

- Novembre 2016 -

Soutenu par la

FONDATION
DE
FRANCE

Guide éthique

« Quand sécurité et liberté d'aller et venir

s'opposent en EHPAD »



Ce guide est né d'une réflexion commune menée de 2014 à 2016, issue d'un groupe de travail pluridisciplinaire composé :

- ♦ de **professionnels** exerçant en **EHPAD** publics, associatifs et commerciaux (directeurs, cadres, soignants, médecins coordonnateurs)
- ♦ des **médecins** représentant le Conseil de l'Ordre régional et l'Union Régionale des Médecins Libéraux
- ♦ de **membres** du Réseau Qual'Va
- ♦ **d'enseignants-chercheurs** psychologues, sociologues et juristes de l'université de Caen Normandie, membres de trois laboratoires : le CERReV (Centre d'Etude et de Recherche sur les Risques et les Vulnérabilités), le CRDFED (Centre de Recherche sur les Droits Fondamentaux et les Evolutions du Droit), et l'Institut Demolombe.

Ce groupe s'est constitué à l'initiative de l'ARS qui a souhaité laisser les EHPAD choisir une thématique relative à la gestion des risques dans le secteur médico-social et mener librement leurs travaux. L'ARS a soutenu financièrement le projet.

Le choix de cette thématique répondait à une difficulté exprimée par les représentants des EHPAD confrontés à une opposition fréquente entre assurer la sécurité des résidents et maintenir leur liberté d'aller et venir dont le droit impose le respect, cela dans un contexte sociologique d'un « droit à la sécurité » souvent invoqué par les familles et parfois privilégié par les soignants sur le terrain.

Ce guide constitue une aide à la réflexion et n'a pas vocation à être opposable.

Les universitaires qui se sont associés au groupe ont complété leur action par des recherches, une étude sur le terrain auprès des professionnels et des usagers et par un accompagnement des établissements à la diffusion du guide. Ils ont obtenu un financement de la Fondation de France pour mener la totalité de leur projet en répondant en 2014 à un appel à projet intitulé « Vivre ses choix, prendre des risques jusqu'à la fin de sa vie ».

Préambule

Définir ces deux droits et leur valeur juridique respective est un préalable indispensable au positionnement du directeur :

La liberté d'aller et venir est le droit de circuler librement dans un EHPAD à l'intérieur et à l'extérieur. Elle fait partie de la liberté personnelle qui inclut notamment le droit de choisir son mode de vie et d'avoir une vie sociale.

La liberté d'aller et venir est un droit individuel et subjectif qui peut être invoqué devant le juge si on considère qu'il a été limité abusivement. **C'est un droit protégé par la Constitution française et par les conventions internationales.** Il est donc placé au sommet de la hiérarchie du droit français, mais il n'est pas absolu et il peut être valablement limité sous certaines conditions.

La sécurité est une situation de tranquillité dans laquelle se trouve une personne pour laquelle les risques d'atteinte à son intégrité sont identifiés et prévenus.

Elle **se traduit par une obligation contractuelle** de moyens faite à chaque EHPAD d'assurer la sécurité de ses résidents. Il est donc possible pour un résident ou sa famille d'engager la responsabilité contractuelle d'un EHPAD pour faute consistant en un manquement de ce dernier à son obligation de sécurité.

Au vu de ces définitions et de la valeur juridique de ces deux droits, il nous semble que la liberté d'aller et venir doit être privilégiée sur la sécurité.

Respecter la liberté personnelle des résidents, c'est enfin respecter leur dignité, c'est-à-dire les accompagner dans tous les actes de la vie quotidienne avec bienveillance et les considérer comme des êtres humains à part entière, des adultes, capables de faire des choix, de décider, d'être acteurs de leur vie quelque soit leur handicap ou leur dépendance physique, psychique et cognitive.

Sommaire

1. L'EHPAD doit promouvoir la liberté personnelle des résidents, dont la liberté d'aller et venir est une composante

Pour cela, l'EHPAD doit veiller :

- A. Au recueil du consentement du résident à son entrée et tout au long de son séjour
- B. À l'information du résident tout au long de son séjour
- C. À la libre circulation du résident
- D. À la promotion de la vie sociale et familiale des résidents

2. L'EHPAD peut consentir, sous certaines conditions, à restreindre la libre circulation des résidents

- A. Restrictions à la libre circulation
- B. Conditions communes requises pour admettre ces restrictions
- C. Formes de restrictions à la libre circulation tolérées en EHPAD

3. Le positionnement du juge français

- A. Nature de la responsabilité de l'EHPAD
- B. Compétences juridictionnelles
- C. Conditions nécessaires à la responsabilité contractuelle

1

L'EHPAD doit promouvoir la liberté personnelle des résidents, dont la liberté d'aller et venir est une composante

L'EHPAD se définit comme un lieu de vie et d'accompagnement de personnes âgées dépendantes.

Il doit promouvoir la liberté personnelle des résidents et indiquer ce choix dans les valeurs éthiques énoncées dans son projet d'établissement et dans son projet de service des unités protégées.

A. L'EHPAD doit veiller au recueil du consentement du résident à son entrée dans l'établissement et au maintien de ce consentement tout au long de son séjour.

Un EHPAD est un lieu de vie dans lequel on doit entrer par choix. Il se distingue ainsi des établissements pénitentiaires et psychiatriques dans lesquels on peut entrer sous contrainte judiciaire ou médicale.

Indicateurs :

- ⇒ avoir une trace du recueil du consentement du résident à l'entrée
- ⇒ faire signer au résident son contrat de séjour
- ⇒ remettre au résident un règlement de fonctionnement

Face à un majeur protégé, le principe reste le même. Le consentement du résident doit être recherché s'il est en capacité de l'exprimer. En outre, le consentement de son représentant (tuteur légal ou curateur) devra également être recueilli.

Lorsqu'un résident n'est pas en mesure de manifester sa volonté, qu'il n'exprime pas de refus catégorique et qu'il n'a pas de représentant légal, il peut être de bonne pratique de recueillir l'assentiment des membres de sa famille à son entrée ou au cours de son séjour.

En cas de refus catégorique du résident majeur (ou futur résident) ou de conflit familial empêchant d'obtenir un consentement éclairé du résident (ou futur résident), ce dernier ne peut être admis ou rester en EHPAD. Néanmoins, lorsqu'une protection juridique pourrait apparaître nécessaire au regard de la situation du majeur, le directeur peut saisir le Procureur de la République. Le Procureur pourra décider de l'opportunité de demander au juge des tutelles l'ouverture d'une mesure de protection (curatelle ou tutelle).

B. L'EHPAD doit veiller à l'information du résident tout au long de son séjour :

Dans la mesure du possible, le résident est décisionnaire et acteur de sa vie pendant toute la durée de son séjour.

Indicateurs :

- ⇒ avoir la participation et la signature du résident à son projet d'accompagnement personnalisé (PAP)
- ⇒ réunir trois fois par an le Conseil de la Vie Sociale, composé de représentants des usagers et des familles

C. L'EHPAD doit veiller à la libre circulation :

1. Il doit être ouvert et accessible toute l'année.

Il convient ici de préciser que les « unités protégées » qui accueillent des résidents atteints de la maladie d'Alzheimer ou d'une pathologie assimilée dans un secteur fermé au sein des EHPAD n'ont aucune existence juridique en ce sens qu'aucune loi n'a prévu leur existence ni organisé leur fonctionnement.

Par conséquent, en principe, le maintien d'une personne en secteur fermé nécessite son consentement lequel doit être un consentement éclairé.

En théorie, les unités protégées devraient donc nécessiter une intervention des juges des libertés et de la détention pour valider l'accueil de chacun de leurs résidents.

Quand ces unités existent dans la pratique au sein des EHPAD, il est préconisé de veiller à y respecter deux conditions :

- ◆ que ces unités soient limitées aux résidents dont la pathologie ne permet pas un accueil en unité classique
- ◆ privilégier en leur sein, la libre circulation des résidents.

Indicateur :

l'entrée en unité protégée doit être décidée et validée en équipe pluridisciplinaire et réévaluée régulièrement (article L311-4-1 du code de l'action sociale et des familles)

2. Il doit promouvoir la mobilité et la marche des résidents.

Indicateurs :

- ⇒ avoir un aménagement intérieur qui facilite les déplacements des personnes âgées
- ⇒ sensibiliser les soignants sur l'importance de la mobilité des résidents notamment au moment de la toilette
- ⇒ proposer des dispositifs d'aide au déplacement (déambulateur, etc.)
- ⇒ favoriser des ateliers d'aide à la marche

D. L'EHPAD doit veiller à la promotion de la vie sociale et familiale des résidents :

Respecter la liberté personnelle dans un EHPAD, c'est aussi permettre aux résidents accueillis de pouvoir faire des sorties à l'extérieur, de ne pas être isolés du monde, de continuer à être un citoyen au sein d'un territoire.

Indicateurs :

- ⇒ la présence d'animateur diplômé (ou de référents animation)
- ⇒ l'existence d'un projet d'animation qui promeut la vie sociale et familiale du résident

2

L'EHPAD peut consentir, sous certaines conditions, à restreindre la libre circulation des résidents

Il est toléré qu'à titre exceptionnel et de façon subsidiaire c'est-à-dire après avoir essayé de respecter la liberté de circuler du résident, l'équipe de l'EHPAD soit contrainte de la limiter en vue de privilégier la sécurité.

Aucune atteinte n'est admise au **droit au respect de la dignité du résident**. Dans ce cadre, l'EHPAD doit également s'efforcer de mettre en oeuvre au profit des résidents :

- ◆ le droit de choisir son mode de vie
- ◆ le droit d'avoir une vie sociale
- ◆ le droit à l'information tout au long du séjour en établissement

Lorsque le résident présente des troubles du comportement qui peuvent compromettre sa sécurité et celle des autres, il est recommandé de faire appel à l'expertise de professionnels extérieurs. Ainsi une hospitalisation en unité cognitivo-comportementale peut répondre aux difficultés rencontrées.

A. Les restrictions à la libre circulation :

Le droit de circuler et de se mouvoir librement peut faire l'objet de restrictions dans le but de privilégier la sécurité du résident. Il est à noter que ces restrictions ne doivent pas aboutir à une privation de liberté (« 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 », article L311-4-1).

B. Les conditions requises pour admettre cette restriction :

- ◆ **l'identification d'un risque élevé d'atteinte à l'intégrité du résident ou d'un tiers**
- ◆ **l'analyse pluridisciplinaire des bénéfices/risques** plus favorable à une restriction de la liberté pour privilégier la sécurité du résident.

- ◆ **un choix pluridisciplinaire écrit** de la forme de la restriction.
- ◆ **le caractère provisoire de la restriction.**
- ◆ **l'explication au résident**, à la personne de confiance et à son représentant légal (tuteur) le cas échéant. **S'il est d'accord**, l'information peut être également délivrée à sa famille ou à ses proches.
- ◆ **une réévaluation** régulière programmée.

C. Les formes de restrictions à la libre circulation tolérées en EHPAD :

Si la liberté de circulation peut être limitée en EHPAD, elle doit revêtir les formes suivantes et respecter parfois certaines exigences complémentaires.

1. Le recours à des dispositifs de fermeture réservés aux unités protégées.

Il est toléré l'installation de dispositifs de fermeture de locaux pour accéder aux unités protégées (dispositifs conformes à la réglementation sécurité incendie).

Exigence supplémentaire :

Sous réserve que l'entrée du résident en unité protégée fasse l'objet d'une décision consentie du résident, et/ou de son représentant légal, et/ou de sa personne de confiance et/ou de sa famille avec l'accord du résident et soit réévaluée au cours du séjour.

2. L'engagement institutionnel de supprimer tous les dispositifs de contention physique.

L'institution doit s'engager dans une réflexion éthique visant à n'utiliser aucune contention physique.

La contention physique n'est jamais anodine et il est préconisé, dans la mesure du possible, de se passer de toute contention physique telle que :

- | | |
|-----------------------------|--------------------------------------|
| ◆ les deux barrières de lit | ◆ la ceinture au lit |
| ◆ le fauteuil coquille | ◆ la tablette au fauteuil |
| ◆ la ceinture au fauteuil | ◆ le sécurit pyjama, le sécurit drap |

Tous ces dispositifs lorsqu'ils sont mis en place, doivent respecter en plus des conditions énoncées précédemment, les recommandations de la Haute Autorité en Santé (HAS) et en particulier **l'obligation de faire l'objet d'une prescription médicale renouvelée toutes les 24 heures après réévaluation pluridisciplinaire** sauf s'ils sont demandés par le résident lui-même.

3. Le recours exceptionnel à la contention chimique.

Il nécessite comme la contention physique, en plus des conditions énoncées précédemment, une prescription médicale justifiée par l'échec de toutes les autres formes d'accompagnement non médicamenteux qui doivent avoir été privilégiées précédemment. Sa réévaluation régulière est indispensable.

4. Le recours exceptionnel à un dispositif de géolocalisation.

Médaille ou bracelet anti-fugue

Exigence supplémentaire :

Leur recours nécessite le consentement du résident et l'existence d'une charte éthique d'utilisation.

3

Le positionnement du juge français

A ce jour, aucune jurisprudence ne porte sur le non respect du droit à la liberté d'aller et venir des résidents accueillis en EHPAD.

Le seul contentieux porté devant la justice porte sur l'atteinte à la sécurité des résidents accueillis en EHPAD.

A. La nature de la responsabilité de l'EHPAD :

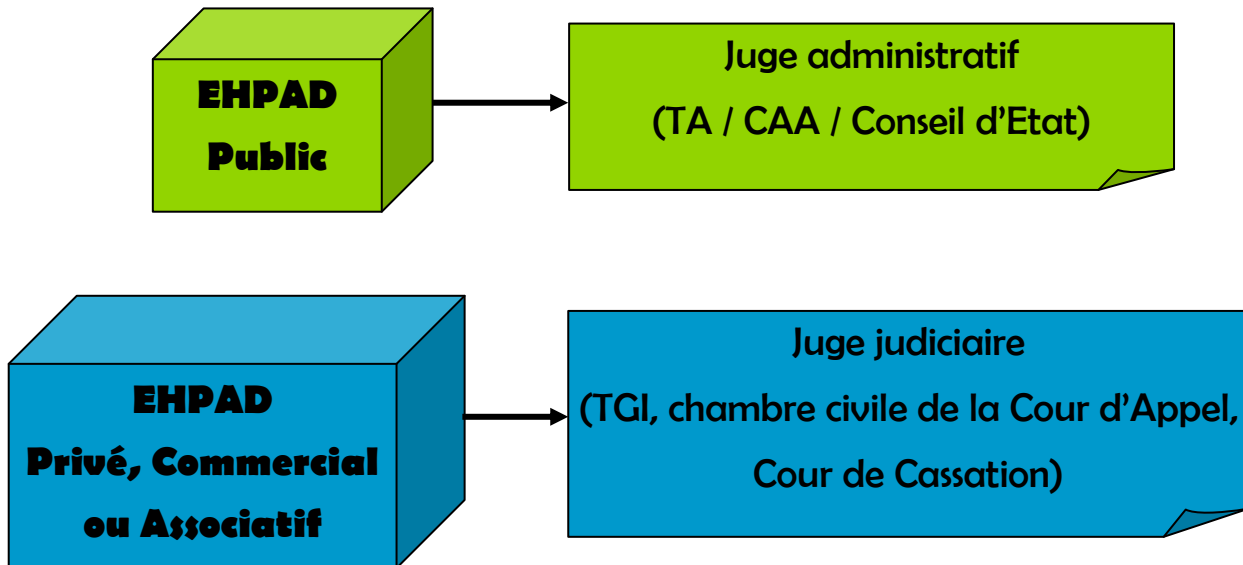
Dans la jurisprudence, c'est **le droit de la responsabilité contractuelle** qui s'applique en vertu de l'article 1147 du code civil (nouvel article 1231-1) qui impose à chaque partie, l'obligation de respecter ses engagements contractuels et en particulier pour un EHPAD, l'obligation de moyens d'assurer la sécurité des résidents accueillis. Pour les EHPAD publics, c'est le droit de la responsabilité administrative qui s'applique et donc le principe de la responsabilité pour faute.

Il en découle de rappeler l'importance de faire signer un contrat de séjour en EHPAD car seul ce document relie juridiquement les parties. L'article L 311-4 du code de l'action sociale impose la remise à la personne accueillie d'un livret comportant la charte des droits et libertés ainsi que le règlement de fonctionnement de l'établissement. Il prévoit la conclusion d'un contrat de séjour ou d'un document individuel de prise en charge élaboré avec la personne accueillie. L'article L 311-7 de ce code prévoit limitativement les cas dans lesquels le gestionnaire de l'établissement peut résilier le contrat notamment en cas « *de manquement grave ou répété au règlement de fonctionnement de l'établissement, sauf lorsqu'un avis médical constate que cette inexécution ou ce manquement résulte de l'altération des facultés mentales ou corporelles de la personne accueillie* ».

De même, il est rappelé l'importance du projet d'accompagnement personnalisé qui constitue une annexe au contrat de séjour et qui peut préciser où le curseur a été placé pour ce résident concernant son droit de circuler librement.

B. Les compétences juridictionnelles :

La juridiction compétente varie en fonction du statut de l'EHPAD.



C. Les conditions nécessaires à la responsabilité contractuelle :

Pour que la responsabilité de l'EHPAD soit engagée, trois conditions doivent être réunies et c'est à la partie adverse d'en apporter la preuve :

- ◆ l'existence d'un **dommage certain** et non hypothétique (une réelle atteinte à l'intégrité physique ou morale du résident)
- ◆ l'existence d'une **faute de l'EHPAD** qui n'a pas limité la libre circulation du résident, un manquement grave, un dysfonctionnement majeur, un défaut de surveillance réel
- ◆ l'existence d'un **lien de causalité** entre la faute et le dommage (c'est parce que l'EHPAD a commis une faute que le dommage s'est réalisé)

Les seules condamnations sont liées aux circonstances dans lesquelles le juge considère que l'EHPAD aurait dû limiter la libre circulation du résident pour éviter sa fugue, sa chute ou l'agression d'un tiers.

Le juge retient une faute quand l'étude des circonstances montre que l'EHPAD était en mesure d'identifier un risque d'atteinte à l'intégrité du résident, risque élevé au niveau criticité et occurrence si on maintenait sa libre circulation et qu'il était nécessaire de la limiter.

Sources

La réglementation :

- ◆ La liberté d'aller et venir est un élément de la liberté personnelle fondée sur les articles 2 et 4 **de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789.**
- ◆ La liberté de circulation est affirmée dans **l'article 2 du protocole n° 4 de la Convention Européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales de 1950.**
- ◆ La liberté et la sécurité sont protégées par les articles 9 et 12 du **Pacte International relatif aux Droits civils et politiques de 1966.**
- ◆ **Code de l'Action Sociale et des Familles (loi du 28/12/2015) :**
« 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 sont assurées : 1°/le respect de sa dignité, de son intégrité, de sa vie privée, de son intimité et de sa sécurité... ».

Article L 311-4-1 : « le contrat de séjour peut comporter une annexe, dont le contenu et les modalités d'élaboration sont prévues 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...»

- ◆ **Charte des droits et libertés de la personne âgée accueillie en institution** émanant du **décret du 08 septembre 2003 (articles 7 et 8)**

La jurisprudence relative à la valeur juridique de la liberté d'aller et venir :

- ◆ Conseil Constitutionnel, 12 juillet 1979 : la liberté d'aller et venir a une valeur constitutionnelle

La conférence du consensus de 2004 :

« la réponse à la déambulation et au risque de sortie inopinée doit être de préférence **humaine** (maintien du contact à tout prix avec la personne, accompagner son déplacement, trouver un sens à son déplacement), **organisationnelle** (présence humaine à la porte de l'établissement susceptible de réagir rapidement et de manière adaptée) et **architecturale** (recherche de la meilleure réponse en matière de qualité des espaces, de qualité de travail et d'accueil : maîtrise des déplacements des personnes âgées désorientées, des visiteurs, des personnes accueillies et des professionnels ; limitation des accès à une zone contrôlée), ce qui suppose un encadrement et une formation suffisante des professionnels au contact des personnes vulnérables. »

La jurisprudence relative à la responsabilité contractuelle des EHPAD pour défaut de surveillance :

- ♦ **Cour de Cassation, chambre civile du 15/12/2011** « l'EHPAD n'a commis aucune faute ayant joué un rôle causal dans la survenance du dommage »
- ♦ **CA Versailles, 3^{ème} chambre, 17/12/1999** : « La prise en charge de malades Alzheimer nécessite certaines précautions mais ne justifie pas un enfermement comme dans un hôpital psychiatrique »
- ♦ **TA Grenoble, 09/04/2003 et CAA Lyon 9/05/2006** : « Une Maison de Retraite doit demeurer un lieu de vie et ne peut pas imposer à ses pensionnaires les mêmes contraintes qu'un établissement psychiatrique »
- ♦ **Conseil d'Etat, 12/06/2006** « En l'espèce, les blessures sont imputables à une mauvaise organisation du service ainsi qu'à des carences dans la surveillance des pensionnaires de l'établissement »
- ♦ **CAA Versailles, 04/07/2006** « En l'espèce, la chute n'a pas pour origine une faute dans l'organisation ou le fonctionnement du service public hospitalier »

CRDFED
CENTRE DE RECHERCHE
SUR LES DROITS FONDAMENTAUX
& LES ÉVOLUTIONS DU DROIT
EA2132

 **ERReV**
Centre d'Etude et de Recherche
sur les Risques et les Vulnérabilités
(EA3918)

Institut
Demolombe
(EA967)



FHF

FÉDÉRATION HOSPITALIÈRE DE FRANCE



Conseil Régional de Basse-Normandie
de l'Ordre des Médecins

