintes de maladie d'Alzheimer ou apparentée, la mobilité doit être longtemps préservée et entretenue, pour permettre de ralentir l'évolution vers la dépendance et de participer à la prévention des chutes »<sup>476</sup>.

La dépendance de la personne âgée ne signifie pas qu'elle n'est plus du tout capable d'effectuer des activités, « les personnes qui deviennent déficientes sensorielles du fait du vieillissement peuvent développer d'autres capacités avec un accompagnement, une éducation et des aides techniques adaptées, comme le montrent les projets de la Fondation de France "vivre ses choix : prendre des risques" »<sup>477</sup>.

---

473Fondation Médéric Alzheimer, *Liberté d'aller et venir...*, *op.cit.*, p.21.

474FHF, *Liberté d'aller et venir dans les établissements sanitaires et médico-sociaux...*, *op.cit.*, p.20-21.

475Joël (M.-E.), Maltraitance et dépendance, in. Chambaretaud (S.), coord., Les personnes âgées en situation de dépendance, Dossier, *adsp*, n°56, septembre 2006, p.45.

476ANESM, *L'accompagnement des personnes atteintes d'une maladie d'Alzheimer ou apparentée en établissement médico-social, Recommandations de bonnes pratiques professionnelles*, février 2009, p.21.

477FHF, *Liberté d'aller et venir dans les établissements sanitaires et médico-sociaux...*, *op.cit.*, p.20.

## Section 2/L'implication de l'ensemble des acteurs en faveur de la prévention

L'exercice de la liberté d'aller et venir des résidents ne peut être effectif en l'absence de l'appui des acteurs sociaux et médico-sociaux externes (§ 1) et de l'engagement des acteurs internes (§ 2).

### § 1. **L'implication des acteurs hors des murs de l'EHPAD**

Avant d'être un lieu de soins, l'EHPAD est un lieu de vie. Comme lorsqu'elles sont à domicile, les personnes âgées doivent pouvoir librement se déplacer dans et hors de l'établissement. Entretenir des relations avec l'extérieur est primordial tant pour préserver leur autonomie que pour leur bien-être au quotidien. Les personnels de l'établissement ne sont pas toujours assez nombreux ni n'ont même le temps nécessaire pour les accompagner dans ces temps forts.

Aussi l'établissement doit favoriser l'intervention de bénévoles en son sein dans le cadre du projet d'établissement et du projet de vie. Pour cela, la conférence de consensus préconise le développement de relations de partenariat avec des bénévoles par le biais d'associations ou d'un réseau dont il serait lui-même le coordonnateur, « en définissant avec eux le cadre et les limites de leur participation ; en leur apportant la formation et le soutien nécessaires »<sup>478</sup>. Parmi les intervenants extérieurs il existe des bénévoles indépendants, des bénévoles du culte et des bénévoles associatifs. De nombreux EHPAD permettent leur accueil. Selon les chiffres de la Drees, 79% des résidents sont accompagnés d'un bénévole lors des activités d'animation, 44% lors des sorties, et 58% reçoivent des visites<sup>479</sup>. Toutefois la présidente de l'association Jalmaiv, Colette Peyrard, révèle que « les associations sont actuellement très sollicitées par les Ehpads sans toujours pouvoir répondre dans l'immédiat, faute de bénévoles »<sup>480</sup>. Dans certaines structures, un partenariat a été mis en place avec des écoles élémentaires. Les activités communes réalisées entre les enfants et les résidents sont très bien accueillies par ces derniers et permettent dans le même temps d'entretenir autonomie et lien social.

---

478FHF, *Liberté d'aller et venir dans les établissements sanitaires et médico-sociaux...*, op.cit., p.30.

479Drees, *La vie en établissement d'hébergement pour personnes âgées du point de vue des résidents...*, art.cit., p.54.

480Gerontonews, Comment faire venir des bénévoles en EHPAD ? : <https://www.gerontonews.com/nlstory.php?story=CZ1OKPFW9> (consulté le 05 août 2019).

Toutefois les initiatives ne peuvent pas seulement venir des établissements, la démarche serait insuffisante. Le jury de 2004 considère en effet que « les autorités de contrôle doivent intégrer cette dimension et savoir favoriser, notamment par la mise à disposition de moyens financiers, le développement et le soutien de ces formes de partenariats »<sup>481</sup>.

## § 2. L'implication des acteurs au sein de l'EHPAD

Au sein de l'EHPAD, les professionnels jouent un rôle central dans la qualité des prestations offertes au résident et, *de facto*, dans leur accompagnement quotidien (A). La place des familles n'est pourtant pas à négliger (B).

### A) *L'implication du personnel de l'établissement*

L'établissement constitue souvent le dernier lieu de vie des résidents. 60% des sorties annuelles de la structure sont dues au décès du résident<sup>482</sup>. Les agents sont inévitablement confrontés à la mort. Leur métier est d'autant plus difficile que le vieillissement de la population s'est accompagné d'une dépendance croissante, de pathologies chroniques et d'une prévalence des maladies neurodégénératives. Cela nécessite pour le personnel de s'adapter aux particularités de la prise en charge de ce nouveau public. Un personnel impliqué et formé est indispensable pour assurer la sécurité de la personne tout en favorisant sa liberté individuelle. La direction doit donc s'engager dans une véritable démarche de prévention des mauvais traitements. Celle-ci passe par le recrutement vigilant du directeur et de son personnel (1) et la formation des agents qui est un « un élément essentiel pour une adoption généralisée de la bientraitance en EHPAD »<sup>483</sup> (2).

#### 1. Le recrutement du gestionnaire

Toute personne ne peut pas être habilitée à diriger un ESSMS. L'article L.133-6 du CASF exclut de la profession les individus déclarés coupables d'une large liste d'infractions énumérées à l'article susdit. Le texte énonce que « nul ne peut exploiter ni diriger l'un quelconque des établissements, services ou lieux de vie et d'accueil régis par le présent code,

---

481FHF, *Liberté d'aller et venir dans les établissements sanitaires et médico-sociaux...*, *op.cit.*, p.30.

482Drees, Les résidents des établissements d'hébergement pour personnes âgées en 2007, *Études et résultats*, n°699, août 2009, p.1.

483Cohard (P.), Georgescu (I.), Vieillesse et EHPAD : quelles pistes de réflexion ?, *art.cit.*, pp.545-552.

y exercer une fonction à quelque titre que ce soit, ou être agréé au titre des dispositions du présent code, s'il a été condamné définitivement pour crime ou à une peine d'au moins deux mois d'emprisonnement sans sursis », par exemple atteintes involontaires à la vie. Depuis 2005<sup>484</sup>, le législateur n'érige toutefois en incapacité que l'atteinte résultant de la violation manifestement délibérée d'une obligation de sécurité légale. Cette évolution était indispensable eu égard à la judiciarisation des rapports entre gestionnaires et usagers sur le fondement de l'obligation de surveillance. En effet l'ancienne mouture ne procédait à aucune distinction quant à la nature de la faute. Aussi le chef d'établissement condamné pénalement pour homicide involontaire ne pouvait plus espérer ensuite être recruté à la direction d'un EHPAD. « Or, nous savons que c'est sur ces fondements que des condamnations, quelques fois critiquables, touchant le personnel social sont prononcées ». Outre les infractions prévues par le code pénal, l'article L.133-6 énonce également que « en cas de condamnation, prononcée par une juridiction étrangère et passée en force de chose jugée, pour une infraction constituant, selon la loi française, un crime ou l'un des délits mentionnés aux alinéas précédents », le TGI décide de l'incapacité d'exercice à la demande du parquet. Celui qui exerce alors qu'il est incapable au sens de l'article susdit se rend coupable d'une infraction punie de deux ans d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende<sup>485</sup>.

Le recrutement du personnel doit également faire l'objet d'une vigilance. L'employeur public vérifie au regard du casier judiciaire n°2, et l'employeur privé au regard du n°3, que le candidat n'ait pas fait l'objet d'une interdiction d'exercice.

## 2. La formation

Si les EHPAD ont peu de marge de manœuvre sur le nombre de soignants pouvant être recruté, la formation de son personnel constitue en revanche un levier non négligeable pour assurer un accompagnement de qualité. Face aux enjeux qui entourent la dépendance, la commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH) préconisait en 2013 que des formations soient dispensées tout au long de la carrière afin d'actualiser les pratiques professionnelles<sup>486</sup>. D'autres formations peuvent porter sur des sujets plus spécifiques. La formation Humanitude s'engage ainsi dans une démarche de bientraitance fondée sur l'approche émotionnelle et le respect des droits du résident. Cela implique un investissement

484Ordonnance n°2005-1477 du 1er décembre 2005 portant diverses dispositions relatives aux procédures d'admission à l'aide sociale et aux établissements et services sociaux et médico-sociaux, *J.O.* du 2 décembre 2005, p.18636.

485Article L.135-2 du CASF.

486CNCDH, *Avis sur l'effectivité des droits des personnes âgées*, 27 juin 2013, p.8.

financier mais il est « nécessaire pour faire progresser la qualité de prise en charge »<sup>487</sup>. Il s'agit d'ailleurs d'un facteur d'attractivité et de fidélisation des agents qui aspirent à évoluer professionnellement. Or les gestionnaires ne se sont pas encore totalement appropriés l'outil, et celui-ci se révèle dans certains cas inadapté aux attentes du personnel. Certains acteurs ont dénoncé un manque de formation important sur la prise en charge et l'accompagnement des personnes atteintes de la maladie d'Alzheimer. D'autres révèlent également que « les dispositifs et moyens de formation existants sont jugés insatisfaisants, qu'il s'agisse de budget de participation (nombreuses annulations faute de participants), de la faible diversité de catalogues proposés ou encore de l'efficacité insuffisante des formations proposées »<sup>488</sup>. En conséquent développer le management de proximité en EHPAD permettrait d'apporter des réponses en adéquation aux besoins exprimés par les agents.

### B) *L'implication de l'entourage du résident*

Dans les EHPAD le personnel n'est pas uniquement au contact du résident mais aussi de sa famille. Nombreux sont les auteurs qui qualifient en ce sens la relation entre le soignant, la personne âgée et son entourage de « triangulaire »<sup>489</sup>. L'importance de la place de l'entourage se dessine dès l'entrée en institution. Ils sont en effet souvent à l'origine de la demande. Leur démarche dans l'admission de leur parent contribue à entretenir chez eux un fort mélange de culpabilité et de crainte : « *le jour où l'on pousse la porte de l'EHPAD pour inscrire son parent âgé, c'est toujours un peu "de la mort qui passe" (...). Il faut parfois faire le deuil de la personne telle qu'on l'a connue, aimée [...], et la culpabilité de pousser la porte de l'EHPAD pour être aidé parce qu'on n'y arrive plus* »<sup>490</sup>. Ce sentiment aboutit à exiger de l'EHPAD qu'il s'engage tout particulièrement à assurer la sécurité physique de la personne âgée. L'entourage peut alors se montrer hyper-protecteur envers son aîné au risque de le materner, voire de l'infantiliser<sup>491</sup>. Or, même s'il repose sur l'établissement une obligation de sécurité, il ne peut garantir le risque zéro. En sur-protégeant la personne âgée, non seulement sa sécurité n'est pas garantie, mais son autonomie est également affectée.

---

487Cohard (P.), Georgescu (I.), Vieillesse et EHPAD : quelles pistes de réflexion ?, art.cit., pp.545-552.

488Petit (R.), Zardet (V.), Attractivité, fidélisation et implication du personnel des EHPAD : une problématique sectorielle et de management, @GRH, vol.22, n°1, 2017, p.47.

489Schnegg (O.), La place des familles dans le parcours institutionnel du résident, *Revue internationale de soins palliatifs*, vol.27, n°2, 2012, p.59.

490Liffraud (D.), Familles et EHPAD, *Empan*, vol.3, n°91, 2013, p.82.

491Liffraud (D.), Familles et EHPAD, art.cit., p.84.

Favoriser l'exercice de sa liberté implique dès lors d'engager un dialogue avec l'entourage pour impulser une prise de conscience, car « il n'y a pas de vie sans risque »<sup>492</sup>, et réfléchir à la manière dont il peut y contribuer. Le jury de 2004 souligne l'importance de « mobiliser » et de « responsabiliser » les proches du résident pour promouvoir l'exercice de la liberté d'aller et venir<sup>493</sup>. Ce dialogue doit être continu et s'opère à chaque étape de l'accompagnement du résident. Dans le cadre de l'admission, la participation de la famille à l'élaboration du projet personnalisé permet de mieux adapter l'accompagnement aux besoins du résident<sup>494</sup>. Elle détient en effet des informations et des connaissances sur l'histoire et la personnalité de la personne nécessaires à la cohérence du projet. L'échange des points de vue doit ainsi permettre de trouver le juste équilibre « pour que le résident ne devienne pas l'otage de l'institution, ni celui de sa seule famille »<sup>495</sup>. Cela ne doit donc pas conduire à exclure la personne âgée de la démarche qui vise à identifier ses désirs autant que ses besoins<sup>496</sup>. La même implication de la famille doit être recherchée lors du séjour de la personne pour que celle-ci puisse effectivement exercer sa liberté, y compris hors de la structure<sup>497</sup>.

Outre l'annexe sécurité créée par la loi de 2015, les gestionnaires d'EHPAD ne disposent pas de texte juridique leur précisant où s'arrête la liberté et où commence la sécurité. Le curseur dépend de chaque situation et de chaque individu. Il appartient au chef de l'établissement de mobiliser l'ensemble des outils formalisés par la loi et les recommandations de bonnes pratiques professionnelles pour parvenir à trouver un équilibre. C'est au sein des structures médico-sociales que le plus gros travail de réflexion doit donc se faire. Néanmoins comme le secteur sanitaire, les institutions gériatriques sont soumises à une exigence accrue de qualité des pouvoirs publics. Ces dispositifs nationaux participent à s'assurer que la sécurité ne prenne pas le pas sur le respect de la liberté d'aller et venir.

---

492Kouchner (B.), préface, in. Tabuteau (D.), *La sécurité sanitaire*, Berger Levrault, 2ème édition, 2002, p.15.

493FHF, *Liberté d'aller et venir dans les établissements sanitaires et médico-sociaux...*, *op.cit.*, p.29.

494Ibid.

495Schnegg (O.), La place des familles dans le parcours institutionnel du résident, *art.cit.*, p.62.

496Liffraud (D.), Familles et EHPAD, *art.cit.*, p.84.

497FHF, *Liberté d'aller et venir dans les établissements sanitaires et médico-sociaux...*, *op.cit.*, p.29.

## **TITRE 2. LA CONCILIATION FAVORISÉE PAR DES DISPOSITIFS NATIONAUX**

Au regard de la mission d'intérêt général confiée aux EHPAD, le législateur français est particulièrement vigilant quant à la qualité et la sécurité de l'offre médico-sociale (chapitre 1). Si la maltraitance reste un sujet relativement tabou dans le secteur gériatrique, les pouvoirs publics ont néanmoins pris conscience de la nécessité de protéger ce public vulnérable. Aussi la politique de lutte contre les mauvais traitements s'est vue renforcée (chapitre 2).

### ***Chapitre 1) L'effectivité de la liberté garantie par le contrôle des établissements***

L'exigence accrue de la qualité de la prise en charge et de l'accompagnement des aînés s'est accompagnée de dispositifs de contrôle des prestations (section 1), et de la contractualisation des EHPAD dans un objectif d'amélioration (section 2).

#### **Section 1/Le contrôle de la qualité des prestations fournies**

En droit des ESSMS, deux formes de contrôle peuvent être identifiées. D'une part, le contrôle *a priori* de la mise en activité de l'EHPAD permet de prévenir le risque d'atteintes aux droits et libertés des résidents en corrigeant en amont l'origine du risque (§ 1). D'autre part, le contrôle *a posteriori* permet de mettre fin aux entraves injustifiées à la liberté d'aller et venir (§ 2).

#### **§ 1. Le contrôle *a priori* du risque d'atteintes aux droits et libertés**

Deux dispositifs permettent de contrôler la qualité des prestations proposées par les EHPAD. Il s'agit de la nouvelle procédure d'autorisation administrative (A) et de la démarche d'évaluation (B).

### A) *La procédure d'autorisation administrative*

Des suites de la loi HPST<sup>498</sup>, le décret du 26 juillet 2010<sup>499</sup> soumet les établissements médico-sociaux à une nouvelle procédure d'autorisation. Désormais le processus d'autorisation n'est plus ascendant mais descendant. Il relève de l'initiative des décideurs au regard d'une analyse préalable des besoins sur un territoire défini, « dispensant ainsi les promoteurs de la fastidieuse analyse des besoins »<sup>500</sup>.

La mise en place du système d'autorisation, dénommé « appel à projets », figure actuellement à l'article L.313-1-1 du CASF qui dispose que « sont soumis à autorisation des autorités compétentes en application de l'article L. 313-3 les projets, y compris expérimentaux, de création, de transformation et d'extension d'établissements ou de services sociaux et médico-sociaux relevant de l'article L. 312-1 ».

L'appel à projet est lancé par la ou les autorité(s) adjudicatrice(s), c'est-à-dire par l'ARS et le conseil départemental concernant les EHPAD<sup>501</sup>. Il se compose d'un cahier des charges fixant les modalités de la commande : besoins à satisfaire, exigences particulières à respecter, conditions particulières pouvant être imposées dans l'intérêt du public accueilli<sup>502</sup>... Afin d'assurer une procédure transparente et équitable l'appel fait l'objet d'une publication, ce qui n'est pas sans rappeler la réglementation prévue par le Code des marchés publics<sup>503</sup>. Les opérateurs présentent ensuite leur offre dans le délai fixé par le pouvoir adjudicateur. Cette offre doit être compatible avec les objectifs prévus par les instruments de planification, satisfaire aux règles d'organisation et de fonctionnement du code et répondre au cahier des charges<sup>504</sup>. La qualité, le caractère innovant et le coût du projet sont également des critères de choix d'une offre. Une commission d'information et de consultation est enfin chargée de classer les offres<sup>505</sup>.

---

498Loi n°2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital..., *op.cit.*

499Décret n°2010-870 du 26 juillet 2010 relatif à la procédure d'appel à projet et d'autorisation mentionnée à l'article L.313-1-1 du code de l'action sociale et des familles, *J.O.* du 27 juillet 2010, p.13846.

500Tourmente (D.), Nouvelle procédure d'autorisations pour les établissements sociaux et médico-sociaux : mode d'emploi ou comment comprendre le « nouveau code des marchés » de services sociaux et médico-sociaux, *RDS*, n°38, 2010, pp.500-504.

501Article R.313-3 du CASF.

502Article R.313-3-1 du CASF.

503Tourmente (D.), Nouvelle procédure d'autorisations pour les établissements sociaux et médico-sociaux..., *art.cit.*, pp.500-504.

504Article L.313-4 du CASF.

505Article R.313-6-2 du CASF.

L'autorisation administrative est alors délivrée conjointement par le président du conseil départemental et le directeur général de l'ARS pour une durée de quinze ans<sup>506</sup>. La mise en activité de l'établissement est toutefois subordonnée à une visite de conformité aux conditions techniques minimales d'organisation et de fonctionnement<sup>507</sup>. L'enjeu de cette visite n'est pas négligeable. En effet au vu des constatations de la visite, l'autorité financeur peut décider de suspendre temporairement l'autorisation en assortissant sa récupération à la réalisation de certains engagements par l'EHPAD, voire de la retirer. Cette disposition permet d'assurer aux futurs usagers de l'EHPAD un hébergement sécurisé et de qualité.

### B) *La démarche d'évaluation*

Les gestionnaires d'EHPAD ont l'obligation légale de procéder à une évaluation interne de leur structure et de se soumettre à une évaluation externe. L'article L.312-8 du CASF énonce en ce sens que « les établissements et services mentionnés à l'article L.312-1 procèdent à des évaluations de leurs activités et de la qualité des prestations qu'ils délivrent, au regard notamment de procédures, de références et de recommandations de bonnes pratiques professionnelles [...] Les résultats des évaluations sont communiqués à l'autorité ayant délivré l'autorisation. Les établissements et services rendent compte de la démarche d'évaluation interne engagée ».

L'évaluation interne était depuis 1999<sup>508</sup> l'unique évaluation obligatoire dont les établissements devait s'acquitter. Néanmoins faire dépendre le renouvellement d'une autorisation à l'évaluation du directeur de son propre établissement pouvait faire douter quant au caractère objectif de ses résultats<sup>509</sup>. Le législateur de 2002<sup>510</sup> a donc introduit l'obligation d'évaluation externe. Dorénavant l'autorisation est renouvelée par tacite reconduction sauf si, au regard des résultats de l'évaluation externe, le pouvoir adjudicateur lui enjoint de présenter une demande de renouvellement<sup>511</sup>.

---

506Article R.313-1 du CASF.

507Article L.13-6 du CASF.

508Arrêté du 26 avril 1999 fixant le contenu du cahier des charges de la convention pluriannuelle, *op.cit.*

509Lhuillier (J.-M.), *Le droit des usagers dans les ESSMS*, *op.cit.*, p.140.

510Loi n°2002-2 du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale, *op.cit.*

511Article L.313-5 du CASF.

L'évaluation interne présente un intérêt certain pour l'EHPAD comme pour ses résidents. Elle permet en effet d'identifier les points forts de l'établissement et les points qui nécessiteraient une amélioration, s'inscrivant ainsi dans une démarche globale de qualité. En cela l'évaluation interne apporte « *une réelle plus-value en termes d'appréciation de l'adéquation entre les projets, les prestations offertes et les besoins de l'utilisateur* »<sup>512</sup> mais elle n'est pas encore pleinement exploitée par les établissements<sup>513</sup>.

## § 2. Le double contrôle *a posteriori* des atteintes aux droits et libertés

En matière de droit et libertés, le juge judiciaire - gardien des libertés individuelles - peut être saisi dès lors que la personne âgée, ou son représentant légal, estime subir des atteintes illégales à sa liberté (A). Très souvent lorsque des situations de maltraitance sont remontées à l'ARS, l'établissement est soumis à un contrôle institutionnel (B).

### A) *Le contrôle juridictionnel*

Très rares sont les jurisprudences relatives aux atteintes à la liberté d'aller et venir en EHPAD. Comme il a été vu précédemment, la responsabilité de la structure est le plus souvent engagée sur le fondement de son obligation contractuelle de sécurité. Toutefois le juge judiciaire semble peu à peu se saisir de la question.

L'arrêt emblématique en la matière est celui de la CA de Poitiers en date du 23 novembre 2011<sup>514</sup>. Les juges du fond se prêtent pour la première fois au contrôle de la licéité des entraves à la liberté d'aller et venir d'un résident.

En l'espèce après avoir fait part à ses enfants de son souhait de quitter la structure, un résident et ses filles se voient refuser la sortie par des agents de l'établissement, dont la directrice de l'EHPAD. Madame Brigitte N., fille du résident Monsieur Jean N., engage donc la responsabilité civile de l'EHPAD devant le TGI de Poitiers, lequel rejette sa demande. Elle interjette donc appel sur le fondement des articles L.1111-4 du CSP et 1382 du code civil.

La CA rejette les prétentions de Madame Brigitte N. A cette occasion, les juges conditionnent

---

512Pondaven (M.), *Historique récent des politiques publiques de l'évaluation des activités des EHPAD, Gérontologie et société*, vol.35, n°142, p.109

513Lhuillier (J.-M.), *Le droit des usagers dans les ESSMS, op.cit.*, p.147.

514 CA de Poitiers, 3ème ch., 23 novembre 2011, n°10/01090.

l'engagement de la responsabilité civile de la maison de retraite à la preuve d'une faute caractérisée par le demandeur, et élaborent un faisceau d'indices permettant d'apprécier l'existence d'une faute. Parmi les critères d'appréciation de la faute, l'arrêt retient le recueil du consentement de l'intéressé qui, au-delà d'être une exigence légale, permet aux magistrats de veiller que la décision de quitter l'EHPAD relève bien du résident et non de ses proches. Ensuite, l'entrave doit être fondée sur un motif objectif, nécessaire et proportionnée à la situation du résident. « L'étendue des restrictions sera donc inversement proportionnelle à la capacité de discernement du résident, ce qui implique que ces mesures soient individualisées »<sup>515</sup>. En tout état de cause, les restrictions seraient illicites dès lors que le résident n'y aurait pas consenti préalablement ou qu'elles ne seraient ni nécessaires ni proportionnées à l'objectif poursuivi. L'arrêt doit être salué au vu de la « marge de manœuvre »<sup>516</sup> laissée aux EHPAD. Cependant le CASF prévoit que le consentement doit uniquement être recherché, ce qui n'est pas toujours le cas en pratique. Aussi le critère du consentement peut sembler faussé.

Dans la continuité de l'affaire, la Cour de cassation s'est prononcée en 2013<sup>517</sup> sur le respect du consentement et sur la légitimité du motif de l'interdiction de sortie, basé ici sur une contre-indication médicale. En tant qu'acteur de sa propre santé, rien n'interdit à un patient de sortir en dépit d'une contre-indication. Cependant la Haute juridiction se refuse à assimiler la contre-indication comme un acte médical ou une intervention thérapeutique nécessitant le consentement de l'intéressé qui, par ailleurs, n'était pas clairement établi. Une telle solution apparaît préoccupante au regard du respect de l'autonomie et de la liberté de choix de la personne âgée. De plus selon Paul Véron la contre-indication revêt bien le caractère d'acte médical, ce qui interroge l'effectivité du principe du droit de refuser un traitement<sup>518</sup>.

Bien que ce soit le CASF qui s'applique aux institutions médico-sociales et non le CSP, le respect du consentement et de la volonté de la personne est un principe qui s'impose tout autant aux EHPAD. En conséquent « *on voit mal pourquoi la personne prise en charge en EHPAD, dès lors qu'elle subit des soins, ne serait pas concernée par ce principe* »<sup>519</sup>.

---

515Véron (P.), Entrave à la liberté de sortie de la personne accueillie en établissement médico-social : la responsabilité de la structure suppose la démonstration d'une faute caractérisée, *RDS*, n°46, 2012, pp.289-294.

516 *Ibid.*

517C.cass, civ., 2ème ch.civ., 12 décembre 2013, n°12-29.392.

518Véron (P.), Sortie contre avis médical en EHPAD : précisions sur le régime des restrictions à la liberté d'aller et venir du résident, *RDS* n°58, 2014, pp.1119-1122.

519*Ibid.*

## B) *Le contrôle institutionnel*

« La fonction d'inspection et de contrôle est considérée comme un des modes de régulation de l'État sur les établissements et services, aux côtés d'autres modes comme la tarification, la planification ou l'évaluation »<sup>520</sup>. L'efficacité des politiques de lutte contre les mauvais traitements et de promotion de la bientraitance est conditionnée, comme toute politique, à l'existence d'un contrôle<sup>521</sup>. Sinon, comment s'assurer que la liberté d'aller et venir et la sécurité du résident soient garanties et comment aider l'établissement à améliorer la qualité de son hébergement ? C'est ce dont a pris acte le législateur au début des années 2000, et plus récemment à l'occasion d'une ordonnance de 2018<sup>522</sup> unifiant les compétences des différentes autorités de contrôle. Le principe est que « la compétence de contrôle suit la compétence d'autorisation, qui suit elle-même la compétence de financement »<sup>523</sup>. En vertu de l'article L.313-13 du CASF, les ESSMS peuvent être contrôlés par l'autorité qui a délivré l'autorisation. En outre les agents de l'ARS et du conseil départemental effectuent conjointement la mission d'enquête dans la limite de leurs compétences respectives.

Lorsque le contrôle porte sur des éléments relatifs à l'état de santé, à la sécurité, à l'intégrité ou le bien-être physique ou moral des usagers - qualifié par la doctrine de contrôle d'ordre public<sup>524</sup> - un médecin inspecteur de santé publique (MISP) et un inspecteur des affaires sanitaires et sociales (IASS) procèdent à des visites d'inspection<sup>525</sup>. Elles « sont destinées à prévenir la maltraitance institutionnelle et à promouvoir la bientraitance »<sup>526</sup>. Ces inspecteurs assermentés recueillent les témoignages des résidents, de leur famille, ainsi que du personnel de l'établissement. Toutefois seul le MISP est habilité à recueillir les témoignages sur les actes et traitements mettant en cause la santé ou l'intégrité physique de la personne âgée<sup>527</sup>. Lors du contrôle, les inspecteurs ont accès au registre de l'établissement relatif à l'identité et aux modalités d'admission des personnes accueillies<sup>528</sup> ainsi qu'aux documents apparaissant dans

---

520Barlet (C.), L'inspection et le contrôle dans la loi HPST, *RGDM*, n°15, 2009, p.159.

521Lhuillier (J.-M.), *Le droit des usagers dans les ESSMS*, *op.cit.*, p.111.

522Ordonnance n°2018-22 du 17 janvier 2018 relative au contrôle de la mise en œuvre des dispositions du code de l'action sociale et des familles et de l'article L.412-2 du code du tourisme et aux suites de ce contrôle, *J.O.* du 18 janv. 2018, texte n°18.

523Cormier (M.), La réforme de l'inspection et du contrôle des établissements et services sociaux et médico-sociaux : la fin d'un monopole régalien, *RGDM*, n°71, juin 2019, p.114.

524Barlet (C.), L'inspection et le contrôle dans la loi HPST, *art.cit.*, p.173.

525Article R.313-34 du CASF.

526Barlet (C.), L'inspection et le contrôle dans la loi HPST, *art.cit.*, p.173.

527Article R.313-34 du CASF.

528Article L.331-2 du CASF.

la déclaration d'ouverture.

Lorsqu'une infraction est constatée le IASS dresse un procès-verbal qui fait foi jusqu'à preuve du contraire<sup>529</sup> et est transmis au parquet. La constatation d'une infraction n'est cependant pas aisée car il est difficile d'obtenir des preuves matérielles de la maltraitance<sup>530</sup>. Par exemple si une personne âgée a tendance à déambuler et que la restriction choisie est celle de l'enfermer à clef dans sa chambre. Comment prouver objectivement cette privation si l'établissement, averti de l'inspection, n'enferme pas la personne ce jour-là ? D'où l'intérêt des inspections inopinées. Néanmoins celles-ci sont peu nombreuses. La principale difficulté du contrôle institutionnel réside dans le manque d'inspecteurs. Or l'augmentation de l'effectif, et donc des contrôles, inciterait le législateur à ne pas multiplier les contraintes qui constituent un frein à la force d'innovation de ce secteur<sup>531</sup>. Par ailleurs tout mauvais traitement n'aboutit pas systématiquement à la constitution d'une infraction<sup>532</sup>. Le code prévoit toute une série de sanctions administratives<sup>533</sup>.

## Section 2/L'amélioration des prestations par la contractualisation

Le support contractuel est un « autre moyen d'améliorer les prestations »<sup>534</sup>. Dans le secteur sanitaire, les contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens (CPOM) ont fait leur apparition à l'occasion de l'ordonnance Juppé en 1996<sup>535</sup>, se substituant aux contrats d'objectifs. Dans l'univers hospitalier, le CPOM est devenu un véritable « outil de définition et de suivi des engagements des établissements en matière de qualité et de sécurité des soins »<sup>536</sup>. Aujourd'hui les CPOM ont également été introduits dans le secteur social et médico-social.

L'outil contractuel n'est pas totalement nouveau pour les EHPAD. En 1997<sup>537</sup> le législateur imposait aux organismes gestionnaires souhaitant accueillir des personnes âgées de conclure

---

529Article L.313-13 du CASF.

530Lhuillier (J.-M.), *Le droit des usagers dans les ESSMS*, *op.cit.*, p.106.

531Lhuillier (J.-M.), *Le droit des usagers dans les ESSMS*, *op.cit.*, p.111.

532*Ibid.*

533Articles L.313-14 et L.313-16 du CASF.

534Lhuillier (J.-M.), *Le droit des usagers dans les ESSMS*, *op.cit.*, p.147.

535Ordonnance n°96-346 du 24 avril 1996 portant réforme de l'hospitalisation publique et privée, *op.cit.*

536Moquet-Anger (M.-L.), *Droit hospitalier*, Mayenne, LGDJ, 5ème édition, p.175.

537Article 23 de la loi n°97-60 du 24 janvier 1997, *op.cit.*

une convention tripartite : « les établissements assurant l'hébergement des personnes âgées [...] ne peuvent accueillir des personnes âgées remplissant les conditions de dépendance [...] que s'ils ont passé une convention pluriannuelle avec le président du conseil général et l'autorité compétente pour l'assurance maladie, qui respecte le cahier des charges ». Le processus a été précisé par l'arrêté de 1999<sup>538</sup> fixant le contenu du cahier des charges de la convention pluriannuelle. Celui-ci précise notamment le contenu de la convention qui contient deux grands axes : la définition des conditions de fonctionnement de l'établissement sur le plan financier et sur le plan qualitatif de la prise en charge ; et la définition des objectifs et modalités de son évaluation. La qualité des prestations offertes aux résidents est la préoccupation première du texte. Jean-Marc Lhuillier remarque en effet que l'arrêté tend à répondre à trois objectifs essentiels : la qualité de vie par la conciliation de la liberté et de la sécurité ; l'amélioration de la qualité par la démarche d'évaluation ; et l'amélioration de la prise en charge médicale<sup>539</sup>.

En 2002<sup>540</sup> le législateur intègre la possibilité pour les gestionnaires d'ESSMS de signer un CPOM à l'article L.313-11 du CASF. Selon une circulaire de 2013, le CPOM est un « outil transversal destiné à l'ensemble des établissements et services intervenant dans le champ des politiques sociales et médico-sociales [...] en vue de conforter la sécurisation des gestionnaires et simplifier leur gestion en contrepartie de leur engagement dans la mise en œuvre des objectifs des schémas territoriaux dont ils relèvent, d'un projet d'établissement ou de service, ou d'actions de coopération sociales et médico-sociales »<sup>541</sup>. Il s'agissait à l'origine d'une simple faculté, d'une incitation.

En 2009<sup>542</sup> le législateur va plus loin et oblige certains établissements accueillant des personnes âgées, en fonction de seuils établis par décret, à conclure un CPOM. De nombreux EHPAD étaient cependant restés sous le régime des conventions tripartites. La loi ASV a en conséquent imposé à l'ensemble des EHPAD la conclusion d'un CPOM d'ici 2021. L'article L.313-12 du CASF dispose en effet que « la personne physique ou morale qui gère un établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes [...] conclut un contrat pluriannuel d'objectifs et de moyens avec le ou les présidents du conseil départemental et le

---

538Arrêté du 26 avril 1999 fixant le contenu du cahier des charges de la convention pluriannuelle, *op.cit.*

539Lhuillier (J.-M.), *Le droit des usagers dans les ESSMS*, *op.cit.*, p.148.

540Loi n°2002-2 du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale, *op.cit.*

541Circulaire DGCS/SD5C/2013/300 du 25 juillet 2013 relative à la mise en œuvre du contrat pluriannuel d'objectifs et de moyens prévu à l'article L.313-11 du code de l'action sociale et des familles.

542Loi n°2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital..., *op.cit.*

directeur général de l'agence régionale de santé concernés ». Le contrat est conclu pour une durée de cinq ans. Il fixe les obligations respectives des parties signataires, leurs modalités de suivi, et définit des objectifs en matière d'activité et de qualité de prise en charge. Comme dans le secteur hospitalier, le CPOM semble devenir un véritable outil de contrôle de la qualité des prestations proposées par les EHPAD. Une circulaire de 2006 énonce en ce sens que « la promotion des droits des usagers doit être un volet systématiquement examiné »<sup>543</sup>.

Une question reste néanmoins en suspens. Le rapport Libault publié il y a quelques semaines propose de fusionner les sections tarifaires soin et dépendance au sein d'une même section intitulée « soins et entretien de l'autonomie »<sup>544</sup>. Le forfait serait financé par l'assurance maladie ce qui, *de facto*, aurait pour effet de mettre fin au partage de compétences entre l'ARS et le conseil départemental. Cela signifiera-t-il la fin du co-pilotage des EHPAD par les deux entités ? Le rapport n'en dit rien et se limite à exposer les trois voies possibles : « le "tout-ARS", le "tout-département" et le scénario médian »<sup>545</sup>. Les processus de financement, d'autorisation et de contrôle des EHPAD seront donc peut-être modifiés à nouveau.

## ***Chapitre 2) L'effectivité de la liberté garantie par le renforcement de la politique de lutte contre les mauvais traitements***

Les pouvoirs publics ont développé des procédures intéressant directement la protection des droits des personnes victimes de maltraitance (section 1). La politique de lutte contre les mauvais traitements s'est accompagnée parallèlement d'un renforcement des sanctions contre les auteurs (section 2).

---

543 Circulaire DGAS/1A n°2006-324 du 20 juillet 2006, *op.cit.*

544 Proposition n°125, Libault (D.), *Concertation : Grand âge et autonomie, op.cit.*, p.110.

545 Delouée (M.), Le rapport Libault : une approche concrète et concertée, *RDS*, n°90, 2019, pp.645-647.

## Section 1/Le développement de procédures protectrices des droits

Tout comportement ou acte maltraitant doit faire l'objet d'un signalement auprès du procureur de la République (§ 1). La procédure permet de mettre fin aux violations des droits et libertés en institution, et protéger ainsi la liberté d'aller et venir. Cette obligation légale est nécessairement mise en œuvre une fois l'atteinte subie. Aussi des dispositifs de recueil des situations de maltraitance ont été créés dans le cadre d'une démarche préventive (§ 2).

### **§ 1. La procédure de signalement**

Autrefois simple faculté, les EHPAD ont dorénavant l'obligation de signaler tout fait constitutif de maltraitance (A). Cette nouvelle obligation a nécessité la mise en place d'une protection des personnes à l'origine de la dénonciation (B).

#### *A) L'obligation de signalement*

Depuis les années 2000 le Gouvernement s'attache à renforcer les déclarations de signalement de maltraitance. En 2015<sup>546</sup>, le législateur change la donne en créant à la charge des ESSMS une obligation de signalement introduite par le décret de 2016<sup>547</sup>.

L'article L.331-8-1 du CASF énonce que « les établissements et services et les lieux de vie et d'accueil informent sans délai, [...] les autorités administratives compétentes pour leur délivrer l'autorisation prévue à l'article L.313-1 [...] de tout dysfonctionnement grave dans leur gestion ou leur organisation susceptible d'affecter la prise en charge des usagers, leur accompagnement ou le respect de leurs droits et de tout événement ayant pour effet de menacer ou de compromettre la santé, la sécurité ou le bien-être physique ou moral des personnes prises en charge ou accompagnées ». Le signalement donnera lieu aux inspections prévues à l'article L.313-13 du CASF.

A noter que le signalement doit être fait à l'autorité qui délivre l'autorisation administrative, c'est-à-dire l'ARS et le conseil départemental pour les EHPAD. Au-delà de multiplier les démarches, cette double déclaration pose question quant à l'autorité qui procédera au

<sup>546</sup>Loi n°2015-1776 du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement, *op.cit.*

<sup>547</sup>Décret n°2016-1813 du 21 décembre 2016 relatif à l'obligation de signalement des structures sociales et médico-sociales, *J.O.* du 23 déc. 2016, texte n°27.

traitement du signalement. La remontée des données ne risque-t-elle d'être doublée ? Une circulaire de 2014<sup>548</sup> préconise en ce sens que l'ARS et le conseil départemental arrête une procédure commune de suivi et de traitement des signalements afin de bénéficier d'une analyse partagée des situations, et de définir les modalités d'échanges des informations et d'intervention.

Pour aider les établissements dans le processus de déclaration et parvenir à ce que le signalement devienne un systématisme, les pouvoirs publics ont mis en place un formulaire type de transmission de l'événement indésirable (annexe n°9)<sup>549</sup>. La loi ASV n'a toutefois assorti cette obligation d'aucune sanction en cas de non-respect « ce qui conduit à affaiblir considérablement la portée du dispositif »<sup>550</sup>.

### B) *La protection des témoins*

Si le législateur a imposé une obligation de signalement en 2015, ce n'est pas sans raison. La maltraitance des personnes âgées en institution reste un sujet tabou qui a du mal à être dénoncé. Les résidents qui en sont victimes craignent de révéler les faits<sup>551</sup> et dans le cadre des atteintes à la liberté d'aller et venir, il est à supposer qu'ils n'aient pas forcément conscience que l'entrave puisse constituer un acte maltraitant. Parmi le personnel le lien fait entre signalement et délation rend la démarche tout aussi difficile<sup>552</sup>. Or, « *l'on sait que celui par qui le scandale arrive est souvent menacé* »<sup>553</sup>. Aussi le législateur a entrepris de protéger ces acteurs essentiels de la lutte contre les mauvais traitements.

D'une manière générale, l'article 226-14 du code pénal écarte toute responsabilité disciplinaire, civile ou pénale en cas de révélation d'une information à caractère secret de « 1° Celui qui informe les autorités judiciaires, médicales ou administratives de privations ou de

---

548 Circulaire n°DGCS/SD2A/2014/58 du 20 février 2014 relative au renforcement de la lutte contre la maltraitance et au développement de la bientraitance des personnes âgées et des personnes handicapées dans les établissements et services médico-sociaux relevant de la compétence des ARS.

549 Arrêté du 28 décembre 2016 relatif à l'obligation de signalement des structures sociales et médico-sociales, *J.O.* du 31 déc. 2016, texte n°51.

550 Fermaud (L.), *La garantie des droits des personnes âgées dépendantes*, art.cit., p.720.

551 Circulaire n°DGCS/SD2A/2014/58 du 20 février 2014 relative au renforcement de la lutte contre la maltraitance..., *op.cit.*

552 Compagnon (C.), Ghadi (V.), *La maltraitance « ordinaire » dans les établissements de santé*, Étude sur la base de témoignages, 2009, p.81.

553 Lhuillier (J.-M.), *Le droit des usagers dans les ESSMS*, *op.cit.*, p.77.

sérvices, y compris lorsqu'il s'agit d'atteintes ou mutilations sexuelles, dont il a eu connaissance et qui ont été infligées à un mineur ou à une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son incapacité physique ou psychique ». Le public âgé dépendant est un public vulnérable qui intègre en conséquent la disposition. « 2° Au médecin ou à tout autre professionnel de santé qui, avec l'accord de la victime, porte à la connaissance du procureur de la République [...] les sérvices ou privations qu'il a constaté, sur le plan physique ou psychique, dans l'exercice de sa profession et qui lui permettent de présumer que des violences physiques, sexuelles ou psychiques de toute nature ont été commises ». Lorsque la victime est une personne vulnérable, le signalement ne nécessite plus son consentement.

Dans le secteur des ESSMS, la protection des témoins s'est aussi très vite révélée nécessaire. Plusieurs témoins se sont en effet vus sanctionnés par leur employeur pour avoir procédé à un signalement<sup>554</sup>. L'article L.313-24 du CASF, créé en 2002, lutte contre ces pratiques aussi critiquables qu'illégales. Le texte énonce que dans les ESSMS « le fait qu'un salarié ou un agent a témoigné de mauvais traitements ou privations infligés à une personne accueillie ou relaté de tels agissements ne peut être pris en considération pour décider de mesures défavorables le concernant en matière d'embauche, de rémunération, de formation, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement du contrat de travail, ou pour décider la résiliation du contrat de travail ou une sanction disciplinaire. En cas de licenciement, le juge peut prononcer la réintégration du salarié concerné si celui-ci le demande ». Les juges du fond se montrent particulièrement sévères à l'encontre de tels licenciements. En 2005<sup>555</sup>, la CA de Paris considère qu'il suffit que le motif de licenciement tienne compte du signalement pour être illégal. La solution retenue par les juges d'appel a été confirmée par la Haute juridiction qui énonce « qu'ayant relevé que dans la lettre de licenciement, l'employeur reprochait au salarié d'avoir dénoncé des actes de maltraitance, la cour d'appel en a exactement déduit, sans avoir à examiner les autres griefs invoqués, que le licenciement était nul »<sup>556</sup>. De plus la charge de la preuve de la maltraitance ne repose pas sur le témoin sous réserve qu'il soit de bonne foi<sup>557</sup>. Ainsi « *le devoir pour les salariés de dénoncer des crimes et délits dont ils ont connaissance, constitue une liberté fondamentale qui doit profiter d'une protection légale renforcée. S'opposer à ce signalement*

---

554Lhuillier (J.-M.), *Le droit des usagers dans les ESSMS, op.cit.*, p.78.

555CA de Paris, 18 novembre 2005, n°06/40039.

556C.cass, ch. soc., 26 septembre 2007, n°06-40.039.

557C.cass, ch. soc., 9 décembre 2009, n°08-42.666.

*constitue la violation d'une liberté fondamentale »<sup>558</sup>.*

## **§ 2. Les dispositifs de recueil des situations de maltraitance**

Il n'est plus possible de nier les faits de maltraitance en EHPAD. En témoigne la création du comité national pour la bientraitance et les droits des personnes âgées et des personnes handicapées (CNBD) en 2013<sup>559</sup> dont l'objectif est d'aider à la définition, à la mise en œuvre et au suivi des politiques de promotion de la bientraitance et de prévention et de lutte contre la maltraitance des personnes âgées et des personnes handicapées. Ce comité se substitue au comité national de vigilance et de lutte contre les maltraitements des personnes âgées et des personnes handicapées créé en 2007<sup>560</sup>.

Pour améliorer le suivi et le traitement des signalements de maltraitance et mettre ainsi en place une politique de prévention, différents dispositifs participent à l'amélioration des procédures de signalement. Ils figurent notamment dans la circulaire du 20 février 2014 relative au renforcement de la lutte contre la maltraitance.

Premièrement, les ARS et conseils départementaux doivent informer l'administration centrale des événements indésirables dont ils ont été saisis par le biais du centre opérationnel de régulation et de réponse aux urgences sanitaires et sociales (CORRUSS). Celui-ci a pour objet la tenue d'une veille permanente pour gérer, le cas échéant, une crise sanitaire.

Deuxièmement, les pouvoirs publics incitent à la mise en œuvre de protocoles de signalement d'événements indésirables entre les ARS et les établissements relevant de leur territoire de compétence. Dans le secteur de l'enfance, une cellule de recueil, de traitement et d'évaluation des informations préoccupantes a été mise en place. Il n'en existe pas de similaire pour celui des personnes âgées dépendantes. Cela mériterait de faire l'objet d'une réflexion afin de fluidifier la transmission des informations relatives aux mauvais traitements et prévenir les risques de leur réalisation.

---

558ARS Auvergne-Rhône-Alpes, La signalement des événements : une obligation légale réaffirmée, Repères, avril 2017, p.4.

559Décret n°2013-16 du 7 janvier 2013 portant création du comité national pour la bientraitance et les droits des personnes âgées et des personnes handicapées, *J.O.* du 9 janv. 2013, p.719.

560Décret n°2007-330 du 12 mars 2007 portant création d'un comité national de vigilance et de lutte contre la maltraitance des personnes âgées et des adultes handicapés, *J.O.* du 13 mars 2007, p.4756.

Troisièmement, a été créé par un arrêté de 2004<sup>561</sup> un système d'information « prévention des risques, inspections signalements des maltraitements en établissement » (PRISME) afin de disposer d'informations à la fois quantitatives et qualitatives sur la maltraitance. Ce système se divise en deux volets. Le volet « signal » recense l'ensemble des situations de maltraitance signalées. Le volet « vigie » identifie les établissements contrôlés pour identifier les facteurs de risque<sup>562</sup>. Les autorités à l'origine de l'inspection devront renseigner ces deux volets afin d'assurer la fiabilité des informations. Ce système tend à répondre à trois objectifs majeurs : « concevoir, piloter, et animer une politique nationale de prévention adaptée ; favoriser le traitement des situations de maltraitance et le suivi des établissements ; apporter aux services déconcentrés un appui technique et juridique, collecter et diffuser les bonnes pratiques en matière d'inspection, de prévention et de lutte contre la maltraitance »<sup>563</sup>.

Ces dispositifs pour le moins assez lourds nécessitent la désignation dans chaque ARS d'un référent en matière de lutte contre la maltraitance. Celui-ci est chargé de recueillir les réclamations des usagers et les signalements émanant des ESSMS ; de transmettre au CORRUSS les informations d'alerte ; de suivre le contrôle des établissements dans le cadre de la prévention et de la lutte contre la maltraitance ; et de mettre à jour et valider des données saisies dans les volets « signal » et « vigie » du PRISME<sup>564</sup>.

Enfin dans les années 1990 a été créé à Grenoble le premier numéro d'appel « SOS Maltraitance des personnes âgées »<sup>565</sup>. De cette première initiative est née le réseau national d'écoute Alma en 1995, constituée de plusieurs antennes d'appel et de recueil téléphonique des signalements de maltraitance. Le 13 février 2014, Alma fusionne avec les associations Handicap âge bienveillance écoute orientation (Habeo) au profit de la Fédération 3977<sup>566</sup>. Le réseau couvre désormais plus de 80 départements. Les pouvoirs publics souhaitent se voir développer ces antennes sur l'ensemble du territoire national.

---

561Arrêté du 10 mai 2004 portant création du système d'information « prévention des risques, inspections et signalements des maltraitements en établissement (PRISME), *J.O.* du 26 mai 2004, p.9279.

562Circulaire n°DGCS/SD2A/2014/58 du 20 février 2014 relative au renforcement de la lutte contre la maltraitance..., *op.cit.*

563Brami (G.), *Le nouveau fonctionnement des EHPAD. Droit et pratiques institutionnels en gérontologie*, *op.cit.*, p.226.

564Circulaire n°DGCS/SD2A/2014/58 du 20 février 2014 relative au renforcement de la lutte contre la maltraitance..., *op.cit.*

565Hugonot (R.), *La vieillesse maltraitée*, Paris, Dunod, coll. Santé Social, 2ème édition, janvier 2003, p.167.

566Lhuillier (J.-M.), *Le droit des usagers dans les ESSMS*, *op.cit.*, p.82.

Le rapport Libault s'inscrit dans la continuité de la politique de lutte contre les mauvais traitements. Quatre propositions ont ainsi été formulées :

- l'organisation d'un réseau départemental d'alerte chargé de recueillir les signalements ;
- la création dans chaque département d'une instance de gestion coordonnée des signalements chargée de les analyser pour proposer aux établissements des mesures préventives ;
- l'accompagnement des établissements, après chaque fait avéré, dans une analyse systémique des facteurs de risque de maltraitance ;
- la réalisation d'un rapport annuel par la CNSA sur la maltraitance<sup>567</sup>.

Certaines de ces mesures étaient attendues. Toutefois la création d'instances supplémentaires ne risque-t-elle pas de compliquer un dispositif déjà peu lisible au regard de la multiplication des acteurs intervenant dans la chaîne du recueil des signalements ? Les pouvoirs publics luttent contre la maltraitance depuis le début des années 2000<sup>568</sup>. Cependant l'absence de définition juridique et l'introduction de notions d'événements indésirables, de situations exceptionnelles ou dramatiques, entretiennent de la confusion chez les acteurs<sup>569</sup>.

## Section 2/Le renforcement des sanctions

La protection des personnes vulnérables est une préoccupation majeure du législateur comme le montre la réforme du code pénal de 1994. Les personnes qui, en raison de leur vulnérabilité, ne sont pas en mesure de se protéger font en effet l'objet de dispositions plus protectrices à trois niveaux : impose une obligation de signalement en cas de mauvais

---

567Libault (D.), *Concertation : Grand âge et autonomie, op.cit.*, p.68.

568Voir notamment la circulaire n°2001-306 du 3 juillet 2001 relative à la prévention des violences et maltraitements notamment sexuelles dans les institutions sociales et médico-sociales accueillant des mineurs ou des personnes vulnérables ; circulaire DGA 5/SD 2 n°2002-265 du 30 avril 2002 relative au renforcement des procédures de traitement des signalements de maltraitance et d'abus sexuels envers les enfants et les adultes vulnérables accueillis dans les structures médico-sociales ; circulaire DGAS/SD2 n°2002-280 du 3 mai 2002 relative à la prévention et à la lutte contre la maltraitance envers les adultes vulnérables, et notamment les personnes âgées ; instruction DGAS/2A n°2007-112 du 22 mars 2007 relative au développement de la bientraitance et au renforcement de la politique de lutte contre la maltraitance ; circulaire DGCS/2A n°2010-254 du 23 juillet 2010 relative au renforcement de la lutte contre la maltraitance des personnes âgées et des personnes handicapées et au développement de la bientraitance dans les établissements et services médico-sociaux relevant de la compétence de l'ARS, remplacée par la circulaire n°DGCS/SD2A/2014/58 du 20 février 2014 relative au renforcement de la lutte contre la maltraitance..., *op.cit.*

569Poinsot (O.), *La maltraitance et ses sanctions, RDS, n°70, 2016, pp.172-190.*

traitement ; est un élément constitutif de l'infraction de délaissement<sup>570</sup> ; est une circonstance aggravante<sup>571</sup>. La maltraitance ne fait pas l'objet d'une incrimination en tant que telle tant la notion est sujette à interprétations. Les mauvais traitements sont sanctionnés pénalement sous la qualification de violences (§ 1) et de non-assistance à personne en péril ou de non-information des autorités de mauvais traitements (§ 2).

## § 1. Les violences volontaires

La restriction de la liberté d'aller et venir dans les EHPAD est devenue courante pour protéger la personne accueillie. Lorsque ces restrictions sont abusives, elles peuvent être considérées comme de la maltraitance et sanctionnées pénalement pour violences volontaires. Ces violences peuvent être constituées par des actes positifs ou des comportements ayant pour conséquence de porter atteinte à l'intégrité physique ou psychique de la personne âgée<sup>572</sup>. Le code pénal sanctionne ainsi plus sévèrement les violences ayant entraîné la mort sans intention de la donner<sup>573</sup>, les violences légères<sup>574</sup> et les violences habituelles<sup>575</sup> lorsqu'elles sont commises à l'encontre d'une personne vulnérable.

Le recours généralisé de la contention en l'absence de prescription médicale a été réprimé sous la qualification de violences volontaires dans un arrêt de la Cour de cassation en date du 6 août 1997<sup>576</sup>. En l'espèce, trois responsables d'un établissement hébergeant des personnes âgées ont été condamnés par les juges du fond pour complicité de violences volontaires sur personnes vulnérables ayant entraîné une incapacité totale de travail de moins de huit jours sur le fondement de l'article 222-13 2° du code pénal. Les auteurs ont formé un pourvoi en cassation.

Les faits litigieux sont les suivants : plus d'un tiers des personnes accueillies était soumis systématiquement à un dispositif de contention la nuit durant plus de 12 heures, auquel s'ajoutait une fermeture des locaux. Les résidents ne pouvaient donc se rendre aux toilettes. Pour les juges d'appel, « de telles mesures n'avaient pour but que d'assurer la tranquillité de la

---

570 Article 223-3 du c.pén.

571 Bourret (R.), Cazaledes (D.), Martinez (E.), Violla (F.), Maltraitance en institution : les évolutions du droit pénal français, *RDS*, n°61, 2014, pp.1528-1535.

572 Article 222-14-3 du c.pén.

573 Article 222-8 du c.pén.

574 Article 222-13 du c.pén.

575 Article 222-14 du c.pén.

576 C.cass, ch.crim., 6 août 1997, n°95-84.852.

direction et du personnel de nuit en quantité insuffisante, et était de nature à aggraver la perte d'autonomie des patients concernés ; qu'une telle contention nocturne imposée sans nécessité thérapeutique ou de sécurité était constitutive de violences volontaires ». Les requérants reprochaient à l'arrêt de qualifier l'infraction de violences volontaires en s'appuyant sur un motif d'ordre général. La Haute juridiction rejette le pourvoi en considérant que la cour d'appel a caractérisé tant l'élément matériel qu'intentionnel. En sus de la condamnation pour les violences volontaires, les trois individus se sont vus interdire l'exploitation ou la direction de tout établissement soumis aux dispositions du titre V du CASF pendant dix ans. Cet arrêt montre bien la sévérité des juges à l'égard des mauvais traitements infligés aux personnes vulnérables.

Les violences habituelles font également l'objet d'une répression accrue en raison de la situation de vulnérabilité et des conséquences des violences. L'article 222-14 du code pénal dispose en effet que « les violences habituelles sur un mineur de quinze ans ou sur une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de leur auteur sont punies : 1° De trente ans de réclusion criminelle lorsqu'elles ont entraîné la mort de la victime ; 2° De vingt ans de réclusion criminelle lorsqu'elles ont entraîné une mutilation ou une infirmité permanente ; 3° De dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende lorsqu'elles ont entraîné une incapacité totale de travail pendant plus de huit jours ; 4° De cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende lorsqu'elles n'ont pas entraîné une incapacité totale de travail pendant plus de huit jours ». La responsable d'un établissement gériatrique a en ce sens été condamnée à deux ans d'emprisonnement dont dix-huit mois avec sursis et l'interdiction définitive d'exploiter ou de gérer un établissement accueillant des personnes âgées pour avoir recouru à la contention sans prescription médicale<sup>577</sup>.

Les agissements tombant sous la qualification de violences volontaires sont donc variés et la jurisprudence les reconnaît assez facilement<sup>578</sup>, ce qui contribue à renforcer la répression des mauvais traitements. Cette répression passe par la condamnation du silence complice des personnes ayant connaissance de mauvais traitements.

---

577CA de Poitiers, 4 décembre 1997, Jurisdata n°1997-0557729.

578Violla (F.), dir., *Jurisprudences du secteur médico-social*, op.cit., p.449-451-452.

## § 2. La non-assistance à personne en péril et la non-dénonciation de la maltraitance

Tout d'abord l'article 223-6 du code pénal condamne la non-assistance à personne en péril : « quiconque pouvant empêcher par son action immédiate, sans risque pour lui ou pour les tiers, soit un crime, soit un délit contre l'intégrité corporelle de la personne s'abstient volontairement de le faire est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende. Sera puni des mêmes peines quiconque s'abstient volontairement de porter à une personne en péril l'assistance que, sans risque pour lui ou pour les tiers, il pouvait lui prêter soit par son action personnelle, soit en provoquant un secours ». Cette infraction peut être retenue à l'encontre de l'établissement qui ne signalerait pas la disparition d'un de ses résidents<sup>579</sup>.

Ensuite l'article 434-3 du code pénal puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende le fait de ne pas informer les autorités judiciaires ou administratives de la connaissance de privations, de mauvais traitements ou d'atteintes sexuelles infligés à une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge, d'une maladie, d'une infirmité, d'une déficience physique ou psychique. Le texte pose d'une certaine façon une obligation morale de signalement, sauf si l'agent est astreint au secret professionnel. Jean-Marc Lhuillier remarque, à propos d'un arrêt de 2011<sup>580</sup>, que « *cette législation aboutissant à protéger plus les professionnels que les usagers sur un sujet aussi grave que les mauvais traitements à des personnes vulnérables devrait être modifiée* »<sup>581</sup>. Le secret professionnel aboutit en effet à dédouaner l'agent de sa responsabilité. Comment lutter contre les mauvais traitements si ceux-ci sont protégés par le secret ? Ce n'est qu'il y a quelques années que le secret professionnel a été aménagé de manière à faciliter les signalements. Le législateur a en effet modifié l'article 226-14 du code pénal. Désormais le professionnel ne peut plus être sanctionné pour violation du secret professionnel<sup>582</sup> lorsqu'il signale, y compris sans le consentement du majeur vulnérable, des privations ou sévices « mettant ainsi fin à l'utilisation du secret professionnel comme alibi à la non-dénonciation de la maltraitance »<sup>583</sup>. Aussi

---

579Fondation Médéric Alzheimer, *Liberté d'aller et venir...*, op.cit., p.3.

580C.cass, ch.crim., 27 avril 2011, n°10-82.200.

581Lhuillier (J.-M.), Maltraitance \* Hôpital local \* Personnes âgées \* Secret médical \* Médecin \* Non-dénonciation, *RDSS*, n°1, 2012, p.184.

582Article 226-13 du c.pén.

583Bourret (R.), Cazalades (D.), Martinez (E.), Vialla (F.), Maltraitance en institution : les évolutions du droit pénal français, art.cit., pp.1528-1535.

l'obligation posée à l'article 434-3 est applicable aux professionnels du secteur médico-social.

« Ainsi, l'autonomisation progressive du "délit" de maltraitance, si elle favorise le signalement de ces actes, soumet les médecins et professionnels de santé à une lourde obligation d'intervention sous peine de sanctions pénales »<sup>584</sup>.

---

<sup>584</sup>Bourret (R.), Cazaledes (D.), Martinez (E.), Violla (F.), Maltraitance en institution : les évolutions du droit pénal français, art.cit., pp.1528-1535.

## Conclusion

Dans les EHPAD, la liberté d'aller et venir est une fiction. La circulation dans et hors de la structure n'est jamais totalement libre. Les résidents sont quotidiennement soumis à la surveillance et au contrôle de l'établissement grâce à une diversité d'outils parfois invisibles. La violation de cette liberté fondamentale est communément justifiée par la protection de ce public vulnérable. Cette exigence de sécurité émane de tous les acteurs : les pouvoirs publics, les magistrats, les professionnels du secteur social et médico-social, et les proches des personnes accueillies. Quelles sont les aspirations des personnes âgées en institution ? La question semble s'être perdue entre les demandes des uns et des autres.

La problématique de la liberté des résidents a ressurgi lors de l'adoption de la loi ASV. En créant l'annexe sécurité au contrat de séjour, le législateur entend encadrer les atteintes. La suffisance de ce nouveau document est toutefois nettement discutable. En réalité, elle ne fait que conférer aux restrictions une justification légale. La maltraitance est alors imperceptible, mais elle est toujours présente tant que la liberté n'est pas effective. Le contexte actuel laisse-t-il cependant le choix aux chefs d'établissement ? La réponse est négative.

En l'absence de moyens notamment humains, les bonnes pratiques professionnelles ne permettent pas d'assurer un exercice effectif de la liberté d'aller et venir. Le Gouvernement refuse néanmoins d'établir un régime d'admission sans consentement inspiré du secteur de la santé mentale car l'EHPAD n'est pas, au sens du droit, un lieu de détention.

Pourtant l'entrée en institution est souvent synonyme de « renoncement » pour la personne âgée. La citation de l'auteur Odile Paycheng apparaît dès lors appropriée :

*« Le temps des renoncements se fait de plus en plus présent :*

*Renoncer à son logement pour être plus en sécurité dans une maison de retraite ou une résidence ;*

*Renoncer à gérer ses affaires, cela devient trop complexe ;*

*Renoncer à aller et venir à son gré cela devient trop dangereux du fait des risques de chute ;*

*Renoncer à ce que l'on aimait faire par manque de motivation ou de force ;*

*Renoncer à faire seul les actes de la vie courante, avoir affaire à une aide pour satisfaire ses besoins fondamentaux »<sup>585</sup>.*

---

<sup>585</sup>Paycheng (O.), L'éthique et la personne âgée, *Soins Gériatrie*, n°15, nov.-déc., p.33, in. Brami (G.), *Le projet institutionnel des établissements d'hébergement pour personnes âgées*, *op.cit.*, p.11.

## Bibliographie

### I. Ouvrages

#### 1. Ouvrages généraux et thèse

Brami (G.) :

- *Le contrat de séjour des EHPAD*, Bordeaux, LEH Édition, coll. Pratiques professionnelles, 3ème édition, 2016, 212 pages
- *Le nouveau fonctionnement des EHPAD. Droit et pratiques institutionnels en gérontologie*, Bordeaux, Les Études Hospitalières, 2009, 361 pages
- *Le projet institutionnel des établissements d'hébergement pour personnes âgées*, Paris, Berger-Levrault, novembre 2000, 218 pages

Favoreu (L.), Gaïa (P.), Ghevoitian (R.), Mélin-Soucramanien (F.), Pena (A.), Pfersmann (O.), Pini (J.), Roux (A.), Scoffoni (G.), Tremeau (J.), *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 7ème édition, 2016, 774 pages

Freud (S.), *Le malaise dans la culture*, PUF, coll. Quadrige, 2015, 144 pages

Hazan (A.), Contrôleur général des lieux de privation et de liberté, *Isolement et contentions dans les établissements de santé mentale*, 1ère édition, Dalloz, 2016, 126 pages

Hennette-Vauchez (S.), Roman (D.) :

- *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, Paris, Hypercours Dalloz, 3ème édition, 2017, 835 pages
- *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, Paris, Hypercours Dalloz, 1ère édition, 2013, 838 pages

Hervé (C.) Tzitzis (S.), dir., *Altérité et vulnérabilité*, Les Études Hospitalières, Actes et Séminaires, mars 2014, 87 pages

Hugonot (R.), *La vieillesse maltraitée*, Paris, Dunod, coll. Santé Social, 2ème édition, janvier 2003, 232 pages

Lhuillier (J.-M.) :

- *Le droit des usagers dans les ESSMS*, Presses de l'EHESP, 5ème édition, avril 2015, 280 pages
- *Le droit des usagers dans les EHESP*, Presses de l'ENSP, 4ème édition, 2009, 271 pages

Moquet-Anger (M.-L.), *Droit hospitalier*, Mayenne, LGDJ, 5ème édition, 576 pages  
Murat (P.), dir., *Droit de la famille*, Dalloz Action, 7ème édition, 2016-2017, 2130 pages  
Sicard (D.), *L'alibi éthique*, Plon, septembre 2006, 237 pages  
Tabuteau (D.), *La sécurité sanitaire*, Berger Levrault, 2ème édition, 2002, 390 pages  
Vercauteren (R.), Hervy (B.), *L'animation dans les établissements pour personnes âgées*, Paris, ERES, coll. Pratiques gérontologiques, 1ère édition, 2002, 232 pages  
Vialla (F.), dir., *Jurisprudences du secteur médico-social*, Dunod, coll. Guides Santé Social, 2012, 528 pages

## 2. Thèse et mémoires

Allegraud (E.-H.), *Sécurité et risque dans l'action éducative d'un foyer de l'enfance : enjeux et stratégie de direction*, Mémoire de l'ENSP, 1999, 63 pages  
Beignon Tsegaye (S.), *Prévenir la maltraitance institutionnelle : du rôle des services déconcentrés des affaires sanitaires et sociales*, Mémoire de l'École nationale de la santé publique, 2002, 81 pages  
Piton (M.-A.), *Quel accompagnement personnalisé dans les maisons de retraite aujourd'hui ? L'exemple de la maison de retraite de Maulevrier*, Mémoire de l'ENSP, 57 pages  
Raffy (L.), *La conciliation entre liberté d'aller et venir et sécurité en EHPAD*, LEH édition, coll. Mémoires numériques de la BNDS, 86 pages  
Ramos-Gorand (M.), *Accompagnement professionnel de la dépendance des personnes âgées : enjeux territoriaux en France métropolitaine*, Thèse, soutenue publiquement en 2015, 514 pages

## 3. Lexiques

Chapelon (L.), *Accessibilité, Index complémentaire, Hypergéométrie*, 2004, 3 pages  
Cornu (G.), *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. Quadrige, 11ème édition, 2016, 1100 pages  
Dollo (C.), Lambert (J.-R.), Parayre (S.), *Lexique de sociologie*, Dalloz, 5ème édition, 2017, 478 pages  
Gonthier (N.), « *Sanglant Coupaul !* » « *Orde Ribaude !* » *Les injures du Moyen-Âge*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, coll. Histoire, 2007, 199 pages  
Littré (E.), *Dictionnaire de la langue française*, t. 2, Paris, Hachette, 1873-1874, 2080 pages  
*Dictionnaire des personnes âgées, de la retraite et du vieillissement*, Paris, Nathan, 1984, 118

pages

*Lexique des termes juridiques*, Italie, L.E.G.O.S.p.A. imprimerie, Dalloz, 21ème édition, 2014, 993 pages

## **II. Articles de revues**

### 1. Juridique

Banq (M.-E.), Le projet d'établissement, *RDS*, n°2, 2004, p.169

Barlet (C.), L'inspection et le contrôle dans la loi HPST, *RGDM*, n°15, 2009, pp.157-178

Brami (G.) :

– La place des EHPAD dans la loi du 28 décembre 2015 sur l'adaptation de la société au vieillissement, *RDS*, n°71, 2016, pp.348-353

– Les paradoxes de l'évolution des EHPAD, *EMPAN*, n°3, vol.91, 2013, pp.56-61

Bourdaire-Mignot (C.), Gründler (T.), Le rapport Libault « Concertation grand âge et autonomie » : le temps de l'action, *RGDM*, n°71, juin 2019, pp. 49-71

Bourret (R.), Cazaledes (D.), Martinez (E.), Vialla (F.), Maltraitance en institution : les évolutions du droit pénal français, *RDS*, n°61, 2014, pp.1528-1535

Brondel (S.), Privation de liberté : les recommandations du Contrôleur général, dossier de presse, 25 février 2013, *Dalloz actualité* 28 février 2013, 1 page

Catherine (A.), Les EHPAD, entre liberté d'aller et venir et sécurité des résidents, *RGDM*, n°56, septembre 2015, pp.129-143

Cavalière (C.), La fonction de la personne qualifiée, *RGDM*, n°32, septembre 2009, pp.97-100

Chometon (M.), Le retrait d'une autorisation de création d'un établissement ou service social ou médico-social avant la réalisation de la visite de conformité, *RDS*, n°77, 2017, pp.421-424

Cohard (P.), Georgescu (I.), Vieillesse et EHPAD : quelles pistes de réflexion ?, *RDS*, n°84, 2018, pp.545-552

Cormier (M.), La réforme de l'inspection et du contrôle des établissements et services sociaux et médico-sociaux : la fin d'un monopole régalién, *RGDM*, n°71, juin 2019, pp.113-132

Delouée (M.), Le rapport Libault : une approche concrète et concertée, *RDS*, n°90, 2019, pp.645-647

Eyraud (B.), Loi du 5 mars 2007 : une réforme en demi-teinte, *Juris associations*, n°490, 15

décembre 2013, p.16

Fermaud (L.), La garantie des droits des personnes âgées dépendantes, *RFDA*, 2016, p.720

Gallant (E.), Majeur protégé. Convention de la Haye du 13 janvier 2000, *Répertoire de droit international*, janv. 2015 (actualisation juin 2016), 115 pages

Gallet (J.-L.), Régimes législatifs spéciaux d'indemnisation relevant de la juridiction judiciaire- responsabilité de l'État du fait des accidents scolaires, *Répertoire de la responsabilité de la puissance publique*, février 2008 (actualisation juillet 2019), 455 paragraphes

Lacour (C.), Lechevalier Hurard (L.), Restreindre la liberté d'aller et venir des personnes âgées ? L'épineuse question de la capacité à consentir des personnes atteintes de troubles cognitifs, *RDSS*, 2015, p.983

Leuzzi-Louchart (C.), Vulnérabilités et fin de vie : de la protection de la dignité du mourant aux limites de l'encadrement juridique de la fin de vie, *RDS*, n°67, 2015, pp.665-677

Lhuillier (J.-M.), Maltraitance \* Hôpital local \* Personnes âgées \* Secret médical \* Médecin \* Non-dénonciation, *RDSS*, n°1, 2012, pp.184-186

Mary (L.), L'annexe « sécurité » au contrat de séjour dans les établissements d'hébergement sociaux et médico-sociaux pour personnes âgées : un étrangeté juridique, *RDSS*, n°6, 29 déc. 2017, 14 pages

Moquet-Anger (M.-L.), La dignité et le droit de la santé, *RFDA*, 2015, p.1075

Mourgues (A.), La mise en place du conseil de la vie sociale, *RDS*, n°2, 2004, pp.160-161

Pages (J.), Vialla (F.), Projet d'établissement et recherche de sens, *RDS*, n°31, 2009, pp.442-446.

Poinsot (O.) :

- La maltraitance et ses sanctions, *RDS*, n°70, 2016, pp.172-190
- Contrat de séjour, obligation de sécurité et fugue mortelle, *RDS*, n°26, 2008, pp.714-717

Porcher (R.), Avis n°128 du CCNE sur les enjeux éthiques du vieillissement : la Divine Comédie, acte second, *RDS*, n°84, 2018, pp.603-607

Roques (A.), Homicide involontaire et causalité, une histoire de certitude, *RDS*, n°69, pp.54-57

Tourmente (D.), Nouvelle procédure d'autorisations pour les établissements sociaux et médico-sociaux : mode d'emploi ou comment comprendre le « nouveau code des marchés »

de services sociaux et médico-sociaux, *RDS*, n°38, 2010, pp.500-504

Truchet (D.), La responsabilité juridique du fait de l'imagerie médicale, *Recherches en psychanalyse*, n°2, vol. 8, 2009, pp.174-181

Véron (P.) :

- Liberté d'aller et venir de la personne en EHPAD et obligation de sécurité, *RDS*, n°47, 2012, pp.414-418
- Entrave à la liberté de sortie de la personne accueillie en établissement médico-social : la responsabilité de la structure suppose la démonstration d'une faute caractérisée, *RDS*, n°46, 2012, pp.289-294
- Sortie contre avis médical en EHPAD : précisions sur le régime des restrictions à la liberté d'aller et venir du résident, *RDS*, n°58, 2014, pp.1119-1122
- Établissement pour personnes âgées \* Majeur protégé \* Tutelle \* Acte sexuel \* Consentement \* Psychologue \* Licenciement \* Illégalité, *RDSS*, n°4, 26 août 2016, pp.781-783

Violla (F.) :

- Sentiments, vie privée, vie affective, vie sexuelle et institution sanitaire ou médico-sociale, *RDS*, n°45, 2012, 166 pages
- Recommandations du Contrôleur général des lieux de privation de liberté : extension du contrôle aux EHPAD, *RDS*, n°53, 2013, pp.273-275
- Fugue... mal tempérée, *RDS*, n°60, 2014, pp.1385-1389

## 2. Sciences humaine et sociale

Argoud (D.), Du projet de vie aux projets d'animation, *Gérontologie et société*, vol.24, n°96, 2001/1, pp.125-135

Arveiller (J.-P.), Tizon (P.), Démocratie sanitaire, qu'est-ce à dire ?, *Pratiques en santé mentale*, vol.62ème année, n°2, 2016, 2 pages

Badel (M.), La protection de la vie privée dans les lois du 2 janvier et du 4 mars 2002, *Journal du droit des jeunes*, n°5, vol.235, 2004, pp.21-30

Bois (J.-P.), Exclusion et vieillesse. Introduction historique, *Gérontologie et société*, n°102, vol.25, sept. 2002/3, pp.13-24

Chapon (P.-M.), Werner (O.), Olivry (I.), Architecture et grand âge, *Retraite et société*, n° 60, vol. 1, 2011, pp.241-252

Condominas (G.), Aînés, anciens et ancêtres en Asie du Sud-Est, *Communications*, n°37, Le continent gris. Vieillesse et vieillissement, 1983, pp.55-67

Evrard (A.), Fresnel (F.), Droits des personnes âgées. Le retard de la France, *Études*, n°11, nov. 2016, pp.41-52

Foucart (J.), La vieillesse : une construction sociale, *Pensée plurielle*, n°6, 2003/2, pp.7-18

Foucault Giroux (L.), La liste des personnes qualifiées, un outil de la loi du 2 janvier 2002 véritablement utile ?, *Vie sociale*, vol.17, n°1, 2017, pp.95-101

Jovelet (G.), Penser l'EHPAD et son devenir. Pas sans la psychiatrie !, *L'information psychiatrique*, n°6, vol. 94, 2018, pp.437-442

Lacour (C.), La liberté d'aller et venir en établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes, in. Gzil (F.) et al., *Alzheimer, éthique et société*, Toulouse, ERES, 2012, pp.365-376

Liffraud (D.), Familles et EHPAD, *Empan*, vol.3, n°91, 2013, pp.82-90

Mahout (C.), Des conseils d'établissement aux conseils de la vie sociale, *Gérontologie et société*, vol.26, n°106, 2003/3, pp.235-247

Petit (R.), Zardet (V.), Attractivité, fidélisation et implication du personnel des EHPAD : une problématique sectorielle et de management, *@GRH*, vol.22, n°1, 2017, pp.31-54

Pondaven (M.), Historique récent des politiques publiques de l'évaluation des activités des EHPAD, *Gérontologie et société*, vol.35, n°142, pp.101-114

Rebourg (M.), Admission en établissement et contrat de séjour : un droit perfectible, *Gérontologie et société*, vol.38, n°150, 2016/2, pp.173-187

Schnegg (O.), La place des familles dans le parcours institutionnel du résident, *Revue internationale de soins palliatifs*, vol.27, n°2, 2012, pp.57-62

Souchon (S.), Nogues (F.), Jibidar (H.), Fondop (E.), Lezy-Mathieu (A.-M.), L'architecture peut-elle être source de maltraitance ? Un regard de gériatres, *Gérontologie et société*, n°119, vol. 29, 2006/4, pp.75-84

Thomas (L.-V.), La vieillesse en Afrique noire, *Communications*, n°37, Le continent gris. Vieillesse et vieillissement, 1983, pp.69-87

Trincas (J.), Les fondements imaginaires de la vieillesse dans la pensée occidentale, *L'homme*, n°147, Alliance, rites et mythes, 1998, pp.167-189

Vanecloo (P.), L'écriture du projets dans les hôpitaux : loi du 31 juillet 1991, *Études de communication*, supplément 1993, p.1, mis en ligne le 31 déc. 2011

Von Bueltzingsloewen (I.), Bordelais (P.), Le nouvel âge de la vieillesse. Histoire du vieillissement de la population, *Histoire moderne et contemporaine*, n°4, t. 43, Médicalisation et professions de santé au XVIe-XXe siècles, 1996, pp.735-738

Warchol (N.), Dépendance, in Formarier (M.), *Les concepts en sciences infirmières*, 2ème édition, Association de recherche en soins infirmiers, Hors collection, 2012, pp.147-150

### 3. Science et économie

Blanpain (N.), Buisson (G.), Projections de la population à horizon 2070 : deux fois plus de personnes de 75 ans ou plus qu'en 2013, *Insee Première*, n°1619, nov. 2016, 4 pages

Corbet (E.), Les concepts de violence et de maltraitance, in Gabel (M.), coord., Maltraitements, Dossier, *adsp*, n°31, juin 2000, 66 pages

Hurst (S.), Protéger les personnes vulnérables : une exigence éthique à clarifier, *Revue médicale suisse*, vol.9, 8 mai 2013, pp.1054-1057

Joël (M.-E.), Maltraitance et dépendance, in Chambaretaud (S.), coord., Les personnes âgées en situation de dépendance, Dossier, *adsp*, n°56, septembre 2006, 84 pages

Papon (S.), Les gains d'espérance de vie se concentrent désormais aux âges élevés, *Insee Focus*, n°157, publié le 12 juin 2019 (consulté le 20 juin 2019)

Rigaud (N.), Prise en charge de la dépendance : les malentendus de la vieillesse, *Science et santé*, n°9, juillet-août 2012, pp.36-37

### 4. Études

Insee, Tableaux de l'économie française, Mayenne, imprimerie Jouve, coll. Insee Références, édition 2019, 273 pages

Drees, Le personnel et les difficultés de recrutement dans les EHPAD, *Études et résultats*, n°1067, juin 2018, 6 pages

Drees, L'accueil des personnes âgées en établissement : entre progression et diversification de l'offre, Résultats de l'enquête EHPA 2015, Les dossiers de la Drees, n°20, septembre 2017, 22 pages

Drees, 728 000 résidents en établissement d'hébergement pour personnes âgées en 2015, premiers résultats de l'enquête EHPA 2015, *Études et Résultats*, n°1015, juillet 2017, 8 pages

Drees, L'hébergement offert en établissement pour personnes âgées, *Dossiers Solidarité et Santé*, n°29, 2012, p.12

Drees, La vie en établissement d'hébergement pour personnes âgées du point de vue des résidents et de leurs proches, *Dossiers Solidarité et Santé*, n°18, 2011, 76 pages

Drees, Les résidents des établissements d'hébergement pour personnes âgées en 2007, *Études et résultats*, n°699, août 2009, 8 pages

Drees, Perceptions et réactions des personnes âgées aux comportements maltraitants : une enquête qualitative, *Études et Résultats*, n°370, janv. 2005, 12 pages

CREDES, Les conséquences du vieillissement de la population sur les dépenses de santé, *QES*, Bulletin d'information en économie de la santé, n°66, mars 2003, 6 pages

### **III. Normes juridiques**

#### **1. Textes internationaux et européens**

DUDH de 1948 adoptée à Paris le 10 déc. 1948

Convention européenne des droits de l'homme, ouverte à la signature le 4 nov. 1950 à Rome, entrée en vigueur en 1953

Protocole n°4 à la Conv.EDH, reconnaissant certains droits et libertés autres que ceux figurant déjà dans la Convention et dans le premier protocole à la Convention, STE n°046, ouvert à la signature le 16 sept.1963 à Strasbourg, entrée en vigueur le 5 mai 1963

Pacte international relatif aux droits civils et politiques, ONU, ouvert à la signature et à la ratification le 16 déc. 1966, entrée en vigueur le 23 mars 1976

#### **2. Texte à valeur constitutionnelle**

Constitution du 4 octobre 1958, *J.O.* du 5 octobre 1958, p.9151

#### **3. Lois**

Loi du 7 août 1851 sur les hôpitaux et hospices, *J.O.* du 20 août 1944, p.332

Loi n°68-5 du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs, *J.O.* du 4 janv. 1968, p.114

Loi n°70-643 du 17 juillet 1970 tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens, *J.O.* du 19 juillet 1970, p.6751

Loi n°70-1318 du 31 décembre 1970 portant réforme hospitalière, *J.O.* du 3 janv. 1971, p.65

Loi n°75-534 du 30 juin 1975 d'orientation en faveur des personnes handicapées, *J.O.* du 1er

juillet 1975, p.6593

Loi n°75-535 du 30 juin 1975 relative aux institutions sociales et médico-sociales, *J.O.* du 1er juillet 1975, p.6593

Loi n°97-60 du 24 janvier 1977 tendant, dans l'attente du vote de la loi instituant une prestation d'autonomie pour les personnes âgées dépendantes, à mieux répondre aux besoins des personnes âgées par l'institution d'une prestation spécifique dépendance, *J.O.* du 25 janv. 1977, p.1280

Loi n°90-527 du 27 juin 1990 relative aux droits et à la protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux et à leurs conditions d'hospitalisation, *J.O.* du 30 juin 1990, p.7664

Loi n°91-748 du 31 juillet 1991 portant réforme hospitalière, *J.O.* du 2 août 1991, p.10255

Loi n°92-1336 du 16 décembre 1992 relative à l'entrée en vigueur du nouveau code pénal et à la modification de certaines dispositions du code de procédure pénale rendue nécessaire par cette entrée en vigueur, *J.O.* du 23 déc. 1992, p.17568

Loi n°94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, *J.O.* du 30 juillet 1994, p.11056

Loi n°95-73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité, *J.O.* du 24 janv. 1995, p.1249

Loi n°96-393 du 13 mai 1996 relative à la responsabilité pénale pour des faits d'imprudence ou de négligence, *J.O.* du 14 mai 1996, p.7211

Loi n°2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits involontaires, *J.O.* du 11 juillet 2000, p.10484

Loi n°2001-647 du 20 juillet 2001 relative à la prise en charge de la perte d'autonomie des personnes âgées et à l'allocation personnalisée d'autonomie, *J.O.* du 21 juillet 2001, p.11737

Loi n°2002-2 du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale, *J.O.* 3 janv. 2002, p.124

Loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, *J.O.* du 5 mars 2002, p.4118

Loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, *J.O.* du 10 mars 2004, p.4567

Loi n°2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique, *J.O.* du 7 mars 2007, p.4325

Loi n°2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, *J.O.* du 26 fév. 2008, p.3266

Loi n°2008-1350 du 19 décembre 2008 relative à la législation funéraire, *J.O.* du 20 déc. 2008, p.19538

Loi n°2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, *J.O.* du 22 juillet 2009, p.12184

Loi n°2010-1330 du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites, *J.O.* du 10 nov. 2010, p.20034

Loi n°2015-1776 du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement, *J.O.* du 29 déc. 2015, p.24268

Loi n°2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé, *J.O.* du 27 janv. 2016, texte n°1

Loi n°2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, *J.O.* du 24 mars 2019, texte n°2

#### 4. Ordonnances

Ordonnance n°96-346 du 24 avril 1996 portant réforme de l'hospitalisation publique et privée, *J.O.* du 25 avr. 1996, p.6324

Ordonnance n°2000-1249 du 21 décembre 2000 relative à la partie législative du code de l'action sociale et des familles, *J.O.* du 23 déc. 2000, p.20471

Ordonnance n°2005-1477 du 1er décembre 2005 portant diverses dispositions relatives aux procédures d'admission à l'aide sociale et aux établissements et services sociaux et médico-sociaux, *J.O.* du 2 décembre 2005, p.18636

Ordonnance n°2018-22 du 17 janvier 2018 relative au contrôle de la mise en œuvre des dispositions du code de l'action sociale et des familles et de l'article L.412-2 du code du tourisme et aux suites de ce contrôle, *J.O.* du 18 janv. 2018, texte n°18

#### 5. Décrets

Décret n°58-1202 du 11 décembre 1958 relatif aux hôpitaux et aux hospices publics, *J.O.* du 12 déc. 1958, p.11179

Décret n°99-316 du 26 avril 1999 relatif aux modalités de tarification et de financement des établissements hébergeant des personnes âgées dépendantes, *J.O.* du 27 avril 1999, p.6223

Décret n°99-317 du 26 avril 1999 relatif à la gestion budgétaire et comptable des établissements hébergeant des personnes âgées dépendantes, *J.O.* du 27 avril 1999, p.6248

Décret n°2003-1094 du 14 novembre 2003 relatif à la personne qualifiée mentionnée à l'article L.311-5 du code de l'action sociale et des familles, *J.O.* du 21 nov. 2003, p.19759

Décret n°2003-1095 du 14 novembre 2003 relatif au règlement de fonctionnement institué par l'article L.311-7 du code de l'action sociale et des familles, *J.O.* du 21 nov. 2003, p.19760

Décret n°2004-287 du 25 mars 2004 relatif au conseil de la vie sociale et aux autres formes de participation institués à l'article L.311-6 du code de l'action sociale et des familles, *J.O.* du 27 mars 2004, p.5909

Décret n°2005-1367 du 2 novembre 2005 portant modifications de certaines dispositions du code de l'action sociale et des familles (partie réglementaire) relatives au conseil de la vie sociale et autres formes de participation institués à l'article L.311-6 du code de l'action sociale et des familles, *J.O.* du 4 novembre 2005, p.17365

Décret n°2007-330 du 12 mars 2007 portant création d'un comité national de vigilance et de lutte contre la maltraitance des personnes âgées et des adultes handicapés, *J.O.* du 13 mars 2007, p.4756

Décret n°2007-975 du 15 mai 2007 fixant le contenu du cahier des charges pour l'évaluation des activités et de la qualité des prestations des établissements et services médico-sociaux, *J.O.* du 16 mai 2007, p.9373

Décret n°2010-870 du 26 juillet 2010 relatif à la procédure d'appel à projet et d'autorisation mentionnée à l'article L.313-1-1 du code de l'action sociale et des familles, *J.O.* du 27 juillet 2010, p.13846

Décret n°2013-16 du 7 janvier 2013 portant création du comité national pour la bientraitance et les droits des personnes âgées et des personnes handicapées, *J.O.* du 9 janv. 2013, p.719

Décret n°2015-1868 du 30 décembre 2015 relatif à la liste des prestations minimales d'hébergement délivrées par les établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes, *J.O.* du 31 déc.2015, p.25332

Décret n°2016-696 du 27 mai 2016 relatif aux résidences autonomes et portant diverses dispositions relatives aux établissements sociaux et médico-sociaux pour personnes âgées, *J.O.* du 29 mai 2016, texte n°16

Décret n°2016-1813 du 21 décembre 2016 relatif à l'obligation de signalement des structures sociales et médico-sociales, *J.O.* du 23 déc. 2016, texte n°27

## 6. Arrêtés

Arrêté du 7 janvier 1997 relatif au contenu du livret d'accueil des établissements de santé, *J.O.* du 11 janv. 1997, p.496

Arrêté du 26 avril 1999 relatif à la composition du tarif journalier afférent aux soins, résultant du droit d'option tarifaire mentionné à l'article 9 du décret n°99-316 relatif aux modalités de tarification et de financement des établissements hébergeant des personnes âgées dépendantes, *J.O.* du 27 avr. 1999, p.6255

Arrêté du 26 avril 1999 relatif aux modalités d'organisation et de fonctionnement de la commission départementale de coordination médicale mentionnée à l'article 12 du décret n°99-316 du 26 avril 1999 relatif aux modalités de tarification et de financement des établissements hébergeant des personnes âgées dépendantes, *J.O.* du 27 avr. 1999, p.6255

Arrêté du 26 avril 1999 fixant le contenu du cahier des charges de la convention pluriannuelle prévue à l'article 5-1 de la loi n°75-535 du 30 juin 1975 relative aux institutions sociales et médico-sociales, *J.O.* du 27 avr. 1999, p.6256

Arrêté du 8 septembre 2003 relatif à la charte des droits et libertés de la personne accueillie, mentionnée à l'article L.311-4 du CASF, *J.O.* du 9 oct. 2003, p.17250

Arrêté du 10 mai 2004 portant création du système d'information « prévention des risques, inspections et signalements des maltraitances en établissement (PRISME), *J.O.* du 26 mai 2004, p.9279

Arrêté du 28 décembre 2016 relatif à l'obligation de signalement des structures sociales et médico-sociales, *J.O.* du 31 déc. 2016, texte n°51

## 7. Circulaires

Circulaire DH/AF 1 n°97-29 du 17 janvier 1997 relative à la mise en œuvre de l'arrêté du 7 janvier 1997 relatif au contenu du livret d'accueil des établissements de santé

Circulaire n°2001-306 du 3 juillet 2001 relative à la prévention des violences et maltraitances notamment sexuelles dans les institutions sociales et médico-sociales accueillant des mineurs ou des personnes vulnérables

Circulaire DGA 5/SD 2 n°2002-265 du 30 avril 2002 relative au renforcement des procédures de traitement des signalements de maltraitance et d'abus sexuels envers les enfants et les adultes vulnérables accueillis dans les structures médico-sociales

Circulaire DGAS/SD2 n°2002-280 du 3 mai 2002 relative à la prévention et à la lutte contre

la maltraitance envers les adultes vulnérables, et notamment les personnes âgées ; instruction DGAS/2A n°2007-112 du 22 mars 2007 relative au développement de la bientraitance et au renforcement de la politique de lutte contre la maltraitance

Circulaire DGAS/SD 5 n°2004-138 du 24 mars 2004 relative à la mise en place du livret d'accueil prévu à l'article L.311-4 du code de l'action sociale et des familles

Circulaire DGAS/1A n°2006-324 du 20 juillet 2006 relative à la mise en œuvre de contrats d'objectifs et de moyens dans les centres d'hébergement et de réinsertion sociale (CHRS)

Circulaire DGCS/2A n°2010-254 du 23 juillet 2010 relative au renforcement de la lutte contre la maltraitance des personnes âgées et des personnes handicapées et au développement de la bientraitance dans les établissements et services médico-sociaux relevant de la compétence de l'ARS

Circulaire DGCS/SD5C/2013/300 du 25 juillet 2013 relative à la mise en œuvre du contrat pluriannuel d'objectifs et de moyens prévu à l'article L.313-11 du code de l'action sociale et des familles

Circulaire n°DGCS/SD2A/2014/58 du 20 février 2014 relative au renforcement de la lutte contre la maltraitance et au développement de la bientraitance des personnes âgées et des personnes handicapées dans les établissements et services médico-sociaux relevant de la compétence des ARS

#### 8. PLFSS

AN, PLFSS pour 2019, n°1297, Annexe n°9, p.332

### **IV. Jurisprudence**

#### 1. Jurisprudence européenne

CEDH, 2ème section, requête n°39187/98, 26 février 2002, affaire HM c/ Suisse

#### 2. Jurisprudence constitutionnelle

CC, n°79-107 DC, 12 juillet 1979, loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales, *J.O.* du 13 juillet 1979

CC, n°80-117 DC, 22 juillet 1980, loi sur la protection et le contrôle des matières nucléaires, *J.O.* du 24 juillet 1980, p.1867

CC, n°80-117 DC, 20 janvier 1981, loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes, *J.O.* du 22 janv. 1981, p.308

CC, n°92-307 DC, 25 février 1992, Loi portant modification de l'ordonnance n°45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, *J.O.* du 12 mars 1992, p.3003

CC, n°94-343-344 DC, 24 juillet 1994, loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, *J.O.* du 29 juillet 1994, p.11024

CC, DC n°94-352 du 18 janvier 1995, loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité, *J.O.* du 21 janv. 1995, p.1154

CC, n°99-411 DC, 16 juin 1999, loi portant diverses mesures relatives à la sécurité routière et aux infractions sur les agents des exploitants de réseau de transport public de voyageur, *J.O.* du 1er juin 1999, p.9018

CC, DC n°2008-562 du 21 février 2008, loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pour cause de trouble mental, *J.O.* du 26 fév. 2008, p.3272

### 3. Jurisprudence administrative

CE, section, 5 janvier 1966, Sieur Hawezack, n°58623

CE, Ass. 10 avril 1992, n°79027

CE, Ass., 27 oct.1995, n°136727

CE, 2ème et 7ème sous-sections réunies, 12 juin 2006, n°228841

CE, juge des référés, n°294649, 29 juin 2006

CAA de Nancy, 3ème chambre, 5 mai 2010, 09NC01114

CAA Douai, 28 février 2017, n°15DA00996

### 4. Jurisprudence judiciaire

#### **Cour de cassation**

C.cass, crim., 30 décembre 1892

C.cass, chambre des requêtes, 28 janvier 1942, DC 1942. 63 ; *Gaz. Pal.* 1942. 1. 1977

C.cass, Ass.plén., 29 mars 1991, n°89-15.231

C.cass, ch.crim, 6 août 1997, n°95-84.852

C.cass, ch.crim., 30 mai 2000, n°99-84.212  
C.cass, ch.crim., 24 octobre 2000, n°00-80.378  
C.cass, 1ère chambre civile, 9 octobre 2001, 00-14-564  
C.cass, 2ème ch.civ., 12 mai 2005, n°03-17.994  
C.cass, 2ème ch.civ., 24 mai 2006, n°04-17495  
C.cass, ch.crim., 20 juin 2006, n°05-85.255  
C.cass, ch. soc., 26 septembre 2007, n°06-40.039  
C.cass, ch.crim., 9 mars 2010, n°09-80.543  
C.cass, ch.crim., 27 avril 2011, n°10-82.200  
C.cass, ch.crim., 4 octobre 2011, n°11-81.699  
C.cass, ch. soc., 9 décembre 2009, n°08-42.666  
C.cass, 1ère ch.civ., 15 décembre 2011, n°10-25.740  
C.cass, civ., 2ème ch.civ., 12 décembre 2013, n°12-29.392  
C.cass, ch.crim., 15 septembre 2015, n°14-84303

### **Cour d'appel**

CA de Paris, 11ème chambre correctionnelle, 17 mars 1986, JurisData n°1986-022063  
CA de Paris, 31 janvier 1991, n°2374/90  
CA Paris, 15 mars 1996, *JCP* 1996, II, 22733, note Fossier (T.)  
CA de Poitiers, 4 décembre 1997, Jurisdata n°1997-0557729  
CA de Paris, 18 novembre 2005, n°06/40039  
CA de Toulouse, 3ème ch., section 1, 26 juin 2007, n°06/01599  
CA de Poitiers, 23 novembre 2011, n°10/01090  
CA Aix-en-Provence, 10ème chambre, 15 février 2012, n°09/04252  
CA de Montpellier, 8 avril 2014, n°12/05267  
CA de Paris, 9 mars 2016, n°15/07071

### **Première instance**

TGI de Paris, 16ème ch., 3 septembre 2003, n°9926423046

## **V. Recommandations de bonnes pratiques**

HAS, *Le déploiement de la bientraitance. Guide à destination des professionnels en établissements de santé et EHPAD*, mai 2012, 36 pages

INRS, *Conception et rénovation des EHPAD, bonnes pratiques de prévention*, fév. 2012, 63 pages

ANESM, *Qualité de vie en EHPAD* volet 2, organisation du cadre de vie et de la vie quotidienne, Analyse documentaire relative à la recommandation de bonnes pratiques professionnelles, oct. 2011, 59 pages

ANESM, *Qualité de vie en EHPAD*, volet 3, la vie sociale des résidents en EHPAD, Éléments de contexte, octobre 2011, 45 pages

ANESM, *L'accompagnement des personnes atteintes d'une maladie d'Alzheimer ou apparentée en établissement médico-social, Recommandations de bonnes pratiques professionnelles*, février 2009, 44 pages

DGS, DGAS, société française de gériatrie, *Les bonnes pratiques de soins en établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes*, oct. 2007, 115 pages

FHF, *Liberté d'aller et venir dans les établissements sanitaires et médico-sociaux, et obligation de soins et de sécurité*, conférence de consensus, texte des recommandations (version longue), 24 et 25 nov. 2004, 32 pages

ANAES, *Évaluation des pratiques professionnelles dans les établissements de santé. Limiter les risques de la contention physique de la personne âgée*, oct. 2000, 42 pages

## **VI. Rapports et enquête**

Libault (D.), *Concertation : Grand âge et autonomie*, rapport, mars 2019, 228 pages

CRC, *Rapport d'observations définitives et sa réponse*, EHPAD La Houssaye à Saint-Jean-Dubois, exercices 2012 et suivants, délibération du 27 mars 2018, 22 pages

OMS, *Le vieillissement et la santé*, rapport mondial, 2016, 279 pages

ANESM, *Enquête nationale Unités d'Hébergement Renforcé*, Analyse des résultats, 2016, 64 pages

Hazan (A.), CGLPL, *Rapport d'activité 2014*, Dalloz, 291 pages

Roche (G.), Labazée (G.), *Rapport n°322*, Sénat, session ordinaire de 2014-2015, 329 pages

Pinville (M.), AN, *Rapport n°2155 relatif à l'adaptation de la société au vieillissement*, 2014, 574 pages

Observatoire des EHPAD, KPMG, avril 2014, 82 pages

Igas, *Financement des soins dispensés dans les EHPAD*, Mission complémentaire d'évaluation du tarif global de soins, Rapport final, n°RM2013-121P, oct. 2013, 209 pages

ONFV, *Fin de vie des personnes âgées, 7 parcours ordinaires pour mieux comprendre les enjeux de la fin de vie en France*, rapport 2013, 163 pages

Nations Unies, assemblée générale, *Rapport du Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, n°A/HRC/22/53, Mendez (J.-E.), 1er fév. 2013, 26 pages

Broussy (L.), *Mission interministérielle sur l'adaptation de la société française au vieillissement de sa population*, rapport, janv. 2013, 202 pages

Fondation Médéric Alzheimer, *Liberté d'aller et venir en établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes*, Rapport de recherche, n°2, sept. 2010, 32 pages

Delarue (J.-M.), CGLPL, *Rapport d'activité 2012*, Dalloz, 390 pages

Compagnon (C.), Ghadi (V.), *La maltraitance « ordinaire » dans les établissements de santé, Étude sur la base de témoignages*, 2009, 97 pages

Détraigne (Y.), Escoffier (A.-M.), *Rapport d'information n°441*, Sénat, session ordinaire de 2008-2009, 153 pages

De Richemont (H.), *Rapport n°212*, session ordinaire de 2006-2007, 592 pages

Igas, *Évaluation du dispositif de lutte contre la maltraitance des personnes âgées et des personnes handicapées mis en œuvre par les services de l'État dans les établissements sociaux et médico-sociaux*, rapport n°2005 179, déc. 2005, 64 pages

HCSP, *Violences et santé*, rapport, mai 2004, 160 pages

CE, section du rapport et des études, *Sciences de la vie et de l'éthique : étude du CE*, Braibant (G.), dir., Paris, FRA, n°4855, 1988, 208 pages

## **VII. Avis et plans**

Avis du CCNE n°128, Enjeux éthiques du vieillissement, 15 février 2018, 68 pages

Esch (M.-O.), rapporteure, *Vieillir dans la dignité*, Avis du CESE, avril 2018, 55 pages

Avis du Défenseur des droits n°18-24, Paris, 11 octobre 2018, 13 pages

Plan Maladies neurodégénératives, 2014-2019, 119 pages

CNCDH, *Avis sur l'effectivité des droits des personnes âgées*, 27 juin 2013, 11 pages

Plan Alzheimer et maladies apparentées, 2008-2012, 84 pages

Plan Solidarité Grand Âge, 27 juin 2006, 39 pages

Conseil de l'Europe, Comité des ministres, Exposé des motifs, recommandation Rec(1999)4 sur les principes concernant la protection juridique des majeurs incapables, adoptée par le Comité des ministres le 23 février 1999

### **VIII. Autres**

Fiche d'orientation, Tutelle, Dalloz, avril 2019

CNSA, Les chiffres clefs de l'aide à l'autonomie, 2018, 20 pages

ARS Nouvelle-Aquitaine, L'absentéisme en établissement médico-social, un guide pour vous aider à agir, septembre 2017, 31 pages

ARS Auvergne-Rhône-Alpes, La signalement des événements : une obligation légale réaffirmée, Repères, avril 2017, 8 pages

Fondation de France, Quand sécurité et liberté d'aller et venir s'opposent en EHPAD, réflexion éthique, version n°1, novembre 2016, 14 pages

### **IX. Articles**

Concertation : Grand âge et autonomie, dossier de presse, 28 mars 2019, 68 pages

Ministère des Solidarités et de la Santé, Mesures de protection et d'accompagnement, publié le 23 janvier 2015, mise à jour le 28 février 2018

Journal Paris Match, La contrôleuse des prisons prête à inspecter les EHPAD, publié le 13/03/2018 : <https://www.parismatch.com/Actu/Societe/La-controleuse-des-prisons-prete-a-inspecter-les-Ehpad-1478834> (consulté le 5 juin 2019)

Viatte (J.), 360 millions d'euros pour les EHPAD, Géroscopie, Politique, 31 mai 2018

Lefrançois (P.), Le projet de vie personnalisé, Géroscopie, n°56, mai 2015 : <https://www.geroscopie.fr/print.asp?6797497DB26FB0> (consulté le 13 juillet 2019)

Causse (D.), Delaunay (M.), Guinchard (P.), Jacquat (D.), Alzheimer, une maladie à « confiner » ?, Libération, 4 sept. 2009

## **X. Sitographie**

CNIL : <https://www.cnil.fr/professionnel>

Dictionnaire Larousse : <https://www.larousse.fr/portail/> (consulté le 04/05/19)

Gerontonews : <https://www.gerontonews.com/home.php> (consulté le 05/08/19)

Géroscopie : <https://www.geroscopie.fr/>

Journal Paris Match : <https://www.parismatch.com/>

Journal L'Obs : <https://www.nouvelobs.com/>

Journal Libération : <https://www.liberation.fr/>

Insee : <https://www.insee.fr/fr/accueil>

Ministère des Solidarités et de la Santé : <https://solidarites-sante.gouv.fr/>

### Caractéristiques du demandeur en fonction du GIR auquel il est rattaché

Gir	Degrés de dépendance
Gir 1	<ul style="list-style-type: none"><li>- Personne confinée au lit ou au fauteuil, dont les fonctions mentales sont gravement altérées et qui nécessite une présence indispensable et continue d'intervenants</li><li>- Ou personne en fin de vie</li></ul>
Gir 2	<ul style="list-style-type: none"><li>- Personne confinée au lit ou au fauteuil, dont les fonctions mentales ne sont pas totalement altérées et dont l'état exige une prise en charge pour la plupart des activités de la vie courante,</li><li>- Ou personne dont les fonctions mentales sont altérées, mais qui est capable de se déplacer et qui nécessite une surveillance permanente</li></ul>
Gir 3	Personne ayant conservé son autonomie mentale, partiellement son autonomie locomotrice, mais qui a besoin quotidiennement et plusieurs fois par jour d'une aide pour les soins corporels
Gir 4	<ul style="list-style-type: none"><li>- Personne n'assurant pas seule ses transferts mais qui, une fois levée, peut se déplacer à l'intérieur de son logement, et qui a besoin d'aides pour la toilette et l'habillage,</li><li>- Ou personne n'ayant pas de problèmes locomoteurs mais qui doit être aidée pour les soins corporels et les repas</li></ul>
Gir 5	Personne ayant seulement besoin d'une aide ponctuelle pour la toilette, la préparation des repas et le ménage
Gir 6	Personne encore autonome pour les actes essentiels de la vie courante

Source: Annexe 2-1 CASF.

**Tableau 3.1. Facteurs de risque de maltraitance des personnes âgées et fiabilité des données pour les facteurs de risque**

Niveau	Facteurs de risque	Fiabilité des données
Individuel (victime)	Sexe : féminin	Faible à modéré
	Âge : plus de 74 ans	Faible à modéré
	Dépendance : incapacité significative	Fort
	Mauvaise santé physique	Fort
	Troubles mentaux : dépression	Fort
	Faible revenu ou statut socio-économique	Fort
	Dépendance financière	Faible à modéré
	Race	Faible à modéré
	Déficiences cognitives	Fort
	Isolement social	Fort
Individuel (auteur des abus)	Troubles mentaux : la dépression	Fort
	Abus de substances : alcool et la toxicomanie	Fort
	Dépendance vis à vis de la personne maltraitée : financière, émotionnelle, relationnelle	Fort
Relation	Relation victime-agresseur	Faible à modéré
	Modalités de logement : victime vit seule avec agresseur	Fort
	Statut marital	Faible à modéré
Communauté Social	Situation géographique : isolé socialement	Faible à modéré
	Stéréotypes négatifs sur le vieillissement Normes culturelles	Données insuffisantes Données insuffisantes

Annexe n°3 : arrêté du 8 septembre 2003 relatif à la charte des droits et libertés de la personne accueillie, mentionnée à l'article L.311-4 du CASF, *J.O.* du 9 oct. 2003, p.17250

## **Charte des droits et libertés de la personne accueillie**

### *Article 1er Principe de non-discrimination*

Dans le respect des conditions particulières de prise en charge et d'accompagnement, prévues par la loi, nul ne peut faire l'objet d'une discrimination à raison de son origine, notamment ethnique ou sociale, de son apparence physique, de ses caractéristiques génétiques, de son orientation sexuelle, de son handicap, de son âge, de ses opinions et convictions, notamment politiques ou religieuses, lors d'une prise en charge ou d'un accompagnement, social ou médico-social.

### *Article 2 Droit à une prise en charge ou à un accompagnement adapté*

La personne doit se voir proposer une prise en charge ou un accompagnement, individualisé et le plus adapté possible à ses besoins, dans la continuité des interventions.

### *Article 3 Droit à l'information*

La personne bénéficiaire de prestations ou de services a droit à une information claire, compréhensible et adaptée sur la prise en charge et l'accompagnement demandés ou dont elle bénéficie ainsi que sur ses droits et sur l'organisation et le fonctionnement de l'établissement, du service ou de la forme de prise en charge ou d'accompagnement. La personne doit également être informée sur les associations d'usagers œuvrant dans le même domaine. La personne a accès aux informations la concernant dans les conditions prévues par la loi ou la réglementation. La communication de ces informations ou documents par les personnes habilitées à les communiquer en vertu de la loi s'effectue avec un accompagnement adapté de nature psychologique, médicale, thérapeutique ou socio-éducative.

### *Article 4 Principe du libre choix, du consentement éclairé et de la participation de la personne*

Dans le respect des dispositions légales, des décisions de justice ou des mesures de protection judiciaire ainsi que des décisions d'orientation :

1° La personne dispose du libre choix entre les prestations adaptées qui lui sont offertes soit dans le cadre d'un service à son domicile, soit dans le cadre de son admission dans un établissement ou service, soit dans le cadre de tout mode d'accompagnement ou de prise en charge ;

2° Le consentement éclairé de la personne doit être recherché en l'informant, par tous les moyens adaptés à sa situation, des conditions et conséquences de la prise en charge et de l'accompagnement et en veillant à sa compréhension.

3° Le droit à la participation directe, ou avec l'aide de son représentant légal, à la conception et à la mise en œuvre du projet d'accueil et d'accompagnement qui la concerne lui est garanti.

Lorsque l'expression par la personne d'un choix ou d'un consentement éclairé n'est pas possible en raison de son jeune âge, ce choix ou ce consentement est exercé par la famille ou le représentant légal auprès de l'établissement, du service ou dans le cadre des autres formes de prise en charge et d'accompagnement. Ce choix ou ce consentement est également effectué par le représentant légal lorsque l'état de la personne ne lui permet pas de l'exercer directement. Pour ce qui concerne les prestations de soins délivrées par les établissements ou services médico-sociaux, la personne bénéficie des conditions d'expression et de représentation qui figurent au code de la santé publique.

La personne peut être accompagnée de la personne de son choix lors des démarches nécessitées par la prise en charge ou l'accompagnement.

### *Article 5 Droit à la renonciation*

La personne peut à tout moment renoncer par écrit aux prestations dont elle bénéficie ou en demander le changement dans les conditions de capacités, d'écoute et d'expression ainsi que de communication prévues par la présente charte, dans le respect des décisions de justice ou mesures de protection judiciaire, des décisions d'orientation et des procédures de révision existantes en ces domaines.

### *Article 6 Droit au respect des liens familiaux*

La prise en charge ou l'accompagnement doit favoriser le maintien des liens familiaux et tendre à éviter la séparation des familles ou des fratries prises en charge, dans le respect des souhaits de la personne, de la nature de la prestation dont elle bénéficie et des décisions de justice. En particulier, les établissements et les services assurant l'accueil et la prise en charge ou l'accompagnement des mineurs, des jeunes majeurs ou des personnes et familles en difficultés ou en situation de détresse prennent, en relation avec les autorités publiques compétentes et les autres intervenants, toute mesure utile à cette fin.

Dans le respect du projet d'accueil et d'accompagnement individualisé et du souhait de la personne, la participation de la famille aux activités de la vie quotidienne est favorisée.

### *Article 7 Droit à la protection*

Il est garanti à la personne comme à ses représentants légaux et à sa famille, par l'ensemble des personnels ou personnes réalisant une prise en charge ou un accompagnement, le respect de la confidentialité des informations la concernant dans le cadre des lois existantes. Il lui est également garanti le droit à la protection, le droit à la sécurité, y compris sanitaire et alimentaire, le droit à la santé et aux soins, le droit à un suivi médical adapté.

## *Article 8 Droit à l'autonomie*

Dans les limites définies dans le cadre de la réalisation de sa prise en charge ou de son accompagnement et sous réserve des décisions de justice, des obligations contractuelles ou liées à la prestation dont elle bénéficie et des mesures de tutelle ou de curatelle renforcée, il est garanti à la personne la possibilité de circuler librement. A cet égard, les relations avec la société, les visites dans l'institution, à l'extérieur de celle-ci, sont favorisées.

Dans les mêmes limites et sous les mêmes réserves, la personne résidente peut, pendant la durée de son séjour, conserver des biens, effets et objets personnels et, lorsqu'elle est majeure, disposer de son patrimoine et de ses revenus.

## *Article 9 Principe de prévention et de soutien*

Les conséquences affectives et sociales qui peuvent résulter de la prise en charge ou de l'accompagnement doivent être prises en considération. Il doit en être tenu compte dans les objectifs individuels de prise en charge et d'accompagnement.

Le rôle des familles, des représentants légaux ou des proches qui entourent de leurs soins la personne accueillie doit être facilité avec son accord par l'institution, dans le respect du projet d'accueil et d'accompagnement individualisé et des décisions de justice.

Les moments de fin de vie doivent faire l'objet de soins, d'assistance et de soutien adaptés dans le respect des pratiques religieuses ou confessionnelles et convictions tant de la personne que de ses proches ou représentants.

## *Article 10 Droit à l'exercice des droits civiques attribués à la personne accueillie*

L'exercice effectif de la totalité des droits civiques attribués aux personnes accueillies et des libertés individuelles est facilité par l'institution, qui prend à cet effet toutes mesures utiles dans le respect, si nécessaire, des décisions de justice.

## *Article 11 Droit à la pratique religieuse*

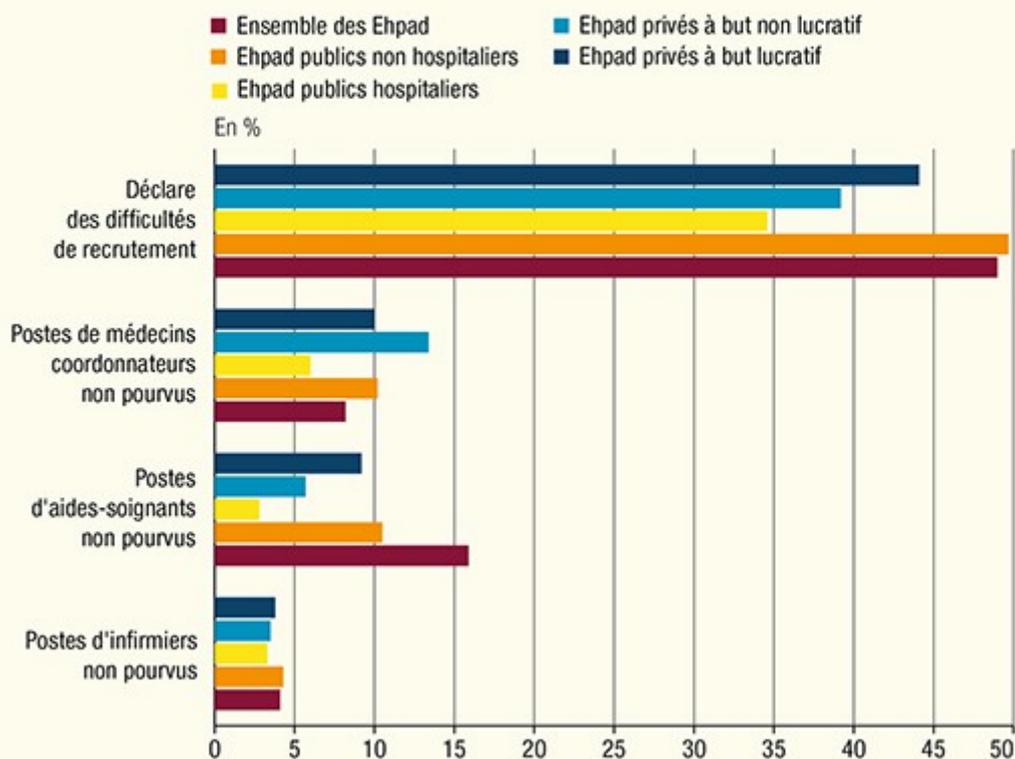
Les conditions de la pratique religieuse, y compris la visite de représentants des différentes confessions, doivent être facilitées, sans que celles-ci puissent faire obstacle aux missions des établissements ou services. Les personnels et les bénéficiaires s'obligent à un respect mutuel des croyances, convictions et opinions. Ce droit à la pratique religieuse s'exerce dans le respect de la liberté d'autrui et sous réserve que son exercice ne trouble pas le fonctionnement normal des établissements et services.

## *Article 12 Respect de la dignité de la personne et de son intimité*

Le respect de la dignité et de l'intégrité de la personne est garanti. Hors la nécessité exclusive et objective de la réalisation de la prise en charge ou de l'accompagnement, le droit à l'intimité doit être préservé.

**GRAPHIQUE**

**Part des Ehpad déclarant des difficultés de recrutement et des postes non pourvus depuis plus de six mois fin 2015, selon le statut juridique**



**Champ** • Ehpad ; France métropolitaine + DROM (hors Mayotte). Données au 31/12/2015.

**Source** • DREES, enquête EHPA 2015.

---

## **RÉFÉRENTIEL DE PRATIQUE POUR LA CONTENTION**

---

- Critère 1 :** la contention est réalisée sur prescription médicale. Elle est motivée dans le dossier du patient.
- Critère 2 :** la prescription est faite après l'appréciation du rapport bénéfice/risque pour le sujet âgé par l'équipe pluridisciplinaire.
- Critère 3 :** une surveillance est programmée et retranscrite dans le dossier du patient. Elle prévient les risques liés à l'immobilisation et prévoit notamment les soins d'hygiène, la nutrition, l'hydratation et l'accompagnement psychologique.
- Critère 4 :** la personne âgée et ses proches sont informés des raisons et buts de la contention. Leur consentement et leur participation sont recherchés.
- Critère 5 :** le matériel de contention sélectionné est approprié aux besoins du patient. Il présente des garanties de sécurité et de confort pour la personne âgée.  
Dans le cas de contention au lit, le matériel est fixé sur les parties fixes, au sommier ou au cadre du lit, jamais au matelas ni aux barrières.  
Dans le cas d'un lit réglable, les contentions sont fixées aux parties du lit qui bougent avec le patient.  
En cas de contention en position allongée, les risques liés aux régurgitations et aux escarres sont prévenus.
- Critère 6 :** l'installation de la personne âgée préserve son intimité et sa dignité.
- Critère 7 :** selon son état de santé, la personne âgée est sollicitée pour effectuer des activités de la vie quotidienne et maintenir son état fonctionnel. La contention est levée aussi souvent que possible.
- Critère 8 :** des activités, selon son état, lui sont proposées pour assurer son confort psychologique.
- Critère 9 :** une évaluation de l'état de santé du sujet âgé et des conséquences de la contention est réalisée au moins toutes les 24 heures et retranscrite dans le dossier du patient.
- Critère 10 :** la contention est reconduite, si nécessaire et après réévaluation, par une prescription médicale motivée toutes les 24 heures.

Annexe n°6 : ANAES et FHF, conférence de consensus, *Liberté d'aller et venir dans les établissements sanitaires, sociaux et médico-sociaux, et obligation de sécurité*, schéma d'organisation et de questionnement collégial, 2004, p.28

Liberté d'aller et venir dans les établissements sanitaires et médico-sociaux,  
et obligation de soins et de sécurité

**Tableau 1.** Éléments d'organisation et de questionnement permettant une décision pertinente.

<b>Composantes du processus de décision (*)</b>	<b>Modalités</b>	<b>Dérives/problèmes</b>
1. Collégialité	Multiprofessionnalisme, participation des représentants d'usagers	Interférences liées à un lien hiérarchique ou au rapport entre les personnes
2. Recherche préalable des alternatives possibles à une mesure de restriction	Arbre de décision	Ne pas respecter un délai minimal de mise en place de ces alternatives et de leur évaluation
3. Proportionnalité	Balance avantages/inconvénients : choix de mesures Équivalence entre l'acte et l'état de la personne	Surestimer la gravité de la situation et appliquer des mesures induisant une souffrance inutile
4. Adaptabilité (variation dans le temps et l'espace)	Intégrer la variabilité de l'état de santé par anticipation	Ignorer la variation ou pratiquer une modularité insuffisante
5. Protocole	Définition d'un cadre à l'intervention : schéma à suivre et attitudes à proscrire	Protocole incomplet ou non validé
6. Suivi de la personne	Référent formé (propice au dialogue, à l'épanouissement)	Référent non accepté par l'utilisateur
7. Révision périodique	Adaptée (durée) suivant l'état de santé Obligatoire Fixée <i>a priori</i> avec modulation possible	Systématisée sans bonne analyse ou périodicité trop longue

(\*) À chacune de ces étapes, la recherche du consentement s'impose.

Annexe n°7 : Annexe 3-9-1 mesures individuelles permettant d'assurer l'intégrité physique et la sécurité du résident et de soutenir l'exercice de sa liberté d'aller et venir, décret n°2016-

1743

**Modèle-type d'annexe au contrat de séjour**

Entre :

[Raison sociale de l'établissement], représenté par [nom et prénom du directeur d'établissement ou de son représentant], situé au [adresse géographique],  
Désigné ci-après « l'établissement » ;

Et :

Monsieur/Madame [nom et prénom], résident de l'établissement [raison sociale de l'établissement],  
Désignée ci-après « le résident » ;

Vu le code de l'action sociale et des familles, notamment ses articles L. 311-4 et L. 311-4-1,

Il est convenu ce qui suit :

**Préambule**

La liberté d'aller et venir est un principe de valeur constitutionnel, qui reconnaît à l'individu le droit de se mouvoir et de se déplacer d'un endroit à l'autre. L'article 8 de la Charte des droits et libertés de la personne âgée, telle qu'introduite par l'article L.311-4 du code de l'action sociale et des familles, garantit au résident le droit à son autonomie et la possibilité de circuler librement. Le législateur énonce les modalités de mise en œuvre concrète de la liberté d'aller et venir au regard notamment des nécessités liées au respect de l'intégrité physique et de la sécurité de la personne. L'annexe au contrat de séjour mentionnée à l'article L.311-4-1 du code de l'action sociale et des familles est un document à portée individuelle mis en œuvre seulement si la situation du résident le requiert. Elle a pour objectif d'assurer une prise en charge adaptée aux besoins individuels du résident en matière de soutien de sa liberté d'aller et venir dans le respect de son intégrité physique et de sa sécurité. Comme le précise le législateur, les mesures envisagées ne sont prévues que dans l'intérêt des personnes accueillies, si elles s'avèrent strictement nécessaires, et ne doivent pas être disproportionnées par rapport aux risques encourus.

L'annexe au contrat de séjour est le fruit du travail pluridisciplinaire de l'équipe médico-sociale de l'établissement, qui s'appuie sur les données de l'examen médical du résident, dans le respect du secret médical, pour identifier les besoins du résident.

S'il le souhaite, le résident et, le cas échéant, la personne chargée de sa protection en cas de mesure de protection juridique ou, après accord du résident, sa personne de confiance, peut demander, préalablement à la signature de l'annexe, à être reçu par le médecin coordonnateur

ou à défaut, par une personne de l'équipe médico-sociale ayant participé à l'évaluation pluridisciplinaire ou par le médecin traitant, pour bénéficier d'explications complémentaires, notamment d'ordre médical, sur les mesures envisagées.

L'annexe est signée lors d'un entretien entre le résident et, le cas échéant, de la personne chargée de sa protection en cas de mesure de protection juridique, ou en présence de sa personne de confiance, et le directeur d'établissement ou son représentant.

### **Article 1er Objet de l'annexe**

La présente annexe définit les mesures particulières et individuelles strictement nécessaires que le médecin coordonnateur propose au directeur de l'établissement pour assurer l'intégrité physique et la sécurité du résident et pour soutenir l'exercice de sa liberté d'aller et venir au sein de la structure. Ces mesures sont élaborées par le médecin coordonnateur, ou à défaut le médecin traitant, et l'équipe médico-sociale de l'établissement en fonction des besoins identifiés à la suite de l'examen médical du résident et après analyse des risques et des bénéfices de ces mesures. Ces mesures sont élaborées conformément au cadre constitutionnel et légal rappelé en préambule. La présente annexe prévoit également les modalités relatives à sa durée, à sa révision et à son évaluation.

### **Article 2 Équipe médico-sociale ayant participé à l'évaluation du résident**

L'examen médical du résident est intervenu le [date]. Il a été réalisé par le docteur [prénom nom], médecin coordonnateur de l'établissement / médecin traitant du résident.

L'équipe médico-sociale de l'établissement s'est réunie le [date] afin d'évaluer, avec le médecin ayant procédé à l'examen du résident, les bénéfices et risques des mesures envisagées.

Participaient à cette évaluation les personnes suivantes : [prénom nom] [fonction], [prénom nom] [fonction]...

Le projet d'annexe au contrat de séjour a été remis par [prénom nom] [fonction] au résident, à son représentant légal ou le cas échéant, à sa personne de confiance le [date].

Le résident a émis les observations suivantes : [A compléter]

### **Article 3 Mesures particulières prises par l'établissement**

Conformément à l'article 8 de la Charte des droits et libertés de la personne accueillie, « dans les limites définies dans le cadre de la réalisation de sa prise en charge ou de son accompagnement et sous réserve des décisions de justice, des obligations contractuelles ou liées à la prestation dont elle bénéficie et des mesures de tutelle ou de curatelle renforcée, il est garanti à la personne la possibilité de circuler librement ».

Dans le cadre du soutien à l'exercice de la liberté d'aller et venir du résident au sein de l'établissement, l'établissement s'engage à privilégier les réponses adaptées face aux risques identifiés pour l'intégrité physique et la sécurité du résident en maintenant le contact avec lui et en l'accompagnant, autant que faire se peut, dans ses déplacements. Toutes les réponses apportées par l'établissement sont préventives.

L'établissement porte une attention particulière à la promotion de la liberté d'aller et venir du résident, quel que soit son état de santé, dans le respect de son intégrité physique et de sa sécurité.

Dans ce cadre, l'établissement est tenu de rechercher, chaque fois que nécessaire avec la participation du médecin coordonnateur, le consentement du résident pour la mise en œuvre de mesures visant à assurer son intégrité physique et sa sécurité dès lors qu'elles sont strictement nécessaires et proportionnées aux risques encourus.

Les mesures individuelles et applicables à la situation particulière du résident prises par l'établissement sont retracées dans le tableau ci-dessous, dans lequel le résident exprime son acceptation.

*Tableau à compléter sur la base de l'évaluation pluridisciplinaire du résident*

MESURES PROPOSÉES	ACCORD	ABSENCE D'ACCORD	OBSERVATIONS complémentaires

#### **Article 4 Durée de l'annexe**

La présente annexe est conclue pour une durée de [à compléter]. Elle peut être révisée à tout moment et les mesures qu'elle comporte sont réévaluées au moins tous les six mois.

#### **Article 5 Évaluation de l'adaptation des mesures individuelles mentionnées dans l'annexe au contrat de séjour**

L'établissement s'engage à procéder à une évaluation continue de l'adaptation des mesures individuelles prévues dans la présente annexe. Si l'établissement constate que les mesures prévues n'ont pas été mises en œuvre ou ne l'ont pas été d'une manière à satisfaire l'objectif qui lui était assigné, il s'engage à mettre en place toute action visant à pallier ces manquements.

#### **Article 6 Modalités de révision de l'annexe**

Le contenu de l'annexe peut être révisé à tout moment, à la demande écrite du résident ou de la personne chargée de sa protection en cas de mesure de protection juridique, ou sur proposition de la personne de confiance désignée en application de l'article L.311-5-1 du code de l'action sociale et des familles.

Il peut également faire l'objet d'une révision à l'initiative du directeur de l'établissement, du médecin coordonnateur ou du médecin traitant en l'absence du médecin coordonnateur.

Fait le.....

A

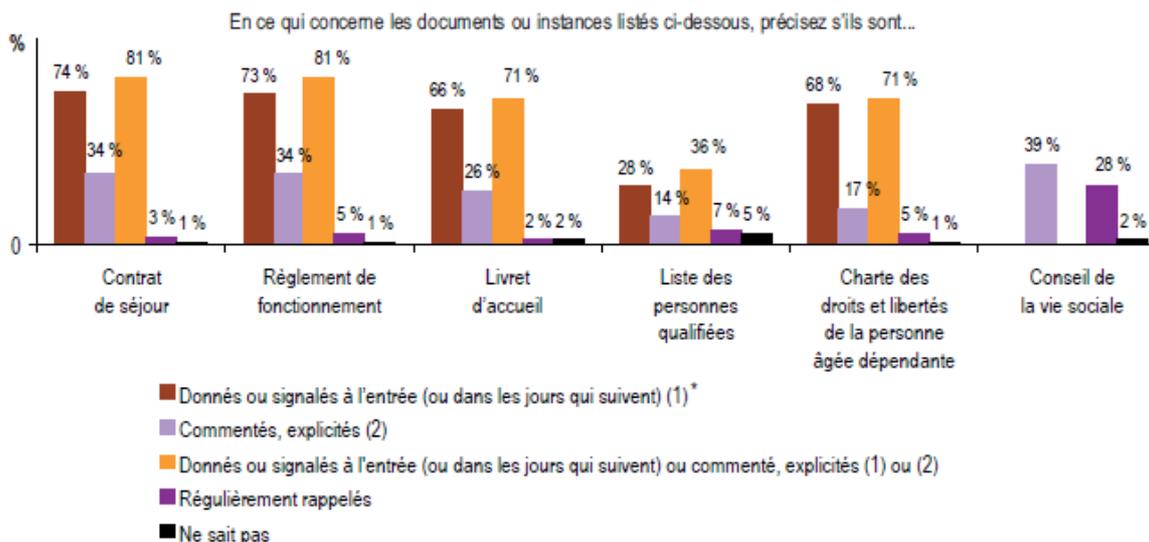
Madame/Monsieur [nom et prénom du résident] [Signature]

Madame/Monsieur [nom et prénom], directeur de l'établissement [raison sociale] [Signature]

Annexe n°8 : Drees, La vie en établissement d'hébergement pour personnes âgées du point de vue des résidents et de leurs proches, *Dossiers Solidarité et Santé*, n°18, 2011, pp.38-39

GRAPHIQUE 1

Les documents et informations donnés par les gestionnaires d'établissements aux résidents



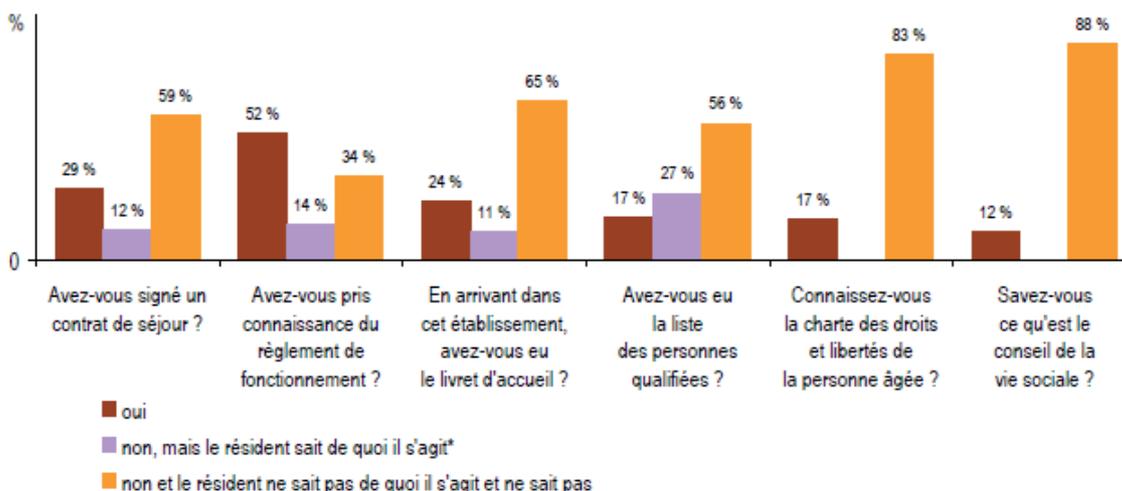
\* Modalité n'ayant pas de sens pour le conseil de la vie sociale.

**Lecture** • 74 % des résidents sont dans un établissement où le gestionnaire indique donner ou signaler à l'entrée (ou dans les jours qui suivent) le contrat de séjour, 34 % sont dans un établissement où le gestionnaire indique que ce document est uniquement explicité et commenté. Plus globalement, 81 % des résidents sont dans un établissement où le gestionnaire indique donner ou signaler à l'entrée le contrat de séjour ou le commenter, l'expliciter. Enfin pour 3 % des résidents, l'existence du contrat de séjour est régulièrement rappelée.

**Sources** • Enquête auprès des résidents en EHPA, questionnaire auto-administré rempli par les gestionnaires d'établissements, 2007, DREES.

GRAPHIQUE 2

Les documents et informations connus des résidents



(\*) Modalité n'ayant pas de sens pour les deux dernières questions.

**Lecture** • 29 % des résidents déclarent avoir signé leur contrat de séjour, 12 % disent ne pas l'avoir signé mais savoir ce qu'est un contrat de séjour et enfin 59 % des résidents ne savent pas ce que c'est.

**Sources** • Enquête auprès des résidents en EHPA, questionnaire administré en face-à-face auprès des résidents, 2007, DREES.

Annexe n°9 : Arrêté du 28 décembre 2016 relatif à l'obligation de signalement des structures sociales et médico-sociales, *J.O.* du 31 déc. 2016, texte n°51

Annexe - Formulaire de transmission de l'information aux autorités administratives

Établissement, service, lieu de vie, lieu d'accueil	
Date et heure de la déclaration :	Téléphone n° :
Nom de la structure :	
Adresse de la structure :	Courriel :
	Fax n° :
Nom et qualité du déclarant :	
Autorité(s) administrative(s) informée(s) : ARS Préfet DDCS-PP Président du conseil départemental	

Nature des faits. Les exemples cités dans les catégories ci-après ne constituent pas une liste exhaustive, mais ont vocation à aider la structure à identifier les dysfonctionnements et les événements qui relèvent de l'article L.331-8-1 du code de l'action sociale et des familles.

1. Sinistre ou événement météorologique (par exemple : inondation, tempête, incendie, rupture de fourniture d'électricité, d'eau...)	
2. Accident ou incident lié à une défaillance technique (par exemple : pannes prolongées d'électricité, de chauffage, d'ascenseur...) et événement en santé environnementale (par exemple : épidémie, intoxication ; légionelles ; maladies infectieuses...)	
3. Perturbation dans l'organisation du travail et la gestion des ressources humaines (par exemple : vacance de poste prolongée, notamment d'encadrement, difficulté de recrutement, absence imprévue de plusieurs personnels, turn-over du personnel, grève..., mettant en difficulté l'effectivité de la prise en charge ou la sécurité des personnes accueillies).	
4. Accident ou incident lié à une erreur ou à un défaut de soin ou de surveillance (par exemple : erreur dans la distribution de médicament, traitement inadapté, retard dans la prise en charge ou le traitement apporté...)	
5. Perturbation de l'organisation ou du fonctionnement liée à des difficultés relationnelles récurrentes avec une famille ou des proches ou du fait d'autres personnes extérieures à la structure (par exemple : conflit important sur la prise en charge d'une personne, menaces répétées, demandes inadaptées, défiance à l'encontre du personnel, activités illicites...)	

6. Décès accidentel ou consécutif à un défaut de surveillance ou de prise en charge d'une personne (par exemple : suite à une chute, un accident de contention...)	
7. Suicide ou tentative de suicide	
8. Situation de maltraitance envers les usagers (par exemple : violence physique, psychologique ou morale, agression sexuelle, négligence grave, privation de droit, vol, comportement d'emprise, isolement vis-à-vis des proches, défaut d'adaptation des équipements nécessaires aux personnes à mobilité réduite...)	
9. Disparition inquiétante (disparition entraînant la mobilisation des services de police ou de gendarmerie pour rechercher la personne)	
10. Comportement violent de la part des usagers envers d'autres usagers ou du personnel, au sein de la structure, (par exemple : agressivité, menaces, violence physique, agression sexuelle...) ainsi que manquement grave au règlement de fonctionnement (par exemple : non-respect des règles de vie en collectivité, pratiques ou comportements inadaptés ou délictueux...)	
11. Actes de malveillance au sein de la structure (par exemple : détérioration volontaire de locaux, d'équipement ou de matériel, vol...)	

Circonstances et déroulement des faits. (Préciser notamment la date et l'heure des faits et de leur constatation) :

Nombre de personnes victimes ou exposées :

Conséquences constatées au moment de la transmission de l'information.

Pour la ou les personnes prises en charge (par exemple : décès, hospitalisation, blessure, aggravation de l'état de santé, changement de comportement ou d'humeur...)	
Pour les personnels (par exemple : empêchement de venir sur le lieu de travail, arrêt maladie, réquisition...)	
Pour l'organisation et le fonctionnement de la structure (par exemple : difficulté d'approvisionnement, difficulté d'accès à la structure ou sur le lieu de prise en charge de la personne, nécessité de déplacer des résidents, suspension d'activité...)	

Demande d'intervention des secours (pompiers, SAMU, police, gendarmerie...).

Oui (préciser) Non
-----------------------

Mesures immédiates prises par la structure.

Pour protéger, accompagner ou soutenir les personnes victimes ou exposées	
Pour assurer la continuité de la prise en charge, le cas échéant	
A l'égard des autres personnes prises en charge ou du personnel, le cas échéant (par exemple : information à l'ensemble des usagers, soutien psychologique...)	

Information des personnes concernées, des familles et des proches sous réserve de l'accord de la personne concernée selon la nature des faits :

Dispositions prises ou envisagées par la structure.

Concernant les usagers ou les résidents (par exemple : adaptation des soins ou de la prise en charge, révision du projet de soins, soutien, transfert, fin de prise en charge...)	
Concernant le personnel (par exemple : formation, sensibilisation, soutien, mesure conservatoire, mesure disciplinaire...)	
Concernant l'organisation du travail (par exemple : révision du planning, des procédures...)	
Concernant la structure (par exemple : aménagement ou réparation des locaux ou équipements, information ou communication interne et/ou externe, demande d'aide ou d'appui, notamment à l'autorité administrative, activation d'une cellule de crise, activation d'un plan...)	

Suites administratives ou judiciaires (indiquer les coordonnées des structures saisies et la date).

Enquête de police ou de gendarmerie	
Dépôt de plainte	
Signalement au procureur de la République	

Évolutions prévisibles ou difficultés attendues :

Répercussions médiatiques.

<p>Le dysfonctionnement ou l'événement mentionnés à l'article L.331-8-1 du code de l'action sociale et des familles peut-il avoir un impact médiatique ? OUI <input type="checkbox"/> NON <input type="checkbox"/></p>	<p>Les médias sont-ils déjà informés de ces faits ? OUI <input type="checkbox"/> NON <input type="checkbox"/></p>
<p>Communication effectuée ou prévue ? oui/non Si oui, préciser :</p>	

## Table des matières

Introduction.....	5
<b>Partie I) L'opposition entre liberté d'aller et venir et obligation de sécurité source d'une maltraitance institutionnelle.....</b>	<b>21</b>
<i>Titre 1. La personne humaine du résident lésée par une surprotection institutionnelle.....</i>	<i>21</i>
<b>Chapitre 1) Les droits fondamentaux bafoués par les restrictions de la liberté d'aller et venir.....</b>	<b>21</b>
Section 1/ <u>L'atteinte au respect des principes à valeur constitutionnelle.....</u>	22
§ 1. <i>Le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine.....</i>	22
A) Le cadre juridique du principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine.....	22
B) L'impulsion nécessaire d'une nouvelle représentation de la vieillesse.....	25
§ 2. <i>Le droit au respect de la vie privée.....</i>	28
A) Le cadre juridique du droit au respect de la vie privée.....	29
B) La prise en compte nécessaire des différentes composantes du droit à la vie privée.....	30
Section 2/ <u>L'atteinte au respect des droits des usagers.....</u>	33
§ 1. <i>La recherche du consentement consécutif du droit à l'information.....</i>	33
A) L'étendue des principes du consentement et de l'information.....	33
B) L'absence de systématisme dans l'application des principes.....	36
§ 2. <i>L'incomplétude de l'autonomie décisionnelle.....</i>	38
A) Les différentes mesures de protection juridique.....	38
1. La sauvegarde de justice.....	39
2. La curatelle et la tutelle.....	40
B) La place effacée de la population âgée dans la prise de décision.....	42
<b>Chapitre 2) Les problématiques contemporaines à l'origine des restrictions de la liberté d'aller et venir.....</b>	<b>44</b>
Section 1/ <u>L'hétérogénéité des facteurs justifiant les restrictions.....</u>	44
§ 1. <i>Les difficultés tenant à l'organisation de l'offre médico-sociale.....</i>	44
A) Le cadre juridique de la planification de l'offre médico-sociale.....	45
B) La planification de l'offre médico-sociale : un frein à l'exercice de la liberté d'aller et venir.....	46
§ 2. <i>Les difficultés tenant au contexte sociétal.....</i>	48
A) Une carence de moyens techniques.....	48
B) Une architecture inadaptée.....	51
1. L'environnement extérieur.....	52
2. Les espaces internes.....	52
Section 2/ <u>Les dispositifs restrictifs de la liberté d'aller et venir.....</u>	54
A) Les gérontologies.....	54
B) La contention.....	56

Titre 2. La surprotection institutionnelle imputable à une exigence accrue de sécurité.....58

**Chapitre 1) Le fragile équilibre entre sécurité et respect de la liberté d'aller et venir.**...58

Section 1/ L'obligation de protection de l'intégrité physique du résident rendant prééminente la sécurité.....59

§ 1. *Le droit à la sécurité du résident*.....59

§ 2. *L'obligation de protection de l'EHPAD*.....61

A) Les exigences ambivalentes de la famille.....61

B) L'obligation de sécurité de moyens.....62

Section 2/ La prééminence de la sécurité encouragée par la crainte de l'engagement de la responsabilité.....65

§ 1. *L'engagement de la responsabilité civile de l'établissement*.....65

A) La nature contractuelle de la responsabilité.....65

B) La responsabilité subordonnée au triptyque dommage - faute - lien de causalité.....67

1. L'exigence d'une faute simple.....67

2. L'appréciation de la faute.....69

§ 2. *L'engagement de la responsabilité pénale de l'établissement et de son gestionnaire*.....71

A) La responsabilité pénale de l'établissement.....71

B) La responsabilité pénale du gestionnaire.....73

**Chapitre 2) L'absence de cadre législatif aux restrictions de la liberté d'aller et venir.**...75

Section 1/ La mise en œuvre des restrictions réglementée par des conditions souples.....75

§ 1. *Le consentement du résident à son entrave personnalisée*.....76

§ 2. *Les trois critères cumulatifs de la restriction*.....77

Section 2/ Les restrictions en matière d'hospitalisation sans consentement : une comparaison opportune.....79

§ 1. *Le régime de l'hospitalisation sans consentement*.....79

A) L'hospitalisation à la demande d'un tiers.....79

B) L'hospitalisation d'office.....81

§ 2. *L'abandon du projet de réforme relatif à la création d'un régime de placement sous contrainte en EHPAD*.....82

**Partie II) La conciliation entre liberté d'aller et venir et obligation de sécurité source d'une politique de bientraitance**.....85

Titre 1. La conciliation favorisée par des outils intra établissement.....86

**Chapitre 1) La nécessité de s'approprier les instruments de la loi du 2 janvier 2002**...86

Section 1/ Les outils promouvant des restrictions collectives exceptionnelles.....87

§ 1. *Le projet d'établissement*.....87

A) La définition du projet d'établissement.....87

B) Le projet d'établissement : vecteur d'évolution des pratiques.....89

§ 2. *Le livret d'accueil et le règlement de fonctionnement*.....91

A) Le livret d'accueil.....	91
B) Le règlement de fonctionnement.....	92
Section 2/ <u>Les outils promouvant des restrictions individuelles adaptées et proportionnées</u> .....	94
§ 1. <i>La personnalisation de l'accompagnement</i> .....	94
A) Le contrat de séjour et son annexe : une avancée contrastée.....	94
1. Le contrat de séjour.....	95
2. L'annexe au contrat de séjour.....	96
B) Le projet d'accompagnement personnalisé.....	97
§ 2. <i>La garantie de pouvoir faire valoir ses droits</i> .....	99
A) Le conseil de la vie sociale.....	99
B) La personne qualifiée.....	101

**Chapitre 2) La nécessité d'accentuer la prévention, gage de la primauté de la liberté d'aller et venir.....** 103

Section 1/ <u>Les mesures préventives organisationnelles</u> .....	103
§ 1. <i>Penser et repenser la configuration architecturale</i> .....	103
A) L'environnement extérieur.....	104
B) Les espaces internes.....	105
§ 2. <i>Privilégier l'accompagnement à la contrainte</i> .....	106
Section 2/ <u>L'implication de l'ensemble des acteurs en faveur de la prévention</u> .....	108
§ 1. <i>L'implication des acteurs hors des murs de l'EHPAD</i> .....	108
§ 2. <i>L'implication des acteurs au sein de l'EHPAD</i> .....	109
A) L'implication du personnel de l'établissement.....	109
1. Le recrutement du gestionnaire.....	109
2. La formation.....	111
B) L'implication de l'entourage du résident.....	111

*Titre 2. La conciliation favorisée par des dispositifs nationaux.....* 113

**Chapitre 1) L'effectivité de la liberté garantie par le contrôle des établissements.....** 113

Section 1/ <u>Le contrôle de la qualité des prestations fournies</u> .....	113
§ 1. <i>Le contrôle a priori du risque d'atteintes aux droits et libertés</i> .....	114
A) La procédure d'autorisation administrative.....	114
B) La démarche d'évaluation.....	115
§ 2. <i>Le double contrôle a posteriori des atteintes aux droits et libertés</i> .....	116
A) Le contrôle juridictionnel.....	116
B) Le contrôle institutionnel.....	118
Section 2/ <u>L'amélioration des prestations par la contractualisation</u> .....	119

**Chapitre 2) L'effectivité de la liberté garantie par le renforcement de la politique de lutte contre les mauvais traitements.....** 121

Section 1/ <u>Le développement de procédures protectrices des droits</u> .....	122
§ 1. <i>La procédure de signalement</i> .....	122
A) L'obligation de signalement.....	122
B) La protection des témoins.....	123
§ 2. <i>Les dispositifs de recueil des situations de maltraitance</i> .....	125
Section 2/ <u>Le renforcement des sanctions</u> .....	128

§ 1. <i>Les violences volontaires</i> .....	128
§ 2. <i>La non-assistance à personne en péril et la non-dénonciation de la maltraitance</i> .....	130
<i>Conclusion</i> .....	132